

Settembre – Dicembre 2018

Anno LXVII – Numero 2

LA
MAGISTRATURA

ORGANO DELL'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI



**Corte di Cassazione,
bene comune**

Settembre – Dicembre 2018

Anno LXVII – Numero 2

LA MAGISTRATURA

ORGANO DELL'ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI



Quarantennale della Legge Basaglia,

dalla soppressione dei manicomi
alle Rems



EDITORIALE

- 6** Corte di Cassazione, legge Basaglia, Caporalato e molto altro: le riflessioni in questo numero de La Magistratura di Rossella Marro

CORTE DI CASSAZIONE, BENE COMUNE

- 12** Intervista al Primo Presidente della Corte di Cassazione di Paola d'Ovidio e Rossana Giannaccari
- 18** Intervista al Procuratore Generale della Corte di Cassazione di Rossella Marro
- 22** La "questione Cassazione" riguarda l'intera giurisdizione di Pasquale Fimiani
- 26** La Corte di Cassazione ai tempi dell'innovazione di Antonella Ciriello e Ileana Fedele

QUARANTENNALE DELLA LEGGE BASAGLIA, DALLA SOPPRESSIONE DEI MANICOMI ALLE REMS

- 34** Quando l'Italia abolì gli ospedali psichiatrici di Luca Poniz
- 36** I matti, i manicomi, la libertà. Diario postumo di un anno a San Giovanni, Trieste di Luca Poniz
- 44** Basaglia e la Costituzione, 40 anni dopo la legge 180 di Francesco Cananzi
- 48** Gli ospedali psichiatrici giudiziari sono chiusi. Ma le misure di sicurezza sono dure a morire di Giovanna Del Giudice

La Magistratura

Periodico a cura dell'Associazione Nazionale Magistrati

Le opinioni espresse in ciascun articolo sono proprie dell'autore e possono non coincidere con quelle della redazione o della direzione o con la linea dell'ANM

Direzione e Amministrazione

Roma - Palazzo di Giustizia,
presso l'Associazione Nazionale Magistrati
Telefono: 06/6861266 - Fax: 06/68300190

Sito internet: www.associazionemagistrati.it

Direttore responsabile

Valeria Aloisio

Direttore editoriale

Rossella Marro

Comitato di redazione

Rossana Giannaccari
Tommasina Cotroneo
Francesca Bonazinga
Paola d'Ovidio
Luca Poniz

Concept grafico
dol - www.dol.it



CAPORALATO, QUANDO IL LAVORO OPPRIME

- 62** Legge sul caporalato, un'occasione persa? di Rossella Marro
- 66** I pubblici ministeri della Procura di Foggia, avamposto della lotta al caporalato di Roberto Galli

NOTIZIE DALLE COMMISSIONI DI STUDI DEL CDC

- 72** Stato dei lavori della Commissione sui carichi esigibili di Alessandra Salvadori

NOVITÀ

- 78** Da eccezione a regola: la parabola delle intercettazioni mediante captatore informatico dalle Sez. Un. Scurato alla riforma Orlando di Enrico Giacomo Infante
- 95** I positivi esiti del conflitto di attribuzione sul segreto investigativo nella cornice costituzionale ed europea di Armando D'Alterio
- 103** C'è un giudice a Roma. Effetti della sentenza della corte costituzionale sulla illegittimità dell'obbligo di riferire ai superiori di Massimo Minniti
- 108** L'istituzione del Procuratore Europeo e l'indipendenza ed autonomia della magistratura italiana di Andrea Venegoni

CULTURA E DIRITTO

- 114** Diritto e letteratura: così vicini, così lontani. Spunti di riflessione di Antonio Salvati

CORTE DI CASSAZIONE, LEGGE BASAGLIA, CAPORALATO E MOLTO ALTRO: LE RIFLESSIONI IN QUESTO NUMERO DE LA MAGISTRATURA

Rossella Marro

Direttore de "La Magistratura"

Continua l'attività della Rivista "La Magistratura", luogo di riflessione sul nostro lavoro, sui principi e sui valori che lo sostengono, aperto – come prevede lo Statuto – al contributo di tutti i magistrati.

Ringrazio tutti coloro che hanno voluto fornire il loro contributo al dibattito sugli importanti temi scelti dalla redazione per questo numero.

La prima parte del presente numero, come la copertina, è dedicata alla Corte di Cassazione, con l'emblematico titolo di "Corte di Cassazione, bene comune". Con questa espressione si intende fare riferimento alla necessità del recupero di effettività della funzione di nomofilachia della Corte - messa a dura prova dall'abnorme carico di lavoro, che non ha uguali in nessun'altra Corte Suprema - che deve essere obbiettivo primario, da perseguire nell'interesse della giurisdizione e, di

conseguenza, nell'interesse dei cittadini. L'impegno per la Corte di Cassazione non è solo l'impegno per restituire ai giudici di legittimità la dignità della funzione, ma anche e soprattutto l'impegno per il recupero della funzione di "guida" autorevole della Suprema Corte, funzione tanto più fondamentale in questo momento storico, caratterizzato dalla crisi del legislatore tradizionale e dalla connessa espansione della funzione di interpretazione della norma. Abbiamo parlato del tema con il Presidente della Corte di Cassazione, Giovanni Mammona, e con il Procuratore Generale, Riccardo Fuzio, che hanno voluto condividere con l'associazione nazionale magistrati alcune importanti riflessioni. Nella medesima sezione è inoltre presente un approfondito contributo del Presidente della Giunta della Corte di Cassazione, Pasquale Fimiani, che ha proceduto ad una limpida analisi della situazione della Corte e della Procura Generale, facendo anche riferimento tra le altre alla vicenda del memorandum

delle giurisdizioni siglato lo scorso anno dai vertici di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti e rispettive Procure Generali e al discusso punto 4) che prevede la promozione di iniziative dirette ad introdurre norme che consentano forme di interazione degli organi collegiali di vertice delle tre giurisdizioni. Sia la Giunta della Cassazione che il Comitato direttivo centrale della Anm hanno già manifestato la propria contrarietà alla iniziativa, evidenziando innanzitutto che le questioni attinenti alla giurisdizione non potrebbero mai dare luogo a nomofilachie contrastanti, in quanto il dettato costituzionale (art.111) assegna esclusivamente alla Sezione Unite della Corte di Cassazione la funzione regolatrice della giurisdizione, e mostrando inoltre la preoccupazione per il tentativo di introdurre collegi misti ai vertici delle Corti, tenuto conto della specificità dello statuto della Magistratura ordinaria, confermato dal rilievo costituzionale della Corte di Cassazione. Chiude la sezione, l'articolo scritto a quattro mani da Antonella Ciriello e Ileana Fedele, magistrati referenti per l'informatica della Corte, rispettivamente per il settore penale e civile, che nell'operare una rassegna degli strumenti di innovazione tecnologica applicati alla Suprema Corte, prima tra tutti l'introduzione delle notifiche telematiche, delineano i caratteri del futuro "processo telematico di legittimità".

L'altra copertina e, quindi, la seconda parte del numero è dedicata al quarantennale dalla legge Basaglia che nel 1958 aboliva i manicomi, dando luogo ad un mutamento culturale e, poi, normativo, che avrebbe condotto, sul piano giudiziario, al passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle Rems. La sezione si compone di un personale contributo di Luca Poniz, componente del CDC, sulla sua esperienza di servizio civile presso l'ex ospedale psichiatrico di Trieste; di un fondamentale contributo sulla radice costituzionale della legge Basaglia e sulla difficoltà del "giudicare" tutte le volte in cui ci si imbatte con la disabilità mentale, di Francesco Cananzi, già componente del Csm, da sempre attento ai temi del disagio; di un contributo significativo sull'attuale stato delle Rems, della

dr. Giovanna Del Giudice, psichiatra. Pur nella consapevolezza della attuale situazione di assoluta inadeguatezza delle strutture residenziali e della necessità di prevedere idonei finanziamenti, non si può non ribadire la "giustizia" della scelta sottesa, prima, alla eliminazione degli ospedali psichiatrici giudiziari in favore delle Rems. È proprio il fondamento costituzionale della abolizione di strutture di segregazione del disagio mentale a dovere guidare noi tutti, nella piena ed assoluta consapevolezza che nessun trattamento anche restrittivo può abdicare da canoni di umanità. La testimonianza di cosa ci siamo lasciati alle spalle è tanto più importante per i magistrati più giovani che non hanno potuto avere cognizione diretta delle precedenti condizioni di restrizione dei soggetti colpiti da disagio mentale.

Altro tema trattato in questo numero è il Caporalato. Si susseguono casi di cronaca che vedono protagonisti lavoratori, italiani e stranieri, sfruttati e ridotti in condizioni di assoluta illegalità. Il grave episodio di cronaca relativo alla morte della lavoratrice agricola, Paola Clemente, nel luglio del 2015, come ricordato nell'articolo che ho dedicato all'argomento, dava il via all'iter parlamentare che portava alla adozione della legge 199 del 2016. La legge accolta con grande favore rappresenta però allo stato una grande occasione persa, non essendo stata data attuazione a tutta la parte relativa al versante della prevenzione del fenomeno, lasciando la magistratura sola nella lotta al caporalato, anche oltre i compiti assegnati alla stessa per legge (la magistratura persegue singoli fatti-reato e non ha compiti di contrasto a fenomeni che, ancor prima che tradursi in casi giudiziari, sono fenomeni sociali). Significativa della problematica e dell'impegno profuso dalla magistratura, è la testimonianza di un giovane pubblico ministero che presta servizio presso una delle Procure più esposte, quella di Foggia, Roberto Galli.

Si segnala, sul versante delle attività di approfondimento e studio del CDC, il resoconto dei lavori della Commissione di studio sui carichi

esigibili della collega, Alessandra Salvadori, confluiti nella proposta sui carichi di lavoro approvata dal CDC del 19.11.2017. L'autrice offre una panoramica delle ragioni che nel corso della prima fase dei lavori hanno imposto di scartare la semplicistica idea di un'indicazione numerica nazionale distinta per funzioni e di scegliere una soluzione articolata volta a determinare, attraverso il coordinamento dei due estremi normativamente disciplinati di carico esigibile ex art.37 e di standard di rendimento, una fascia di produttività sostenibile. Quindi riporta le difficoltà, insorte nella seconda fase, che hanno sinora impedito di ottenere dati omogenei realmente significativi, nonché le ulteriori riflessioni e analisi compiute, in esito alle quali giunge a riaffermare la piena validità dell'opzione prescelta dall'ANM.

E ancora di particolare attualità risultano il contributo scientifico di Enrico Infante, componente del CDC, sull'utilizzo del captatore informatico nelle intercettazioni a seguito della recente riforma; l'articolo di Andrea Venegoni, addetto all'ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, sulla istituzione del Procura Europea; nonché gli articoli dei colleghi, Armando D'Alterio, Procuratore Generale di Potenza, e Massimo Minniti, g.i.p. del Tribunale di Palmi, sull'importante sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 18 comma 5, del d. lgs. n. 177 del 2016 che prevedeva l'obbligo per gli ufficiali di P.G. di riferire ai superiori gerarchici delle indagini in corso.

Di ampio respiro culturale risulta infine il contributo del collega Antonio Salvati, *ideatore ed organizzatore del Festival della Letteratura e del Diritto di Palmi*, sul rapporto tra Diritto e Letteratura.

Non mi resta che augurare buona lettura a tutti! ●





CORTE DI CASSAZIONE, BENE COMUNE



INTERVISTA AL PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Paola d'Ovidio, Giudice della Corte di Cassazione

Rossana Giannaccari, Giudice della Corte di Cassazione



Presidente Mammone, già Segretario Generale, dal 4 gennaio 2018 Lei è il Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione. Ricorda il suo primo ingresso in questo Palazzo?

Ricordo che presi servizio presso la Corte di Cassazione nel luglio del 1998 come magistrato di appello applicato all'Ufficio del Massimario e del Ruolo e che in quell'occasione ... mi persi nei corridoi, come del resto ancora oggi capita a quasi tutti coloro che entrano per la prima volta in questo Palazzo.

L'esperienza presso il Massimario fu particolarmente formativa e costituì una entrata privilegiata nel mondo della Cassazione, in quanto all'epoca era previsto, dopo un primo periodo di attività dedicata al tirocinio e alla massimazione, anche lo svolgimento, in misura ridotta rispetto ai consiglieri, dell'attività giurisdizionale presso le sezioni, che io svolsi alla Sezione Lavoro.

Il mio rapporto con la Corte si interruppe nel quadriennio in cui fui componente del Consiglio Superiore della Magistratura, dal luglio 2002 al luglio 2006.

Alla scadenza del mandato rientrai in Corte quale Consigliere, ma per alcuni mesi continuai a svolgere anche l'attività del Massimario, per sopperire alle necessità dell'Ufficio che presentava carenze di organico.

Giovanni Mammone, nato ad Avellino nel 1950, è in magistratura dall'anno 1977.

È Primo Presidente della Corte Suprema di Cassazione dal 4 gennaio 2018. È autore di monografie ed opere collettanee con particolare riguardo al diritto del lavoro, settore in cui ha tenuto numerose relazioni a convegni e seminari.



La Corte è impegnata su molteplici fronti, dalla funzione nomofilattica a quella delle relazioni internazionali, ci può disegnare un breve quadro delle diverse attività che animano questo palazzo?

La primaria funzione giurisdizionale è supportata da numerose attività collaterali, anch'esse fondamentali, che curano l'organizzazione, la formazione dei magistrati ed i rapporti esterni. Ciò comporta la necessità di approfondimenti e competenze variegata, ciascuna da svolgere con impegno costante.

Per far fronte a tali esigenze, la Prima Presidenza si avvale di importanti strutture di ausilio, quali sono in primo luogo il Segretariato Generale e il Consiglio Direttivo.

Un altro ruolo che ritengo di primaria importanza è quello svolto dalla Formazione, spesso sottovalutata dai consiglieri in considerazione dei sempre più pressanti impegni di lavoro. Tuttavia tale attività svolge un ruolo importantissimo, ampliando la professionalità dei singoli magistrati che, altrimenti, potrebbe rischiare di restare imbrigliata nella settorialità.

Per ovviare a tale rischio, frequentemente i contenuti degli incontri organizzati dalla Formazione, sempre di altissimo livello, vengono diffusi tramite *Report*, che auspico siano ulteriormente potenziati.

Oggi esiste anche un Ufficio delle Relazioni Internazionali (avviato nel 2018), la cui rilevanza ben si può comprendere ove si consideri che la Corte, come tutte le Corti Supreme, è inserita in una serie di manifestazioni e collegamenti internazionali e che già esistono due Protocolli con la Corte di Giustizia Europea, nonché alcuni Protocolli con altre Corti extraeuropee (tra le quali quella cinese). Aderiamo inoltre alla Rete dei Presidenti delle Corti Supreme dell'Unione Europea, la quale consente scambi di informazioni e di esperienze applicative di grande arricchimento reciproco.

La nomofilachia come funzione e come obiettivo. Purtroppo, il numero di procedimenti che approdano in Cassazione non trovano analoghe proporzioni nella maggior parte delle Corti Supreme di altri paesi europei. Le statistiche più recenti evidenziano un costante aumento delle sopravvenienze, nonostante la crescente produttività dei Consiglieri.

Come si riesce fare nomofilachia?

Effettivamente arrivano in Corte un numero esorbitante di ricorsi, pari a circa 60.000 l'anno da distribuire, attualmente, tra 303 Consiglieri.

Nel nostro ordinamento, l'art.111 comma 7 Cost. ammette il ricorso per Cassazione contro le sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale per violazione di legge.

Si tratta di un accesso generalizzato al giudizio di legittimità, a differenza di quanto accade in altri paesi, in cui sono previste forme di filtro, come il valore della causa o il preventivo vaglio del *fumus* da parte di altro giudice, oppure si affida alla Corte una totale discrezionalità.

Nel nostro ordinamento, invece, l'introduzione di alcune forme di "filtro" richiede una modifica della Carta Costituzionale.

Tuttavia, nonostante i numeri esorbitanti, la Corte riesce a fare nomofilachia, attraverso la selezione delle questioni che meritano approfondimento, perché aventi un interesse nomofilattico, sia nel settore civile che nel settore penale.

La L. 197/2016 ha introdotto per il procedimento civile il rito camerale: quali luci e quali ombre sono emerse a meno di due anni dalla riforma?

Qual è la situazione nel settore penale?

Il rito camerale aiuta molto nel perseguimento della nomofilachia, perché consente di distinguere i giudizi che effettivamente meritano la trattazione

in pubblica udienza da quelli che, pur essendo complessi per il numero di motivi, non hanno valenza nomofilattica ed il giudice di legittimità si limita ad applicare principi di diritto consolidati.

Vorrei ricordare che la riforma del rito civile in Cassazione è stata voluta dagli stessi consiglieri, che, nel corso dell'Assemblea Generale del 25.6.2015, espressero le linee ispiratrici della riforma.

Dall'introduzione della riforma, i processi definiti con il rito camerale sono in aumento: vanno dal 32% nel 2016, al 74% nel 2017 fino al 78% nel 2018. Sono dati indicativi dell'apprezzamento del rito, anche se la riforma è recente ed in fase di costante monitoraggio.

Nel settore penale, l'attività di spoglio è affidata all'organizzazione interna della Corte: si svolge all'interno delle sezioni e segue criteri particolarmente rigorosi e collaudati, tanto che la definizione dei giudizi avviene in tempi rapidi, mediamente entro sei mesi dall'iscrizione nel registro generale. La settima sezione penale, competente anche per la definizione dei ricorsi per i quali il consigliere delegato all'esame preliminare dal Primo Presidente, abbia rilevato una causa di inammissibilità, assorbe, infatti il 55% del contenzioso penale.

L'attività di spoglio è fondamentale nell'organizzazione della Corte di Cassazione, in quanto consente una prima scrematura tra le cause manifestamente inammissibili e quelle che presentano questioni di particolare importanza per la funzione nomofilattica della Corte.

È fondamentale la capacità degli "spogliatori" e, in prospettiva, si potrebbe pensare di un loro percorso formativo affidato alla Scuola della Magistratura, anche in sede decentrata.

Le riforme legislative, la delibera del CSM del 5.7.2017 contenente le linee guida in tema di "esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti", nonché le raccomandazioni della Prima Presidenza sono univocamente volte alla redazione di provvedimenti sintetici: come si concilia tale scelta con la funzione nomofilattica?

La sintesi è fondamentale per attuare la nomofilachia.

Sintesi significa chiarezza, ordine del pensiero, comprensibilità della decisione.

La motivazione della sentenza non deve essere uno sfoggio di cultura giuridica ma un percorso lineare per giungere alla decisione.

La motivazione deve essere una guida dalla quale deve emergere il principio di diritto e questo risultato si ottiene con la sintesi e non con la motivazione sovrabbondante, ovvero con *obiter dicta*, che creano confusione e disorientamento non solo tra i colleghi, ma anche nel Foro e tra gli studiosi del diritto in genere.

Il tema della sintesi dei provvedimenti è necessariamente collegato alla lunghezza degli atti processuali. Vi è un progetto condiviso con l'Avvocatura per diffondere la cultura della sintesi tra gli avvocati, dal momento che i protocolli sono strumenti di *soft law*, privi di sanzioni in caso di inosservanza.

Gli avvocati spesso si dilungano nei ricorsi per non incorrere nel rischio di pronunce di inammissibilità per carenza di autosufficienza.

Il protocollo con l'Avvocatura ha la finalità di elaborare uno schema condiviso per la redazione dei ricorsi, in modo da soddisfare i requisiti della specificità ed affronta una serie di problematiche connesse all'introduzione del rito camerale.

L'esperienza attuativa è ancora breve per fare bilanci, ma sicuramente bisogna proseguire nella strada della collaborazione con l'Avvocatura al fine di trovare delle soluzioni comuni.

Registriamo una crescente produttività dei singoli consiglieri e un conseguente significativo aggravio del lavoro dei presidenti: come e quanto incide tale *trend* sulla qualità della giurisdizione e sulla prevedibilità della decisione?

I consiglieri sono gravati da carichi molto pesanti, anzi gravatissimi... Sono richiesti ritmi di lavoro che non consentono soste e che i giudici della legittimità riescono ad affrontare solo grazie alla loro professionalità particolarmente elevata e ad un'organizzazione metodica. Sono due aspetti che consentono di soddisfare i livelli di qualità richieste ad una Corte Suprema e, nel contempo, le esigenze di speditezza delle decisioni.

Nell'organizzazione tabellare si cerca di non superare le quattro udienze mensili, per consentire una costante attività di studio ed aggiornamento. L'attività dei presidenti è molto complessa, per il loro ruolo di guida e per la funzione organizzativa che svolgono all'interno della sezione, oltre che per l'attività di collaborazione con la Presidenza,

Fondamentale per il miglior esercizio della funzione nomofilattica, sia all'esterno che all'interno della Corte, è l'Ufficio del Massimario: come si svolge l'attività di tale Ufficio?

Il Massimario è l'Ufficio della Corte che più si è evoluto nel tempo.

Venuta meno la figura degli applicati di appello (nel 2006), tale Ufficio subì un momento di regressione, venendo a configurarsi come un Ufficio Studi.

Fortunatamente, da alcuni anni è stata reintrodotta l'applicazione dei magistrati del Massimario presso le sezioni civili e tale possibilità oggi è estesa a

tutti i magistrati che abbiano conseguito la terza valutazione di professionalità e siano in servizio presso il Massimario da almeno due anni, mentre in passato era limitata ai soli magistrati di appello. Ciò consente un costruttivo rapporto simbiotico tra l'Ufficio del Massimario e le Sezioni.

Tale nuovo corso è iniziato con la figura degli "assistenti di studio" che, dall'anno 2014, sono stati destinati alle sezioni civili, dove hanno contribuito in maniera determinante allo spoglio sezionale, consentendo ai Presidenti una più efficiente programmazione dei ruoli.

Il ruolo organico del Massimario è stato conseguentemente raddoppiato.

Tra le molteplici attività svolte, l'Ufficio del Massimario, oltre alla massimazione, essenziale per la nomofilachia, ed alla redazione di relazioni di approfondimento giuridico sia per le Sezioni semplici che per le Sezioni unite, elabora Rassegne giurisprudenziali annuali, recentemente affiancate anche da Rassegne mensili concernenti le pronunce di ciascuna sezione civile ovvero questioni processuali comuni. È stata inoltre da poco tempo inaugurata una Rassegna semestrale tributaria, presentata nello scorso mese di novembre, la quale è risultata molto apprezzata anche da operatori esterni alla Corte.

Nonostante le numerose e variegata attività svolte, credo che il Massimario prossimamente amplierà ulteriormente i propri compiti. Penso in particolare alla valorizzazione del Digesto conservato nelle librerie della Prima Presidenza.

Peraltro, la Corte offre agli utenti, anche esterni, ben tre biblioteche: la Biblioteca Centrale Giuridica (al piano terra); la Biblioteca dei Magistrati (al piano secondo) e la Biblioteca Informatica (al piano II).

Recentemente il legislatore ha ritenuto di risolvere il rilevante carico del contenzioso tributario, che rappresenta oltre il 50% delle pendenze della Corte, mediante l'applicazione dei magistrati dell'Ufficio del Massimario alla sezione tributaria: ci saranno ricadute

sull'attività di un Ufficio, quale è quello del Massimario, che costituisce l'ossatura portante della funzione di legittimità?

L'art. 1, comma 980 della legge n. 205 del 2017 ha previsto che i magistrati del Massimario possano essere applicati "esclusivamente" alla Sezione Tributaria per un periodo di tre anni. Conseguentemente, si è provveduto a tali applicazioni, limitando però a 22 il numero di magistrati applicati (su oltre 60 in servizio presso l'Ufficio, ripartiti tra il settore civile e quello penale), i quali tuttavia continuano a svolgere anche le attività istituzionali del Massimario, sia pure nella misura del 50%.

Sempre in relazione alla situazione del settore tributario, l'imminente arrivo di una task force costituita da magistrati reclutati tra quelli andati in pensione creerà nuovi problemi organizzativi nella Corte e, in caso affermativo, quali?

Il primo e più pressante problema è stato quello di reperire spazi sufficienti, problema che tuttavia è già stato adeguatamente risolto dal Segretariato. I magistrati in pensione che hanno risposto al bando, peraltro, sono stati solo 22, su circa 50 posti. Probabilmente verrà pubblicato un nuovo bando.

Quali sono le iniziative assunte dalla Corte in attuazione della circolare del CSM del 20.4.2016 in tema di effettività del godimento delle ferie a seguito della riduzione operata ex lege da 45 a 30 giorni, nonché della circolare del 25.1.2017 in materia di benessere organizzativo?

La Prima Presidenza si è adeguata a tali circolari, disponendo che prima dell'inizio del periodo feriale e dopo la fine dello stesso vi sia un lasso di tempo (di circa dieci giorni) in cui non vengono

fissate udienze, al fine di consentire ai consiglieri di esaurire la redazione dei provvedimenti assunti in decisione ovvero di preparare l'udienza successiva alla ripresa dell'attività lavorativa.

Solo in limitati casi, tale criterio subisce una deroga per ragioni particolari, come ad esempio, per le sezioni penali in relazione ai procedimenti che potrebbero prescriversi nel periodo c.d "cuscinetto".

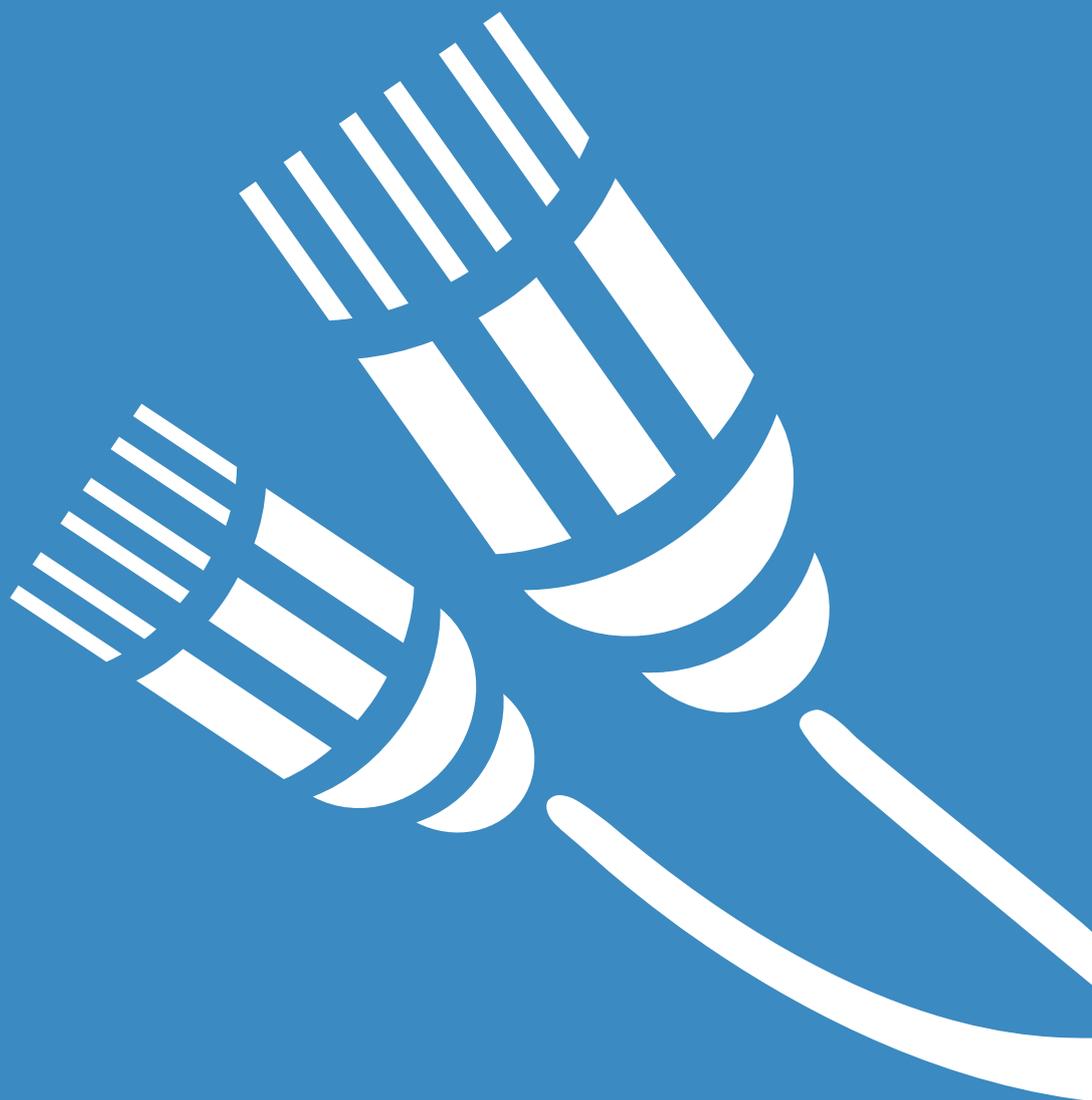
Crede, Presidente, che la sfida della Corte, oggi, sia quella di custodire la sua autorevolezza?

La sfida della Corte oggi dovrebbe essere quella di dare certezza al diritto declinando, nel contempo, la nomofilachia in termini moderni. Ciò significa adeguarsi al contesto europeo, senza rimanere arroccati sulle proprie tradizioni, nonché assicurare l'immediatezza delle decisioni ed offrire sentenze fruibili per chiarezza e sinteticità.

L'ostacolo a tale obiettivo è costituito dall'enorme numero dei ricorsi pendenti e delle sempre crescenti sopravvenienze.

Nel 2014 il Presidente Santacroce suggerì di rivedere il sistema, proponendo una modifica costituzionale che limitasse la ricorribilità in Cassazione.

Non c'è stata risposta e, il rischio, oggi, è quello di morire di ricorsi. ●



INTERVISTA AL PROCURATORE GENERALE DELLA CORTE DI CASSAZIONE

Rossella Marro

Giudice del Tribunale di Napoli



Riccardo Fuzio, nato a Andria il 12.11.1950, si è laureato presso l'Università degli studi di Bari, collabora nell'insegnamento di ordinamento giudiziario presso la Università Roma TRE, è in magistratura dal maggio 1977 e Procuratore generale della Corte di Cassazione dal 4 gennaio 2018.



Buongiorno procuratore, prima di iniziare l'intervista, vorrei ringraziarla a nome dell'ANM per il tempo che ci ha voluto dedicare.

Ringrazio io per l'attenzione rivolta all'attività della Procura generale che, nonostante l'impegno di tutti i sostituti e dei dirigenti che si sono susseguiti, è ancora poco conosciuta.

Partiamo dalle sue parole: spesso, quando si fa riferimento a tutte le problematiche connesse all'enorme carico di lavoro della Corte di Cassazione, si presta poca attenzione alla Procura Generale. Poca attenzione nonostante si tratti di un ufficio chiave, il cui funzionamento non può non incidere sulla produzione della Corte: le vorrei chiedere in che condizioni si trova attualmente l'ufficio?

L'Ufficio secondo le norme di ordinamento giudiziario, rappresenta nel sistema processuale la funzione requirente dinanzi al giudice di legittimità. Le sue attribuzioni sono, peraltro, diverse e più estese di quelle attribuite agli uffici requirenti di primo e secondo grado. Più estese perché la presenza della procura generale è prevista o consentita in tutte le udienze civili (pubbliche e di camera di consiglio).

Considerato che l'organico della Procura è meno di un terzo di quello della Corte è facile intuire come la sua attività è direttamente coinvolta dal numero abnorme dei ricorsi che giungono dinanzi al giudice di legittimità. Le quattro riforme, succedutesi dal 2006 al 2016 nel settore civile, non hanno affrontato o apprezzato correttamente il contributo che il pubblico ministero di legittimità offre all'autorevolezza della decisione finale. Di contro hanno imposto continue modifiche ai modelli organizzatori dell'Ufficio che, posso affermare con sufficiente sicurezza, non hanno mai diminuito il livello qualitativo degli interventi scritti o orali dei sostituti. Nel penale l'attività della Corte è in fase di attento monitoraggio degli effetti della riforma Orlando del 2017. La maggiore esperienza raggiunta nella rilevazione delle cause di inammissibilità del ricorso mediante l'apposita settima sezione penale attenua soltanto l'impegno nelle udienze pubbliche i cui gravosi ruoli comportano la conclusione della udienza in tarda serata se non a notte inoltrata.

Su quali fronti è attualmente più esposta la Procura Generale della Cassazione?

Alcuni dati possono chiarire la situazione. L'impegno richiesto sino alla fine del 2017 corrispondeva a una media di udienze civili, pubbliche (con requisitoria orale) o di camera di consiglio con requisitoria scritta) pari a 75; nel corso del 2018 questo numero si è elevato a 95. Anche nel penale l'impegno dei sostituti raggiunge livelli molto alti in considerazione del numero delle requisitorie scritte in materia di misure cautelari, di esecuzione, di misure di prevenzione e dei provvedimenti decisori sui contrasti tra P.M.. Si deve tener conto che il sostituto di udienza è unico interlocutore dell'intero collegio, mentre i componenti si ripartiscono il numero dei ricorsi per relatore.

Come incide l'abnorme carico di lavoro, che non trova analoghe proporzioni nelle Corti Supreme di altri paesi europei, sulla attività della Procura Generale?

Di fronte a questi numeri la coerenza delle conclusioni scritte della Procura nei settori, civile e penale, impone un'articolazione organizzativa elevata ponendo a rischio la funzione propria del pubblico ministero nel giudizio di legittimità; vale a dire collaborare al consolidamento di interpretazioni della corte di Cassazione.

Le riforme legislative, la delibera del CSM del 5.7.2017 contenente le linee guida in tema di "esame preliminare delle impugnazioni e modalità stilistiche di redazione dei provvedimenti", nonché le raccomandazioni della Prima Presidenza sono univocamente volte alla redazione di provvedimenti sintetici: come si concilia tale scelta con la funzione nomofilattica?

La Corte e, per la sua parte, la Procura generale sono impegnate insieme, anche attraverso protocolli interni, a incentivare forme di ampia selezione dei ricorsi e di modifica delle forme di redazione dei provvedimenti. Un percorso che deve realizzarsi in piena sintonia con la classe forense. Occorre modificare una cultura giuridica che sposti, secondo linee condivise, sulle professionalità forensi il filtro di accesso alla giurisdizione giacché gradi di merito e di legittimità costituiscono un unico sistema. Il ricorso al giudice presuppone consapevolezza che la giurisdizione è una risorsa, limitata e costosa, per il Paese.

Registriamo una crescente produttività dei singoli consiglieri e un conseguente significativo aggravio del lavoro dei presidenti: come e quanto incide tale *trend* sulla qualità della giurisdizione e sulla prevedibilità della decisione?

La quantità di ricorsi e di corrispondenti provvedimenti (30.000 civili e 50.000 penali) pone, di sicuro, a rischio qualità e prevedibilità della decisione. È un rischio che la stessa Corte e la dottrina più attenta avvertono da tempo.

È stata prevista una attività di monitoraggio da parte della Procura Generale sulla produzione della Corte? Con quale obiettivo?

L'Ufficio, che oggi ho l'onore di dirigere, già da qualche anno ha assunto iniziative volte a monitorare la corretta osservanza dei protocolli vigenti in sede di legittimità (sul punto devo dare atto che, ad esempio, sono sempre più numerosi gli avvocati che redigono il ricorso secondo le modalità convenute tra il primo presidente Santacroce e il presidente del CNF Alpa). È mia piena convinzione che – pur se difficile – sia necessario investire nell'attività di spoglio preliminare dei ricorsi con individuazione di criteri specifici di selezione orientati a: scelta di percorso decisionale (camera consiglio o udienza pubblica), priorità di risposta per diritti ed interessi a fondamento costituzionale, responsabile equilibrio tra ragionevole durata del processo e garanzia di effettività dei diritti secondo le indicate priorità.

Quale strada occorre perseguire per garantire l'autorevolezza? Quanto potrebbe incidere favorevolmente una diversa organizzazione della Corte? Quali sono le modifiche che, in quanto ufficio dirimpettaio, si sentirebbe di indicare?

Non spetta a me, come Procuratore generale ed a titolo personale, prospettare soluzioni ma invocare un sano realismo. Dodici anni di impegno continuo e progressivamente sempre più elevato, in termini quantitativi, di tutti i consiglieri e presidenti della Corte inducono a ritenere che affidarsi a scelte organizzative "miracolose" è illusorio e pericoloso perché rischia di celare la verità. Non voglio evitare però la sua domanda e dico che personalmente sto invitando il Consiglio direttivo, di cui sono componente di diritto, a riflettere sugli obiettivi della Corte e sulle concrete possibilità di utilizzare al meglio il contributo che la Procura generale deve e può dare alla risposta giudiziaria di legittimità in termini di nomofilachia, autorevolezza e tempestività. Ciò tanto nel settore civile quanto in quello penale. A legislazione ferma. Ma chissà per quanto.

Quali riforme urgenti indicherebbe al legislatore per restituire dignità alla funzione di legittimità?

Non dovrebbe spettare ai giudici proporre modifiche normative. È compito dei protagonisti del processo che, forse, in una cosa sono concordi: meglio un "fermo biologico" e, in caso di intervento, il principio di realtà deve indurre a riflettere su seri filtri di accesso alla giurisdizione, tutta, secondo quanto già anticipato in precedenza. Probabilmente non può più evitarsi di incidere sull'art.111 cost. per l'accesso alla corte di Cassazione.

Un compito molto delicato viene attribuito al Procuratore Generale della Cassazione e riguarda il disciplinare. In questo bellissimo ufficio vengono ascoltati i colleghi che incappano nelle maglie del disciplinare ed è ancora viva la memoria di una stagione non felice. IL rischio è che si dia luogo ad una giustizia “difensiva”. C’è un limite oltre il quale il timore del disciplinare non ti fa essere più un buon giudice? Cosa si sente di dire ai colleghi oggi sull’azione disciplinare?

La disciplina della funzione disciplinare è stata completamente rivista dal d.lgs. n. 109 del 2006. Il passaggio da un sistema, nel quale era il titolare dell’azione disciplinare e, poi, la sezione disciplinare, a definire volta per volta quale fosse la condotta lesiva del “prestigio” dell’ordine giudiziario, ad un nuovo modello di azione disciplinare per illeciti tipizzati e predefiniti ha comportato una difficile nuova impostazione dei fondamenti della responsabilità disciplinare.

Di sicuro l’illecito che più ha inciso sulla serenità dei magistrati è stato quello del ritardo nel deposito dei provvedimenti ovvero nel rispetto dei termini di legge in generale. Ma, come in tutti i casi di diritto, oggi la giurisprudenza dei titolari dell’azione e quella della sezione disciplinare e delle sezioni unite della Cassazione hanno raggiunto orientamenti univoci e consolidati che, a mio parere, devono far superare una visione di “giustizia difensiva”. C’è un ampio spazio per ritenere giustificati i ritardi, anche reiterati nel compimento degli atti relativi alle funzioni, per l’inesigibilità della condotta lavorativa e per fornire al giudice disciplinare tutti gli elementi per valutare la fondatezza e serietà delle giustificazioni addotte. Inoltre voglio cogliere l’occasione per segnalare che la Procura generale, con grande impegno e serietà, svolge indagini per un numero molto rilevante di esposti, denunce e segnalazioni, anche di dirigenti dell’ufficio, per i quali procede ad archiviazioni motivate e, nella quasi totalità condivise dal Ministro.

E veniamo all’iniziativa del memorandum adottato dagli ex vertici della Corte di Cassazione e della Procura Generale della Cassazione. La Giunta della Cassazione si è espressa in termini estremamente critici e lo stesso ha fatto l’ANM. Lei cosa pensa della iniziativa?

Su quella iniziativa condivido la delibera del CSM del 24 gennaio 2018. “L’auspicata armonizzazione delle funzioni di nomofilachia può e deve realizzarsi nei rispettivi organismi di studio, con la circolazione di modelli ed esperienze e l’osmosi dei saperi e del dibattito scientifico per evitare il rischio di una frammentazione della funzione nomofilattica, in particolare, su questioni ricadenti nella medesima area tematica. Ma è preclusa a Costituzione invariata ogni ipotesi di integrazione dei collegi delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con magistrati di altre giurisdizioni. Per dettato costituzionale la funzione regolatrice della giurisdizione spetta esclusivamente alla Corte di Cassazione. Ciò è confermato dalla specificità dello statuto di indipendenza dei magistrati ordinari che gode di copertura costituzionale e dal rilievo costituzionale assegnato alla Corte di Cassazione”. ●

LA “QUESTIONE CASSAZIONE” RIGUARDA L’INTERA GIURISDIZIONE

Pasquale Fimiani

Presidente della Giunta sezionale ANM Cassazione

ABSTRACT

Partendo dalla individuazione degli aspetti problematici dell’attività della Cassazione e della Procura generale, l’articolo ricorda come essi siano stati tra gli argomenti alla base del noto *Memorandum* delle giurisdizioni ed evidenzia come tale vicenda costituisca la cartina al tornasole di tre profili critici di carattere generale, quali la tendenza ad un *approccio verticistico* nella promozione ed interlocuzione delle riforme in materia di giustizia, il *rapporto con le altre giurisdizioni* a seguito della abnorme espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e la *crescente sovraesposizione dell’attività interpretativa* in conseguenza delle plurime istanze provenienti dagli operatori e dalla pubblica opinione in genere, analizzando ciascuno di questi tre punti nella prospettiva di una effettiva *“accountability”* dell’organizzazione giudiziaria in cui la Cassazione abbia un ruolo centrale in un costante *“dialogo”* tra merito e legittimità.

Fin dal suo insediamento, nel luglio 2017, la Giunta sezionale in Cassazione ha ritenuto indispensabile porre stabilmente il tema “Cassazione” al centro del dibattito associativo.

Un auspicio da me rappresentato nell’intervento al congresso di Siena di ottobre 2017 in cui ho sottolineato, quanto alla Cassazione:

1. l’abnorme carico di lavoro ed il rischio che la trasformazione in cronica di una situazione eccezionale sviscila la funzione nomofilattica della Corte, la cui centralità è fondamentale in un momento, quale è quello attuale, caratterizzato dalla crisi del legislatore tradizionale e dalla connessa espansione del ruolo e dell’impatto sociale delle decisioni giurisprudenziali;
2. l’esigenza di considerare le specificità della Corte nella interlocuzione con il Ministero sui

profili della modernizzazione organizzativa e del processo telematico;

3. la rilevante incidenza percentuale dei ricorsi in materia tributaria, in tendenziale continua crescita con proiezioni a breve oltre il 50% del complessivo carico civile, tale da determinare una situazione di assoluta anomalia per una Corte Suprema, rispetto alla quale segnalavo le perplessità circa la soluzione legislativa che si andava delineando e che poi ha portato alla previsione, con la legge di bilancio 2018, della integrazione dei collegi con magistrati in pensione reclutati in via straordinaria e con l’applicazione di magistrati del Massimario (cui è stata aggiunta una ulteriore funzione rispetto a quella fondamentale di studio e di ricerca, con il rischio di un suo progressivo snaturamento);

4. la vicenda del memorandum delle giurisdizioni, sulla quale tornerò a breve;

mentre, quanto alla Procura generale ho evidenziato l'evoluzione verso un ruolo del tutto peculiare, di natura per così dire *"anfibia"*, in quanto opera sia nel contesto nomofilattico, sia in quello esterno (si pensi al settore disciplinare, di attuazione dell'art. 6 del d.lgs. n. 106/2006 od all'attività internazionale), caratteristica che – osservavo – le attribuisce un ruolo di primo piano nel dialogo tra due *"mondi"* tra loro distanti, quali la giurisdizione e la realtà istituzionale esterna.

Considerazioni che hanno trovato parziale riscontro nella mozione finale congresso di Siena nella parte in cui ha sottolineato il rischio per la Corte di Cassazione *"di attenuare il suo fondamentale ruolo di indirizzo giurisprudenziale sotto un carico di lavoro esorbitante"*. L'abnormità del carico di lavoro, inaccettabile per una Corte suprema, e l'esigenza di una maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziarie sono stati tra i principali argomenti utilizzati per giustificare l'iniziativa assunta nel maggio dello scorso anno dai vertici della Cassazione, del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e delle due Procure generali di presentare al Presidente della Repubblica un *memorandum* il quale, oltre ad auspicare un dialogo più intenso tra le tre giurisdizioni (ad esempio tramite attività di formazione comune o la collaborazione tra i rispettivi uffici studi) e soluzioni deflative condivise, contiene al punto 4) l'impegno reciproco di *"valutare, previa opportune consultazioni al proprio interno e con i competenti organi di autogoverno, la possibilità di promuovere l'introduzione di norme, a Costituzione invariata, che consentano forme di integrazione degli organi collegiali di vertice con funzioni specificamente nomofilattiche delle tre giurisdizioni (Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, Sezioni Riunite della Corte dei conti) con magistrati di altre giurisdizioni, quando si trattino questioni di alto e comune rilievo nomofilattico, ivi comprese, per le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione, quelle attinenti alla giurisdizione"*.

Non è questa la sede per approfondire le vicende

successive alla presentazione del memorandum e le iniziative che la precedente Giunta e la nostra, a partire da un intervento sul Corriere della Sera del 4 agosto 2017, hanno portato avanti per manifestare - pur nell'apprezzamento dei vari passaggi del documento che rappresentano l'esigenza di favorire virtuosi procedimenti di confronto ed osmosi fra esperienze, culture e sensibilità nelle diverse giurisdizioni - la netta contrarietà al citato punto 4), per ragioni di *metodo* (mancanza di qualsiasi previa consultazione dei magistrati della Corte), di *merito* (la modifica non potrebbe essere introdotta nell'attuale assetto costituzionale, andrebbe a configurare una anomala forma di *"rappresentanza"* delle giurisdizioni di provenienza, inconcepibile in un collegio giurisdizionale e comunque comporterebbe solo un generico ed occasionale interscambio tra i componenti degli organi giudicanti di vertice senza alcun reale beneficio per l'esercizio della funzione nomofilattica) ed *ordinamentali* (la specificità dello statuto di indipendenza dei magistrati ordinari, che gode di copertura costituzionale, rispetto alle altre giurisdizioni).

Quello che invece sembra importante evidenziare è come la vicenda memorandum, costituisca la cartina al tornasole di *tre profili critici di carattere generale*.

Il *primo* è di natura *politico-associativa* e riguarda il tema della legittimazione nel dibattito sulle riforme che riguardano la giustizia.

La presentazione del documento al Presidente della Repubblica da parte dei vertici senza preventive discussioni con i colleghi della Cassazione e della Procura generale, rappresenta solo uno dei passaggi che, almeno da un decennio, hanno visto riforme sul rito in Cassazione sostanzialmente ispirate direttamente dai Presidenti di turno, senza alcun preventivo coinvolgimento dei colleghi interessati e dell'ANM, nazionale e sezionale.

Questa tendenza, che ha trovato riscontro anche in altre vicende in tema di riforme giudiziarie, evidenzia il rischio che anche l'associazionismo giudiziario sia contaminato dalla nota *crisi dei corpi intermedi* e che il fenomeno della c.d. *"disintermediazione"* possa progressivamente sterilizzare, nella discussione

sui temi di politica giudiziaria, il ruolo dell'attività associativa e dei gruppi che la fondano, per lasciare spazio al singolo ufficio – se non al singolo dirigente dell'ufficio – nel proporsi quale soggetto esponenziale degli interessi particolari che vengono di volta in volta in evidenza.

È invece da preferire, rispetto ad un modello in cui le scelte strategiche in tema di giustizia sono affidate alla sfera di responsabilità dei soggetti di vertice, quello in cui sono i magistrati ad assumere, tramite i loro organismi esponenziali, un *ruolo partecipativo* nella elaborazione delle riflessioni e nella individuazione delle possibili soluzioni migliorative.

Il secondo versante sul quale la vicenda memorandum impone una riflessione di sistema riguarda il *rapporto con le altre giurisdizioni*, un tema restato ai margini del dibattito associativo nonostante l'abnorme espansione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo voluta dal Legislatore alla fine degli anni '90 abbia prodotto la sostanziale modifica dell'impianto complessivo del sistema delle tutele giurisdizionali delineato dai Costituenti, che attribuisce la cognizione generale sui diritti soggettivi al giudice ordinario (ed in ultima istanza alla Corte di Cassazione quale unico giudice di pura legittimità) mentre assegna alla cognizione sui diritti del giudice amministrativo un carattere solo eccezionale e limitato.

Il terzo tema, a differenza degli altri due, tocca profili non solo ordinamentali ed associativi, ma anche relativi alla formazione - professionale e culturale – del magistrato e riguarda gli *aspetti problematici*, nell'attuale momento storico, *dell'interpretazione giurisprudenziale*, in genere, e quindi del suo apice, rappresentato dalla funzione "nomofilattica" attribuita alla Corte di Cassazione dall'art. 65 O.G..

Tutti gli studiosi sono concordi nel rilevare la crescente sovraesposizione dell'attività interpretativa in conseguenza delle plurime – e non convergenti - istanze provenienti dagli operatori e dalla pubblica opinione in genere.

Ed infatti:

1. da un lato, viene con crescente intensità rappresentata l'esigenza di *più nomofilachia*

per una maggiore prevedibilità delle decisioni giudiziarie, in un contesto storico in cui, però, la tutela multilivello, la pluralità delle fonti e la crisi del legislatore tradizionale, con l'aumento di formule elastiche e norme cornice, hanno inevitabilmente ampliato gli spazi di discrezionalità interpretativa;

2. d'altro canto, si sollecita un'attenta riflessione sulla *responsabilità sociale del giudice* rispetto alle conseguenze delle proprie decisioni specie sul sistema economico (va ricordato il lungo dibattito sul rapporto tra giudice ed economia aperto da una intervista del Vice Presidente del CSM al Corriere della Sera il 5 luglio del 2015 in cui rappresentava l'esigenza di "*formare un nuovo profilo di giudice autonomo e indipendente, dotato di una sensibilità capace di porlo in sintonia con le aspettative del Paese e dei cittadini*"), in tal modo stringendo idealmente la giurisdizione in una morsa, tra la richiesta di maggiore prevedibilità e quella di adozione della decisione opportuna nel caso concreto;

3. sempre crescenti, poi, sono le istanze di una decisione giudiziaria non più accessibile nella sua lettura ad una ristretta platea di lettori, ma piuttosto *maggiormente comprensibile da parte della collettività* quale forma ulteriore di emancipazione democratica;

4. ed infine, quanto alla *decisione penale*, è ormai diffusa la tendenza ad identificarla con la valutazione etica dei comportamenti pubblici, all'insegna della equazione "*criminally innocent = politically correct*", in una impropria sovrapposizione dell'etica pubblica con il "penalmente rilevante",

Si aggiunga che è lo stesso ruolo della giurisdizione ad essere messo in crisi da forme sempre più diffuse, nei toni e nei modi di comunicazione, di diretto richiamo della volontà popolare quale fonte di legittimazione delle istituzioni democratiche, sia di rappresentanza, che di garanzia.

Un fenomeno, non solo italiano, del cui crescente consenso occorre prendere atto per adeguare le procedure che regolano il funzionamento di tutte le istituzioni, incluse quelle di garanzia quali la giurisdizione.

Un adeguamento indispensabile per una

rinnovata legittimazione nella consapevolezza dei consociati, al fine di evitare derive ideologiche che, promuovendosi come interpreti autentici della volontà popolare, finiscano per incidere sui fondamenti stessi dello Stato di diritto e sui sistemi di garanzia, quale è la giurisdizione, che ne assicurano il funzionamento democratico.

È quindi indispensabile una approfondita *elaborazione culturale* sul ruolo che l'attuale momento storico chiede alla nomofilachia ed all'interpretazione giurisprudenziale per rispondere a queste istanze.

In questa prospettiva, vanno in primo luogo individuate soluzioni per evitare che l'interpretazione giudiziale finisca per autodelegittimarsi, in quanto frutto meramente autoreferenziale di una *elite* di sapienti, separata dal contesto storico e sociale nel quale opera. Perché sia *servizio*, l'attività di interpretazione da parte del giudice, specie della nomofilachia, deve essere comprensibile dalla collettività e non solo dal mondo degli esperti, scopo che può essere raggiunto immaginando un linguaggio semplificato e condiviso, motivazioni di agevole comprensione e forme di spiegazione istituzionale delle decisioni adottate, rafforzando la prassi da tempo seguita dalla Corte costituzionale e dalla Cassazione per questioni di particolare rilevanza.

Del resto, in materia di giustizia, si sta progressivamente assistendo all'importazione ed adattamento di parametri propri della scienza dell'amministrazione, tanto che ormai si ragiona diffusamente su concetti quali la responsabilità sociale del sistema giudiziario, la sua rendicontazione e la sua *"accountability"*, quest'ultima intesa come capacità della organizzazione giudiziaria di comprendere i rapporti con l'ambiente e sapere individuare le performance di sistema più significative, ed è indubbio come la *"vicinanza"* delle ragioni della decisione alla collettività rappresenti un punto fondamentale per incrementare tale positiva caratteristica.

Il tema della *"accountability"* dell'organizzazione giudiziaria pone però la questione dei *soggetti responsabili* del suo perseguimento.

Occorre, infatti, individuare la linea di confine tra la responsabilità sociale dello *"Stato giudice"* ed il livello

di concorso del *singolo magistrato* alla sua attuazione. Varie possono essere le soluzioni organizzative nella prospettiva di un sistema incentrato sulla tendenziale prevedibilità delle decisioni, ma bisogna comunque porre attenzione a non comprimere l'autonomia del giudice, valore fondante un sistema di giurisdizione diffusa quale è il nostro, pena il *rischio di progressiva sterilizzazione del c.d. diritto vivente*.

Occorre, quindi, una *"prevedibilità sostenibile"*, anche ragionando sulla possibilità di introduzione di meccanismi di *"nomofilachia anticipata"*, del resto prefigurati anche dal punto 3 della seconda parte della Relazione di accompagnamento al memorandum nella parte in cui propone di generalizzare l'istituto della questione pregiudiziale interpretativa previsto in materia di rito del lavoro dall'art. 420-bis cod. proc. civ. In questo contesto potrebbe anche essere verificata la possibilità di adattare nel nostro sistema la soluzione francese sulla stretta collaborazione tra Cassazione e legislatore in chiave correttiva delle norme.

In alternativa si potrebbe pensare alla possibilità che sia il Procuratore generale a segnalare al Parlamento difficoltà interpretative ed operative dipendenti dal tenore del testo di legge o da vuoti normativi, in tal modo supportando l'attività di *drafting* legislativo, soluzione del resto coerente con il ruolo ormai acquisito dallo stesso di *"volano"* in diversi momenti di confronto istituzionale in tema di giustizia cui è chiamato a partecipare.

Alla *elaborazione culturale* deve poi seguire con una effettiva *capacità di dialogo* con le istituzioni e le varie componenti sociali, non soltanto sugli aspetti ordinamentali ed organizzativi, ma anche su temi di carattere generale di interesse pubblico, cercando di offrire non solo alla politica, ma anche alla società ed alla opinione pubblica una lettura – sia pure con lo sguardo ed il linguaggio della giurisdizione – delle problematiche di interesse generale, dei temi sensibili e delle possibili aree di intervento.

Occorre infine trovare forme più intense di *circolarità delle idee e delle proposte all'interno della giurisdizione* ed in questa prospettiva sarebbe auspicabile un collegamento sistematico tra merito e Cassazione per un ragionamento comune e condiviso. ●

LA CORTE DI CASSAZIONE AI TEMPI DELL'INNOVAZIONE

Antonella Ciriello e Ileana Fedele

Magistrati referenti per l'informatica della Corte di Cassazione

L'Ufficio per l'Innovazione della Corte Suprema di Cassazione e della Procura Generale della Corte di Cassazione (UIC), costituito con decreto del Primo Presidente e del Procuratore Generale in data 13 dicembre 2016, è composto dai tre magistrati referenti per l'informatica (due per la Corte di Cassazione - uno per il settore penale ed uno per il settore civile - ed uno per la Procura Generale).

L'INVESTITURA DEL CSM E I COMPITI "TRASVERSALI" DELL'UFFICIO PER L'INNOVAZIONE DELLA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE E DELLA PROCURA GENERALE (UIC)

I compiti dell'UIC sono stati previsti dall'ultima circolare relativa ai magistrati referenti per l'informatica e l'innovazione (cd. RID), adottata con delibera di *plenum* in data 26 ottobre 2016, e modificata con delibera del 22 marzo 2017, che ha qualificato l'ufficio come struttura permanente di riferimento del Consiglio Superiore della Magistratura per l'innovazione e l'informatizzazione ed ha attribuito all'UIC competenze non solo sul piano organizzativo ma anche in ordine ad aspetti formativi e informativi, da svolgersi in collaborazione rispettivamente con l'ufficio del Centro Elettronico di Documentazione (CED) della Corte di Cassazione

e con i referenti per la formazione, sentiti i dirigenti. Si può allora ritenere che tale ufficio, in stretta collaborazione con il CED e in collegamento con il Consiglio Superiore, abbia il compito delicato, in un momento di grande cambiamento ed innovazione tecnologica, di intercettare i bisogni dei magistrati di legittimità, sui temi dell'informatica e dell'organizzazione, e di promuovere le iniziative necessarie per il pieno coinvolgimento degli stessi nei progetti di innovazione, anche al fine di assicurare la conoscenza necessaria per affrontare le emergenti questioni processuali in materia. D'altro canto, all'UIC è richiesto di segnalare gli interventi organizzativi utili in materia di innovazione ai dirigenti degli uffici, di collaborare con il ministero della Giustizia e con il CED, per rendere i programmi informatici forniti ai giudici di legittimità adeguati alla delicatezza e peculiarità della funzione, sempre garantendo l'opportuna interlocuzione con il Consiglio Superiore per gli aspetti istituzionali specificamente loro demandati.

L'AVVIO DELLE NOTIFICHE TELEMATICHE NEL SETTORE PENALE

Emblematica, in questo senso, l'esperienza che ha condotto all'avvio delle notifiche telematiche nel settore penale (d.m. 14 settembre 2017, entrato in vigore il 14 ottobre 2017) attraverso

la realizzazione di una soluzione progettuale specificamente individuata da un gruppo di lavoro appositamente costituito, cui l'UIC ha attivamente partecipato, in piena col-laborazione con il CED ed i rappresentanti della DGSIA. Infatti, dopo un opportuno approfondimento giuridico sull'ambito di applicazione delle notifiche telematiche nel processo penale, la Corte ha scelto di percorrere una strada autonoma rispetto a quella adottata per gli uffici di merito (ove è in uso il "Sistema Notifiche Telematiche in ambito penale" – SNT - che è stato concepito come separato dai registri di cancelleria e richiede la predisposizione degli avvisi ancora in forma cartacea e la successiva scansione per l'invio a mezzo PEC), con la realizzazione di apposite funzioni per la gestione delle notificazioni integrate nel registro informatico della Cassazione (SIC), e l'utilizzo del Gestore locale Cassazione (GI Cass) già in uso per le comunicazioni del settore civile. Questa modalità consente alla cancelleria di gestire in maniera semplificata gli avvisi di udienza e le altre notificazioni, in quanto, a seguito della formazione del ruolo di udienza, è possibile attivare la funzione di predisposizione degli avvisi informatici ed il loro ed invio automatico a mezzo PEC ai difensori, sollevando in tal modo il personale dalla laboriosa e dispendiosa attività di invio dei telefax ovvero di scansione degli atti. Basti pensare che, mentre con le modalità tradizionali, per l'invio delle notifiche relative ad un'udienza della Settima penale (la Sezione deputata alla trattazione delle inammissibilità, che tratta in media circa 200/250 procedimenti ad udienza) occorre circa due giornate di lavoro, attualmente la stessa incombenza viene espletata in meno di mezz'ora, compresa la verifica del buon esito della notifica tramite la risposta fornita pressoché in tempo reale dal sistema. Inoltre, a seguito della approvazione della riforma penale, di cui alla legge n. 103 del 2017, i referenti per l'informatica, sempre in collaborazione con il CED, hanno seguito l'analisi preordinata all'adeguamento del SIC per la gestione informatizzata degli avvisi di udienza corredati dall'indicazione delle specifiche

causa di inammissibilità, come richiesto dalla novella. Il pros-simo passo, in corso di analisi, è rappresentato dallo sviluppo delle comunicazioni con la Pro-cura generale della Corte di Cassazione, non tramite invio di singole PEC, sia pure integrate con il registro, come per i difensori, ma con lo sviluppo di opportune funzioni di registro, pre-vio approfondimento giuridico sulla conformità della soluzione prefigurata alla vigente normativa. La realizzazione di apposite funzioni di registro, integrate in quelle già predisposte per la gestione dell'udienza da parte della cancelleria, potrà essere estesa anche al settore civile, per l'adempimento dei medesimi incombenzi, riservando ad un momento successivo l'analisi e lo studio per la realizzazione delle comunicazioni telematiche nei confronti di soggetti giuridici esterni al sistema, diversi dai difensori (uffici giudiziari, amministrazione penitenziaria, altre amministrazioni, altri organi giurisdizionali, etc.).

IL TAVOLO DI LAVORO PER L'AVVIO DEL PROCESSO TELEMATICO DI LEGITTIMITÀ E LA PARTECIPAZIONE AL TAVOLO "INTERMAGISTRATURE"

Nel solco dell'esperienza positivamente maturata per le notifiche e comunicazioni telematiche, l'UIC ed il CED hanno promosso la costituzione di uno specifico tavolo di lavoro - cui partecipano stabilmente la DGSIA, l'Avvocatura generale dello Stato ed i rappresentanti designati dal Consiglio Nazionale Forense - per l'avvio del processo civile telematico di legittimità. Allo stato, sono stati aggiornati gli schemi XSD dei ricorsi e dei controricorsi (pubblicati dalla DGSIA sul portale dei servizi telematici) e sono stati effettuati i primi depositi telematici di ricorsi in via sperimentale nell'ambiente "model office". Nelle prospettive di sviluppo ci si è soffermati sulla peculiare posizione della Corte nel sistema ordinamentale (art. 65 ord. giud.), con l'attribuzione della funzione di assicurare "l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il

rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni". A ciò si è aggiunta la valutazione sulle caratteristiche del processo in Cassazione, che, nelle sue linee essenziali, si incentra, in maniera analoga (*mutatis mutandis*) sia nel settore civile che nel settore penale, sull'analisi di un ricorso a critica vincolata e si esaurisce di norma in una sola udienza, partecipata e/o non partecipata; tanto che il sistema informatico della Corte, benché articolato in SIC civile e SIC penale, è un sistema le cui logiche di sviluppo rispondono ad un approccio unitario, anche rispetto alla Procura generale, che partecipa delle medesime funzioni di legittimità, a differenza di quanto avviene nel merito. Ciò ha suggerito l'idea di concepire una architettura del "processo telematico di legittimità", come qualcosa che, se da un lato potrà trarre beneficio dall'esperienza maturata presso il merito, dall'altra non potrà ricalcare le orme pedissequamente, dovendo corrispondere al diverso ruolo che la Corte è chiamata a svolgere. Infatti, la linearità del processo in Cassazione consiglia lo sviluppo di un'applicazione molto semplificata rispetto a quella in uso nel merito, valutando a tal fine anche i diversi modelli avviati in parallelo nella giurisdizione amministrativa e tributaria e tenendo conto del non trascurabile dato logistico, in ragione del quale i magistrati di legittimità, che provengono dall'intero territorio nazionale, nella maggior parte dei casi lavorano in remoto anche perché, presso il palazzo di giustizia, non sono disponibili postazioni di lavoro individuali. È stato, quindi, avviato un modello di collaborazione virtuosa fra gli interlocutori istituzionali per fare della Cassazione un "laboratorio" in cui sperimentare soluzioni e percorsi innovativi, anche per garantire l'interoperabilità dei sistemi, non solo con i gradi di merito ma anche con le altre giurisdizioni. Infatti, la Corte di Cassazione, presso cui confluiscono i ricorsi ordinari per la materia tributaria nonché per il rispetto dei limiti delle altre giurisdizioni, e che interagisce anche con il CSM per quanto attiene ai procedimenti disciplinari a carico dei magistrati, deve essere posta in grado di svolgere consapevolmente il proprio ruolo

nomofilattico anche nel settore dell'innovazione e dell'informatica. Nel contempo, l'auspicabile semplificazione dell'approccio potrà facilitare lo sviluppo di standard organizzativi ed applicativi uniformi, che ad oggi costituisce la vera sfida dell'innovazione, dopo una prima stagione - pur necessaria - in cui sono stati sviluppati protocolli diversi per ciascun ufficio

A tal proposito, la partecipazione del CED e dei componenti dell'UIC al cd. tavolo intermagistrature - che riunisce i rappresentanti delle giurisdizioni amministrativa, contabile, tributaria e costituzionale - rappresenta un'occasione privilegiata per approfondire la normativa in materia e valutare l'eventuale formulazione di modifiche legislative, che, anche considerando gli standard di riferimento internazionale, tendano ad uniformare la disciplina del processo telematico delle diverse giurisdizioni, per il migliore servizio degli utenti.

LE INIZIATIVE A CARATTERE INFORMATIVO PROMOSSE IN COLLABORAZIONE CON IL CED ED IL CSM

L'esperienza e le riflessioni maturate nei tavoli di lavoro sono state condivise attraverso la promozione di specifiche iniziative a carattere divulgativo, nelle quali sono stati coinvolti i principali interlocutori istituzionali.

In particolare, l'UIC, unitamente al CED ed in collaborazione con la Settima Commissione del CSM, il 27 settembre 2017 ha organizzato presso l'Aula Magna della Corte Suprema di Cassazione il convegno, in memoria del Pres. Renato Borruso, sul tema "*L'informatica al servizio del paese: strategie per la giustizia*", articolato in una sessione mattutina, incentrata sull'informatica giuridica e sul sistema "*italgiureweb*", ed una sessione pomeridiana, dedicata all'informatica giudiziaria ed improntata alla declinazione dei concetti chiave di "processo telematico di legittimità", "interoperabilità dei sistemi" e "nomofilachia informatica".

Inoltre, l'UIC, con il CED della Cassazione ed in collaborazione con la Settima Commissione del CSM e con gli UDI di Napoli e Salerno ha poi promosso una giornata di studi, dal titolo "Processo telematico o processi telematici?", allo scopo di approfondire, le questioni interpretative poste dalle norme generali del Codice dell'amministrazione digitale (CAD) e del Regolamento UE n. 910 del 2014 (eIDAS), in relazione alla disciplina speciale dei singoli "processi" telematici delle diverse giurisdizioni, in un momento storico in cui la informatizzazione non è completa e si registra un continuo passaggio - anche bidirezionale - dalla gestione cartacea a quella digitale. La giornata di studi è stata organizzata coinvolgendo anche le altre magistrature, il notariato ed altri soggetti istituzionali (il Consiglio di Presidenza della Giustizia Tributaria, la Fondazione Nazionale del Notariato, il Consiglio Nazionale Forense, la Fondazione per l'innovazione forense FIIF nonché rappresentanti dell'AGID, degli organi che si occupano dell'innovazione per l'Avvocatura dello Stato, del Consiglio di Stato, della Corte dei Conti e della Corte Costituzionale). I lavori si sono svolti il 13 ottobre 2018, presso la Certosa di Capri, con una giornata articolata in una sessione mattutina plenaria, dedicata a temi comuni e trasversali, ed una sessione pomeridiana, suddivisa in vari gruppi di lavoro (civile, penale, tributario, amministrativo ed altre giurisdizioni).

Inoltre, e più in generale, in attuazione della circolare consiliare che demanda ai magistrati referenti per l'informatica compiti informativi relativi all'utilizzo degli applicativi ministeriali in uso negli uffici nonché attività formative da promuovere con le strutture territoriali del distretto sui temi dell'informatica giudiziaria, statistica, organizzazione e delle buone prassi, l'UIC ha organizzato apposite sessioni formative volte ad assicurare la diffusione e conoscenza dei programmi messi a disposizione dal ministero, come "onedriveprofessional" ed ha partecipato, fornendo il proprio supporto formativo e informativo, ai corsi di aggiornamento annualmente destinati ai magistrati che hanno

assunto le funzioni di legittimità.

L'UIC ha, altresì, promosso, unitamente alla Struttura di formazione decentrata della Corte di Cassazione ed il CED un ciclo di 3 incontri di studio che hanno affrontato approfonditamente i temi del processo telematico civile e penale, tanto con riguardo alla normativa che alla giurisprudenza.

L'UIC, inoltre, affianca tali iniziative a modalità di informazione diffusa e immediata, tramite la posta elettronica e altri strumenti informatici di comunicazione che possano raggiungere efficacemente i colleghi di legittimità anche a prescindere dalla partecipazione ai tradizionali corsi frontali. Tali iniziative potranno essere arricchite non appena verrà terminato l'allestimento la sede istituzionale dell'ufficio, presso i locali della biblioteca informatica della Corte, ove saranno disponibili uno spazio informativo posto a disposizione dei colleghi ed una sala riunioni destinata anche ad iniziative formative con numero di partecipanti contenuto (per sessioni di *work on the job*, ove necessarie).

LE ATTIVITÀ DI VERIFICA DEI DATI STATISTICI E LA PARTECIPAZIONE ALLA COMMISSIONE FLUSSI

Infine, merita di essere segnalata la specifica responsabilità dei referenti in ordine alla verifica dei dati statistici, con particolare riferimento all'adozione di criteri omogenei per l'imputazione dei dati nei registri nonché alla corretta tenuta dei registri informatici, compiti rilevanti anche per il ruolo dei referenti nella Commissione flussi (di cui sono componenti di diritto in base alla circolare consiliare). In particolare, i magistrati referenti hanno assicurato il proprio fattivo contributo alle attività della Commissione flussi, sia per l'emissione dei pareri sul piano di gestione ex art. 37 d.l. n. 98 del 2011 e sul progetto tabellare per il triennio 2017-2019, che per la proposta di adeguamento delle piante organiche della Corte.

IL FUTURO DELL'INNOVAZIONE

Conclusivamente , pur nelle difficoltà che sempre caratterizzano gli inizi di un ufficio di nuova istituzione, l'UIC ha cominciato a svolgere attivamente il proprio ruolo al servizio degli Uffici di legittimità collaborando strettamente con il CED nello sviluppo dei progetti fondamentali intesi alla innovazione e promuovendo la cultura in materia, anche attraverso specifiche iniziative convegnistiche di largo respiro.

Alcuni risultati sono stati raggiunti, molti altri sono da perseguire. Quel che in questa sede interessa sottolineare è il metodo che è stato promosso, di confronto e condivisione con tutti gli interlocutori istituzionali, grazie al quale sono state studiate ed individuate le soluzioni progettuali più idonee a recepire le specifiche esigenze degli utenti del processo di legittimità ed avviato il "laboratorio Cassazione", per far sì che l'informatica sia davvero al servizio degli utenti e che l'innovazione, rispecchiando le reali esigenze degli operatori, sia uno strumento di efficienza della giustizia. ●





QUARANTENNALE DELLA LEGGE BASAGLIA, DALLA SOPPRESSIONE DEI MANICOMI ALLE REMS



QUANDO L'ITALIA ABOLÌ GLI OSPEDALI PSICHIATRICI

Luca Poniz

Sostituto Procuratore Milano

Nella “Gazzetta Ufficiale” del 16 maggio 1978, n. 133 veniva pubblicata la Legge 13 maggio 1978, n. 180, intitolata “Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori”; sarebbe entrata in vigore il giorno dopo, il 17 maggio 1978. Alla legge è associato comunemente il nome di Franco Basaglia, notissimo psichiatra, ispiratore e promotore della riforma psichiatrica in Italia; estensore materiale e relatore della legge fu lo psichiatra e politico cattolico Bruno Orsini.

Il cuore della Legge – articoli da 1 a 6 - è rappresentato dagli articoli riguardanti gli accertamenti sanitari, volontari e obbligatori, con l’incipit dell’art. 1 ad enunciare un principio – che forse oggi potrebbe apparire ovvio, ma che ovvio non era affatto, solo quarant’anni fa – del seguente tenore: *“Gli accertamenti e i trattamenti sanitari sono volontari. Nei casi di cui alla presente legge e in quelli espressamente previsti da leggi dello Stato possono essere disposti dall’autorità sanitaria accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori nel rispetto della dignità della persona e dei diritti civili e politici garantiti dalla Costituzione, compreso per quanto possibile il diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura”*. La “Legge 180” è la prima e unica “legge quadro” che impose la chiusura dei manicomi e

regolamentò il trattamento sanitario obbligatorio, istituendo i servizi di igiene mentale pubblici; la stessa Legge fu poi formalmente superata, perché – coerentemente con la previsione del suo articolo 11 (“norme finali”) - la quasi totalità dei suoi articoli (articoli 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9) restò in vigore solo fino alla data di entrata in vigore della legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, avvenuta con la legge n. 833 del 23 dicembre 1978, in cui furono trasfuse le norme della Legge 180, coordinandole con le nuove disposizioni.

In estrema sintesi, può dirsi che prima della riforma introdotta dalla n. 180/1978, i manicomi erano connotati anche come luoghi di contenimento sociale, con scarsa attenzione all’intervento terapeutico e riabilitativo. La finalità della legge – preceduta da accesi dibattiti, in primis nella stessa comunità scientifica ma anche nell’ambito politico-culturale - era anche quella di *modernizzare* l’impostazione clinica dell’assistenza psichiatrica, muovendo dai fondamentali principi costituzionali (art. 32 Cost.), dalla (ri)affermazione – in un atto di normazione primaria - del dovere di rispettare la *dignità* della persona, conseguentemente riconoscendo appieno diritti essenziali, a cominciare – per quanto possibile – dal *“diritto alla libera scelta del medico e del luogo di cura”*; insieme,

emergeva l'attenzione ad un aspetto essenziale, l'affermata necessità di una "vita di qualità dei pazienti", prevedendo che venissero seguiti e curati anche da strutture territoriali.

Le differenze con la precedente normativa (la legge 14 febbraio 1904, n. 36) apparivano immediatamente enormi, nella stessa concezione di fondo del rapporto tra malattia psichiatrica e manicomio, quest'ultimo connotato da marcati elementi di coercitività: la legge prevedeva dei presupposti assai meno stringenti per l'ammissione dei malati di mente nei manicomi, ammissione che, nella prassi, avveniva con la procedura cd. urgente, che essa consentiva, che, in sostanza, prevedeva solo la presentazione di un certificato medico. Ulteriore differenza sostanziale era data dalle previsioni degli articoli 3 e 4. L'articolo 3 prevedeva che, perché il malato fosse dimesso, la "ultima parola" spettasse al direttore (gli interessati potevano presentare reclamo e chiedere al giudice una perizia). L'articolo 4, invece, prevedeva che il direttore avesse "la piena autorità" all'interno del manicomio. La legge non garantiva ai degenti la possibilità di comunicare con chicchessia; la facoltà di comunicare con persone esterne (famigliari, amici) poteva essere concessa dal direttore a sua discrezione.

Appare qui importante sottolineare - tra le profonde e diremmo radicali diversità di concezione di fondo alla base delle due leggi - che al riconoscimento espresso e puntuale di precisi diritti del malato si accompagna la previsione di procedure, e, ovviamente, la giurisdizionalizzazione di esse, a tutela dei primi: chiara e fondamentale la previsione della "tutela giurisdizionale" (disciplinata dall'art. 5), a tenore della quale *"chi è sottoposto a trattamento sanitario obbligatorio, e chiunque vi abbia interesse, può proporre al tribunale competente per territorio ricorso contro il provvedimento convalidato dal giudice tutelare"* (con la regolamentazione conseguente), ciò che ha significato sancire pienamente "diritti", che tali possono essere - come sappiamo - solo se ne prevede una garantita attuazione.

Come sopra anticipato, la legge n. 180/1978 demandò l'attuazione dei suoi principi alle Regioni; la legislazione conseguente è certamente eterogenea, con risultati assai diversificati nel territorio nazionale. Sostanzialmente, solo dopo il 1994, con il "Progetto Obiettivo" e la razionalizzazione delle strutture di assistenza psichiatrica da attivare a livello nazionale, si completò la previsione di legge di eliminazione dei residui manicomiali. Ed è peraltro ben noto a noi, magistrati, quanto sia rimasto a lungo incompiuto il progetto di riforma degli ospedali psichiatrici giudiziari, con esiti drammatici sul piano delle tutele e dei diritti.

Nonostante critiche - anche radicali - e proposte di revisione, ciclicamente riproposte, le norme introdotte con la legge n. 180/1978 disciplinano tuttora l'assistenza psichiatrica in Italia; con la loro approvazione, l'Italia, quarant'anni fa, è stata il primo paese al mondo ad abolire gli ospedali psichiatrici. ●

I MATTI, I MANICOMI, LA LIBERTÀ.

DIARIO POSTUMO DI UN ANNO A SAN GIOVANNI, TRIESTE

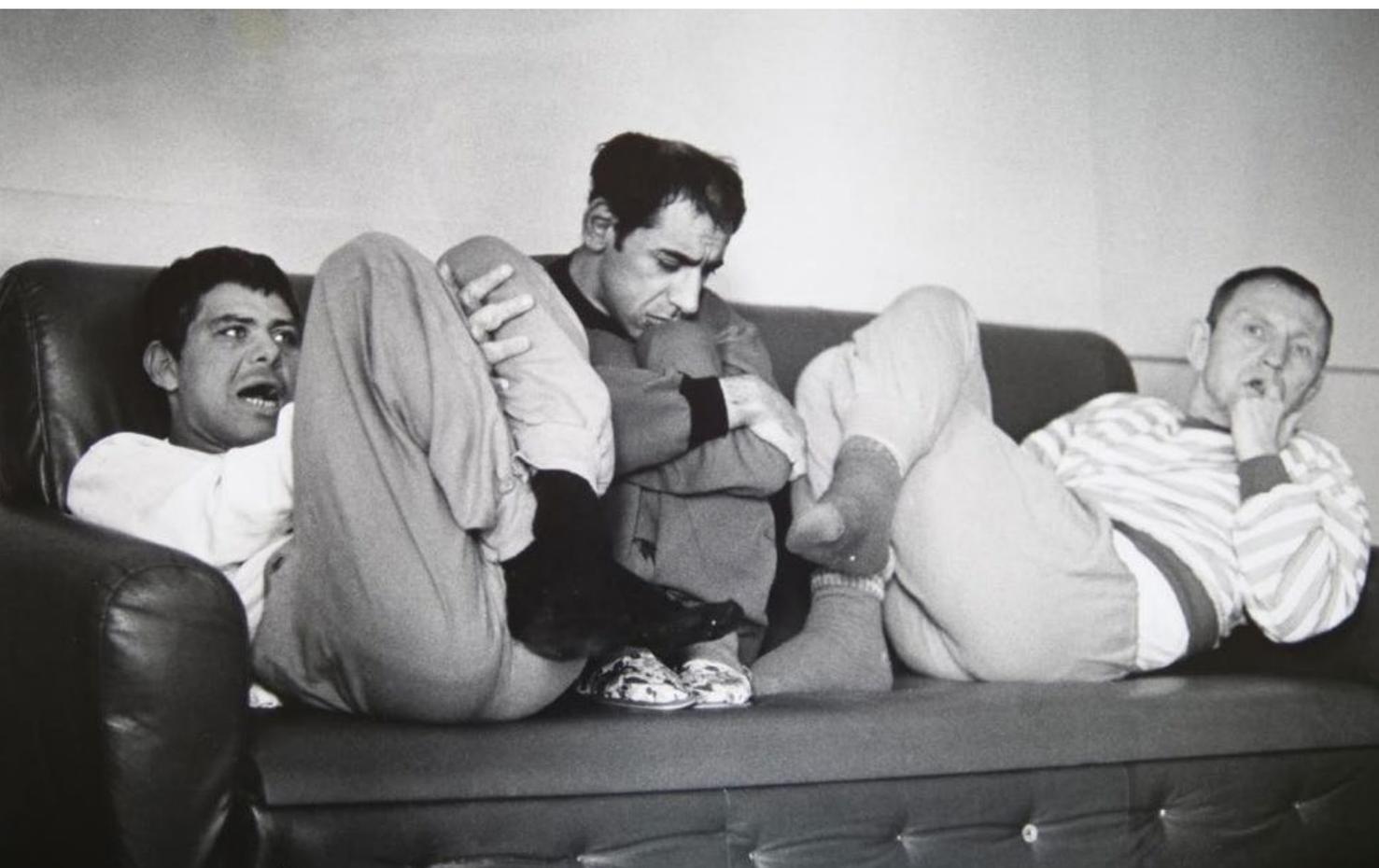
Luca Poniz

Sostituto Procuratore Milano

Antonio, Renato, Annamaria, Giorgino, Violetta: sono solo alcuni degli ospiti dell'ex Ospedale Psichiatrico di Trieste, incontrati ed accompagnati nel mio anno di servizio civile in quell'incredibile luogo. Laboratorio vivente delle idee di Franco Basaglia, che all'ex OPP di Trieste avrebbero trovato una delle più importanti applicazioni, già nei primi anni della riforma.

È il racconto dei momenti più significativi di quell'esperienza, vissuta accanto a donne e uomini entrati in manicomio anche da bambini, e li rimasti - anche dopo la fine della loro coatta permanenza - in strutture di accoglienza, concepite con l'idea della loro (riguadagnata) libertà.

È il diario (breve) di quei giorni, vissuti accanto a persone con le storie più varie, tutte strazianti, cui nuove idee, e un rivoluzionario approccio terapeutico, volevano restituire, prima di ogni altra cosa, il bene irrinunciabile di ogni essere umano: la dignità.



San Giovanni, a Trieste, è il quartiere dei “matti”. Vi si trova lo storico edificio che oggi ospita “l'ex O.P.P.”, acronimo con cui tutti conoscono quello che è stato l'Ospedale Psichiatrico, o meglio l'enorme area che, fin dai tempi della Trieste austro-ungarica, era destinata ad organizzato, efficiente “manicomio”; un'area che collega la sua parte più bassa, che comincia, dentro l'omonimo quartiere, con la porta d'ingresso di quella che era un'autentica cittadella manicomiale, e quella “alta”, terminando in quell'altura della città - dove sorge anche l'università nuova - con “l'uscita” dalla cittadella.

È oggi ancora quasi intatta, nella sua concezione originaria e nei suoi edifici: l'entrata, da una porta in stile penitenziario, destinata ad “accettazione” dei pazienti; un lungo, sinuoso percorso che asseconda la dolce collina in cui si snodano gli edifici, quasi tutti di simili, contenute dimensioni, tranne quello centrale, destinato ai tempi ad essere il cuore direzionale del manicomio; dentro il lungo perimetro, con un tempo le alte mura, edifici, “padiglioni” , contrassegnati da anonime lettere dell'alfabeto, dall'A alla Z, ognuno per una categoria di malati, e per diverso sesso (oligofrenici, schizofrenici, alienati, pericolosi, ...); la chiesa; gli edifici di servizio; e la cappella mortuaria, subito dopo l'edificio “Z”, su in alto, verso l'uscita. Sì, perché secondo l'efficiente concezione austriaca dell'epoca della costruzione, dal manicomio per il paziente era ammessa una sola uscita: la morte. La “z” della vita, la camera mortuaria, ed ecco che il portone in alto si apriva, e la follia che aveva accompagnato in vita quella persona chiudeva il suo percorso “clinico”, con la fine della vita stessa.

All' “ex OPP” da studenti universitari si andava d'estate, percorrendo poche centinaia di metri, per entrare in quel grande parco, e in quello strano posto. Eravamo richiamati dal fascino di un luogo che nel frattempo – si diceva – era stato “liberato”, dove matti, ex matti, matti liberati, medici, giovani di ogni tipo, aspiranti artisti, e tanta altra varia umanità si incontravano, e si davano appuntamento i giovedì, nelle calde sere delle estati triestine, a ballare in un luogo dal nome invitante: “il posto delle fragole”.

Fu così, nel modo più goliardico e disimpegnato possibile, che entrai per la prima volta a San Giovanni: e fu così che conobbi un luogo che era già famoso, in Italia e nel mondo, come esempio di innovativa, rivoluzionaria idea della malattia mentale, e dell'approccio terapeutico. Per noi studenti, si trattava, in fondo, di entrare in quello stravagante mondo, starci alcune ore, sentirci liberi dove la conquista della libertà aveva avuto (ed aveva), costi enormi; condividere e forse illuderci di sostenere, così, un progetto di straordinaria forza, di grande civiltà, che ancora divideva la città, la politica, i cittadini. Erano gli anni 80, e Franco Basaglia era morto da poco, lasciando in eredità, con il suo pensiero, quel luogo che di tale pensiero si era giovato, diventando uno straordinario laboratorio vivente.

Non avrei mai pensato di dover tornare, in quei luoghi, dopo qualche anno, nelle vesti di obiettore di coscienza. Quando ricevetti la chiamata, e l'indicazione di quella destinazione, che non avevo chiesto, confesso che mi assalirono molte paure: avrei dovuto trascorrere dodici mesi in quei luoghi, con compiti che ancora non conoscevo, dentro quel mondo ancora intriso di sofferenza, e con un quotidiano rapporto con la “malattia”. Fu l'inizio di una straordinaria esperienza, di grande impegno, di grande fatica, ma di indimenticabile impatto nella mia formazione, di cittadino prima di tutto, visto che, allora, ero solo un aspirante magistrato.

Come mi disse, ricevendomi e presentandosi, la psichiatra, Giovanna, responsabile dell'area “ex lungodegenti”, cui ero destinato, “sei il primo obiettore, qui; spero che tu possa portare l'entusiasmo delle tua età e far sentire i nostri ospiti persone come gli altri”. La dottoressa mi chiarì quale sarebbe stato il mio compito, e quale il fine: accudire ed accompagnare gli ospiti, tutti già pazienti lungodegenti dell'ex ospedale psichiatrico, donne e uomini che erano entrati “dal portone di San Giovanni” giovani, giovanissimi, anche bambini, e li erano rimasti per sempre, con l'originario destino di uscirne “dal portone in alto”, subito dopo la casetta “z” (ultimo edificio residenziale), e la camera mortuaria. “Ospiti” che ora la legge aveva reso

liberi, giuridicamente; ma “prigionieri” della loro sopraggiunta vecchiaia, solitudine, abbandono. Il manicomio era stato aperto, ma molti non potevano uscirne perché privi di una famiglia, di un luogo; di affetti; in molti casi della stessa autonomia, che poteva rendere vana la libertà, pur finalmente riconosciuta “come atto terapeutico”, come lessi nelle pubblicazioni che cercai, e nelle riunioni a cui partecipai, per comprendere un mondo fino ad allora solo sfiorato.

Si trattava “di garantire una vita normale: passeggiare in città, andare dal medico, andare al bar; andare a ritirare la pensione; pranzare e cenare dignitosamente; fare gite e cercare di far fare ai nostri vecchietti la vita che finora non hanno potuto fare”.

Questa sarebbe stata la mia quotidianità, per il successivo anno. Senza saperlo, ero dentro uno straordinario progetto di libertà, sorto dalla visione e dalle idee di Franco Basaglia.

Quando arrivò – poco tempo dopo - un altro obiettore come me, Carlo, il nostro lavoro fu condiviso, e fu l’inizio di un’esperienza irripetibile.

Le casette “G”, “H”, “V”, “Z”, ex padiglioni del manicomio, erano state trasformate in “appartamenti per ospiti”, dove gli ex degenti trovavano ospitalità, senza costrizioni, in un difficile equilibrio tra la loro libertà – di cui però non sempre sapevano disporre... - ed esigenze terapeutiche. Donne e uomini soli, o abbandonati, accomunati dalla lunga e coatta degenza, dove l’elemento coercitivo era stato l’artificiale denominatore comune di storie tra loro affatto diverse: portatori di malattie “organiche” e alcolisti, epilettici e “depressi cronici”, schizofrenici ed alienati, secondo una classificazione “scientifica” tanto rigida quanto vistosamente artificiosa, come avrei potuto vedere un giorno, quando ebbi accesso alle loro cartelle cliniche per riordinarle, come mi fu chiesto alla fine del mio servizio.

Antonio, ex portuale entrato in “OPP” – dal portone giù, in basso – per alcolismo: ripudiato dalla famiglia, e ricoverato (fine ricovero: mai); Renato, “oligofrenico dalla nascita”, ricoverato da bambino: due occhi chiari chiari, due soli denti, un’affettività infantile che alternava felicità a malinconia, come

i bambini; Annamaria, “deficiente dalla nascita”, piccola piccola e grassa grassa, pochi denti anche lei, occhiali spessi e un’espressione felice, quando mi vedeva (e mi proponeva di sposarla); Violetta, novant’anni o più, capelli bianchi bianchi e occhi azzurri, espressione sorniona venata di una (ormai sopita) malinconia, o rassegnazione: nessuna patologia organica, era entrata così, per uno dei tanti delitti di perbenismo (“Violetta *“no la gaveva niente, la xera sana: solo la gaveva un omo sposà, e la ga fata pasar per mata”*”, “Violetta non aveva nulla, era sana; si era solo trovata un uomo sposato, e l’hanno fatta passare per matta”, mi disse, come se fosse nulla, una storica infermiera che tutto aveva visto, e tanto sapeva, del “prima” e del “dopo”); e poi Maria, “depressa cronica” (“*la xe cativa, sta atento”*”, mi aveva detto la stessa infermiera...); Armando, alto alto, solo solo, che amava stare accucciato con la schiena appoggiata al muro, “riproducendo la modalità del manicomio, di cui non si era mai liberato”, come mi spiegò la dottoressa; e poi Giorgino, “ritardato”, un metro e cinquanta, occhi blu spiritati, vispo e litigioso, amante della mia Vespa (con cui lo scorrazzavo, felice, tra i viali alberati di San Giovanni), e delle pazienti donne, che “molestava” (secondo le scandalizzate infermiere), forse non sgradito dalle stesse (che nessun altro corteggiava); e che un giorno, infuriato con Wanda, storica infermiera di quei luoghi, avrebbe voluto darle “*el velen, come na pantegana*”, per non so quale sgarbo a suo dire subito.

E l’ospite allora più giovane – qui la mia memoria si arresta, e con senso di colpa confesso di non ricordare il suo nome, condannandolo ad un ingiusto oblio anche nei miei ricordi – colpito da un destino persino più tragico di una già tragica esistenza di “grave deficiente, schizofrenico, pericoloso”: morì soffocato un giorno, ingozzandosi con un panino di cui era ghiotto. Sentimmo le urla dalla casetta vicina, l’affannarsi di “volontari” e “personale sanitario”, i soccorsi: se ne andò così, trovando uscita “dal portone in alto”.

Queste persone (tra le altre) accompagnai “alla vita normale” negli undici mesi del mio servizio

(uno mi fu scontato, alla fine, per Decreto), o forse lo loro accompagnarono me nel mio percorso di conoscenza, della loro, e della mia vita. Girare per Trieste, a piedi, o con la tristissima Duna dell'Asl, o con il pulmino; entrare al caffè San Marco, dove mesi prima entravo con gli amici, con "Annamaria promessa sposa", o con Antonio, innamorato del vino (rosso); andare in Ospedale per le visite programmate, o dal medico di base. O mangiare assieme a loro, in "casetta", arredata con mobili di *design* progettati e realizzati nella vicina falegnameria, da ragazzi ex tossicodipendenti, sotto la guida di volontari dal cuore d'oro.

O persino andare a Roma, in gita, accompagnando il solo, "privilegiato" Renato, "l'oligofrenico dalla nascita", cui la famiglia (fratello e cognata) avevano dato dei soldi per realizzare questo progetto: sette giorni io e lui, in giro per la città, misurando ogni momento il suo stupore e la sua incredulità, e l'impatto sul "suo mondo" del mondo che ora vedeva. Come dimenticare i volti delle persone che in metropolitana lo guardavano esterrefatti, mentre lui salutava tutti, uomini, donne e bambini, meravigliato che nessuno ricambiasse i suoi saluti, come a San Giovanni, "*là i me saluda tuti, i me vol tuti ben*" ("là mi salutano tutti, mi vogliono tutti



bene”)... ; e come dimenticare le sue richieste (era golosissimo...), precedute dall’invocazione del mio nome, “Lucaaaa”, che la sua “patologia” portava a ripetere una dozzina di volte, prima di farlo seguire dalla precisa richiesta, sempre e solo nella lingua conosciuta, il “triestin”.

Sì, senza rendermene conto, in quegli undici mesi mentre io accompagnavo i “miei vecchietti”, loro accompagnavano me, nell’esplorazione di un mondo reale, ma negletto, e nella comprensione del senso vero della più grande intuizione di Basaglia: il valore terapeutico della libertà.

Mi fu ancora più chiaro un giorno, quando Carlo ed io riuscimmo, con uno stratagemma e l’alleanza di due storici infermieri, ad entrare nel famigerato “padiglione E”: un sinistro edificio giallastro, chiuso e sbarrato, che la dottoressa (e gli altri dottori “basagliani” dell’ex OPP) ci avevano essere diretto da un primario “anti riforma”. Dunque, un residuo del manicomio, quello vero. Carlo era un appassionato e valente fotografo, e questa sua passione coincise fortunatamente con le mie diverse inclinazioni, diciamo “legaliste”: mentre per lui l’urgenza era artistica, per me era probatoria.

Ne uscì un viaggio – documentato - in un girone infernale: come ci fu aperto il pesante portone di ferro, fummo ammessi in un lungo corridoio, con tre cancellate metalliche in successione, sul quale si affacciavano – come nei raggi delle carceri – le celle, chiuse da porte di ferro scorrevoli, e spioncini. Ci si fece incontro un uomo nudo, avvolto in un lenzuolo, scalzo, e con terribile fetore; testa oblunga, senza denti. Nessuno lo considerava, come non esistesse (“è buono”, ci disse rassicurante l’infermiere, evidentemente colpito dalle espressioni dei nostri volti, quasi da shock). Dentro le celle, letti di contenzione in rete robusta, odori indicibili.

“Qualcuno volò sul nido del cuculo” era già un cult, all’epoca. E noi lo stavamo idealmente “girando”, un’altra volta, ma dal vivo. Non con Jack Nicholson, ma con uno dei tanti Renato, Antonio, Mario, Giorgino di quel terribile luogo.

Non avrei mai più cancellato quel giorno dalla mia memoria, e quel viaggio infernale fu il definitivo

spartiacque nella mia personale relazione con la “follia”, e con le straordinarie visioni che avevano animato e sostenuto il progetto di Franco Basaglia. Tante sue parole erano diventati “manifesti” in quegli anni, e ora diventava a me più chiaro che cosa avesse voluto dire con una sua celebre frase: “la cosa importante è che abbiamo dimostrato che l’impossibile diventa possibile. Dieci, quindici, vent’anni fa era impensabile che un manicomio potesse essere distrutto. Magari i manicomi torneranno ad essere chiusi e più chiusi di prima, io non lo so, ma a ogni modo noi abbiamo dimostrato che si può assistere la persona folle in un altro modo e la testimonianza è fondamentale. Non credo che il fatto che un’azione riesca a generalizzarsi voglia dire che si è vinto. Il punto importante è un altro, è che ora si sa cosa si può fare”.

Studiavo per diventare magistrato, e quell’anno – pur faticosissimo – mi diede una motivazione in più: pensai che ogni “autorità” può fare buon uso del “potere”, quando ha a cuore il bene più prezioso di cui ogni uomo gode, dopo la vita, ossia la libertà. Quanto atroce fu, poi, sfogliare le cartelle cliniche di Antonio, Armando, Violetta, Renato, Annamaria, Maria, Giorgino, e di tutti gli altri “ospiti” – nel frattempo diventati miei amici – per svolgere il compito che la dottoressa, Giovanna, mi aveva chiesto, verso la fine del mio servizio. “Mettere in ordine le carte” significò per me “mettere mano alle loro vite”: vedere come erano state relegate a gelide schede, descrizioni “scientifiche” che mischiavano clinica e pregiudizio, mascheravano disagi da malattie, e si facevano carico di “istituzionalizzare” quello che in non pochi casi era mera marginalità, miseria, fame.

“Oligofrenico” e ubriaccone; “schizofrenico” e depresso; “deficiente cronica”; o semplicemente “madre di figlio illegittimo”, sfortunata amante in epoca non consentita: Violetta!

Avevo trovato nella cartella clinica di Violetta la diagnosi mascherata della sua “malattia”, la vile costruzione di una ragione “clinica” per ricoverarla a San Giovanni, con la sola prospettiva del “portone su in alto”, dopo la camera mortuaria.

Questo il mio ultimo ricordo di lei: i suoi capelli

bianchi chini sui ferri con cui faceva uncinetto, e gli occhi chiari di una nonna, che certo era, ma che non le fu consentito di essere.

All'epoca conclusi il mio viaggio, orgoglioso del lavoro fatto, e del tempo che avevo dedicato ad Antonio, Renato, Giorgino, Annamaria e agli altri vecchietti; solo dopo avrei compreso quanto loro avevano insegnato a me, senza saperlo, e quanto quell'insegnamento sia ancora oggi tra le cose più preziose della mia vita. ●



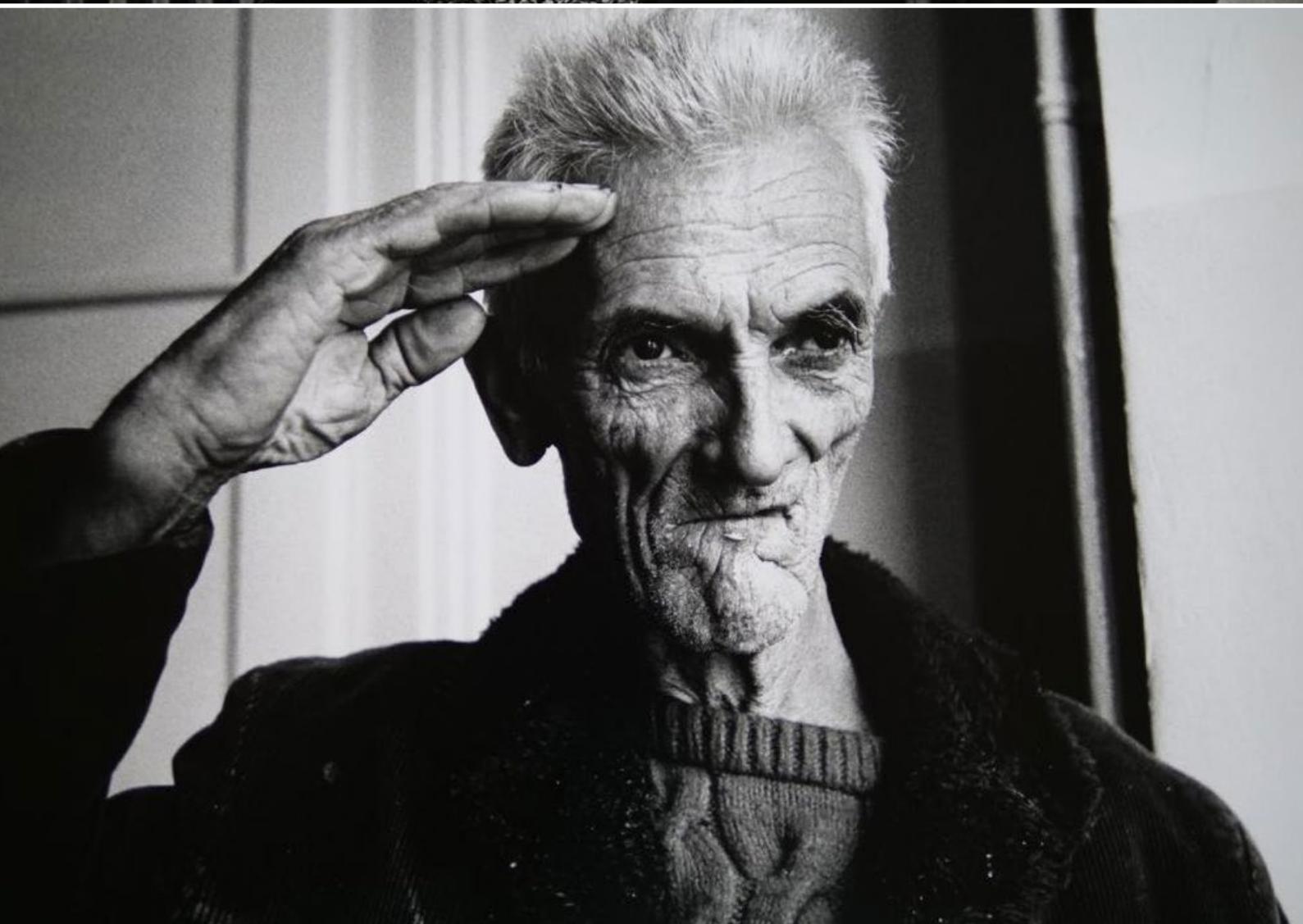




Foto di Carlo Spaliviero

Nato a Tarvisio (Udine), Carlo Spaliviero è un fotografo; ha lavorato sette mesi all' ex ospedale psichiatrico di Trieste, esperienza dalla quale è iniziata una sua ricerca sul problema dei malati di mente.

Nel 1991 si è recato sull' isola di Leros, in Grecia, per documentare la drammatica situazione del locale Ospedale Psichiatrico Infantile; da questi lavori sono nate diverse pubblicazioni e mostre.

Da anni si occupa di reportage, collaborando con diverse agenzie fotografiche e testate giornalistiche.

Nel 2016 ha ricevuto il premio Friuli Venezia Giulia Fotografia.

I suoi lavori sono visibili sul sito www.carlospaliviero.it



BASAGLIA E LA COSTITUZIONE, 40 ANNI DOPO LA LEGGE 180

Francesco Cananzi

Giudice del Tribunale di Napoli

1. LA MEMORIA PER RIPARTIRE.

Il 2018 è un anno che consente di fare memoria e confrontarsi con una pluralità di eventi che hanno inciso sulla vita del nostro Paese. Fra i tanti i 70 anni della Costituzione e i 40 anni della legge 13 maggio 1978 n. 180, intitolata *Accertamenti e trattamenti sanitari volontari e obbligatori*, comunemente detta Legge Basaglia, dal nome dello psichiatra che sperimentò principi e prassi innovative rispetto alla cura della malattia mentale, rifluiti nelle nuove norme positive.

Il tema del disagio mentale, della chiusura dei manicomi prima e degli ospedali psichiatrici giudiziari più recentemente, implica una riflessione sul ruolo della magistratura e sulle sue relazioni con i servizi territoriali, sociali e sanitari.

La Costituzione attribuisce alla magistratura un ruolo politicamente significativo, lì dove politicamente non vuol dire ideologicamente, bensì che al giudice è affidato il compito di dare nel caso concreto attuazione ai valori fondanti la convivenza civile.

Mentre il legislatore “fa” il diritto, al giudice spetta la declinazione della norma nella singola vicenda, operando il confronto fra realtà, diritto positivo e Costituzione. Il magistrato è il *ponte* fra l'astrattezza dell'ordinamento giuridico e l'esperienza del singolo, che diviene *esperienza giuridica*, esperienza dell'ordinamento e della comunità: il giudice ha il

compito di *dire giustizia* di fronte alla situazione reale. In ciò il suo atto è inevitabilmente politico e tale politicità si nutre dell'indipendenza e della responsabilità, non fondate sul consenso, bensì sulla correttezza dell'interpretazione del fatto e del diritto, affrancata da ogni arbitrarietà, sul dar conto della decisione con la motivazione.

2. DIRE GIUSTIZIA DI FRONTE ALLA FRAGILITÀ: LA NUOVA GIUSTIZIA.

Quando la situazione concreta nella quale *dire giustizia* ha a che fare con la fragilità, con la debolezza della persona, con la disabilità o la follia, “uno dei mali più infidi, cangianti ed imprevedibili” (S. Zavoli, 2013), il giudice ha un compito ancora più grave, delicato, ma proprio per questo ancor più costituzionale. Il pensiero va ai magistrati che nel civile e nel penale si confrontano con la malattia mentale, in sede di autorizzazione del TSO, di tutele, di amministrazioni di sostegno, di valutazione della capacità di intendere e volere, di compatibilità con il regime detentivo, di adeguatezza delle strutture residenziali che accolgono i malati e delle relative cure.

Capograssi, partendo dal concetto di giustizia distributiva tradizionale del *dare a ciascuno il suo*, prefigurava la trasformazione dell'atteggiamento dell'Istituzione: dal rispetto solo formale del *suo*, della vita dell'individuo, la *nuova giustizia* entra all'interno

del suo, aiuta l'individuo a riconoscere il suo, gli restituisce la dignità e gli *impone di estendere fino al massimo estremo limite le proprie potenze intellettuali e morali*. Compito della giustizia, della *nuova giustizia* è quindi quello di aiutare l'uomo a trovare il vero suo non più solo una distribuzione esteriore di beni, ma una *operazione interiore di produzione* (G. Capograssi, 1921). Ed il suo, il *proprio* deve essere trovato da tutti, sani e malati di mente, ed in quel suo riecheggia il concetto di pieno sviluppo della persona umana, per la cui promozione l'art. 3 della Costituzione attribuisce alla Repubblica, fatta di istituzioni, corpi intermedi e cittadini, il compito di rimuovere gli ostacoli che lo impediscono.

3. IL TABÙ DELLA MALATTIA E LA TERAPEUTICA SOCIALE.

Il ruolo della magistratura di fronte alla fragilità ed alla debolezza, partendo dalla rivoluzione basagliana, è allora quello di raccogliere la sfida di offrire una giustizia che tenga in conto la ricerca della *suitas* e di non cadere nel tabù della perfezione. L'uomo del postumano ha il tabù della morte e della malattia: la perfezione è il modello, i pezzi dell'uomo vanno sostituiti, ciò che non è governabile, sostituibile o riparabile, come la mente umana, deve essere oggetto di nascondimento. Basaglia scoperchia la pentola della malattia, la butta in faccia, pone la persona malata al centro compiendo un atto tre volte terapeutico.

Una prima volta per il malato, liberandolo dall'isolamento, trascinandolo dalla segregazione al centro della socialità.

Una seconda per le istituzioni e per la società, chiamate a confrontarsi con la debolezza e la fragilità, ad accettarne l'esistenza senza nasconderla, a farsene carico.

Una terza per la magistratura, richiamata ai propri compiti di riconoscimento dei diritti della persona, in funzione della dignità dell'uomo, qualunque ne sia la condizione. Il confronto con i diritti *a rischio* o del tutto negati sollecita la magistratura ad essere funzione di promozione – *dire giustizia* per il pieno

sviluppo della persona umana – respingendo la tentazione di ripiegarsi su se stessa, in logiche che rischiano di trasformarne – non solo per propria colpa, ma anche per spinte legislative - la funzione in formale e burocratica.

4. ISOLAMENTO, ESTRANIAZIONE, MALATTIA E L'ANTIDOTO COSTITUZIONALE: DALLA STERILIZZAZIONE ALLA DIGNITÀ.

Quando Hannah Arendt ne *Le origini del totalitarismo* rifletteva sulle condizioni che favorirono le dittature, definiva l'isolamento come la condizione di chi è politicamente reso inabile, incapace ad agire nella sfera politica e pubblica, reso impotente perché solo. *L'estraniazione*, invece è lo stadio successivo, è la condizione di chi anche nel privato, oltre che nel pubblico, viene sradicato, diviene superfluo, invisibile, non ha un posto riconosciuto e garantito dagli altri (H. Arendt, 1951). È quello che accadeva con i malati di mente nei manicomi: la comunità civile ne dimenticava l'esistenza e rendeva invisibile con loro una parte di sé stessa, del proprio esistere e del proprio senso.

Questa tensione innovativa nell'ordinamento scaturisce dalla concezione personalistica sottesa alla Costituzione: gli artt. 2, 3, 13 e 32 ci dicono della centralità dell'uomo, dell'eguaglianza sostanziale e non formale, della persona che ha diritti ben oltre l'essere cittadino e dei limiti alle cure non volute.

Le radici della rivoluzione basagliana, della legge 180, della cura del paziente, si colgono già nel dibattito dell'Assemblea costituente con l'aggiunta di un secondo comma dell'art. 26 del Progetto, che condusse all'attuale art. 32 c.2, oggi così formulato: *Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.*

Fu Moro a farsi latore della necessità di introdurre la riserva di legge, come garanzia contro trattamenti sanitari obbligatori disposti da qualsivoglia autorità, richiedendo che tali trattamenti avessero

una *copertura* legislativa e ponendo comunque in aggiunta il limite della dignità della persona: in sostanza un doppio limite, per evitare che potessero riprodursi le condizioni che avevano condotto a pratiche lesive dei diritti fondamentali dell'uomo, come quelle di sterilizzazione poste in essere da parte dei medici del Terzo Reich, delle quali apertamente si disse nel corso del dibattito in Assemblea costituente, tese alla eliminazione dal *Volk* dei malati mentali, nell'ambito del programma eugenetico Aktion - T4.

Giustamente si è osservato (D. Piccione, 2013) come Moro anche in questa occasione, come anche a proposito dell'art. 27, volendo evitare una lettura da Stato etico del concetto di rieducazione del condannato, oltre che dell'art. 2 in sede di discussione generale, abbia ribadito che la persona pre-esiste allo Stato e che la sua dignità e i diritti che la tutelano devono avere riconoscimento grazie e, se del caso, nonostante ogni potere statale. Per questo i due limiti - riserva di legge e dignità - dovevano trovare accoglienza nel testo della Costituzione.

5. UNA COSTITUZIONE PIÙ GENERATIVA CHE MAI.

I prodromi della rivoluzione di Basaglia e della legge 180 sono in quel dibattito costituente ed in quell'art. 32. Non prevedibili all'epoca, esito di una Costituzione generativa di innovazioni a tutela dell'uomo, e di qualunque uomo, quale che sia la sua condizione di vita e di salute (art. 3 c. 1 Cost.), al quale anche la magistratura, con la sua giurisprudenza, ha contribuito.

La *vis generativa* dell'art. 32.2 si esplica nell'art. 1 della legge 180, quanto ai limiti della riserva di legge e della dignità del paziente; nella legge 38 del 2010, che riconosce il diritto alle cure palliative ed alla terapia del dolore; come pure nell'art. 1 della legge 219/17 che, oltre e prima di trattare delle disposizioni anticipate di trattamento (DAT), già all'art. 1 ribadisce la tutela dei diritti alla vita, alla salute, alla dignità, all'autodeterminazione del paziente; norma il consenso informato; promuove

e valorizza la relazione terapeutica, che implica la stabile comunicazione fra medico e paziente, definita come parte del tempo di cura; richiede comunque il coinvolgimento, per quanto possibile, del paziente interdetto o inabilitato nella relazione terapeutica, in uno al tutore ed all'amministratore di sostegno.

In questo senso il coraggio innovatore di Basaglia, di interprete sul campo dell'art. 32 della Costituzione, ha contribuito ad iniziare un percorso di consapevolezza, che ricerchi nella relazione terapeutica il giusto punto di equilibrio fra il diritto del paziente ad essere curato, o meno, e il dovere del medico di intervenire. Insomma una relazione terapeutica dinamica e personalizzata.

La struttura manicomiale isolava ed estraniava il malato di mente, affermandone la superfluità dell'esistenza, rischiava di sospendere, e di fatto ciò accadeva, i diritti, in uno stato di sostanziale anomia. Ciò che Basaglia realizzò fu quindi una innovazione terapeutica ma anche costituzionale, cogliendo appieno la forza dei richiami alla persona ed alla sua dignità, mortificati da una istituzione totalitaria quale era l'ospedale psichiatrico.

6. SI È FATTO MOLTO, MA MOLTISSIMO ANCORA C'È DA FARE.

Il superamento del manicomio e ora dell'ospedale psichiatrico giudiziario, pur con tutte le difficoltà conseguenti, che certamente non possono essere nascoste e che non devono ricadere sulle famiglie, può essere allora atto di profondo spirito costituzionale. Molto è stato fatto, ma ancora moltissimo c'è da fare. La chiusura dei manicomi, a distanza di quaranta anni, non ha visto sempre garantito un sostegno adeguato alle famiglie, sulle quali a volte ricade il *peso* della malattia mentale del familiare, chiamate ad un eroismo che non può loro essere imposto.

Alle affermazioni di principio - la nostra non a caso è una Costituzione non solo di procedimenti ma prima di tutto di valori, fra i quali centrale è il meta-valore della dignità della persona (M.R. Morelli, 2016) - devono seguire i fatti e gli investimenti in risorse: c'è

un principio di realtà dal quale non si può rifuggire. Compito ineludibile in primo luogo per la politica, questo, alla quale spetta compiere scelte, allocare risorse, tendere a realizzare i valori costituzionali, ma certamente anche per la magistratura e la pubblica amministrazione, ciascuna nel proprio ambito.

Non si può tornare indietro, ma neanche si può restare fermi dove siamo, il che equivale ad arretrare. Anche in questo caso vi sono *Italie* diverse, a più velocità, con malati mentali in alcuni casi seguiti e curati al meglio, in altri casi abbandonati dalle istituzioni alle sole famiglie o in strutture inadatte.

Occorre promuovere una rete territoriale, capillare, di prossimità ai malati e alle loro famiglie, anche perché solo la prossimità può consentire risposte personalizzate alla malattia mentale, adeguate al contesto ambientale e culturale nel quale il malato è collocato: va allargato lo sguardo dalla dimensione della cura del solo malato alla dimensione di cura anche della sua famiglia, che a volte patisce, ma a volte è anche concausa, in certi contesti, del disagio mentale, per deficit culturali, educativi, socio-economici. E questo spetta senza dubbio alle Regioni ed i Comuni nell'ambito delle rispettive competenze sanitarie e di assistenza sociali, per garantire l'esistenza di centri territoriali pubblici che possano essere vicini, anche fisicamente, ai malati ed alle loro famiglie.

Occorrono percorsi che coinvolgano tutti i soggetti chiamati ad avere cura del malato mentale, la creazione di una rete stabile di collegamento e di coordinamento degli interventi, attraverso protocolli che realizzino una visione di insieme ed un sostegno reciproco dell'azione delle istituzioni preposte: operatori sanitari e sociali, amministrazione regionale e comunale, magistratura, associazioni di famiglie e terzo settore, cittadini di un quartiere.

Occorre che anche l'associazionismo giudiziario faccia crescere una cultura dell'attenzione ed una rinnovata sensibilità, senza dare per scontato che la chiusura dei manicomi abbia risolto ogni problema. E, infine, occorre superare il dualismo oppositivo fra diritti sociali ed economia guardando, anche in termini economici, non solo ai costi della spesa pubblica, ma

anche ai costi sociali che l'assenza di Stato produce. Mettere le risorse a sistema presuppone che le risorse vi siano e se è giusto limitare lo sperpero altrettanto giusto è puntare su esiti sociali che vadano ben oltre il tema specifico: sollecitare coesione sociale, stimolarla, integrare famiglie, servizi, istituzioni, far crescere il senso di comunità. Una sfida ed un lavoro certamente più complicati rispetto all'istituzione manicomiale, ma che possono produrre migliori risultati per il malato e anche per la società.

Significa far maturare una comunità migliore perché solidale, che sappia far fronte alle nuove povertà, economiche e non, e dia risposte anche alle nuove solitudini. I diritti dell'uomo garantiti in Costituzione sono anche armati di doveri inderogabili, primo fra tutti quello di solidarietà politica, economica e sociale (art. 2 Cost).

Proprio il dovere di solidarietà, motore a volte dimenticato della Costituzione repubblicana e dell'idea di sviluppo ad essa sottesa, deve costituire l'asse portante di una rinnovata etica pubblica, che tutti, istituzioni e cittadini, siamo chiamati costruire. Al di là delle contingenze, la forza generativa della Costituzione personalista che ci è stata affidata, non è certo esaurita. Indietro non si torna, occorre andare avanti. E anche la magistratura e l'associazionismo giudiziario sono chiamati a fare la propria parte. ●

Bibliografia

- Arendt Hannah, *Le origini del totalitarismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1989, 649 e ss.
- Capograssi Giuseppe, *Riflessioni sulla autorità e la sua crisi*, Carraba, Lanciano, 1921, in <Opere> vol. I, Giuffrè, Milano, 1959, 150 e ss. ed in particolare 243 e ss.
- Morelli Mario Rosario, *La dignità della persona fra inviolabilità dei diritti fondamentali e dovere di solidarietà, nel quadro del pluralismo delle fonti nazionali e sovranazionali*, in Studi Urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche, Università degli Studi di Urbino, pp. 105 e ss.
- Piccione Daniele, *Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione*, Alfabetà, Verona, 2014, 33 e ss.
- Zavoli Sergio, *Oltre il giardino di Abele*, introduzione a <Il pensiero lungo. Franco Basaglia e la Costituzione> di Daniele Piccione, Alfabetà, Verona, 2014, p. 10.

GLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI SONO CHIUSI. MA LE MISURE DI SICUREZZA SONO DURE A MORIRE

Giovanna Del Giudice, Psichiatra

Trieste novembre 2018

A 150 anni dalla loro istituzione, sono stati chiusi in Italia gli Ospedali psichiatrici giudiziari. Istituti inaccettabili per la natura e il mandato, per l'incongrua legislazione e il paradigma psichiatrico che li fonda. Non luoghi, tra il carcere e il manicomio, dove le persone, totalizzate nella malattia, cessavano di essere titolari di responsabilità e diritti. Dimenticate e segregate *sine die*, private delle garanzie che pure nella detenzione esistono.

È stata la Legge n. 81 del 2014 a fissare all'1 aprile 2015 la data definitiva della chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari (Opg), mettendo fine ad un percorso legislativo iniziato con la Legge 9 del 2012 "Disposizioni per il definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari". Da quella data ci sono voluti due anni, fino all'aprile del 2017, per arrivare alla chiusura totale dei sei Ospedali psichiatrici giudiziari. Ma dall'1 aprile 2015 nessun cittadino o cittadina è stato più inviato in misura di sicurezza detentiva negli Opg. Al momento attuale, come previsto dalla legge¹, sono aperte nel territorio nazionale 30 Residenze sanitarie regionali

per l'esecuzione della misura di sicurezza (Rems). Al 29 aprile 2018 sono 625 le persone internate nelle Rems². Erano oltre 1400 quelle internate negli Opg al dicembre del 2011.

Tuttavia il percorso per il "definitivo superamento" dei fondamenti giuridici e scientifici che sostengono le misure di sicurezza detentive è ancora lungo e tortuoso, dacché può essere solo determinato dalla revisione degli articoli del Codice penale del 1930 che sostengono l'incapacità di intendere e di volere della persona con "infermità" di mente e dalla fine di un percorso "speciale" per le persone con disturbo mentale autori di reato, con la restituzione alle stesse del "diritto alla responsabilità".

Tale percorso necessita della rivisitazione e superamento di inerzie culturali e scientifiche e tanto più del rafforzamento e della qualificazione del modello organizzativo e delle prassi operative dei servizi di salute mentale, indispensabili per il contrasto e il non ricorso all'internamento e per la presa in carico dei soggetti nella comunità.

2 Fonte *Relazione al Parlamento 2018* del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, giugno 2018

1 Legge 9 del 2012

SUGLI OSPEDALI PSICHIATRICI GIUDIZIARI E I LORO FONDAMENTI

Nel 1876, con un atto amministrativo, il direttore generale delle carceri del Regno d'Italia istituisce presso la casa penale di Aversa una "sezione per maniaci" alla quale vengono destinati diciannove detenuti impazziti. Nasce così, in assenza di una disciplina legislativa, il primo manicomio criminale italiano. In quel momento è vigente il Codice penale sardo del 1859 esteso a tutto il territorio del Regno, che prevede la non imputabilità per la persona con malattia mentale autore di reato e introduce la distinzione tra "prosciolti", persone non imputabili per malattia mentale, e "rei folli", detenuti con sopravvenuta malattia mentale. Peraltro quel codice non prevede appositi istituti di internamento. La sezione per maniaci di Aversa rimane per alcuni anni unica sul territorio nazionale. Si presenta così presto insufficiente ad accogliere i detenuti impazziti provenienti da tutto il Regno e nel 1886 è inaugurata a Montelupo Fiorentino un'altra sezione "maniaci". Nel 1889 viene promulgato il codice penale Zanardelli, primo codice del Regno d'Italia, che conferma la non imputabilità e il conseguente proscioglimento del "folle reo". Dal 1891, con il Regolamento degli stabilimenti carcerari, si disciplina l'invio in queste sezioni non solo dei "rei folli" ma anche dei "folli rei". Nel 1892 apre l'istituto di Reggio Emilia.

I manicomi criminali si sviluppano ulteriormente nell'era fascista³, trovando i loro fondamenti giuridici nel Codice penale Rocco del 1930 e psichiatrici nella tradizione positivista/organicista della psichiatria italiana e negli indirizzi psichiatrico forensi di Cesare Lombroso⁴.

3 A Napoli il manicomio criminale apre nel 1923, a Barcellona Pozzo di Gotto nel 1925, a Castiglione delle Stiviere nel 1939. Nel 1955 aprirà a Pozzuoli quello femminile.

4 Cesare Lombroso (1835-1909), medico, antropologo criminale, padre del pensiero della

Secondo gli articoli del Codice Rocco tuttora vigenti, nel caso di totale incapacità di intendere e volere, definita attraverso perizia, il giudice stabilisce che la persona non è imputabile e la proscioglie: non si riconosce cioè alla stessa una responsabilità personale ma è la malattia che ha condizionato e sovradeterminato il gesto reato. La persona prosciolta non partecipa al processo e se riconosciuta "pericolosa socialmente", si ritiene cioè che possa reiterare il reato, viene sottoposta alla misura di sicurezza detentiva nell'Ospedale psichiatrico giudiziario⁵ per due, cinque o dieci anni, in relazione alla gravità e all'efferatezza del reato⁶. Nel caso in cui la persona sia giudicata semi-inferma di mente, permanendo una seppur ridotta capacità di intendere e di volere, questa è imputabile e viene sottoposta al processo. In caso di condanna la pena è diminuita di un terzo ma, se la persona è riconosciuta pericolosa socialmente, dopo la detenzione viene inviata in Opg.

Per la misura di sicurezza detentiva non è fissata la durata massima dell'internamento: la dimissione avviene solo quando il magistrato di sorveglianza dichiara cessata la pericolosità sociale. Nel caso in cui il magistrato dichiara la persistenza della pericolosità, la misura di sicurezza viene prorogata e la persona continua a rimanere internata in Opg fino a revisione della stessa. Così poteva succedere che per un reato "bagattellare", quale oltraggio a pubblico ufficiale, furto d'uso, etc, una persona

predisposizione fisiologica, a cui fa riscontro la configurazione anatomica, alla base dei comportamenti criminali dei delinquenti abituali.

5 I manicomi criminali dopo la riforma delle norme sull'ordinamento penitenziario, Legge 354 del 1975 cambiano nome denominandosi Ospedali psichiatrici giudiziari.

6 Se il reato prevede una pena tra i 2 e 10 anni, la misura di sicurezza (MS) è di 2 anni. Per una pena superiore ai 10 anni, la MS è di 5 anni, se la pena è l'ergastolo la MS è di 10 anni.

con problemi di salute mentale a cui veniva riconosciuta la pericolosità sociale, attraverso un utilizzo ripetuto della proroga, potesse rimanere in Opg vent'anni ed oltre connotandosi quindi un cosiddetto "ergastolo bianco"⁷.

Nella seconda metà degli anni settanta numerosi scandali attraversano gli Opg, in particolare i tre Opg della regione Campania. Ex internati dell'Opg di Aversa avviano denunce sulle condizioni terribili di trattamento nell'istituto. In particolare ricordiamo la denuncia del 1974 di Aldo Trivini che, durante l'internamento, con una cinepresa Super8, riprende lo scandalo delle condizioni inumane in cui sono tenuti gli internati, testimonia abusi e morti sospette, violenza e contenzioni punitive lunghissime, come privilegi incondizionati e omertosi per alcuni.

Il 27 dicembre 1974 nell'Opg femminile di Pozzuoli prende fuoco il materasso del letto dove Antonia Bernardini è legata da 56 giorni. I soccorsi alla donna arrivano quando le sue condizioni sono ormai disperate: le infermiere considerano le sue urla e le richieste di aiuto come collegate alla malattia e non intervengono. Antonia muore la notte tra il 31 dicembre e il 1 gennaio 1975. Condannato il direttore, l'istituto viene chiuso il 31 marzo. Le donne internate sono trasferite a Castiglione delle Stiviere che diventa l'Ospedale psichiatrico giudiziario femminile italiano.

Nel febbraio 1978 evade in maniera clamorosa dall'Opg di Aversa Raffaele Cutolo⁸. I direttori dell'Opg di Aversa e di Napoli, Ragozzino e Rosapepe, coinvolti negli scandali di abusi e violenze, di favoritismi e traffici illeciti, si suicidano.

DOPO LA LEGGE 180/78

La promulgazione della Legge 180/78, pur non intervenendo direttamente sull'Ospedale psichiatrico giudiziario, va ad influire sugli orientamenti giuridici che attengono all'internamento nell'Opg. Emerge immediatamente la contraddizione tra la Legge 180/78, che sancisce la fine dello "statuto speciale" per la persona con disturbo mentale con la sua entrata nella cittadinanza sociale e del binomio malattia mentale/pericolosità sociale, e il permanere nel Codice penale di norme che tracciano percorsi "speciali" per la persona con problemi di salute mentale che ha commesso reato: il cosiddetto "doppio binario".

È la Corte Costituzionale a determinare, fin dai primi anni ottanta, con importanti e ripetute sentenze, un significativo processo di erosione del Codice penale relativamente all'invio della persona con disturbo mentale autore di reato in Opg. Nel 1982 la suprema Corte pone fine alla presunzione di pericolosità legata alla malattia mentale grave⁹, stabilendo che la pericolosità sociale non può essere definita una volta per tutte come se fosse un attributo naturale di quella persona e di quella malattia, ma deve essere di volta in volta verificata. Per la persona prosciolta la pericolosità sociale deve essere accertata quindi anche al momento dell'invio in Opg.

Grande rilevanza va data infine alle sentenze della Corte n. 253 del 2003 e n. 367 del 2004 che, privilegiando il diritto alla cura su quello alla sicurezza, hanno ampliato alle persone con disturbo mentale autori di reato, in misura di sicurezza definitiva o provvisoria, le misure alternative all'internamento, dichiarando incostituzionale la loro non applicazione, dacché il ricovero in Opg costituisce una pesante disuguaglianza di trattamento rispetto alla cura nel territorio prevista dalla riforma psichiatrica.

Non occorre sottolineare la portata storica di queste sentenze che avrebbero permesso, e

7 Tale norma è stata cambiata dalla Legge 81/14 che sancisce che il tempo della misura di sicurezza non può essere superiore al tempo del massimo edittale previsto per la pena.

8 Fondatore della Nuova Camorra Organizzata.

9 Sentenza n. 139 del 1982.

permettono a tutt'oggi, anche nel permanere delle norme del Codice penale, il non invio in Opg, o nelle Rems, dell'autore di reato con disturbo mentale. Ma l'inerzia, le omissioni, le cattive pratiche e le mancate assunzioni di responsabilità a livello politico, sanitario e giudiziario, hanno fatto sì che siano scarsamente utilizzate e poco incidano a modificare il numero di misure di sicurezza detentive, in particolare in riferimento a persone a bassa contrattualità sociale che non trovano supporto per avere l'accesso a questi diritti.

LA TUTELA DELLA SALUTE MENTALE IN CARCERE

Un altro passaggio rilevante nel processo di contrasto agli invii in Opg è dato dalla promulgazione il 1 aprile del 2008 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri (DPCM) per il trasferimento delle competenze dalla sanità penitenziaria al servizio sanitario nazionale¹⁰, che riporta attenzione e progettualità sull'Opg. Va ricordato che il carcere è sempre stato un importante canale di accesso all'Opg in riferimento all'invio "in osservazione" di detenuti per l'accertamento del loro stato psicopatologico e di detenuti ai quali l'infermità di mente sia sopravvenuta durante l'esecuzione della pena.

Il decreto del 2008 definisce il trasferimento alle Regioni in cui sono ubicati gli Opg delle funzioni sanitarie degli stessi indicando in un allegato¹¹ gli interventi che le Regioni, attraverso le Aziende sanitarie locali, devono progressivamente attuare per la presa in carico degli internati del loro territorio. Prevede inoltre l'attivazione, negli istituti di pena, di sezioni organizzate o reparti destinati agli imputati e condannati con infermità psichica sopravvenuta. Ma gli interventi previsti dal DPCM 2008 non rispettano i tempi previsti e sono solo parzialmente attuati.

10 In realtà già nel 1999 il decreto presidenziale n. 230 aveva sancito tale passaggio, ma non era stato mai pienamente applicato.

11 Si tratta dell'Allegato C del DPCM 1 aprile 2008.

LA LEGGE 9/12 E SUCCESSIVE MODIFICHE

Ciò che risulta decisivo ad avviare il processo di chiusura degli Opg è l'intervento presso il Governo italiano attuato dal Consiglio d'Europa nell'aprile 2008, a seguito della visita del Comitato per la Prevenzione delle Torture e dei Trattamenti inumani e degradanti (CPT) nell'Ospedale psichiatrico giudiziario di Aversa. Il Consiglio d'Europa denuncia le gravi condizioni di degrado dell'istituto, le condizioni di abbandono degli internati, l'utilizzo diffuso e protratto dei mezzi di contenzione. Conseguentemente a tale intervento il Senato istituisce la Commissione parlamentare d'inchiesta per l'efficienza ed efficacia del Sistema sanitario nazionale¹² che, nell'ambito dei suoi poteri ispettivi, attua nel giugno e luglio 2010, numerose visite, anche "a sorpresa", nei sei Opg di Aversa, Napoli, Barcellona Pozzo di Gotto, Montelupo Fiorentino, Reggio Emilia e Castiglione delle Stiviere.

Le condizioni strutturali, di gestione e di funzionamento, pure testimoniate in un video, evidenziano l'orrore delle strutture ed indicano come ineluttabile la loro chiusura. Il video, mostrato prima ai parlamentari e al Presidente della Repubblica¹³, che definisce gli istituti "indegni di un paese appena civile", è ripreso dai media nazionali. Nessuno può più dire di non sapere.

Certamente alla Commissione d'inchiesta si deve riconoscere il merito di aver portato il dibattito e l'attenzione ai massimi livelli istituzionali e informato la comunità sulla questione, perlopiù non conosciuta o negata, della violenza e del degrado degli Opg, dell'insensatezza e illegalità degli "ergastoli bianchi" anche per reati di poco conto. Ma l'intervento legislativo che ne consegue, la Legge n. 9 del 17 febbraio 2012 "Disposizioni per il definitivo

12 Presidente della Commissione è il sen. Ignazio Marino.

13 Il Presidente della Repubblica è Giorgio Napolitano.

superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari", non è, a nostro parere, all'altezza della sfida perché non si pone l'obiettivo in alcun modo di mettere in discussione i fondamenti, scientifici e normativi, che sostengono l'Ospedale psichiatrico giudiziario. La Legge 9/12, dotata di un cospicuo budget¹⁴, prevede la chiusura degli Opg all'1 aprile 2013 e l'apertura di Residenze regionali per l'esecuzione della misura di sicurezza detentiva dedicate ai prosciolti del territorio regionale in cui sono ubicate. Le residenze, ad esclusiva gestione sanitaria, hanno un massimo di venti posti letto e, in rapporto della tipologia degli internati, un'attività perimetrale di sicurezza e vigilanza esterna. La Legge 9/12 afferma poi che "le persone che hanno cessato di essere socialmente pericolose devono essere senza indugio dimesse e prese in carico, sul territorio, dai Dipartimenti di salute mentale".

Dopo l'entrata in vigore delle Legge 9/12 prende avvio un'importante azione da parte dei Dipartimenti di salute mentale volta alle dimissioni degli internati dagli Opg, che scendono da oltre 1.400 a dicembre 2011 a poco più di 1.000 a gennaio 2013. Ma di contro l'azione delle Regioni e del Governo si concentra prioritariamente sull'obiettivo di apertura delle Rems.

All'avvicinarsi del termine di scadenza del 31 marzo 2013, risulta chiaro che, nonostante il calo delle presenze degli internati negli Opg, si è lontani dalla possibilità da parte delle Aziende sanitarie locali della presa in carico di tutti gli internati del proprio territorio, come del fatto che i tempi tecnici per realizzare le Rems non sono compatibili con la scadenza fissata per la chiusura degli Opg.

Pertanto con la Legge 57 del 2013 il Governo proroga la data di chiusura degli Opg al 31 marzo 2014. Con tale legge, in particolare per gli interventi della Commissione Sanità del Senato, referente del

processo di chiusura degli Opg, e della società civile organizzata nel cartello StopOpg¹⁵, si incomincia ad intervenire sulla Legge 9/12 spostando il *focus* dalle strutture, le Rems, al territorio, alle misure alternative alla detenzione, alla presa in carico delle persone nel territorio da parte dei servizi di salute mentale territoriali¹⁶.

Ma a gennaio 2013 l'analisi dei programmi regionali mostra il dato sconcertante della previsione da parte delle Regioni di oltre mille posti di Rems, nonostante che a quella data siano presenti negli Opg meno di mille persone. Le Rems sono progettate alcune nelle aree degli ex ospedali psichiatrici, recintate da muri e reticolati, dotate di sistemi di videosorveglianza, allarmi esterni, interni, sistemi di controllo sofisticati, *descalation rooms*, mobilio incassato...

LA LEGGE 81/14 PROROGA LA CHIUSURA DEGLI OPG AL 31 MARZO 2015

Il 31 marzo del 2014, sono poco più di 800 gli internati nei sei Opg. Con decreto del Presidente

15 StopOpg è un cartello di più di 20 associazioni, nato nell'aprile del 2011 con l'obiettivo di accompagnare in maniera attenta e critica l'azione della Commissione di inchiesta sugli Opg, del Governo, della Conferenza Regioni e del Parlamento. StopOpg, in particolare dopo la promulgazione della Legge 9/12, denuncia con forza la preoccupazione a che, alla chiusura dei sei grandi e degradati Opg, corrisponda la costituzione e disseminazione nei territori regionali di strutture, le Rems, che, seppur all'inizio più decorose, possano nei fatti riprodurre le logiche e le pratiche degli Opg.

16 Così recita la legge: "Il programma, oltre agli interventi strutturali, prevede attività volte progressivamente a incrementare la realizzazione dei percorsi terapeutico riabilitativi di cui al comma 5 e comunque a favorire l'adozione di misure alternative all'internamento negli ospedali psichiatrici giudiziari ovvero anche nelle nuove strutture di cui al comma 2, potenziando i servizi di salute mentale sul territorio."

14 La legge prevede un budget, da ripartire fra le Regioni, di 180 milioni di euro per la realizzazione o riconversione delle Rems, e un budget per la gestione di 38 milioni di euro per il 2012 e dal 2013 di 55 milioni annuali.

della Repubblica, poi convertito nella Legge 81/14, viene definita una ulteriore proroga alla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari, fissandone la data al 31 marzo del 2015. Ma tanto più la legge porta importanti innovazioni e modifiche al testo originario della legge 9/12, oltre ad interventi su norme del Codice penale.

Con la Legge 81/14 i giudici, anche di sorveglianza, sono chiamati a favorire le misure di sicurezza alternative all'internamento, dovendo considerarsi il ricorso alle misure di sicurezza detentive "residuale", e si definisce che il prosieguo del ricovero in Opg e in Rems anche per i "pazienti per i quali è stata accertata la persistente pericolosità sociale" debba essere considerato "eccezionale" e "transitorio".

La legge fissa che la durata della misura di sicurezza non può andare oltre il massimo della pena edittale, mettendo quindi fine alle proroghe ripetute e senza fine, gli "ergastoli bianchi".

La legge interviene infine sulla pericolosità sociale, che non può essere dichiarata, o confermata, solo perché la persona è emarginata, priva di sostegno economico o familiare¹⁷, o perché è assente o carente un programma di presa in carico da parte dei servizi. Va specificato che con questo intervento la legge tenta di non penalizzare ulteriormente le persone con bassa contrattualità sociale o non prese in carico dai servizi, condizioni che portavano di norma il giudice di sorveglianza a prorogare la pericolosità sociale. Questo determinava che negli Opg permanessero *sine die* un numero rilevante di persone non prese in carico dai servizi o provenienti da famiglie e contesti sociali disagiati, che pure avevano commesso reati di poco conto¹⁸. Gli Opg, come i manicomi civili, si mostravano contenitori della miseria sociale più che della pericolosità.

Importante per l'attuazione dei programmi di presa in carico degli internati da parte delle Regioni e per

la programmazione delle Rems, è l'istituzione, a giugno 2014, di un organismo di coordinamento e monitoraggio presso il Ministero della Salute¹⁹, che ogni tre mesi trasmette un rapporto alle Camere. La Prima Relazione al Parlamento, del settembre 2014, fornisce dati significativi: su 826 internati presenti al giugno 2014, 476 sono giudicati "dimissibili", ma tra le persone dichiarate "non dimissibili"²⁰, per "svariate ragioni", solo 90 persone lo sono a causa di pericolosità sociale. Tali dati porterebbero a rendere necessario un numero limitatissimo di posti in Rems, ma questo non trova riscontro nelle programmazioni regionali.

A fine novembre 2014 il numero di internati negli Opg raggiunge i 760.

All'avvicinarsi della scadenza del marzo 2015 il dibattito sugli Opg diventa rovente: tornano prepotenti gli allarmismi di politici, oltre che di settori della psichiatria e della magistratura, enfatizzati dai mass media, sul rischio che i "pazzi pericolosi" possano ritornare in libertà e si afferma che la loro presa in carico vada ad intralciare il lavoro terapeutico dei servizi.

Intanto mentre da un lato continua, ed accelera, il processo di dimissione degli internati da parte dei Dipartimenti di salute mentale, dall'altro nei primi mesi del 2015 si assiste all'aumento dell'invio in Opg di persone, di norma in misura di sicurezza provvisoria, ad opera della magistratura.

Le Regioni si dichiarano non pronte alla chiusura degli Opg e chiedono la proroga al 2017.

17 Art.133 comma 4 del Codice penale.

18 Tale evidenza deriva dalle ripetute affermazioni dei direttori degli Opg e di magistrati di sorveglianza

19 Coordinatore è il sottosegretario alla Salute, on. Vito De Filippo.

20 Il termine "dimissibile" come quello di "non dimissibile" non trova riscontro in qualsivoglia norma o definizione condivisa. Si vuole intendere gli internati con misura di sicurezza già espiata, in regime di proroga, il cui permanere in Opg fa riferimento non all'attualità della pericolosità sociale ma all'assenza di una presa in carico da parte dei servizi, del contesto, della famiglia.

Ma invece, pur arrivando al 31 marzo con tutti i sei Opg aperti con un numero di circa 690 internati²¹, il Governo non pone una ulteriore proroga. Da più parti, tra cui dalle associazioni di StopOpg, si chiede in maniera pressante la nomina di un Commissario per le Regioni inadempienti, come previsto dalla normativa²², per mantenere attenzione al processo di chiusura e vigilare sull'attuazione integrale della legge 81/14.

Il Commissario governativo è nominato a giugno del 2015²³. A questi si chiede di rendere attuale l'apertura delle Rems, ma insieme di promuovere l'adozione di progetti individuali per le dimissioni degli internati e per prevenire l'internamento, di promuovere i rapporti tra Dipartimenti e magistratura per l'attuazione di misure alternative alla detenzione. Insomma di spostare il baricentro delle istituzioni verso il sistema della salute mentale territoriale.

VERSO LA CHIUSURA DEGLI OPG

Il 22 dicembre del 2015 chiude il primo Opg, quello di Secondigliano a Napoli.

Al 31 marzo 2016, ad un anno dalla data di chiusura degli Opg fissata per legge, sono aperti gli Opg di Barcellona Pozzo di Gotto, Aversa, Montelupo Fiorentino e Reggio Emilia, con circa 90 persone internate²⁴. L'Opg di Castiglione ha cambiato nome riconvertendosi in otto strutture di Rems,

differenziate per funzioni, intensità di cura e diagnosi, come i vecchi manicomi, con un numero di circa 220 internati²⁵.

Le Rems regionali sono 22 con una presenza circa di 230 persone.

A maggio 2016 chiude l'Opg di Reggio Emilia e a giugno quello di Aversa. Negli altri due Opg, Barcellona Pozzo di Gotto e Montelupo Fiorentino, rimangono 53 internati.

Nel febbraio 2017 chiude l'Opg di Montelupo Fiorentino e a aprile quello di Barcellona Pozzo di Gotto. Nonostante il numero basso degli internati la chiusura di questi due ultimi istituti è stata difficile e ha richiesto l'impegno del Commissario governativo e vigilanza e pressione da parte delle associazioni di StopOpg.

DOVE SIAMO

Il percorso di chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari, la più arcaica e violenta istituzione totale psichiatrica, è stato complesso, ricco di ostacoli, a volte contraddittorio, con alternarsi di momenti di blocco e di avvicinamento. In alcuni passaggi l'orizzonte non è stato chiaro nel senso e nella direzione. Il principale rischio è stato, e rimane, quello di considerare la chiusura degli istituti l'obiettivo del percorso. La chiusura degli istituti è invece solo tappa di un processo, ancora lungo e articolato, che necessita di vigilanza e capacità critica.

Prioritariamente i livelli sui quali con forte intenzionalità è necessario continuare ad intervenire sono quello delle Residenze per l'esecuzione della misura di sicurezza, quello della rete dei servizi di salute mentale e della tutela della salute mentale in carcere. Consapevoli peraltro che solo il cambiamento degli articoli del Codice penale alla base dell'invio in Opg, oggi in Rems, potrà determinare il definitivo "superamento" degli Opg.

21 Dalla Terza Relazione al Parlamento.

22 La legge 9/12 al comma 9, confermato nella legge 81/14, prevede il commissariamento delle Regioni ove "risulta che lo stato di realizzazione e riconversione delle strutture e delle iniziative assunte per il superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari è tale da non garantirne il completamento".

23 Si tratta del sen. Franco Corleone, garante dei detenuti della regione Toscana.

24 I dati sono dati dal coordinatore del Tavolo nazionale di coordinamento, on. De Filippo

25 Le Rems osservazione e valutazione, disturbi di personalità, disturbi organici e ritardi mentali, disturbi di abuso, Rems femminile. Dal sito dell'Azienda ospedaliera "Carlo Poma", area Opg.

Rispetto alle Rems. Alcuni dati. Al 29 aprile 2018 sono 30 le Rems sul territorio nazionale con 625 ricoverati, 61 donne e 564 uomini, di cui 387 con misura di sicurezza definitiva e 236 con misura provvisoria²⁶. Non si può non sottolineare il numero eccessivo di misure di sicurezza provvisorie che dovrebbero semmai costituire solo una eccezione. Rispetto ai flussi di entrata e di uscita nel 2017, gli ingressi nelle Rems sono stati 374 e 328 le dimissioni, ad indicare l'attuale impegno alla transitorietà del ricovero nella Rems, come da Legge 81/14²⁷.

Al momento non esiste un unico modello strutturale e gestionale nelle Rems, ma molte sono le differenze, di norma speculari ai Dsm in cui queste insistono. Riteniamo che da queste differenze si debba partire per definire alcuni criteri generali e valorizzare le buone pratiche, in particolare nel passaggio dalle Rems provvisorie a quelle definitive²⁸.

Dal punto di vista strutturale, le Rems hanno un numero di posti letto molto differente, si passa dai due posti delle Rems del Friuli Venezia Giulia ai 120 posti letto di Castiglione.

Significativamente differenti sono i sistemi di sicurezza e di stigmatizzazione che rendono alcune Rems simili a carceri: cancellate di recinzione esterne imponenti, in alto ripiegate all'interno o con rotoli di filo spinato, ma anche negli spazi interni/giardini utilizzati dagli internati; presenza di porte blindate all'ingresso con guardie giurate, anche armate, *metal detector*, sbarre alle finestre e alle verande, chiuse a volte da vetro infrangibile. E poi ancora mobili incassati a terra, porte delle stanze da letto dotate di oblò o con chiusure apribili solo dall'esterno dal personale²⁹, enormi sistemi di videosorveglianza a circuito chiuso controllati dalle guardie giurate sulle 24 ore, etc. Di contro altre hanno solo il cancello esterno e cancellate come di civili abitazioni con monitor sugli spazi esterni, altre operano con la "porta aperta", altre hanno terrazze e finestre senza sbarre. Differente è l'ubicazione delle Rems in riferimento alla vicinanza ai centri abitati e ai trasporti pubblici.

Ma tanto più, a nostro parere, rilevante è la differenza tra strutture dedicate solo a persone in misura di sicurezza o non integrate rispetto al sito in cui sono inserite e strutture "non dedicate" e "integrate" in cui la Rems rappresenta una "funzione" in un servizio di salute mentale già esistente, quale il Centro diurno o una Residenza³⁰. Abbiamo evidenza in questi ultimi mesi che nel passaggio da Rems provvisorie a Rems definitive, queste diventano di norma sedi dedicate³¹.

26 Fonte *Relazione al Parlamento 2018* del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute e private della libertà personale, giugno 2018. Va specificato che sono 17 le Regioni che ospitano le Rems. Inoltre viene considerata come 1 Rems quella provvisoria, di Volterra in Toscana, che accoglie pure le persone del territorio dell'Umbria, ha una capienza di 30 posti, quindi superiore a quanto indicato per legge.

27 Fonte *Salute e Rems - XIV rapporto sulle condizioni di detenzione* a cura dell'associazione Antigone

28 La maggior parte delle Rems sono provvisorie rispetto alla collocazione e alla struttura, perché attivate per rispondere ai tempi di chiusura degli Opg, poche quelle definitive: Barete (AQ) in Abruzzo, Pisticci (MT) in Basilicata, Capoterra (CA) in Sardegna, Caltagirone (CT) e Naso (ME) in Sicilia, Nogara (VR) in Veneto, Calvi Risorta (CE) e San Nicola in Baronia (AV) in Campania.

29 Di norma le porte sono chiuse di notte.

30 Si tratta della Rems di Aurisina dell'Azienda sanitaria di Trieste, Mondragone dell'Azienda di Caserta, di Maniago dell'Azienda di Pordenone.

31 Vedi per es. la situazione in Campania dove è stata aperta a Calvi Risorta una Rems definitiva in uno spazio "dedicato", mentre è in chiusura la Rems di Mondragone che conviveva con il Centro diurno e un gruppo di convivenza, con moltiplicazione di scambi tra soggetti diversi e tra il "dentro" e il "fuori".

Ma significativamente le differenze tra le Rems sono di tipo gestionale. Tali differenze comprendono prima di tutto l'*applicazione del Regolamento penitenziario*³², questione complessa e contraddittoria essendo i ricoverati titolari di misura di sicurezza detentiva ma la struttura è "ad esclusiva gestione sanitaria" con compiti di promozione di programmi terapeutico riabilitativi. Si passa da Rems dove ci si attiene al Regolamento penitenziario con rigidità nelle visite, nelle telefonate, nei rapporti con i visitatori esterni, etc., ad altre in cui l'applicazione dello stesso è molto sfumata riducendosi solo alle procedure di immatricolazione che fanno gli stessi operatori della Rems, ai trasferimenti esterni, etc. È evidente che la modalità di applicazione del Regolamento penitenziario attiene molto alla cultura del Dipartimento relativamente al rapporto tra psichiatria e giustizia, oltre che ai rapporti di condivisione, o meno, negli anni costruiti dallo stesso con la magistratura di sorveglianza e di cognizione.

Il rapporto tra i Dipartimenti e la magistratura, come si è storicamente determinato, influenza pure in maniera significativa l'invio di internati nelle Rems. Quando tale rapporto è consolidato e fiduciario si determina da parte del magistrato un contatto precoce dei servizi, in caso che una persona con problemi di salute mentale, già utente del servizio o no, abbia commesso un reato. Questo produce l'accertamento delle condizioni psicopatologiche, la formulazione di un progetto terapeutico riabilitativo e quindi la possibile disposizione da parte del magistrato di una misura di sicurezza alternativa alla detenzione con affidamento della persona ai servizi territoriali di salute mentale. La qualità di tale rapporto, se fiduciario o no, sembra anche influenzare l'accettazione da parte del magistrato di programmi di dimissione, di passaggio a misure di sicurezza alternative alla detenzione, dell'autorizzazione degli stessi programmi abilitativi a favore dei ricoverati in Rems.

Significative sono le differenze tra le Rems relativamente alle *attività abilitative, di socializzazione ed inserimento lavorativo*, come i rapporti con

l'associazionismo, i gruppi formali ed informali del territorio. In molte Rems le attività abilitative sono quasi esclusivamente collocate all'interno: trattasi di norma di laboratori artistici, palestre, etc, che poco tengono conto e rispondono ai bisogni individuali di abilitazione, inclusione ed emancipazione delle persone. Mentre in altre Rems sono attivi percorsi di socializzazione e inclusione esterni alla Rems fino a percorsi di inserimento in percorsi di formazione al lavoro. Centrale a nostro parere è l'apertura delle Rems alle associazioni, ai gruppi del territorio, ai familiari, ma risulta poco diffusa.

Ulteriore area significativa è data dalla *relazione tra le Rems e i Dipartimenti di salute mentale* di riferimento per gli internati, titolari ai sensi della Legge 81/14 dei progetti terapeutici riabilitativi finalizzati ad alternative alla misura detentiva. Rapporti fluidi, continui e significativi vengono di norma registrati con i servizi del Dsm in cui insiste la Rems o con i Dsm più vicini³³ e questo favorisce un veloce *turn over* dei ricoverati. In generale sono gli operatori delle Rems gli attori principali nella promozione dei rapporti con i servizi di provenienza delle persone internate.

Va da ultimo posta attenzione alla questione del ricorso alla *contenzione* nelle Rems, questione peraltro ancora cruciale nei servizi di salute mentale in Italia. Va detto con soddisfazione, forse anche in relazione con la presenza attuale nelle Rems di operatori giovani e motivati, che il ricorso alla contenzione non è certamente diffuso, tranne che nella Rems di Castiglione dove, retaggio delle modalità operative nell'Opg, è routinario. In altre Rems abbiamo visto letti di contenzione mai adoperati, in poche³⁴ si è dichiarato un ricorso saltuario alla contenzione.

33 Evidente questo è apparso nella Regione Emilia Romagna che ha costituito 2 Rems: Bologna con 20 posti e Parma con 14. E tanto più nel Friuli Venezia Giulia dove sono state attivate 3 Rems provvisorie ognuna di 2 posti letto, tenendo in considerazione il fabbisogno storico rispetto all'Opg della Regione (Trieste ha azzerato le presenze in Opg dal 2006).

34 Si tratta di alcune del Lazio e del Veneto.

32 Legge n.354 del 1975.

Sul ricorso alla contenzione va posta estrema attenzione e vigilanza, anche in ottemperanza all'art.13 della Costituzione che al comma 4 recita "È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizione di libertà". In alcune Rems sono presenti stanze di *descalation* di norma non utilizzate e in alcune Rems dedicate ad altre funzioni.

Altro dato significativo è quello delle persone in misura di sicurezza in attesa di essere eseguita. Manca un dato nazionale certo. Va però segnalato che per la maggior parte delle persone in lista di attesa sono in essere misure alternative al ricovero in Rems, poche sono le persone che illegittimamente rimangono in carcere. Nel 2017 erano 290 le persone in attesa di ricovero alle Rems, di cui 84 con misura di sicurezza definitiva³⁵, con grandi le differenze regionali: dalle 0 persone "in attesa"³⁶ alle 74³⁷, e in molte regioni il numero era superiore a 20³⁸.

Per tutte va detto che se l'invio nelle Rems fosse "residuale", come disposto dalla Legge 81/14 e rafforzato dal Parere del Consiglio Superiore della Magistratura dell'aprile 2017, e collegato solo ai prosciolti con misura di sicurezza definitiva, non ci sarebbero persone in attesa e non sarebbero occupati neppure tutti i posti delle Rems.

A partire dalle differenze evidenziate tra le Rems, alcune sono le linee di indirizzo sulle quali pare importante continuare il processo.

In premessa va sottolineata la necessità di un costante monitoraggio e sorveglianza da parte di un organo esterno e sopradeterminato, finalizzata a consolidare la riforma, ma tanto più ad impedire ritorni a pratiche e stili operativi improntati alla custodia propri delle istituzioni totali psichiatriche. Vanno favoriti scambi e confronti tra operatori, in particolare in relazione a situazioni speciali/casi difficili che si dovessero presentare. Va garantito sempre il principio della territorialità e del numero definito. Lasciano perplesse scelte, per es. della regione Emilia e Romagna, del passaggio da più Rems provvisorie con maggiore vicinanza ai territori di riferimento a Rems definitive, con più moduli.

Vanno rivisti ed eliminati i sistemi di sicurezza custodiali, riportando sempre più, anche in riferimento agli *habitat*, le Rems alla loro funzione di cura e riabilitazione.

Buona pratica appare non costituire strutture "dedicate" alle persone in misura di sicurezza definitiva, ma che la Rems diventi una funzione inserita in un servizio del Dsm. Fino ad ipotizzare che ogni Dsm assuma tale funzione onde non delegare ad altri la presa in carico delle persone in misura di sicurezza detentiva del proprio territorio, evitando un altrove dove recludere ed escludere. Luoghi solo dedicati a persone in misura di sicurezza detentiva sono più a rischio di diventare luoghi segregati e segreganti.

Va definita la non applicabilità del Regolamento penitenziario nelle Rems.

Vanno favoriti e sviluppati i rapporti tra Aziende sanitarie/Dsm con la magistratura di cognizione e di sorveglianza, anche sostenuti dal livello regionale.

Rispetto alla rete dei servizi di salute mentale. Oggi certamente appare necessario di nuovo in Italia rimettere, a differenti livelli dal tecnico al politico, attenzione ai Dipartimenti di salute mentale, ripiegati sul paradigma biologico-medico-ospedaliero, anche per salvaguardare la riforma che ha portato alla chiusura degli Opg. Bisogna re-investire sui Dipartimenti di salute mentale, dal punto di vista delle culture, dei modelli organizzativi, ma anche delle risorse in campo, come sull'integrazione

35 Dalla Relazione finale del Commissario governativo del febbraio 2017 Si tratta dei dati forniti dal Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria (DAP). I dati del DAP sono discordanti rispetto agli analoghi dati forniti dalle Regioni che indicano il numero delle persone in attesa di essere accolte nelle Rems in 235.

36 In Friuli Venezia Giulia e Marche.

37 Sicilia

38 Calabria, Campania, Lazio, Liguria, Lombardia, Puglia, Toscana-Umbria.

tra Aziende sanitarie e servizi sociali, abitativi e lavorativi dei Comuni e delle altre agenzie.

È necessario, nel concreto delle pratiche, affermare la capacità dei servizi di salute mentale territoriale di presa in carico della persona con disturbo mentale autore di reato, attraverso una rete di servizi centrati sulle persone e fondati sui diritti, con responsabilità su un territorio definito, aperti ogni giorno almeno per 12 ore, quando non sulle 24 ore. Servizi a bassa soglia, flessibili, dotati di équipe multidisciplinare, che garantiscano accoglienza di tutta la domanda del territorio, senza selezione per diagnosi, gravità, etc. Servizi con capacità di accoglienza, ascolto della persona e del suo contesto familiare e sociale, capaci di continuità terapeutica, di responsabilità sulla persona in tutti i luoghi in cui si decentra pure in relazione ai differenti programmi di cura ed abilitazione. Servizi che valorizzano i soggetti e le loro capacità pure residue, formulando progetti terapeutico riabilitativi forgiati sulla persona e il suo contesto, sui bisogni, le aspettative, sull'accesso ai diritti. Servizi che intervengano sui determinanti sociali della salute in integrazione con gli altri servizi sociali e sanitari del territorio. Servizi capaci di connettersi e valorizzare le risorse e i soggetti formali ed informali del territorio.

Rispetto alla tutela della salute mentale in carcere. Il problema della salute mentale in carcere appare rilevante ma pure di difficile valutazione. La percezione degli operatori del carcere è della presenza di un alto numero di persone detenute con patologie psichiatriche e della difficoltà della loro gestione. Estremamente alto è il ricorso alla somministrazioni di psicofarmaci con picchi in alcuni istituti che sfiorano il 90% delle persone in terapia³⁹.

La qualità dell'intervento dei servizi di salute mentale in carcere appare differenziata nelle varie regioni, relativamente alle differenze organizzative e degli stili operativi dei Dipartimenti di salute mentale. Ma in generale possiamo affermare che è necessario

nella maggior parte del territorio nazionale che i Dipartimenti investano in maniera significativa nella tutela della salute mentale in carcere. Per rispondere con puntualità e continuità ai bisogni dei detenuti con problemi di salute mentale, in particolare nelle situazioni critiche, anche attraverso il ricovero nei servizi di salute mentale territoriali. Per proporre programmi alternativi alla detenzione, in caso che lo stato di malattia sia incompatibile con la stessa. Da più parti si denunciano le condizioni dei detenuti nelle *Articolazioni per la salute mentale* in cui spesso si sommano alla privazione e segregazione propria del carcere, ulteriore abbandono e stigmatizzazione. L'orizzonte deve diventare quello dello sviluppo di programmi alternativi alla detenzione per il detenuto con patologia mentale severa e l'abrogazione dell'art. 148 c.p., equiparando le malattie psichiche alle gravi patologie fisiche (ex art. 147 c.p) e aprendo alla possibilità di chiedere la sospensione o rinvio dell'esecuzione della pena.

Rispetto alle norme del Codice penale. Ribadiamo che il "definitivo superamento" dell'Opg può essere determinato solo dalla rivisitazione dei meccanismi normativi, scientifici, giuridici e psichiatrici, che sostengono l'incapacità di intendere e di volere della persona con disturbo mentale e dalla fine del sistema del "doppio binario" con la restituzione ad ognuno del "diritto alla responsabilità".

Quindi è necessario rivisitare le categorie della incapacità e non imputabilità della persona con disturbo mentale, la pericolosità sociale, la misura di sicurezza detentiva.

Tuttavia ribadiamo come l'applicazione integrale della legge 81/14 insieme alle sentenze della Corte Costituzionale del 2003 e 2004, anche nel permanere delle attuali normative giuridiche, possa determinare l'azzeramento del ricorso alla misura di sicurezza detentiva.

Altra questione su cui intervenire è quella della *perizia psichiatrica*. È necessario di norma riportare ai servizi territoriali il compito di valutazione diagnostica e di formulazione dei programmi di presa in carico terapeutici riabilitativi per la persona autore di reato. Ed è necessario intervenire sulla questione della

39 Fonte *Salute e Rems - XIV rapporto sulle condizioni di detenzione a cura dell'associazione Antigone*

pericolosità sociale, anche in maniera pragmatica attraverso il rifiuto dei periti psichiatri di rispondere al quesito sulla pericolosità posto dai magistrati. La pericolosità sociale non attiene ad una valutazione dei sanitari, ugualmente il concetto di rischio che in alcuni paesi l'ha sostituita. Può solo essere richiesto ai sanitari un programma di presa in carico della persona, anche teso a prevenire il ripetersi del reato. Va rivista infine la nomenclatura del Codice Penale sia in riferimento alla chiusura definitiva degli Opg, sia in riferimento alla persona con problemi di salute mentale, non più "infermo di mente" ma soggetto titolare di diritti e di responsabilità.

Per concludere. Se possiamo affermare con certezza che l'Italia con la chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari ha raggiunto una importante tappa di civiltà, pure sappiamo che gli Opg possono essere riprodotti in forme nuove, pur meno arcaiche e degradate, nel permanere delle stesse categorie, ordinamenti e pratiche.

Dobbiamo quindi continuare in un percorso continuo di vigilanza e di pensiero critico. A partire da ciò, anche in relazione alla fine del mandato del Commissario governativo per il superamento degli Opg e all'assenza presso il Ministero della Salute di un organismo di coordinamento e monitoraggio del processo in atto, a giugno 2018 è stato promosso da StopOpg, in collaborazione con Antigone, *l'Osservatorio sul superamento degli Opg e sulle Rems* con l'obiettivo di continuare a mantenere una attenzione privilegiata sulle Rems, ma anche di allargare lo sguardo e l'intervento ai Ministeri della Salute e della Giustizia (e il DAP), alle Regioni, alle Aziende Sanitarie Locali e ai loro Dipartimenti di Salute Mentale, e più in generale ai servizi del welfare locale sanitari e quelli sociali dei Comuni, alla Magistratura.

Sapendo che solo la fine delle legislazioni "speciali", la restituzione di diritti e responsabilità alle persone, ancorché con disturbo mentale severo, l'organizzazione di servizi di prossimità capaci di farsi carico dei soggetti sofferenti nei contesti naturali di vita, la tutela del diritto di ognuno alla salute mentale, può tracciare una via d'uscita

dall'orrore delle istituzioni totali, nel solco della Legge 180 e della Costituzione.

Giovanna Del Giudice, psichiatra, è presidente dell'Associazione Conferenza Salute Mentale nel Mondo Franco Basaglia. Componente nazionale dell'Osservatorio sul superamento degli Opg e sulle Rems e della campagna nazionale ...e tu slegalo subito per l'abolizione della contenzione.

È stata tra i collaboratori di Franco Basaglia nell'ospedale psichiatrico di Trieste dal 1971, partecipando all'intero processo di deistituzionalizzazione e alla costruzione della rete territoriale dei servizi della salute mentale. Dal 2002 al 2006 direttore del Dipartimento di Salute Mentale dell'Azienda sanitaria locale di Caserta 2 e dal 2006 al 2009 di quello di Cagliari. Consulente per la salute mentale dell'assessore alla sanità della regione Calabria dal 2005 al 2007.

È autore di numerose pubblicazioni. Insegna al corso di laurea di Tecnici della Riabilitazione dell'Università degli Studi di Trieste. Lavora come consulente esperta in progetti di cooperazione internazionale sui temi della salute mentale. ●

Giovanna Del Giudice, psichiatra, è presidente dell'Associazione Conferenza Salute Mentale nel Mondo Franco Basaglia. Componente nazionale dell'Osservatorio sul superamento degli Opg e sulle Rems e della campagna nazionale ...e tu slegalo subito per l'abolizione della contenzione.

È stata tra i collaboratori di Franco Basaglia nell'ospedale psichiatrico di Trieste dal 1971, partecipando all'intero processo di deistituzionalizzazione e alla costruzione della rete territoriale dei servizi della salute mentale. Dal 2002 al 2006 direttore del Dipartimento di Salute Mentale dell'Azienda sanitaria locale di Caserta 2 e dal 2006 al 2009 di quello di Cagliari. Consulente per la salute mentale dell'assessore alla sanità della regione Calabria dal 2005 al 2007.

È autore di numerose pubblicazioni. Insegna al corso di laurea di Tecnici della Riabilitazione dell'Università degli Studi di Trieste. Lavora come consulente esperta in progetti di cooperazione internazionale sui temi della salute mentale.



CAPORALATO, QUANDO IL LAVORO OPPRIME





LEGGE SUL CAPORALATO, UN'OCCASIONE PERSA?

Rossella Marro

Giudice del Tribunale di Napoli



ph © ANSA

Due recenti casi di cronaca, del 4 e 7 agosto di quest'anno, che hanno visto la morte di ben 16 lavoratori agricoli, tutti migranti, hanno gettato luce ancora una volta sulla piaga del caporalato.

Il "caporalato", presente soprattutto nei settori dell'agricoltura e dell'edilizia, fa leva sulle condizioni di grave difficoltà economiche in cui versano i lavoratori agricoli e del settore edile, i quali, trovandosi in una posizione molto debole, sono costretti ad accettare paghe bassissime, a sostenere turni lunghi e massacranti, e a subire maltrattamenti, violenze e intimidazioni da parte dei caporali.

L'esperienza giudiziaria ha consentito di individuare nuove forme di caporalato come il "caporalato collettivo" che utilizza forme apparentemente legali (cooperative e agenzie interinali) per mascherare l'intermediazione illecita di manodopera ed il "caporalato mafioso", legato alla criminalità organizzata.

Come è ovvio, trattandosi di un fenomeno sommerso, i dati ufficiali sull'estensione del fenomeno devono ritenersi in difetto e ciò nondimeno essi sono allarmanti. Secondo l'ISTAT, il lavoro irregolare in agricoltura, al quale è associato comunemente il caporalato, è in costante crescita da dieci anni a questa parte e le infiltrazioni mafiose nella filiera agroalimentare e nella gestione del mercato del lavoro attraverso la pratica del caporalato muovono in Italia un'economia illegale e sommersa che va dai 14 ai 17,5 miliardi di euro. Le rilevazioni statistiche individuavano circa 80 distretti agricoli indistintamente dal nord al sud Italia e quantificava tra 400 e 430 mila le persone soggette a sfruttamento, sia italiani che stranieri. Un settore specifico di sfruttamento riguarda infine le donne, generalmente italiane: in Puglia sono circa 40 mila, con paghe che non superano i 30 euro per dieci ore di raccolta nei campi.

Tra esse vi era Paola Clemente, 49enne bracciante tarantina che il 13 luglio del 2015 muore nelle campagne di Andria stroncata nei vigneti dove lavorava per 27 euro al giorno. Proprio, dopo la morte di Paola inizia l'iter della normativa anti caporalato, che diventa legge nel 2016.

L'impianto della nuova legge, che si compone di 12 articoli, incide sia sul versante repressivo che su quello preventivo.

Quanto al primo aspetto, riscrive il reato semplificandolo e liberandolo da alcune specifiche che prima ne complicavano l'individuazione. Viene così introdotta una fattispecie-base che prescinde da comportamenti violenti, minacciosi o intimidatori prima previsti, con trasformazione del caporalato caratterizzato dall'utilizzo di violenza o minaccia in ipotesi autonoma di reato. Viene, inoltre, estesa la responsabilità penale anche al datore di lavoro e non solo dell'intermediario, prevedendo l'applicazione di un'attenuante in caso di collaborazione con le autorità, l'arresto obbligatorio in flagranza di reato, nonché, in taluni casi, la confisca dei beni. Nell'elenco degli indici di sfruttamento dei lavoratori viene aggiunto il pagamento di retribuzioni palesemente difformi da quanto previsto dai contratti collettivi territoriali e precisa che tali contratti, come quelli nazionali, sono quelli stipulati dai sindacati nazionali maggiormente rappresentativi.

Quanto al versante preventivo, vengono introdotte misure di sostegno e di tutela del lavoro agricolo come il potenziamento della Rete del lavoro agricolo di qualità, che dovrebbe raccogliere, certificare e "bollinare" le aziende virtuose e un piano per la sistemazione logistica e il supporto dei lavoratori stagionali. È prevista, ancora, l'istituzione in ogni provincia di sezioni della rete per il lavoro agricolo di qualità, con funzioni di monitoraggio e governo del mercato del lavoro in agricoltura. È stabilita, infine, l'assegnazione al Fondo antitratta dei proventi delle confische ordinate a seguito di sentenza di condanna o di patteggiamento per il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, su presupposto che generalmente le persone sfruttate nei lavori agricoli sono reclutate usando i mezzi illeciti come la tratta di esseri umani.

Accolta con grande favore, rispondendo sulla carta alla aspettativa di una risposta statuale a tutto tondo nella lotta al fenomeno, purtroppo, almeno allo stato, la legge ha trovato attuazione solo nella prima parte, quella repressiva. Manca ancora

l'impegno sull'altro e non meno importante fronte, quello della prevenzione.

Allo stato attuale, a distanza di due anni dalla entrata in vigore della legge, infatti, si attendono ancora le circolari attuative dell'INPS relative al sistema dei controlli connessi alla legge, ed è stata rinviata a giugno 2019 l'entrata in vigore dell'UniEmens (il modello di denuncia mensile relativo ai lavoratori dipendenti) per le imprese agricole, con conseguente pregiudizio all'attivazione di uno degli strumenti che potrebbe accertare le irregolarità delle imprese. Non è stato finanziato il Fondo antitratta presso la Presidenza del Consiglio e i Ministeri competenti ancora non hanno provveduto a fare le nomine previste per l'ampliamento della Cabina di Regia.

Il potenziamento dei sistemi di repressione ai quali non si accompagna il potenziamento di quelli di prevenzione comporta come conseguenza che tutto il carico del fenomeno viene addossato ancora una volta sulla magistratura. La mancanza di un argine al caporalato attraverso sistemi efficienti di controllo del territorio e di prevenzione del fenomeno comporta il radicamento e la diffusione sul territorio italiano di questa piaga sociale. L'assenza di una rete di sostegno ai lavoratori rischia di vanificare lo sforzo nel quale sono impegnati forze dell'ordine e magistrati, in quanto a fronte dell'azione diretta a reprimere i singoli, non si creano le condizioni per la formazione nel tessuto sociale di circoli virtuosi che possano consentire ai lavoratori di affrancarsi dagli sfruttatori. Gli organi inquirenti si trovano dinanzi ad una aspettativa di giustizia alla quale è molto difficile, in queste condizioni, dare una efficacia risposta. Come avviene ormai da troppi anni, la magistratura diventa l'anello terminale sul quale si scaricano tutte le istanze di difesa di sociale.

Se davvero si vuole porre un argine al fenomeno è necessario che tutti gli attori coinvolti facciano la propria parte, che vengano intensificate le misure di prevenzione e che la politica recuperi i suoi spazi di intervento, in quanto in assenza di prevenzione tutto continuerà a gravare esclusivamente sulla magistratura alla quale dalla Costituzione vengono assegnati compiti di repressione di

“singoli casi” e non di lotta a fenomeni complessi e radicati sul piano sociale. L’assenza di una politica di contrasto efficace e seria al caporalato rischia di esporre la magistratura, ancora una volta, all’assunzione di compiti estranei alla sua funzione, e di fare di un buon impianto legislativo una ulteriore occasione perduta. ●



I PUBBLICI MINISTERI DELLA PROCURA DI FOGGIA, AVAMPOSTO DELLA LOTTA AL CAPORALATO

Roberto Galli

Sostituto Procuratore Foggia

Non molto tempo fa, mentre percorrevo il corridoio della sala congressi di un lussuoso albergo romano, fiero di ufficializzare la mia scelta di svolgere le funzioni di sostituto procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Foggia, molti pensieri affollavano la mia mente: le toghe sporcate di sangue dalla stagione stragista; l'opportunità di servire lo Stato, dove e quando aveva mostrato di averne più bisogno; la possibilità di combattere in prima linea contro una criminalità da tempo organizzata ed ancora troppo poco conosciuta.

Il 6 agosto di quest'anno, durante la telefonata in cui un Tenente della Compagnia Carabinieri di San Severo mi riferiva del tragico incidente stradale in cui avevano perso la vita dodici braccianti extracomunitari, sono ritornato con la mente a percorrere quel corridoio. Giunto sul posto dell'incidente dopo qualche minuto, l'odore acre del fallimento irreversibile di quelle dodici speranze cambiava drasticamente la mia prospettiva di magistrato. Diventava plasticamente chiaro che anche il crimine diverso da quello organizzato

era in grado di produrre morte che pretendeva ugualmente giustizia.

Guardando alle definizioni che i più autorevoli dizionari danno di caporalato, richiamano la mia attenzione due parole: fenomeno e sistema. La lotta al caporalato in provincia di Foggia, qualsiasi sia il fronte su cui si intende combatterla, passa attraverso queste due parole. Fenomeno. Sistema. Fenomeno. Per noi magistrati foggiani è impossibile dimenticare che l'intermediazione illecita nel lavoro, prima ancora di essere una condotta penalmente rilevante, è un fenomeno.

Un fenomeno economico. L'occupazione di manodopera straniera (comunitaria ed extracomunitaria), nell'economia di questo territorio, costituisce il punto di equilibrio su cui si reggono i bilanci di centinaia di imprese agricole. Il cuore pulsante dell'economia di questa terra che dopo vari tentativi di industrializzazione sembra ritornare alla sua naturale vocazione agricola.

Un fenomeno sociale. Le località rurali, ove trovano dimora i braccianti stranieri, hanno visto alterato

il loro secolare equilibrio troppo spesso scosso da efferate violenze che affondano le radici nella mortificazione dei diritti umani.

Un fenomeno politico. Le amministrazioni pubbliche devono farsi carico di risolvere, con i loro ristretti margini di bilancio, problemi che non avevano messo in conto di affrontare: l'alloggio, la salute, la mobilità, l'istruzione, l'integrazione dei braccianti agricoli stranieri. Questi sono temi che solo di recente sono entrati nell'agenda politica delle amministrazioni locali.

Sistema. Qualsiasi manovra di contrasto ad un fenomeno così diffuso, quale è il caporalato in questa terra, non può prescindere da una visione sistemica. La necessità di immaginare interventi sistemici ed organici e le difficoltà di realizzarli troppo spesso, però, diventano alibi per rimanere inerti. Ciascuna istituzione, nel proprio ambito di competenza, dovrebbe farsi carico di mettere in moto meccanismi di dialogo che possano essere utili ad affrontare il problema in un'ottica sistemica. La Procura della Repubblica di Foggia si sta muovendo proprio in questa direzione. L'Ufficio, già dal marzo 2018, ha deciso di redigere delle linee guida utili ad orientare la polizia giudiziaria e gli stessi sostituti procuratori nello svolgimento di indagini complesse quali quelle relative al reato di cui all'art. 603 bis c.p.

L'opportunità di compendiare i meccanismi e le pratiche investigative inerenti al fenomeno del caporalato è divenuta necessità di fronte alla riscontrata consuetudine della polizia giudiziaria di procedere d'iniziativa, con metodi d'indagine calibrati sul contrasto alla criminalità di diverso tipo. Subendo la convinzione che l'efficacia dell'attività investigativa si misuri in numero di arresti, troppo spesso le attività d'indagine avviate dalla polizia giudiziaria appaiono orientarsi più sull'immediata interruzione di un'attività illecita in corso che su una paziente ed attenta attività di osservazione, associata ad approfondimenti patrimoniali e documentali.

Frequentemente è capitato al sostituto di turno esterno di dover spiegare alla polizia giudiziaria,

intenzionata a procedere all'arresto in flagranza per il reato di cui all'art. 603 bis c.p., che trasportare la manodopera in condizioni disagiate e di pericolo, da e verso i luoghi di lavoro, magari anche facendosi corrispondere un prezzo per il trasporto, può costituire soltanto un segmento della condotta tipica ma non è sufficiente ad integrare il reato.

Non di rado la polizia giudiziaria, anche a fronte di programmati interventi con i reparti specializzati nel riscontrare le violazioni in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro, non resiste alla tentazione di scegliere il percorso investigativo più facile ed immediato: l'acquisizione della prova dichiarativa dei lavoratori.

Spesso i braccianti indottrinati rendono dichiarazioni di tenore simmetrico, volte a salvaguardare il datore di lavoro ed il caporale. Capita di leggere nei verbali di sommarie informazioni assunte dai braccianti frasi del tipo: "mi sono proposto io stesso al datore di lavoro Tizio, recandomi in azienda"; "sono assunto regolarmente e lo stipendio mi viene versato mensilmente sulla carta poste pay"; "nell'ultimo periodo, anche se assunto, non ho lavorato tutti i giorni"; "sul posto di lavoro mi accompagna Caio, a cui rendo due euro per la benzina"; "anche Caio è assunto dal datore di lavoro, lavora con noi e svolge anche il compito di controllare il carico dei prodotti che raccogliamo sui camion".

Dichiarazioni di questo tenore, seppur non sufficienti a celare lo sfruttamento cui sono sottoposti gli stessi braccianti, pongono le indagini di fronte ad una ripida salita da scalare e, spesso, pregiudicano totalmente l'attività tecnica di intercettazione o il monitoraggio degli spostamenti attraverso rilevatori gps. L'attività tecnica, invece, potrebbe rendere elementi probatori di straordinaria rilevanza per dimostrare il reale ruolo dei reclutatori, il legame diretto tra questi e le aziende, che spesso si rivolgono direttamente ai caporali. Questi ultimi, dopo aver reclutato i braccianti, raccolgono tutta la documentazione necessaria a dare una parvenza di legalità al lavoro e la consegnano al datore di lavoro, il quale a sua volta la utilizzerà, anche con l'ausilio di professionisti compiacenti, per celare lo sfruttamento.

Di fronte a questo consueto tentativo di alterare la realtà, gli inquirenti devono adottare ordinate contromisure: svolgere una capillare ricostruzione delle dinamiche di reclutamento della manodopera, anche attraverso le attività tecniche di intercettazione; effettuare un'attenta e paziente osservazione (a distanza), per un periodo di tempo considerevole, delle condizioni in cui i braccianti svolgono il loro lavoro; verificare per ciascun lavoratore la corrispondenza tra orario di lavoro riscontrato sul campo ed il salario effettivamente corrisposto; svolgere indagini patrimoniali per individuare i beni riconducibili ai datori di lavoro ed alle aziende che beneficiano dello sfruttamento, per preparare una risposta sanzionatoria organica che permetta di sfruttare tutti gli strumenti di contrasto messi a disposizione dal legislatore.

Diversamente, le iniziative investigative avventate, che cercano di ottenere risultati immediati, rischiano di pregiudicare le indagini in radice. Per questa ragione ritengo che, all'indomani della tragedia del 6 agosto, le decine di posti di blocco di Carabinieri, Polizia Stradale, Esercito, Guardia di Finanza sulle strade provinciali che intersecano le campagne del Tavoliere abbiano prodotto più arresti per resistenza che risultati efficaci di contrasto al caporalato.

Certo, la presenza delle forze dell'ordine sulle strade e la loro opera di controllo del territorio diventa uno snodo centrale nella risoluzione del problema. Penso, però, che questa attività non debba risolversi in una caccia su strada ai furgoni che trasportano braccianti. Piuttosto, il controllo del territorio da parte delle forze dell'ordine deve servire dapprima a localizzare i punti in cui i caporali raccolgono la loro manodopera per poi giungere ad una mappatura completa delle centinaia di casolari rurali abbandonati ove dimorano i braccianti.

Infatti, le migliaia di braccianti agricoli stranieri, che da giugno ad agosto si riversano su queste terre da ogni parte d'Italia per la raccolta del pomodoro, spesso stabiliscono le loro dimore di fortuna in casolari rurali abbandonati, sparsi in un territorio vastissimo che fa della provincia di Foggia la terza più grande d'Italia per estensione.

Riuscire ad avere una mappatura completa degli insediamenti rurali abitati dai braccianti e dei punti di raccolta degli stessi è di fondamentale importanza per evitare di procedere a tentoni e poter scegliere con più consapevolezza le piste investigative più proficue.

Mobilità e condizioni abitative dei braccianti: altri due snodi fondamentali nella risoluzione del problema. L'indisponibilità di mezzi propri e l'assenza di servizi pubblici di linea che colleghino tutte le zone agresti della provincia sono alcuni dei fattori che spingono i migranti stabilmente presenti in questa provincia a concentrarsi in accampamenti che, con il trascorrere degli anni, sono diventati veri e propri ghetti. All'interno di queste baraccopoli si generano sacche di delinquenza che assumono le stesse conformazioni di quelle prodotte nei centri urbani. Furti, estorsioni, violenze, droga, corruzioni e persino prostituzione. L'illegalità prodotta all'interno di questi insediamenti rurali appare talmente stratificata da far ritenere verosimile il collegamento con le organizzazioni criminali presenti sul territorio che, a loro volta, riescono ad attingere manovalanza da questi centri.

In alcuni casi queste sacche di illegalità si ritrovano a stretto contatto con i percorsi legali di accoglienza dei migranti. Il caso emblematico è quello di Borgo Mezzanone, dove una rete metallica, poche decine di metri ed i blindati dell'Esercito separano il centro di accoglienza per richiedenti asilo dalla Pista: uno scalo aereo utilizzato durante la Seconda guerra mondiale ed abbandonato da decenni, ove è sorto un insediamento abitato da diverse centinaia di migranti.

La vicinanza fisica dell'insediamento con il centro richiedenti asilo ha generato un sistema di vasi comunicanti tra legalità ed illegalità. Le lungaggini dei procedimenti amministrativi e i fallimenti della burocrazia, uniti alla difficoltà delle istituzioni di garantire condizioni di vita accettabili all'interno del centro, inducono alcuni richiedenti asilo a fare il salto dall'altra parte della barricata, fuggendo in un sistema di illegalità dal quale sarà difficile tornare indietro. Al contrario, l'illegalità che si sviluppa sulla

Pista riesce a contagiare gli abitanti del centro che, ristretti in una condizione di difficoltà, sono sensibili alle sirene dello sballo che può assumere le forme dell'alcol, della droga e del sesso: trasgressioni che si possono facilmente trovare sulla Pista e che favoriscono il moltiplicarsi degli episodi di violenza. Le difficoltà investigative e le condizioni abitative dei braccianti, però, costituiscono solo una parte del problema. Se il fenomeno del caporalato in provincia di Foggia ha assunto questa portata è anche per le mancate reazioni della collettività. Nella lotta alla criminalità organizzata gli inquirenti della provincia di Foggia registrano quotidianamente nella popolazione un clima di impenetrabile omertà e reticenza. Nei percorsi di contrasto al caporalato la reazione sociale che più spaventa è l'assuefazione dei più.

Questa è la terra dove Giuseppe di Vittorio, nei primi anni del Novecento, iniziava la sua lunga attività sindacale. In queste stesse campagne il sindacalista cerignolano portava all'attenzione della collettività le condizioni di sfruttamento cui erano costretti a sottostare migliaia di braccianti agricoli di Capitanata.

A distanza di più di un secolo, la reazione della popolazione a tale tipo di denuncia non appare molto diversa, anzi...

Molti datori di lavoro ritengono normale, fisiologico, per alcuni versi liberale fronteggiare l'abbattimento dei prezzi a cui viene acquistata la loro produzione agricola attraverso un gioco al ribasso, che coinvolge il salario dei lavoratori e le condizioni dei braccianti. Gli stessi braccianti in alcuni casi sembrano essere sommessamente riconoscenti a chi offre loro l'opportunità di lavorare, anche senza dar loro la dignità del lavoro. Il lavoro, immaginato dai padri costituenti come viatico per la libertà dell'individuo, nelle campagne foggiane viene spesso barattato con lo stesso status di uomo libero.

Il tessuto sociale è permeato da storie distanti solo poche generazioni che attraverso il ricordo dei nostri nonni si sono tramandate fino ai giorni nostri. Quelle storie raccontano di lavoratori sfruttati nei campi, orgogliosi di aver sofferto, sudato, sgobbato,

per garantire un futuro migliore alle successive generazioni. Probabilmente la normalità con cui la collettività guarda al fenomeno del caporalato si spiega anche attraverso la storia di questo territorio. Nell'immaginario collettivo lavorare nei campi è, di per sé, sinonimo di sfruttamento. Ogni tutela, ogni garanzia, ogni riconoscimento economico sono concessioni del proprietario terriero e non diritti acquisiti.

Più in generale, è possibile affermare che si nota nella società una diffusa incapacità di percepire il disvalore del fenomeno del caporalato.

È per questa ragione che la lotta al caporalato diventa un'opportunità per la provincia di Foggia. L'opportunità di emanciparsi dall'idea che il lavoro si ha per concessione e che i lavoratori, anche se sfruttati, devono essere riconoscenti perché quel poco che viene dato loro è di più del niente che avevano. ●



NOTIZIE DALLE COMMISSIONI DI STUDI DEL CDC



STATO DEI LAVORI DELLA COMMISSIONE SUI CARICHI ESIGIBILI

Alessandra Salvadori

Membro del CDC ANM, Presidente della Commissione Carichi di lavoro

ABSTRACT

L'articolo propone una sintesi dell'attività svolta dalla commissione ANM che ha predisposto la proposta sui carichi di lavoro dei magistrati italiani, approvata all'unanimità dei votanti dal CDC il 19.11.2017. L'autore, presidente della relativa commissione, offre una panoramica delle ragioni, solo succintamente accennate nel documento finale, che nel corso della prima fase dei lavori hanno imposto di scartare la semplicistica idea di un'indicazione numerica nazionale distinta per funzioni e di scegliere una soluzione articolata volta a determinare, attraverso il coordinamento dei due estremi normativamente disciplinati di carico esigibile ex art.37 e di standard di rendimento, una fascia di produttività sostenibile. Quindi riporta le difficoltà, insorte nella seconda fase, che hanno sinora impedito di ottenere dati omogenei realmente significativi, nonché le ulteriori riflessioni e analisi compiute, in esito alle quali giunge a riaffermare la piena validità dell'opzione prescelta dall'ANM.

1. PREMESSA

Da oltre un decennio si susseguono numerose sollecitazioni, provenienti sia dalla politica sia dalla magistratura, volte a fissare parametri di misurazione dell'attività giudiziaria.

La commissione carichi di lavoro dell'ANM è stata istituita con l'obiettivo di formulare una proposta metodologica per l'individuazione dei carichi di lavoro dei magistrati italiani.

Il 19.11.2016 il Comitato Direttivo Centrale dell'ANM ha interamente recepito il documento predisposto dalla commissione.

I contenuti della soluzione sono compiutamente illustrati nel documento approvato dall'ANM e presente sul sito dell'ANM.

Questo intervento mira a dare atto delle ulteriori riflessioni, dei nuovi approdi e delle difficoltà

incontrate nel corso dell'avanzamento dei lavori di commissione, dopo aver fatto chiarezza sulle ragioni, ampiamente discusse, ma solo succintamente indicate nel documento finale, poste a fondamento della scelta unanime compiuta dall'ANM di accantonare la semplicistica idea di una indicazione numerica nazionale fondata sulla media di produttività per funzioni.

2. LE RAGIONI DI UNA SCELTA ARTICOLATA

2.1 GLI OBIETTIVI

I magistrati sono gli unici lavoratori dipendenti a non avere né un livello di prestazione, né un orario di lavoro determinati. Questa assoluta peculiarità rappresenta uno dei principali riconoscimenti dell'importanza e della specificità della funzione

giurisdizionale. Le ragioni e gli obiettivi di chi dall'esterno preme affinché si pongano paletti a questa amplissima libertà sono facilmente intuibili. La richiesta rientra nella generale convinzione che siamo dei privilegiati, che lavoriamo poco, senza orari, senza controllo e che, in fin dei conti, la colpa dei mali della giustizia sia prevalentemente nostra. Per costringerci a lavorare e a produrre di più, sono stati pensati gli standard di rendimento, qualche anno fa un Ministro invocava i "tornelli", da ultimo ci sono state ridotte le ferie.

Non altrettanto evidente che gli stessi magistrati invocano l'imposizione di vincoli numerici che limitino la loro autonoma possibilità di gestione. Perché qualcuno, a cui è normativamente consentito decidere se andare o non andare in ufficio e stabilire cosa e *quanto* scrivere, vuole che gli vengano precluse alcune di queste sue facoltà? La domanda sembra non avere risposta. Eppure la ragione è nota a chiunque frequenti un ufficio giudiziario. Negli ultimi decenni, è sempre più aumentato il divario tra la richiesta di giustizia e le risorse disponibili; l'intera società riserva una sempre maggiore attenzione ai tempi e ai profili aziendalistici; si sono ripetuti gli attacchi, a volte strumentali, da parte di alcune forze politiche.

Se come magistrato devo *solo* garantire la funzionalità del mio ufficio, di fronte ad un flusso in entrata superiore, dovrò accrescere il mio impegno e se, nonostante ogni mio sforzo, l'arretrato e i tempi di trattazione aumenteranno mi sarà impossibile dimostrare di aver fatto tutto quanto era nelle mie capacità; verrò attaccato per aver lavorato troppo poco; mi sentirò costantemente *in colpa* e sotto *stress*. Tutto ciò ha portato a un aumento insostenibile dei ritmi e della mole di lavoro *smaltito* (la terminologia tradisce il modificato approccio) dai magistrati italiani.

L'istanza di autolimitarsi esprime l'esigenza di invertire la rotta e di opporsi ad una deriva produttivistica che ha portato a sacrificare sull'altare della produttività e della velocità, non solo la propria vita personale, ma anche la qualità della risposta giudiziaria.

L'idea del tetto massimo –copiata ai giudici del

TAR- dovrebbe, quindi, servire a rasserenare i magistrati e a garantire, nel preminente interesse dell'utenza, una migliore organizzazione e la qualità della risposta giudiziaria.

2.2 SOLUZIONI SEMPLIFICATE ED EFFETTI COLLATERALI

La complessità del lavoro –o meglio dei *lavori*– dei magistrati ordinari non è però minimamente comparabile alla situazione dei giudici del TAR (che si occupano solo di processi amministrativi pressoché privi di istruttoria e che hanno fissato le quote per garantire una equa ripartizione delle assegnazioni). L'attività giudiziaria ordinaria ha un numero impressionante di varianti: non solo le funzioni (giudicante, requirente, penale, civile, sorveglianza, minori, etc.) e le materie, ma anche la consistenza dei ruoli, il livello di specializzazione e di organizzazione degli uffici, il *turn over*, il tasso di criminalità del territorio, solo per citarne alcune.

Per fissare quote nazionali di produttività attraverso un procedimento centralizzato si dovrebbe fare ricorso a un modello statistico astratto talmente semplificato che non potrebbe che produrre un limite completamente avulso dalla realtà. Quel numero o quel range unico sul territorio nazionale andrebbe individuato attraverso il calcolo di una media (o mediana) delle prestazioni di tutti i magistrati addetti a un certo settore. Un simile risultato necessariamente *intermedio* sarebbe, rispetto alla produttività pregressa, ovviamente *superiore* per alcuni magistrati (tendenzialmente per quelli che prestano servizio nelle realtà più difficili). Inevitabile, quindi, per chi si trovava al sotto della media statistica un aumento di produttività per rispettare quel parametro nazionale, che altri (quelli i cui valori erano al di sopra) raggiungeranno senza alcuno sforzo. A seguito di un'approssimazione statistica attuata su un campione troppo ampio e variegato si finirebbe inevitabilmente con il trattare in modo identico situazioni profondamente diverse. Lo scopo dichiarato di 'proteggere' i magistrati da richieste eccessive, di rasserenare i colleghi che lavorano troppo e di garantire adeguata qualità

della risposta giudiziaria fallirebbe miseramente. L'unica alternativa per stabilire un tetto massimo *difensivo* con un simile metodo sarebbe quella di posizionarsi ben al di sotto della media della produttività nazionale. Ma un simile limite quantitativo determinato in difetto si risolverebbe non solo in un trattamento di ingiustificato favore per chi sarebbe in grado di produrre molto di più, ma produrrebbe anch'esso inevitabili, gravi effetti distorsivi.

Innanzitutto, un limite al ribasso sarebbe prevedibilmente superato dalla maggior parte dei magistrati, i quali, seppur raggiunto, non "faranno cadere la penna", continuando a lavorare con coscienza. Ecco che un numero nazionale stabilito sotto la media, sistematicamente violato da una buona parte dei magistrati italiani, offrirebbe una formidabile occasione per sostenere che la magistratura si è data obiettivi eccessivamente bassi per poter lavorare poco.

Prevedibile che chi già pensava di doverci far lavorare di più -non potendo ulteriormente ridurci le ferie- possa così agevolmente giustificare il proprio intervento nell'indicazione di quote di produttività diverse (e più alte).

E una volta che la stessa magistratura abbia rinnegato le sue specificità, accettando un calcolo statistico centralizzato, che riduce a unità una realtà infinitamente complessa, non sarebbe facile opporre argomenti per impedire al legislatore di sostituirsi all'organo di autogoverno e stabilire, con analoghi approssimativi e non garantiti metodi statistici, quanto i magistrati devono produrre.

L'ipotesi non è di scuola. Recentemente Trump ha indicato le quote per i giudici statunitensi che si occupano delle cause di immigrazione; gli standard di rendimento ai fini della positiva valutazione di professionalità sono in attesa di essere stabiliti dal 2006.

Il numero nazionale eterodeterminato ci priverebbe della nostra autonomia organizzativa e, al contempo, essendo destinato inesorabilmente ad aumentare ben al di sopra del carico esigibile per buona parte dei magistrati italiani, non potrebbe che aggravare la caduta dei livelli qualitativi.

Inoltre, l'individuazione del solo limite massimo quale discriminante unico, inevitabilmente induce (come sta attualmente accadendo con i programmi ex art.37) a sovrapporre il massimo esigibile al minimo pretendibile, con il paradosso che la pretesa estrema in termini quantitativi, oltre la quale il lavoro del magistrato diviene insostenibile e la qualità della prestazione non viene garantita, finisce con l'essere la norma.

Infine, a differenza dei giudici amministrativi, il vero carico di lavoro è determinato per ciascuno non solo e non tanto dal numero di definizioni, quanto piuttosto dalle cause sul ruolo. Nessun limite quantitativo può essere ragionevole se non tiene conto del ruolo e delle modalità di selezione degli affari e, quindi, delle priorità.

L'attenzione va tenuta costantemente rivolta (oltre al come) non solo a quanto si definisce, ma anche a quello che si fa e a cosa non viene trattato. In assenza di criteri predeterminati che indichino cosa deve restare indietro, si rischia la casualità, la scelta di quanto è di più rapida soluzione o, peggio, l'arbitrio.

2.3. EVITARE EFFETTI PARADOSSO

Tutti i passaggi individuati dall'ANM per la determinazione dei carichi di lavoro sono stati specificatamente pensati al fine di perseguire gli obiettivi sopra declinati escludendo ogni effetto collaterale. Il metodo proposto mira a escludere il rischio che, per una eterogenesi dei fini, la fissazione di parametri numerici si risolva in una pesante ingerenza sull'autonomia e indipendenza della magistratura, con prevedibili aumenti dei livelli di produttività richiesti e conseguenti ricadute sulla qualità del servizio.

Il metodo previsto nella proposta ANM attraverso un articolato meccanismo di confronto dei dati ricavabili dai programmi di gestione, è idoneo a garantire una adeguata omogeneità sul territorio nazionale tra situazioni analoghe evitando sperequazioni ingiustificate.

Solo la modalità partecipata ha il pregio di consentire un perfetto adeguamento alle peculiari situazioni concrete, comportando soluzioni su misura per ciascuna variegata realtà; di tenere

conto dell'ordine di priorità nella trattazione dei procedimenti; di ribadire la imprescindibile necessità del coinvolgimento dei magistrati e dell'organo di autogoverno nella determinazione di un qualsiasi parametro quantitativo.

In aggiunta, il previsto margine di variabilità del 15% rispetto alla produttività pregressa offre un importante strumento in grado di disinnescare pericolosi automatismi laddove –come previsto nella proposta ANM– i valori dei carichi esigibili e degli standard di rendimento vengano stabiliti attraverso un metodo di calcolo unitario che delimiti una fascia di produttività ragionevole.

In tal modo massimo, medio e minimo non finiscono con il coincidere, ma, pur coerenti tra loro, conservano una loro autonomia.

3. LAVORI IN CORSO

Completata la prima parte del suo mandato, la commissione ha cercato di affinare il metodo proposto.

Fin da subito è risultata chiara l'impossibilità di procedere a misurare, con gli strumenti usuali di *definiti* e *durata*, la produttività di alcuni settori (tra i tanti: volontaria giurisdizione, esecuzione, fallimenti, minori, gip), nonché di considerare in modo indistinto tutto il contenzioso ordinario (i rendimenti profondamente diversi tra le sezioni civili specializzate documentano la diversa incidenza di materie diverse sulla capacità di smaltimento di ciascuno: 180 sentenze sono sostenibili alla sezione famiglia o per le citazioni dirette, insopportabili alla sezione imprese o per l'Assise; difficilissimo valutare il carico per ruoli promiscui). Ci si è cimentati, dunque, in una prima elaborazione di criteri di pesatura dei procedimenti mediante *coefficienti di equivalenza* idonei a omogeneizzare realtà profondamente diverse. Sono anche stati individuati tutta una serie di correttivi, quali la consistenza e la vetustà del ruolo.

Non è stato ancora possibile calcolare alcun carico esigibile poiché i *format* dei programmi di gestione attuali, non ancora previsti per tutta una serie di attività, non consentono l'acquisizione di

dati comparabili neppure per il contenzioso civile ordinario. La possibilità di scelta (conseguente alla non costante corrispondenza tra sezioni SICID e sezioni tabellari e alle differenze organizzative esistenti) lasciata agli uffici di fornire il dato alternativamente per ufficio, sezione o materia, così come l'equivoco sul termine *definiti*, ha comportato indicazioni talmente variegate (alcuni uffici hanno indicato esclusivamente le sentenze, mentre altri hanno considerato ogni tipo di definizione), da rendere impossibile ogni seria comparazione.

I lavori sono proseguiti, quindi, attraverso mirate interlocuzioni tra i membri componenti del CDC e le strutture del CSM che trattano la materia. La IV Commissione ha accolto le istanze dell'ANM di evitare un'indicazione degli standard di rendimento per alcuni settori secondo un metodo statistico astratto. La VII Commissione del CSM ha mostrato ampia disponibilità a trasmettere i nuovi dati degli ultimi programmi di gestione non appena saranno approvati. Alla stessa è stata anche rappresentata l'esigenza di tenere conto, nella predisposizione dei prossimi *format* ex art.37, della possibilità di ricavare dati comparabili, nonché di valutare la estensione della raccolta di dati con metodologia analoga anche al settore penale.

Particolarmente proficuo è stato il recente incontro con la STO nel corso del quale è emersa l'idea di ricavare dati validi per il settore penale dai protocolli tra uffici sui criteri di priorità.

Dopo qualche infruttoso tentativo, invece, è stata abbandonata l'idea di procedere mediante una campionatura e quella di reperire in altro modo dati numerici da sottoporre a trattamento e confronto. Del resto, un rilevamento autonomo da parte dell'ANM sarebbe comunque carente di tutte quelle caratteristiche fondamentali che (fortunatamente) rendono insostituibile il ruolo dell'organo di autogoverno nella determinazione di qualsiasi parametro numerico riguardante la produttività dei magistrati italiani.

Il lavoro è ancora lungo, non agevole ed è tuttora in corso, ma chi meglio di un magistrato può capire che a volte non si può semplicemente smaltire e che per svolgere bene un compito servono... impegno, riflessione e tempo? ●



NOVITÀ



DA ECCEZIONE A REGOLA: LA PARABOLA DELLE INTERCETTAZIONI MEDIANTE CAPTATORE INFORMATICO DALLE SEZ. UN. SCURATO ALLA RIFORMA ORLANDO

Enrico Giacomo Infante

Sostituto Procuratore Foggia

ABSTRACT

Ben poco sopravvive, dopo il d. lgs. 216 del 2017, della sistemazione che le Sez. un. Cass, con la sent. 28 aprile 2016, n. 26889, Scurato, avevano impresso alla questione dei limiti di utilizzo dei software detti captatori informatici. Ciò che nel disegno del Supremo Collegio costituiva un'eccezione limitata alla categoria dei reati di criminalità organizzata, è ora disciplinato come un mezzo di ricerca della prova esperibile per tutti i reati per i quali possono essere disposte le intercettazioni. Uno strumento ordinario, sia pure inquadrato in uno specifico sottosistema.

Oltre alla ratio di tutela della riservatezza delle private dimore, un'altra ratio presiede all'intervento legislativo in esame: quella di chiarire la generale utilizzabilità delle intercettazioni ambientali mediante captatori informatici su dispositivi mobili con riferimento a tutte le tipologie di reato per cui sono esperibili le captazioni.

Prima di analizzare le caratteristiche del

sottosistema, è fondamentale rivolgere l'attenzione al trait d'union tra la sentenza delle Sez. Un. Scurato e la disciplina del d. lgs. Si rilevano i seguenti punti in comune: a) esse prendono in considerazione esclusivamente una delle potenzialità investigative che i software-spia assicurano, quella che dà luogo ad un'intercettazione tra presenti; b) esse si occupano soltanto delle intercettazioni ambientali mediante agente intrusore infiltrato su un dispositivo elettronico mobile, e tacciono del tutto sul captatore informativo installato su un dispositivo fisso.

La prospettiva in cui si è mosso il Legislatore permette di trarre significative indicazioni sulla sua volontà di non estendere a tutti gli utilizzi dei captatori informatici le peculiari garanzie e limitazioni introdotte con il testo normativo in commento. Il senso della perimetrazione della materia disciplinata dal d.lgs. 216 del 2017 è il seguente: tutte le potenzialità captative dei programmi informatici riconducibili alla categoria degli agenti intrusori sono soggette alla disciplina

comune, ad eccezione di quelle che danno luogo ad intercettazioni tra presenti per il tramite di un dispositivo elettronico portatile, per le quali è comunque apprestato un sottosistema che non limita più dette intercettazioni ai casi in cui si investighi sulla criminalità organizzata.

Il d.lgs.216 del 2017 non disciplina gli agenti intrusori che non danno luogo ad intercettazioni ambientali e i captatori informatici installati su dispositivo elettronico fisso. Tali altre captazioni sono suscumbili nella categoria delle intercettazioni telematiche ex art.266 bis c.p.p.

Le principali caratteristiche del sottosistema delineato dal d.lgs.216 del 2017 sono le seguenti: vi è un obbligo di motivazione rafforzata con la predeterminazione dei tempi e dei luoghi delle intercettazioni; il pubblico ministero potrà disporre direttamente tale tipologia di intercettazioni limitatamente al fatto che si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater; le intercettazioni così ottenute potranno essere utilizzate ai fini probatori per i reati oggetto del provvedimento autorizzativo e potranno essere utilizzate in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento di uno dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza. Dette previsioni legislative rendono più rigorosa la disciplina del sottosistema rispetto alla regolamentazione generale delle captazioni e in molti casi si rivelano defatigatorie. Alcune di esse danno luogo a fondate doglianze in punto di ragionevolezza.

Soltanto due articoli del d. lgs.216 del 2017 sono già entrati in vigore, tra cui il suo art.6, che concerne il "cuore" della tematica, poiché disciplina l'utilizzazione dell'agente intrusore su dispositivo elettronico mobile ai fini di realizzare intercettazioni tra presenti nei procedimenti per delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Per le indagini relative a dette ipotesi di reato è approntata una disciplina ad hoc, volta a rendere più agevole e spedito l'uso di tale penetrante strumento investigativo. Lo strumento prescelto

risiede nello stabilire l'applicazione, da parte dell'art.6 comma d. lgs.216 del 2017, nel caso di procedimenti per i più gravi delitti dei p.u. contro la P.A. dell'art.13 del decreto legge 152 del 1991, come convertito dalla l.203 del 1991.

Ne deriva che oggi, nell'ambito delle indagini sui delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni: a) si possono disporre intercettazioni laddove ricorra non già lo standard probatorio dei gravi indizi di reati ma quello più lasco dei sufficienti indizi di reato; b) la durata delle operazioni non incontra il tetto massimo dei 15 giorni ma quello dei 40 giorni; c) le successive proroghe hanno una durata di 20 giorni e non di 15 come nella disciplina comune; d) in caso di urgenza le proroghe possono essere disposte pure dal PM e non esclusivamente dal GIP; e) le intercettazioni tra presenti non incontrano il limite delle abitazioni e degli altri luoghi di privata dimora.

Il Legislatore del 2017 non ha però in toto rinviato alla disciplina approntata dall'art.13 d.l.152 del 1991; infatti il secondo comma dell'art.6 d. lgs.216 del 2017 prevede che "l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa".

Se non è mancato chi ha inteso la norma dettata dall'art.6 comma 2 d.lgs.216 del 2017 come coincidente con la generale regola di cui all'art.266 comma 2 c.p.p., bisogna osservare che le due formulazioni linguistiche sono diverse, il che suggerisce di non attribuirvi lo stesso significato. L'art.6 comma 2 d.lgs.216 del 2017 esclude le ambientali che esso regola quando non vi è motivo di ritenere che nei detti luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa, il che significa che le vieta quando vi è la prova positiva che nei luoghi di privata dimora non si stia consumando il reato.

Il simmetrico negativo della situazione in cui si ha la prova che in un'abitazione non si stia svolgendo un'attività criminosa è quella in cui vi sia incertezza

che un crimine si stia ivi perfezionando. È per lo meno legittima l'interpretazione per cui le captazioni in questione sono ammissibili qualora vi sia il dubbio che si stia svolgendo l'attività criminosa in un luogo di privata dimora.

In conclusione, dall'art.6 del decreto in esame paiono potersi desumere le due seguenti norme nel caso di sufficienti indizi per i più gravi delitti dei p.u. contro la P.A.: a) si possono disporre tutte le forme di intercettazioni, anche nei luoghi di privata dimora ex art.614 c.p., ad eccezione delle ambientali mediante agente intrusore su dispositivo elettronico portatile; b) limitatamente a tale ultima forma di captazione, le intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora ex art.614 c.p. possono disporsi se vi è per lo meno il dubbio che in tali luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa.

1. CIÒ CHE È VIVO E CIÒ CHE È MORTO NELLA DECISIONE DELLE SEZ. UN. 28 APRILE 2016, N.26889.

Ben poco sopravvive, dopo la c.d. riforma Orlando (d. lgs.216 del 2017), della sistemazione che le Sez. un. Cass, con la sent. 28 aprile 2016, dep. 1 luglio 2016, n. 26889, imp. Scurato, avevano impresso alla questione dei limiti di utilizzo dei programmi informatici detti *trojan horse* o agenti intrusori o captatori informatici. Ciò che nel disegno del Supremo Collegio era un'eccezione limitata ad una particolare categoria di reati, è ora disciplinato come un mezzo di ricerca della prova esperibile per tutti i reati per i quali possono essere disposte le intercettazioni. Non più *rara avis*, ma uno strumento investigativo ordinario, sia pure inquadrato in uno specifico sottosistema.

In via preliminare è però indispensabile un'esatta perimetrazione del concetto in questione. Con i termini *trojan horse* o agenti intrusori o captatori informatici si indicano quei variegati programmi informatici – composti da un modulo (*server*) che si installa sul dispositivo-bersaglio e da un secondo modulo (*client*) che controlla detto dispositivo – i quali si insinuano in maniera occulta (tipicamente

tramite l'invio di una *mail*, *sms* o l'applicazione di un aggiornamento) in un *computer*, *smart phone*, *tablet* e che, all'insaputa dell'utilizzatore, permettono l'acquisizione delle informazioni che transitano sui dispositivi-bersaglio (cfr. D'ANGELO, *La nuova disciplina delle intercettazioni dopo il d.lgs.216/2017*, Maggioli, 2018, p.142).

Alcuni di detti *software* consentono pure di utilizzare la *res* elettronica "infettata" attivandovi la c.d. funzione microfono e convertendo pertanto il dispositivo-bersaglio in una sorta di microspia atta a captare le conversazioni che si svolgeranno nel suo raggio di azione. In altri termini, il captatore informatico permette di utilizzare il computer o lo *smart phone* su cui esso è installato in modo che si dia luogo a quelle che, nella prassi, vengono definite intercettazioni ambientali, e che, nella *littera legis* codicistica, sono appellate come intercettazioni tra presenti.

Proprio tale possibilità aveva indotto talune voci ad avanzare dubbi sulla possibilità di esperire – a legislazione invariata - detta tipologia di captazioni. E tanto nel timore che l'uso di tali *software*-spia, tutte le volte in cui il computer infettato fosse situato in un domicilio o privata dimora ai sensi dell'art.614 c.p., si traducesse nell'elusione dei limiti che l'art.266 c.p.p. appresta alle intercettazioni c.d. ambientali. Queste, come noto, nelle abitazioni private - e negli altri luoghi di privata dimora ai sensi dell'art.614 c.p. - possono avvenire soltanto se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa. Tale limitazione non ricorre per i delitti di criminalità organizzata in virtù della deroga di cui all'art.13 d.l. 152 del 1991, convertito con l.203 del 1991.

È noto che, nella decisione sopra richiamata, le Sezioni unite della Corte di Cassazione hanno tentato di fugare dette perplessità. Esse, in linea generale, hanno escluso che possa essere utilizzato il captatore informatico su dispositivo mobile e ciò proprio perché, se il ricorso a detto strumento fosse consentito, non si riuscirebbe ad assicurare il rispetto dell'art.266 comma 2 c.p.p. in ordine alla tutela dei luoghi di privata dimora (sul nucleo

motivazionale di detta decisione cfr. A. CAMON, *Cavalli di Troia in Cassazione*, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2017, p.76; A. BALSAMO, *Le intercettazioni mediante virus informatico tra processo penale italiano e Corte europea*, in *Cass. pen.* 2016, p.2274; BARROCU, *Il captatore informatico: un virus per tutte le stagioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p.379; LASAGNI, *L'uso di captatori informatici nelle intercettazioni "fra presenti"*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7.10.2016, p.9; NOCERINO, *Le Sezioni unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2016, p.3565). Né il Supremo Collegio condivide la soluzione, prospettata in alcune decisioni di merito, di sopperire in via successiva dichiarando l'inutilizzabilità di eventuali registrazioni effettuate - in violazione dell'art. 14 Cost. - all'interno della privata dimora. La funzione di questa invalidità processuale, infatti sarebbe, secondo le Sezioni unite, quella di rimediare occasionalmente a vizi che inficiano il materiale probatorio in astratto utilizzabile, e non invece di impedire l'ingresso nel processo di prove formate *contra legem* sin dalle origini.

Tale sanzione in ogni caso, concludono i giudici di legittimità, collocandosi in una fase successiva al deposito delle trascrizioni, non potrebbe comunque costituire una barriera efficace contro la possibile divulgazione dei contenuti delle conversazioni captate.

Di contro, il Supremo Collegio riteneva che le intercettazioni ambientali mediante captatore informatico su dispositivo mobile potessero senz'altro disporsi per tutti i delitti di criminalità organizzata, e tanto in virtù della deroga all'art.266 comma 2 c.p.p. introdotta con l'art.13 del d.l. 152 del 1991. In base al precetto ivi dettato, l'intercettazione all'interno del domicilio e negli altri luoghi di privata dimora in relazione ad un delitto di criminalità organizzata è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei predetti siti si stia svolgendo l'attività criminosa. Nell'ambito di applicazione del suddetto art. 13, quindi, le intercettazioni fra presenti possono essere disposte a prescindere dal luogo in cui devono essere sviluppate, consentendo esplicitamente

allo Stato di utilizzare tutti i mezzi che la moderna tecnologia offre. La Corte rileva infatti che, per tali delitti, il Legislatore ha già operato uno specifico bilanciamento degli interessi in gioco, optando per una più pregnante limitazione della segretezza delle comunicazioni e della tutela del domicilio tenendo conto della eccezionale gravità e pericolosità delle minacce che derivano alla società ed ai singoli dalle organizzazioni criminali. Di conseguenza, in questi casi, l'indicazione del luogo non può essere considerata elemento necessario del decreto di autorizzazione delle intercettazioni, nemmeno quando queste debbano svolgersi all'interno del privato domicilio.

La Corte ha poi cura di precisare, richiamandosi a precedenti elaborati in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per criminalità organizzata (e cioè alle Sez. un. 22.3.2005, dep.11.5.2005., n.117706, su cui v. MELILLO, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, in *Cass. Pen.*, 2005, p.2916), che per criminalità organizzata deve intendersi non soltanto quella riconducibile alle fattispecie di cui all'art.407 comma 2 lett a) c.p.p. o all'art.51 comma 3 *bis* c.p.p., ma pure la figura-madre di cui all'art.416 c.p.

Breve: i *dicta* delle Sez. un. 28 aprile 2016, dep. 1 luglio 2016, n. 26889, sono riassumibili nel riconoscimento della legittimità del ricorso ai *trojan* su dispositivi elettronici *portatili* per i reati di criminalità organizzata e nel disconoscimento dell'utilizzo di tale strumento - sempre se ad essere "infettato" sia un dispositivo *mobile* - per qualsivoglia altra tipologia di reato.

Orbene, tale punto di equilibrio tra le esigenze di utilizzare i sempre più efficaci strumenti investigativi che il progresso tecnico pone a disposizione e quelle di salvaguardia della riservatezza del domicilio è stato completamente sovvertito dal Legislatore del 2017. *Laddove il giudice di legittimità imperniava la sua lettura del sistema normativo sulla generale preclusione del ricorso a tale strumento di indagine*, salvo che per i reati di cui all'art.13 d.l. 152 del 1991, l'opzione

sottesa al d. lgs.216 del 2017 è quella opposta: il captatore informativo su dispositivo elettronico mobile è utilizzabile per investigare su tutti i reati per cui è possibile disporre intercettazioni, salvo alcune peculiarità in fase procedimentale e una serie di più stringenti limiti di utilizzazione in altri procedimenti penali. Quel che era un'eccezione, nella lettura del Giudice di legittimità, è ora divenuta la regola. Per la precisione, stante le peculiarità che comunque connotano la disciplina approntata con il d. lgs.216 del 2017, si è in presenza non dell'integrale richiamo alla normativa generale in tema di captazioni di conversazioni o comunicazioni, ma all'edificazione di un sottosistema il quale, comunque, è costruito sulla falsariga della disciplina comune in tema di intercettazioni e, soprattutto, da questa mutua il postulato fondamentale per cui può darsi luogo ad intercettazioni tra presenti mediante captatore informatico su dispositivo elettronico per tutti i reati per cui sono consentite in generali le captazioni e non già solo per quelli di criminalità organizzata.

Prima, però, di accentrare l'attenzione sulle caratteristiche del sottosistema delineato dal d. lgs.216 del 2017, è il caso di rivolgere l'attenzione al *trait d'union* tra la sentenza delle Sez. Un. Scurato e la disciplina approntata dal predetto testo normativo. Per la precisione, si rilevano i seguenti punti in comune tra la decisione del giudice di legittimità e la regolamentazione adottata dal Legislatore: a) esse prendono in considerazione esclusivamente una delle potenzialità investigative che i *software*-spia assicurano, quella che dà luogo ad un'intercettazione tra presenti; b) esse si occupano soltanto delle intercettazioni ambientali mediante agente intrusore infiltrato su un dispositivo elettronico *portatile*, e tacciono del tutto sul captatore informativo installato su un dispositivo *fisso* (evidenziano tale limitatezza dell'oggetto delle riflessioni delle Sez. un. 28 aprile 2016, dep. 1 luglio 2016, n. 26889 e della materia regolamentata dal d. lgs.216 del 2017, GRIFFO, *Una proposta costituzionalmente orientata per arginare lo strapotere del captatore. Dalla sentenza Scurato alla riforma Orlando*, in www.penalecontemporaneo.it,

6.2.2018, p.32 e p.41; PARODI, *Il captatore informatico "entra" nel sistema codicistico: un male necessario?*, in www.ilpenalista.it, 22.1.2018, p.2; PRETTI, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in www.penalecontemporaneo.it, 29.1.2018, p.216).

La ristrettezza della materia disciplinata con il d. lgs.216 del 2017, che coincide con la problematica presa in considerazione dalle Sez. un. 28 aprile 2016, dep. 1 luglio 2016, n. 26889, e cioè quella del *trojan* su dispositivo *mobile* che viene utilizzato per realizzare intercettazioni tra presenti, ha fatto sì che taluni commentatori tacciassero di "occasione persa" la riforma Orlando (per tale giudizio v. CASCINI, *Se telefonando...*, in www.questionegiustizia.it, 7.5.2018, p.3), non avendo essa avuto cura di disciplinare tutte le altre possibilità di captazioni di dati che transitano sui dispositivi elettronici quali *tablet* o *smartphone*. Peraltro, uno sguardo meno cursorio su tale tematica permette di giungere, forse, a conclusioni in parte diverse, nel senso che l'angusta prospettiva in cui si è mosso il Legislatore delegato - peraltro in ciò vincolato dalla legge-delega e precisamente dall'art.84 lett e) l.103 del 2017 (come rilevato da GRIFFO, *Una proposta*, cit., p.38 e p.41) - permette di trarre significative indicazioni sulla volontà del nomoteta di non estendere a tutti gli utilizzi dei *trojan horse* le peculiari garanzie (quanto a oneri motivazionali, interventi di urgenza, ecc...) e limitazioni (in ordine all'utilizzabilità in altri procedimenti penali) introdotte con il testo normativo in commento. Il senso della minuta perimetrazione della materia disciplinata dal d.lgs.216 del 2017 pare, invero, essere il seguente: *tutte le potenzialità captative dei programmi informatici riconducibili alla categoria degli agenti intrusori sono soggette alla disciplina comune, ad eccezione di quelle che danno luogo ad intercettazioni tra presenti per il tramite di un dispositivo elettronico portatile*, per le quali è comunque apprestato un sotto-sistema che non limita più dette intercettazioni ai casi in cui si investighi sulla criminalità organizzata.

In altri termini, la circostanza per cui il d.lgs.216 del 2017 si limita a disciplinare esclusivamente la

problematica affrontata da Sez. un. 28 aprile 2016 n. 26889 permette oggi di leggersi una sorta di azione di apposizione dei termini operata dal Legislatore ed intesa a distinguere tra le potenzialità investigative dei captatori informatici ritenute bisognevoli di una disciplina *ad hoc* e quelle riconducibile alla normazione comune.

2. UNA PRIMA APPOSIZIONE DEI TERMINI: IL SOTTOSISTEMA APPRONTATO DAL D.LGS.216 DEL 2017 NON CONCERNE GLI AGENTI INTRUSORI CHE NON DANNO LUOGO AD INTERCETTAZIONI AMBIENTALI. TALI ALTRE CAPTAZIONI SONO SUSSUMIBILI NELLA CATEGORIA DELLE INTERCETTAZIONI TELEMATICHE EX ART.266 BIS C.P.P.

La conversione in una sorta di microspia ambientale del dispositivo elettronico portatile che venga "infettato" da un captatore informatico è soltanto una delle potenzialità investigative che possono essere dispiegate per il tramite di tali programmi informatici. Infatti, uno strumento tecnologico di tale tipo permette lo svolgimento pure delle seguenti altre attività (v. D'ANGELO, 2018, p.143; CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, in *Cass. pen.*, 2016, p.4140):

la captazione di tutto il traffico dati (navigazione e posta elettronica) in arrivo o in partenza dal dispositivo-bersaglio;

l'utilizzazione della *webcamera* e l'invio delle immagini (detta attività si distingue dalle intercettazioni ambientali soltanto qualora tali immagini non abbiano contenuto comunicativo. Sulla complessa distinzione tra condotte comunicative e non comunicative cfr. il quadro tracciato in RIZZO, *Videoregistrazioni domiciliari e l'incerta distinzione tra condotte comunicative e non comunicative*, in *Cass. pen.*, 2017, p.722);

la duplicazione dell'*hard disk* e l'invio di copia del contenuto del medesimo;

la decifrazione di ciò che viene digitato sulla

tastiera (*keylogging*);

la visualizzazione di ciò che appare sullo schermo (*screenshot*).

Qual è la disciplina applicabile a tali utilizzi investigativi del captatore informatico?

Essa pare riconducibile alla normativa comune in tema di intercettazioni. Dal che deriva che potrà procedersi a ricercare elementi di prova per il tramite di una di dette modalità senza incontrare alcuno dei limiti dettati dal d. lgs.216 del 2017. Potrà così ricorrersi alla visualizzazione di ciò che appare sullo schermo (*screenshot*) o alla decifrazione di ciò che viene digitato sulla tastiera (*keylogging*) o ad una delle altre potenzialità sopra indicate per tutti i reati per i quali è possibile effettuare intercettazioni, alle stesse condizioni e modalità previste in generale per le captazioni. È potrà così darsi luogo a tali usi del captatore informatico in caso di:

gravi indizi di uno dei reati di cui all'art.266 c.p.p.;
sufficienti indizi per i reati di cui all'art.13 d.l. 152 del 1991 o per i delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, in virtù del rinvio che l'art.6 del d.lgs.216 del 2017 opera verso l'art.13 d.l. 152 del 1991 (questa, a ben vedere, la sola innovazione che la riforma Orlando dedica a tali potenzialità investigative dell'agente intrusore);

gravi indizi per i reati commessi mediante le tecnologie informatiche o telematiche ai sensi dell'art.266 bis c.p.p.

A tale ultimo proposito, si evidenzia come gli utilizzi in questione dei *software-trojan* appaiono riconducibili alla categoria delle intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche e, dunque, alla materia regolamentata dall'art. 266 bis c.p.p. (così pure CAJANI, *Odissea del captatore informatico*, cit., p.4140 nonché la giurisprudenza citata *sub* nota 15 di tale scritto).

Invero, il concetto di comunicazioni informatiche o telematiche è di vastissima portata ed è atto ad includere tutti i flussi di dati, informazioni, immagini e segnali per il tramite di apparecchiature che si avvalgono, anche in parte, di tecnologie informatiche nonché di *connessione tra sistemi*

informatici e telematici (cfr. Cass. pen. VI, sent. n.3067 del 4 ottobre 1999, rv. 214945; D'ANGELO, 2018, p.351 – 354). L'utilizzo dell'agente intrusore richiede per definizione che si sia in presenza di quella connessione tra sistemi informatici che è l'essenza delle intercettazioni tra comunicazioni telematiche o informatiche di cui all'art.266 *bis* c.p.p. (merita di essere rilevato che, prima dell'entrata in vigore della riforma in commento, la giurisprudenza di legittimità era pervenuta già a simili conclusioni, avendo avuto cura di precisare che le limitazioni di cui alle Sez. un. Scurato non operano per gli utilizzi dei captatori informatici diversi da quelli che danno luogo ad intercettazioni tra presenti. Le altre potenzialità dei *trojan* sono infatti riconducibili alla disciplina ex art.266 *bis* c.p.p. e non incontrano pertanto il limite previsto dall'art.266 comma 2 c.p.p. per i luoghi di privata dimora. In tal senso cfr. Cass. sez. V, n.48370 del 20.10.2017).

Breve: i captatori informatici paiono riconducibili alla disciplina generale di cui all'art.266 *bis* c.p.p. laddove non intervenga una disciplina *ad hoc* che li sottragga a tale clausola generale. E tale regolamentazione di carattere derogatorio è stata dettata dal Legislatore, col d. lgs.216 del 2017, esclusivamente per *una* delle potenzialità investigative dell'agente intrusore: quella che dà luogo ad intercettazione ambientali mediante sua installazione su un dispositivo elettronico portatile. Al di fuori di tale evenienza, torna ad avere applicazione la disciplina di cui all'art. 266 *bis* c.p.p. A proposito delle potenzialità investigative dei captatori informatici, merita di essere evidenziato che il d. lgs.216 del 2017 non ha apportato modifica alcuna alla possibilità di captare in tutto o in parte il traffico dati (navigazione e posta elettronica) in arrivo o partenza dal dispositivo-bersaglio. Di conseguenza, le conclusioni cui era giunta la giurisprudenza di legittimità pochi anni or sono meritano di essere confermate. Come noto, la Suprema Corte aveva ritenuto che *le e-mail pervenute o inviate al destinatario e archiviate nelle cartelle della posta elettronica possono essere oggetto di*

intercettazione, trattandosi di un flusso di dati già avvenuto ed essendo irrilevante la mancanza del presupposto della loro apprensione contestualmente alla comunicazione (in tal senso v. Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2016, n.40903, rv. 268228).

In tale decisione si ha altresì cura di precisare che esulano dal materiale intercettabile le *e-mail* in bozza, non inviate al destinatario", ma conservate nell'*account* di posta (o in apposito spazio virtuale come *Dropbox* o *Google Drive*), le quali possono comunque essere acquisite per mezzo di un sequestro di dati informatici.

La *ratio* di detta decisione risiede nella considerazione per cui *non è necessaria l'attualità della comunicazione rispetto all'atto acquisitivo*, essendo sufficiente che ricorra il dato storico dell'inoltro del messaggio, anche se precedente al decreto autorizzativo. Per quanto si tratti di un argomento non pacifico in letteratura (cfr. le critiche di GIORDANO, *Dopo le Sezioni Unite sul "captatore informatico" avanzano nuove questioni, ritorna il tema della funzione di garanzia de decreto autorizzativo*, in www.penalecontemporaneo.it, 20.3.2017, p.189, alla luce di una ritenuta *proiezione al futuro* dello strumento delle intercettazioni che, al contrario dei sequestri, concernerebbe elementi di prova che non si sono ancora formati al momento in cui l'AG adotta l'auto autorizzativo), tale itinerario logico risulta compatibile con la *littera legis* degli artt.266 – 266 *bis* c.p.p., che si impernia sul concetto di comunicazione, e non richiede necessariamente la sua contestualità rispetto alla captazione, ed inoltre è funzionale rispetto alle esigenze di segretezza e di *protrazione temporale* dell'attività captativa cui dette disposizioni sono preordinate. Infine, tale modo di argomentare appare pienamente coerente con l'orientamento giurisprudenziale che reputa legittima l'acquisizione della messaggistica contenuta su un telefono cellulare con lo strumento delle intercettazioni poiché dette conversazioni, pure se non contestuali all'atto captativo, costituiscono un flusso di comunicazioni (in tal senso v. Cass. pen, Sez. III, 10 novembre 2015, n. 50452, rv. 265615; Cass. pen., Sez. IV, 8 aprile 2016,

n. 16670, rv. 266983). Breve: è verosimile che pure nel prossimo futuro il *diritto vivente* riconosca la piena legittimità dell'uso del captatore informatico per registrare il traffico dati in arrivo o in partenza dal dispositivo-bersaglio.

La riconduzione alla disciplina generale ex art.266 *bis* c.p.p. delle potenzialità del captatore informatico diverse dalle intercettazioni tra presenti mediante dispositivo elettronico mobile fa sì che ad esse non si applichi nessuna delle ulteriori limitazioni procedurali e di utilizzabilità che connotano, invece, quella che il Legislatore ha ritenuto la forma di più insidiosa di *software-spia* e che ha pertanto fatto oggetto di specifica disciplina col d.lgs. 216 del 2017. Ne consegue che detti utilizzi dell'agente intrusore non saranno soggetti alla regolamentazione prevista da tale testo normativo (di cui si darà conto nel paragrafo 4 della presente trattazione) e quindi, per essi: non vi sarà bisogno di motivazioni rafforzate; il decreto di intercettazione di urgenza potrà essere disposto pure dal PM circondariale e non esclusivamente da quello distrettuale; non opereranno il divieto di c.d. remotizzazione e gli assai stringenti limiti di utilizzabilità in altri procedimenti penali.

3. UNA SECONDA APPOSIZIONE DEI TERMINI: IL SOTTOSISTEMA APPRONTATO DAL D.LGS.216 DEL 2017 NON CONCERNE I CAPTATORI INFORMATICI INSTALLATI SU DISPOSITIVO ELETTRONICO FISSO.

L'oggetto della disciplina in analisi sono esclusivamente le intercettazioni tra presenti mediante un *software-spia* installato su un dispositivo elettronico portatile. In altri termini, *smart phone*, *tablet* e *pen drive* sono le *res* i cui flussi informativi sono stati ritenuti talmente delicati e bisognevoli di tutela rafforzata da rendere necessaria una più rigorosa disciplina. L'agente intrusore installato su un computer fisso non è disciplinato dal d.lgs. 216 del 2017, così come il suo utilizzo non era al centro della problematica

affrontata dalle Sez. un. Cass. con la sent. 28 aprile 2016, n. 26889.

Di primo acchito parrebbero non esservi problemi: la disciplina applicabile all'utilizzo del captatore informatico su computer fisso è allora quella comune dettata dagli artt.266 e 266 *bis* c.p.p., essendosi pure qui in presenza di intercettazioni di comunicazioni informatiche o telematiche. Valgono *in toto* i risultati esegetici cui si è giunti nel precedente paragrafo.

Eppure la questione è più intricata di quanto non appaia a prima vista. Invero, *problematica è la medesima individuazione di che cosa sia un computer fisso*. Sin dagli anni ottanta dallo scorso secolo pressoché tutti i *personal computer*, cioè quelli comunemente usati negli uffici o nelle abitazioni, possono essere rimossi da un luogo e trasportati in un'altra sede (sono infatti tutti beni mobili). Alla luce delle loro sole caratteristiche fisiche, stante cioè la possibilità di sganciare tastiera, *monitor* e *hard disk* tra loro e dall'alimentatore di energia elettrica e di trasportarli in un altro luogo, i *computer risulterebbero tutti portatili*, con la sola eccezione dei grossi *server* installati presso aziende, strutture militari *et similia*.

Trattasi di un esito ermeneutico paradossale e che risulta disfunzionale rispetto alle esigenze cui il Legislatore intese dare risposta con il d.lgs.216 del 2017. L'intera trama di tale testo normativo risulta infatti ispirato, *sul postulato della legittimità - di massima - delle intercettazioni mediante captatore informatico*, dalla necessità di evitare che esso comporti l'elusione delle garanzie preposte alla tutela della riservatezza domiciliare. È per evitare che un uso "a briglie sciolte" del *trojan* dia luogo ad intercettazioni nei luoghi indicati dall'art.614 c.p., e ciò pure in assenza dei più rigorosi requisiti all'uopo stabiliti dall'art.266 comma 2 c.p.p., che si è avvertita l'esigenza di una disciplina *ad hoc* per il captatore informatico. Ma detta spiccata insidiosità non è propria di tutti i *personal computer*, ma solo di quelli *agevolmente amovibili* e che è possibile trasportare facilmente con sé. Soltanto rispetto a detti *device* sarebbe plausibile immaginare che – in assenza

di una disciplina *ad hoc* – l'utilizzo degli agenti intrusori darebbe facilmente luogo a captazioni nelle abitazioni o negli altri luoghi di privata dimora. Unicamente per detti dispositivi, infatti, qualora fosse prevista un'intercettazione continuativa, e non vi fosse invece una disciplina che, come quella approntata dal d.lgs. 216 del 2017, preveda la *predeterminazione spaziale e temporale dell'attività captativa*, sarebbe impossibile assicurare il rispetto dell'art.266 comma 2 del codice penale di rito. È infatti per rendere effettivo il precetto garantistico di tale disposizione che il novellato art.267 comma 1 c.p.p. prevede che il Giudice - qualora si proceda per reati diversi da quelli di cui all'articolo 51 commi 3 *bis* e 3 *quater* c.p.p. - debba stabilire i luoghi e il tempo per cui è consentita l'attivazione del microfono (su tale *ratio* della disciplina legislativa v. PRETTI, *Prime riflessioni*, cit., p.217; D'ANGELO, 2018, p.149).

Ma detta necessità rafforzata di controllo sussiste unicamente in relazione a ciò che è facilmente amovibile e che può essere trasportato senza sforzo dalla singola persona. Ma detto rischio non si corre per un normale *personal computer* fisso, il quale usualmente viene lasciato in un dato luogo, sito rispetto al quale è agevole verificare, prima di decidere se attivare le *comuni captazioni continuative*, se trattasi di una privata dimora o meno (sull'elaborazione giurisprudenziale in ordine al relativo concetto quale limite all'esperibilità delle intercettazioni v. D'ANGELO, 2018, p.131-137, e la giurisprudenza ivi citata).

Ne deriva che, in una prospettiva teleologica, per computer portatile dovrà intendersi quello che è *facilmente amovibile* e che *può essere trasportato senza sforzo dalla singola persona*. In altri termini, occorre che si sia in presenza delle caratteristiche merceologiche che permettono di individuare e distinguere un *laptop* o *notebook* da un computer c.d. fisso: un ingombro contenuto, un peso ridotto e che - almeno durante il trasporto - tutte le principali componenti del dispositivo formino un blocco unico. Tutti gli elaboratori elettronici che non hanno dette caratteristiche risulteranno allora fuoriuscire

dalla disciplina dettata dal d. lgs.216 del 2017 e rientreranno in quella comune.

La qual cosa significa che, nel caso in cui il dispositivo-bersaglio sia un computer fisso, sotto il profilo procedimentale non si avrà bisogno di motivazioni rafforzate, il relativo decreto di intercettazione di urgenza potrà essere disposto pure dal PM circondariale, non opereranno il divieto di c.d. remotizzazione né gli assai stringenti limiti di utilizzabilità in altri procedimenti penali.

Quanto ai limiti di ammissibilità con cui si potrà fare ricorso a detto mezzo di ricerca della prova, essi sono gli usuali gravi indizi di uno dei reati di cui all'art.266 c.p.p. o di un reato commesso mediante le tecnologie informatiche o telematiche ai sensi dell'art.266 *bis* c.p.p. o i sufficienti indizi per i reati di cui all'art.13 d.l. 152 del 1991, cui devono ora aggiungersi - in virtù del rinvio che l'art.6 del d.lgs.216 del 2017 opera all'art.13 D.L. 152 del 1991 - i delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. Atalproposito, va evidenziata una novità dirompente: l'estensione della disciplina dell'art.13 d.l. 152 del 1991 anche ai più gravi reati dei p.u. contro la P.A. consente ora le intercettazioni tra presenti pure nei luoghi di privata dimora fatta eccezione di alcune limitazioni dettate dall'art.6 comma 2 d. lgs.216 del 2017 (eccezioni che analizzeremo *funditus* nel paragrafo 5), *limitazioni che però sono previste esclusivamente per il captatore informatico installato su dispositivo elettronico portatile*. Ne deriva che, qualora sussistano sufficienti indizi di un delitto dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni, *l'utilizzo dell'agente intrusore su elaboratore elettronico fisso non incontra più alcuna limitazione in ordine alle abitazioni private e agli altri luoghi di privata dimora*.

4. IL SOTTOSISTEMA DELINEATO DAL D.LGS.216 DEL 2017 E LE SUE RATIONES, TRA GARANZIE PROCEDIMENTALI E DIVIETI DI UTILIZZABILITÀ.

Terminata l'analisi dei "cippi confinari" della disciplina dettata col d. lgs.216 del 2017, si tratta ora di addentarsi nel "cuore" della citata normativa e di illustrarne i più caratterizzanti tratti, quelli che delineano il "volto" del sottosistema. In prima battuta, potrebbe ritenersi che la *ratio* dell'intervento normativo risieda esclusivamente nella necessità di evitare che un utilizzo "a maglie larghe" dei *trojan* su *smart phone, tablet, pen drive* e computer portatili possa condurre all'elusione delle peculiari garanzie di riservatezza che connotano le private dimore e, di conseguenza, dei più rigorosi requisiti per disporre le captazioni in detti ambienti.

In realtà, sia pure meno evidente, vi è un'altra *ratio* che presiede all'intervento legislativo in esame: quella di chiarire la *generale utilizzabilità delle intercettazioni ambientali mediante captatori informatici su dispositivi mobili con riferimento a tutte le tipologie di reato per cui sono esperibili le captazioni di conversazioni o comunicazioni*. Invero, il Legislatore, nel preoccuparsi di circondare di particolari garanzie le intercettazioni tra presenti che, imperniandosi su un *device* mobile, possono con facilità eludere il disposto garantista dell'art.266 comma 2 c.p.p., fornisce positiva risposta al quesito se a detto mezzo di ricerca della prova possa farsi ricorso per tutti i reati per cui possono disporsi intercettazioni. E si tratta di una risposta che non era certo scontata o pacifica, atteso che, per lo meno a livello di c.d. diritto vivente, le Sez. un. Cass, con la sent. 28 aprile 2016, n. 26889 avevano fornito soluzione negativa al quesito, limitando la possibilità di utilizzo del *software*-spia su dispositivi elettronici portatili esclusivamente ai delitti di criminalità organizzata.

In virtù della notoria *valenza persuasiva* di una pronuncia del Supremo Collegio pure in un sistema nominalmente estraneo agli ordinamenti di

common law, dopo la pluricitata decisione delle Sez. un. le intercettazioni ambientali tramite captatori informatici su dispositivi elettronici mobili avevano scarsa, se non nulla, possibilità di attecchire nella prassi procedimentale. Se questo era lo "stato dell'arte", il Legislatore delegante prima, con l'art.84 lett e) l.103 del 2017, e il Legislatore delegato poi, con il d.lgs.216 del 2017, hanno mutato radicalmente la situazione. La *voluntas legis* è ora chiara: le intercettazioni tra presenti mediante programmi informatici spia che vengono installati su dispositivi elettronici portatili costituiscono un mezzo di ricerca della prova che è nella disponibilità dell'AG per tutti i reati per cui è possibile ricorrere alle captazioni (scrive di "decisa apertura", rispetto alla sentenza delle Sez. un. Scurato, per quanto attiene al ricorso al captatore informatico per i reati comuni, GRIFFO, *Una proposta*, cit., p.40).

Con la *littera legis* del novellato art.266 comma 2 c.p.p.: "negli stessi casi è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti, *che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile*. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'art. 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa".

Ciò che era un'eccezione, nella lettura delle Sez. un. Scurato, è ora senza dubbio posta come una regola. Peraltro, e veniamo ad analizzare la seconda *ratio* ispiratrice della riforma, la disciplina codicistica delle intercettazioni è stata interpolata in più punti in modo da configurare un vero e proprio sottosistema dedicato alle captazioni tra presenti mediante agenti intrusori su dispositivi elettronici portatili. E tanto proprio al fine di assicurare l'effettività del precetto garantistico di cui all'art.266 comma 2 c.p.p. in tema di intercettazioni nelle abitazioni e negli altri luoghi di privata dimora.

Il precetto cardine di tale nuovo sottosistema è costituito dalla novellata ultima parte del comma 1 dell'art.267 c.p.p., quella per cui "il decreto che autorizza l'intercettazione tra presenti mediante inserimento di captatore informatico su dispositivo

elettronico portatile indica le ragioni che rendono necessaria tale modalità per lo svolgimento delle indagini; nonché, se si procede per delitti diversi da quelli di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono".

In primo luogo vi è un obbligo di motivazione rafforzata: oltre alle ragioni dell'indispensabilità delle intercettazioni, il GIP dovrà indicare la necessità di ricorrere al captatore informatico su dispositivo elettronico mobile per procedere ad intercettazioni tra presenti. E quindi dovrà indicare, con l'eccezione dei reati di cui agli artt.51, commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p. (inerenti i reati di criminalità organizzata e di terrorismo per i quali le abitazioni e le private dimore non godono di alcun privilegio), i luoghi e il tempo, anche indirettamente determinati, in relazione ai quali è consentita l'attivazione del microfono. Detta predeterminazione spaziale e temporale è all'evidenza funzionale al rispetto del precetto che limita le captazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora ai casi in cui vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa (convengono su detta *ratio legis* D'ANGELO, 2018, p.149; PRETTI, *Prime riflessioni*, cit., p.217).

Il rispetto di tali obblighi di motivazione rafforzata e di predeterminazione spazio-temporale degli ambiti soggetti a captazione è condizione di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni ai sensi dell'art.271 comma 1 del codice penale di rito. Peraltro, il d. lgs.216 del 2017 ha introdotto in tale disposizione un comma 1 *bis* che statuisce il seguente precetto: "non sono in ogni caso utilizzabili i dati acquisiti nel corso delle operazioni preliminari all'inserimento del captatore informatico sul dispositivo elettronico portatile e i dati acquisiti al di fuori dei limiti di tempo e di luogo indicati nel decreto autorizzativo". È di tutta evidenza che la maggiore o minore selettività dell'obbligo di previa determinazione degli ambiti spazio-temporali delle captazioni che sarà richiesta dalla futura prassi giurisprudenziale - una volta che questa si sarà assestata su direttrici

condivise - determinerà la diffusione di tale prezioso mezzo di ricerca della prova. In questa sede può solo rilevarsi che l'inciso legislativo per cui detti luoghi e tempi possono essere "anche indirettamente determinati" sta a significare che dette specificazioni non devono necessariamente indicare un sito geolocalizzato con precisione o una singola *res* identificata da un connotato caratterizzante (l'ufficio x o l'auto y), ma possono pure fare riferimento a situazioni-tipo o ad oggetti individuati soltanto nel *genus* come, "ovunque Tizio incontri X, ogni volta Caio si rechi nel locale Y o salga su un'autovettura" (in tal senso v. pure D'ANGELO, 2018, p.149).

Certo, trattasi di modalità investigative invero assorbenti ed impegnative, tanto da far concludere taluno dei primi commentatori (cfr. PARODI, *Il captatore informatico*, cit.) che si è delineata un'attività captativa che richiede sempre un *uomo* (della PG) *presente* ai fini della sua attivazione e controllo.

Le altre principali caratteristiche del sottosistema sono le seguenti:

il trasferimento dei *file* registrati dovrà essere effettuato soltanto verso il *server* della Procura e, una volta terminata la captazione, il *trojan* dovrà essere reso definitivamente inutilizzabile (art.89 commi 2 *ter* e 2 *quinqüies* disp. attuaz. c.p.p.);

potranno essere utilizzati soltanto specifici programmi informatici conformi ai requisiti tecnici fissati con decreto ministeriale (art.89 comma 2 *bis* disp. attuaz. c.p.p.);

nei casi di urgenza, il pubblico ministero potrà disporre direttamente tale tipologia di intercettazioni limitatamente al fatto che si proceda per i delitti di cui all'articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, con successiva convalida da parte del giudice entro 48 ore (art.267 comma 2 *bis* c.p.p.);

le intercettazioni così ottenute potranno essere utilizzate ai fini probatori soltanto per i reati oggetto del provvedimento autorizzativo e potranno essere utilizzate in procedimenti diversi a condizione che siano indispensabili per l'accertamento di uno dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza

(art.270 comma 1 *bis* c.p.p.).

Dette previsioni legislative rendono più rigorosa la disciplina del sottosistema rispetto alla regolamentazione generale delle captazioni e in molti casi si rivelano inutilmente defatigatorie poiché non arrecano alcun beneficio alle esigenze di riservatezza che intendono assicurare. Alcune di esse danno luogo a fondate doglianze in punto di ragionevolezza, tali da rasantare dubbi di legittimità costituzionale.

Ridondante dal punto di vista delle garanzie procedurali, nonché costituente un notevole aggravio per le esigenze di speditezza delle indagini e di concentrazione delle risorse investigative, è il divieto di remotizzazione - cioè di inoltrare di quanto intercettato dalla sala captazioni della Procura a quelle in uso alla PG procedente - posto all'art.89 comma 2 *ter* disp. attuaz. del codice penale di rito. Le forze di polizia saranno costrette a distaccare un numero considerevole di uomini presso la sala intercettazione della Procura rendendo più difficoltose le comunicazioni e lo scambio di informazioni con chi "opera sul campo" e col restante personale che si trova presso gli uffici territoriali.

Rischiosa, in termini di possibile obsolescenza degli strumenti informatici che soddisfino i *desiderata* ministeriali, è la previsione per cui potranno essere utilizzati soltanto specifici programmi informatici conformi ai requisiti tecnici fissati con decreto ministeriale, secondo la regola posta dall'art.89 comma 2 *bis* disp. attuaz. Ma, oltre all'obsolescenza, vi è altresì il rischio che - in un ipotetico per quanto improbabile futuro - un apparato ministeriale che voglia *de facto* impedire la praticabilità di tale risorsa investigativa possa semplicemente limitarsi ad indicare programmi informatici inadeguati anziché percorrere la via maestra della iniziativa legislativa con cui si proponga di vietare tale mezzo di ricerca della prova. A tal proposito, bisogna però sottolineare che la mancata adozione di programmi informatici *vidimati dal Ministero* non dà luogo all'inutilizzabilità dei risultati delle captazioni, stante il difetto di un'espressa previsione in tal senso e il principio di tassatività delle cause di

invalidità ed inutilizzabilità processuali.

Un'ulteriore conferma in tal senso è fornita dall'art.6 del d. lgs.216 del 2017, che è già entrato in vigore (al contrario del resto di tale provvedimento normativo) e che consente l'utilizzo del mezzo di ricerca della prova in esame per alcuni dei delitti dei p.u. contro la P.A. pure se il Ministero non aveva (ed invero non ha) ancora emanato le sue *specifiche tecniche* sui programmi da utilizzare. Ulteriore riprova che per il Legislatore l'utilizzo dei *software vidimati dal Ministero* non è *condicio sine qua non* dell'utilizzabilità dello strumento in esame.

Irragionevole è l'aver limitato la possibilità di esperire un decreto di intercettazione di urgenza per i soli reati di cui all'art.51 commi 3-*bis* e 3-*quater* c.p.p.

Invero non si vede la ragione per cui consentire le intercettazioni di urgenza per i reati di mafia e di terrorismo e non per altri crimini ad elevatissima lesività e suscettori di grave allarme sociale come, a mò di esempio, un assassinio, una violenza sessuale, una rapina o il compimento di atti di pedofilia.

Qui si tocca uno dei vertici di irragionevolezza della disciplina in esame (condivide il giudizio PRETTI, *Prime riflessioni*, cit., p.223. Evidenzia "criticità" nell'opzione legislativa PARODI, *Il captatore informatico "entra"*, cit.). Detta irrazionalità peraltro, risulta insindacabile dal Giudice delle leggi poiché, in assenza di norma autorizzatrice, non si svolgeranno mai intercettazioni di urgenza per i *reati comuni* e quindi non si porrà mai, in un processo, la questione della potenziale illegittimità costituzionale della norma che limita le intercettazioni di urgenza. Una vera e propria zona franca dal sindacato di legittimità costituzionale.

Vi è invece la possibilità che giunga allo scrutinio della Consulta la disposizione (art.270 comma 1 *bis* c.p.p.) che limita l'utilizzabilità dei risultati delle captazioni in esame, quanto ai reati diversi da quelli per cui fu disposta l'intercettazione, soltanto ai delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Qui il dubbio di compatibilità costituzionale risiede nell'irragionevole differenziazione dall'ipotesi generale di cui all'art.270 comma 1 c.p.p. che

consente, per le altre intercettazioni, l'utilizzazione dei relativi risultati, oltre che per i reati per cui sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, pure per gli altri reati che si contestino nel medesimo procedimento in cui furono disposte le captazioni, evenienza in cui è da ricomprendere pure il caso di derubricazione dell'originaria ipotesi criminosa (*Ex plurimis* v. Cass. pen., Sez. I, 20 febbraio 2009, n. 19852; Cass. Pen., Sez. I, 19 maggio 2010, n. 24163; Cass. pen., Sez. VI, 5 aprile 2012, n. 22276).

In definitiva, per le captazioni in esame il decreto delegato ha escluso la possibilità di utilizzare le stesse ove al termine delle indagini risulti modificato il titolo di reato in contestazione, con previsione di reati che non avrebbero consentito tale forma di intercettazione, salvo che non si sia in presenza di reati per cui è statuito come obbligatorio l'arresto in flagranza.

Una scelta potenzialmente foriera di ricadute certamente discutibili, considerando che la soluzione prospettata potrà determinare l'*inutilizzabilità, sulla base di elementi sopravvenuti, di atti perfettamente legittimi al momento della loro autorizzazione*. Invero, sul piano logico-sistematico, non sono facilmente individuabili ragioni che impongano di differenziare, sotto il profilo in oggetto, la disciplina delle intercettazioni a mezzo di captatore informatico rispetto a quelle tradizionali (così PARODI, *Il captatore informatico "entra"*, cit.). Peraltro, tra i primi commentatori della riforma vi è chi ha rilevato come non sia scontato l'esito ermeneutico dell'*inutilizzabilità* dei risultati delle captazioni in caso di derubricazione dell'ipotesi criminosa che aveva legittimato il ricorso al *trojan* su *device* portatile al fine di effettuare intercettazioni tra presenti. Si è infatti osservato (cfr. PARODI, *Il captatore informatico "entra"*, cit.) che per la Suprema Corte, qualora sia stata disposta l'acquisizione dei risultati della captazione legittima, cioè se essa è stata eseguita in uno dei casi e modi di cui agli artt.266 e s. c.p.p., se a seguito di diversa qualificazione giuridica del fatto questo sia stato riqualificato in un altro per il quale l'acquisizione non è consentita, ciò non

comporterebbe l'inutilizzabilità dei risultati delle intercettazioni, non dandosi luogo - in tale situazione - alla operatività del divieto previsto dall'art. 271, comma 1, c.p.p. per l'ipotesi di intercettazioni eseguite fuori dei casi consentiti dalla legge (cfr. Cass. pen., Sez. VI, 24 giugno 2005, n. 33751). Pertanto, si potrebbe ritenere che l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in esame non sarebbe preclusa dall'eventuale successiva derubricazione, nel processo *ad quem*, in altra imputazione per la quale non sia prevista l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza, perché si tratterebbe di condizione processuale, la cui sussistenza andrebbe accertata nel momento dell'acquisizione (Cass. pen., Sez. II, 9 giugno 2011, n. 25802). In altri termini, se l'acquisizione dei risultati delle intercettazioni tra presenti mediante *trojan* su *device* portatile è avvenuta legittimamente, cioè quando il reato per cui sono state disposte dette captazioni non era stato derubricato, ciò ne preserva l'utilizzabilità, dacché ciò che è legittimamente acquisito è utilizzabile (così, in termini peraltro dubitativi, PARODI, *Il captatore informatico "entra"*, cit.).

Il percorso ermeneutico appena esposto ha l'indubbio vantaggio di ridurre al minimo – stante il tenore letterale della disposizione – i dubbi sulla ragionevolezza della disciplina in commento.

5. LA PECULIARE DISCIPLINA DETTATA PER I DELITTI DEI P.U. CONTRO LA P.A.: IN DUBIO, SULLO SVOLGIMENTO DELL'ATTIVITÀ CRIMINOSA NEI LUOGHI DI PRIVATA DIMORA, PRO INTERCETTAZIONE?

La gran parte delle disposizioni del d. lgs.216 del 2017 sono destinate ad entrare in vigore a fine luglio 2018, stante la prorogata *vacatio legis* stabilita dall'art.1 del testo normativo, il quale prevede che: "le disposizioni di cui agli articoli 2, 3 4, 5 e 7 si applicano alle operazioni di intercettazione relative a provvedimenti autorizzativi emessi dopo il centottantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto".

Peraltro, al momento di ultimazione della redazione del presente contributo, si infittiscono le voci di un'ulteriore proroga legislativa dell'entrata in vigore della disciplina in esame in ragione di una rimediazione – da parte del Ministero e delle forze politiche di maggioranza – della stessa, e tanto alla luce delle numerose criticità evidenziate tanto dall'ANM (cfr. sul punto il documento del CDC dell'ANM del 16.9.2017 rinvenibile in <http://www.associazionemagistrati.it/doc/2841/osservazioni-sulla-bozza-di-decreto-delegato-sulle-intercettazioni-in-attuazione-dellart1-commi-82-83-e-84-legge-n103-del-2017.htm>) quanto dagli organismi rappresentativi dell'avvocatura penale (per un quadro delle critiche avanzate dall'UCPI v. PETRELLI, *Intercettazioni, riforma già minata prima dell'attuazione*, in *Guid. Dir.*, 2018, n.17, p.8).

Soltanto due articoli del d. lgs.216 del 2017 sono già entrati in vigore, poiché per essi non è stata prevista alcuna disposizione derogatoria alla regola generale dei 15 giorni di *vacatio legis*: trattasi degli articoli 1 e 6 d. lgs.216 del 2017. Mentre la prima di tali previsioni è estranea alla materia della presente analisi, giacché prevede l'introduzione di una nuova figura di reato (l'art.617 *sexies* c.p.), l'art.6 del testo normativo concerne il "cuore" della tematica che ci occupa, poiché disciplina l'utilizzazione dell'agente intrusore su dispositivo elettronico mobile al fine di realizzare intercettazioni tra presenti nei procedimenti per delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni. In buona sostanza, detta previsione si riferisce ai delitti di peculato, concussione, alle varie figure di corruzione che conosce il nostro codice - tra cui l'induzione indebita a dare o promettere ex art.319 quater c.p. – e alle relative istigazioni nonché al delitto di utilizzazione di invenzioni o scoperte conosciute per ragioni di ufficio.

Per le indagini relative a dette ipotesi di reato, l'art.6 d. lgs.216 del 2017 appronta una disciplina *ad hoc*, volta a rendere più agevole e spedito l'uso di tale penetrante strumento investigativo, in ulteriore prosieguo di una linea di tendenza politico-criminale che, sulla scia dei richiami di organismi

internazionali quali il GRECO (cioè il *Groupe d'États contre la corruption*, organo di controllo e di contrasto presso il Consiglio d'Europa), negli ultimi anni ha già comportato la radicale rivisitazione dei delitti dei p.u. contro la P.A. con la l.190 del 2012 (sulla c.d. legge Severino e sui relativi *input* di criminalizzazione di matrice internazionale cfr. MASSI, *Tutela penale della concorrenza "globale" e scosse di assestamento della normativa italiana anticorruzione*, Jovene, 2013).

In ideale prosecuzione di tale sentiero, il Legislatore del 2017 ha inteso rendere più agevole il formarsi della prova per tali gravi reati "allargando le maglie" delle intercettazioni ambientali mediante captatore informatico su dispositivo elettronico portatile. Lo strumento prescelto per conseguire tale obiettivo risiede nello stabilire l'applicazione, da parte dell'art.6 comma 1 d. lgs.216 del 2017, nel caso di procedimenti per delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, dell'art.13 del decreto legge 152 del 1991, come convertito dalla l.203 del 1991.

Di seguita la versione attualmente vigente del citato art.13:

"1. In deroga a quanto disposto dall'articolo 267 del codice di procedura penale, l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'articolo 266 dello stesso codice è data, con decreto motivato, quando l'intercettazione è necessaria per lo svolgimento delle indagini in relazione ad un delitto di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono in ordine ai quali sussistano sufficienti indizi. Nella valutazione dei sufficienti indizi si applica l'articolo 203 del codice di procedura penale. Quando si tratta di intercettazione di comunicazioni tra presenti disposta in un procedimento relativo a un delitto di criminalità organizzata e che avvenga nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l'attività criminosa.

2. Nei casi di cui al comma 1, la durata delle operazioni non può superare i quaranta giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto

motivato per periodi successivi di venti giorni, qualora permangano i presupposti indicati nel comma 1. Nei casi di urgenza, alla proroga provvede direttamente il pubblico ministero; in tal caso si osservano le disposizioni del comma 2 dell'articolo 267 del codice di procedura penale.

3. Negli stessi casi di cui al comma 1 il pubblico ministero e l'ufficiale di polizia giudiziaria possono farsi coadiuvare da agenti di polizia giudiziaria”.

Ne deriva che oggi, nell'ambito delle indagini sui delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni: a) si possono disporre intercettazioni laddove ricorra non già lo *standard probatorio* dei gravi indizi di reato ma quello più lasco dei sufficienti indizi di reato; b) la durata delle operazioni non incontra il tetto massimo dei 15 giorni ma quello dei 40 giorni; c) le successive proroghe hanno una durata di 20 giorni e non di 15; d) in caso di urgenza le proroghe possono essere disposte pure dal PM e non esclusivamente dal GIP; e) le intercettazioni tra presenti non incontrano il limite delle abitazioni e degli altri luoghi di privata dimora, nel senso che è possibile procedere a captazione in detti luoghi anche se non vi è motivo di ritenere che in essi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Il Legislatore del 2017 non ha però *in toto* rinviato alla disciplina approntata dall'art.13 d.l.152 del 1991; infatti il secondo comma dell'art.6 d. lgs.216 del 2017 prevede che “l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa”.

L'equiparazione dei mezzi investigativi messi a disposizioni di AG e PG tra delitti di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono (la materia regolamentata dall'art.13 d.l. 152 del 1991) e i più gravi delitti dei p.u. contro la P.A. non è allora completa. Per la precisione, detta equiparazione può dirsi integrale per tutte le forme di captazione di conversazioni o comunicazioni

diverse dall'utilizzo di agenti intrusori su dispositivi elettronici portatili al fine di realizzare intercettazioni tra presenti. Invero, l'eccezione alla piena equivalenza stabilita dal comma 1 dell'art.6 d. lgs.216 del 2017 è prevista, dal comma 2 del medesimo articolo, esclusivamente con riguardo alla intercettazione tra presenti mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile. Ne deriva, come già accennato in precedenza, che non solo le classiche intercettazioni telefoniche od ambientali, ma pure quelle realizzabili mediante *software*-spia su dispositivi elettronici fissi, o mediante captatori informatici su dispositivi elettronici mobili che non diano però luogo ad intercettazioni tra presenti, sono soggette - per i reati in questione - alla disciplina “a maglie larghe” di cui all'art.13 dl 152 del 1991. Ciò significa che può procedersi a tali forme di captazione nei luoghi di privata dimora *senza che si dia che la prova che ivi stia svolgendosi l'attività criminosa.*

In altri termini, nei procedimenti per delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, le abitazioni e gli altri luoghi di cui all'art.614 c.p. non costituiranno alcun limite alle captazioni pure se ci si avvalga del *trojan horse* per: a) l'utilizzazione della *webcamera* ed invio delle immagini (qualora dette immagini non abbiano contenuto comunicativo); b) la duplicazione dell'*hard disk* ed invio di copia del contenuto del medesimo; c) la decifrazione di ciò che viene digitato sulla tastiera (*keylogging*); d) la visualizzazione di ciò che appare sullo schermo (*screenshot*); e) le intercettazioni tra presenti mediante installazione di un agente intrusore su un dispositivo elettronico fisso.

Solo per l'utilizzo - nei procedimenti per i più gravi delitti dei p.u. contro la P.A. - del *software*-spia su *device* mobili al fine di realizzare intercettazioni tra presenti, le abitazioni e gli altri luoghi di privata dimora sono oggetto, in forza della regola dettata dall'art.6 comma 2 d.lgs.216 del 2017, di una disciplina *ad hoc*.

Peraltro, il senso della garanzia approntata da tale disposizione non può dirsi del tutto pacifico

ed indiscusso. Se, tra i primi commentatori della riforma, non è mancato chi ha inteso la norma dettata dall'art.6 comma 2 d.lgs.216 del 2017 come *in toto* coincidente con la generale regola di cui all'art.266 comma 2 c.p.p. (in tal senso v. PRETTI, *Prime riflessioni*, cit., p.228; D'ANGELO, 2018, p.144), bisogna di contro osservare che le due formulazioni linguistiche sono diverse, e che è plausibile fornire del citato art.6 comma 2 un'esegesi che ne differenzi la portata dalla disciplina del codice di rito.

Infatti, l' art.266 comma 2 c.p.p. statuisce che "(...) è consentita l'intercettazione di comunicazioni tra presenti che può essere eseguita anche mediante l'inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile. Tuttavia, qualora queste avvengano nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale, *l'intercettazione è consentita solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa*". In luogo di tale sintagma, l'art.6 comma 2 del testo in esame sancisce che "*l'intercettazione di comunicazioni tra presenti nei luoghi indicati dall'articolo 614 del codice penale non può essere eseguita mediante l'inserimento di un captatore informatico su dispositivo elettronico portatile quando non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa*".

La regola generale del c.p.p. e quella della *lex specialis* in esame non hanno il medesimo tenore, il che suggerisce di non attribuirvi lo stesso significato. Per di più, le due *litterae legis* hanno una diversa portata semantica: il 266 comma 2 c.p.p. consente le ambientali nei luoghi di privata dimora *solo se vi è fondato motivo* di ritenere che ivi stia svolgendosi l'attività criminosa, e cioè richiede che vi sia una *prova positiva* dell'esecuzione di crimini, mentre l'art.6 comma 2 d.lgs.216 del 2017 esclude le ambientali che esso regola quando *non vi è motivo di ritenere* che nei detti luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa, il che – ci pare di poter desumere - significa che *le vieta quando vi è la prova positiva che nei luoghi di privata dimora non si stia consumando il reato*. Breve: la regola codicistica afferma che "solo se si hanno elementi di prova che in un'abitazione si sta perfezionando un crimine si

possono captare le conversazioni che avverranno in quel luogo", mentre il precetto in esame sostiene che "se si ha la prova che in determinati luoghi non si sta perfezionando il reato, non si possono ivi effettuare intercettazioni ambientali mediante agente intrusore su dispositivo mobile".

Dunque, la fattispecie-presupposto (cioè l'insieme delle premesse condizionanti) quelle conseguenti condizionate costituenti il precetto dell'art.6 comma 2 d.lgs.216 del 2017, e che si sostanziano nel divieto di procedere ad ambientali mediante *trojan* su dispositivo mobile, è costituita dalla "prova che in una privata dimora non si sta perfezionando un reato".

Ma qual è il simmetrico negativo della situazione in cui si ha la prova che in un'abitazione *non* si sta svolgendo un'attività criminosa? Quella in cui si ha *il dubbio che un crimine si stia ivi perfezionando*. Negare le intercettazioni tra presenti in forza di agente intrusore su *device* portatile qualora si abbia la dimostrazione (con il livello probatorio proprio dello strumento investigativo in esame) che non si sta svolgendo una certa attività in un dato luogo (per lo meno) legittima l'interpretazione che dette captazioni sono ammissibili qualora vi sia il dubbio che tale attività – in quel luogo – si stia svolgendo. In altri termini: *in dubio* pro intercettazione mediante captatore informatico.

Se non l'unico significato attribuibile alla *littera legis* dell'art.6 comma 2 d.lgs.216 del 2017, quello qui ipotizzato è per lo meno uno dei significati plausibilmente desumibili da detta disposizione. E a tanto deve aggiungersi che quella proposta è l'unica esegesi che renda ragione della differente formulazione linguistica della disposizione in esame rispetto a quella dell'art.266 comma 2 c.p.p. È inoltre il caso di sottolineare che quella suggerita è l'interpretazione che riduce al minimo lo scarto tra la disciplina delle intercettazioni ambientali mediante *trojan* su dispositivo elettronico fisso, le quali non incontrano alcun limite nei luoghi di privata dimora, e quelle su *device* mobile, che un limite incontrano. Tale differenziazione è difficilmente giustificabile, una volta reputato (dal Legislatore) che alcuni reati

contro la P.A. dispiegano una sì profonda carica lesiva e provocano un tale allarme sociale da rendere recessiva la tutela rafforzata della riservatezza domiciliare, e tanto al pari di quanto accade per i reati di criminalità organizzata. Un modo di ridurre al minimo detta discrepanza, e quindi le possibili frizioni con i principi costituzionali di uguaglianza e ragionevolezza, è allora quello di intendere il precetto posto nell'art.6 comma 2 d.lgs.216 del 2017 nel senso qui ipotizzato (per un cenno su tale possibilità v. pure PARODI, *Croce e delizia: il captatore informatico "entra" nel codice di procedura*, relazione tenuta il 1.2.2018 a Scandicci presso la SSM nell'ambito del corso *La funzione giudiziale preliminare: novità normative e del diritto vivente* e rinvenibile all'indirizzo telematico <http://www.scuolamagistratura.it/component/phocadownload/category/764-formazione-permanente-p18006.html>). In conclusione, dall'art.6 del decreto in esame paiono potersi desumere le due seguenti norme nel caso di sufficienti indizi per i più gravi delitti dei p.u. contro la P.A.: a) si possono disporre tutte le forme di intercettazioni, anche nei luoghi di privata dimora ex art.614 c.p., *ad eccezione delle ambientali mediante agente intrusore su dispositivo elettronico portatile*; b) limitatamente a tale ultima forma di captazione, le intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora ex art.614 c.p. possono disporsi se vi è per lo meno il dubbio che in tali luoghi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Se la proposta ermeneutica qui sostenuta è corretta, deve allora concludersi che disciplina di cui al comma 2 dell'art.6 d.lgs.216 del 2017 crea un *tertium genus* tra le captazioni nei luoghi di privata dimora per i reati comuni, che sono consentite solo se vi è la prova che ivi stia realizzandosi un crimine, e le captazioni in detti luoghi nelle ipotesi di cui all'art.13 d.l.152 del 1991 e all'art.6 comma 1 d.lgs.216 del 2017, senz'altro consentite in tali siti senza alcuna tutela rafforzata per le esigenze della riservatezza domiciliare. Tale *tertium genus*, che (lo ricordiamo) è previsto esclusivamente per le intercettazioni tra presenti mediante captatore informatico su dispositivo elettronico portatile, è

caratterizzato dall'utilizzo di tale mezzo di ricerca della prova nei luoghi di privata dimora se vi è il dubbio che in essi si stiano perfezionando delitti dei p.u. contro la P.A. con pena della reclusione non inferiore nel massimo a 5 anni. ●



I POSITIVI ESITI DEL CONFLITTO DI ATTRIBUZIONE SUL SEGRETO INVESTIGATIVO NELLA CORNICE COSTITUZIONALE ED EUROPEA

Armando D'Alterio

Procuratore Generale Corte d'Appello di Potenza

ABSTRACT

Polizia giudiziaria - Pubblico ministero - Informativa di reato - Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177, art. 18, comma 5 - Previsione che gli ufficiali di polizia giudiziaria, a seguito di apposite istruzioni, trasmettano alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato, indipendentemente dagli obblighi prescritti dal codice penale - Conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Bari, nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri - Accoglimento del ricorso in data 7.11.2018.

Precedenti: il conflitto fra la Procura della Repubblica di Napoli ed il Governo con riferimento ai limiti alla facoltà di delega alla Polizia giudiziaria introdotti dal D.M. 4 marzo 2000, n. 1070; il Tar del Lazio; le circolari delle Procure. Il contesto europeo, fra Paesi di Common e Civil Law. Le regole europee sui rapporti fra PM e Polizia giudiziaria.

1. UNA SENTENZA STORICA

Così il procuratore della Repubblica di Bari, Giuseppe Volpe, ha commentato (in La Gazzetta del mezzogiorno.it del 7 novembre 2018) la sentenza della Consulta, in data 7.11.2018, che ha accolto il suo ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato depositato il 25 luglio 2017, con cui contestava la legittimità della trasmissione in via gerarchica, da parte delle Forze dell'Ordine, delle informative di reato, prevista dall'art. 18 comma 5, del d. lgs. n. 177 del 2016. Come recita testualmente il comunicato stampa della Corte Costituzionale, emesso il 7 novembre scorso, giorno della decisione, la Consulta, "pur riconoscendo che le esigenze di coordinamento informativo poste a fondamento della disposizione impugnata sono meritevoli di tutela, ha ritenuto lesiva delle attribuzioni costituzionali del pubblico ministero, garantite dall'articolo 109 della Costituzione, la specifica disciplina della trasmissione per via gerarchica delle informative di reato."

Il riconoscimento, nel comunicato, che le esigenze di coordinamento informativo poste a fondamento della disposizione impugnata siano meritevoli di

tutela, congiuntamente alla precisazione, che esso rendeva, che l' intervento della Consulta concerne la "specifica" disciplina della trasmissione per via gerarchica delle informative di reato, già consentiva di ritenere che l'illegittimità ritenuta riguardasse non l'eccezione al segreto d'indagine in sé, ma unicamente le modalità con cui è stata resa operativa.

Una decisione che si palesava dunque equilibrata ed asettica.

La motivazione della sentenza, oltre ovviamente a confermare il merito delle anticipazioni contenute nel comunicato, penetra invece anche nel cuore del problema, evidenziando i concreti rischi che la norma annullata comportava per le indagini e per la tutela del rapporto fra P.M. e Polizia Giudiziaria, nella cornice costituzionale, disegnando un quadro di forte garanzia delle prerogative dell'A.G., quanto mai opportuno in questo momento.

Non può infatti sottacersi che il recente "tweet" del Ministro degli Interni celebrante misure cautelari (emesse in un'indagine della Procura della Repubblica di Torino) in parallelo con l'esecuzione delle stesse evidenzia ulteriormente la rilevanza degli attriti istituzionali, oltre che procedurali, che la norma annullata dalla Corte era in grado di produrre, dando causa alle preoccupate doglianze del Procuratore della Repubblica di Torino, a tutela del segreto d'indagine in relazione ad un'operazione di cattura non conclusa e all'intervento, in reazione al primo, del Ministro degli Interni, con successive repliche del Ministro della Giustizia e l'intervento a tutela delle prerogative dell'A.G.- del Vice Presidente del CSM.

Opportuna dunque una sintesi degli aspetti salienti del giudizio di costituzionalità e un excursus di precedenti analoghi, seguito dall'analisi del contesto europeo.

2. IL RICORSO DEL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA DI BARI

Oggetto del conflitto era l'art. 18 comma 5, del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177, recante

«Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche». Il ricorso promosso dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Bari con atto depositato il 25 luglio 2017, sollevava conflitto nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione al citato art. all'art. 18, comma 5, per cui «[...] al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato, trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all' autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale».

Il ricorso, che qui si richiama in estrema sintesi, sosteneva che tale disposizione aveva «parzialmente abrogato, in parte qua, il segreto investigativo disposto dall'art. 329 cod. proc. pen.», la cui violazione è sanzionata dall'art. 326 del codice penale; pertanto, l'intervento normativo aveva «leso prerogative di rango costituzionale pertinenti all'Autorità Giudiziaria requirente», con riferimento al principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 della Costituzione, cui il segreto investigativo è strettamente inerente- nonché alla previsione della diretta dipendenza della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 109 Cost.

Il conflitto, deduceva il ricorrente, era ammissibile anche sotto il profilo oggettivo, pur riguardando una disposizione legislativa, trattandosi dell'unico rimedio esperibile a tutela delle sue attribuzioni, non risultando la possibilità d'instaurare un giudizio nell'ambito del quale sollevare questione incidentale di legittimità costituzionale della

norma impugnata.

Il Procuratore di Bari lamentava inoltre che la disposizione era viziata da eccesso di delega ed era dunque lesiva dell'art. 76 Cost., richiamando allo scopo il contenuto della legge 7 agosto 2015, n. 124 (Deleghe al Governo in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).

Lamentava inoltre la lesione del principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost.- garanzia d'indipendenza funzionale del pubblico ministero da ogni altro potere, e in particolare dal potere esecutivo- suscettibile di essere posto a rischio sotto il profilo dell'effettività ed efficacia dell'esercizio dell'azione penale, garantite dal segreto investigativo.

Allo scopo evidenziava il nesso strumentale tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e la diretta disponibilità della polizia giudiziaria da parte dell'autorità giudiziaria, e dunque la lesione delle prerogative costituzionali riconosciute al Pubblico Ministero dall'art. 109 Cost., a garanzia della più sicura e autonoma disponibilità dei mezzi investigativi, escludendo interferenze di altri poteri nella conduzione delle indagini, senza alcun filtro o controllo del pubblico ministero procedente, a beneficio di soggetti che non rivestono la qualifica di ufficiale di polizia giudiziaria e che, per la loro posizione apicale, vedrebbero

«particolarmente stretto il rapporto di dipendenza organica dalle articolazioni del potere esecutivo».

Concludeva chiedendo che la Corte costituzionale, riconosciuto ammissibile il conflitto, dichiarasse che non spettava al Presidente del Consiglio dei ministri adottare, in violazione degli artt. 76, 109 e 112 Cost., le disposizioni dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016.

Con ordinanza in data 6.12.2017, la Corte dichiarava l'ammissibilità del conflitto, a norma dell'art. 37, terzo e quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), in camera di consiglio e senza contraddittorio, "rimanendo tuttavia impregiudicata ogni ulteriore questione anche in ordine alla stessa ammissibilità".

Allo scopo la Corte evidenziava la costante propria giurisprudenza (sentenze n. 1 del 2013, n. 88 e n. 87 del 2012, e n. 420 del 1995; ordinanza n. 521 del 2000), che riconosce la natura di potere dello Stato al pubblico ministero, e in particolare al Procuratore della Repubblica in quanto titolare delle attività d'indagine (art.109 Cost.) finalizzate all'esercizio obbligatorio dell'azione penale (art. 112 Cost.); affermava che nessun dubbio sussiste in ordine alla legittimazione del Governo, rappresentato dal Presidente del Consiglio dei ministri, posto che l'atto assertivamente lesivo era imputabile a quest'ultimo nella sua interezza (ordinanze n. 16 del 2013, n. 23 del 2000 e n.323 del 1999); che, circa l'idoneità di un atto avente natura legislativa - quale quello in questione - a determinare conflitto, la giurisprudenza della Corte ritiene che sussista tutte le volte in cui dalla norma primaria derivino in via diretta lesioni dell'ordine costituzionale delle competenze (ordinanze n. 17 e n. 16 del 2013, e n. 343 del 2003), salvo che sia configurabile un giudizio nel quale la norma primaria risulti applicabile e quindi possa essere su di essa sollevata, in via incidentale, questione di legittimità costituzionale (sentenze n. 284 del 2005 e n. 221 del 2002).

3. LA SENTENZA DELLA CONSULTA

Il 7 novembre scorso, come anticipato, interveniva l'accoglimento del ricorso.

La motivazione della sentenza (C. Cost., n. 229/2018), pregevolissima anche per la coniugazione di sintesi ed incisiva completezza, affronta vari punti controversi, risolvendoli a favore del ricorrente, ad eccezione della censura dallo stesso svolta sotto il profilo della violazione dell'art. 76 Cost. ad opera dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016, (eccesso di delega rispetto alle generiche previsioni della l. n. 124 del 2015 che, all'art. 8, co. 1 lett. a), autorizza il governo a razionalizzare e potenziare le attività di polizia, anche in funzione di una migliore cooperazione sul territorio, al fine di evitare sovrapposizioni di competenze e di favorire la gestione associata dei servizi strumentali).

La Consulta ha ritenuto inammissibile tale censura, evidenziando che, a fondamento del conflitto, debba prospettarsi una diretta lesione delle sfere di competenze, riconosciute dalla Costituzione, che nella specie non è ravvisabile, non spettando al ricorrente una funzione di vigilanza costituzionale e dunque il compito di sollecitare a questo scopo l'intervento della Corte costituzionale.

Nel merito, il ricorso è accolto, per lesione della sfera di attribuzioni costituzionali del ricorrente delineata dall'art. 109 Cost.

In sintesi, sono enucleabili dalla complessa motivazione i seguenti caposaldi:

- » La norma impugnata pone in tensione il principio delineato dall'art. 109 Cost., con assorbimento delle censure relative all'asserita lesione dell'art. 112 Cost.
- » Con riferimento all'ultimo inciso dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016, non è percorribile la via di un'interpretazione che legga l'espressione «indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale» nel senso che tali obblighi siano "fatti salvi", ricorrendo alla stessa generosa lettura data, peraltro solo in sede amministrativa ed operativa, all'art. 237 d.P.R. n. 90 del 2010 (concernente la scala gerarchica dell'Arma).
- » Le importanti esigenze di coordinamento informativo e di razionale organizzazione e dislocazione sul territorio delle Forze di polizia, in funzione di tutela della sicurezza, meritano una disciplina attenta alla protezione di tutti gli interessi potenzialmente confliggenti, non già una regolamentazione dai tratti incerti e palesemente sproporzionati all'obiettivo perseguito.
- » È risalente la giurisprudenza con la quale la Corte (sentenze n. 114 del 1968 e n. 94 del 1963) ha chiarito che l'art. 109 Cost., prevedendo che l'autorità giudiziaria disponga direttamente della polizia giudiziaria, ha il preciso e univoco significato di istituire un rapporto di dipendenza funzionale della seconda nei confronti della prima, escludendo interferenze di altri poteri nella conduzione delle indagini, in modo che la direzione di queste ultime ne risulti effettivamente riservata all'autonoma iniziativa e determinazione dell'autorità giudiziaria medesima.
- » Tale rapporto di subordinazione funzionale, se non collide con l'organico rapporto di dipendenza burocratica e disciplinare della polizia giudiziaria nei confronti del potere esecutivo (secondo la logica della duplice soggezione, che lo stesso art. 109 Cost. delinea - sentenza n. 394 del 1998), non ammette invece che si sviluppino forme di coordinamento investigativo alternative a quello effettuato dal pubblico ministero competente.
- » Il coordinamento informativo e quello organizzativo non coincidono con quello investigativo. Si tratta di funzioni diverse, che la legislazione ordinaria non può confondere o sovrapporre, a prezzo di violare il sistema costituzionale, dal quale si deduce che tali funzioni devono restar disciplinate secondo logiche e competenze distinte.
- » Peraltro, v'è il rischio di concentrazione su soggetti posti ai vertici delle Forze di polizia una notevole quantità di dati e informazioni di significato investigativo, ultronei rispetto alle necessità di coordinamento e di organizzazione.
- » Tali soggetti non rivestono, come ricordato, la qualifica di ufficiali di polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 57 cod. proc. pen., ma detengono, del tutto legittimamente, un potere di controllo e condizionamento nei confronti degli ufficiali di polizia giudiziaria, derivante dallo stesso modello organizzativo che l'art. 109 Cost. ha accolto.
- » Non è astratto pertanto il pericolo che ne risultino interferenze nella diretta conduzione delle indagini da parte dell'autorità giudiziaria, in lesione, innanzitutto, dell'art. 109 Cost. nonché l'indebolimento della dipendenza funzionale rispetto al pubblico ministero, con elusione del delicato equilibrio scolpito nella disposizione costituzionale in questione.
- » Ancora, interrogativi riguardano la stessa ampiezza complessiva delle informazioni da trasmettere, poiché la disposizione impugnata non chiarisce se l'obbligo informativo riguardi

tutte, indiscriminatamente, le *notitiae criminis*, ovvero solo una selezione delle più rilevanti tra di esse, lasciando anche qui spazio a istruzioni che mettono in risalto un'ampia discrezionalità degli ufficiali di polizia giudiziaria nella scelta di quanto effettivamente inoltrare al livello superiore.

» Essendo necessario rispettare il delicato equilibrio delineato dall'art. 109 Cost., deve essere in ogni caso riconosciuto all'autorità giudiziaria il potere di stabilire il quando, il quomodo e il quantum delle notizie riferibili.

» I complessivi difetti, fin qui descritti, della disposizione impugnata, determinano la trasformazione di un legittimo coordinamento informativo e organizzativo in una forma indebita di coordinamento investigativo, in lesione delle attribuzioni dell'autorità giudiziaria.

» In conclusione, non spetta al Governo della Repubblica approvare una disciplina come quella contenuta nel secondo periodo dell'art. 18, comma 5, del d.lgs. n. 177 del 2016, che va pertanto annullata.

4. I PRECEDENTI

Sono costituiti dal ricorso del Procuratore della Repubblica di Napoli in materia analoga, da una sentenza del Tar Lazio sul ricorso avverso sanzioni disciplinari inflitte in violazione della direttiva del Capo della Polizia attuativa del d.lgs. in argomento, nonché dalle circolari emesse dalle Procure della Repubblica.

4.1. L' ANALOGO PRECEDENTE SU RICORSO DEL PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRIBUNALE DI NAPOLI

Definire storica l'attuale decisione della Consulta non è indulgere a trionfalismo.

La sentenza lo è non solo per la materia trattata, ma anche per il rango di norma primaria della disposizione su cui cala la scure della Corte Costituzionale (l'art. 18 co. 5 del d.lgs. n. 177 del 2016) e delle previsioni, invocate dal ricorrente, parimenti primarie, del codice di procedura penale,

a tutela del segreto investigativo.

Il precedente più immediato si riferiva infatti a conflitto che concerneva non una norma primaria ma un decreto ministeriale che impattava su materia analoga, in quanto anch'essa strettamente connessa alle prerogative del Pubblico Ministero nell'ambito dell'indagine penale, in tal caso vulnerate da disposizioni limitanti l'iniziativa di delega del PM, anche con riferimento all'autorità di polizia giudiziaria cui indirizzare la stessa (sul punto, cfr. anche infra, con riferimento all'art. 22b della Raccomandazione COE n. 19/2000, a tutela della autonomia del PM nell'operare le scelte concernenti le deleghe alla Polizia giudiziaria).

Si tratta del ricorso per conflitto di attribuzione depositato il 13 dicembre 2000 dal Procuratore della Repubblica di Napoli, Agostino Cordova-redatto da Raffaele Cantone e, in parte, anche dal sottoscritto- nei confronti del Presidente del Consiglio dei ministri, con riferimento al decreto emanato dal Ministro dell'interno in data 4 marzo 2000, n. 1070/M/22(6) Gab. per violazione degli artt. 109 e 112 della Costituzione.

Si chiedeva di dichiarare che non spetta al Governo, e per esso al Ministro per gli interni, adottare la disposizione - contenuta nell'art. 1 del d.m. 4 marzo 2000, n. 1070/M/22(6) Gab.- nella parte in cui la delegabilità delle attività di polizia giudiziaria ai servizi centrali delle varie forze di polizia è subordinata ai presupposti indicati nel medesimo articolo.

Con il ricorso si chiedeva in sintesi di stabilirsi che non spettava al Governo - e, per esso, al Ministro dell'interno - disporre che la richiesta di concorso investigativo dei servizi centrali di polizia fosse subordinata, come previsto dal citato d.m., alla segnalazione dei servizi periferici, anziché essere attivabile in via autonoma dal procuratore distrettuale, né disporre che la segnalazione dei servizi periferici rendesse

obbligatoria la richiesta del procuratore distrettuale; né infine disporre che la richiesta del procuratore distrettuale dovesse essere inoltrata ai servizi centrali tramite i servizi periferici; né infine che il procuratore

distrettuale non potesse utilizzare i servizi centrali per attività di indagine di estensione infradistrettuale. La successiva rettifica della portata del decreto ministeriale, in relazione ai limiti alle scelte ed alle iniziative dell'AG, che intercorreva in senso sostanzialmente conforme alle deduzioni del ricorrente, produceva la sopravvenuta improcedibilità del ricorso.

4.2. IL PRECEDENTE SPECIFICO NEGLI AMBITI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA.

Ci si riferisce a recente pronuncia del Tar Lazio che ha annullato per eccesso di potere i provvedimenti disciplinari inflitti ad un dirigente della Polizia di Stato, responsabile di non aver informato, appunto, la scala gerarchica circa indagini in corso (delle quali gli uffici apicali di polizia avevano infatti appreso solo all'atto dell'esecuzione di misure cautelari emesse dall'A.G.) circa attacchi informatici ad account ed e-mail di esponenti apicali del sistema politico ed economico italiano. L'incolpazione era di aver contravenuto alle prescrizioni impartite dalla normativa sub secondaria adottata ai sensi dell'art. 18 comma 5, del Decreto Legislativo 19 agosto 2016, n. 177 e precisamente dalle Direttive ministeriali n. 555/Doc/C/DIPPS/FUN/CTR/6684/16 dell'8 ottobre 2016 e n. 555/Doc/C/DIPPS/FUN/CTR/7705 del 10 novembre 2016. L'accoglimento del ricorso veniva motivato da eccesso di potere, per erroneità dei presupposti. Veniva in considerazione la Direttiva n. 555/Doc/C/DIPPS/FUN/CTR/6684/16 dell'8 ottobre 2016 che, in attuazione dell'art. 18 d. lgs. cit., prevede in capo ai responsabili di ciascun presidio di polizia l'obbligo di riferire al superiore gerarchico le notizie inerenti al procedimento penale, che si concretizza nel momento in cui è stata inviata all'Autorità giudiziaria una comunicazione di reato ex art. 347 cpp. Tale obbligo – secondo quanto indicato nella Direttiva – comprende anche gli “ulteriori atti, eseguiti o comunque curati dall'articolazione di polizia”, ma è comunque “circoscritto ai soli dati e notizie indispensabili a garantire un coordinamento informativo ai diversi livelli organizzativi della Forza di Polizia”.

Sosteneva il ricorrente che le prescrizioni di cui all'art. 329 cpp in merito al rispetto del segreto istruttorio, l'avevano indotto a segnalare ai propri superiori, in via informale e nei limiti delle indicate previsioni normative, “esclusivamente le notizie minime ed essenziali della vicenda penale”. Riteneva il collegio che la contestazione disciplinare non era quella di aver mancato di notificare la propria scala gerarchica dell'inoltro dell'informativa di reato ex art. 347 c.p.p. relativa al suindicato procedimento penale e neppure di avere omesso di comunicare “ulteriori atti eseguiti o comunque curati dall'articolazione di polizia che rappresentino uno sviluppo dell'iniziale informativa di reato fino alla conclusione delle indagini preliminari”, quanto di avere, nella sostanza, omesso di comunicare ai propri superiori la circostanza che tra le persone offese del reato vi era anche un'alta carica dello Stato. Tale dato, secondo il Tar Lazio, non costituisce una notizia “minima ed essenziale” del procedimento penale né informazione “indispensabile a garantire un adeguato coordinamento informativo ai diversi livelli organizzativi delle Forze di Polizia”, secondo quanto chiarito dalla richiamata circolare, che limita l'obbligo di comunicazione ai soli “dati e notizie indispensabili a garantire un adeguato coordinamento informativo ai diversi livelli organizzativi delle Forze di Polizia”. Conseguiva l'annullamento della sanzione disciplinare. Il precedente conferma tutti i dubbi, formulati dal procuratore della Repubblica di Bari e fatti propri dalla Consulta, circa il rischio che la norma potesse dar adito a condotte non funzionali al mero coordinamento info-organizzativo.

4.3 Le circolari emesse dalle Procure della Repubblica

Gli effetti della norma oggetto della censura sollevata dalla Corte Costituzionale erano già stati mitigati dalle Procure della Repubblica (in primis dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Torino, con circolare in data 25.1.2017) attraverso direttive alle Autorità di Polizia giudiziaria con le quali l'inoltro delle informazioni lungo la scala gerarchica di polizia veniva subordinato ad un'autorizzazione da parte dell'A.G. ovvero all'assenza di un divieto.

La compatibilità di tale previsione con le nuove disposizioni veniva fatta discendere, in linea di massima, da due rilievi: * l'inammissibilità di una lettura della norma nei termini intesi dalla direttiva del Capo della Polizia, volta ad individuarvi, testualmente, "una formula volutamente ampia che si presta a ricomprendere nel suo alveo di applicazione anche gli ulteriori atti eseguiti o curati dall'articolazione di polizia, che rappresentino uno sviluppo dell'iniziale informativa di reato fino alla conclusione della fase delle indagini preliminari"; * la circostanza che, di contro, l'espressione utilizzata dal legislatore, nel consentire l'inoltro delle notizie alla scala gerarchica "indipendentemente dagli obblighi" non poteva interpretarsi come l'autorizzazione ad una deroga assoluta agli stessi, ma all'instaurazione di un parallelismo fra le due esigenze, compatibile con una coniugazione di entrambe da parte del PM quale dominus delle indagini, con conseguente inammissibilità delle letture datane dal Capo della Polizia che la definiva, invece, come una "limitata eccezione al regime di riservatezza degli atti delle indagini preliminari, stabilita dall'art. 329 cpp o derivanti dall'esercizio del potere di segretezza devoluto al pubblico ministero dal successivo art. 391- quinquies cpp". Come evidenziato dalla Consulta, l'interpretazione salvifica data dalle circolari delle Procure della Repubblica, al termine "indipendentemente", volta a salvare la costituzionalità della norma non è accettabile. Anche sotto tale profilo, dunque, risulta confermata l'indispensabilità del conflitto di attribuzione, e quindi la meritevolezza dell'iniziativa di ricorrervi, come unico risolutiva dell'attrito costituzionale prodotto irrimediabilmente dalla norma in contestazione.

5. I RAPPORTI FRA PUBBLICO MINISTERO E POLIZIA GIUDIZIARIA IN AMBITI SOVRANAZIONALI.

La raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa n. 19 del 2000 agli Stati Membri sul ruolo del Pubblico Ministero nell'ordinamento penale adottata dal Comitato dei Ministri il 6 ottobre 2000, nella 724° riunione dei Delegati dei Ministri, detta previsioni (artt. 21-23) non trascurabili con riferimento alla declinazione dei rapporti fra Pubblico ministero e Polizia giudiziaria, rilevanti ai fini dell'inquadramento del controllo di legalità del primo, da riferirsi anche ovviamente alla tutela del segreto d'indagine.

In particolare, è prevista (art. 22 a):

la tutela primaria dell'obbligo di informazione del PM da parte della polizia giudiziaria (e non l'inverso); l'assegnazione dell'indagine da parte del PM al servizio di polizia che ritiene adeguato (art. 22 b, norma già sopra richiamata con riferimento al conflitto a suo tempo proposto dal Procuratore d il controllo di legalità dell'inchiesta di polizia da parte del PM (art. 22 c) anche laddove, a differenza delle disposizioni succitate, l'autorità di polizia non sia posta sotto l'autorità del PM.

A sua volta, ulteriore Raccomandazione del Comitato dei Ministri COE (n. 10 del 2001: The European Code of Police Ethics) prevede (art. 5) che debba "esserci una chiara distinzione fra il ruolo della polizia ed il pubblico ministero, l'ordinamento giudiziario ed il sistema correzionale; la polizia non deve avere alcuna funzione di controllo su queste istituzioni."

Il regolamento istitutivo del Pubblico Ministero Europeo (Regolamento 2017/1939 emanato dal Consiglio U.E. il 12.10.2017) afferma, incondizionatamente, agli artt. 7 e 104 gli obblighi di segreto e riservatezza incombenti sul personale dell'EPPO e delle persone a disposizione dello stesso ma non impiegate nei suoi ambiti.

In particolare, l'art 108 co. 2 estende tale obbligo anche a qualsiasi altra persona che partecipi o presti assistenza allo svolgimento delle funzioni

dell'EPPO a livello nazionale ai sensi del diritto nazionale applicabile.

L'art. 24 del regolamento, inoltre, prevede un flusso informativo fra l'EPPO e le autorità nazionali, giudiziarie ed anche di polizia, sia in forma attiva che passiva, comunque connesso alla trasmissione di atti per competenza.

Nessun obbligo di specifica informazione sui contenuti delle indagini, avulsa dalle strette competenze operative e collaborative con l'EPPO, è dunque contemplata a favore di organi di polizia. Al contrario, il comma 9 dell'art. 24 attribuisce invece all'EPPO la facoltà di richiedere alle autorità nazionali (incluse dunque le forze di polizia) le informazioni relative a condotte in danno degli interessi finanziari della UE anche al di fuori delle proprie competenze, come limitate ai sensi dell'art. 25 par. 2 del Regolamento.

È dunque indubbio che l'assetto costituzionale dell'ordinamento italiano e legislativo ordinario, sia ora, dopo la pronuncia della Consulta, pienamente in linea con la normativa UE e COE.

Altrettanto può dirsi, seppur non con uguale incisività, per gli altri Membri UE, soprattutto in ragione della incombente Brexit.

Fino ad ora, e fin quando non si concretizzerà l'uscita della Gran Bretagna dalla UE, nell'ambito di quest'ultima si sono fronteggiate due tipologie di sistema, quella dei paesi continentali, nei quali si afferma il primato del Pubblico ministero, e quella del sistema vigente in Inghilterra e Galles, in cui il primato è invece della Polizia giudiziaria.

Nel sistema inglese (in cui la stessa istituzione di un organo pubblico esercente l'azione penale risale appena al 1985: Prosecution of offences ACT) il pubblico ministero presiede unicamente alla decisione concernente l'esercizio dell'azione, non svolgendo attività d'indagine, di esclusiva competenza della polizia, rispetto alla quale, su iniziativa della stessa, svolge una mera attività di consulenza giuridica. Al Pubblico Ministero non spetta neppure la possibilità di decidere l'inizio di un'attività d'indagine, né la facoltà di imporlo alla polizia giudiziaria, che ne è "domina" assoluta; può,

al contrario, disporre l'archiviazione dell'azione, contro la decisione della polizia.

Dunque nel sistema inglese il Pubblico Ministero svolge unicamente un'azione di moderazione nei confronti della polizia giudiziaria, e non d'impulso. Quel sistema, quindi, vede il PM a rischio di esclusione dall'informazione sull'indagine e non la Polizia giudiziaria.

Di contro, come il sistema italiano (art. 327 cp) anche il codice di procedura penale francese attribuisce al Pm la direzione delle indagini ed al Procuratore Generale la sorveglianza sulla stessa. Altrettanto prevedono i codici di procedura penale belga, francese e tedesco.

6. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Il nostro sistema consente al Pubblico ministero di interagire ora con la polizia giudiziaria in un quadro istituzionale di competenze distinte ma sinergiche, nell'ambito del quale l'organo giudiziario esercita sulla polizia giudiziaria un potere di controllo e direttiva non paralizzante, in un rapporto di reciproco impulso.

Una diversa configurazione dei rapporti PM-PG, nei termini in cui originariamente prefigurati dal Decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 177, art. 18, comma 5 avrebbe creato- ed ha creato- un grave vulnus ai principi di efficienza e garanzia sotto il profilo del coordinamento delle indagini, in particolare di criminalità organizzata, a livello nazionale ed internazionale.

Necessario dunque l'intervento della Corte Costituzionale e dunque storica la sentenza.

Non solo perché ha chiuso definitivamente ogni spazio a tesi dissonanti che, pure, in passato, hanno trovato varie sponde, interpretative o de iure condendo, ma anche perché strettamente contingente rispetto a delicatissimi profili dell'attualità istituzionale. ●

C'È UN GIUDICE A ROMA.

EFFETTI DELLA SENTENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE SULLA ILLEGITTIMITÀ DELL'OBBLIGO DI RIFERIRE AI SUPERIORI

Massimo Minniti

Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Palmi

ABSTRACT

Con la decisione del 7.11.2018 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 5, d.lgs. 19.8.2016, n. 177. La disposizione, introdotta in sede di normazione finalizzata alla razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, prevedeva che i responsabili di ciascun presidio di polizia avrebbero dovuto trasmettere alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale, così suscitando critiche e perplessità in quanto lesiva delle prerogative e delle attribuzioni del PM oltre che atta a scardinare il segreto investigativo.

Sentenza 7.11.2018, la Corte costituzionale dichiara l'illegittimità della disposizione di cui 18, comma 5, del d.lgs. 19.8.2016, n. 177.

Esiste un giudice a Roma e si chiama Corte costituzionale.

Come è noto, con il d.lgs. 19.8.2016, n. 177 (Disposizioni in materia di razionalizzazione delle funzioni di polizia e assorbimento del Corpo forestale dello Stato, ai sensi dell'articolo 8, comma 1, lettera a), della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche) era stato previsto, tra l'altro, quanto segue: "(...) al fine di rafforzare gli interventi di razionalizzazione volti ad evitare duplicazioni e sovrapposizioni, anche mediante un efficace e omogeneo coordinamento informativo, il capo della polizia-direttore generale della pubblica sicurezza e i vertici delle altre Forze di polizia adottano apposite

istruzioni attraverso cui i responsabili di ciascun presidio di polizia interessato, trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato all'autorità giudiziaria, indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale (...)".

La disposizione in parola, benché inserita tra i e meandri di quelle transitorie e finali di cui all'art. 18 del richiamato testo legislativo, aveva da subito rivelato, ai più attenti osservatori, la sua dirompente portata, suscitando non poche critiche e perplessità per via dei paventati timori, poi dimostratisi fondati, quanto al serio e concreto vulnus che essa avrebbe comportato sia per l'autonomia del PM sia per il segreto investigativo, stante l'innestato flusso collaterale di comunicazioni di esiti d'indagine da parte dei responsabili di ciascun presidio di polizia verso la propria scala gerarchica, oltre che alla

autorità giudiziaria (il PM), ed indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale.

I rischi connaturati all'apparentemente innocua disposizione erano evidenti, per vero, sin dalla prima ora, atteso che essa consentiva, di fatto, che un atto ancora nemmeno valutato dal PM potesse finire sulla scrivania di strutture direttamente dipendenti dal potere esecutivo senza, peraltro, alcun divieto per i vertici di dette strutture di riferirne all'autorità politica.

Enon minori perplessità aveva destato la circostanza per cui la delega al Governo contenuta nella legge 7.8.2015, n. 124, in tema di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche, non conteneva alcun principio da cui si sarebbe potuto far discendere la previsione (delegata) di cui al co. 5 del citato art. 18 (d.lgs. n. 177/2016), stridente, e con nitore, con i principi ed i doveri di segretezza delle indagini di cui al codice di procedura penale (né alcun altro significato, se non quello di una indicazione in deroga, poteva essere attribuito alla locuzione indipendentemente dagli obblighi prescritti dalle norme del codice di procedura penale).

La disposizione in questione, entrata in vigore il 13.9.2016, era stata pure oggetto di specifica circolare – emanata il 13.10.2016 - da parte del Capo della polizia (direttore generale della pubblica sicurezza); circolare con cui, oltre ad una pleonastica conferma del dettato legislativo, venivano tratteggiati i contenuti e le modalità operative del sancito obbligo di trasmissione con la specificazione che i superiori gerarchici avrebbero dovuto essere informati anche degli ulteriori sviluppi “di rilievo” delle indagini, sicché l'obbligo di trasmissione di cui sopra, coevo all'inoltro all'AG di una notizia di reato, non si esauriva all'atto dell'invio dell'informativa, ma involgeva, evidentemente, anche gli ulteriori sviluppi investigativi.

Le serie perplessità ed i dubbi che la disposizione aveva suscitato, anche quanto alla sua compatibilità col sistema costituzionale ed ordinamentale vigente, avevano indotto lo stesso CSM, nell'esercizio della facoltà di proposta legislativa riconosciutagli dall'art.

10, comma 2, legge n. 195/1958, a deliberare una proposta di modifica legislativa idonea a ricondurre la previsione medesima nell'alveo del predetto assetto costituzionale ed ordinamentale specie con riferimento alle funzioni ed alle prerogative del PM nonché al rapporto di dipendenza funzionale con esso della PG, oltre che al regime di autonomia e segretezza delle indagini preliminari.

Infatti, con la richiamata delibera consiliare del 14.6.2017 venivano evidenziate, a sostegno dell'avanzata proposta, talune criticità riassumibili nei termini che seguono.

Veniva rimarcato, in particolare, il fatto che nella delega conferita dal Parlamento non risultava enunciato, tra i criteri cui avrebbe dovuto attenersi il potere esecutivo nell'elaborazione dell'atto di normazione delegata, quello che aveva ispirato la disposizione dell'art. 18, comma 5, d.lgs. n. 177/2016, onde, in definitiva, l'introduzione della comunicazione ai vertici gerarchici della notizia relativa all'inoltro all'AG dell'informativa di reato (che senza indicazioni sul contenuto di detta notizia non avrebbe avuto alcun senso logico) risultava ascrivibile ad un'iniziativa dell'Esecutivo in sede di presentazione del decreto legislativo. Al riguardo, la Corte costituzionale nella sentenza n. 272/2012 (dichiarativa dell'incostituzionalità dell'art. 5, co. 5, d.lgs. n. 28/2010, che configurava come obbligatoria la mediazione finalizzata alla conciliazione), evidenziava che “Il controllo della conformità della norma delegata alla norma delegante richiede un confronto tra gli esiti di due processi ermeneutici paralleli, l'uno relativo alla norma che determina l'oggetto, i principi e i criteri direttivi della delega; l'altro relativo alla norma delegata da interpretare nel significato compatibile con questi ultimi”. La Consulta aveva affermato, quindi, che “Il contenuto della delega deve essere identificato tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, che costituiscono non solo base e limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata ...”,

precisando che “La delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega...” e aggiungendo che “... pertanto, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la ratio della delega, per verificare se la norma delegata sia con questa coerente (ex plurimis: sentenze n. 230 del 2010, n. 98 del 2008, nn. 340 e 170 del 2007)”.

Aveva chiarito, infine, che “... i principi e i criteri direttivi della legge di delegazione devono essere interpretati sia tenendo conto delle finalità ispiratrici della delega, sia verificando, nel silenzio del legislatore delegante sullo specifico tema, che le scelte del legislatore delegato non siano in contrasto con gli indirizzi generali della stessa legge delega (sentenza n. 341 del 2007, ordinanza n. 228 del 2005)”.

Nel caso specifico, alla stregua di quanto autorevolmente affermato dalla Corte, il CSM rilevava che nella citata legge delega, tra i criteri ed i principi direttivi enunciati all'art. 8, 1° comma, lett. a), non risultava esplicitata la previsione di una comunicazione alla propria “scala gerarchica” – da effettuarsi a cura dei responsabili di ciascun presidio di polizia – delle notizie relative all'inoltro all'AG delle informative di reato. Evidenziava, inoltre, il silenzio della

legge delega sul punto e l'assoluta eterogeneità delle materie in rilievo (i criteri cui avrebbe dovuto concretamente conformarsi il legislatore delegato afferivano alla “... razionalizzazione e potenziamento dell'efficacia delle funzioni di polizia anche in funzione di una migliore cooperazione sul territorio al fine di evitare sovrapposizioni di competenze e di favorire la gestione associata dei servizi strumentali”).

Del resto, la stessa ratio ispiratrice della delega, rivolta a soddisfare esigenze di semplificazione e razionalizzazione di uffici, servizi ed impiego di personale, ovvero ad un riordino settoriale delle funzioni di polizia di tutela dell'ambiente, del territorio e del mare con la conseguente

riorganizzazione del Corpo forestale dello Stato, rivelava tutta l'eccentricità della disposizione introdotta dall'Esecutivo.

Allo stesso CSM non sfuggiva, del resto, il profilo di grande rilevanza della stessa, atteso che con l'art. 18, co. 5, d.lgs. n. 177/2016 si era introdotta, a carico dei responsabili di ciascun presidio di polizia, una comunicazione in via gerarchica dell'avvenuto inoltro della notizia criminis all'AG, in collisione con le regole fondamentali - proiezione di precisi precetti costituzionali - in ordine al principio di obbligatorietà dell'azione penale ed allo statuto del PM e della PG. Chiara, più in dettaglio, la disarmonia tra detto obbligo di trasmissione ed il segreto investigativo, imposto dall'art. 329 c.p.p., oltre che con gli stessi principi di cui agli artt. 109 e 112 Cost., laddove è evidente, oltre che l'indipendenza funzionale del PM da ogni altro potere (in particolare da quello esecutivo), il nesso strumentale tra il principio di obbligatorietà dell'azione penale e la diretta disponibilità della polizia giudiziaria da parte dell'AG.

Sul punto è opportuno rammentare, poi, che la concreta declinazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale potrebbe essere sostanzialmente eluso dall'organizzazione di fatto impressa alla polizia giudiziaria, segmento di assoluta importanza dell'intero sistema dell'azione penale stante, tra gli altri possibili fattori, l'intuibile incidenza di scelte di politica giudiziaria compiute dagli organi di vertice della stessa PG, gerarchicamente dipendenti dal Governo e non assistiti dalle garanzie di autonomia e indipendenza che caratterizzano, invece, gli uffici del PM.

Non sembra un caso, allora, che la Corte costituzionale, sin dalla sentenza n. 94/1963, abbia affermato che l'art. 109 Cost., il quale conferisce all'AG il potere di disporre direttamente della polizia giudiziaria, trovi la sua piena giustificazione nelle superiori esigenze della funzione requirente e giudiziaria e nella necessità di garantire alla magistratura la più sicura e autonoma disponibilità dei mezzi d'indagine; con la successiva sentenza n. 114/1968, la Consulta ha inoltre precisato che “l'art.

109, a prescindere dalle sue possibili implicazioni di carattere organizzativo (...) ha comunque e per intanto il preciso e univoco significato (...) di istituire un rapporto di dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dall'autorità giudiziaria, escludendo interferenze di altri poteri nella condotta delle indagini, in modo che la direzione ne risulti effettivamente riservata alla autonoma iniziativa dell'autorità giudiziaria medesima".

Da quanto precede può agevolmente desumersi, allora, la distonia della disposizione in esame rispetto già all'assetto costituzionale della polizia giudiziaria, basato su un rapporto di dipendenza funzionale della stessa dall'AG, con esclusione di possibili interferenze di altri poteri nella conduzione delle indagini, sicché la comunicazione per via gerarchica delle

informazioni, introdotta dalla medesima legge senza alcun filtro o controllo del PM precedente, indirizzate peraltro anche a soggetti privi della qualifica di ufficiale di PG e che, per la loro posizione apicale, si connotano per rapporto di dipendenza organica dalle articolazioni del potere esecutivo, non poteva reputarsi in linea con le prerogative riconosciute al PM nell'esercizio dell'attività d'indagine, in quanto informazioni (coperte da segreto) portate a conoscenza di soggetti esterni al perimetro dell'indagine stessa, e non per determinazione del magistrato (come pure può accadere per necessità organizzative o logistiche delle indagini), ma per vincolo di legge, con il rischio che ne consegue di possibili interferenze nell'esercizio dell'azione penale. Ciò senza omettere di considerare che anche il richiamato obbligo del segreto investigativo è strumentale all'attuazione del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale, dell'efficacia della risposta giurisdizionale e dell'uguale soggezione di ogni cittadino alla legge. È in questo solco, dunque, che si colloca il conflitto di attribuzioni sollevato dal PM di Bari, il quale, col proprio ricorso del 19.7.2017, oltre ad aver evidenziato il sopra richiamato eccesso di delega nonché l'implicita e parziale abrogazione del segreto investigativo disposto dall'art. 329 c.p.p. («Gli atti

d'indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari»), la cui violazione è pure sanzionata dall'art. 326 c.p., ha ritenuto lese - dall'intervento normativo dell'Esecutivo - prerogative di rango costituzionale pertinenti all'AG requirente, con riferimento al principio di obbligatorietà dell'azione penale, ex art. 112 Cost., cui il segreto investigativo strettamente inerisce, nonché in relazione alla statuizione della diretta dipendenza funzionale della polizia giudiziaria dall'AG affermata dall'art. 109 Cost..

Del tutto pertinente, poi, il richiamo operato sempre dal PM di Bari al significato estremamente ambiguo dell'espressione "trasmettono alla propria scala gerarchica le notizie relative all'inoltro delle informative di reato", la cui interpretazione, quale che ne sia la latitudine, implicherebbe intuibili interferenze sulla conduzione delle indagini. Né, in senso contrario potrebbe valere il riferimento nella legge delega alle finalità di "evitare duplicazioni e sovrapposizioni", nonché di assicurare "una migliore cooperazione sul territorio al fine di evitare sovrapposizioni di competenze", poiché l'intervento "coordinante" della "gerarchia" si risolverebbe in una interferenza sulla conduzione delle indagini nell'ambito di un sistema giudiziario che, in materia di coordinamento finalizzato "ad evitare sovrapposizioni di competenze", prevede sempre l'affidamento di tali compiti alla sola AG (DNAA, DDA, Procura generale presso la Corte di Cassazione, Procure Generali presso le Corti di Appello, norme sulla competenza, conflitti positivi e negativi), al limite con la partecipazione meramente consultiva delle Forze di polizia.

Nonmenoeterodosso, poi, il riferimento alla "gestione associata dei servizi strumentali" contenuto nella medesima norma del legislatore delegante: se, come possibile, per servizi strumentali si dovevano intendere anche i mezzi investigativi più invasivi (per esempio intercettazioni di comunicazioni), va da sé che la scala gerarchica sarebbe stata in

tal modo legittimata a conoscerli, coordinarli ed addirittura a "gestirli in modo associato", sottraendo tale competenza al coordinamento nazionale della DNAA (cfr. sempre il ricorso del PM di Bari).

Al momento del presente contributo non risultano ancora depositate le motivazioni della decisione adottata dalla Consulta il 7 novembre scorso, tuttavia può ritenersi che la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disposizione di cui al citato art. 18, comma 5, d.lgs. n. 17/2016 abbia rinvenuto le proprie ragioni fondanti nell'eccesso di delega di cui si detto in una con la violazione delle prerogative riconosciute al PM dagli artt. 109 e 112 Cost.. ●



L'ISTITUZIONE DEL PROCURATORE EUROPEO E L'INDIPENDENZA ED AUTONOMIA DELLA MAGISTRATURA ITALIANA

Andrea Venegoni

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

INTRODUZIONE

A seguito della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, il 20 novembre 2017 è formalmente entrato in vigore il Regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea, o, come la stessa è generalmente indicata, anche negli studi italiani, l'EPPO (acronimo dell'espressione inglese "European Public Prosecutor's Office"). In quanto tale, esso è immediatamente efficace nei singoli Stati Membri senza bisogno di normativa di recepimento, e quindi lo stesso è oggi pienamente parte anche nel nostro sistema.

Ciò non significa, peraltro, che non vi sia bisogno di normativa nazionale per adeguare la nuova figura al nostro ordinamento, e valutarne la coesistenza con principi statali, a volte anche di natura costituzionale, trattandosi di innovazione non equiparabile a nulla di quanto esistito finora; al riguardo, gli organismi nazionali coinvolti nelle varie tematiche che l'introduzione della Procura Europea comporta (essenzialmente CSM e Ministero

della Giustizia), sono al lavoro proprio in queste settimane. È di pubblico dominio, per esempio, il fatto che il CSM abbia nei giorni scorsi licenziato un parere sul disegno di legge di delegazione europea che si è occupato della valutazione di vari aspetti del regolamento EPPO ed il loro impatto sul sistema nazionale.

UN PÒ DI STORIA

La novità è recentissima, ma, come spesso capita in questi casi, non è arrivata all'improvviso, essendo il frutto di studi e di lavori che si possono tranquillamente definire ultraventennali.

Per chi, infatti, ha avuto la voglia, o anche, più semplicemente, l'occasione di approfondire la materia cui l'EPPO appartiene – il diritto penale europeo per la protezione degli interessi finanziari dell'Unione -, il traguardo raggiunto oggi non è altro che il compimento di un percorso su uno dei temi più classici della stessa.

Non è semplice esprimere in due parole in cosa consista il diritto penale per la "protezione degli interessi finanziari dell'Unione Europea"; volendo

provare, comunque, si può dire che è il complesso della normativa che l'Unione ha adottato dopo il Trattato di Maastricht (1992) per tutelare il proprio bilancio attraverso misure penali per difenderlo dalle frodi.

Poiché, però, fino al Trattato di Lisbona (2009) l'Unione non era dotata di una esplicita competenza normativa penale "primaria", all'epoca la sua azione si limitava ad atti di armonizzazione del diritto penale sostanziale e processuale, per avvicinare le legislazioni dei vari Stati Membri.

Eppure, a livello accademico, già alla fine degli anni '90 del secolo scorso, si era ipotizzata, in questo specifico settore, la creazione di una sorta di mini sistema di diritto penale sostanziale e processuale europeo, consistente in definizioni comuni dei reati e nella creazione di un organismo inquirente giudiziario per lo svolgimento delle indagini a livello europeo e l'esercizio dell'azione penale.

Si tratta dello studio passato alla storia, almeno di questo ambito, con il nome impegnativo di "Corpus Iuris", condotto da un gruppo di accademici europei esperti della materia, provenienti da vari Stati dell'Unione, e coordinato dalla professoressa francese Mireille Delmas-Marty. Esso, tra il 1997 ed il 2000, produsse alcuni volumi contenenti non solo i dati dello studio ma anche una sorta di bozza di testo legislativo, che includeva quindi anche la struttura e le regole processuali di quella che avrebbe dovuto essere la Procura Europea.

Il progetto, in quel momento storico, non si tradusse in una proposta di testo normativo, e l'idea della creazione di una procura Europea sembrò per qualche tempo tramontata, per le vicissitudini politiche che anche in quegli anni attraversavano l'Unione.

Essa, però, non fu mai del tutto abbandonata e, infine, solo nel 2009, con l'approvazione del Trattato di Lisbona, trovò esplicito riconoscimento, per la prima volta, in un testo di diritto positivo, l'art. 86 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

La Commissione Europea ritornò, quindi, sull'argomento, elaborando una proposta di

regolamento, che vide la luce nel luglio 2013. Anche questa proposta fu preceduta da una serie di analisi e di studi, a livello accademico ma non solo, che, in qualche modo, ricordarono la prima fase, quella degli anni 1997-2000. In particolare, vale senz'altro la pena ricordare il nuovo e più complesso studio che fu condotto negli anni 2010-2012 (ed al quale, peraltro, la stessa attinse solo in parte), che radunò ancora alcuni dei maggiori esperti di diritto penale europeo, che condussero uno studio comparato sui sistemi processuali penali degli Stati Membri dell'UE, questa volta sotto il coordinamento della prof. Katalin Ligeti dell'Università del Lussemburgo, e che portò alla redazione di due voluminosi tomi dal titolo profetico "Toward a prosecutor for the European Union", Oxford, 2013, (Verso un procuratore per l'Unione Europea) e di "model rules" processuali di carattere europeo per le indagini del nuovo ufficio.

La proposta della Commissione del 2013 iniziò, poi, nell'ottobre di quello stesso anno, il suo iter legislativo presso le istituzioni europee, che si rivelò assai lungo e complesso, per essere approvata definitivamente, con profonde modifiche, nel 2017 ed essere pubblicata, come detto in apertura, nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione.

L'EPPO: COMPETENZA

In estrema sintesi, la Procura Europea avrà il compito di condurre le indagini ed esercitare l'azione penale sui reati che attentano agli interessi finanziari dell'Unione Europea.

Questi sono i reati che determinano minori entrate nel bilancio dell'Unione, o che fanno sì che le spese non raggiungano il proprio obiettivo.

Nel primo caso avremo così le condotte tendenti all'evasione dei diritti doganali, e le frodi in tema di iva, comprese le frodi carosello; nel secondo caso condotte qualificabili come frodi o appropriazioni ai danni dei fondi europei, ma anche la corruzione coinvolgente la gestione di denaro dell'Unione, così come il riciclaggio relativo ai suddetti reati, impedendo tale condotta il recupero da parte

dell'Unione dei soldi illecitamente sottratti.

Poiché, però, la competenza non sarà esclusiva, nel senso che, secondo il regolamento, residua un margine di competenza per gli Stati su tali reati, in base alla gravità delle offese, il testo prevede un complesso meccanismo per risolvere i possibili conflitti tra EPPO ed autorità nazionali.

L'estensione della competenza dell'EPPO ad ulteriori reati, quale, per esempio, il terrorismo, dovrà, invece, essere oggetto di nuove discussioni e richiederà una approvazione formale da parte delle istituzioni Europee.

LE INDAGINI DELL'EPPO

L'EPPO è un autentico ufficio di procura come lo intendiamo in Italia, con la caratteristica, però, di non operare su scala nazionale, ma europea. In tal senso, conducendo indagini penali, esso si distingue dai due principali organismi europei attualmente esistenti nel campo investigativo-penale dell'Unione: Eurojust e OLAF.

Dal primo perché, come noto, Eurojust è tuttora – anche dopo la recentissima approvazione del nuovo regolamento che ne disciplina funzione e poteri – un organismo di coordinamento delle indagini penali nazionali, e non ha quindi propri poteri investigativi. Inoltre, statisticamente, la sua attività di coordinamento è in gran parte focalizzata su reati diversi da quelli della "area PIF", dei quali si occupa solo in misura limitata.

Si differenzia dal secondo che, invece, conduce vere indagini specificamente nel campo della protezione degli interessi finanziari dell'Unione a livello europeo, perché queste sono di natura amministrativa, mentre quelle dell'EPPO saranno, come detto, indagini penali.

L'EPPO, quindi, rappresenta qualcosa di veramente innovativo e realizza, almeno in parte, quel progetto di creazione di una autentica area di giustizia penale all'interno dell'Unione che era uno degli obiettivi della stessa fin dalla sua istituzione con il Trattato di Maastricht.

Non a caso, la proposta della Commissione del 2013

conteneva una norma dal forte significato, secondo la quale, ai fini delle indagini penali dell'EPPO, il territorio degli Stati dell'Unione Europea che ne avrebbero fatto parte, sarebbe stato un'area unica (a single legal area). Certo, anche nella proposta tale principio non era accompagnato del tutto da regole processuali europee uniformi, ma essa rappresentava senz'altro un passo importante verso l'obiettivo di indagini penali senza frontiere all'interno della UE, senza necessità di ricorrere a rogatorie o, oggi, all'ordine investigativo europeo o al mandato di arresto europeo.

Tale norma, nella versione finale oggi in vigore è scomparsa. Tuttavia, come si accennerà in seguito, anche in quest'ultima permane il concetto dell'unicità dell'ufficio europeo, cioè i procuratori che ne fanno parte appartengono tutti, dovunque operino, all'ufficio europeo e non all'ufficio nazionale. In secondo luogo, nelle indagini dell'EPPO occorre in parte rivedere il concetto di "transnazionalità" delle stesse, intendendo per tale il fatto che l'indagine coinvolge Stati diversi, perché la nozione di "Stato diverso" è più sfumata a fronte dell'unità dell'ufficio investigativo, seppure non del tutto superata. Si parla, piuttosto, di indagini che coinvolgono procuratori che si trovano ad operare nel territorio di Stati diversi, fermo restando sempre il fatto che questi ultimi appartengono allo stesso ufficio, e quindi l'indagine è unitaria ed europea.

LA STRUTTURA

Per ottenere questo risultato, la struttura, seppure profondamente diversa da quella della proposta della Commissione del 2013, prevede un ufficio centrale, con sede in Lussemburgo, dove si troveranno il procuratore capo ed un procuratore europeo per ogni Stato partecipante.

A questo proposito, va anche ricordato che non tutti gli Stati dell'UE (non considerando ormai più il Regno Unito) hanno deciso di aderire all'EPPO; ne fanno parte, oggi, ventidue, con esclusione, al momento, di Svezia, Polonia ed Ungheria, oltre ad Irlanda e Danimarca, per le quali già il Trattato di

Lisbona ha previsto un regime speciale in materia di giustizia.

I procuratori dell'ufficio centrale avranno il compito di supervisionare le indagini. Queste ultime saranno condotte a livello decentrato dai singoli procuratori europei delegati. Questi non sono altro che magistrati nazionali, che agli effetti amministrativi continuano a rimanere tali, che, però, operativamente appartengono all'ufficio europeo. Le indagini da loro condotte non sono più, cioè, indagini nazionali, ma europee, anche quando riguarderanno reati commessi in un solo Stato.

LA LEGGE APPLICABILE

Ciascuna indagine, e qui sta tuttora il maggior limite dell'EPPO e la ragione per la quale si può dire che una autentica area comune di giustizia penale non è stata ancora completamente realizzata, sarà condotta secondo il diritto dello Stato in cui siede il procuratore che la ha aperta. Una indagine dell'EPPO aperta in Italia seguirà, quindi, il nostro codice di procedura penale.

Quando si tratterà di dover compiere atti al di fuori del territorio italiano, però, il procuratore delegato non farà più ricorso né all'ordine investigativo europeo, né, tantomeno, a rogatorie, ma assegnerà il compimento dell'atto al collega dell'EPPO che siede nel diverso territorio dove questo deve essere compiuto, e l'esecuzione contempererà *lex fori* e *lex loci*, anche ai fini della successiva utilizzabilità della prova in sede processuale. Un sistema, quindi, che se non realizza appieno la europeizzazione dell'indagine, intesa come compimento della stessa secondo regole unitarie europee, va comunque oltre gli attuali strumenti di cooperazione, anche il recente OIE. In tema di consegna delle persone, invece, continua a rimanere operante il mandato di arresto europeo.

LE DECISIONI NELLE INDAGINI

Il tutto avverrà, come detto, sotto la supervisione dei rispettivi procuratori dell'ufficio centrale. Le

decisioni rilevanti o finali sull'indagine (quali archiviazione, rinvio a giudizio, avocazione, assegnazione del caso alle autorità nazionali), poi, non saranno prese dal procuratore delegato, ma a livello centrale. A tal fine, i ventidue procuratori europei saranno suddivisi in "camere permanenti" che decideranno sulle richieste provenienti dai procuratori delegati. Potrà avvenire, quindi, che una richiesta di rinvio a giudizio in una indagine italiana sia decisa dalla camera permanente in cui siedono anche procuratori di altri Paesi, o, caso più estremo, da una camera permanente in cui siedono solo procuratori di altri Stati (ma dove il procuratore italiano sarà comunque sentito per l'apporto che può fornire in termini di conoscenza del sistema nazionale).

Questi restano gli aspetti su cui si possono nutrire i maggiori dubbi sul funzionamento dell'EPPO, sia per l'introduzione di un elemento di collegialità nelle decisioni sulle indagini penali, sia per la non appartenenza di coloro che decidono al sistema giuridico nel cui ambito l'indagine è stata svolta.

CONCLUSIONI

Tuttavia, i tempi per le riflessioni sono ormai terminati.

Completate le procedure di selezione del personale che stanno iniziando proprio in questi giorni con il bando per la nomina del procuratore capo, si prevede che a partire dal 2020 l'EPPO inizierà concretamente ad operare, ed allora la sua efficacia si vedrà sul campo.

Da essa potrebbe dipendere, in futuro, l'apertura di una nuova frontiera nelle indagini penali oppure, anche a seconda delle evoluzioni politiche all'interno dell'Unione, il fallimento della stessa.

In ogni caso, un momento di estremo interesse sotto più punti di vista è davanti a noi, e vale la pena viverlo con spirito costruttivo, anche per migliorare i difetti nelle novità in arrivo. Anche la magistratura italiana è chiamata a questo, e l'apporto che essa potrà dare, con il proprio bagaglio di esperienza, sarà essenziale per lo sviluppo di questo nuovo ufficio. ●



CULTURA E DIRITTO



DIRITTO E LETTERATURA: COSÌ VICINI, COSÌ LONTANI. SPUNTI DI RIFLESSIONE

Antonio Salvati

Ideatore ed organizzatore del Festival della Letteratura e del Diritto di Palmi

*È solo la letteratura che può allenarci a tenere in
esercizio la nostra capacità di piangere
Per chi non è uno di noi, per chi non è simile a noi*

Susan Sontag

Diritto e letteratura: due mondi così apparentemente lontani, eppure così vicini. Da un lato, l'universo della creazione artistica, del tutto privo di regole e precetti: se non, addirittura, insofferente a tutto ciò che sappia di vincolo, di dover essere o di dover fare. Dall'altro, il mondo delle leggi, che trova al contrario nella prescrizione dispositiva la propria stessa cifra esistenziale. Il crescente interesse per gli studi di *Law and Literature*, iniziati nelle università americane nel corso della prima metà del XX secolo ed ormai patrimonio di quasi tutte le facoltà di giurisprudenza, dimostra come questa contrapposizione sia ormai quasi del tutto¹ superata.

1 Parla infatti ancora di "ammirato stupore (...) di molti giuristi nel cogliere le potenzialità di arricchimento non solo intellettuale, culturale e morale, ma anche professionale che il contatto con la letteratura poteva loro offrire" G.FORTI, *Introduzione al volume Giustizia e Letteratura I – Milano, 2012, p.X, prima raccolta dei saggi*

La correlazione tra diritto e letteratura fa infatti ormai parte del bagaglio formativo del giurista in generale e del magistrato in particolare, come dimostra anche l'interesse crescente della Scuola Superiore della Magistratura per questa tematica: e questo, a partire dai corsi centrali su *Giustizia e comunicazione* fino ai corsi territoriali di formazione nazionale decentrata di Palmi, tenuti in occasione del locale Festival della Letteratura e del Diritto. Si discute quindi di *Law as Literature* e, sotto altro e diverso profilo, di *Law in Literature*². La prima corrente di studio, volta a studiare la nervatura del diritto, ovvero le sue strutture

frutto della pluriennale esperienza seminariale del Gruppo di Ricerca del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale (oggi Alta Scuola "Federico Stella" sulla Giustizia penale).

2 Per una compiuta ricostruzione storica dell'evoluzione del *Law and Literature Movement*, con ampie indicazioni bibliografiche, G.FORTI, *cit.*, p.XVI ss.

linguistiche e retoriche: il modo in cui il diritto “si esprime”.

La seconda, sorta ed affermata con lo scopo dichiarato di studiare le rappresentazioni del diritto nelle varie esperienze letterarie ed artistiche in modo da consentire al giurista un percorso di “umanizzazione e crescita etica”.

In questa ottica, lo studio del “diritto nella letteratura” consentirebbe a chi giudica di poter meglio “*percepire ed indagare la componente umana del diritto, spesso offuscata da un asettico formalismo e imprigionata in narrative ufficiali incapaci di dare voce – propriamente, di rendere giustizia – ai soggetti deboli, agli outsiders sociali*”³.

La letteratura – e quindi l’umanità – diviene in questo modo un vero e proprio correttivo umano ed umanitario del diritto, dell’amministrazione pratica della giustizia.

Ed è proprio questo secondo aspetto che ispira queste brevi note, all’insegna di un duplice, spero interessante interrogativo.

La letteratura ha davvero compreso il diritto? Ed ancora: serve davvero e, in caso di risposta positiva, a cosa serve, in concreto, la letteratura nella formazione professionale di un moderno magistrato?

LETTERATURA E DIRITTO: EQUITÀ VS NORMA

La risposta alla prima domanda, secondo me, è un chiaro e netto: no.

La letteratura quasi mai ha compreso il diritto⁴, se per “comprendere il diritto” intendiamo comprendere tutto ciò che c’è intorno ad una sentenza di un giudice: incluso il *quantum*, inevitabile, di soggettivo

e di imponderabile dovuto al semplice – ed ineliminabile, fino a prova contraria – duplice fatto che anche chi giudica è un essere umano, e che gli uomini non sono tutti uguali tra loro.

La letteratura quasi mai coglie questo profilo, dove si staglia – profilo drammatico ma poche volte, appunto, compiutamente approfondito – la solitudine del giudicante.

Un vero e proprio equilibrista di professione, quest’ultimo, continuamente in bilico tra la doverosa interpretazione tecnica della norma ed il peso (od il contrappeso) delle proprie idee, delle proprie esperienze, del proprio personale sistema di valori. Del proprio essere.

Questa tensione appare poche volte nella letteratura – e nelle rappresentazioni artistiche in generale – nella sua piena drammaticità.

Il perché è presto detto.

È l’inganno (la maledizione?) di Montesquieu: il giudice – il giudicare – viene più frequentemente visto come espressione necessitata, risultanza quasi matematica dello spirito della Legge.

Una *bouche de la loi* che spesso, se non sempre, viene mostrata come sprovvista di quell’umanità che è, al contrario, l’essenza stessa della letteratura, del romanzo, della poesia.

Il giudice ed il giudicare, quindi, vengono costantemente rappresentati in termini letterari come un semplice ingranaggio di un più grande meccanismo, dove l’uomo scompare alla vista dei propri simili, sperduto in un regno dominato dalla fredda tecnica giuridica: il processo.

Quest’ultimo, nella letteratura, è infatti molto spesso il luogo del diritto e non della giustizia *vera, giusta*, quest’ultima contrapposta alla giustizia formale, alla giustizia della legge.

Il luogo in cui ciò che è *realmente giusto* deve cedere il passo alla mera rappresentazione scenica della giustizia, al vuoto simulacro che rimanda il riflesso di quest’ultima ma senza la sua anima, il suo corpo, la sua carne.

Il luogo in cui chi ha ragione può perdere per un cavillo, per una scelta strategica sbagliata di un avvocato, per una distrazione di un giudice, per un

3 G.FORTI, cit., p.XVII.

4 Parla addirittura di “*avversione della poesia al diritto*” C.MAGRIS, *indicandone la causa nel fatto che il regno del diritto è la realtà drammatica dei conflitti tra simili e della stringente necessità di mediarli*: https://www.corriere.it/Primo_Piano/Spettacoli/2006/04_Aprile/15/magris1.html

atto di corruzione o di omaggio ad un potente.

Gli esempi non mancano, a cominciare dal processo al povero Shylock, l'eroe sconfitto de *Il mercante di Venezia*.

Un processo farsa, volutamente rappresentato da Shakespeare in termini assolutamente sbilanciati: un processo "a Shylock" in quanto ebreo, in quanto ricco, e non un giudizio sulla legittimità della pretesa contrattuale del protagonista, frutto di un patto che viene descritto come scellerato, inumano, crudele, ma che – in realtà – è frutto solo della tracotante convinzione di Antonio di non poter essere mai chiamato a rispondere del debito così come contratto⁵.

Un processo al termine del quale il cristiano vince, vince su tutta la linea, ingiustamente dal punto di vista etico (Antonio aveva pur contratto un debito, in fondo, solo per continuare a fare la bella vita) eppure in modo perfettamente in linea con il contenuto formale del contratto stesso ("a just pound" di carne: solo questo poteva prendere *the jew*, l'ebreo; non un grammo di più, e senza versare una sola stilla di sangue).

È la geniale inventiva di Shakespeare a mostrare come apparentemente giusto, come doveroso lieto fine, quello che in realtà è un mero artificio retorico che l'astuta Porzia sfrutta in proprio favore: e la misura dell'ingiustizia, travestita da giustizia formale, è data proprio dall'assurda sproporzione della condanna finale.

Shylock è costretto a convertirsi, metà dei suoi beni vanno ad Antonio, l'altra metà in anticipo di eredità alla figlia che nel frattempo è però fuggita con il poco limpido Lorenzo, che ha il solo merito di essere a sua volta cristiano.

Sulla stessa riga, anche se interamente giocato al di fuori di un'aula processuale, il duello morale tra Porfirij Ivanovic e Raskolnikov in *Delitto e castigo*

di Dostoevskij.

A dispetto di una lettura finale della vicenda che sembra segnare l'affermazione della giustizia, la figura del giudice istruttore si pone infatti a ben vedere in piena antitesi con i principi ed i valori della cultura giudiziaria moderna.

Porfirij Ivanovic non è un giudice istruttore, ma un filosofo che penetra nell'animo di Raskolnikov, lo comprende, per certi versi lo giustifica e, disinteressandosi di ogni regola, di ogni procedura (ed anzi, ridicolizzando regole e procedure in un celebre passo del romanzo), ingaggia con lui un duello che è teologico, morale, in definitiva: umano. Non giuridico. E, per Dostoevskij, umano – e vincente - proprio perché non giuridico.

La giustizia si afferma infatti, nella visione dostoevskiana, attraverso la parabola di Lazzaro, l'invito alla resurrezione di una nuova vita (incarnata da Sonja, la prostituta che segue l'omicida Raskolnikov nella detenzione in Siberia), nel messaggio del Cristo, e non certo sulla base del contratto sociale, delle regole di procedura, delle fattispecie astratte, del rispetto della legge scritta. È un finale bellissimo, commovente, che ricorda la conclusione di quello che secondo me è il vero capolavoro di Dostoevskij – *La leggenda del Grande Inquisitore* -, il bacio del Cristo risorto che annulla tutto ciò che esiste di limitato, parziale, finito, sbagliato nella natura umana.

Momento – appunto - bellissimo, commovente, ma che a mio avviso segna proprio nell'esibizione della propria umanità *oltre le regole e nonostante le regole* l'irredimibile sconfitta della giustizia degli uomini.

Si potrebbe continuare, passando dal caso Dreyfus⁶ e dall'impatto che ebbe sull'opinione pubblica e sulla produzione letteraria dell'epoca fino ad arrivare, inevitabilmente e meravigliosamente, a Kafka: ma non tanto e non solo al suo *Processo*, ma a quel capolavoro che è il racconto *Davanti alla legge*.

La triste parabola del contadino che trascorre la

5 Sul punto si segnala per acume e completezza il saggio di F.D'ALESSANDRO, *La discriminazione su base razziale nell'opera di Shakespeare: giudizi e pregiudizi ancora attuali*, *Giustizia e Letteratura I – Milano, 2012, p.32 ss.*

6 In argomento, R.DANOVI, *Il senso della giustizia. L'affare Dreyfus e altri casi tra letteratura e storia*, *Giustizia e Letteratura I – Milano, 2012, p.143 ss.*

sua vita nell'inutile attesa che il feroce guardiano gli consenta l'accesso alla porta della Giustizia, della sua Giustizia, rappresenta meglio di ogni altra opera letteraria la tendenziale negatività della rappresentazione del diritto nella letteratura.

Fatta la tara a tutte le possibili diverse interpretazioni che vedono di volta in volta nella Legge irraggiungibile lo stesso Dio, se non il Senso Ultimo Comune delle cose (*"tutta l'opera di Kafka sta nell'obbligare il lettore a rileggere"*: parole di Albert Camus), è infatti evidente come l'impossibilità del contadino di accedere alle stanze che pure riesce ad intravedere nella lunga teoria di porte che gli si aprono davanti può essere letta come l'impossibilità dell'uomo – e della giustizia umana – di accedere, congiungendosi, alla giustizia "vera", allo *jus naturale*. Divino o meno che sia, nella sua origine.

Non è che con la poesia le cose vadano meglio, e basta recitare alcuni versi dell'*Antologia di Spoon River* di Edgar Lee Masters per rendersene conto.

*Io vidi una donna bellissima, con gli occhi bendati
ritta sui gradini di un tempio marmoreo.*

*Una gran folla le passava dinanzi,
alzando al suo volto il volto implorante.*

Nella sinistra impugnava una spada.

*Brandiva questa spada,
colpendo ora un bimbo, ora un operaio,
ora una donna che tentava di ritrarsi, ora un folle.*

*Nella destra teneva una bilancia,
nella bilancia venivano gettate monete d'oro
da coloro che schivavano i colpi di spada.*

La contrapposizione tra giustizia ed equità, tra giustizia tecnica e giustizia vera è quindi una costante letteraria.

È tuttavia una costante parziale, incompleta, erronea. Incapace di raccontare, di trasmettere al di fuori del microcosmo dei palazzi di giustizia l'enorme complessità – anzi, l'inumanità – del giudicare.

Si può quindi affermare che la letteratura abbia spesso perso il contatto con il reale significato del giudicare, della giustizia.

Si è limitata a porre dinanzi a quest'ultima – fondamentalmente, dinanzi al giudice – un obiettivo semplicemente irraggiungibile: una giustizia vera,

una giustizia *umana* che, semplicemente, non esiste, se per essa intendiamo una giustizia *altra* e *diversa* rispetto a quella che l'interpretazione costituzionalmente orientata della norma consente. Anche se si tratta di un film e non di un romanzo, una citazione renderà chiaro quel che intendo. È tratta da un film di Sidney Lumet del 1957, *La parola ai giurati*. Afferma uno dei personaggi della pellicola: *"quante volte abbiamo sperato che il giudice sappia leggere al di là degli schemi, oltre la stessa capacità di rappresentare gli eventi. Perché non è possibile che la giustizia dipenda dall'accidentalità delle cose, dal balbettio del difensore, dall'ignoranza dell'incolpato, dal ricordo del testimone, dal giudizio del consulente, dalla diligenza degli indagatori. E possiamo anche ammettere che in alcuni casi – per esempio, nella scherma o negli scacchi, nel calcio o nel nuoto – possano prevalere le capacità delle parti, ma non quando si giudica sui diritti degli altri o addirittura sul bene della vita. Qui deve vincere la giustizia, sempre, non la variabilità degli schemi, non la capacità del difensore o l'incapacità del giudice"*.

La distanza tra arte, letteratura e giustizia (e quindi, tra quest'ultima e la rappresentazione che ne viene fornita nell'arte e nella letteratura) non potrebbe essere rappresentata in modo più ampio, più dolorosamente evidente.

Probabilmente – e sia chiaro che è una provocazione, non un invito - questa distanza può essere colmata solo da libri scritti da magistrati.

Solo chi valuta e pesa tutti i giorni le azioni dei propri simili può descrivere con onestà, con crudo candore il significato ultimo del giudicare come attività *"vista con occhi umani"*: l'impossibilità di una certezza assoluta, il peso del dubbio, il ruolo del contesto sociale ed umano, anche familiare, nel "lavoro" di tutti i giorni.

Un romanzo del genere, in realtà, è stato scritto – anche se non dispero, ovviamente, di trovarne altri. Ed è, appunto, *"Diario di un giudice"*, di Dante Troisi. E qui ogni ulteriore commento è davvero superfluo, dato che si tratta di un libro la cui lettura è secondo me addirittura doverosa per chi ha come compito quotidiano l'amministrazione della giustizia terrena.

A COSA SERVE LA LETTERATURA AD UN MAGISTRATO?

Se la letteratura non riesce sempre (o meglio, quasi mai sembra riuscire) a cogliere la reale essenza della giustizia e del diritto, siamo quindi destinati a concludere che nella formazione umana e professionale del magistrato le “buone letture” possono valere al più come svago, od al massimo come semplice allenamento stilistico allo scrivere chiaro ed alla chiarezza espositiva?

Ancora una volta, la mia risposta è: no.

Guardare al diritto ed all'amministrazione della giustizia attraverso le lenti della letteratura ha una ricaduta pratica per il lavoro quotidiano del magistrato che va molto oltre questo, e persino oltre la capacità all'empatia che – seppur giustamente - Susan Sontag richiama come valore fondamentale dell'essere umano.

La letteratura “entra” nella vita quotidiana del giudice molto più di quanto non si creda.

Una sentenza altro non è, in fondo, che il racconto di una vicenda umana corredato da una sua valutazione finale in termini giuridici.

Se questo è vero – e lo è, almeno per me - la motivazione del provvedimento è sicuramente un (necessario) strumento di controllo sociale sul potere giudiziario, ma è anche e soprattutto una “cartina di tornasole” della stessa validità in diritto della pronuncia: anche e soprattutto in termini di autovalutazione.

Credo sia infatti esperienza condivisa il rilievo per cui se quello che si scrive nella sentenza non fila, se viene espresso con difficoltà e con periodi complessi ed involuti, probabilmente va rivisto anche e soprattutto sul piano tecnico, in diritto.

L'abitudine all'autovalutazione strutturale, e quindi per così dire letteraria, del testo del provvedimento diventa così espressione di un ben preciso dovere del giudice: quello di controllare e ricontrollare fino alla piena convinzione dell'interpretazione sostenuta quella decisione che altro non è che un fulmine scagliato nel campo - e nella vita - di un proprio simile.

Ma c'è di più: e, per comprenderlo, partiamo ancora una volta da Kafka.

Il peccato capitale dell'uomo, secondo l'immenso praghese, è l'impazienza.

Più precisamente, negli *Aforismi di Zurau* si legge che *“negli uomini ci sono due peccati capitali, da cui derivano tutti gli altri: impazienza e negligenza. Per l'impazienza sono stati cacciati dal Paradiso, per la negligenza non vi tornano. Ma forse c'è un solo peccato capitale: l'impazienza. Per l'impazienza sono stati cacciati, per l'impazienza non ritornano”*

Se l'impazienza è il peccato fondamentale dell'uomo, essa lo è ancora di più per il giudice: anzi, è l'unico peccato *realmente imperdonabile* per chi è chiamato ad esercitare la giustizia degli uomini, tra gli uomini.

L'impazienza del giudice assume vesti molteplici, tutte disastrose per chi viene colpito dai suoi effetti: dalla fretta nella lettura degli atti – molte volte imposta, ma non giustificata, da carichi e condizioni di lavoro insostenibili – all'imprecisione nella redazione di un provvedimento, che rende difficile la sua comprensione e, con questa, l'esercizio del diritto costituzionalmente garantito alla difesa da parte di chi ne è destinatario.

Personalmente, temo – a partire ovviamente dalla mia persona, dalla mia esperienza personale – quell'ulteriore, diversa, sottile forma di impazienza che si manifesta nella convinzione di aver individuato la corretta interpretazione giuridica di un fatto o di una norma in prima battuta, in prima lettura.

Dalla lettura del primo atto processuale.

Una sorta di pre-giudizio, quindi, che può portare – inconsiamente, e quindi in modo ancor più subdolo - ad interpretare nell'ottica di questa intuizione originaria ogni successivo passaggio fattuale, ogni pronuncia giurisprudenziale attinente: inevitabilmente confermando e rafforzando la prima ed immediata ricostruzione fino a cristallizzarla in un provvedimento decisorio.

Una sorta di autonegazione, silente ed indotta, del diritto-dovere del magistrato al dubbio sull'esito della controversia fino all'attimo prima in cui si appone la firma in calce alla sentenza.

La letteratura – meglio: l'amore per la letteratura - può fare molto, in questo senso.

È vero che tra i diritti fondamentali del lettore Daniel Pennac enumera espressamente il diritto di non finire un libro che non ci è piaciuto.

È altrettanto vero, però, che il lettore appassionato che si trova tra le mani un romanzo che non lo colpisce fin dalle prime pagine, e che anzi risulta faticoso se non addirittura noioso nel prosieguo, cerca di fare di tutto per continuarne la lettura, fino alla fine: nella speranza che proprio quella pagina successiva possa rivelare segreti e tesori nascosti che andrebbero irrimediabilmente persi, una volta riposto il libro su di uno scaffale.

Questa, secondo me, è la vera lezione pratica – meglio: il vero esercizio quotidiano – che la letteratura può regalare al giudice: leggere tutto, e leggere ogni pagina come fosse la prima, pronto a cambiare idea ed a rivisitare il senso tutto della decisione da prendere anche all'ultima parola dell'ultima riga dell'ultimo atto processuale.

Se esiste una strada, un modo, per cui la letteratura può rendere più umana la giustizia è questo: ridurre il rischio dell'arbitrio del giudice non tanto moltiplicandone l'umanità, ma ricordandogli il suo destino, la sua – se volete – missione: quella di essere una categoria speciale di scrittore, tenuto a scrivere – e tanto, ed a lungo, e su tutto – con l'obbligo però di non far trasparire nulla di sé in ciò che scrive. ●



ASSOCIAZIONE
NAZIONALE
MAGISTRATI

anm 

Palazzo di Giustizia
Piazza Cavour
00193 Roma



www.associazionemagistrati.it

Seguici online su:



www.associazionemagistrati.it



Associazione Nazionale Magistrati



[/associazionenazionalemagistrati](https://www.facebook.com/associazionenazionalemagistrati)



AN Magistrati



[@ANMagistrati](https://twitter.com/ANMagistrati)



[@anmagistrati](https://www.pinterest.com/anmagistrati)