



Osservatorio della Camera Penale di Cosenza

**“Corte Costituzionale
e processo penale”**

istituito con Delibera della Camera Penale di Cosenza del 21 Novembre 2016

Presidente Camera Penale “Fausto Gullo”

Avv. Antonio Feraco

Referente del Direttivo Camera Penale

Avv. Nicola Carratelli

**Responsabile Osservatorio Corte Costituzionale e
Processo Penale**

Avv. Amelia Ferrari

Coordinatore

Avv. Pietro Sammarco

Componenti dell’Osservatorio

Avv. Germana Bruni

Dott.ssa Alessia Celestino

Avv. Pasquale Filippelli

Avv. Santo Orrico

Avv. Vanessa Piluso

Avv. Evy Reda

Avv. Ilaria Salerno

Avv. Federica Sicilia

Avv. Anna Spada

Dott. Pierpaolo Turco

INDICE

- LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITA' DELL'ART. 73,
COMMA 1, D.P.R. 309/1990
- LA LEGGE 40/2004
- SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE N° 12 ANNO 2016
- SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE N° 184/2015
- EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI 41-BIS
- DISPOSIZIONI A TUTELA DEI MINORI PER LA PREVENZIONE ED
IL CONTRASTO DEL FENOMENO DEL CYBERBULLISMO.
LEGGE N. 71 29 MAGGIO 2017 (G.U. 3 GIUGNO 2017, N.127)

LA QUESTIONE DI COSTITUZIONALITA' DELL'ART. 73,
COMMA 1, D.P.R. 309/1990

L'attuale cornice sanzionatoria della fattispecie principale dell'art. 73 D.P.R. 309/1990 è stata di recente oggetto di attenzione da parte del Giudice delle Leggi.

La questione di costituzionalità veniva sollevata con l'ordinanza n. 1418/2017 della Corte di Cassazione che trasmetteva gli atti alla Corte Costituzionale ritenendo non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 73, comma 1, D.P.R. 309/1990, come risultante a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte Costituzionale, quanto alla pena minima edittale, per contrasto con gli artt. 3, 25 e 27 della Costituzione.

Il giudizio a quo che dava origine alla suddetta ordinanza riguardava il ricorso avverso una sentenza del GUP presso il Tribunale di Imperia che aveva condannato un imputato per due violazioni dell'art. 73, comma 1, D.P.R. 309/1990 previa riqualificazione del fatto in quello di lieve entità di cui al comma 5 della medesima disposizione legislativa.

Proprio tale riqualificazione era oggetto di doglianza da parte del Pubblico Ministero di Imperia che proponeva ricorso per Cassazione avverso la decisione del GUP sul presupposto che la quantità di stupefacente (il capo A) dell'imputazione aveva ad oggetto la detenzione di 23 ovuli contenenti 10,07 grammi di eroina, di cui 3773 mg di eroina-base pari a circa 150 dosi singole da 25 mg e il capo B) 130 cessioni ad un primo acquirente e 14° ad un secondo acquirente di mezzo grammo di eroina per ogni cessione per il corrispettivo di 40 euro a cessione), le modalità dell'azione, la cadenza ravvicinata delle cessioni, l'inserimento dell'imputato in una rete organizzata di distribuzione, l'abitudine e la serialità dell'attività di spaccio non consentissero di inquadrare il fatto-reato nella

fattispecie di cui al comma V dell’art. 73 D.P.R. 309/1990.

Argomentazioni accolte dalla Suprema Corte che, richiamando i principi già espressi in tema di fattispecie di lieve entità, riteneva scorretta la riqualificazione operata dal GUP di Imperia e valorizzava l’argomentare del Pubblico Ministero.

La Corte riteneva, altresì, rilevante - anche alla luce dei presupposti che consentivano di inquadrare la fattispecie nell’ipotesi principale di cui all’art 73 - la questione di costituzionalità in relazione al trattamento sanzionatorio previsto a seguito della declaratoria di incostituzionalità della Legge cd. “Fini-Giovanardi” ed il conseguente ritorno in vigore della precedente cornice edittale che prevedeva una pena da 8 a 20 anni e non più una pena da 6 a 20 anni.

Proprio tale minimo edittale (pari ad 8 anni di reclusione) appariva a giudizio della Suprema Corte non conforme al dettato costituzionale poiché si discostava in maniera rilevante e non proporzionata rispetto alla cornice sanzionatoria della fattispecie di lieve entità (pena della reclusione da sei mesi a quattro anni) e costringendo il giudice - che non ravvisasse gli estremi della lieve entità ma che volesse contenere la pena nel minimo edittale - a partire da una pena minima di 8 anni di reclusione e non già di 6 anni come nella precedente formulazione.

Tale argomentazione era sostenuta dal rimettente per giustificare l’attinenza della questione con il giudizio a quo accanto a quella della non manifesta infondatezza che derivava dal ritenuto contrasto del nuovo minimo edittale con il principio della riserva di legge penale sancito dall’art. 25, comma 2, della Costituzione.

In sostanza il Supremo Collegio - richiamando principi espressi dalla stessa Corte Costituzionale - riteneva violato il principio della riserva di legge penale laddove la Corte Costituzionale avesse pronunciato - come proprio nel caso della sentenza 32/2014 in relazione alle sostanze stupefacenti - l’incostituzionalità *in malam partem* di una norma con la quale il Legislatore fosse intervenuto per modificare la

risposta sanzionatoria (abbassando il minimo edittale e lasciando invariato il massimo) per una migliore modulazione della risposta sanzionatoria delle condotte e l'applicazione di una pena più adeguata al caso di specie.

In particolare riteneva che tale principio dovesse trovare applicazione laddove la pronuncia di incostituzionalità concernesse una norma favorevole adottata dal Parlamento con vizio procedurale di formazione (nel caso di specie la sentenza n. 32/2014 aveva espunto dall'ordinamento l'art. 4bis del D.L. n. 272/2005 convertito con la legge n. 49/2006 poiché introdotto in violazione dell'art 77, comma 2, della Costituzione per disomogeneità tra il contenuto del decreto legge e la successiva legge di conversione).

Il rimettente sottolineava come la stessa Corte Costituzionale (in particolare nella sentenza n. 394/2006) avesse chiarito come lo scrutinio di costituzionalità fosse consentito solo per le norme favorevoli cd. “in senso stretto” ovvero quelle norme che sottraggono una certa classe di soggetti o di condotte all'ambito di applicazione di un'altra norma e non anche per quelle norme favorevoli che restringono il perimetro dell'incriminazione, circoscrivono l'ambito della punibilità, introducono una causa di giustificazione ovvero affievoliscono la sanzione già comminata sulla base di “*una valutazione legislativa in termini di meritevolezza ovvero di bisogno di pena, idonea a caratterizzare una precisa scelta politico-criminale*”.

Rilevava ancora il remittente come la norma favorevole in esame - benché adottata in violazione di dell'art. 77, comma 2, della Costituzione - fosse in ogni caso emanazione del Parlamento, organo costituzionale cui spetta in via esclusiva di legiferare in materia penale e non già da parte del Governo come nel caso di eccesso di delega. Se in quest'ultimo caso non può essere invocato il principio della riserva di legge di cui all'art. 25, comma 2, Cost. poiché il Governo è privo di un potere normativo “originario” di contro tale principio deve richiamarsi e deve prevalere anche su un possibile vizio procedurale laddove l'esercizio della funzione

legislativa riguardi il Parlamento, organo costituzionalmente vocato alla formazione delle leggi.

Il Collegio rimettente riteneva, in sintesi, che ferma restante l’incostituzionalità del “famoso” art. 4-bis della legge Fini-Giovanardi per violazione dell’art. 77, comma 2, Cost. il ripristino della disciplina anteriormente in vigore fosse precluso in riferimento al minimo edittale di otto anni di reclusione poiché trattasi di disposizione *in malam partem* la cui re- introduzione nell’ordinamento avrebbe violato il principio della riserva di legge sancito dall’art. 25, comma 2, Cost.

Accanto a tale profilo si ribadiva l’irragionevolezza del trattamento sanzionatorio dell’art. 73, comma 1, D.P.R. 309/90 se raffrontato alla pena prevista per la fattispecie di lieve entità ed in ragione di ciò se ne rilevava il contrasto con il principio di proporzionalità a norma degli art. 3 e 27 della Costituzione.

Tale sproporzione si sarebbe manifestata in quei casi di non rilevante gravità ma non sussumibili nell’ipotesi di cui al comma V e per i quali il Giudice avrebbe contenuto la pena nel minimo edittale. Minimo edittale (8 anni) irragionevole e sproporzionato rispetto al reale disvalore della condotta e soprattutto addirittura di quattro anni più alto rispetto al massimo previsto per l’ipotesi di lieve entità (4 anni).

La Corte Costituzionale esaminava le questioni rimesse al suo vaglio e pronunciava in data 6 giugno 2017 l’ordinanza n. 184/2017 con la quale dichiarava la manifesta inammissibilità delle stesse.

Con brevissime ma pregnanti considerazioni i Giudici delle Leggi smontavano di rilevanza la questione posta dalla Suprema Corte di Cassazione con l’ordinanza di rimessione.

Sostenevano, in primis, come ai sensi della Legge n. 87/1953 ai fini del giudizio di ammissibilità della questione fosse indispensabile che il giudizio a quo non potesse essere definito indipendentemente dalla risoluzione della questione e che la

stessa questione debba concernere una disciplina normativa rilevante in quella fase certa del giudizio.

I giudici delle Leggi ritenevano che nella fattispecie le questioni sollevate non fossero rilevanti nel giudizio innanzi la corte di cassazione in quanto la stessa non avrebbe dovuto fare applicazione della norma censurata spettando all'eventuale giudice di rinvio (in caso di annullamento con rinvio del giudizio a quo) la rideterminazione della pena o la diversa qualificazione del fatto.

La Corte riteneva contraddittoria l'ordinanza di rimessione laddove da un lato considerava le sentenze della Corte Costituzionale fonti di diritto equiparate alla legge e dall'altro la sentenza n 32/2014 non equiparabile alla legge poiché in contrasto con il principio della riserva di legge in materia penale sancito dall'art. 25, comma 2, Cost. e considerava, altresì, la questione sollevata un improprio mezzo di impugnazione di altra decisione della Corte Costituzionale che violava il principio di cui all'art. 137 Cost. secondo cui avverso le decisioni della Corte Costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione.

Riguardo alle censure sollevate in relazione agli artt. 3 e 27 della Costituzione la Corte riteneva inammissibile la questione anche per incompleta ed erronea ricostruzione del quadro normativo in quanto la differenza esistente tra le pene di cui al V comma e quelle di cui alla fattispecie principale dell'art. 73 non deriverebbe esclusivamente dall'intervento della sentenza n. 32 ma sarebbe frutto di altri interventi del legislatore, precedenti e successivi alla predetta declaratoria di incostituzionalità.

Occorre sottolineare come tale ultima pronuncia del Giudice delle Leggi - attesa dagli operatori del diritto in ragione della relevantissime conseguenze che una declaratoria di incostituzionalità del minimo edittale oggi vigente avrebbe comportato sui procedimenti in corso e non solo - non preclude la possibilità che altra simile questione possa essere riproposta al fine di sottolineare la palese

sproporzione e tra il massimo edittale della fattispecie di lieve entità ed il minimo della fattispecie principale di cui all'art. 73, comma 1, D.P.R. 309/1990.

È evidente, infatti, come la principale ragione che ha spinto la Corte a ritenere la questione inammissibile sia consistita nella mancata rilevanza che la stessa avrebbe avuto nella definizione del procedimento a quo che concerneva la sussumibilità del fatto concreto nella fattispecie astratta di detenzione e spaccio di lieve o rilevante entità e non verteva su questioni inerenti alla pena da applicare.

Si ritiene - in prospettiva *de jure condendo* - che a tale evidente difetto di coordinamento e sproporzione tra le risposte sanzionatorie di fatti (quello lieve e quello principale) i cui confini sono - in molti casi - labili debba necessariamente porre fine il Legislatore attraverso un intervento di modifica che armonizzi le cornici delle pene edittali.

La Legge 40/2004

La legge 40/2004, nonostante abbia dato adito ad innumerevoli contrasti dottrinali e giurisprudenziali, si prefiggeva due obiettivi ideologici fondamentali: quello di garantire all’embrione una posizione giuridica preminente rispetto a quella della coppia e quello di affermare definitivamente nel nostro ordinamento la legittimità di un solo modello di famiglia, costituito dalla coppia stabile ed eterosessuale, possibilmente coniugata.

A distanza di oltre un decennio risulta chiaro che dietro la questione della soggettività dell’embrione e non solo, si celasse in realtà un vero e proprio sfavore del legislatore per il ricorso alle tecniche di procreazione assistita. Sfavore superato grazie anche all’intervento della Corte Costituzionale, la quale ha stabilito i confini di liceità di tale tecnica, armonizzandoli con i principi costituzionali.

E’ nostro interesse, ripercorrere succintamente alcuni punti chiave della legge in esame ed alcuni passi riportati dalle pronunce giurisprudenziali meno recenti, al fine di meglio comprendere come si sia giunti alle pronunce della Consulta, avvalorate dalla Corte di Strasburgo, esaminate nel lavoro precedente.

L’art.1 della legge sulla procreazione assistita delimita preliminarmente l’area entro la quale è consentito il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, definita dalle “condizioni e dalle modalità previste dalla legge”. Posto questo confine, lo stesso articolo pone anche un ulteriore limite, individuato nella finalità “di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana”. Disposizioni successive si muovono in coerenza con tale norma, consentendo il ricorso alle tecniche solo “qualora non

vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità” (art.1, co. 2) e ponendo come presupposto di accesso “l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione”. All'interno di questa area la praticabilità delle tecniche è limitata ai “casi di sterilità o di infertilità documentate da atto medico” oppure di “sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico” (art.4).

Il legislatore scelse, dunque, di precludere l'accesso alle tecniche di fecondazione assistita alle coppie non sterili, ma portatrici di malattie genetiche.

L'art. 5 limita ulteriormente il campo in cui è possibile fare ricorso alla procreazione assistita fissando i requisiti soggettivi. L'accesso è garantito solo alle coppie, maggiorenni, eterosessuali, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile.

L'art. 4, comma 3, vieta, inoltre, il ricorso a gameti maschili o femminili provenienti da soggetto estraneo alla coppia stessa.

Richiamati in sintesi alcuni dei tratti salienti della normativa si analizzeranno alcune sentenze significative, che hanno sicuramente dato impulso ai Tribunali di merito di tempi più recenti, a sollevare le questioni di legittimità costituzionale analizzate nei lavori svolti in precedenza.

Il Tribunale di Catania, 3 maggio 2004 ha negato la facoltà dell'effettuazione di diagnosi finalizzate alla selezione di embrioni formati con materiale di soggetti portatori di malattia genetica, onde attuare il trasferimento nell'utero solo di quelli sani.

Nel caso di specie, i ricorrenti, affetti da betatalassemia, dopo aver dato il consenso ad attuare una procedura di procreazione medicalmente assistita nel rispetto delle disposizioni della vigente legge, avevano chiesto al medico di voler disporre una diagnosi genetica preimpianto, affinché si procedesse al trasferimento esclusivamente di embrioni sani, facendo rilevare che la donna,

nell'ipotesi in cui il feto fosse poi risultato malato, avrebbe comunque fatto ricorso all'aborto.

Il giudice, dopo ampia motivazione condotta anche sulla scorta dei lavori preparatori, ha ritenuto che la richiesta si ponesse in contrasto con norme imperative. Egli ha altresì ritenuto infondate le prospettate questioni di costituzionalità sollevate con riferimento agli articoli 2, 3 e 32 Cost., evidenziando a tale riguardo come non sussista la denunciata illogicità conseguente all'inserimento nel primo comma dell'art. 14 l. 40 dell'espressione «fermo restando quanto previsto dalla legge 22 maggio 1978, n. 194», norma che i ricorrenti invocavano anche quale possibile mezzo interpretativo in favore dell'accoglimento della richiesta.

I ricorrenti ritenevano che, poiché la legge n. 194 riconosce alla donna il diritto di procedere all'interruzione della gravidanza in presenza di anomalie o malformazioni del concepito, e poiché tale normativa era stata elaborata quando le conoscenze scientifiche non consentivano la diagnosi delle malformazioni in una fase anteriore alla gravidanza, dovesse procedersi ad una lettura dell'art. 14 che non conducesse ad una disciplina diversa di casi simili, violando il criterio costituzionale di ragionevolezza.

Il giudice non ha però seguito tale indirizzo, sottolineando il carattere esclusivamente terapeutico dell'aborto, che la legge consente sempre con riferimento alla salute fisica o psichica della madre, e che quindi è configurato quale diritto che sorge solo dopo l'instaurarsi della gravidanza e con riferimento non alle condizioni della nascituro, ma della madre.

Il Tribunale di Roma 23 febbraio 2005 ha rigettato la richiesta di provvedimento d'urgenza avanzata da una coppia che aveva fatto ricorso a tecniche di procreazione assistita, e che aveva chiesto procedersi alla crioconservazione degli ovociti fecondati e non utilizzati, al fine di aumentare la possibilità di successo della terapia. Il Tribunale ha infatti ritenuto che nel divieto di crioconservazione

degli embrioni, previsto dall'art. 14 l. n. 40 del 2004, devono ritenersi ricompresi anche gli ovociti fecondati.

Il tema è stato affrontato, anche dal Tribunale di Cagliari il quale, con due distinte pronunce ha ordinato in via di urgenza di procedere alle pratiche di interruzione parziale della gravidanza.

Nei casi di specie, due donne in attesa di gemelli (di cui una a seguito di p.m.a.) si erano rivolte alla struttura sanitaria per procedere all'aborto, limitatamente ad un feto, affetto da betatalassemia. Il medico rifiutava l'intervento, ritenendo la richiesta in contrasto con la legge sulla procreazione assistita (art. 14). Il giudice adito, accogliendo le istanze delle ricorrenti, ha invece ordinato al medico di procedere all'aborto, argomentando dall'inciso dell'art. 14, comma 1, che fa salva l'applicazione della legge sull'interruzione della gravidanza; la nuova normativa ha instaurato una sorta di "doppio regime", cosicché, mentre non è possibile alcuna soppressione degli embrioni nel periodo precedente al trasferimento, è però consentita la soppressione, anche selettiva, del feto qualora sussistano i requisiti di legge.

Da rammentare anche Tar Lazio Sez. III Sent., 09-05-2005, n. 3542 che ha risolto in senso conservativo le eccezioni di illegittimità sollevate da varie associazioni alle linee guida di applicazione della legge. I profili di illegittimità denunciati erano molteplici, tali da evidenziare, dato il diverso tenore letterale dell'intervento governativo, una portata fortemente restrittiva di quest'ultimo rispetto all'obiettivo del legislatore.

In questo senso si è osservato come:

“Pur se è vero che dal sistema della L. 19 febbraio 2004, n. 40 si desume che l'indagine genetica preimpianto (caratterizzata dal prelievo di una cellula per esaminarla) è consentita solamente nell'interesse del concepito e che le linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita contenute nel decreto del Ministero della salute 21 luglio 2004 (da aggiornare almeno ogni tre anni)

prevedono soltanto l'indagine osservazionale, basata cioè sull'esame al microscopio di eventuali anomalie di sviluppo dell'embrione creato in vitro, ponendo il divieto della diagnosi preimpianto a finalità eugenetica, l'apparente difformità tra norma di legge e provvedimento, che, prima facie, sembra avere una portata più restrittiva, va stemperata allo stato dell'arte e inquadrata in un'ottica di attuale coerenza con le disposizioni della legge suddetta, occorrendo considerare come nella pratica non esistono ancora terapie geniche che permettano di curare un embrione malato, con possibile incidenza dunque sullo stato di salute del medesimo, con la conseguenza che la diagnosi preimpianto invasiva non potrebbe che concernere le sole qualità genetiche dello stesso embrione. Legittimamente il decreto del Ministero della salute 21 luglio 2004 contenente linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita interviene a tutela dell'embrione limitando la pratica medica su di essi, tanto più ove la stessa non si basi su adeguate evidenze scientifiche e sperimentali in considerazione del fatto che la scienza medica proietta la sua luce in un contesto che si pone fra due diritti fondamentali quello di essere curato efficacemente e quello di essere rispettato nella propria dignità e integrità di essere umano. Dall'impossibilità di effettuare diagnosi preimpianto prevista dal decreto del Ministero della salute 21 luglio 2004 contenente linee guida in materia di procreazione medicalmente assistita consegue che non è permesso di selezionare gli embrioni sani nel caso di genitori portatori di malattie genetiche tenendo presente che tuttavia tale facoltà è preclusa dall'art. 13 comma 3 lett b) L. 19 febbraio 2004 n. 40 in quanto ricade nel divieto di selezione a scopo eugenetico seppure trattasi di eugenetica negativa volta cioè a fare sì che non nascano persone portatrici di malattie ereditarie e non già a perseguire scopi di «miglioramento» della specie umana».

Il primo tentativo di portare la legge di fronte alla Corte Costituzionale è venuto da un'ordinanza del Tribunale di Cagliari che (in sede cautelare) aveva sollevato

la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 13 l. n. 40 del 2004, nella parte in cui fa divieto di ottenere, su richiesta dei soggetti che hanno avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, la diagnosi preimpianto sull'embrione, ai fini dell'accertamento di eventuali patologie.

La vicenda affrontata dal giudice sardo riguardava una coppia che aveva inutilmente richiesto la diagnosi preimpianto degli embrioni in quanto già una precedente gravidanza - pure procurata con tecniche di procreazione assistita - si era risolta in un aborto, perché il feto era risultato affetto da beta-talassemia.

Da qui il timore che il nuovo embrione fosse affetto della stessa malattia genetica. Il giudice ha riconosciuto che l'art. 13 consentirebbe solo una diagnosi di tipo osservazionale, e comunque a tutela della salute dell'embrione stesso, e non certo la diagnosi preimpianto: da qui però i dubbi di costituzionalità della norma medesima, con riferimento agli artt. 2, 3, 32 Cost.

La Corte Costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente inammissibile per contraddittorietà in quanto l'eccezione di costituzionalità era stata dedotta a carico di una specifica disposizione recante un precetto (il divieto di sottoporre l'embrione prima dell'impianto a diagnosi per l'accertamento di eventuali patologie), che, secondo la stessa impostazione dell'ordinanza di remissione, sarebbe stata desumibile anche da altri articoli della stessa legge non impugnati, nonché dall'interpretazione dell'intero testo legislativo recante la norma contestata, alla luce dei suoi criteri ispiratori.

Successivamente, sempre il Tribunale di Cagliari, affrontando la stessa questione, ha visto accolta la domanda dalla Corte Cost. alla stregua di una lettura «costituzionalmente» orientata dell'art. 13 della legge 40, tra l'altro, in esplicito dissenso dalla precedente ordinanza cautelare dello stesso Tribunale, che invece una tale lettura aveva escluso.

Il Giudice richiama il quadro normativo che apparentemente poneva un divieto alla diagnosi pre-impianto in particolare: l'art. 13 della legge, dedicato alla

“Sperimentazione sugli embrioni umani”, che stabilisce al primo comma il divieto di “qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano”, precisando, peraltro, al secondo comma che “la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell’embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative”; per poi vietare nel successivo terzo comma “la produzione di embrioni a fini di ricerca o di sperimentazione”, indicando analiticamente tutta una serie di specifici interventi invasivi sull’embrione, tra cui la “selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti” e la manipolazione del patrimonio genetico, vietati anch’essi, salvo che non siano giustificati da “finalità diagnostiche e terapeutiche volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell’embrione stesso”. Inoltre l’art. 14 recita al 5° comma per cui “i soggetti di cui all’art. 5 sono informati sul numero, e - a loro richiesta - sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero”. Ed infine le Linee guida ministeriali del 22 luglio 2004, emanate ai sensi dell’art. 7 della legge in esame (Decreto Ministero della Salute G.U. n. 191 del 16 agosto 2004), che stabiliscono infine come “ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell’art. 14 comma 5, debba essere di tipo osservazionale”.

Dopo averle riportate in sintesi il Tribunale si dissocia dalla tesi del primo giudice sardo, ritenendo possibile, anzi necessaria, una interpretazione costituzionalmente conforme delle norme in materia. I punti su cui si snodava la questione erano i seguenti: mancanza di un divieto esplicito (“Può subito osservarsi come appaia fortemente significativa l’assenza, nel sistema delineato dalla l. n. 40/2004, di un espresso divieto riguardante specificamente la diagnosi preimpianto, poichè, come è noto, il testo legislativo si caratterizza per uno stile normativo di chiara e decisa presa di posizione in ordine alla prevalenza di determinati interessi, evidentemente ritenuti maggiormente meritevoli rispetto

ad altri, per la cui tutela viene approntata una fitta rete di specifici divieti e dettagliati obblighi, la cui violazione è spesso sanzionata anche penalmente”); il significato da attribuire all’art. 13 (“L’art. 13, dopo aver sancito, al primo comma, con un generale divieto, l’illiceità di “qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano”, al secondo comma stabilisce che “la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità esclusivamente terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute ed allo sviluppo dell’embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative”.[...] Non può essere negata infatti, da un punto di vista letterale e concettuale, la differenza tra attività di ricerca, sperimentazione e manipolazione genetica, disciplinate dall’art. 13, e l’accertamento diagnostico richiesto ai sensi dell’art. 14,5° comma, unicamente finalizzato, come già detto, a fornire ai soggetti indicati dalla legge idonea informazione sullo stato di salute dell’embrione destinato all’impianto”); il consenso informato e la procreazione assistita (“L’art. 6 della legge n. 40/2004 stabilisce che prima del ricorso “e altresì in ogni fase di applicazione delle tecniche di procreazione medicalmente assistita” il medico debba informare in maniera dettagliata i soggetti che alle tecniche medesime abbiano avuto legittimo accesso “sui possibili effetti collaterali sanitari e psicologici conseguenti all’applicazione delle tecniche stesse, sulle probabilità di successo e sui rischi dalle stesse derivanti”. Il successivo art. 14 della legge precisa ed integra la disposizione di cui all’art. 6 prevedendo, in capo ai soggetti che abbiano avuto accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita, il diritto di essere informati sul numero e, su loro esplicita richiesta, “sullo stato di salute degli embrioni prodotti e da trasferire nell’utero” (art. 14, 5° comma). [...] Nell’ottica del consenso informato, non può seriamente dubitarsi che l’impianto in utero dell’embrione prodotto in vitro integri un trattamento sanitario e che pertanto debba essere preceduto da una adeguata informazione su tutti gli aspetti rilevanti, compreso

il numero e lo stato di salute degli embrioni destinati all'impianto); illegittimità e disapplicazione delle Linee Guida ("Non appare convincente neanche l'argomentazione, anch'essa indicata a fondamento della tesi qui criticata, secondo cui l'inammissibilità della diagnosi preimpianto troverebbe conferma nella specifica previsione in tal senso di cui alle Linee guida ministeriali del 22 luglio 2004. Proprio l'espressa previsione contenuta nelle Linee guida ministeriali, nelle quali è stato disposto che "ogni indagine relativa alla salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14 comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale", pone semmai in evidenza l'inesistenza, nel sistema della legge, di un divieto riguardante la diagnosi preimpianto quando richiesta ai sensi del 5° comma dell'art. 14. Emerge infatti come il divieto, non identificabile nel sistema della legge n. 40/2004, sia in realtà il frutto di un'impostazione restrittiva fortemente voluta dall'Esecutivo che, in contrasto con le stesse disposizioni di legge, e quindi in palese violazione delle prerogative proprie degli atti di normazione secondaria, lo ha espressamente sancito proprio in occasione della emanazione delle Linee guida. Ne discende l'illegittimità della citata norma di rango secondario").

La Corte infine osserva come, in realtà, nel complesso delle disposizioni disciplinanti la materia della procreazione medicalmente assistita non sia identificabile un'unica ratio legis e come, invece, l'ispirazione di fondo muti a seconda di quale sia l'ambito specifico tenuto in considerazione dalle singole norme. In particolare non può affermarsi che l'impianto normativo sia in toto sorretto dall'unica ratio dell'assoluta tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione, anche a discapito dei diritti costituzionalmente garantiti dei soggetti coinvolti nel procedimento di procreazione medicalmente assistita, caratterizzando detto criterio ispiratore, come già detto, il solo ambito dei rapporti disciplinati dall'art. 13 e non trovando invece espressione con riferimento alla diversa materia disciplinata dall'art. 14, all'interno del quale va ricompresa l'attività diagnostica

richiesta dagli attori. Negli stessi termini, si è espresso il Tribunale di Firenze nel 2007. In entrambi i casi, la liceità della diagnosi preimpianto è stata quindi collegata alla diversa portata degli artt. 13 e 14 l. n. 40 del 2004 (riguardando il primo la ricerca e la sperimentazione, il secondo l'utilizzo degli embrioni nelle tecniche di procreazione assistita) e al principio del consenso medico informato, tenuto anche conto della l. n. 194 del 1978 sull'interruzione volontaria della gravidanza, e - infine - dei valori costituzionali di riferimento.

Si osserva tuttavia come il Tribunale di Firenze prevedendo l'obbligo per il centro medico di procedere alla crioconservazione degli embrioni che fossero risultati affetti dalla patologia genetica, abbia superato l'espressa disposizione di cui all'art. 14 co. 1, Legge 40, che stabilisce un divieto assoluto di congelamento dell'embrione, introducendo di fatto un'ipotesi non prevista dalla legge.

Decisivo appare poi l'intervento del Tar Lazio che ha dichiarato l'illegittimità delle Linee Guida, sotto il profilo per cui, fermo il generale divieto di sperimentazione su ciascun embrione umano, mentre la legge n. 40 del 2004 consente la ricerca e la sperimentazione e gli interventi necessari per finalità terapeutiche e diagnostiche se volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione, invece le Linee Guida (atto amministrativo di natura regolamentare, quindi subordinato alla legge che non può certo disporre *contra legem*) riducono illegittimamente tale possibilità alla sola osservazione.

E' evidente infatti che per quanto riguarda l'ambito oggettivo di delimitazione della disciplina della procreazione medicalmente assistita, il potere relativo non possa che competere al legislatore, con la conseguenza che se quest'ultimo, nella sua ampia discrezionalità politica ha stabilito di consentire interventi diagnostici sull'embrione per le finalità prima espresse, questi ultimi non possono essere limitati nel senso prospettato nella norma delle Linee Guida.

Per l'effetto la sentenza, accogliendo in parte il ricorso, ha disposto l'annullamento della disposizione delle Linee Guida in materia di procreazione

medicalmente assistita approvate con D.M. 21 luglio 2004 nella parte riguardante le Misure di Tutela dell'embrione laddove si statuisce che "ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'articolo 13, comma 5, dovrà essere di tipo osservazionale".

Il Tar Lazio, nello stesso provvedimento, ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 32 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge 19 febbraio 2004, n. 40 (Norme in materia di procreazione medicalmente assistita), nella parte in cui prevede, ai fini della applicazione della procedura della procreazione medicalmente assistita, la formazione di un numero limitato di embrioni, fino ad un massimo di tre, da impiantare contestualmente, e vieta la crioconservazione di embrioni al di fuori delle limitate ipotesi ivi previste.

Il Tribunale amministrativo ha rilevato che la preoccupazione manifestata dai commi 2 e 3 dell'art. 14 della legge sembra essere essenzialmente quella di pervenire ad un unico impianto allo scopo precipuo di evitare la crioconservazione che sarebbe, invece, indispensabile nel caso in cui dovesse essere prodotto un numero di embrioni superiore a quello effettivamente impiantabile, ed in ogni caso superiore a tre: la ragione di tale previsione risiederebbe, probabilmente nella circostanza che con la tecnica della crioconservazione molti embrioni possono andare perduti.

Detta disciplina dunque appare in contrasto con l'art. 3 Cost. per violazione del canone di ragionevolezza, ed ancora con il medesimo art. 3 per quanto attiene alla parità di trattamento, oltre che con l'art. 32 Cost. nella misura in cui consente pratiche che non bilancerebbero adeguatamente la tutela della salute della donna con quella dell'embrione.

Ora, se finalità della legge è quella di individuare un giusto bilanciamento tra la tutela dell'embrione e quella dell'esigenza di procreazione, appare irragionevole la previsione che impone la produzione di embrioni in numero tale da rendere

possibile l'effettuazione di un unico impianto e comunque in numero non superiore a tre, così come il sostanziale divieto di crioconservazione, ammessa nella sola ipotesi di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna insorto successivamente alle fecondazione.

Inoltre la predeterminazione del numero degli embrioni producibili e successivamente impiantabili, imposta dalla norma in modo aprioristico e a prescindere da ogni concreta valutazione del medico curante sulla persona che intende sottoporsi al procedimento di procreazione medicalmente assistita, non è in linea con quel bilanciamento di interessi che la legge n. 40 del 2004 afferma di voler perseguire.

Sotto il profilo della violazione dell'art. 32 della Costituzione, il Tar - nell'ordinanza di remissione - rileva come la limitazione del numero degli embrioni producibili e contestualmente impiantabili e il divieto della crioconservazione degli stessi comporterebbero che nell'ipotesi, tutt'altro che improbabile, di un tentativo non andato a buon fine, sia necessario assoggettare la donna ad un successivo trattamento ovarico, ossia ad una pratica medica che comporta in sé il rischio della sindrome da iperstimolazione ovarica e che trova nella legge, e non in esigenze di carattere medico, il suo fondamento. Pratica che, a prescindere da ogni valutazione delle conseguenze sul piano fisico e psicologico della paziente ad essa sottoposta, sarebbe in contrasto con gli stessi principi ispiratori della legge in esame, ed in particolare con quello della «minore invasività», espressamente enunciato nell'art. 4, comma 2, lettera a).

La Corte Cost. ha sostanzialmente aderito all'impostazione del Tar Lazio. Sono stati dichiarati illegittimi da un lato l'art. 14, 2° comma, della Legge n. 40 limitatamente alle parole «ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre», dall'altro il comma 3 dello stesso articolo «nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena

possibile, come stabilisce tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna».

La Corte ha affermato che la tutela dell'embrione non è assoluta, «poiché anche nel caso di limitazione a soli tre del numero di embrioni prodotti, si ammette comunque che alcuni di essi possano non dar luogo a gravidanza, postulando la individuazione del numero massimo di embrioni impiantabili appunto un tale rischio, e consentendo un affievolimento della tutela dell'embrione al fine di assicurare concrete aspettative di gravidanza, in conformità alla finalità proclamata dalla legge».

La statuizione della Corte, ha comportato, altresì, la declaratoria di incostituzionalità del comma 3, nella parte in cui non prevede che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, come previsto in tale norma, debba essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna. Per inciso appare utile rammentare come il Ministero della Salute, anche a seguito delle prime pronunce della giurisprudenza e delle penetranti critiche della dottrina, avesse adottato le nuove linee guida, approvate con d.m. 11 aprile 2006, pubblicato in G.U. 30 aprile 2008, n. 101.

Tra le altre pronunce di merito di particolare interesse, si rammenta una decisione del Tribunale di Vigevano (Trib. Vigevano 28 maggio 2009, FI, 6, 2009) che ha negato al tutore di un interdetto l'autorizzazione ad esprimere il consenso a che quest'ultimo, coniugato, potesse ricorrere alle tecniche di procreazione assistita (cui aveva evidentemente prestato già il proprio consenso la moglie).

Il Tribunale ha riconosciuto che, in linea di principio, le condizioni dell'uomo integrassero i presupposti dell'infertilità, come richiesto dalla l. n. 40 del 2004, ed ha anche ammesso che il consenso, anche a tale atto personalissimo, ben possa essere prestato dal tutore; al riguardo ha avuto facile gioco a richiamare la giurisprudenza in tema di «scelte terminali», vale a dire di interruzione di cure

mediche a malato terminale, o comunque affetto da patologia irreversibile ed invalidante (giurisprudenza sul cd. caso Englaro).

Il provvedimento si spinge anzi a non escludere, almeno, che il consenso della coppia alle tecniche di PMA possa essere espresso in forma anche non scritta, nonostante il tenore letterale dell'art. 6 l. n. 40 del 2004

Interessante anche l'ordinanza del 29 giugno 2009 resa dal Tribunale di Bologna avente ad oggetto il caso di una coppia che si era rivolta ad un centro per la fecondazione assistita, chiedendo di poter accedere alla diagnosi genetica pre-impianto al fine di evitare il rischio di trasmissione alla prole della malattia di cui risulta portatrice la donna, atteso che tale rischio è pari al 50%.

Il direttore del centro medico, tuttavia, faceva loro presente che, con riguardo all'ammissibilità della diagnosi medica preimpianto, dopo la pronuncia di illegittimità della specifica norma delle Linee Guida Ministeriali ad opera del TAR Lazio preceduta da due sentenze di merito dei Tribunali di Cagliari e Firenze, la situazione appariva comunque molto incerta, né progredita a seguito della modifica delle Linee Guida Ministeriali, che comunque vietavano ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti e consentono la ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione purché si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche, sicché la tecnica medica invocata dai coniugi risultava loro inibita.

La coppia quindi richiedeva che il Tribunale di Bologna, ritenuta la sussistenza dei requisiti del *fumus boni juris* e del *periculum in mora*, dichiarasse in via urgente il diritto dei ricorrenti di accedere alla diagnosi genetica pre-impianto al fine di trasferire e impiantare nell'utero della donna gli embrioni non portatori della specifica patologia di cui la stessa era portatrice.

Il Tribunale, richiamata la sentenza della Corte costituzionale del 2009, ha ritenuto di “aderire pienamente all'orientamento giurisprudenziale che, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata della l. n. 40/2004, riconosce il

diritto di ottenere la diagnosi preimpianto sull'embrione. Il divieto di diagnosi preimpianto pare irragionevole e incongruente col sistema normativo se posto in parallelo con la diffusa pratica della diagnosi prenatale, tecnica altrettanto invasiva del feto, rischiosa per la gravidanza, ma perfettamente legittima in quanto avente la funzione di tutelare la maternità e la salute del feto.

In ogni caso, deve ritenersi che la legittimità della diagnosi preimpianto, trovi saldo fondamento nella decisione della Corte Costituzionale che, con le note declaratorie di illegittimità, ha posto chiaramente in primo piano la tutela della salute fisica e psicologica della madre.

Da ultimo non si può scordare la recente sentenza della Corte di Strasburgo che, nella causa S.H e altri contro Austria (n. 57813/00), ha riconosciuto come l'impossibilità totale di ricorrere alla fecondazione eterologa infranga il diritto alla vita familiare e il divieto di discriminazione.

La Corte costituzionale austriaca, investita della vicenda, aveva ritenuto il divieto compatibile con la Convenzione europea, tale conclusione è stata del tutto ribaltata a Strasburgo, in quanto non solo la CEDU ha condannato l'Austria, ma ha anche stabilito principi applicabili in casi analoghi, facendo pendere l'ago della bilancia a favore del diritto delle coppie ad avere un figlio.

La Corte ha riconosciuto che gli Stati hanno un margine di discrezionalità in questa materia ma, nell'adozione della normativa interna, sono tenuti a rispettare la Convenzione europea come interpretata da Strasburgo. Nel settore della fecondazione medicalmente assistita - osservano i giudici - manca un approccio unitario degli Stati del Consiglio d'Europa, con la conseguenza che il margine di intervento delle autorità nazionali è ancora più ampio: in alcuni Stati ci sono divieti assoluti, in altri sono proibite alcune tecniche, mentre in altri ancora c'è ampia libertà. È vero che gli Stati non hanno alcun obbligo di adottare una legislazione che permetta la fecondazione assistita, ma una volta che questa è consentita devono essere vietati trattamenti discriminatori. Non appare

giustificato il divieto della fecondazione eterologa se è ammessa quella omologa. Le autorità nazionali, per evitare questo pericolo, possono infatti avvalersi di misure proporzionali rispetto all'obiettivo conseguito.

Commento/ Articolo

SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE N. 12 ANNO 2016

Con la sentenza n. 12 anno 2016 la Corte Costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 538 c.p.p. sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dal Tribunale ordinario di Firenze con ordinanza del 15 gennaio 2015 iscritta al n. 71 del registro ordinanze 2015 e pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica n. 18, nella parte in cui non consente al giudice di decidere sulla domanda per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli artt. 74 e seguenti del medesimo codice, quando pronuncia sentenza di assoluzione dell'imputato in quanto non imputabile per vizio totale di mente.

Il punto da cui trae le mosse la citata sentenza è l'art. 538 cod. proc. pen. che limita la decisione del giudice penale per le restituzioni e il risarcimento del danno, proposta a norma degli artt. 74 e ss., all'ipotesi in cui venga pronunciata sentenza di condanna dell'imputato. Dunque, viene esclusa il risarcimento della costituita parte civile, da qualsiasi decisione diversa dalla condanna, ivi compresa la decisione di assoluzione dell'imputato per vizio totale di mente.

Nel processo penale, il vizio di mente, quale "stato di salute" comportante l'assoluzione del colpevole del reato, la giurisprudenza si è sempre occupata di contemperare le esigenze di tutela da riconoscere sia alla persona che, nel commettere un'azione penalmente rilevante verso la vittima, non ha il pieno

controllo delle proprie azioni, sia le esigenze di rendere concreti i diritti del soggetto leso.

La Corte di Cassazione ha sostenuto che: *"I disturbi della personalità (nevrosi o psicopatie) possono essere apprezzati alla luce delle norme degli articoli 88 ed 89 C.P., con conseguente pronuncia di totale o parziale infermità di mente dell'imputato, a condizione che essi abbiano, riferiti alla capacità di intendere e di volere, le seguenti qualità: globalmente in grado di incidere sulla capacità di autodeterminazione dell'autore del fatto illecito e cioè: consistenza e intensità intese come volere concreto e forte; rilevanza e gravità presente come dimensione importante del disagio stabilizzato; rapporto motivante con il fatto commesso, apprezzato come correlazione psico-emotiva rispetto al fatto illecito"* (Cass. Pen, sez. IV, 5 maggio 2011, n. 17305).

In sostanza, per dichiarare l'effettiva sussistenza, in sede processuale penale, del vizio totale o parziale di mente in capo all'imputato, va riscontrata l'incidenza di tali stati patologici *"sulle capacità intellettive e volitive della persona"* (sez. III 11/15157) che devono quindi estrinsecarsi affette da *"una grave e permanente compromissione"* (sez VI 11/17305).

Dall'analisi delle pronunce sin qui riportate, emergono due dati di notevole rilievo:

- 1) Dalla attenta lettura dell'articolo 88 c.p. si evidenzia che non è sufficiente accertare in sede giudiziale, che l'imputato soffra di una malattia mentale (neanche la più grave), ma occorre riscontrare senza ombra di dubbio che la stessa abbia azzerato la capacità di intendere e di volere.
- 2) La nozione di infermità psichica è estremamente ampia (secondo la dottrina più accreditata), poiché, ai fini del riconoscimento del vizio totale o parziale di mente, rientrano nel "concetto di infermità" non solo le vere e proprie malattie mentali, ma anche i gravi disturbi della personalità, pure se

non inquadrabili nel novero delle malattie mentali, a condizione che il giudice ne accerti la gravità e l'intensità, tali da escludere o da far scemare grandemente la capacità di intendere e di volere, e il nesso eziologico con la specifica condotta criminosa (Cass. S.U. 25-1/8-3-2005).

Ciò implica che deve sussistere la contestualità tra l'incapacità e la commissione del fatto criminoso da parte dell'agente, quale dimostrazione pratica della patologia che affligge il soggetto e che la differenza tra vizio totale e quello parziale di mente si fonda su di un dato esclusivamente quantitativo. Tenuto, dunque, conto dei profili sopra delineati e passando ad esaminare l'elemento ad essi collegato dell'imputabilità, con riferimento agli stati emotivi e passionali sussistenti al momento della commissione del fatto criminoso, va rilevato che: *"in tema di imputabilità, la capacità di controllo delle proprie azioni va distinta dalla capacità di intendere e di volere, in quanto la capacità del soggetto di calibrare la propria condotta in funzione di elementi condizionanti di ordine etico, religioso, educativo ed ambientale, i quali, afferendo ed integrandosi nel nucleo della personalità del soggetto, lo dotano della consapevolezza critica ed autocritica ed agiscono come modulatori dell'impulsività ed istintualità"* (Cass. pen., sez.VI, 31 marzo 2010, n. 12621).

Va concluso, di conseguenza, che va esclusa la rilevanza degli stati emotivi e passionali per espressa previsione legislativa ex articolo 90 c.p., in quanto tali stati *"non escludono ne diminuiscono l'imputabilità"*, nell'ipotesi in cui vengano *"in sé e per sé considerati"*, mentre rilevano processualmente in favore dell'imputato qualora in essi sia ravvisabile un indice di uno stato patologico che risulti con plastica evidenza espressione dell'infermità (ossia di *"un vero e proprio patologico, sia pure di natura transitoria e non inquadrabile nell'ambito di una precisa classificazione clinica"* (Cass.,I, 27-1-1998)), disciplinata dagli artt.

88 ed 89 c.p. Il vizio di mente presenta gradi diversi, solo ai sensi dell'art. 88 c.p., è esclusa l'imputabilità per chi «nel momento in cui ha commesso il fatto, era, per infermità, in tale stato di mente da escludere la capacità d'intendere e di volere». Nella norma richiamata, per escludere in via assoluta la capacità d'intendere e di volere, il vizio di mente deve essere totalizzante. La distinzione che il legislatore prevede tra i due vizi è di tipo "quantitativo": nel vizio totale di mente l'infermità è tale da escludere totalmente la capacità del soggetto, mentre nel vizio parziale di mente, essa si atteggia in modo da scemarla grandemente, per cui il soggetto resta imputabile, beneficiando tuttavia di una riduzione di pena. La giurisprudenza più significativa in tema di stato di infermità mentale riscontrabile in capo all'imputato ne definisce il significato e l'applicazione: *"Il concetto di infermità mentale recepito dal nostro codice penale è più ampio rispetto a quello di malattia mentale, di guisa che, non essendo tutte le malattie di mente inquadrare nella classificazione scientifica delle infermità, nella categoria dei malati di mente potrebbero rientrare anche dei soggetti affetti da nevrosi e psicopatie, nel caso che queste si manifestino con elevato grado di intensità e con forme più complesse tanto da integrare gli estremi di una vera e propria psicosi. In tal caso – al fine della esclusione o della riduzione della imputabilità – è, comunque, necessario accertare l'esistenza di un effettivo rapporto tra il complesso delle anomalie psichiche effettivamente riscontrate nel singolo soggetto e il determinismo dell'azione delittuosa da lui commessa, chiarendo se tale complesso di anomalie psichiche, al quale viene riconosciuto il valore di malattia, abbia avuto un rapporto motivante con il fatto delittuoso commesso".* (Cass. n. 3536/1997) *"In sede processuale penale, del vizio totale o parziale di mente in capo all'imputato, va riscontrata l'incidenza di tali stati patologici "sulle capacità intellettive e volitive della persona"* (Cass. sez. III 11/15157). Una volta accertata giudizialmente

l'imputabilità del reo per il fatto commesso nei confronti della vittima, si producono, dunque, a suo carico degli obblighi risarcitori per i danni sia patrimoniali che non patrimoniali che ha cagionato a quest'ultima, ai sensi dell'articolo 185 c.p. In altri termini, è opinione consolidata nella dottrina maggioritaria che l'articolo 185 c.p. impone l'obbligo di risarcimento anche del danno morale e non solo di quello patrimoniale, poiché tale disposizione ha ad oggetto la regolamentazione delle conseguenze di un reato, mentre nell'articolo 2043 c.c. viene disciplinato solo il risarcimento del danno patrimoniale, perché si tratta di un fatto che, seppure illecito, è atipico. *"Nel caso in cui il danneggiato da un reato agisca dinanzi al giudice civile per il risarcimento del danno morale e di quello biologico e, successivamente, si costituisca parte civile nel processo penale chiedendo il risarcimento dei soli danni patrimoniali, il giudizio civile non va sospeso in quanto il principio di autonomia e di separazione del giudizio civile da quello penale, posto dall'art. 75 c.p.p., comporta che, qualora un medesimo fatto illecito produca diversi tipi di danno, il danneggiato possa pretendere il risarcimento di ciascuno di essi separatamente dagli altri, agendo in sede civile per un tipo e poi costituendosi parte civile nel giudizio penale per l'altro"* (Cass. pen., sez II, 14 ottobre 2008, n. 38806) A ciò va aggiunto che: *"la parte lesa, la quale abbia trasferito nel giudizio penale l'azione risarcitoria costituendosi parte civile, ha diritto di ripetere le spese sostenute in entrambe le sedi giudiziarie, tenuto conto della spendita di attività processuali effettivamente poste in essere"* (Cass. pen., sez IV, 24 maggio 1994, n. 6057)

La situazione sopra descritta nelle due sentenze della Corte di Cassazione, produce, sul versante processuale penale, la seguente conseguenza in favore della parte lesa, visto e considerato che: *"In caso di trasferimento dell'azione civile nel processo penale il giudice penale deve provvedere alla liquidazione delle spese*

sostenute dalla parte lesa nel procedimento civile, quale che sia il rito prescelto dalle parti, compreso quello di applicazione della pena su richiesta" (Cass. pen., sez IV, 13 marzo 1997, n. 2493)

I Giudici della Corte di Cassazione sostengono, che: *"l'infermità mentale non costituisce uno stato permanente ma va accertata in relazione alla commissione di ciascun reato e, conseguentemente, non può essere ritenuta sulla sola base di un precedente proscioglimento dell'imputato per totale incapacità di intendere e di volere in altro procedimento".*

In questo modo, I Giudici della Suprema Corte di Cassazione hanno dimostrato di tenere nella massima considerazione le ipotesi di non imputabilità del soggetto agente affetto da patologie mentali incidenti notevolmente sulla sua capacità di autodeterminazione, ma hanno previsto in maniera certissima, le ipotesi in cui tale meccanismo possa considerarsi operativo, in modo tale che non venga mai a costituire un comodo salvacondotto sfruttabile dal reo per sfuggire alla giurisdizione penale, a danno della vittima del reato e degli altri soggetti lesi a quest'ultima "legati" ai sensi dell'articolo 74 c.p.p., sotto gli aspetti sia di tutela sociale che di conseguente mancata corresponsione del risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali.

La Corte Costituzionale con la sentenza in commento affronta il problema del diritto della vittima di un reato di ottenere subito il risarcimento per i danni subiti con la possibilità di costituirsi parte civile nel processo penale. Tale risarcimento può vedersi vanificato se non viene affermata la penale responsabilità dell'imputato se assolto per incapacità totale di mente. Infatti, la sentenza di assoluzione dell'imputato nella specie "per vizio totale di mente" per il giudice rimettente "non avrebbe una valenza pienamente

liberatoria postulando - al pari della sentenza di condanna - l'accertamento della sussistenza del fatto e della sua riferibilità all'imputato, sia dal punto di vista dell'elemento materiale sia da quello psicologico" Con ciò violando:

1) l'**art. 3 Cost.** determinando una disparità di trattamento fra il danneggiato costituitosi parte civile in un processo penale che si concluda con l'assoluzione dell'imputato per totale infermità di mente, e il danneggiato costituito parte civile in un processo con imputato sano di mente e che si concluda con condanna dello stesso.

2) l'**art. 24 Cost.**, esercizio del diritto di difesa del danneggiato, il quale dovrebbe così instaurare un nuovo giudizio avanti al giudice civile, con totale vanificazione della scelta di far valere la pretesa risarcitoria in sede penale.

3) l'**art. 111 Cost.**, che sancisce il principio di ragionevole durata del processo, in quanto l' esigenza di trasferire la domanda risarcitoria in sede civile *"allontanerebbe sensibilmente nel tempo la sentenza definitiva sulla stessa e impegnerebbe ulteriori risorse giudiziarie senza alcun apprezzabile motivo"*.

La Cassazione ha affermato che: *"ai fini della responsabilità civile ex art. 2047 c.c. per danni cagionati da persone incapaci di intendere e di volere, il giudice non può limitarsi a tenere presente l'età dell'autore del fatto ma deve anche considerarne lo sviluppo intellettuale, quello fisico, l'assenza di eventuali malattie ritardanti, la forza del carattere, la capacità...di rendersi conto della illiceità della sua azione e la capacità del volere con riferimento all'attitudine di autodeterminarsi"* (Cass. civ., sez. III, 26 giugno 2001, n. 8740).

I Giudici della Corte di Cassazione sono giunti alla conclusione che: *"il diritto di chi ha subito un danno patrimoniale e o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955 n. 848, sotto il profilo del mancato del*

termine ragionevole di cui all'art. 6 (primo capoverso) della Convenzione, ad una equa riparazione, secondo quanto previsto dall'art. 2 della legge 24 marzo 2001, n. 89, ha natura indennitaria e non risarcitoria, e ad esso non è applicabile un termine di prescrizione breve previsto dall'articolo 2947 c.c." (Cass. civ., sez. I, 24 febbraio 2010, n. 4524).

Nel rigettare la questione di legittimità costituzionale la Consulta, specifica in primo luogo che l'azione civile nel processo penale ha carattere accessorio e subordinato. Il fine perseguito dal processo penale è l'accertamento del reato e l'azione risarcitoria in quanto azione subordinata deve adattarsi a tale funzione del processo penale.

In secondo luogo la Corte sottolinea la separazione dei giudizi penale e civile. Dunque se la persona offesa sceglie di costituirsi parte civile nel processo penale, accetta il rischio di non ottenere una decisione sul risarcimento del danno a conclusione dello stesso.

Il danneggiato potrà istaurare un processo civile al fine di vedersi riconosciuto il danno subito, chiamando in causa i soggetti tenuti alla sorveglianza dell'incapace, qualora gli stessi non provino di non aver potuto impedire il fatto in forza del disposto di cui all'art. 2047 co. 1 cod. civ.; se poi non fosse possibile ottenere il risarcimento in tale modo, il danneggiato avrà l'opportunità di pretendere dall'incapace, non già il risarcimento del danno quanto la corresponsione di un'equa indennità (art. 2047 co. 2 cod. civ.).

Dunque, secondo la Corte non si ravvisa nessuna lesione del diritto di difesa ex art. 24 Cost. perché rimane sempre ferma per il danneggiato la possibilità di far valere la pretesa in sede civile.

Né violazione dell'art. 111 co. 2 Cost (principio di ragionevole durata del processo) perché essa è ravvisabile solo con riferimento a quelle norme "che

comportino una dilatazione dei tempi del processo non sorrette da alcuna logica esigenza"

L'instaurazione di un nuovo giudizio civile troverebbe giustificazione nel già ricordato carattere accessorio e subordinato dell'azione civile inserita nel processo penale rispetto alle finalità pubblicistiche di quest'ultimo.

SENTENZA CORTE COSTITUZIONALE N° 184/15

Con la sentenza n. 184 del 2015 la Corte Costituzionale segna una notevole evoluzione nella garanzia dell'effettività dei diritti fondamentali dell'individuo in relazione alla previsione di un'equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo ai sensi della Legge n. 89 del 2001.-

Il pronunciamento in esame sancisce infatti l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6 Cedu, dell'art. 2, comma 2 -bis, l. 24 marzo 2001, n. 89 (Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del c.p.c.), nella parte in cui prevede che il processo penale sia considerato iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari, anziché quando l'indagato, in seguito a un atto dell'autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico.

Come si vedrà a breve, spostare il momento a partire dal quale dover calcolare la durata del processo ai fini di un equo indennizzo è evenienza tutt'altro che indifferente.-

La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata dalla Corte d'Appello di Firenze, con ordinanza del 1 aprile 2014, e dalla Corte d'Appello di Catanzaro, con ordinanza del 10 marzo 2014: entrambi i giudici a quo lamentano una violazione dell'art. 117 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU - per come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo -, dell'art. 2 comma 2bis della L 89 del 2001 nella parte in cui sostanzialmente esclude dal calcolo finalizzato ad ottenere l'equa riparazione per durata irragionevole del processo la fase relativa alle indagini preliminari. Il nocumento

è quanto mai evidente nei casi – come quello oggetto di cognizione della Corte d'Appello di Firenze – in cui la fase delle indagini preliminari aveva avuto una durata di oltre sei anni e mezzo, oppure quando l'indagato subisce la sottoposizione a misura cautelare – è il caso esaminato dalla Corte d'Appello di Catanzaro –.

Dal momento che il testo dell'art. 2 comma 2bis della L 89 del 2001 - in base al quale il «processo penale si considera iniziato con l'assunzione della qualità di imputato, di parte civile o di responsabile civile, ovvero quando l'indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari» – non consentiva un'interpretazione convenzionalmente orientata della disposizione, la questione di legittimità costituzionale era inevitabile.-

In più occasioni, per verità, la Corte Europea dei diritti dell'Uomo ha ripetutamente e costantemente affermato che il processo penale, ai fini dell'indennizzo, si considera avviato con la «contestazione dell'infrazione penale» (cfr. sentenze 16 luglio 1971, Ringeisen c. Austria; 15 luglio 1982, Eckle c. Germania; 10 dicembre 1982, Corigliano c. Italia; 19 febbraio 1991, Manzoni c. Italia; 26 febbraio 1993, Messina c. Italia; 4 aprile 2006, Kobtsev c. Ucraina). La necessità di dover tener conto del periodo che segue la comunicazione ufficiale, proveniente dall'autorità competente, dell'accusa di aver commesso un reato – e quindi da quando sostanzialmente l'indagato ha conoscenza di essere sottoposto ad indagini – è intuitivamente indicativo del fatto che il danno per una durata irragionevole del processo inizia a manifestarsi nel momento in cui l'indagato ha “percezione” di essere entrato nei circuito della giustizia penale.-

Ed infatti la Corte di Strasburgo ha specificamente affermato che l'art. 6 della CEDU non impone di assumere in considerazione l'intera fase delle indagini (sentenza 10 dicembre 1982, Corigliano c. Italia; sentenza 15 luglio 1982, Eckle c. Germania), se esse non hanno comportato la comunicazione formale

dell'accusa penale, o comunque il compimento di atti, da parte dell'autorità a ciò competente, che si siano ripercossi sulla sfera giuridica della persona. Una pronuncia di questa Corte che prescrivesse l'obbligo di computare l'intera durata delle indagini preliminari finirebbe perciò per eccedere quanto necessario sul piano della legittimità costituzionale, includendo arbitrariamente fasi durante le quali l'indagato, ignaro dell'iniziativa dell'autorità giudiziaria, non ha subito alcun patimento, e che quindi il legislatore ben può escludere dal periodo rilevante ai fini della riparazione.

Si tratta, peraltro, di un approdo ermeneutico del tutto consono alle finalità perseguite dal giudizio di riparazione e sollecitate dall'osservanza del canone del giusto processo in ambito convenzionale. La violazione del diritto a una celere definizione del processo penale, espresso dall'art. 6 della CEDU, genera infatti la pretesa di un indennizzo idoneo a ristorare il patimento cagionato dalla eccessiva pendenza dell'accusa, quando essa sia stata espressa per mezzo di un atto dell'autorità giudiziaria e abbia in tal modo acquisito una consistenza tale da ripercuotersi significativamente sulla vita dell'indagato (Corte EDU, sentenza 15 luglio 1982, *Eckle c. Germania*). Tale evenienza è difficilmente circoscrivibile alla fase del processo che segue all'esercizio dell'azione penale (art. 405 c.p.p.) e all'assunzione della qualità di imputato (art. 60 c.p.p.), dal momento che essa tende naturalmente a manifestarsi fin dal tempo in cui una persona è venuta formalmente a conoscenza dell'esistenza di un'indagine a suo carico, in particolare quando si accompagna al compimento di atti invasivi della sfera di libertà dell'individuo.

Può dunque concludersi che, ancora una volta, grazie all'intervento della Corte Costituzionale «si manifesta in modo vivido la natura della CEDU, quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare

piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività» (sentenza n. 49 del 2015).-

EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI 41-BIS

A seguito della strage di Capaci del 23 maggio 1992, dove persero la vita Giovanni Falcone, la moglie e gli uomini della sua scorta, fu introdotto dal decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306 (cosiddetto *Decreto antimafia Martelli-Scotti*), convertito nella legge 7 agosto 1992, n. 356, l'articolo 41-bis, il quale consentiva al Ministro della Giustizia di sospendere l'applicazione delle normali regole di trattamento dei detenuti previste dalla stessa legge in casi eccezionali di rivolta o di altre gravi situazioni di emergenza per alcuni detenuti (anche in attesa di giudizio) incarcerati per reati di criminalità organizzata, terrorismo, eversione e altri tipi di reato. Il regime del cosiddetto "carcere duro", applicabile ai singoli detenuti, è volto ad ostacolare le comunicazioni degli stessi con le organizzazioni criminali operanti all'esterno, i contatti tra appartenenti alla stessa organizzazione criminale all'interno del carcere e i contrasti tra gli appartenenti a diverse organizzazioni criminali, così da evitare il verificarsi di delitti e garantire la sicurezza e l'ordine pubblico anche fuori dalle carceri.

Misure caratterizzanti tale regime sono: l'isolamento nei confronti degli altri detenuti. Il detenuto è situato in una cella singola e non ha accesso a spazi comuni del carcere; l'ora d'aria limitata rispetto ai detenuti comuni, e avviene anch'essa in isolamento; detenuto costantemente sorvegliato da uno speciale corpo di polizia penitenziaria il quale, a sua volta, non entra in contatto con le altre guardie carcerarie; limitazione dei colloqui con i familiari e gli avvocati per quantità (massimo due al mese), per qualità (impedito contatto fisico da un vetro divisorio) e per durata; contatti con l'esterno limitati ad una telefonata al mese; censura della posta in uscita e in entrata e proibizione di tenere molti oggetti

personali in cella (penne, quaderni, denaro, macchine fotografiche, bottiglie, ecc). Vigeva, dunque, la

sospensione di tutti i benefici della pena previsti dall'ordinamento penitenziario; l'isolamento pressoché totale; l'ora d'aria (massimo due ore al giorno) avviene in vasche di cemento con la presenza di piccoli gruppi di detenuti, anche se normalmente il passeggio avviene in completa solitudine oppure con un'altra persona e basta; il divieto di ricevere libri e qualsiasi altra forma di stampa dall'esterno. Per quanto riguarda i colloqui con la famiglia, la norma è rigidissima.

La nuova normativa del 2009 ha inasprito ulteriormente il 41 bis. In particolare modo ha inteso limitare la fruizione dei colloqui visivi, per contenere il pericolo che il detenuto continui a comunicare con l'esterno trasmettendo ordini e messaggi. È prevista, pertanto, la fruizione di un solo colloquio visivo mensile - tramite vetro divisorio - che deve essere comunque videoregistrato; la nuova legge ha imposto il controllo auditivo dei colloqui visivi, ovviamente previa motivata autorizzazione della competente autorità giudiziaria. Per i colloqui telefonici, la nuova normativa ha apportato una sostanziale modifica: la telefonata deve essere effettuata esclusivamente in caso di mancata fruizione, nell'arco del mese solare, del colloquio visivo.

Successivamente, con una nota del maggio 2013 ai direttori degli istituti, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria ha specificato che il colloquio visivo deve essere mensile e cioè che tra un incontro e l'altro dovrà trascorrere un intervallo di tempo di circa un mese, escludendo la possibilità che i colloqui avvengano a distanza ravvicinata, come ad esempio negli ultimi giorni di un mese e nei primi del mese successivo.

La legge del 2009 stabilisce inoltre che i detenuti hanno la possibilità di effettuare, fino ad un massimo di tre volte alla settimana, una telefonata o un

colloquio con i loro difensori, della stessa durata di quelli previsti con i familiari (dieci minuti per la telefonata e un'ora per il colloquio visivo). Poi qualcosa è cambiato.

Nel giugno 2013, il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, con un'ulteriore circolare, torna sui colloqui con i legali a seguito di una sentenza della Corte Costituzionale: viene quindi stabilito che ai detenuti sottoposti al regime speciale 41-bis dovrà essere consentito, al pari di quelli a regime ordinario, di effettuare colloqui con i difensori senza limiti di frequenza e di durata.

Le finalità del 41-bis devono bilanciarsi con i diritti fondamentali. Il regime di carcere duro del 41-bis mira ad impedire i collegamenti dei detenuti appartenenti alle organizzazioni criminali tra loro e con i membri di queste che si trovino in libertà. A seguito della sentenza della Corte Costituzionale n.143 depositata il 20.6.2013 sono state definite, dunque, incostituzionali le limitazioni per i detenuti sottoposti al 41-bis. Tale determinazione ha posto l'attenzione su quelli che sono o meno i diritti dei detenuti sottoposti al cosiddetto regime del "carcere duro".

Le limitazioni ai colloqui con i difensori ledono il diritto di difesa del detenuto. La pronuncia in oggetto ha ravvisato una violazione del diritto di difesa, sancito dall'art. 24, co. 2, Cost.. A sostegno di questa decisione, è stato evidenziato, innanzitutto, che la garanzia costituzionale del diritto di difesa comprende la difesa tecnica e, dunque, anche il diritto, ad essa strumentale, di conferire con il difensore (Corte Cost., n. 216/1996): ciò, al fine di definire e predisporre le strategie difensive e, ancor prima, di conoscere i propri diritti e le possibilità offerte dall'ordinamento per tutelarli e per evitare o attenuare le conseguenze pregiudizievoli cui si è esposti.

Per effetto della pronuncia ora ricordata, all'autorità penitenziaria resta affidata solo la determinazione delle modalità pratiche di svolgimento dei colloqui (individuazione degli orari, dei locali, dei modi di identificazione del difensore e simili), senza alcun possibile sindacato in ordine all'effettiva necessità e ai motivi dei colloqui stessi.

Di particolare rilevanza, poi, la circolare del Ministero della Giustizia firmata a Palermo il 2 ottobre 2017 da Roberto Piscitiello, a capo della Direzione generale dei detenuti, da Santi Consolo, direttore del Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria, e condiviso con Franco Roberti, Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo, la quale contiene le dieci norme per regolare la vita dei detenuti con il 41 bis e stabilire con precisione quali sono i loro diritti e i loro doveri. Il provvedimento, valido per tutti gli istituti di pena, è nato proprio per rendere omogeneo il regime del 41 bis in tutte le carceri italiane. La circolare, che arriva dopo 25 anni dall'introduzione del carcere duro per i mafiosi e i terroristi, ha lo scopo, oltre a quello di regolamentare la vita carceraria, di evitare lo sviluppo di posizioni di potere al fine di evitare che i boss imprigionati cerchino di riproporre le gerarchie esterne anche all'interno delle prigioni o di lanciare messaggi ai loro affiliati.

I firmatari della circolare hanno cercato di snellire le attività dei tribunali che spesso si ritrovano a intervenire sulla detenzione di alcuni condannati per permettere o vietare ai boss in carcere di svolgere le attività proposte dagli istituti di pena.

Il decalogo riguarda soprattutto i rapporti dei detenuti con l'esterno, in particolare i colloqui con i minori. Tra le altre regole c'è un aumento della riservatezza per i carcerati, il diritto ad avere libri e altro materiale per motivi di formazione e infine l'obbligo, per i direttori del carcere, di rispondere alle richieste dei condannati entro un tempo stabilito. Una possibilità per i detenuti

di mantenere le relazioni con le famiglie, di riscattarsi e di rinnegare ogni associazione criminale. Il provvedimento mira a rendere omogeneo il loro trattamento in tutti gli istituti di pena a livello nazionale.

Per quanto riguarda i contatti con il mondo esterno, gli aspetti principali della nuova circolare riguardano le modalità di contatto dei detenuti con la comunità esterna, con particolare riferimento ai colloqui con i minori; il dovere del direttore dell'istituto di pena di rispondere entro termini ragionevoli alle istanze dei detenuti; la limitazione delle forme invasive di controllo dei carcerati ai soli casi in cui sia necessario ai fini della sicurezza. E' stata introdotta la possibilità di tenere oggetti in cella, quali libri e altri oggetti utili alla formazione; la possibilità di custodire effetti personali di vario genere, anche allo scopo di favorire l'affettività dei detenuti e il loro contatto con i familiari.

In particolare, per ciò che concerne questi ultimi, la Corte di Cassazione, sezione I Penale, con Sentenza 22 gennaio 2015, n. 3115, in materia di colloqui con gli stessi, ha ritenuto per i detenuti nei cui confronti era stata disposta la sospensione delle normali regole di trattamento penitenziario, la possibilità di fruire, in sostituzione del colloquio mensile di un'ora con i familiari, ove non espletato, di un colloquio prolungato sino a due ore, ex art. 37 comma 10, d.P.R. n. 230 del 2000, qualora i familiari siano residenti in un comune diverso da quello in cui ha sede l'istituto.

Al riguardo va anzitutto osservato che il contenuto del regime detentivo speciale risulta regolato dalla legge con previsioni operanti su un doppio livello.

Un primo livello, per così dire generale, caratterizzato dalla regola della proporzionalità, in virtù della quale sono ammesse solo restrizioni al regime ordinario che siano necessarie agli scopi di prevenzione cui la misura è finalizzata. Il secondo livello di regole, invece, indica i contenuti del regime, e per quanto attiene la materia dei colloqui, ne stabilisce il numero (uno al mese); le modalità,

da svolgersi ad intervalli di tempo regolari ed in locali attrezzati in modo da impedire il passaggio di oggetti vietando, nel contempo, i colloqui con persone diverse dai familiari e conviventi, salvo casi eccezionali determinati volta per volta dal direttore dell'istituto ovvero, per gli imputati fino alla pronuncia della sentenza di primo grado, dall'autorità giudiziaria competente.

Orduque, premesso che l'art. 37 comma 10 d.P.R. 30 giugno 2000 n. 230 prevede - in via generale e per tutti i detenuti - due ipotesi di ampliamento della durata del colloquio, la prima correlata a “*eccezionali circostanze*” da valutarsi, dunque, caso per caso, la seconda correlata a due condizioni obiettive rappresentate dalla extraterritorialità del luogo di detenzione rispetto a quello di residenza dei congiunti, unita alla circostanza della mancata fruizione del colloquio nella “*settimana precedente*” e sempre che le esigenze e l'organizzazione dell'istituto lo consentano, è opportuno ribadire l'evidenza che mentre la prima previsione (circostanze eccezionali) non può dirsi in alcun modo in contrasto con le previsioni normative caratterizzanti il regime differenziato (e risulta dunque sempre applicabile, ferma restando la valutazione della eccezionalità del caso) la seconda previsione va “adattata” alle caratteristiche ontologiche della detenzione conformata ai sensi dell'art. 41 bis ord. pen.

In conclusione, esclusa l'esistenza di un divieto assoluto, per i detenuti nei cui confronti sia stata disposta la sospensione delle normali regole di trattamento, vi è la possibilità di fruire - in alternativa al colloquio mensile di un'ora coi familiari e verificando l'esistenza in concreto dei due presupposti indicati (extraterritorialità del luogo di detenzione rispetto a quello di residenza dei congiunti; mancata effettuazione del colloquio nel mese antecedente la richiesta) - di un colloquio prolungato sino a due ore.

Dopo l'abolizione del vetro divisorio ed il contatto diretto ed anche fisico del detenuto con il minore, la Cassazione Penale, con sentenza n. 45913 del 30

ottobre 2014, si è occupata della legittimità dell'esclusione dalla sala colloqui dei familiari adulti.

Giova evidenziare *in primis* che l'amministrazione penitenziaria con circolare n. 3592 del 09 ottobre 2003 ha introdotto la previsione della possibilità di eliminare il vetro divisorio per consentire l'effettuazione di incontri visivi tra detenuto e familiari minori di dodici anni al fine di garantire la possibilità di manifestazioni affettive nel contesto dei rapporti familiari ed al tempo stesso di impedire l'accesso dei minori, da soli, alla parte detentiva della sala colloqui degli istituti, onde evitare possibili traumi prodotti dal contatto con l'ambiente carcerario.

La limitazione che vieta la presenza di altri congiunti adulti trova giustificazione nell'esigenza di impedire l'estensione del beneficio a tutti i partecipanti al colloquio per ragioni di sicurezza. Sulla scia di dominante orientamento giurisprudenziale la Corte di Cassazione penale ha affermato: "*i detenuti che possono essere sottoposti al regime speciale di detenzione previsto dall'art. 41-bis Ord. Pen. e gli scopi del predetto regime sono chiaramente indicati nel comma 2 del citato articolo, nel quale si statuisce che, nel caso in cui lo stato di detenzione sia stato ordinato per taluno dei delitti richiamati nello stesso articolo, il Ministro della giustizia ha la facoltà di sospendere, in tutto o in parte, l'applicazione delle regole di trattamento previste dall'Ordinamento Penitenziario, qualora ricorrano gravi motivi di ordine e di sicurezza pubblica e vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti del detenuto con un'associazione criminale, terroristica o eversiva*". (Cfr. Cass. pen. n. 46783 del 23 settembre 2013)

Regole fondamentali sono: necessità di bilanciare l'esigenza di affettività dei detenuti e dei minori; prevenzione posta a fondamento dell'art. 4 bis Ord. Pen. in ordine a situazioni che vedono strumentalizzati i minori dai detenuti per

l'invio di messaggi all'esterno, malgrado l'utilizzo di impianti di videoregistrazione.

La Cassazione ha concluso per la legittimità della circolare impugnata soprattutto alla luce delle esigenze di prevenzione, così confermando la ragionevolezza della prescrizione che prevedendo l'abolizione del vetro divisorio ed il contatto diretto e fisico del detenuto con il minore, preveda l'esclusione dalla sala colloqui dei familiari adulti. La limitazione che vieta la presenza di altri congiunti adulti trova giustificazione nell'esigenza di impedire l'estensione del beneficio a tutti i partecipanti al colloquio per ragioni di sicurezza. *"In capo all'Amministrazione residua un potere regolamentare per la concreta applicazione delle restrizioni rivolte alla suddetta categoria di detenuti, che deve, per altro, essere esercitato nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, senza comunque rendere inutilmente più penosa la regola speciale imposta al detenuto e senza che si verifichi una inutile compressione di diritti costituzionalmente garantiti anche al detenuto (in tal senso, si veda anche, ex multis, Cass. pen. n. 3354 del 06 luglio 1994). E' legittima la prescrizione che, nell'ambito di una nuova disciplina, nell'ambito dell'art. 41 bis Ord. pen., che ha previsto l'abolizione del vetro divisorio ed il contatto diretto ed anche fisico del detenuto con il minore, si preveda l'esclusione dalla sala colloqui (come modificata nella sua struttura per effetto delle nuove disposizioni) dei familiari adulti, e ciò per motivate esigenze di sicurezza"*

Il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto, con ordinanza del 27 giugno 2017, ha enunciato una rilevante affermazione di principio: i colloqui tra i detenuti sottoposti al regime detentivo speciale di cui all'art. 41-bis, comma 2, ord. penit. e i Garanti regionali delle persone soggette a restrizione della libertà personale non sottostanno alla disciplina dettata per i colloqui con i terzi; non si computano nel numero massimo mensile; si svolgono, senza vetro divisorio, sotto il controllo a vista e non auditivo del personale di custodia.

La figura del Garante regionale dei diritti dei detenuti è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 12-bis del d.l. 30 dicembre 2008, n. 207 (convertito in legge 27 febbraio 2009, n. 14) con lo scopo di offrire una forma di tutela extra-giurisdizionale alle persone *in vinculis*, tra l'altro, promuovendone l'esercizio dei diritti, verificando le condizioni detentive e il trattamento operato dall'amministrazione, segnalando eventuali abusi. Oltre al potere di ricevere istanze o reclami in forma orale o scritta, anche in busta chiusa (art. 35 ord. penit.), il Garante può far visita agli istituti penitenziari senza il bisogno di autorizzazione (art. 67, lett. l-bis, ord. penit.) ed è ammesso ad avere colloqui con i detenuti e gli internati (art. 18 ord. penit.).

Sotto tale ultimo aspetto, alcune circolari del Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria hanno specificato che ove costui, avvalendosi della prerogativa di accesso all'istituto ex art. 67 ord. penit., interloquisca con i ristretti, tali interlocuzioni non si sostanziano (e non possono travalicare) nei colloqui in senso tecnico previsti dall'art. 18 ord. penit., di talché non devono essere computate ai fini del raggiungimento dei limiti numerici sanciti dall'art. 37, comma 8, reg. esec. Qualora, invece, egli intenda effettuare un vero e proprio confronto vis-à-vis con il detenuto, trova applicazione la disciplina dettata per i contatti con gli estranei, risultando dunque necessaria l'autorizzazione da parte dell'autorità giudiziaria o di quella amministrativa, subordinata alla sussistenza di "ragionevoli motivi" come disposto dall'art. 37, comma 1, reg. esec., e fermo restando il rispetto dei limiti quantitativi.

L'art. 18 ord. penit., nel trattare, al primo comma, delle persone ammesse ad effettuare colloqui visivi con i detenuti, menziona tre categorie di soggetti - i congiunti, le altre persone, il Garante - e, come si precisa nell'ordinanza, il fatto che quest'ultima figura venga tenuta distinta dalle altre due sarebbe indicativo della volontà del legislatore di conferirle una propria autonomia.

Il Garante rappresenterebbe, infatti, un *tertium genus*, un soggetto, cioè, differente e non inquadrabile né – come ovvio – tra i congiunti, né tra le “altre persone” di cui ragiona l’art. 18, comma 1, ord. penit., dovendo le medesime essere intese come quelle legate al detenuto da un vincolo amicale o professionale.

Il Garante, invero, in quanto terzo “*qualificato*” ai sensi dell’art. 18 ord. penit., è figura autonoma e distinta dalle “*persone diverse dai congiunti e dai conviventi*” cui fa riferimento l’art. 37, comma 1, reg. esec., ergo: il detenuto che intenda svolgervi un colloquio visivo non è tenuto a dimostrare la ricorrenza di ragionevoli motivi onde ottenere l’autorizzazione prescritta dalla disciplina regolamentare.

Del resto, anche sul piano teleologico, non sarebbe conferente con le finalità di tutela dei diritti delle persone private della libertà personale che lo svolgimento del confronto visivo con il Garante fosse sottoposto alla sussistenza della predetta condizione, cioè, in buona sostanza, ad un giudizio di “meritevolezza” da parte di quella stessa amministrazione carceraria che verosimilmente rappresenta la naturale “controparte” dell’authority in discorso.

La funzione che il Garante è chiamato ad espletare, come si afferma nell’ordinanza in rassegna, in quanto figura preposta istituzionalmente alla vigilanza delle condizioni detentive, andrebbe assimilata al magistrato di sorveglianza che ha l’obbligo di incontrare i detenuti che ne facciano richiesta in periodici colloqui individuali, che non vengono certamente computati nel numero mensile: come a dire che la funzione esercitata dal Garante renderebbe i colloqui con costui ontologicamente differenti rispetto a quelli con i congiunti o con le persone legate al detenuto da un mero rapporto amicale o professionale, i quali, al contrario, perseguono obiettivi ricollegabili all’esigenza, costituzionalmente riconosciuta, di mantenimento delle relazioni familiari e dei rapporti con il mondo esterno.

Per altro verso, qualora detto colloquio fosse computato ai fini del raggiungimento del limite quantitativo, esaurirebbe, per i detenuti in regime di differenziato, la possibilità di effettuare quell'unico confronto mensile che l'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), ord. penit. concede loro, con la conseguenza che, volendo incontrare il Garante, essi dovrebbero rinunciare, nel mese in corso, ad incontrare i famigliari. Soluzione, questa, che lo stesso Magistrato di Sorveglianza ritiene inconciliabile tanto con il principio di umanità della pena, ponendo il soggetto *in vinculis* dinanzi all'alternativa tra il colloquio con i famigliari e quello con il Garante, quanto con il principio di eguaglianza, offrendo ai detenuti sottoposti al "carcere duro" la possibilità di confrontarsi con quest'ultimo in un'unica occasione mensile, a fronte delle sei a disposizione dei detenuti comuni, e ciò nonostante la condizione di maggior delicatezza che l'applicazione del 41-bis verosimilmente determina.

Quanto alle modalità di svolgimento del colloquio con il Garante, il Giudice spoletino enuncia il principio secondo il quale lo stesso sarebbe da effettuarsi senza vetro divisorio e senza controllo auditivo, con il mero controllo visivo previsto, in via generale, dall'art. 18 ord. penit. Sul punto, si rinviene la discrasia tra la decisione in rassegna ed un precedente arresto del Tribunale di Sorveglianza di Perugia che, con ordinanza depositata il 13 novembre 2015, in un caso analogo, disponeva, al contrario, la sottoposizione del confronto con il Garante alla rigida disciplina dettata dall'art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), ord. penit., riconoscendo al direttore dall'istituto la possibilità di richiedere all'autorità giudiziaria competente di autorizzare, se del caso, l'effettuazione del controllo auditivo e della registrazione, impregiudicata la videosorveglianza.

Per converso, da un lato, l'effettuazione del colloquio in una saletta munita di vetro divisorio a tutta altezza, sotto registrazione audio e videoregistrazione determinerebbe un grave pregiudizio all'esercizio del diritto del detenuto al

confronto con il Garante, pregiudizio inconferente rispetto agli obiettivi del “carcere duro” e, quindi, ingiustificato; dall’altro, considerate le finalità a cui detto confronto adempie, risulterebbe indispensabile la piena libertà di espressione per il soggetto *in vinculis*, il quale dovrebbe, di conseguenza, essere posto in una condizione di completa tranquillità che soltanto l’assoluta riservatezza del colloquio può assicurare.

Peraltro, con specifico riferimento al controllo auditivo, il Magistrato di Sorveglianza di Spoleto evidenzia, inoltre, come la possibilità per il detenuto di rivolgere istanze o reclami, in forma orale o scritta, “*anche in busta chiusa*”, al Garante (art. 35, n. 3, ord. penit.), corroborata dal divieto di sottoporre a limitazioni e controlli la corrispondenza epistolare o telegrafica ad esso indirizzata o da esso inoltrata (art. 18-ter, comma 2, ord. penit.), rappresenterebbe l’estrinsecazione più evidente della necessità, legislativamente riconosciuta, di interloquire riservatamente con costui.

In ordine, invece, alla questione relativa all’assoggettabilità dei suddetti colloqui alla disciplina prevista per quelli con i terzi, nonché alla loro computabilità nel numero massimo mensile, si osserva, al contrario, come la giurisprudenza di merito sembri orientata verso una soluzione univoca, posto che anche il Magistrato di Sorveglianza di Sassari, in un recente arresto datato 26 giugno 2017, è pervenuto alla medesima conclusione a cui, con l’ordinanza in analisi, è giunto il Giudice di Spoleto, accertando, in particolare, il diritto del detenuto ad avere colloqui con il Garante senza previa autorizzazione della Direzione del carcere ed escludendo che gli stessi siano alternativi rispetto a quello previsto dall’art. 41-bis, comma 2-quater, lett. b), ord. Penit.

Preme, infine, porre l’attenzione su di uno studio dell’Osservatorio permanente sulle morti in carcere, il quale ha evidenziato la frequenza di suicidi tra i detenuti al 41 bis; tre volte maggiore rispetto al resto delle persone recluse.

Il caso di Totò Riina – come fu con la morte di Provenzano – ha acceso un forte dibattito sull’incompatibilità o meno con la carcerazione dura per chi soffre di disturbi psicofisici. In realtà la questione fu già sollevata dalla Corte Europea di Strasburgo riguardo all’opportunità di confermare il carcere duro nel caso di detenuti anziani e in condizioni di salute critiche.

Nella sentenza CEDU del 17 settembre 2009 sul caso “Enea contro Italia”, la Corte sottolinea che *“le condizioni di detenzione di una persona malata devono garantire la tutela della sua salute, tenuto conto delle ordinarie e ragionevoli contingenze della carcerazione. Se non è possibile dedurne un obbligo generale di rimettere in libertà o di trasferire in un ospedale civile un detenuto, anche se quest’ultimo soffre di una malattia particolarmente difficile da curare, l’articolo 3 della Convenzione impone comunque allo Stato di proteggere l’integrità fisica delle persone private della libertà”*.

Poi continua: *“La Corte non può escludere che, in condizioni particolarmente gravi, ci si possa trovare in presenza di situazioni in cui una buona amministrazione della giustizia penale richieda l’adozione di misure di natura umanitaria”*.

Dopodiché, la Corte ha chiesto di tener conto soprattutto di tre elementi per valutare la compatibilità del mantenimento in carcere di un ricorrente con uno stato di salute preoccupante, ovvero: la condizione del detenuto, la qualità delle cure dispensate e l’opportunità di mantenere la detenzione visto lo stato di salute del ricorrente.

Tanti sono i casi di morte in carcere. C’è il caso di Feliciano Mallardo, condannato in primo grado a 24 anni per estorsione aggravata e associazione camorristica, che morì in regime di 41 bis nonostante soffrisse di diabete, insufficienza renale, problemi cardiaci e con un cancro polmonare scoperto quando aveva già raggiunto i sette centimetri di massa ed una metastasi al fegato. Oppure il caso di Palmerino Gargiulo, ergastolano sottoposto al regime del 41

bis, che fu ritrovato impiccato nel carcere di massima sicurezza del Cerialdo di Cuneo. Utilizzò una corda rudimentale fatta di lenzuola e lacci.

Attualmente ci sono diversi casi segnalati. La storia dei tre detenuti ultranovantenni che attualmente sono in regime del 41 bis al carcere di Parma, tra i quali uno che soffre di diverse patologie come l'Alzheimer e ci si chiede come mai possa ritenersi ancora pericoloso e lucido, tale da giustificare il regime duro. Altro caso emblematico riguarda la storia di Vincenzo Stranieri, ex boss della sacra corona unita, che presenta gravi patologie come il tumore alla faringe e viene alimentato con una sonda: infatti, attualmente recluso nel carcere milanese di Opera, fa andirivieni tra il carcere e l'ospedale di San Paolo. Ovviamente sempre in regime di 41 bis.

Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo.

Legge n. 71 29 maggio 2017 (G.U. 3 giugno 2017, n.127)

Con la Legge 29 maggio 2017, n. 71, rubricata “*Disposizioni a tutela dei minori per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo*”, si colma la lacuna del nostro ordinamento, che per la prima volta ha una legge specifica in materia di bullismo e cyberbullismo e si completa un lungo e complesso percorso parlamentare (il disegno di legge era stato approvato il 27.01.2014).

La suddetta normativa rappresenta una delle prime leggi in materia, anche, a livello europeo ed ha il merito di costituire un importante punto di partenza nella prevenzione e contrasto del cyberbullismo nel nostro Paese.

Inoltre prevede per la prima volta , nel nostro ordinamento, la definizione di cyberbullismo: “*qualunque forma di pressione, aggressione, molestia, ricatto, ingiuria, denigrazione, diffamazione, furto d'identità, alterazione, acquisizione illecita, manipolazione, trattamento illecito di dati personali in danno di minorenni, realizzata per via telematica, nonché la diffusione di contenuti on line aventi ad oggetto anche uno o più componenti della famiglia del minore il cui scopo intenzionale e predominante sia quello di isolare un minore o un gruppo di minori ponendo in atto un serio abuso, un attacco dannoso, o la loro messa in ridicolo*” (art. 1, co. 2).

Sul piano giuridico si ricava che il cyberbullismo consiste in un comportamento ovvero un'azione commessa tramite strumenti telematici che si possa configurare come aggressione o altra azione dolosa in danno del minore.

Tuttavia, tale definizione, sembrerebbe carente sotto i profili evidenziati dalla ricerca europea ed internazionale degli elementi costitutivi del cyberbullismo, e

in particolare: la ripetizione dei comportamenti nel tempo o uno squilibrio di potere o di forza.

Si osserva, inoltre, come l'elemento psicologico nell'intenzionalità sia finalizzato non tanto ad “isolare la vittima” quanto in realtà a mettere la stessa vittima (protagonista involontaria) al centro di uno spettacolo di prevaricazione e violenza.

La legge in esame offre un nuovo strumento di tutela al minore (art .2 “Tutela della dignità del minore”) che si accosta agli altri già forniti dal nostro ordinamento, tramite la possibilità garantita al minore di proporre istanze dirette nei confronti dei gestori dei siti.

Questi ultimi avranno massimo 48 ore per provvedere all'oscuramento, rimozione o blocco dei contenuti illeciti (c.d. “notice and take down”).

L'analisi colloca questi nuovi strumenti di tutela all'interno di un quadro normativo più ampio e riguarda anche la tutela della persona nell'ambito di internet, tenuto conto che il minore necessita certamente di strumenti e procedure specifiche.

Sotto il profilo dei destinatari dell'obbligo di oscuramento e rimozione ci si interroga se questa impostazione comporterà nuovi obblighi e oneri per chi opera su internet: il gestore di un sito internet o del social media è un termine generico atto a ricomprendere chiunque gestisca, anche per scopi di svago, un semplice blog o sito internet.

Infatti, l'art. 1, comma 3, richiama esplicitamente il D.Lgs. n. 70/2003 sui servizi nella società dell'informazione nel mercato interno, con particolare riferimento al commercio elettronico ed essendo abbastanza ampia la definizione, si ricomprende nei destinatari della segnalazione chiunque gestisca un sito o un blog onerando gli stessi di mettere in campo costose procedure spesso impossibili

da implementare, soprattutto quando il sito web viene gestito non professionalmente ma per mero scopo amatoriale o per svago.

Occorre, inoltre, analizzare l'ipotesi che quando il soggetto responsabile del sito non fornisca un riscontro o fornisca un riscontro parziale inidoneo, l'interessato potrà adire il garante per la protezione dei dati personali il quale avrà a disposizione 48 ore a sua volta per provvedere con proprio provvedimento. Inoltre, in termini ancora più stringenti è previsto che entro le 24 ore dalla ricezione dell'istanza il gestore debba comunicare la presa in carica della stessa.

Invero, il comma 2 dell'art. 2 prevede anche che si possa proporre reclamo al garante “comunque nel caso in cui non sia possibile identificare il titolare del trattamento o il gestore del sito internet o del social media”, circostanza che necessiterà di essere comunque documentata nel reclamo.

Il Garante privacy, a seguito della proposizione dell'istanza dell'interessato, si pronuncerà con un provvedimento amministrativo, c.d. “procedimento su reclamo”, che in base al Codice sulla privacy può essere attivato anche tramite una segnalazione.

A seguito del reclamo, l'Autorità dovrà necessariamente effettuare una valutazione sommaria entro le 48 ore, raccogliendo il materiale istruttorio disponibile e pronunciandosi per l'accoglimento delle ragioni del segnalante/reclamante oppure rigettare con motivazioni il provvedimento.

In conclusione, il procedimento su reclami semplificato e disciplinato nella legge implica necessariamente una sommarietà della valutazione anche in termini di materiale istruttorio che mal si concilia con le situazioni più complesse che possono presentarsi nella realtà, questo farebbe propendere per fare relegare questa procedura ai casi che appaiono prima facie illeciti o in cui l'illiceità è altamente probabile.

Analizzando il testo della nuova legge si evidenzia l'importanza dello strumento del Codice di autoregolamentazione, richiamato all'art. 3.

Da premettere che già nel 2014, in materia di cyberbullismo, è stata presentata la proposta di adozione di un Codice di autoregolamentazione per la prevenzione ed il contrasto del fenomeno del cyberbullismo da parte del Ministero per lo Sviluppo Economico.

Il Codice, composto da 5 articoli, è stato elaborato da uno specifico tavolo di lavoro e con la partecipazione dell'Agcom, Polizia Postale, Autorità garante Privacy, Garante per l'Infanzia, Confindustria Digitale.

Il Codice in oggetto non è stato poi adottato né pubblicato nella versione finale, ma è previsto nel testo della legge in esame (si veda art. 3) e costituisce un elemento cardine della fase esecutiva del provvedimento.

In particolare, il piano d'azione è integrato con il Codice di autoregolamentazione per la prevenzione e il contrasto del cyberbullismo, rivolto sia agli operatori che forniscono servizi di social networking, sia agli altri operatori delle reti Internet, che deve prevedere l'istituzione di un comitato di monitoraggio al quale è assegnato il compito di identificare procedure e formati standard per le richieste di provvedimenti inibitori di cui all'art. 2.

Una delle specificità del Codice di autoregolamentazione (art. 2) è la previsione di precisi impegni e obblighi degli operatori dei servizi telematici sotto il profilo dell'attivazione di “meccanismi di segnalazione di episodi di cyberbullismo, al fine di prevenire e contrastare il proliferare del fenomeno”.

È previsto all'art. 3 che gli aderenti al Codice di autoregolamentazione si impegnino “nel rendere efficienti i meccanismi di risposta alle segnalazioni, effettuati da personale opportunamente qualificato, azionati in termini di tempe di rimozione dei contenuti lesivi per la vittima del cyberbullismo, non superiori

alle du ore dall'avvenuta segnalazione, al fine di evitare che le azioni si ripetano e/o si protraggano nel tempo, amplificando gli effetti che la condotta del cyberbullo ha in rete sulla vittima, per la quale l'efficacia della segnalazione costituisce l'unico strumento possibile di controllo”.

Le problematiche connesse a tale procedura riguardano il tempo di intervento (2 ore) che risulta essere troppo ristretto, nonché la mancata analisi dei costi di tale adempimento per la piattaforme on line, non essendoci alcun riferimento a investimenti in materia.

Inoltre, non vi è alcun riferimento a problemi di accessibilità e di fruizione dei sopracitati meccanismi di segnalazione da parte dei soggetti diversamente abili che sono sovente oggetto di molestie e vessazioni.

All'art. 4 della legge sul cyberbullismo rubricato “Linee di orientamento per la prevenzione e il contrasto in ambito scolastico” si citano le “Linee Guida” di orientamento al fine di prevedere e contrastare i fenomeni del bullismo e cyberbullismo, emanate nel 2015 dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, che costituiscono un forte segnale di sensibilizzazione in materia e che prevedono molteplici misure organizzative, didattiche a carico delle istituzioni scolastiche.

L'importanza dello strumento delle “Linee Guida” è confermata dalla nuova legge che prevede all'art. 4 l'adozione di una versione aggiornata delle stesse “Linee Guida” entro trenta giorni dalla pubblicazione del testo di legge sulla gazzetta ufficiale.

Tali “Linee Guida” si rivolgono agli studenti, agli insegnanti, ai dirigenti e alle scuole di ogni ordine e grado e costituiscono uno strumento importante per il contrasto e la prevenzione del bullismo e del cyberbullismo, educano i ragazzi a un utilizzo consapevole di internet e rafforzano l'alleanza scuola e famiglia nel

contrasto di questi fenomeni.

In particolar modo approfondiscono il profilo delle pari opportunità; viene infatti specificato che la scuola e la famiglia possono essere determinanti nella diffusione di un atteggiamento mentale e culturale che consideri la diversità come una ricchezza e che educi all'accettazione, alla consapevolezza dell'altro, al senso della comunità e della responsabilità collettiva.

In sostanza, le “Linee Guida” richiamano le scuole e le famiglie ad una collaborazione sinergica: la scuola è chiamata ad adottare misure atte a prevenire e contrastare ogni forma di violenza e di prevaricazione; la famiglia è chiamata a collaborare, non solo attraverso l'educazione ma che attraverso l'educazione la vigilanza sui comportamenti dei figli.

Le “Linee Guida” disegnano, pertanto, una nuova governance diffusa in materia di prevenzione contrasto del bullismo e cyberbullismo sul territorio. La nuova legge in materia di cyberbullismo prevede all'art. 4 l'obbligo di ogni istituzione scolastica di individuare un docente referente per le attività di prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo.

Tale figura dovrà rapportarsi con le Forze di Polizia e la rete del territorio di associazioni.

Ancora, le “Linee Guida” puntano molto sulla formazione dei docenti e dei formatori, i quali devono avere una preparazione specifica per rispondere ai nuovi stili cognitivi e comunicativi degli studenti.

La legge in esame potrebbe porre dei problemi applicativi agli operatori giuridici. Nel nostro ordinamento sono presenti, al di là della nuova legge in esame, diverse norme che trovano applicazione per contrastare il fenomeno del bullismo e del cyberbullismo.

La definizione di cyberbullismo contenuta nella nuova legge prende atto della plurioffensività della condotta criminosa e abbraccia una molteplicità di ipotesi di reato.

Si è tentato di abbracciare un'ampia gamma di comportamenti (e quindi di reati) tali da poter permettere alla previsione normativa di trovare applicazione in relazione alle molteplici varianti in cui si concretizza l'azione criminosa che identifichiamo nel cyberbullismo.

Tuttavia, in assenza del dato definitorio certo in riferimento a una molteplicità di reati riconducibili al cyberbullismo, l'azione penale non può che ricercare la giustificazione del suo attivarsi ricorrendo a fattispecie-reato già previste dal diritto sostanziale.

In ambito penale trovano applicazione a seconda della condotta che il bullo pone in essere i seguenti reati: diffamazione (art. 595); percosse (art. 581); lesioni (art. 582); estorsione (630 c.p.); minaccia (art. 612); atti persecutori (art. 612 bis); interferenze illecite nella vita privata (art. 615); violazione, sottrazione o soppressione della corrispondenza (art. 616); pornografia minorile (art. 600-ter); detenzione di materiale pornografico (art. 600-quater); accesso abusivo al sistema informatico (art. 615 ter); reato di violazione della privacy (art. 167 Codice della Privacy).

In materia penale, inoltre, occorre distinguere due casi:

- il caso in cui il minore bullo ha un'età inferiore ai 14 anni e, dunque, non imputabile;
- il caso in cui il minore bullo ha un'età tra i 14 e i 18 anni e, dunque, imputabile, ma solo se viene provata la capacità di intendere e di volere dello stesso.

Un'ultima analisi riguarda l'art. 7 della nuova legge sul cyberbullismo rubricato "Ammonimento".

Occorre precisare che l'ammonimento è uno strumento amministrativo e non presuppone la prova certa del fatto, ma solo la sussistenza di circostanze che rendano verosimile l'avvenuto compimento di atti persecutori.

La ratio della previsione sta evidentemente nel tentativo di intercettare tutti quei comportamenti che pur non assumendo valenza penale, comunque possono essere indice di comportamenti che potrebbero evolversi in quegli episodi che invece la legge approvata vuole frenare.

In particolare, l'articolo precisa che fino a quando non è proposta querela o non è presentata denuncia per i reati di ingiuria, diffamazione e minaccia o per il reato di trattamento illeciti di dati personali commessi, mediante internet, da minorenni di età superiore agli anni quattordici nei confronti di altro minorenne, è applicabile la procedura di ammonimento.

In ambito civilistico, nel caso di episodi di bullismo trova applicazione la responsabilità per atti illeciti prevista all'art. 2043 del c.c.: la vittima del bullo potrà richiedere il risarcimento del danno morale; il danno biologico; il danno esistenziale.

Trova applicazione, anche, l'art. 2048 in materia di responsabilità dei genitori e dei precettori.