ISSN 2704-8667
[online]

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali

International Review of Legal, Economic and Social Science

con il patrocinio
dell' Università degli Studi di Napoli Parthenope

Anno II
Numero 3 -2020
SETTEMBRE – DICEMBRE

WWW.ISTITUZIONIDIRITTOECONOMIA.EU

IERDISAF

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA

Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche, Economiche e Sociali

International Review of Legal, Economic and Social Science

Periodico scientifico quadrimestrale *open access* di dottrina, giurisprudenza e documentazione pubblicato all'indirizzo:

URL https://www.istituzionidirittoeconomia.eu

Editore (*Publisher*):

IERDISAF – Istituto Europeo di Ricerca e studio comparato del Diritto e delle Scienze Amministrative e Finanziarie – NAPOLI (IT)

C.F. 95228970638

Sede, Redazione e Direzione della Rivista:

c/o IERDISAF
Via Traversa Nuova Marina n. 8 – 80133 Napoli (IT)

Contatti:

Tel. (+39) 371 11 96 605
Email: redazione@istituzionidirittoeconomia.eu

Direttore Responsabile:

Avv. DOMENICO DENTE GATTOLA

Data pubblicazione web:

DICEMBRE 2020

DIREZIONE SCIENTIFICA

Direttore: DOMENICO CROCCO, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - Condirettori: DARIO LUONGO, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - FEDERICO PICA, *SVIMEZ - Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA A. SALEMME, *Corte di Cassazione* - MARCO TIBERII, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli*

COMITATO SCIENTIFICO

SALVATORE ACETO DI CAPRIGLIA, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - CARLO AMATUCCI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - CARLO AMIRANTE, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ENRICO BONELLI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - SERGIO CAPOZZI, *Università degli Studi di Napoli Parthenope* - RAFFAELLO CAPUNZO, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - ANDREA R. CASTALDO, *Università degli Studi di Salerno* - STEFANO CHERTI, *Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale* - MANLIO INGROSSO, *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli* - PIER FRANCESCO LOTITO, *Università degli Studi di Firenze* - VINCENZO MASTRONARDI, *Sapienza Università di Roma* - GIOVANNI NERI, *IERDISAF – UPM Uni-internazionale, Milano* - EMILIO PAGANO, *Università degli Studi Suor Orsola Benincasa, Napoli* - GIORGIO SPANGHER, *Sapienza Università di Roma* - GENNARO TERRACCIANO, *Università degli Studi di Roma Foro Italico* - SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II* - PAOLO WULZER, *Università degli Studi di Napoli L'Orientale*

COMITATO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE

SANDRA CASSOTTA, *Aalborg University Copenhagen, Danimarca* - RENATA FRANC, *Institute of Social Sciences Ivo Pilar, University of Zagreb, Croazia* - MARGARETH HELFER, *Istituto di Diritto Italiano, Universität Innsbruck, Austria* - ANTHONY W. MCKENZIE, *Miami International University, USA* - ANDREA NUVOLI, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - CARMEN PARRA RODRIGUEZ, *Universitat Abat Oliba CEU, Barcelona, Spagna* - COSIMO RISI, *USI, Lugano, Svizzera* - FRANCESCO A. SCHURR, *Istituto di Diritto Italiano*, *Universität Innsbruck,*

Austria - SILVIA TRIFONOVA, *University of National and World Economy Sofia, Bulgaria* - MATTHIAS THEODOR VOGT, *Hochschule Zittau-Görlitz, University of Applied Sciences, Germania*

RAPPORTI INTERNAZIONALI

SALVATORE VILLANI, *Università degli Studi di Napoli Federico II*

COMITATO DI REDAZIONE

ANGELINA CIRILLO, MASSIMINO CRISCI, IVAN CUOCOLO
JEAN PAUL DE JORIO, MARCELLA FERRANTE
MICHELE MICCOLI

SEGRETERIA DI REDAZIONE

FRANCESCO CAMPLANI, CARMINE A. A. QUERCIA
LUCIA ROCCO, FULVIO TUDISCO,

DIRETTORE RESPONSABILE

DOMENICO DENTE GATTOLA

Con il patrocinio dell'Università degli Studi di Napoli Parthenope

* * * * *

La Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, che tratta esclusivamente argomenti scientifici e si avvale della collaborazione di diverse Istituzioni Universitarie italiane e straniere, è un periodico scientifico senza finalità lucrative pubblicato, con periodicità quadrimestrale, esclusivamente *online*.

Essa è resa liberamente disponibile secondo i canoni dell'*Open Access*, in accordo con i principi espressi nella Dichiarazione di Berlino: accesso aperto alla conoscenza, massima diffusione e visibilità sul *WEB* per la ricerca scientifica, diffusione pubblica dei risultati delle ricerche finanziate con fondi pubblici e/o privati. Il lettore può infatti condividere, riprodurre, distribuire, stampare e comunicare al pubblico ogni lavoro scientifico pubblicato su *Istituzioni Diritto Economia*, con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dal diritto d'autore, in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale della Rivista, nonché dell'autore del contributo.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono sempre a titolo gratuito. Le opere pubblicate su la Rivista *Istituzioni Diritto Economia* sono attribuite dagli autori. Sono fatte salve, in ogni caso, le garanzie previste dalla disciplina vigente in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (legge n. 633/1941).

La Rivista non è soggetta alla registrazione presso il Tribunale, dal momento che tale adempimento è obbligatorio per le pubblicazioni periodiche *online* esclusivamente per le attività per le quali i prestatori dei

servizi intendano avvalersi delle provvidenze in favore dell'editoria previste dalla legge 7 marzo 2001, n. 62, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 7 del decreto legge n. 70 del 2003.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli della Rivista *Istituzioni Diritto Economia*, può essere utilizzata la forma di seguito indicata: N. COGNOME, Titolo del contributo, in *Istituzioni Diritto Economia – Rivista online*, Anno I, Num. 1, 2019, p. 10 ss.

Peer review.

Salvo diversa indicazione, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono soggetti a previa valutazione secondo il metodo *double blind peer review*.

La redazione della Rivista conserva idonea documentazione di tutte le operazioni della procedura di referaggio.

Avvertenza.

Le opinioni espresse nei contributi pubblicati impegnano i soli Autori. La Direzione non assume alcuna responsabilità nemmeno per eventuali errori od omissioni nella correzione delle bozze.

INDICE

CONTRIBUTI E RICERCHE

MICHELE ALESCI
Considerazioni sul delitto di "associazione segreta" (l. 25 gennaio 1982, n. 17). Contributo all'interpretazione del concetto di "interferenza" e del rapporto con gli altri elementi della fattispecie [PARTE SECONDA]…….. » 3

IVAN CUOCOLO
Il pactismo nell'ideologia dei giuristi spagnoli a cavallo fra XV e XVI secolo ……...…….…….... » 103

JEAN PAUL DE JORIO
Il declino dello «Stato di diritto» e l'affermazione di una nuova forma di governo «aparlamentare». La strumentalizzazione del Covid-19 e la sistematica vulnerazione dei diritti fondamentali nel corso dell'anno 2020……...…….……... » 115

FEDERICO GASPARINETTI - ANGELO MARIA ROVATI
Internet e i social network come nuovo scenario del rapporto tra diritto di libera manifestazione del pensiero e reato di diffamazione: analisi dei profili di risarcimento del danno……...……..... » 146

GIURISPRUDENZA ANNOTATA

REMO TREZZA
Patto commissorio e patto marciano nella dimensione "retale" dell'autonomia negoziale (Nota a: Corte di Cassazione – sentenza 17 gennaio 2020, n. 844) ……..…….... » 191

RECENSIONI

CARLO AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003. (a cura di CARMINE ALDO AGNELLO QUERCIA) ……..……... » 209

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 3 – 2020 *www.istituzionidirittoeconomia.eu*

Contributi e Ricerche

MICHELE ALESCI*

CONSIDERAZIONI SUL DELITTO DI "ASSOCIAZIONE SEGRETA" (L. 25 GENNAIO 1982, N. 17). CONTRIBUTO ALL'INTERPRETAZIONE DEL CONCETTO DI "INTERFERENZA" E DEL RAPPORTO CON GLI ALTRI ELEMENTI DELLA FATTISPECIE

[PARTE SECONDA]

«*La segretezza è il principio della tirannia*»
[R.A. HEINLEIN, 1973] **

SOMMARIO: [PARTE PRIMA] 1. Premessa. – 2. Introduzione. – 3. Associazionismo segreto e diritto. L'art. 18 Cost., la L. 26 novembre 1925, n. 2029 contro la massoneria, l'aggravante dell'art. 339 C.p. e la L. 25 gennaio 1982, n. 17 sulle «associazioni segrete» quale prototipo della c.d. "legislazione d'emergenza". – 4. La discussa ratio del secondo comma dell'art. 18 Cost.: la segretezza quale "presunzione di pericolosità" – e, quindi, di "illiceità" – e il problema del "fine" dell'associazione. – 4.1. (Segue) L'associazione segreta si muoverebbe nella dimensione del "politicamente rilevante". Origine, sviluppo e critiche dell'orientamento dominante. – 5. Il delitto di associazione segreta nel panorama dei reati associativi, tra "materializzazione" e "dematerializzazione" della fattispecie e il problema della sua indeterminatezza. – 6. L'indecifrabile rapporto tra gli elementi della fattispecie: la segretezza, l'interferenza e lo "scopo ultimo" dell'associazione segreta. – 7. La condotta incriminata e l'"iperonimia" del termine «interferire». Cenni e rinvio. – [PARTE SECONDA] 8. Il bene giuridico tutelato tra *ratio legislatoris* e *littera legis*, alla ricerca della *ratio legis*. Anche l'associazione segreta tipizzata dalla legge Anselmi si muoverebbe nella dimensione del "politicamente rilevante". – 8.1. Prima tesi: «il reato di associazione segreta tutela l'ordine costituzionale». Ragioni e limiti dell'assunto. – 8.2. Seconda tesi: «il reato di associazione segreta tutela il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione». Correttezza dell'assunto ed eventuale configurabilità del delitto come reato di pericolo "plurioffensivo" in forma "eventuale". – 9. "Interferenza" vs. "influenza" come parametro insoddisfacente di delimitazione della

condotta penalmente rilevante. – 9.1. L'interferenza come "risultato dell'azione" che ha l'effetto di ostacolare o impedire l'esercizio delle funzioni pubbliche, e in quanto tale intrinsecamente illecita. Il delitto di associazione segreta come reato "causalmente orientato". Fattispecie similari e tentativo di elencazione di condotte che non siano già penalmente rilevanti. – 9.2. Le ragioni a favore dell'interpretazione "restrittiva" della fattispecie e il problema del concorso con altri reati di natura associativa. – 10. I progetti di riforma del Codice penale delle Commissioni "Pagliaro" e "Grosso" e la proposta di riforma della legge Anselmi del 2018. Verso il paradigma del "reato ostativo"? – 11. Conclusioni e proposte *de jure condendo*.

8. *Il bene giuridico tutelato tra* ratio legislatoris *e* littera legis*, alla ricerca della* ratio legis. *Anche l'associazione segreta tipizzata dalla legge Anselmi si muoverebbe nella dimensione del "politicamente rilevante"*

8.1. Ebbene, venendo alla questione del bene giuridico tutelato dalla fattispecie di associazione segreta, la sua individuazione non poteva che risentire del dibattito, sorto e sviluppatosi originariamente in ambito pubblicistico, concernente il generale divieto di associazioni segrete contenuto nell'art. 18 della Costituzione, le cui conclusioni sono state traslate nei discorsi giuridici concernenti la L. n. 17 del 1982 e la fattispecie incriminatrice in essa contenuta. La natura "politica" del reato di associazione segreta è stata, infatti, sostenuta in seno alla pubblicistica e alla penalistica[1].

Nella prima[2], si ricorda sempre PAOLO PETTA, per il quale il

---

* Avvocato e Dottore di ricerca in "Diritto e procedura penale" presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza".

** R.A. HEINLEIN, *Time Enough for Love*, New York, 1973, trad. it., *Lazarus Long l'immortale*, a cura di R. Rambelli, Milano, Nord, 1979, p. 362.

[1] Per T. PADOVANI, voce *Stato (reati contro la personalità dello)*, in *Enc. dir.*, Vol., XLIII, Milano, Giuffrè, 1990, p. 820, ad esempio, è indubbio che il reato di associazione segreta, ricollegandosi a una specifica norma costituzionale, prospetti «un contenuto offensivo ancorato, in linea di principio, ad un nuovo quadro di valori politici».

[2] Tra cui anche L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 76 ss., in particolare pp. 81-82.

legislatore si sarebbe preoccupato «non tanto della prevenzione di attività illecite, quanto della trasparenza della competizione politica», per «difendere il mondo dei partiti e dei gruppi di pressione da certe forme di "concorrenza sleale"»[3]. Nonché, ancora, ALESSANDRO PACE, per il quale la *ratio* del divieto di associazioni segrete – tanto quello costituzionale quanto quello penale – sarebbe «*lato sensu* "politica"»[4].

Nella penalistica[5], si segnala PIETRO NUVOLONE[6], che, in un breve commento alla legge Anselmi, affermava che l'illiceità dell'associazione segreta deriverebbe dal fatto che essa svolge «una qualsiasi attività di carattere politico, che si vuole evidentemente riservare alla partitocrazia dominante, escludendo ogni altro centro di potere, o anche solo di propaganda». Così anche per FRANCESCO C. PALAZZO[7], secondo il quale il legislatore si sarebbe mosso nella prospettiva per cui l'art. 18 cpv. Cost. si riferirebbe alle associazioni «che, pur ponendosi scopi sostanzialmente leciti o comunque non criminosi, fanno della segretezza un *metodo* di azione, resa presumibilmente più efficace, ma in contrasto con quell'esigenza di "trasparenza democratica" che è a fondamento dell'intera compagine costituzionale», da cui discende che «il divieto di associazioni segrete ha un senso solo in quanto si rivolga

[3] P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., pp. 203 e 209.

[4] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*[2], cit., p. 368.

[5] Cfr.: A. TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, cit., p. 757; G. TURONE, voce *Associazioni criminose*, cit., p. 27 ss., che parla di reato associativo «di natura *lato sensu* politica»; G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, cit., p. 373, che parla di «criminalità politica organizzata», anche con riferimento alle associazioni segrete (v. anche pp. 378 e 380 ove si inquadrano espressamente le associazioni segrete tra le «associazioni politiche»); L. GALTERIO, voce *Personalità dello Stato – I) Delitti contro la personalità dello Stato*, in *Enc. giur. Trecc.*, Vol. XXVI, Roma, Treccani, 1990, p. 13; A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 129, ma solo con riferimento all'attività di interferenza sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali. *Contra* espressamente G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 141 ss., per il quale vedi *infra* nel testo. Per altre declinazioni della rilevanza "politica" dell'incriminazione si veda la dottrina citata in G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 323-324.

[6] Si tratta di un commento senza titolo apparso in *Ind. pen.*, 1982, 1, pp. 99-100.

[7] F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., pp. 334-335.

alle associazioni operanti per finalità latamente *politiche*, non ponendosi quelle esigenze di tutela del "metodo democratico" rispetto a gruppi operanti per scopi politici indifferenti». Anche ETTORE GALLO ed ENZO MUSCO[8] hanno sostenuto che «la *ratio* del divieto delle associazioni segrete è di natura politica, e quindi intesa ad evitare deviazioni rispetto alla trasparenza del metodo democratico proprio di una società e di uno Stato liberale. Il divieto delle associazioni segrete mira al preciso obiettivo di evitare il sorgere di poteri paralleli a quelli dello Stato ed in grado di dirigerne od orientarne l'attività».

8.2. L'argomento su cui alcuni hanno fatto leva per sostenere la "dimensione politica" del reato è stato il *tipo di funzioni pubbliche* oggetto di interferenza indicate all'art. 1 della legge Anselmi. Si è detto, infatti, che l'elencazione «attiene appunto alla qualificazione "politica" degli obiettivi direttamente o indirettamente perseguiti dall'associazione»[9], che si contrapporrebbe alla dimensione del «politicamente non rilevante» – consistente, ad esempio, nella religione, nella beneficenza, nell'arte e cultura, nella ricreazione –, esclusa dall'ambito di applicazione della legge (penale e non)[10].

L'orientamento in parola – che si basa sull'impianto argomentativo concernente la *ratio* dell'art. 18 Cost. e delinea niente più che uno dei possibili "scopi" della norma – deve però tradursi, in ottica penale, nell'identificazione di un sostrato materiale, che in gergo penalistico chiamiamo "bene giuridico"[11].

---

[8] E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 64.

[9] A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*[2], cit., p. 368. In questo senso anche: G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, cit., p. 448; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 94. Nella *Relazione della I Commissione permanete Affari costituzionali alla Camera dei deputati* (C. 2791-A, VIII Legislatura – Camera dei Deputati) sul disegno di legge, presentata alla Presidenza il 7 ottobre 1981, si legge che l'attività di interferenza viola «le regole proprie – aperte e pubbliche – della competizione e della vita democratica».

[10] L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., pp. 94-95.

[11] Sulla teorica del bene giuridico la letteratura è sterminata. Non essendo possibile in questa sede neppure abbozzarne un elenco, ci limitiamo a rinviare per tutti, oltre

8.1. *Prima tesi: «il reato di associazione segreta tutela l'ordine costituzionale». Ragioni e limiti dell'assunto*

8.1.1. Muovendo dalla prospettiva "politica", sembra conseguenza logica sostenere che la fattispecie incriminatrice tuteli il c.d. "ordine costituzionale" (o "democratico") dello Stato[12]. Un concetto quest'ultimo[13] che deriva da quello di "ordine pubblico ideale" (o "normativo")[14], inteso tradizionalmente come «una entità ideale costituita dal complesso di quei principi e/o di quelle istituzioni fondamentali, dalla cui continuità e immutabilità dipenderebbe la sopravvivenza dell'ordinamento; in questo senso, ordine pubblico è sinonimo di *ordine legale costituito*»[15].

alle basilari trattazioni manualistiche (in particolare quella di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], cit., p. 179 ss.), a G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, Giappichelli, 2014.

[12] Sull'ordine pubblico, inteso come "ordine costituzionale" (o "democratico"), la letteratura è ampia. In questa sede, pertanto, ci limitiamo a rinviare a: A. PACE, *La Corte di cassazione e i "fatti eversivi dell'ordine costituzionale" (Osservazione a Cass. sent. n. 46340 del 2012)*, in *Osserv. cost.*, 2014, 2, p. 5 ss. (anche in *Giur. cost.*, 2014, 1, p. 582 ss.); ID., *I "fatti eversivi dell'ordine costituzionale"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 8, p. 1027 ss.; ID., *I "fatti eversivi dell'ordine costituzionale" nella legge n. 801 del 1977 e nella legge n. 124 del 2007*, in *Costituzionalismo.it,* 2009, 2, p. 1 ss.; ID., *Ordine pubblico, ordine pubblico costituzionale, ordine pubblico secondo la carta costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1971, 4-5, p. 1777 ss.; R. DICKMANN, *Ordine costituzionale e vocazione solidale dello Stato*, in *federalismi.it,* 2013, 4, p. 1 ss.

[13] Sull'uso degli aggettivi "costituzionale" e "democratico", ricordiamo che la L. 29 maggio 1982, n. 304, recante "*Misure a difesa dell'ordinamento costituzionale*", pur non fornendo una definizione di quest'ultimo, ha previsto all'art. 11 una "*Disposizione interpretativa*" in cui si sancisce che «*All'espressione "eversione dell'ordine democratico" usata nelle disposizioni di legge precedenti alla presente, corrisponde, per ogni effetto giuridico, l'espressione "eversione dell'ordinamento costituzionale"*». Cfr., sul punto, G. CORSO, voce *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, in *Dig. Disc. Pubb.*, Vol. X, Torino, Utet, 1995, p. 437 ss.

[14] Che, com'è noto, per la sua astrattezza e inafferrabilità è comunemente ripudiato quale oggetto giuridico di categoria dei reati di cui al Titolo V del Libro II del C.p., preferendosi una concezione "materiale" di ordine pubblico inteso come "sicurezza pubblica", essendo del resto le stesse note delle fattispecie a suggerire tale connotazione. Cfr., per tutti, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., pp. 462-463.

[15] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 462.

E in effetti hanno richiamato espressamente l'"ordine democratico" ETTORE GALLO ed ENZO MUSCO, per i quali il divieto penale muoverebbe dalla «necessità di una rigorosa difesa all'ordinamento democratico da ogni pericolo ed insidia», essendo volta «ad evitare deviazioni rispetto alla trasparenza del metodo democratico proprio di una società e di uno Stato liberale»[16]. Si è evocato anche il paradigma dell'"ordine pubblico costituzionale", in cui la legge Anselmi ben si inquadrerebbe avendo il «"preciso obiettivo di evitare il sorgere di poteri paralleli a quello dello Stato ed in grado di dirigerne od orientarne l'attività"»[17]; si tratta però di una locuzione, elaborata dalla Corte costituzionale[18], che in nulla si differenzia da quella di "ordine pubblico ideale" o di "ordine costituzionale", se, come si è affermato, anch'essa si riferisce all'«insieme dei principi fondamentali, che riassumono

[16] E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 64.

[17] G.P. VOLPE, voce *Ordine pubblico (misure a tutela del)*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. 9, Torino, Utet, 1995, p. 124, che con il virgolettato si richiama a G. TURONE, voce *Associazioni criminose*, cit., p. 28. Si richiamano genericamente all'ordine pubblico anche: M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 68 ss.; P.P. RIVELLO, *Accertamenti amministrativi circa la partecipazione ad associazioni segrete: un intervento (almeno parzialmente) chiarificatore della Corte Costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1989, 4, p. 595. In forma più generica: G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, cit., p. 368, per il quale l'associazione segreta, come quella di stampo mafioso, presenta una «carica di pericolosità e portata destabilizzante per le istituzioni e per il sistema democratico»; A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 129, secondo il quale, «In rapporto all'attività di interferenza sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali (che non si traducano nell'adozione di provvedimenti di carattere prettamente amministrativo), il reato associativo in esame assume natura politica. Siamo, infatti, di fronte ad aggregazioni che infiltrandosi negli organismi statuali di rilievo costituzionale e ponendosi quali contro-poteri occulti, minano alla radice la trasparenza del metodo democratico e l'esigenza che i poteri costituzionali siano esercitati secondo criteri conformi alla natura della funzione». Con riferimento al divieto costituzionale richiama l'ordine costituzionale e democratico V. GHERGHI, *Brevi considerazioni sulla recente disciplina legislativa in materia di associazioni segrete*, cit., p. 1591 ss. («il costituente ha inteso proibire ogni associazione segreta, avendo considerato comunque pericolosi per l'ordine costituzionale i fini e le attività non dichiarati e non resi palesi di quelle associazioni nel contesto di un regime in cui la libertà di associazione trova la sua massima espansione»).

[18] In realtà solo menzionata da Corte cost. sentenza n. 168 del 1971, che si richiama alla sentenza n. 19 del 1962, ove però si parla solo di "ordine costituzionale".

l'ordine legale di una convivenza sociale ispirata ai valori costituzionali»[19].

Naturale è stato quindi qualificare il reato di associazione segreta come "delitto politico" che, ai sensi dell'art. 8, co. 3, C.p., «*offende un interesse politico dello Stato*»[20]. Si tratta, però, di stabilire in cosa consiste concretamente l'"ordine costituzionale" (o "democratico"), di cui parlano anche gli artt. 270-*bis*, 280, 289-*bis* C.p. (ove si usa l'espressione «ordine democratico»), ma che sembra un concetto immanente a tutti i reati contro la personalità dello Stato di cui al Titolo I del Libro II del Codice penale[21], e pare espresso efficacemente nella formula utilizzata nel delitto di "*Attentato contro la Costituzione dello Stato*" di cui all'art. 283 C.p., che consiste in un fatto diretto e idoneo «*a mutare la Costituzione dello Stato o la forma di governo*».

[19] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Vol. I[4], cit., p. 462.

[20] In questo senso T. PADOVANI, voce *Stato (reati contro la personalità dello)*, cit., p. 820. La letteratura sui delitti politici, che quando sono realizzati da associazioni vengono anche definiti "reati associativi di natura politica" (o "reati di associazione politica"), è molto ampia, per cui ci limitiamo a rinviare, anche per la bibliografia citata, a: AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000, 1984; T. PADOVANI, *Bene giuridico e delitti politici. Contributo alla critica ed alla riforma del titolo I, libro II c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1, p. 3 ss.; G. DE FRANCESCO, Ratio *di «garanzia» ed esigenze di «tutela» nella disciplina costituzionale dei limiti alla libertà di associazione*, cit., p. 888 ss.; ID., *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit.; E. PALERMO FABRIS, *Il delitto di associazione e le sue problematiche costituzionali*, in *Giust. pen.*, 1980, II, c. 357 ss.

[21] L'ordine costituzionale, inoltre, sembra insito nei concetti di «ordinamento politico e giuridico dello Stato» di cui agli artt. 270, 272 abr., C.p., e di «strutture politiche fondamentali, costituzionali» del Paese di cui art. 270-*sexies* C.p.; e volendo anche nel concetto di «ordinamenti politici costituiti nello Stato» di cui agli artt. 112, 164, 170, 181, 210, 213 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza del 1931; in particolare, l'art. 210 prevedeva lo scioglimento da parte del prefetto delle associazioni, anche non segrete, «*che svolgono una attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello Stato*» (disposizione precedentemente prevista all'art. 215 R.D. n. 1848 del 1926, ove si parlava di «*ordine nazionale dello Stato*»). In ottica di riforma dei reati contro la personalità dello Stato, per l'«assetto costituzionale dello Stato» e l'«ordine pubblico democratico» quali oggetti di tutela si veda M. ROMANO, *Il codice Rocco e i lineamenti di una riforma del diritto penale politico*, in *La questione criminale*, 1981, 1, p. 163 ss.

La vaghezza del concetto di "ordine costituzionale" rappresenta senza dubbio un *primo limite* della tesi in parola. La questione può essere solo accennata in questa sede. Tuttavia, riteniamo necessario tentare di delimitare quanto più possibile tale concetto, in modo, quantomeno, che si attagli alla fattispecie in esame.

Sembra concordarsi sulla definizione di ordine costituzionale quale *insieme dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e dei diritti fondamentali dell'individuo riconosciuti nella Costituzione*[22], individuati nel corso degli anni dalla Corte costituzionale nella laicità dello Stato, nell'inesigibilità, nella dignità umana, nell'uguaglianza, nonché nei diritti alla salute e alla vita, nel diritto di agire e difendersi in giudizio, nei diritti inviolabili del detenuto[23].

È interessante notare che il concetto di ordine costituzionale sia legato a doppio filo con quello di "finalità politica", che, come abbiamo visto, rappresenterebbe lo scopo delle associazioni segrete. Questo legame emerge chiaramente nell'interpretazione costituzionale dell'art. 503 C.p., che punisce la serrata e lo sciopero «per fine politico»[24]. Nel

[22] Cfr., ad esempio, E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 42, per i quali costituisce l'«insieme dei principi fondamentali che nella Carta Costituzionale servono a definire la struttura e la natura dello Stato», e ritengono non accoglibile «la tesi che limita il concetto di ordine democratico ai principi fondamentali ed inderogabili della Costituzione, e tali "da essere sottratti anche alla procedura di revisione costituzionale"». In maniera simile, la Commissione "Pagliaro" (1988) definì l'ordine costituzionale come «l'insieme delle regole politiche basilari, sancite dalla Costituzione, su cui si fonda la Repubblica italiana» (*Relazione* del 25 ottobre 1991, punto n. 2 del paragrafo dedicato ai *Reati contro la Repubblica*). Sul punto si veda: G. CORSO, voce *Ordine pubblico nel diritto amministrativo*, cit., p. 437 ss.; A. CERRI, voce *Ordine pubblico – II) Diritto costituzionale*, Vol. XXV, in *Enc. giur. Trecc.*, Roma, Treccani, 1990, pp. 9-10; con riferimento all'"ordine pubblico comunitario", F. ANEGLINI, voce *Ordine pubblico nel diritto comunitario*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Agg. II, Torino, Utet, 2005, p. 503 ss.

[23] Per più puntuali riferimenti si veda A. CERRI, voce *Ordine pubblico – II) Diritto costituzionale* (Post. agg.), cit., p. 2.

[24] L'espressione era utilizzata anche nell'abrogato art. 330 C.p., che prevedeva quale circostanza aggravante del delitto di "*Abbandono collettivo di pubblici uffici, impieghi, servizi o lavoro*" l'aver commesso il fatto «*per fine politico*» (co. 3, n. 1). Nei lavori preparati del Codice penale (*Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Vol. V, Parte II[a], *Relazione sui Libri II e III del Progetto*, Roma, Tipografie delle Mantellate, 1929) non si rinvengono elementi utili per delimitare il concetto di "fine politico": ci si

1974, la Corte costituzionale[25], dichiarando l'articolo parzialmente illegittimo, ne ha limitato la rilevanza, da un lato, alla «*punizione dello sciopero ove questo sia diretto a sovvertire l'ordinamento costituzionale, e proprio perché si deve riconoscere che in questo caso il fine politico si scontra con la stessa Costituzione, la quale non solo consente, ma impone quelle misure che siano indispensabili a preservare, contro ogni sovvertimento, i princìpi fondamentali che la caratterizzano*»; e, dall'altro lato, alla «*punizione dello sciopero che, per il suo modo di essere, oltrepassando i limiti di una legittima forma di pressione, si converta in uno strumento diretto ad impedire od ostacolare il libero esercizio di quei diritti e poteri nei quali si esprime direttamente o indirettamente la sovranità popolare: non si può infatti dubitare che uno sciopero siffatto sarebbe in contrasto col fondamento stesso dell'attuale assetto costituzionale, che si basa, appunto, su un funzionamento di tutte le libere istituzioni che, aperto alla valutazione delle istanze che in varia guisa sono espresse dai gruppi sociali, non trovi nel suo esercizio impedimenti od ostacoli che compromettano la sovranità di cui quelle istituzioni sono, ad un tempo, espressione e garanzia*». Si individuano, quindi, nei "princìpi fondamentali" e nella "sovranità popolare" (che comunque è espressione del principio democratico posto a fondamento del nostro Stato) i soli interessi che rilevano per l'incriminazione dello sciopero (c.d. "sciopero eversivo")[26]. Queste statuizioni, in realtà, solo apparentemente aiutano a stabilire in cosa consista la "politicità" del fine – concetto, come già detto, estremamente ambiguo – poiché per spiegarlo si introduce il concetto altrettanto vago di "ordinamento costituzionale", esplicato a sua volta

limitava ad affermare, con riferimento all'art. 330 C.p., che è «inteso, questo, in senso stretto, e quindi diverso da una coazione generica all'Autorità» (p. 137), e, trattando del delitto di sciopero, che «valgono gli stessi concetti che sorreggono la nozione del reato politico» (p. 290), che non ci sembra sia stata compiutamente definita nella Relazione, se non attraverso il richiamo indiretto all'art. 8, co. 3, C.p. (secondo cui è "delitto politico" «*ogni delitto, che offende un interesse politico dello Stato, ovvero un diritto politico del cittadino*» o che è «*determinato, in tutto o in parte, da motivi politici*».

[25] Corte cost., sentenza n. 290 del 1974.

[26] Per G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 637, pertanto, sono legittimi «gli scioperi generali sorretti dallo scopo di tutelare interessi soddisfacibili con atti di governo o con atti legislativi (c.d. scioperi politici in senso stretto)». Per gli stessi identici motivi il Giudice delle leggi, con sentenza n. 165 del 1983, ha dichiarato parzialmente incostituzionale l'art. 504 C.p. (*Coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero*).

con l'utilizzo di concetti indeterminati come quelli di "princìpi fondamentali" e di "sovranità popolare". Insomma, una vera e propria "matrioska concettuale".

Il vero problema, che sino ad ora non sembra essere stato realmente approfondito, è stabilire *come* si possa offendere l'ordine costituzionale. In particolare, se la condotta – qualunque essa sia – debba essere idonea a porre in pericolo o ledere contestualmente tutti i princìpi e i diritti fondamentali oppure basti la violazione di uno solo di essi (ma se così fosse si arriverebbe all'assurdo di considerare lesivo per l'ordine costituzionale anche l'omicidio, che viola il sacro diritto alla vita, ovvero il *mobbing*, che lede la dignità del lavoratore).

Volendo individuare delle coordinate che indirizzino verso una dimensione più concreta, e che soprattutto si attaglino alla fattispecie di associazione segreta, per "ordine costituzionale" potrebbe intendersi il *regolare funzionamento dei cc.dd. "organi costituzionali"* – in particolare le Camere del Parlamento, il Presidente della Repubblica, il Governo, la Corte costituzionale e la magistratura –, in tutte le fasi del loro *ciclo di esistenza* (dalla formazione sino alla cessazione), nonché in relazione ai loro *rapporti reciproci* (che plasmano la forma di Stato e di governo in un determinato periodo storico), nei limiti in cui l'alterazione del loro funzionamento si traduca nel *pericolo astratto della lesione generalizzata* dei princìpi, dei valori e dei diritti inviolabili riconosciuti a livello di legge fondamentale. Quando si richiama l'ordine costituzionale come oggetto di tutela, quindi, si dovrebbe voler apprestare una "difesa delle istituzioni"[27], contro gli *attacchi diretti* a queste ultime (intese come insieme di persone e beni organizzati in vista degli scopi prestabiliti dalla legge), per *tutelare indirettamente* gli interessi per cui quelle stesse istituzioni sono state create (in maniera differente, così, dall'ordine pubblico "in senso materiale", che, consistendo nella «sicurezza degli individui», *tutela direttamente* i diritti fondamentali alla vita, alla salute, alla libertà di questi ultimi).

[27] Individua questa dimensione dell'ordine pubblico A. CERRI, voce *Ordine pubblico – II) Diritto costituzionale*, cit., p. 5, il quale ricorda che tale concezione affiora nella giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di libertà di manifestazione del pensiero.

Si è osservato, infatti, che, negli ordinamenti democratici, attraverso la tutela delle istituzioni dalle aggressioni di illeciti penali di carattere politico si garantirebbe «il metodo mediante cui il potere può essere acquisito ed esercitato, e le forme che ne rendono lecita la possibile trasformazione secondo i principi costituzionali»[28].

Inteso in questo senso, dunque, l'ordine costituzionale sarebbe un classico "bene strumentale", con riferimento al quale occorre tenere sempre presente il rapporto con il vero momento finale di tutela[29], per evitare di interpretare le fattispecie incriminatrici come reati di "pericolo presunto"[30], o (il che è lo stesso) di desumere l'offesa «puramente e semplicemente dalla finalità politica perseguita o dall'evento di natura politica determinato dall'agente»[31].

8.1.2. L'associazione segreta, quindi, con la sua attività di interferenza turberebbe l'equilibrio costituzionale esistente, in quanto, paralizzando o alterando l'attività di organi costituzionali, potrebbe sovvertire – in modo "pacifico"[32] – lo *status* liberale, democratico e di legalità del paese, indebolendo la difesa dei princìpi e dei diritti fondamentali e conducendo, magari, all'affermazione di valori opposti a quelli su cui si fonda il nostro Stato o alla violazione sistematica dei diritti fondamentali.

La tesi è certamente compatibile con quella che, probabilmente, è stata la *ratio legislatoris*, calibrata sull'impressione che aveva suscitato il fenomeno piduista[33].

---

[28] E. GALLO – E. MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, cit., p. 11.

[29] Sulle problematiche poste da questa tipologia di beni si veda, per tutti, A. FIORELLA, voce *Reato (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, Vol. XXXVIII, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 789 ss. e 798 ss.

[30] Come avvertono G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 463.

[31] Così si legge nella *Relazione* della Commissione "Pagliaro" per l'elaborazione di uno schema di delega per il nuovo codice penale del 25 ottobre 1991 (punto n. 2 del paragrafo dedicato ai *Reati contro la Repubblica*).

[32] Altrimenti si configurerebbero, ad esempio, i reati di cui agli artt. 270 e 270-*bis* C.p.

[33] Ad esempio, nella *Relazione della I Commissione permanete Affari costituzionali alla Camera dei deputati* (C. 2791-A, VIII Legislatura – Camera dei Deputati), presentata

8.1.3. Tuttavia, viene da chiedersi se la fattispecie, per il modo in cui è formulata, sprigioni realmente tutta questa capacità rappresentativa. Se, cioè, diriga necessariamente l'interprete verso questo "gigantismo". L'interpretazione "gigantesca", infatti, presta il fianco a diverse critiche e non sembra corrispondere alla *littera legis*.

Innanzitutto, guardando al "macro-bene" dell'ordine costituzionale si sancirebbe l'irrilevanza penale delle interferenze – qualunque cosa questo termine significhi – che mirino non a perseguire finalità politiche ma a favorire interessi economici particolari. Non rientrerebbero cioè nel divieto le associazioni che, pur agendo con modalità segrete e intrattenendo rapporti con funzionari di organi costituzionali, pubbliche amministrazioni, ecc., non abbiano lo scopo di sovvertire l'ordine costituito, ma di soddisfare interessi meramente privati[34].

Si pensi, ad esempio, a una associazione segreta che miri ad ottenere finanziamenti pubblici – interferendo sull'ente erogatore – da destinare ad attività imprenditoriali di alcuni affiliati ovvero a far dichiarare la costituzionalità o l'incostituzionalità di una legge o, più in generale, a ottenere provvedimenti amministrativi favorevoli agli associati o a terzi

alla Presidenza il 7 ottobre 1981, si parla di «gravi alterazioni e distorsioni dei meccanismi istituzionali», di «ramificazione negli organismi più delicati dello Stato di una setta costituente un'aberrante organizzazione parallela»; si legge ancora che occorre risponde alla necessità e all'urgenza di «prevenire pericoli e insidie per rinnovare e rinvigorire le istituzioni democratiche, assicurando il corretto esercizio delle pubbliche funzioni secondo gli strumenti, lo spirito e le regole propri del nostro sistema costituzionale» e che il provvedimento legislativo «può rappresentare un contributo significativo e vero al proposito che si accomuna di difesa delle istituzioni democratiche contro pericoli manifesti e minacce insidiose e per una prospettiva di rinnovamento reale della vita democratica». Nella successiva *Relazione della 1ª Commissione permanente* (S. 1523-C, VIII Legislatura – Senato della Repubblica), comunicata alla Presidenza il 15 gennaio 1982, si evoca la salvaguardia di non meglio precisati «interessi fondamentali della Repubblica» e l'«esigenza di dare alla Repubblica, senza ulteriori ritardi, i mezzi per difendersi contro fenomeni di alta pericolosità per le istituzioni democratiche».

[34] Così anche A. SUMMA, *Poteri occulti e istituzioni democratiche. Il divieto di associazioni segrete*, cit., p. 49.

(es.: per bloccare o sbloccare la realizzazione di una infrastruttura)[35]. Si pensi ancora ad una setta religiosa che voglia influenzare il pensiero culturale del Paese imponendo un nuovo credo, e, trovando proseliti tra politici o alti funzionari dello Stato, si insinui nei salotti del potere per stabilire indirizzi politici e amministrativi ad essa favorevoli[36].

In conclusione, accogliere la tesi in parola comporterebbe quale conseguenza quella di decretare definitivamente l'obsolescenza della fattispecie di associazione segreta, che rimarrebbe inapplicato fino al sorgere di una nuova organizzazione delle dimensioni della Loggia massonica "P2".

8.1.4. Non occorre poi dimenticare che ogni discorso sulle associazioni segrete e sulle finalità dei divieti che le concernono sottostà ad *limite assiologico*, da tutti riconosciuto[37]. E cioè che *l'attività finalizzata al mutamento dell'ordine politico esistente (inteso come forma di Stato e di governo e composizione parlamentare), sia essa svolta dal singolo o da un gruppo di individui, è pienamente consentita in uno stato liberal-democratico come il nostro, purché sia condotta con "metodo democratico", ossia con modalità pacifiche, e non con la violenza (attuata, minacciata o anche solo propagandata).* Questo è il principio

[35] Ferma restando ovviamente la responsabilità penale del singolo o degli associati nel caso in cui l'interferenza sfoci nella commissione di un reato (es.: corruzione, violenza o minaccia a pubblico ufficiale, interruzione di pubblico servizio, ecc.).

[36] Ci viene in mente il fenomeno "Scientology". Per C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1177, anche le «confessioni» dovevano considerarsi «assoggettate a tutte le regole vigenti per le associazioni (e fra queste il divieto di segretezza) e che anzi, se deroghe siano da ammettere al regime di cui all'art. 18, esse assumerebbero carattere restrittivo, in quanto a giustificare interventi repressivi dell'autorità può farsi valere, oltre alla contrarietà al buon costume, il contrasto con l'ordinamento giuridico statale (che non può non comprendere l'ordine pubblico): contrasto che deve riguardare non già l'astratta divergenza dell'ideologia professata dell'ente di culto con l'ordinamento stesso, e tanto meno il suo eventuale carattere supernazionale, bensì il potenziale pregiudizio derivabile in ragione o della natura degli obblighi che vengano imposti agli aderenti, o dei mezzi di azione previsti ed adottati».

[37] Cfr., fra i tanti: P. PETTA, *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, cit., p. 744; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 141.

espresso dalla Corte costituzionale[38] nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 210 del T.U. delle leggi pubblica sicurezza del 1931, che prevedeva lo scioglimento delle associazioni, enti o istituti che «*svolgono una attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello Stato*», per di più ad opera del *prefetto*, cioè di un organo di promanazione governativa[39].

Il fine "politico" – inteso ripetiamo, in senso stretto, come finalità di modificare la forma di Stato e di governo o la composizione parlamentare – è pertanto un fine *lecito*, purché sia perseguito con modalità *lecite*, ossia democratiche e pacifiche[40]. È su tale considerazione che si fondano, ad esempio, i divieti di associazioni

[38] E anche dalla Corte E.D.U., Grand Chamber, 13 febbraio 2003, *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, Applications n. 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, secondo cui «*a political party may promote a change in the law or the legal and constitutional structures of the State on two conditions: firstly, the means used to that end must be legal and democratic; secondly, the change proposed must itself be compatible with fundamental democratic principles. It necessarily follows that a political party whose leaders incite to violence or put forward a policy which fails to respect democracy or which is aimed at the destruction of democracy and the flouting of the rights and freedoms recognised in a democracy cannot lay claim to the Convention's protection against penalties imposed on those grounds*» (par. 98). Il principio fu espresso, seppur timidamente, anche in sede costituente dall'On. C. Marchesi, che dichiarò: «La Costituzione stabilisce alcune libertà in un ordinamento costituito, il quale non esclude altri ordinamenti che aspirano a costituirsi» (seduta del 25 settembre 1948).

[39] Corte cost., sentenza n. 114 del 1967: «*in uno Stato di libertà, qual è quello fondato dalla nostra Costituzione, è consentita l'attività di associazioni che si propongano anche il mutamento degli ordinamenti politici esistenti, purché questo proposito sia perseguito con metodo democratico, mediante il libero dibattito e senza ricorso, diretto o indiretto, alla violenza*» (con nota di P. BARILE, *La salutare scomparsa del potere prefettizio di scioglimento delle associazioni*, in *Giur. cost.*, 1967, p. 1250 ss.). Sul punto e per altre sentenze della Corte costituzionale che hanno affermato tale principio si vedano: A. PACE, *Art. 18*, cit., pp. 220-221; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., p. 196 ss.

[40] Nella dottrina penalistica lo ricorda G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, ci., pp. 378 e 379, per il quale «evidentemente gli scopi politici possono essere pienamente leciti e sono vietati solo se si accompagnano a determinate forme associative», e rileva come «La tendenziale liceità penale degli scopi delle associazioni politiche rende più delicato il rapporto tra gli elementi della struttura e dello scopo dell'associazione, tra tecniche ed esigenze di tutela» (cfr. anche ID., *Il reato di associazione mafiosa*, cit., p. 47).

paramilitari e di ricostituzione del partito fascista, nonché gli artt. 270[41], 270-*bis*, 280, 289-*bis* C.p., in cui l'ordine costituzionale è sovvertito con la violenza o la minaccia, e così, secondo l'interpretazione costituzionale, anche i divieti di sciopero e serrata di cui agli artt. 503 e 504 C.p.

È anche vero, però, che in base al capoverso dell'art. 18 Cost. la finalità politica, strettamente intesa, deve essere perseguita in maniera *trasparente*. La segretezza, come visto, è proibita perché è stata considerata (a torto o a ragione) una modalità "non democratica" – anche se in sé pacifica – di esercizio della libertà di associazione[42]. Si

[41] Con riferimento all'art. 270 C.p., la Corte di cassazione ha recentemente affrontato il caso di un'associazione costituita per compiere atti violenti diretti a costringere i poteri pubblici ad acconsentire alla indipendenza del Veneto e di altre regioni del nord, così determinando lo scioglimento della Stato nazionale unitario, e quindi perseguendo una finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine democratico, procurandosi a tal fine la disponibilità di armi (un carro armato ed esplosivi). In tale occasione, richiamandosi a diversi precedenti di legittimità, gli ermellini hanno escluso nel caso concreto la configurazione del reato per l'inadeguatezza strutturale dell'associazione rispetto alle finalità criminali perseguite, statuendo che l'art. 270 C.p. appresta tutela «*contro il programma di violenza e non contro l'idea, anche se questa è collocata in un'area ideologica in contrasto con lo assetto costituzionale dello Stato. L'dea, infatti, anche se di natura eversiva, se non accompagnata da programmi e comportamenti violenti, riceve tutela proprio dall'assetto costituzionale, che ha consacrato il metodo democratico e pluralistico e che essa, contraddittoriamente, mira a travolgere*»: Cass. pen., Sez. VI, 12 giugno 2019 (dep. 27 settembre 2019), n. 39810.

[42] Per cui, come rilevato da G.E. VIGEVANI, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 481, deve affermarsi «l'ammissibilità nel nostro ordinamento di associazioni finalizzate al mutamento radicale dell'ordine costituzionale, di "partiti antisistema" che vogliano sovvertire gli stessi valori fondamentali dell'ordinamento, purchè non ricorrano alla violenza o alla clandestinità. Emblematica, in questo senso, la presenza in Parlamento nei primi decenni della Repubblica di gruppi che già nella denominazione (Partito nazionale monarchico, Partito monarchico popolare) esplicitavano il loro fine di restaurazione della forma monarchica, pur in presenza del divieto sancito dall'art. 139 Cost.». Osservava già A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., pp. 23-24, che «È ben vero che associazioni che si proponessero l'interferenza sui pubblici poteri con metodi organizzatorii integrativi dei connotati della segretezza, sarebbero incostituzionali. Non però in quanto interferenti sui pubblici poteri, bensì in quanto segrete. Ciò che infatti l'art. 18 cpv. vieta non è l'interferenza sui pubblici poteri da parte di associazioni, attività che anzi è favorita o, perlomeno, tollerata da molteplici norme dell'ordinamento costituzionale

potrebbe allora considerare sensata e giustificata la previsione dell'illecito penale di associazione segreta proprio nell'ottica di tutela dell'ordine costituzionale – che si fonda anche su un'attività materiale (e non sulla mera segretezza) –[43], se non fosse che, anche in questo

pluralista [l'Autore cita in nt. 22 gli artt. 2, 49 e 39 Cost.], bensì il fatto – *in re ipsa* considerato deplorevole – della segretezza». Come osserva G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., p. 250, «non esistono partiti di per sé vietati dalla Costituzione, in quanto la loro attività configuri una violazione del metodo democratico: i soli divieti costituzionali, di carattere tassativo, riguardano l'adozione di determinate strutture organizzative (art. 18, comma 2) o, eccezionalmente, il perseguimento di determinate finalità politiche (XII disp. fin.)». Dal un punto di vista di garanzia della libertà di associazione, è stato quindi essenziale che la legge Anselmi abbia attribuito al *potere giurisdizionale* la competenza ad accertare l'esistenza di un'associazione segreta – anche in via cautelare e pregiudiziale per le sanzioni disciplinari –, e previsto altresì che solo dopo una sentenza irrevocabile (che, come osserva giustamente A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1235, potrebbe anche non essere di condanna per nessuno degli imputati) il *potere esecutivo* – rappresentato dall'organo di governo del Presidente del Consiglio dei Ministri (artt. 2 e 3) – possa procedere allo scioglimento (e alla confisca dei beni), con provvedimento (che prende le forme del decreto) impugnabile per vizi di legittimità dagli organi di giustizia amministrativa, come qualunque atto amministrativo (art. 113 Cost.). Cfr. sul punto: L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 258 ss. C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1165, il quale rilevava che gli atti come quello di scioglimento «si rendono possibili all'autorità amministrativa solo dopo che l'autorità giudiziaria abbia accertato il carattere segreto o paramilitare dell'associazione»; E. BALBONI, *Commento all'art. 4 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 5, p. 1238 ss. Sui profili processuali si veda, poi, L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 142; e sul procedimento di scioglimento si veda G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., p. 235 ss.

[43] L'interpretazione che individua nella tutela dell'ordine costituzionale la *ratio* del divieto era forse ancor più corretta sotto la vigenza dell'art. 218 del R.D. n. 1848 del 1926 (il primo testo unico delle leggi in materia di pubblica sicurezza) che, ai fini delle disposizioni contenute nel Titolo VIII – tra cui quella penale concernente gli obblighi di comunicazione dei dati rilevanti delle associazioni operanti nel territorio dello Stato (art. 214) – stabiliva che con il termine "associazioni" dovevano intendersi «*i partiti, i gruppi e le organizzazioni politiche in genere, anche temporanee*». Il riferimento ai partiti e ai movimenti politici manifestava in modo chiaro la portata strettamente "politica" della norma. Una visione certamente autoritaria dello Stato, non più compatibile con

caso, la fattispecie rischierebbe di rimanere del tutto inapplicata[44].

8.1.5. Come detto, inoltre, sussistono alcuni elementi ricavabili dalla legge incriminatrice che depongono in senso contrario all'orientamento che stiamo analizzando.

In primo luogo, vista l'indiscussa importanza del "macro-bene giuridico" tutelato, mal si spiegherebbe la previsione di un trattamento sanzionatorio così lieve rispetto ad altri reati associativi offensivi di beni giuridici identici od omogenei, in particolare quelli previsti nel Titolo I del Libro II del Codice penale, come l'associazione sovversiva (art. 270 C.p.) e la cospirazione politica finalizzata, ad esempio, a usurpare il potere politico (artt. 305 e 287 C.p.). Per i promotori e i direttori di un'associazione segreta e per coloro che svolgono attività di proselitismo in favore di quest'ultima è prevista la pena della reclusione *da uno a cinque anni* e l'interdizione dai pubblici uffici *per cinque anni*; chi partecipa all'associazione, invece, è punito con la reclusione fino ad appena *due anni* e con l'interdizione dai pubblici uffici *per un anno* (pene in entrambi i casi sospendibili ex artt. 164 e 166 C.p.)

l'assetto democratico post-costituzionale, e che, tra l'altro, non sarebbe stata perpetrata nel successivo T.U. in materia di pubblica sicurezza del 1931, che non prevedeva una disposizione analoga o similare a quella del precedente art. 218 (che fu abrogato dalla L. 31 marzo 1930, n. 413, pubblicato in Gazz. Uff. n. 99 del 28 aprile 1930. Si vedano al riguardo gli interventi alla Camera di Benito Mussoli e Alfredo Rocco, nonché la Relazione dell'Ufficio Centrale del Senato del Regno sul disegno di legge di abrogazione dell'art. 218, pubblicati in L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 178 ss.

[44] A ben vedere, il limite assiologico di cui parliamo era valido anche per la vicenda della P2, o meglio per parte delle finalità perseguite. Si ritiene, infatti, che uno degli scopi della Loggia fosse quello di sovvertire l'ordine democratico, come emerge dal c.d. "Piano di rinascita democratica", un documento, probabilmente redatto da Licio Gelli, in cui era contenuto un elenco delle riforme e modifiche costituzionali, molte delle quali ancora attuali nel dibattito pubblico. Il "Piano di rinascita democratica", preceduto dal "Memorandum sulla situazione politica in Italia", sono pubblicati negli *Allegati alla relazione*, *Serie II: Documentazione raccolta dalla Commissione*, Vol. III, Tomo VII-*bis* (Doc. XXIII, n. 2-*quater*/3/VII-*bis*), p. 601 ss. La Commissione d'inchiesta tratta di entrambi i documenti nella *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., p. 146 ss.

Ma l'argomento forse più pregnante è che, ai sensi dell'art. 1 L. n. 17 del 1982, l'interferenza può incidere non solo sull'esercizio delle funzioni di "organi costituzionali", ossia di organi che partecipano alla funzione politica – come le Camere del Parlamento, il Presidente della Repubblica, il Governo –, ma anche di semplici amministrazioni pubbliche (es.: Regione e Comuni), di enti pubblici (come ospedali, università, scuole, agenzie varie), e di organi che svolgono servizi pubblici essenziali (es.: trasporti, energia, ecc.). La disfunzionalità di tali apparati amministrativi difficilmente può costituire sovvertimento dell'ordine costituzionale dello Stato o anche solo considerarsi eziologicamente collegata a quest'ultima situazione.

Ci sembra che, quando si vuole ricavare il fine politico dalla elencazione delle funzioni e degli organi pubblici contenuta nella legge Anselmi, si finisca per confondere il fine "diretto" (ma "intermedio") che si prefigge l'associazione – che è quello di interferire, appunto, sulle funzioni pubbliche – con lo "*scopo ultimo*" perseguito, che potrebbe avere anche natura non politica e persino lodevole (es.: sostegno ai poveri). Tant'è che, analogamente a quanto accaduto con riferimento al divieto costituzionale, si è costretti ad affermare che l'espressione "politicamente rilevante" (o "fini politici" e similari) deve intendersi "in senso ampio" (o "in senso lato"), cioè come «comprensivo di attività economiche»[45]. Il che, a nostro parere, dimostra oltre che l'*inutilità* anche l'*improprietà* dell'espressione stessa, perché in tal modo avrebbero

[45] L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 95. Così anche per il legislatore: nella *Relazione della I Commissione permanete Affari costituzionali alla Camera dei deputati* (C. 2791-A, VIII Legislatura – Camera dei Deputati), presentata alla Presidenza il 7 ottobre 1981, si legge, con riferimento all'art. 18 Cost., che «la *ratio* essenziale della norma ha natura e rilevanza *latu sensu* "politica", tanto più che la Costituzione, come si è detto, non ritiene di per sé illecita la segretezza […]; e soprattutto considerando che lo scopo proprio e rilevante della proibizione dell'associazionismo clandestino è quello di prevenire ed evitare che nell'esercizio delle pubbliche funzioni e attività rilevanti per l'interesse pubblico si operino interferenze, eludendo i "canali" propri del sistema e quindi in violazione degli strumenti, dei princìpi e delle regole democratiche»; in quest'ottica, la legge Anselmi ne avrebbe colto «il senso vero, fortemente impegnativo e coerente alla difesa delle regole di svolgimento della vita di una società libera e democratica».

rilevanza politica (o sottenderebbero una finalità politica) tutti i reati che offendono il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione, ma ciò nessuno ha mai pensato di affermarlo.

8.2. *Seconda tesi: «il reato di associazione segreta tutela il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione». Correttezza dell'assunto e possibile configurazione del delitto come reato di pericolo "plurioffensivo" in forma "eventuale"*

8.2.1. La legge, dunque, potrebbe avere una pretesa minore. Un'autorevole dottrina, GIOVANNANGELO DE FRANCESCO[46] – una delle poche che ha approfondito la tematica [47] –, ha fatto leva proprio sulla lettera della disposizione per escludere che essa limiti l'interferenza al «perseguimento di uno scopo significativamente apprezzabile sul piano degli equilibri politici», e che si possa «ripiegare su un un'accezione talmente ampia di programma "politico", da farlo sostanzialmente coincidere con qualsiasi tipo di scelta rientrante nelle competenze degli organi della pubblica amministrazione»[48].

[46] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 153 ss.; ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 324; ID., Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., pp. 94-95.

[47] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 141 ss., per il quale si possono ipotizzare associazioni segrete che non perseguono scopi politici (es.: associazione religiosa che decide di mantenere uno stretto riservo sulla propria organizzazione e attività per evitare ingerenze da parte dei pubblici poteri) (cfr. ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 319). Così anche per C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., pp. 189-190, che riporta i casi della setta religiosa e dell'associazione segreta costituita per la proiezione di film erotici.

[48] Che si è dichiarata, inoltre, contraria alla tesi limita il divieto costituzionale alle sole associazioni che perseguono un fine "politico". Secondo l'Autore una tale accezione sarebbe «peraltro smentita dal fatto che anche le comuni associazioni per delinquere possono concretamente mirare a scopi delittuosi interferenti con l'attività della P.A. (ad esempio, corruzioni istigazioni ad atti d'interesse privato, minacce o violenze ad un pubblico ufficiale), senza peraltro ricadere nello schema delle fattispecie di associazione politica. Ciò, perché lo scopo perseguito non assume risvolti tali da investire, sia pure in parte, le scelte generali del sistema, rimanendo, piuttosto, confinato alla realizzazione di singoli obiettivi particolari, che esauriscono integralmente in se stessi la propria specifica ragion d'essere. Diverso potrebbe essere

L'Autore sostiene, infatti, che «la norma non si riferisce soltanto agli organi costituzionali (Capo dello Stato, assemblee legislative, ministri) – cui spetta in via primaria l'esercizio di funzioni "politiche" – ma anche a soggetti od enti pubblici, le cui funzioni istituzionali non riguardano la materia politica, bensì la cura di interessi esclusivamente economici, o, comunque, attinenti alla sfera dell'attività "amministrativa" in senso stretto»[49]. Inoltre, «Anche quando si tratti di organi costituzionali, la norma non esige indefettibilmente che l'interferenza riguardi lo svolgimento di attività di rilevanza politica. Essa punisce, infatti, non già l'interferenza sull'"esercizio di *funzioni costituzionali*", bensì l'interferenza sull'esercizio delle funzioni "di organi costituzionali"; per cui, non si può escludere che la funzione esercitata dall'organo non si esprima nell'emanazione di atti di rilevanza politica, bensì – come accade per un settore cospicuo delle attribuzioni ministeriali – nell'adozione di provvedimenti di carattere amministrativo»[50].

il discorso, qualora con la "politicità" del programma associativo s'intendesse alludere alla circostanza che la pressione esercitata sugli enti e soggetti pubblici ora indicati possa risultare finalizzata all'attuazione di un programma più ampio di influenza sulle determinazioni del potere politico, allo scopo di realizzare un assetto (anche solo in parte) diverso da quello esistente. Senonché, un simile progetto non sembra in alcun modo rappresentare un elemento essenziale del reato in questione, non essendo affatto richiesto che l'associazione si proponga di coordinare le singole iniziative verso un risultato tale da trascendere gli obiettivi di volta in volta perseguiti mediante l'attività d'"interferenza"» (G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 154-155; ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 324).

[49] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 153 (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 323).

[50] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 153, il quale prosegue: «Diverso potrebbe essere il discorso, qualora con la "politicità" del programma associativo s'intendesse alludere alla circostanza che la pressione esercitata sugli enti e soggetti pubblici ora indicati possa risultare finalizzata all'attuazione di un programma più ampio di influenza sulle determinazioni del potere politico, allo scopo di realizzare una assetto (anche solo in parte) di verso da quello esistenze. Senonché un simile progetto non sembra in alcun modo rappresentare un elemento essenziale del reato in questione non essendo affatto richiesto che l'associazione si proponga di coordinare le singole iniziative verso un risultato tale da trascendere gli obiettivi di volta in volta perseguiti

Suggerendo di «spostarsi dal piano dei fini a quello dei mezzi», cioè di porre in secondo piano la «natura del programma finale dell'associazione» – di cui la norma effettivamente non fa menzione[51] – e focalizzare l'attenzione sul «metodo» dell'associazione, sulla natura del «programma "strumentale"»[52] (cioè, in altre parole, sulla condotta di interferenza), l'Autore perviene alla conclusione che l'interferenza ponga in pericolo «l'interesse fondamentale all'"imparzialità" dell'attività amministrativa (cfr. art. 97 Cost.) – giustamente ravvisato alla necessità che l'esercizio delle potestà discrezionali avvenga senza "favoritismi" nei confronti di "interessi politici di parte" o di "interessi particolari di gruppi di pressione pubblici o privati" –, nonché, per ciò che concerne le attività di rilevanza costituzionale, l'esercizio dei relativi poteri secondo criteri conformi alla natura della funzione», desumibili, ad esempio, dal rapporto di fiducia derivante dall'investitura popolare o dalla regola della "obiettività del giudizio" nel caso dei membri della Corte Costituzionale (di cui all'art. 28, L. 11 marzo 1953, n. 87)[53].

mediante l'attività d'interferenza» (p. 155) (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 323-324).

[51] Quello che noi abbiamo definito lo "scopo ultimo", e che, ripetiamo, non è quello immediato per cui si costituisce l'associazione (ossia l'interferenza), definita dall'Autore «programma "strumentale"».

[52] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 156 (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 324).

[53] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 159 (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 325). Per l'Autore, quindi, è «criticabile l'idea che la legge riproduca integralmente il modello di associazione segreta proprio della Logga P2 […] la quale, com'è noto, mirava a realizzare un condizionamento stabile delle istituzioni sotto l'etichetta di una "rinascita democratica". […] Tale tesi, che potrebbe convalidare l'assunto (sostenuto da Pace […]) secondo il quale la *ratio* del divieto di costituire associazioni segrete risiederebbe nella necessità d'impedire la creazione di uno "stato nello Stato", sembra appunto smentita dal fatto che la norma in questione non richiede il perseguimento di un programma complessivo più ampio e penetrante. Il che non esclude […] che il metodo di azione dell'associazione descritto nella fattispecie presenti indubbie analogie con quello spesse volte adottato dagli esponenti della P2» (pp. 155-156, nt. 36) (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 327, nt. 36).

Si fanno i seguenti esempi: «un'associazione diretta ad ottenere – tramite pressioni sui competenti organi dell'E.N.E.L. – l'installazione in un luogo diverso da quello previsto di determinati impianti di energia elettrica, allo scopo di soddisfare interessi particolari di tipo corporativo»; «un'associazione sportiva diretta ad influenzare l'operato del C.O.N.I. allo scopo di far sì che venga privilegiato lo svolgimento di determinate attività agonistiche»; «un'associazione che, attraverso contatti informali con gli organi dell'amministrazione postale, faccia pressione allo scopo di ottenere una modifica del sistema di distribuzione di determinati tipi di corrispondenza, al fine di agevolare le relazioni commerciali tra imprese operanti in settori affini»[54].

Ancora, costituirebbe interferenza la raccomandazione fatta ai componenti di una commissione di esame «diretta a far valutare i titoli di un determinato candidato a preferenza di altri», o l'invito «ad usare particolare severità nei confronti di un determinato partecipante» ad una gara di appalto[55].

8.2.2. In definitiva, secondo questa prospettiva, l'associazione segreta pregiudicherebbe il *buon andamento* e l'*imparzialità della pubblica amministrazione*[56], latamente intesa, comprensiva cioè degli organi legislativi, amministrativi e giudiziari di qualunque genere e grado. Sarebbe così giustificato il trattamento sanzionatorio non particolarmente elevato, che è pari o di poco inferiore ad altri delitti (non necessariamente associativi) che offendono il medesimo bene giuridico (es.: artt. 336, 338, 318, 322 C.p.).

Nello stesso senso, si è espressa un'altra illustre dottrina penalistica, secondo la quale l'associazione segreta offenderebbe non solo «il pur rilevante interesse pubblico alla trasparenza di identità, finalità ed

[54] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 154; ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 323-324.

[55] U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., p. 2502.

[56] G. DE FRANCESCO, Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., pp. 94-95, parla di repressione «di metodi di condizionamento "occulto" contrastanti con i fondamentali principi della trasparenza, dell'imparzialità e del corretto (e "buon") funzionamento dell'apparato politico-amministrativo».

attività dei componenti di qualsiasi sodalizio, interesse il cui soddisfacimento può a buon diritto considerarsi come una sorta di corrispettivo minimo dovuto dai soci ad una comunità statuale che riconosce e promuove la libertà di associazione in termini probabilmente ineguagliati in ordinamenti altrettanto liberaldemocratici», ma altresì pregiudicherebbe «con comportamenti concreti i fondamentali beni pubblici della libertà di esercizio delle funzioni costituzionali e dell'imparzialità ed efficienza della pubblica amministrazione»[57].

All'orientamento in parola ha aderito anche il Tribunale di Roma in relazione all'inchiesta "P3", statuendo che «*l'oggetto della tutela apprestata dal legislatore del 1982 è individuabile nell'esigenza di garantire la correttezza e trasparenza delle funzioni pubbliche o di interesse pubblico, contro il pericolo di condizionamenti ed inquinamenti esterni provenienti da centri di potere occulto*»[58].

[57] G. DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, cit., p. 403. In questo senso anche A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., pp. 134-130, per il quale «In riferimento all'attività di interferenza sull'esercizio delle funzioni di organi della pubblica amministrazione, assume, invece, rilievo, come si è detto, l'offesa all'imparzialità e all'efficienza della pubblica amministrazione, e in particolare l'eventualità che l'influenza occulta faccia venir meno la libertà decisionale dell'organo amministrativo e la capacità di quest'ultimo di autodeterminarsi sulla sola base dei criteri imposti dalla specifica natura della funzione svolta». Similmente M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, Padova, Cedam, 1990, p. 68 ss. e soprattutto 73, per la quale la pressione occulta sugli organi pubblici, in cui si sostanzierebbe l'interferenza, «pone in pericolo, oltreché l'interesse pubblico, anche l'interesse fondamentale all'imparzialità dell'attività amministrativa (art. 97 Cost.)», anche se immediatamente dopo afferma che è necessario che «gli associati, tramite l'associazione, abbiano previsto e voluto una organizzazione che si traduce in una situazione, contrastante con lo Stato, che costituisce il pericolo di lesione dell'ordine pubblico con la finalità specifica di interferire sull'esercizio delle funzioni di Organi costituzionali etc.» (p. 74). Più generico F. MASTROPAOLO, *Riserbo e segreto delle associazioni non riconosciute e associazioni segrete*, cit., p. 121, c. 1., per il quale «il divieto è circoscritto alle sole associazioni, operanti a livello politico e politico-economico».

[58] Trib. Roma, Sez. IX (II Collegio), 16 marzo 2018 (dep. 14 giugno 2018), imp. Carboni e altri. In un altro passo della sentenza si legge che «non emerge affatto dal tenore della norma che l'intento del legislatore fosse unicamente quello di perseguire fenomeni assimilabili a quello della vicenda nota con l'endiadi "P2" […] fenomeno la cui emersione ha evocato lo scenario di un grave pericolo per la tenuta del sistema democratico, collegato a disegni o strategie eversive perseguite dall'associazione

8.2.3. Quest'ultima è senza dubbio l'interpretazione più corretta. Pur non potendosi escludere a priori che il reato di associazione segreta si atteggi a *reato di pericolo "plurioffensivo"* in forma "eventuale"[59] – essendo

suddetta […] il testo normativo vive per così dire di vita autonoma, e la sua applicazione postula, non già il riprodursi di eventi sovrapponibili alla vicenda storica da cui ha preso le mosse l'intervento legislativo, bensì, unicamente la verifica della sussistenza degli elementi costitutivi della fattispecie», e che «la *ratio* della incriminazione appare essere quella di prevenire fenomeni di inquinamento o distorsione dell'azione dei pubblici potere dovuti all'opera di pressione o di condizionamento di gruppi di potere organizzati di carattere segreto, capaci di introdurre nei processi decisionali degli organi pubblici interessi terzi, così ponendone a repentaglio l'attitudine ad autodeterminarsi sulla sola base dei criteri imposti dalla specifica natura della funzione esercitata, e, più in generale, l'attitudine a perseguire l'interesse pubblico». Analogamente si è espresso nella medesima vicenda Trib. Roma, ord. 2 novembre 2010, n. 2998, imp. Carboni e altro, secondo cui il riferimento alla "P2" contenuto nella rubrica della L. n. 17 del 1982 è «meramente storico atteso che la norma introdotta non richiede affatto che l'associazione segreta abbia le caratteristiche e le strutture della loggia P2, notoriamente caratterizzata da una struttura estesa, da centinaia di aderenti e dalla infiltrazione di molti aderenti in uffici pubblici di altissimo livello istituzionale; nemmeno si richiede un fine di eversione in relazione al quale la norma non fa alcun riferimento e che certo non può essere desunto dal fatto che tale finalità sia stata citata nei lavori parlamentari».

[59] Sembra considerarlo tale, seppur con leggere varianti, A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., laddove distingue le direttrici di tutela affermando che: 1) «In rapporto all'attività di interferenza sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali (che non si traducano nell'adozione di provvedimenti di carattere prettamente amministrativo), il reato associativo in esame assume natura politica. Siamo, infatti, di fronte ad aggregazioni che infiltrandosi negli organismi statuali di rilievo costituzionale e ponendosi quali contro-poteri occulti, minano alla radice la trasparenza del metodo democratico e l'esigenza che i poteri costituzionali siano esercitati secondo criteri conformi alla natura della funzione»; l'Autore, sulla scia di parte della dottrina, opera un raffronto con il delitto di cui all'art. 289 C.p., segnalandone l'analogia «in riferimento all'omogeneità degli interessi tutelati», e la differenza in relazione alle «forme di aggressione, distinguibili sul piano modale in quanto basate l'una sull'aggressione violenta *ab externo* ai meccanismi, di potere, tipica dei delitti politici di natura associativa, l'altra sul condizionamento *ab interno* degli organi di rango costituzionale (pp. 128 e 129); 2) «In riferimento all'attività di interferenza sull'esercizio delle funzioni di organi della pubblica amministrazione, assume, invece, rilievo, come si è detto, l'offesa all'imparzialità e all'efficienza della pubblica amministrazione, e in particolare l'eventualità che l'influenza occulta faccia venir meno la libertà decisionale dell'organo amministrativo e la capacità di quest'ultimo di autodeterminarsi sulla sola base dei criteri imposti dalla specifica

sufficiente per la sua integrazione la lesione anche ad uno solo degli interessi tutelati (ordine democratico o buon andamento e imparzialità della pubblica amministrazione)[60] –, l'*interpretazione restrittiva* che limita l'ambito della fattispecie alle condotte di interferenza offensive del regolare funzionamento della pubblica amministrazione è maggiormente conforme alla *littera legis* e, altresì, è proporzionata al trattamento sanzionatorio.

La questione, allora, si sposta sull'*individuazione delle forme di estrinsecazione dell'interferenza*, operazione che risulta più ardua di quanto si possa pensare.

9. *"Interferenza"* vs. *"influenza" come parametro insoddisfacente di delimitazione della condotta penalmente rilevante*

9.1. Individuate le potenziali oggettività giuridiche, possiamo ora tentare di rispondere alla domanda «*cosa è l'interferenza?*» di cui parla la legge Anselmi, individuando quali condotte possono ricomprendersi nel campo semantico di questo termine "iperonimo".

Viene da chiedersi, in particolare, se l'interferenza rappresenti una condotta incriminata per la prima volta dalla legge Anselmi, cioè sia una *condotta nuova* rispetto a quelle già incriminate che offendono il medesimo o i medesimi beni giuridici identificati; ovvero se si tratti di una *condotta già penalmente illecita*, semplicemente denominata in altro modo, ma perpetrata con *mezzi diversi*, ossia con il metodo della

natura della funzione svolta. Considerato in tale prospettiva, l'illecito associativo in esame non assume, dunque, natura politica» (p. 129).

[60] La categoria del "reato eventualmente plurioffensivo" è pacificamente ammessa in giurisprudenza. Ad esempio, tale natura è stata attribuita da Cass. pen., Sez. un., 20 dicembre 2012 (dep. 2 maggio 2013), n. 19054, al delitto di peculato, considerato offensivo del buon andamento dell'attività della pubblica amministrazione (sotto i profili della legalità, efficienza, probità e imparzialità) e del patrimonio della stessa o di terzi, «*plurioffensività ritenuta peraltro, generalmente, alternativa, con la conseguenza, in particolare, che l'eventuale mancanza di danno patrimoniale non esclude la sussistenza del reato, in presenza della lesione dell'altro interesse, protetto dalla norma, del buon andamento della pubblica amministrazione*» (le Sezioni unite si richiamato ai seguenti precedenti: Sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso; Sez. VI, 04 ottobre 2004, n. 2963, Aiello; Sez. VI, 2 marzo 1999, n. 4328).

segretezza[61]. In altre parole, l'interferenza ha una consistenza ontologica e fenomenologica propria oppure si presenta come un riflesso di fenomeni già conosciuti e regolati dal diritto penale? E, in quest'ultimo caso, che rapporti si intrecciano con tali ulteriori reati e le altre fattispecie associative che, pur non prevedendo la segretezza quale requisito costitutivo, sono finalizzate alla realizzazione di reati (specifici o indeterminati)? Queste domande si impongono alla riflessione poiché il rango dei beni giuridici rende arduo immaginare forme di interferenza che non costituiscano già reato. Rispondere a tali domande, dunque, significa comprendere se il delitto di associazione segreta abbia una sua ragion d'essere o abbia rappresentato nient'altro che il frutto dell'ennesima emergenza.

9.2. A dimostrazione della difficoltà incontrata dalla dottrina nella spiegazione del concetto di interferenza, basti guardare alle definizioni e agli esempi formulati, che consistono o in mere tautologie – in cui si fa uso di sinonimi (es.: influenza, pressione, condizionamento, intralcio, ingerenza, ecc.)[62] – oppure in frasi evocative (es.: potere occulto, contropotere, stato nello Stato, ecc.), che danno solo una vaga idea della situazione cui il concetto si riferisce.

Il criterio più comune utilizzato per descrivere l'interferenza è stato quello della *differenziazione*. Si è cioè contrapposta l'"interferenza" alla mera "influenza", che sarebbe penalmente irrilevante anche se esercitata da una associazione che opera segretamente. L'influenza,

[61] Domanda posta anche da G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 34, per il quale «resta dubbio se il richiamo all'attività d'interferenza debba essere letto come riguardante attività di illecita interferenza o qualsiasi attività (in ipotesi, anche lecita) d'interferenza».

[62] Solo per fare un esempio, si guardi al tentativo definitorio del Trib. Roma, ord. 2 novembre 2010, n. 2998, imp. Carboni e altro, secondo cui l'interferenza si sostanzia in «*forme di pressione e di influenza concreta, dirette a condizionare il funzionamento degli organismi* […]. *L'espressione interferenza sta ad indicare una sovrapposizione di interessi con disturbo reciproco, intromissione od ingerenza che creano confusione tra i diversi interessi in gioco*». Come si vede, si utilizzano contestualmente i termini "pressione", "influenza", "intromissione", "sovrapposizione", "ingerenza".

invero, è tradizionalmente considerata l'attività delle *lobbies*[63], organizzazioni lecite nel nostro ordinamento – in quanto solo indirettamente regolamentate[64] –, che, appunto, secondo la definizione classica, agiscono per influenzare i poteri pubblici mediante la minaccia di sanzioni di varia natura (elettorale, finanziaria, sociale), con le più svariate implicazioni[65].

La distinzione è stata prospettata da un'autorevole dottrina ed esplicata nel seguente modo: con il termine "interferenza" «si è inteso far riferimento all'*intromissione nell'esercizio delle funzioni* spettanti al titolare dell'organo (sia esso monocratico o collegiale) allo scopo di *condizionarne dall'interno l'attività decisionale* in vista del conseguimento di un determinato risultato. Da questo angolo visuale, appare chiaro che la nozione d'"interferenza" nell'esercizio delle funzioni non equivale a quella di una generica "influenza" sulle scelte dei soggetti» indicati nell'art. 1 L. cit.; influenza che «potrebbe derivare, in effetti, anche dall'azione di un qualsiasi movimento di opinione, il quale si proponesse, ad esempio, di sollecitare determinate riforme in campo economico e sociale, od anche di svolgere un'attività di contestazione radicale del regime esistente. Tuttavia, queste attività non potrebbero mai realizzare *un'intromissione nell'esercizio della funzione*, per la ragione essenziale ch'esse non mirano ad inserirsi nella *dinamica interna dei processi decisionali*, bensì a condizionare le scelte del potere politico mediante un'azione condotta esclusivamente *ab externo*. La "*pressione*" esercitata

[63] Cfr. R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, cit., *passim*, in particolare pp. 127 ss. e 16 ss., per il quale «Denaro, informazioni e relazioni sono i tre principali strumenti di influenza che i patrocinatori di interessi privati utilizzano nell'attività di lobbying nei confronti dei decisori pubblici» (p. 17). Nel *Green Paper on the European Transparency Initiative* (Libro verde sull'iniziativa europea per la trasparenza) del 3 marzo 2006 [COM(2006) 194 final], si definisce "lobbismo": «*all activities carried out with the objective of* influencing *the policy formulation and decision-making processes of the European institutions*» («tutte le attività svolte al fine di *influenzare* l'elaborazione delle politiche e il processo decisionale delle istituzioni europee»). La definizione è stata poi approvata nella Risoluzione del Parlamento europeo dell'8 maggio 2008 sull'elaborazione di un quadro per le attività dei rappresentanti di interessi (lobbisti) presso le istituzioni europee [2007/2115(INI)].

[64] Cfr. R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, cit., p. 59 ss.

[65] Per tutti, si veda D. FISICHELLA, voce *Gruppi di interesse e di pressione*, cit.

sui soggetti indicati nell'art. 1, cit., assume, invece, i connotati di un'"interferenza", soltanto quando si traduca in *suggerimenti o sollecitazioni direttamente rivolte ai titolari dell'organo* affinché questi esercitino le proprie attribuzioni in conformità a *decisioni prese al di fuori delle sedi istituzionalmente competenti* a valutare la rilevanza di determinati interessi pubblici»[66].

[66] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 156 ss. (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 324-325) (i corsivi sono nostri). Questo modo di estrinsecazione dell'interferenza, secondo l'Autore, farebbe comprendere perché il legislatore ha configurato tale condotta come «un'attività tipica delle associazioni segrete» e non ha fatto «riferimento espresso alla segretezza per ciò che concerne le attività "strumentali" dell'associazione»; l'interferenza, infatti, non potrebbe essere realizzata «*se non in forma segreta*»: «Per vero, riuscirebbe difficile immaginare un'associazione che mirasse ad infiltrarsi negli apparati di questo o di quell'altro ente pubblico con l'obiettivo di influenzarne a proprio favore l'attività decisionale, la quale non si preoccupasse di tenere accuratamente celate le iniziative dirette a tale scopo. In realtà, il fatto stesso di renderle palesi farebbe assumere al mezzo utilizzato, non già la caratteristica di uno strumento atto a condizionare dall'interno l'operato dell'organo, bensì, ancora una volta, il ruolo di un mezzo di pressione *esterno* volto semplicemente a richiamare l'attenzione degli organi istituzionalmente competenti sull'opportunità di provvedere al soddisfacimento di determinati interessi». In tal modo troverebbe conferma altresì «l'impossibilità di riferire la nozione di "attività sociali" di cui all'art. 1, l. n. 17 alla condotta d'"interferenza"»: «Dato che nel contesto di tale disposizione l'associazione deve considerarsi segreta anche qualora tenga celati elementi diversi dalle "attività sociali" – ad esempio, i soli nomi dei soci – l'inclusione nell'ambito di tali attività della condotta d'interferenza finirebbe con l'introdurre un elemento contraddittorio all'interno della stessa definizione di associazione segreta: poiché, infatti, la suddetta interferenza non può che avvenire segretamente, risulterebbe del tutto incongruo inserirla tra gli elementi la cui segretezza può anche mancare senza che venga meno il reato» (*I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 157-158; ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 325). L'Autore conclude, quindi, che «In questa prospettiva non può negarsi, allora, che la disposizione in esame miri a scongiurare proprio il rischio che l'influenza occulta sull'operato dell'organo faccia venire meno la sua libertà decisionale, e cioè, più precisamente, la sua capacità di autodeterminarsi sulla sola base dei criteri imposti dalla specifica natura della funzione esercitata. Tale rischio non conduce – è bene sottolinearlo – a ricollegare nuovamente il fondamento dell'incriminazione ad una logica di indiscriminato sospetto o di pura "prevenzione" di eventuali attività illecite. Invero, le stesse caratteristiche del mezzo utilizzato denotano, come si è visto, una specifica correlazione con la particolare natura

9.3. Sulla scia di tale dottrina[67], la Corte di cassazione, in una delle

dell'interesse protetto, consentendo, per ciò stesso, di attribuire alla condotta un disvalore autonomo, senza alcuna necessità di riportarla entro la sfera dei comportamenti meramente "sintomatici"» (*I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 161; ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 326). In ID., Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 94), l'Autore parla di «malcostume delle "ingerenze" in forma occulta nella sfera decisionale spettante ad organi di rango costituzionale o comunque investiti di attribuzioni di rilevanza pubblicistica; la potestà di questi ultimi di autodeterminarsi secondo i criteri dettati dalla natura della funzione esercitata risulterebbero invero menomata dalla realizzazione di attività volte a condizionarne ed influenzarne in varia guisa l'operato».

[67] Seguita anche da altri Autori, tra cui: M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 95, nt. 1; G. SIGNORELLI, *Stato democratico e società segrete*, cit., pp. 84-85, per il quale «lo scopo di interferenza non coincide nemmeno con lo scopo di influire sulle scelte di indirizzo politico nazionale o amministrativo-locale. Non è cioè una questione di scopi, ma di metodo; quello cioè di influenzare o condizionare le scelte pubbliche all'interno, non come cioè avviene con le pressioni esercitate da un movimento di opinione: viene in mente invece la costituzione di uno stato nello Stato mediante la occupazione dei punti di articolazione essenziali per ottenere i risultati voluti»; U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., pp. 2501-2502, che, senza distinguere espressamente tra "interferenza" e "influenza", parla di «inserimento, nel processo formativo della volontà dell'organo che la subisce o in quello esecutivo, di fattori estranei tali da inquinare e condizionare il corretto svolgersi del processo in corso, in modo tale da potersi concludere che, se quell'intervento non vi fosse stato, l'esito sarebbe stato diverso. Traducendo in termini più propriamente giuridici questi concetti, sembra potersi affermare ancora che l'interferenza rilevante agli effetti di questa legge è quella che presenta carattere di antidoverosità; che non trova cioè fondamento o giustificazione in norme di diritto positivo o in principi generali dell'ordinamento, o che altera comunque la condizione di pari opportunità fra più soggetti. Essa realizza un indebito inserimento di fattori esterni per effetto del quale viene deviato l'autonomo e corretto sviluppo di un procedimento. […] Ciò che caratterizza l'interferenza di cui si sta parlando rispetto alle azioni che lecitamente tendono ad influire su scelte di soggetti pubblici è appunto la circostanza che in questi casi, a differenza che in quelli, si fanno valere diritti od interessi cui l'ordinamento riconosce dignità di tutela senza sperequazioni di trattamento tra situazioni analoghe. L'interferenza punibile è invece quella che, al contrario, o è priva di una base di legittima aspettativa, o si pone in contrasto con altrettanto legittime aspirazioni altrui. Questo pare l'unico significato che pare fondatamente attribuibile al termine usato dal legislatore secondo il senso proprio della parola, essenzialmente caratterizzato

rarissime sentenze sul punto[68] – che, tra l'altro, ha escluso la configurazione del delitto *de quo* nel caso sottopostole –, ha statuito che «*il risultato dell'interferenza perseguita da un'associazione segreta deve coincidere con l'adozione di decisioni prese al di fuori delle sedi istituzionalmente competenti a valutare la rilevanza di determinati interessi pubblici; l'associazione deve costituire un "contropotere" che adotta le decisioni che, per il tramite dell'interferenza, vengono eseguite dagli organi costituzionali o dalle amministrazioni pubbliche. Ne consegue che le sollecitazioni, le segnalazioni, le contestazioni, le pressioni mosse sui rappresentanti non integrano, di per sé, un'interferenza vietata, perché non obliterano, facendola venire meno, la libertà decisionale. La capacità della associazione segreta di "interloquire" (se del caso, attraverso lo schermo di associazioni palesi) e di "fare pressione" su rappresentanti e pubblici amministratori o dipendenti, quindi, non è di per sé "interferenza", a meno che non si provi il venir meno della libertà decisionale da parte dell'organo o dell'amministrazione, divenuti meri esecutori delle decisioni prese altrove*»[69].

Il supremo consesso ha pertanto concluso che «*il verbo usato dalla disposizione incriminatrice non indica una mera "influenza" sui rappresentanti e i pubblici dipendenti, anche se esercitata con modalità confidenziali e non pubbliche, ma qualcosa di più pregnante: già il valore lessicale delle parole indica che mentre l'"influenza" connota un condizionamento della volontà e delle scelte altrui ottenuto spontaneamente grazie alla propria personalità, o autorevolezza, o potere, coincidendo dunque con un profilo di ascendente o di autorità (non in senso giuridico), l'"interferenza" connota un intervento indebito in ambiti e situazioni pubblici o privati, coincidendo con un profilo di ingerenza, intromissione. Del resto, ritenere illecita la mera opera di pressione estenderebbe l'area del penalmente rilevante, sulla base di una non consentita interpretazione analogica* in malam partem*, fino a criminalizzare condotte palesemente lecite, ascrivibili magari ad una attività lecita, per quanto non regolamentata nel nostro ordinamento, di c.d. lobbyng*»[70].

dall'inserirsi di un elemento deviante rispetto al normale e corretto sviluppo procedimentale».

[68] Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2018 (dep. 17 luglio 2018), n. 33146, imp. Romeo (la Cassazione si è pronunciata su una ordinanza del Tribunale delle libertà applicativa della custodia cautelare in carcere).

[69] Punto n. 3 cons. dir.

[70] Punto n. 4.4. cons. dir. Analogamente si era espressa in precedenza, con riferimento alla medesima vicenda, Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2017, n. 29178, imp. Marra, che, nel rigettare un'ordinanza di custodia cautelare, ha statuito: «*come per ogni*

In maniera più succinta si è espresso il Tribunale di Roma nella sentenza del settembre 2018 relativa all'inchiesta "P3", ove si legge che l'interferenza consiste in «*interventi impropri o di carattere indebito, destinati ad incidere sull'esercizio delle funzioni di organi pubblici; interventi indebiti perché provenienti da soggetti la cui partecipazione alla formazione della volontà di quell'organo non è affatto prevista dalla normativa che ne regola il funzionamento, ovvero è prevista ma con forme e modalità diverse; interventi indebiti che, inoltre – rivolgendosi ad organi le cui funzioni si esercitano sulla base della preventiva adozione di scelte decisionali – tendono ad influenzare il processo di formazione della volontà del destinatario, e così, ad incidere sulle sue "funzioni", vale a dire sulla concreta operatività nella sfera tipica sua propria*».

9.4. Da quanto emerge, dunque, l'*interferenza* consisterebbe in una attività diretta e idonea a coartare la libertà di scelta e di autodeterminazione del funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni. Si tratterebbe, quindi, di una forma più lieve di *violenza morale*, che condiziona però il processo volitivo dell'individuo, costringendolo

associazione illecita, anche l'associazione segreta di cui alla legge n. 17 del 1982 richiede, per la sua esistenza, una struttura organizzativa e delle finalità illecite. La struttura organizzativa, che determina la stabilità e la durata nel tempo, distingue ogni associazione da episodi di concorso o collaborazione tra persone: rende, cioè, i rapporti e le condotte un fenomeno unitario, li rapporta ad una dimensione collettiva. Le finalità di un'associazione vietata non possono che essere illecite, così come si evince dallo stesso articolo 18 della Costituzione, che riconosce ai cittadini il diritto di associarsi liberamente per fini "che non sono vietati ai singoli dalla legge penale" (art. 18, comma 1, Cost.); la norma non può non influenzare l'interpretazione di quella del secondo comma, che vieta le associazioni segrete. In definitiva, l'associazione segreta di cui all'art. 1 legge n. 17 del 1982 deve costituire una sorta di "contropotere" a quello legittimamente costituito, con finalità opposte a quelle democratiche e con la forza del gruppo organizzato; essa deve essere in grado di "interferire" sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali e di amministrazioni pubbliche. Il verbo usato non indica una mera "influenza" sui rappresentanti e i pubblici dipendenti, anche se esercitata con modalità confidenziali e non pubbliche, ma qualcosa di più pregnante: in effetti, ritenere illecita la mera opera di pressione allargherebbe a dismisura l'area penalmente rilevante fino a criminalizzare condotte palesemente lecite. […] *Ma se ciò è esatto, è evidente che le sollecitazioni, le segnalazioni, le contestazioni, le pressioni mosse sui rappresentanti non integrano, di per sé, un'interferenza vietata, perché non fanno venire meno la libertà decisionale. La capacità della* […] *associazione segreta di "interloquire" (se del caso, attraverso lo schermo di associazioni palesi) e di "fare pressione" su rappresentanti e pubblici amministratori o dipendenti, quindi, non è di per sé "interferenza", a meno che non si provi il venir meno della libertà decisionale da parte dell'organo o dell'amministrazione, divenuti meri esecutori delle decisioni prese altrove*» (punto n. 6 cons. dir.).

a prendere una decisione diversa da quella che avrebbe preso in assenza del condizionamento[71]. In ultima analisi, l'interferenza consisterebbe nell'esercitare indirettamente l'attività pubblica, per il tramite dei soggetti formalmente incaricati del loro esercizio, una sorta di "esercizio mediato" dell'attività pubblica, che costituisce l'esercizio di un "potere parallelo" rispetto a quelli democraticamente e legalmente adottati nel nostro Stato. Un po' come l'amministratore occulto (o di fatto) di una società. L'interferenza, inoltre, viene concepita come una non meglio precisata azione che inciderebbe *dall'interno* degli organi pubblici, mediante un'opera di infiltrazione.

L'*influenza*, invece, rappresenterebbe un condizionamento meno intenso, che, metaforicamente, si pone su un gradino più basso dell'interferenza, dovuto o, come affermato dalla Cassazione, alla "personalità", all'"autorevolezza", al "potere", all'"ascendenza" e all'"autorità" – le quali, però, possono essere mezzi comuni anche all'attività di interferenza – oppure anche, aggiungiamo noi, alla capacità (scissa dalla personalità, dall'influenza, dal potere, ecc.) di far insorgere nell'individuo un punto di vista differente, un nuovo pensiero che lo persuade della (vera o presunta) convenienza, opportunità o, persino, giustezza di una determinata scelta. In modo inverso all'interferenza, inoltre, l'influenza è concepita come un altrettanto poco determinata azione che inciderebbe *dall'esterno* sugli organi pubblici.

[71] Secondo G. DE FRANCESCO, voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 326, «non può negarsi, allora, che la disposizione in esame miri a scongiurare proprio il rischio che l'influenza occulta sull'operato dell'organo faccia venir meno la sua libertà decisionale, e cioè, più precisamente, la sua capacità di autodeterminarsi sulla sola base dei criteri imposti dalla specifica natura della funzione esercitata». Analogamente S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Gli illeciti – Le sanzioni – Il procedimento*, cit., pp. 112 e 113, con riferimento alla «ingiustificata interferenza» nell'attività di un magistrato, che consisterebbe nell'introduzione «nel suo percorso decisionale di elementi e fattori, che per il loro contenuto o per la modalità con cui sono portati a conoscenza del magistrato che subisce l'interferenza, devono restarne estranei»; la previsione dell'illecito disciplinare, pertanto, risponderebbe all'esigenza di garantire l'indipendenza del giudice.

9.5. Un dato che depone per la valenza teorica della distinzione prospettata – ma non anche per la sua valenza empirica – potrebbe essere la scelta, operata in sede di lavori preparatori, di sostituire la locuzione «*attività diretta ad influire*»[72] con quella attuale di «*attività diretta ad interferire*»[73], nonostante non siamo in grado di comprendere il livello di consapevolezza di tale decisione.

A sua volta, però, la distinzione sembra contraddire l'interpretazione che la dottrina ha tradizionalmente fornito alla parola "influire" contenuta nell'art. 338, co. 2, C.p. (*Violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario*) – che incrimina l'uso della violenza o della minaccia diretta ad «*influire comunque*» sul pubblico ufficiale o sull'incaricato di pubblico servizio –, e nell'art. 336, co. 2, C.p. (*Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale*) – che incrimina l'uso della violenza o della minaccia diretta ad «*influire sulle deliberazioni collegiali di imprese che esercitano servizi pubblici o di pubblica necessità*» –. Pur se non bisogna dimenticare che in questi casi l'influenza è conseguenza della violenza o della minaccia esercitata sul soggetto passivo – mentre nel delitto di associazione segreta l'interferenza sembra rilevare come condotta autonoma, che incentra in sé tutto il disvalore d'azione (lasciando in secondo piano il metodo della segretezza la cui rilevanza è tutta da

[72] Contenuta nel primo Disegno di legge presentato al Sentato e comunicato alla Presidenza il 25 luglio 1981 (S. 1523).

[73] La II Commissione permanente (Giustizia) del Sentato, nel parere espresso il 4 agosto 1984 sul testo del D.D.L. modificato dalla I Commissione permanente (Affari costituzionali, affari della Presidenza del consiglio e dell'interno, ordinamento generale dello Stato e della pubblica amministrazione) (S. 1523-A), aveva rilevato che, «se la notevole genericità della fattispecie di cui all'articolo 1, può trovare giustificazione nell'esigenza di evitare che sfuggano alle sanzioni dell'ordinamento forme di associazioni segrete di cui in via di principio non sempre facile è dare una chiara determinazione, tale giustificazione perde già parte della sua forza quando una siffatta fattispecie viene ad essere assunta come elemento essenziale di una figura di reato, quale quella prevista al primo comma dell'articolo 2, essendoci la possibilità che l'eccessiva genericità finisca col ripercuotersi sullo stesso fondamentale principio di legalità, non solo tutelato a livello costituzionale ma da considerare principio consolidato nel nostro ordinamento da una tradizione più che secolare». La I Commissione, però, si limitò semplicemente a modificare il termine "influire" con quello di "interferire" e a individuare in maniera più specifica i soggetti titolari delle funzioni pubbliche.

dimostrare) –, il termine è praticamente inteso con lo stesso significato oggi attribuito al verbo "interferire" di cui alla legge Anselmi[74].

Il medesimo discorso potrebbe valere per le «*influenze illecite*» di cui all'art. 346-*bis* C.p., che possono consistere in una (tentata) corruzione del funzionario pubblico. Il danaro o altre utilità sono, infatti, percepite dal soggetto agente per "remunerare" il funzionario pubblico e, quindi, in vista di un *pactum sceleris*[75]. Il mezzo della corruzione, tutt'altro che costituire una mera influenza, rappresenta una vera e propria interferenza sull'esercizio delle funzioni.

La distinzione tra interferenza e influenza sembra, invece, prospettarsi nell'art. 504 C.p. (*Coazione alla pubblica autorità mediante serrata o sciopero*), in cui lo sciopero e la serrata hanno lo scopo «di *costringere* l'Autorità a dare o ad omettere un provvedimento» ovvero «di *influire* sulle deliberazioni di essa».

9.6. Ora, per quante parole, esempi o metafore si vogliano utilizzare, non si riuscirà mai con certezza a descrivere in maniera compiuta concetti tra loro affini e distinguere situazioni che si pongono in una

[74] Secondo G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 298, "influire" significa «esercitare ogni tipo di pressioni per orientare la decisione in un determinato senso» (così anche A. PAGLIARO, *Principii di diritto penale. Parte speciale*, Vol. I[10], Milano, Giuffrè, p. 422, che si richiama agli Autori citati). Per F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, Vol. II[15], Milano, Giuffrè, p. 418, l'influenza consiste nell'«ingerirsi indebitamente nel processo di formazione della volontà collegiale, limitatamente a ciò che concerne l'organizzazione o l'esecuzione dei servizi medesimi». Per V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, cit., pp. 379-380, «"influire sulle deliberazioni" significa far pesare illegittimamente la propria volontà sulla volontà collegiale, che deve decidere circa l'organizzazione o l'esecuzione dei predetti servizi. Si tratta, perciò, in ogni caso, di una pressione sull'organo collegiale dell'impresa esercente servizi pubblici o di pubblica necessità, d'una coartazione, tentata o prodotta, della sua volontà dispositiva». Per C. SALTELLI – E. ROMANO-DI FALCO, *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*[2], Vol. III, Torino, Utet, 1940, p. 267, "influire" significa «porre una qualsiasi limitazione alla libertà di determinazione nel compimento di un atto dell'ufficio o del servizio».

[75] Cfr., per tutti, F. VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in *Il libro dell'anno del diritto* 2013, Roma, Treccani, 2013 (consultabile sul sito *http://www.treccani.it/enciclopedia/la-riforma-dei-delitti-di-corruzione_%28Il-Libro-dell'anno-del-Diritto%29/*).

scala senza apparente soluzione di continuità. Ogni tentativo definitorio sembra destinato a fallire e la questione diviene soltanto di parole, finendo per essere del tutto indifferente la scelta di un termine o di un altro. E comunque il nodo centrale rimarrà sempre quello dell'accertamento di tali "modi determinanti" della volontà altrui, in entrambi i casi da effettuarsi mediante il classico meccanismo della c.d. "prognosi postuma"[76], che non assicura risultati certi[77].

Sterile, ad esempio, è asserire che l'influenza (tipica delle *lobbies*) rappresenta una condotta che incide *ab externo* sull'esercizio delle funzioni pubbliche, cioè in modo riconoscibile o palese, mentre l'interferenza (tipica delle associazioni segrete) è un'attività che incide sui processi decisionali *ab interno*[78], cioè in maniera occulta. Come è stato giustamente osservato, si tratta di un «criterio di natura sociologica, generico e inevitabilmente labile e come tale inidoneo a segnare in modo sufficientemente certo il confine tra l'associazione segreta e il penalmente irrilevante»[79]. Inoltre, come cercheremo di

[76] Così S. DI AMATO, *La responsabilità disciplinare dei magistrati. Gli illeciti – Le sanzioni – Il procedimento*, cit., p. 114, con riferimento all'illecito disciplinare da «ingiustificata interferenza».

[77] Ci sembra che una situazione simile si sia verificata quando il legislatore ha deciso di scindere il reato di "concussione" (vecchio art. 317 C.p.) in due fattispecie in ragione del tipo di condotta, la "costrizione" (nuovo art. 317 C.p.) e l'"induzione indebita" (art. 319-*quater* C.p.), costringendo l'interprete, nella sua più autorevole composizione, a stabilire un criterio distintivo tra i due concetti [Cass. pen., Sez. un., 24 ottobre 2013 (dep. 14 marzo 2014), n. 12228].

[78] Distinzione operata in giurisprudenza anche da: Cass. pen., Sez. I, 21 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40297, imp. Romeo; Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2018 (dep. 17 luglio 2018), n. 33146, imp. Romeo; Trib. Roma, ord. 2 novembre 2010, n. 2998, imp. Carboni e altro, secondo cui «*benchè i gruppi di pressione lobbistica puntino a intervenire sui meccanismi dei processi decisionali, tuttavia essi non mirano a condizionare le dinamiche interne di tali processi attraverso un'opera di infiltrazione negli organismi detentori del potere pubblico, ma si propongono di condizionarne l'esercizio attraverso un'azione riconoscibile, condotta dall'esterno*».

[79] A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., pp. 134-135, il quale prosegue osservando che «Il reticolo di legami trasversali, l'opacità dei rapporti, la scarsa visibilità dei processi decisionali mal si prestano ad essere governati in sede penale sulla base di un simile parametro di valutazione: sul piano empirico, l'infiltrazione negli organismi detentori del potere pubblico appare l'obbiettivo comune ad entrambi i fenomeni, così come la volontà di sottrarsi alla propria

dimostrare, l'attacco alle istituzioni "dall'interno" in cui si ridurrebbe l'interferenza – da intendersi come "infiltrazione" negli apparati pubblici – rappresenta solo una delle modalità di estrinsecazione della condotta, tra l'altro non necessariamente tipica delle associazioni segrete (nessuno può escludere, infatti, che anche le *lobbies* operino in questo modo).

Altrettanto inutile è parlare di "pressione" come sinonimo di interferenza[80]. A seconda del significato che gli si attribuisce, il concetto finisce per confluire o in quello di influenza o in quello di interferenza[81]. Non solo, infatti, come la denominazione suggerisce, la pressione costituisce il mezzo tipico dei cc.dd. "gruppi di pressione" (cioè le *lobbies*)[82], ma ogni teorizzazione su tali organizzazioni dà atto che la loro attività – comunque la si voglia denominare – può consistere (ed è consistita) anche in fatti penalmente illeciti, in particolare di natura corruttiva. Come nel caso, ad esempio, della corruzione del funzionario pubblico, seguita dalla minaccia di fare emergere la situazione compromettente, qualora non assecondi le richieste avanzate dal

identificazione. Le due entità trascolorano pericolosamente, sovrapponendosi, intrecciandosi».

[80] Cfr., ad es., G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 159 (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 325), che parla di «pressioni occulta». Per P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., p. 202, l'interferenza sarebbe nient'altro che un modo con cui è stata "ribattezzata" l'influenza.

[81] Ciò era messo in rilievo da P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., p. 202, per il quale la finalità di interferenza avrebbe finito per coincidere con «quella attività che in Italia viene esercitata non solo dai partiti politici […] ma dalle organizzazioni più svariate, che formano la costellazione dei nostri "gruppi di pressione"».

[82] D. FISICHELLA, voce *Gruppi di interesse e di pressione*, cit., individua nella "pressione" il «modo» con cui gli interessi vengono perseguiti, che consisterebbe nell'«accesso all'arena politica»: «È questo passaggio che fa del gruppo d'interesse un gruppo di pressione. Dunque, un gruppo d'interesse diviene gruppo di pressione allorché si porta nell'arena politica e opera come attore politico. Finché il gruppo si muove nelle dimensioni (sociali, economiche, culturali) del non politico, esso rimane gruppo di interesse e va classificato come tale. Se e quando entra in politica, e finché vi permane (poiché può anche uscirne, una volta che giudichi conseguito il suo scopo), diviene gruppo di pressione».

gruppo[83].

Ecco allora che l'attività lobbistica (comunemente qualificata come "influenza" o "pressione") e l'attività dell'associazione segreta (giuridicamente denominata come "interferenza") finiscono per sovrapporsi quanto agli effetti distorsivi sulla funzione pubblica e, persino, nelle modalità di condotta. Come è stato affermato, infatti, da un lato, la "segretezza" sarebbe «la vera chiave di lettura etico-giuridica del lobbying, il vero unico pericolo strutturale del patrocinare interessi privati presso decisori pubblici»[84], e, dall'altro lato, l'influenza potrebbe costituire una condotta di determinazione, istigazione, induzione, mediazione, già incriminata, ad esempio, all'art. 346-*bis* C.p. (*Traffico di influenza illecite*), nonché agli artt. 318 e 319 C.p.; articoli nei quali il concetto di influenza non è definito espressamente, ma che contengono fattispecie «gravitanti attorno agli effetti spiegati dal

[83] Considerano la corruzione una delle possibili modalità di azione dei gruppi di pressione: G. PASQUINO, voce *Gruppi di pressione*, cit., p. 422, per il quale la ricchezza a disposizione del gruppo può essere adoperata «per corrompere *tout court* coloro che devono prendere o far applicare le decisioni – i parlamentari o i burocrati –»; D. FISICHELLA, voce *Gruppi di interesse e di pressione*, cit., per il quale la pressione può avvenire in vari modi, anche illeciti: «Appoggiare con i propri voti un partito, salvo minacciare di sospendere – o infine sospendere proprio – tale apporto consensuale quando la forza politica desse segno di cambiare atteggiamento, vuol dire configurare una situazione di pressione e di relativa sanzione. Sospendere o interrompere il sostegno finanziario a un partito; corrompere un uomo politico (e poi minacciarlo, se recalcitrasse di fronte a certe richieste del gruppo, di fare emergere la situazione compromettente); partecipare all'elaborazione di un programma governativo di politica economica, salvo ritirarsi dall'impresa o lasciarne inapplicate le direttive per la parte di competenza del gruppo; il rifiuto collettivo di pagare tasse e imposte; la promozione di referendum; la 'fabbricazione' artificiale di crisi borsistiche o finanziarie: queste sono altrettante modalità di pressione, e dunque di sanzione, minacciata o attuata»; M. COTTA – D. DELLA PORTA – L. MORLINO, *Scienza politica*, cit., p. 191, per i quali accanto a «*forme di pressione convenzionali* attraverso semplici comunicazioni e contatti, anche derivanti da legami personali con chi prende le decisioni a cui il gruppo è interessato», si affiancano «*forme di pressione più forti* come campagne verso l'opinione pubblica, ricorso in giudizio, corruzione, finanziamento di campagne elettorali di certi candidati, scioperi e altre modalità non convenzionali, quali dimostrazioni, sit-in, marce e così via».

[84] R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, cit., p. 14.

comportamento del privato sull'atto, sulla funzione o sul pubblico ufficiale stesso»[85].

Se, dunque, anche l'influenza può costituire reato a seconda del modo in cui si estrinseca, ci sembra che l'unica differenza tra le due forme associative, quelle della *lobby* e della associazione segreta, si ravvisi nella diversa *natura degli interessi perseguiti*, pur se in entrambi i casi di carattere "particolare": nel caso delle *lobbies* si tratterebbe di un interesse "di categoria" (es.: un ordine professionale, un settore imprenditoriale, un gruppo religioso, ecc.)[86]; nel caso delle associazioni segrete, invece, sarebbe un interesse "privato", di natura meramente personale (di uno o più associati, di parenti o conoscenti, di un terzo o di terzi circoscritti).

Per tutte queste ragioni, senza voler giungere a conclusioni affrettate e generalizzanti, il costante raffronto che viene effettuato tra le associazioni segrete e le *lobbies* – che rappresenta oramai un *topos* dei discorsi giuridici sull'associazionismo segreto[87] – appare non sempre pertinente e a volte persino fuorviante.

9.1. *L'interferenza come "risultato dell'azione" che ha l'effetto di* ostacolare *o* impedire *l'esercizio delle funzioni pubbliche. Il delitto di associazione segreta come reato "causalmente orientato". Fattispecie similari e tentativo di elencazione di condotte che non siano già penalmente rilevanti*

9.1.1. La distinzione tra "interferenza" e "influenza" sembra, dunque, insoddisfacente al fine di conferire un accettabile grado di determinatezza alla fattispecie. Suggeriamo, quindi, di cambiare prospettiva e volgere lo sguardo agli *effetti* che possono prodursi

[85] R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, cit., pp. 128 e 181 ss.

[86] Per una classificazione dei gruppi di interesse e degli interessi da questi ultimi perseguiti si vedano M. COTTA – D. DELLA PORTA – L. MORLINO, *Scienza politica*, cit., p. 190 ss.

[87] Che in pratica ha sostituito quello tra associazioni segrete e movimenti politici, incentrato, come detto, sulla considerazione che le prime perseguirebbero, alla stregua dei secondi, finalità politiche.

sull'esercizio delle funzioni pubbliche. Interpretare, insomma, la parola "interferenza" non come (nome di) *azione*, ma come *risultato dell'azione*.

Prescindendo per adesso da come in concreto essa si manifesti e dal fatto che possa costituire già una condotta penalmente illecita, l'interferenza dovrebbe intendersi come *l'ostacolo o l'impedimento dell'esercizio delle funzioni pubbliche*, ossia come *situazione contraria all'interesse pubblico* perseguito attraverso l'esercizio del potere conferito dalla legge al funzionario pubblico (o all'organo pubblico)[88].

Intendendosi per "ostacolo" sia il *ritardo* sia la *difficoltà* (che facilmente può tradursi nel ritardo) nell'esercizio delle funzioni pubbliche, che vengono comunque esercitate ma con tempistiche e modalità tali (ad es. con aggravio di spesa) da compromettere la soddisfazione immediata dell'interesse pubblico; e l'interferenza sarà tanto più grave quanto più celere avrebbe dovuto essere la soddisfazione dell'interesse pubblico.

E con "impedimento" intendendosi l'*omissione* dell'atto dovuto – nel senso sia di pura omissione dell'esercizio del potere, sia di compimento di un atto difforme da quello imposto dalla legge o dal corretto esercizio del potere discrezionale, sia, ancora, di interruzione dell'esercizio della funzione –, con conseguente compromissione definitiva dell'interesse pubblico[89].

9.1.2. Muovendo da questa prospettiva – che consente anche di superare gli angusti limiti in cui viene racchiusa l'influenza penalmente rilevante[90] – e considerando il rango dei beni giuridici tutelati,

[88] Dagli interessi più generali, come la sicurezza dello Stato, a quelli particolari, come, ad esempio, la manutenzione di una via pubblica. Non entriamo qui nel tema della natura dell'interesse pubblico e delle sue varie tipologie, rinviando per tutti a: S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *Enc. dir.*, Vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 740 ss.; S. NICCOLAI, voce *Interesse pubblico*, in *Dizionario costituzionale*, a cura di M. Ainis, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 257.

[89] Tale effetto può derivare dai tipici "vizi di legittimità" del provvedimento amministrativo che ne determinano l'invalidità (nullità e annullabilità), ma ciò che secondo noi rileva è la frustrazione dell'interesse pubblico.

[90] Credo si possa concordare con il pensiero di R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, cit., pp. 130-131, per il quale affinchè si possa parlare di influenza è necessaria «quantomeno la presenza di una

sembrerebbe, dunque, che *gran parte dei casi di interferenza ipotizzabili costituiscano, almeno in linea tendenziale, già ipotesi di reato*. Pressoché ogni reato, tentato o consumato, contro l'ordine costituzionale dello Stato e contro la pubblica amministrazione (compresa quella della giustizia) interferisce o è idoneo ad interferire su (*rectius*: ostacola o impedisce ovvero è idoneo a ostacolare o impedire) l'esercizio della funzione pubblica. Cambiano i presupposti, i mezzi (violenza, minaccia, inganno, abusi, ecc.), i soggetti (privati cittadini, funzionari pubblici, associazioni, bande), gli eventi e gli scopi – in genere, quindi, le condotte –, ma il risultato, l'effetto finale, è sempre il medesimo, cioè l'ostatolo o l'impedimento dell'esercizio delle funzioni che determina la frustrazione dell'interesse pubblico.

Nell'ottica di tutela dell'imparzialità e del buon andamento della pubblica amministrazione, abbonderanno in particolare gli abusi di ufficio, le corruzioni (in tutte le forme), le violenze e le minacce ai pubblici ufficiali, le influenze illecite, ma non possono essere escluse le induzioni indebite, le rivelazioni e utilizzazioni di segreti d'ufficio, le omissioni e i rifiuti di atti d'ufficio, le concussioni, ecc. Senza contare, poi, tutti i "reati-mezzo" strumentali alla realizzazione degli anzidetti reati ovvero a tenere celata l'attività dell'associazione, tra cui le falsità nonché le ipotesi di accesso e danneggiamento di sistemi informatici (principalmente pubblici) nonché i depistaggi, gli intralci alla giustizia, ecc. Non a caso per alcuni di questi reati è prevista l'aggravante di cui all'art. 339 C.p. (artt. 336, 337, 338, 377, 343-*bis* C.p.; artt. 189, 190, 196, 229, 248 C.p.m.p.). Ma si pensi ancora, nell'ottica "politica"

comunicazione specificamente diretta al fine di condizionare una decisione del pubblico agente». L'Autore, pertanto, ritiene «inconcepibile poter basare la responsabilità penale sulla mera creazione di una occasione di collusione o di accordo: una cena elettorale, l'organizzazione di un evento benefico, o un incontro per il tramite di comuni conoscenti. Queste tipologie di occasioni, anche se intenzionalmente create, non possono avere la dignità del concetto di influenza. Sono sì contatti anche intenzionalmente occasionati, ma se durante quei contatti non c'è stata vera e propria *comunicazione* è impossibile dedurne qualsiasi improprietà» (p. 130); e conclude che «Se non c'è tale comunicazione diretta, significa che si ragiona di motivi e pensieri inespressi, forse persino inconsapevoli, comunque al più di mere speranze taciute; e queste ipotesi difficilmente possono essere prese in considerazione dal diritto penale dei decisori pubblici» (p. 131).

(strettamente intesa), a fatti di hackeraggio o sabotaggio dell'organizzazione, dello svolgimento o dell'esito di competizioni elettorali (mediante la manipolazione dei risultati), che rileva sotto diversi profili, tra cui sicuramente ai sensi dell'art. 294 C.p. (*Attentati contro i diritti politici dei cittadini*).

Tutte le condotte citate, infatti, sono incriminate perché mirano a *intralciare* (ci sia consentita un'altra parola certamente "iperonima"), direttamente o in maniera eventuale, l'esercizio delle funzioni pubbliche, come si ricava in parte dagli stessi termini usati in molti degli articoli citati[91].

9.1.3. Si consideri, inoltre, che il nostro ordinamento prevede una fattispecie di reato che, più di ogni altra, sembra riecheggiare quella di associazione segreta, fino quasi a sovrapporsi ad essa.

Si tratta del delitto di *interruzione di un ufficio o servizio pubblico* di cui all'art. 340 C.p., consistente nella "interruzione" e nella "turbativa" del regolare funzionamento di un ufficio o servizio pubblico o di un servizio di pubblica necessità. La prima condotta, infatti, consiste nella «cessazione definitiva o temporanea, per lungo o breve tempo, dell'attività dell'ufficio o servizio»; la seconda si realizza invece quando «l'agente provoca, per breve o lungo periodo, definitivamente o provvisoriamente, una alterazione del regolare funzionamento dell'ufficio o del servizio nel suo complesso»[92].

[91] Ove si parla, ad esempio: di «*atto contrario ai doveri d'ufficio*», al «*ritardo*» e alla «*omissione di un atto dovuto*» (artt. 321 e 319 C.p.); in cui la violenza e la minaccia sono rivolte nei confronti del pubblico ufficiale per costringerlo a compiere un *atto contrario ai doveri d'ufficio* ovvero ad *omettere un atto dovuto* (art. 336 C.p.), e nei confronti di specifici pubblici ufficiali per *impedirne*, in tutto o in parte, anche temporaneamente, o per *turbarne comunque l'attività*, ovvero per *ottenere*, *ostacolare* o *impedire il rilascio o l'adozione di un qualsiasi provvedimento*, anche legislativo (art. 338, co. 1 e 2, C.p.). Infine, l'abuso perpetrato dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico servizio consiste nella *violazione di norme di legge o di regolamento* ovvero nella *mancata astensione dal compimento di atti* dovuta in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti (art. 323 C.p.). E ancora, nei reati contro la personalità dello Stato, la "condotta con finalità di terrorismo" è rivolta a «*costringere i poteri pubblici* […] *a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto*» (art. 270-*sexies* C.p.).

[92] G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 300.

Si tratta di un *reato comune* e *a forma libera*[93], che, praticamente, incrimina l'"interferenza" e ha ad *oggetto materiale* le medesime funzioni pubbliche elencate nell'art. 1 della legge Anselmi. Anzi, la fattispecie di cui all'art. 340 C.p. sembra avere un raggio di applicazione più ampio di quest'ultima: invero, se le «funzioni di organi costituzionali, di amministrazioni pubbliche, anche ad ordinamento autonomo, di enti pubblici anche economici» sembrano esaurire le tipologie degli "uffici pubblici", i «servizi pubblici essenziali di interesse nazionale» dovrebbero rappresentare solo una *species* del *genus* "servizio di pubblica necessità"[94].

Anche per il delitto *de quo* si è posto il problema dell'eventuale concorso con alcuni reati strumentali (es.: danneggiamento, violenza privata, corruzione, ecc.), problema risolto come sempre asserendo la configurazione del concorso di reati[95].

Si consideri, inoltre, che l'art. 340 C.p. prevede che il fatto venga realizzato da una organizzazione di individui. Il terzo comma commina

[93] Cfr., *ex plurimis*: A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Vol. I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*[10], Milano, Giuffrè, 2008, p. 441 ss. (ad esclusione della condotta di turbativa che configurerebbe «una specie particolare di attività» che «non sembra comprendere in alcun caso le condotte omissive»); M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 cod. pen.*[3], Milano, Giuffrè, 2008, p. 61 ss.; M.B. MIRRI, voce *Interruzione ed abbandono di pubblici uffici*, in *Enc. giur. Trecc.*, Vol. XIX, Roma, Treccani, 1989, p. 6; B. ASSUMMA, *Abbandono o interruzione di uffici, impieghi o servizi pubblici o di pubblica necessità*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 13 ss.; E. CONTIERI, voce *Abbandono, interruzione e turbamento di pubblici uffici e di servizi pubblici o di pubblica necessità*, in *Enc. dir.*, Vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, p. 41 ss.; S. RICCIO, voce *Interruzione di un ufficio o servizio pubblico*, in *Nss. Dig. It.*, Vol. VIII, Torino, Utet, 1962, p. 936.

[94] La definizione di "servizio di pubblica necessità" è contenuta nell'art. 359 C.p., mentre per la definizione di "servizio pubblico essenziale di interesse nazionale" si deve rinviare alla L. 12 giugno 1990, n. 146, in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali, in cui però non si menzionano i servizi di "interesse nazionale" (gli artt. 270-*quater* e -*quinquies* C.p. si riferiscono solo ai "servizi pubblici essenziali").

[95] Cfr. S. RICCIO, voce *Interruzione di un ufficio o servizio pubblico*, cit., p. 937, che si richiama alla tesi di N. LEVI, *Delitti contro la Pubblica amministrazione*, Milano, Vallardi, 1935, p. 418.

infatti un aumento di pena per i capi, i promotori e gli organizzatori[96]; pur non facendosi espresso riferimento ad una "associazione" è chiaro che si ipotizza l'esistenza di un gruppo di soggetti organizzati, in maniera più o meno stabile (a meno che – ipotesi altrettanto plausibile – non si voglia considerare la situazione come un mero concorso di persone, aggravato ai sensi dell'art. 112, n. 2, C.p.)[97].

Ciò che però desta maggiore stupore è l'apparente identità del *trattamento sanzionatorio*. Per i "vertici" di entrambe le organizzazioni criminali, infatti, è prevista la reclusione «da uno a cinque anni», ed è probabile che alla condanna consegua lo stesso periodo di interdizione dai pubblici uffici (stabilito per l'art. 340 C.p., ai sensi dell'art. 29 C.p., in cinque anni nel caso in cui la pena della reclusione non sia inferiore a tre anni; e per il delitto di associazione segreta sempre in cinque anni, ma indipendentemente dalla pena inflitta, ai sensi dell'art. 2 L. n. 17 del 1982). L'unica differenza è che l'art. 340 C.p. prevede un *reato di danno*, mentre la legge Anselmi un reato di pericolo (ma è probabile che l'esistenza di un'associazione segreta si scopra a interferenza già consumata).

Comunque sia, vedendo le analogie tra le due fattispecie – che, astrattamente e a livello di condotta, si differenziano per la natura segreta dell'organizzazione –, viene da chiedersi perché non sia stata estesa all'art. 340 C.p. l'aggravante della «forza intimidatrice derivante da segrete associazioni» di cui all'art. 339 C.p. E risulta veramente strano che il legislatore non abbia minimamente considerato al momento dell'introduzione della legge Anselmi l'esistenza dell'art. 340 C.p. L'eventuale concorso di reati sarebbe comunque scongiurato dalla clausola di riserva contenuta nel primo comma di quest'ultimo articolo

[96] La disposizione è considerata da alcuni un *titolo autonomo* di reato (G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 300; E. CONTIERI, *Abbandono, interruzione e turbamento di pubblici uffici e di servizi pubblici o di pubblica necessità*, cit., p. 49; S. RICCIO, voce *Interruzione di un ufficio o servizio pubblico*, cit., p. 937), da altri invece una *circostanza aggravante* (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, cit., p. 385; A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 445; M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei privati. Le qualifiche soggettive pubblicistiche. Artt. 336-360 cod. pen.*[3], cit., p. 70).

[97] Che, ricordiamo, prevede l'aumento di pena per chi «*ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto l'attività delle persone che sono concorse nel reato medesimo*».

(«*fuori dai casi preveduti da particolari disposizione di legge*»).

9.1.4. La medesima clausola, inoltre, esclude l'applicazione dell'art. 340 C.p. rispetto ad altre due fattispecie molto contigue al delitto di associazione segreta. Anche gli artt. 338 (*Violenza o minaccia ad un Corpo politico, amministrativo o giudiziario o ai suoi singoli componenti*) e 289 (*Attentato contro organi costituzionali e contro le Assemblee regionali*) C.p., infatti, incriminano l'interferenza sulle funzioni pubbliche[98]. Il primo articolo punisce l'"impendimento" e la "turbativa" dell'attività degli organi pubblici indicati (co. 1)[99]; il secondo incrimina l'"impendimento", totale o parziale, definitivo o temporaneo, dell'esercizio delle funzioni del Presidente della Repubblica, del Governo, delle Assemblee legislative, della Corte costituzionale, delle assemblee regionali. Solo che, a differenza del reato interruzione di pubblico servizio, si tratta di reati *a forma vincolata*, essendo richiesto l'uso della violenza o della minaccia che rappresentano la causa dell'interferenza e giustificano l'elevato trattamento sanzionatorio nel caso in cui i reati in parola siano commessi da più soggetti (v. l'art. 339, co. 2, per l'art. 338 C.p., e l'art. 305 per l'art. 289 C.p.).

Nonostante le differenti oggettività giuridiche, gli articoli si completano a vicenda (entrambi sono reati comuni e di pericolo), tutelando chiaramente l'esercizio delle funzioni pubbliche dagli ostacoli o dagli impedimenti indebiti. Tra l'altro, per il primo reato – stranamente non anche per il secondo – è prevista l'aggravante dell'art. 339 C.p.

9.1.5. Diversi autori hanno intuito e ipotizzato che dietro l'interferenza si possano, o persino si debbano, celare comportamenti

[98] L'accostamento è operato anche da A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 130.

[99] Il secondo e il terzo comma individuano in pratica delle *species* di condotte di impedimento e turbamento, consistenti rispettivamente: nell'«*ottenere, ostacolare o impedire il rilascio o l'adozione di un qualsiasi provvedimento, anche legislativo, ovvero a causa dell'avvenuto rilascio o adozione dello stesso*»; nell'«*influire sulle deliberazioni collegiali di imprese che esercitano servizi pubblici o di pubblica necessità, qualora tali deliberazioni abbiano per oggetto l'organizzazione o l'esecuzione dei servizi*».

già penalmente illeciti[100], individuando punti di contiguità con l'associazione per delinquere (art. 416 C.p.), addirittura di tipo mafioso (art. 416-*bis* C.p.)[101].

[100] Cfr.: F.C. PALAZZO, *La recente legislazione penale*[3], cit., p. 335, quando afferma che, interpretando "in senso forte" il requisito dell'interferenza, la fattispecie «verrebbe in sostanza a combaciare con ipotesi di associazione di regola criminose»; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., per i quali il delitto di associazione segreta condivide con altri tipi associativi (artt. 270, 270-*bis*, 271, 273, 305, 306, 416, 416-*bis* C.p.) l'identità del bene giuridico leso (p. 136); infatti, l'attività di interferenza si realizza «mediante un'assai più sottile e raffinata condotta di costruzione, a gradi, del consenso altrui attraverso fatti di collusione o di reciproco interesse, anche di tipo esclusivamente economico; e, in ogni caso, non attraverso forme di intimidazione. Non si vuole qui escludere che, eventualmente, anche di queste si possa in concreto far uso, per vincere resistenze o superare difficoltà; ma tutte le volte che ciò accade, l'intimidazione è resa possibile non già dalla forza minatoria dell'associazione segreta come tale, bensì da normali metodi ricattatori, la cui casistica può essere particolarmente ampia: dalla minaccia di divulgare fatti o notizie dannosi agli interessi di colui la cui resistenza occorre piegare alle vere e proprie minacce di qualunque tipo. In definitiva, pertanto, la *condotta operativa* delle associazioni segrete non sembra essere – necessariamente – associata alla *violenza*, ma piuttosto all'idea della *collusione* o della *corruzione*, o, in generale, alle blandizie o agli allettamenti che possono essere esercitati su coloro che aspirano a conquistare una qualunque posizione di potere, ovvero a consolidare o a estendere quella già posseduta, o, più semplicemente, ad assicurarsi una protezione autorevole: il tutto all'insegna e nel quadro del coinvolgimento sistematico degli interessi di ciascuno dei membri dell'associazione in quelli del gruppo come tale» (pp. 138-139). Per E. SPAGNA MUSSO, *Il problema costituzionale della massoneria*, cit., p. 1372, l'interferenza «si traduce in reati contro la pubblica amministrazione e più in generale contro l'organizzazione dei pubblici poteri, e tali reati caratterizzano le associazioni come perseguenti fini illeciti anche se formalmente nel testo di legge sono definite come associazioni segrete»; per l'Autore, pertanto, la segretezza rifluisce nel fine illecito, rendendo superflua la disposizioni di cui al cpv. dell'art. 18 Cost. (p. 1373). V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, cit., p. 19, si chiede «quale differenza ci sia tra la condotta di chi crea una associazione per delinquere, e come tale evidentemente segreta, volta ad esempio a corrompere un pubblico funzionario, rispetto a chi costituisca una associazione segreta per «interferire» con i poteri pubblici». Per G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 36, invece, l'attività di interferenza dovrebbe costituire una «attività illecita d'interferenza» e non una «semplice attività d'interferenza».

[101] In particolare G. TURONE, voce *Associazioni criminose*, cit., pp. 28-29, ha affermato che «Sul terreno della conquista di potere senza il consenso del corpo

sociale, e quindi della minaccia al metodo democratico, l'associazionismo segreto, così come definito dalla nuova norma penale, si colloca ai confini con l'associazionismo mafioso», da cui si differenzia, però: 1) per l'assenza della «dimensione imprenditoriale tipica della mafia» – mirando invece l'associazione segreta «ad occupare posizioni di potere di rilevanza nazionale e costituzionale» –; 2) per la mancanza dell'impiego dell'«intimidazione diffusa» – operando invece l'associazione segreta con il metodo della "segretezza" –; 3) per la mancata previsione della commissione di autonomi reati-fine; 4) nonché per il fatto che l'associazione segreta mira a interferire sui «servizi pubblici essenziali di interesse nazionale», mentre l'associazione mafiosa mira alla acquisizione, gestione e controllo di «servizi pubblici». Tuttavia, rileva l'Autore, «se l'associazione segreta si spingesse al di là di questi limiti, tentando, ad esempio, di assumere la gestione o il controllo di funzioni costituzionali o di interesse nazionale, sfocerebbe nella cospirazione politica mediante associazione (art. 305 c.p.) in relazione all'attentato contro la Costituzione o ad altri reati previsti dal titolo primo della parte speciale del codice penale»; e conclude: «È comunque innegabile che l'elemento dell'indebita interferenza nell'attività pubblica, sia pure con diverse esplicazioni, è comune alle associazioni mafiose ed alle associazioni segrete; inoltre, un ulteriore elemento di affinità è dato dal fatto che anche nelle associazioni segrete vige una legge del silenzio, che può essere in qualche misura assimilata all'omertà mafiosa. Se a ciò si aggiunge la comune proiezione verso la conquista di potere senza consenso, si ha la misura della notevole continuità (pur nella sostanziale diversità) fra i due fenomeni: infatti, entrambi si risolvono in un attacco al sistema democratico attraverso un'utilizzazione organica di un sistema di asservimento delle funzioni e dei poteri pubblici ad interessi e privilegi di parte, cui si aggiunge, per l'associazione di tipo mafioso, l'impiego sistematico della violenza, dell'intimidazione e della dipendenza personale, e per l'associazione segreta un meccanismo di sostanziale espropriazione della sovranità popolare mediante l'occupazione di settori chiave della vita del paese e mediante la dislocazione del potere decisionale al di fuori delle sedi e delle procedure istituzionali. Questa contiguità fa sì che debba considerarsi tutt'altro che teorica l'ipotesi di un gruppo associativo che, oltre a presentare tutti i caratteri dell'associazione segreta in senso stretto (segretezza sull'esistenza, o sulle finalità e attività sociali, o in ordine ai soci, unita alla finalità di interferire sull'esercizio di funzioni e servizi di rilievo costituzionale o comunque di rilevante interesse nazionale), possa perseguire anche finalità gangsteristico-imprenditoriali avvalendosi di un apparato strumentale basato su intimidazione diffusa, assoggettamento e omertà» (si veda dello stesso Autore anche *Il delitto di associazione mafiosa*[2], cit., p. 345 ss., ove si definiscono la mafia e le associazioni segrete «fenomeni "cugini"»). Si vedano poi: P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., p. 206 e 208-209; G. NEPPI MODONA, *Il reato di associazione mafiosa*, cit., p. 53 ss.: A. ALBAMONTE, *I «gruppi di potere occulto» nella legge n. 17 del 25 gennaio 1982*, cit., p. 6, per il quale «i gruppi di potere occulto politico-mafioso» rientrerebbero nella definizione di "associazione segreta", in quanto «diretti pur sempre ad interferire sulle istituzioni pubbliche»; C.A.

Per alcuni, anzi, l'interferenza, avendo ad oggetto le funzioni pubbliche, non potrebbe che integrare dei reati contro la pubblica amministrazione, come corruzioni, abusi d'ufficio, interruzioni o turbative di pubblico servizio, ecc.[102]. Difficile, poi, immaginare che,

TESTI, *Le associazioni segrete. Attualità di un problema*, cit., c. 432, che ipotizza che l'associazione segreta possa acquisire «le caratteristiche della associazione per delinquere (accertandosi in questa ipotesi su quali dei soci debba farsi gravare l'imputazione o quali di essi abbiano svolto o svolgano attività sovversiva)»; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 136, per i quali l'obiettivo di conquistare il controllo degli appalti o dei servizi pubblici, perseguito anche dalle associazioni di stampo mafioso, «può spesso realizzarsi proprio attraverso quella interferenza vietata dalla norma che incrimina le associazioni segrete». Per le differenze, invece, tra associazione di stampo mafioso e associazione segreta si vedano: C. MACRÌ – V. MACRÌ, *La legge antimafia. Commento per articolo della l. 646/1982 integrata dalle ll. 726 e 936/1982*, Napoli, Jovene, 1983, p. 34 ss.; L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 136 ss.; A. TENCATI, *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, cit., pp. 760-761; M. LOMBARDO, *Rapporti con altre figure di reato*, in AA.VV., *Le associazioni di tipo mafioso*, a cura di B. Romano, Torino, Utet, 2015, p. 289.

[102] Così U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., pp. 2502-2503, per il quale sarebbe una «conclusione obbligata» quella per cui «gli atti di interferenza, che integrano il delitto di associazione segreta ai sensi della legge, sono atti diretti alla commissione di reati», tendenti in particolare «a far commettere il delitto di abuso di ufficio o quello di interruzione o turbativa di pubblico servizio al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio, nei cui confronti l'attività viene esplicata, reato del quale dovrà rispondere a titolo di concorso anche l'autore dell'interferenza. Se l'abuso o la turbativa non si realizzerà, il fatto potrà comunque rivestire, ricorrendone i presupposti, gli estremi del tentativo. […] Ogni interferenza pertanto, quando raggiunge il suo scopo, dà luogo ad un abuso d'ufficio, operando essa una deviazione dell'atto rispetto a ciò che sarebbe richiesto dal pubblico interesse in vista del quale il potere è concesso; e poiché ogni deviazione non può che esser motivata da un fine di vantaggio, proprio o di altri, o di danno, non essendo concepibile se non come esercitazione di scuola l'idea di una interferenza innocua, l'interferenza è essa stessa causa diretta del reato di abuso di ufficio». Da queste considerazioni discendere un'altra «conclusione obbligata»: «l'associazione segreta, così come appare configurata dalla l. n. 17 del 1982, ha tutte le credenziali per potersi annoverare tra le associazioni a delinquere, non potendosi dubitare che se una associazione svolge comunque attività diretta alla commissione di reati questo effetto costituisce lo scopo o uno degli scopi dell'associazione stessa; tanto basta per

qualora il soggetto attivo sia un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio, la sua condotta non integri una fattispecie che incrimina l'abuso di potere o la violazione dei doveri d'ufficio[103].

In quest'ottica, allora, il delitto di associazione segreta rappresenterebbe una *fattispecie speciale* di associazione per delinquere, in quanto qualificata dal metodo della "segretezza" e finalizzata alla commissione di reati contro la pubblica amministrazione.

9.1.6. Si è però anche negato che l'interferenza possa consistere in un'attività penalmente illecita. La legge Anselmi, invero, avrebbe inteso punire solo «il perseguimento di finalità politiche con riferimento o ad attività di organi politici, o ad attività comunque rilevanti per il pubblico interesse, a prescindere proprio dal fatto che tali attività costituiscano reato»; se così non fosse, si è detto, «tali attività potrebbero rientrare nella fattispecie dell'art. 416 cod. pen. o in altre fattispecie previste nell'ordinamento»[104].

realizzare la fattispecie dell'art. 416 c.p. Se così è, il fatto ipotizzato come reato dall'art. 1 della legge n. 17 rientrava di pieno diritto nella previsione dell'art. 416 c.p., e non v'era bisogno di una norma incriminatrice autonoma per la sua repressione. Anzi, poiché le sanzioni previste dall'art. 2 della l. 25 gennaio 1982, n. 17 (reclusione da uno a cinque anni per promotori e dirigenti, reclusione fino a due anni per i partecipanti) sono inferiori a quelle dell'art. 416 (reclusione, rispettivamente da tre a sette anni e da uno a cinque), la finalità della commissione di reati di abuso di ufficio ad opera di associazioni occulte assume i caratteri di elemento specializzante rispetto alla generale previsione del delitto di associazione per delinquere, e di attenuante rispetto all'ipotesi base. V'è da domandarsi se questo effetto fosse voluto dal legislatore del 1982».

[103] Così anche per A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., pp. 35-36, il quale, richiamando l'aggravante dell'art. 61, n. 9), C.p., rileva che «in relazione ad uno degli elementi che costituiscono la fattispecie criminale (l'interferenza sui poteri dello Stato) si concluderà che un pubblico dipendente difficilmente potrà porre in essere tale interferenza senza abuso di poteri o violazione dei proprii doveri, fra i quali il preminente è quello previsto dall'art. 98 Cost.».

[104] M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 56. Così anche G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 161-162, per il quale «Il fatto stesso che l'attività di "interferenza" – oltre a non risultare in alcun modo caratterizzata dall'illiceità dello scopo – debba, anzi, necessariamente consistere nell'utilizzazione di mezzi non delittuosi, conduce infatti a ritenere che tale comportamento non possa più corrispondere alla fattispecie dell'art. 1, l. n. 17, allorché si connoti in termini tali da

In effetti, *non può escludersi che l'interferenza si estrinsechi in condotte in sé "penalmente irrilevanti", pur potendo facilmente sfociare nella commissione di reati*. Anzi, per evitare sovrapposizioni tra norme e scongiurare il classico concorso di reati in cui si ricade facilmente in questi casi, sarebbe compito precipuo dell'interprete quello di individuare le forme di interferenza che non costituiscono reato ai sensi di altre leggi incriminatrici; di ritagliare, cioè, alla fattispecie uno spazio autonomo rispetto ai reati associativi in relazione ai delitti contro l'ordine costituzionale o la pubblica amministrazione (e ai reati ad essi strumentali).

Tuttavia, come detto, è veramente difficile ipotizzare fatti di interferenza che, vista l'importanza dei beni tutelati, non costituiscano già reato. Tenteremo di seguito di fornirne una elencazione, ricordando che, essendo il delitto di associazione segreta un reato di pericolo, occorre guardarsi bene dal considerare punibili atti eccessivamente prodromici rispetto alle condotte che si indicheranno.

a) Traendo spunto dagli episodi sottoposti alla lente di ingrandimento della magistratura, si può ipotizzare, innanzitutto, la *campagna di informazione scandalistica o denigratoria nei confronti del funzionario pubblico* (o dei suoi familiari) *ovvero di un gruppo di funzionari pubblici* (es.:

integrare un fatto penalmente illecito. Ciò, sia nel caso che quest'ultimo si identifichi con un programma di delitti "comuni" – come quello contemplato nell'art. 416, o, in forza del richiamo all'elemento dell'"intimidazione" (corrispondente al reato di minaccia), nell'art. 416-*bis* – sia, invece, nel caso in cui ricada nell'ambito dei delitti-scopo propri delle fattispecie di associazione politica» (p. 326; cfr. anche ID., Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 92). Anche per G. SIGNORELLI, *Stato democratico e società segrete*, cit., p. 84, «l'associazione segreta si colloca nello spazio posto tra l'associazione a delinquere (punita con pena più grave) e l'area della libertà associativa e quindi i fatti di interferenza non dovrebbero costituire di per sé reato (come le corruzioni, gli abusi d'ufficio ecc.), giacché in tal caso l'associazione segreta sarebbe in realtà una associazione *a delinquere*». Più generico A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., per il quale l'interferenza, definita come «ingerenza in forma occulta nella sfera decisionale di organi costituzionali o comunque di rilievo pubblicistico», sarebbe una attività «non avente necessariamente rilevanza penale» (p. 127); «L'illiceità del tipo associativo non poggia, dunque, sugli scopi, sulle finalità, di per sé fondamentalmente non illecite, quanto sul *modus operandi*, sui metodi operativi: da questo punto di vista, l'art. 1 prevede una fattispecie speciale rispetto a quella di cui all'art. 416 c.p., in riferimento al metodo utilizzato» (p. 128).

un partito di governo, un dicastero, ecc.), quando ciò, ovviamente, non sfoci nel reato di diffamazione. Tale condotta, infatti, può costringere il funzionario pubblico a desistere dall'esercizio delle funzioni ovvero a esercitare i poteri in modo contrario all'interesse pubblico, e può persino comportare la cessazione delle funzioni pubbliche, in conseguenza delle dimissioni del funzionario. Si è sostenuto che questo fosse uno degli obiettivi perseguiti dalla Loggia P2, ritenuta la mandante di una campagna diffamatoria, operata attraverso organi di stampa i cui vertici erano vicini all'organizzazione, nei confronti dell'allora Presidente della Repubblica, Giovanni Leone, per costringerlo alle dimissioni, che in effetti furono rassegnate in via anticipata[105]. Anche nella vicenda della "P3", la campagna denigratoria – che però è sfociata nel reato di diffamazione – ha rappresentato la modalità di condotta finalizzata a interferire sulle elezioni del presidente di una regione, diffondendo a mezzo internet notizie sulle presunte frequentazioni sessuali di un candidato e sugli accordi tra quest'ultimo e alcuni esponenti della criminalità organizzata[106].

b) Il medesimo effetto può sortire anche l'*attività di diffusione di notizie e apprezzamenti screditanti operata dal funzionario pubblico affiliato nei confronti di un altro funzionario pubblico appartenente alla medesima struttura amministrativa*, mirante a creare nell'ambiente di lavoro un clima di diffidenza da parte di colleghi o superiori, che comporti il trasferimento del funzionario "scomodo" ovvero la sua emarginazione, con conseguente attribuzione dei poteri ad altri funzionari più malleabili o magari allo stesso soggetto attivo.

c) Un'ulteriore modalità di interferenza potrebbe consistere nell'*utilizzo dei mass media per influenzare e manipolare l'opinione pubblica*, ad

[105] Cfr. la *Relazione di minoranza* dell'On. Pisanò, cit., p. 122-123, per il quale le ragioni dell'ostilità di Gelli erano «probabilmente da ricercarsi nella chiusura costantemente esercitata dal Presidente Leone nei confronti del "Venerabile" della "P2", che aveva tentato di accreditarsi negli ambienti politici e della massoneria come il manovratore occulto della sua elezione avvenuta nel 1971», e, altresì, nel rifiuto opposto dallo stesso Leone, in qualità di presidente del C.S.M, di intervenire a favore di un esponente prestigioso della P2 che era sottoposto ad un'inchiesta giudiziaria.

[106] La condotta è stata contestato al capo "K" dell'imputazione.

esempio, in occasione di consultazioni elettorali[107]. Se questa situazione è difficilmente ipotizzabile su scala nazionale (ad es. nel caso di elezione politiche ed europee) – comportando ciò il controllo di organi di informazione di livello nazionale –, ciò potrebbe facilmente accadere a livello locale (ad es. nel caso di elezione di un sindaco) attraverso l'utilizzo dei mezzi di divulgazione locali.

d) Si può immaginare, inoltre, la *condotta ingannatoria rivolta a creare una falsa rappresentazione nel funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni*, affinché prenda una decisione che altrimenti non avrebbe preso, e sempre che ciò non costituisca reato (es.: falsa perizia). Si pensi al caso di una pubblica amministrazione che commissioni a privati uno studio economico o scientifico in vista dell'emanazione di un provvedimento e le informazioni in esso contenute siano state intenzionalmente alterate o falsificate – sotto la regia dell'associazione segreta – al fine deviare la funzione pubblica verso la soddisfazione degli interessi dell'organizzazione occulta[108].

[107] Anche questo sarebbe stato un obiettivo della P2. Come si legge nella Relazione Anselmi, grazie all'acquisizione del gruppo editoriale Rizzoli, infatti, «la Loggia P2 intravede la possibilità di mettere in atto una operazione che la nuova situazione politica rendeva opportuna e che s'inquadra nelle previsioni del piano di rinascita democratica a proposito della stampa», tesa «a costituire un compatto mezzo di pressione, destinato a raggiungere il maggior numero di lettori ed influenzare così, in senso moderato e centrista, l'opinione pubblica» (*Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., pp. 121 e 122; v. anche p. 145, ove si legge che, attraverso il controllo di un noto organo di stampa italiana, il Corriere della Sera, «l'ingerenza della Loggia P2 si manifestava in un sottile tentativo di riallineamento dell'opinione pubblica, che riporta alla mente le tecniche note della persuasione occulta», come testimonierebbero una serie di articoli pubblicati poco prima della consultazione elettorale del 1979).

[108] Ipotizza questa situazione, con riferimento all'abuso d'ufficio, anche U. NANNUCCI, *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte*, cit., p. 2503, il quale, sostenendo che l'associazione segreta sia necessariamente una associazione per delinquere, rileva che «l'abuso oggettivamente compiuto di per sé potrebbe non implicare necessariamente la partecipazione morale del pubblico ufficiale od incaricato di pubblico servizio all'intento di danno o di vantaggio che ne è causa, potendo il soggetto pubblico essere stato indotto al comportamento deviato da una falsa rappresentazione dei fatti o da altre astuzie ingannevoli; ma ciò non modificherà giuridicamente la definizione del fatto da lui commesso, che rimarrebbe

e) La condotta che, tuttavia, dovrebbe concretamente risultare la più ricorrente è l'*istigazione a commettere reati diretta nei confronti del funzionario pubblico nell'esercizio delle funzioni* – che saranno principalmente *reati propri* –[109], comportamento che, ai sensi dell'art. 115 C.p., non sarebbe punibile, anche se esporrebbe l'istigatore all'applicazione di una misura di sicurezza (co. 4). Fondandosi sul semplice contatto diretto tra l'affiliato e il funzionario pubblico, si tratta probabilmente della condotta di più facile realizzazione – si consideri che il sistema corruttivo si fonda su tale dinamica relazionale –, e che può sfociare in un fatto penalmente rilevante quando il pubblico ufficiale accolga l'istigazione[110]. Il contatto può instaurarsi in virtù di rapporti pregressi di conoscenza (sia diretta che indiretta) ovvero di attività di agganciamento operate, ad esempio, attraverso l'organizzazione di convegni di carattere culturale da parte di enti "palesi" appositamente costituiti[111].

Questa ipotesi comprende una variegata casistica di situazioni. Se non è escluso che il soggetto istigatore faccia leva puramente sul rapporto di amicizia con il funzionario pubblico ovvero su un vincolo

oggettivamente criminoso anche se del reato dovesse rispondere soltanto l'autore dell'inganno, secondo il disposto dell'art. 48 c.p.».

[109] Condotta che può essere realizzata sia da un privato che da un pubblico ufficiale; con la differenza però che l'azione di quest'ultimo sarà più pericolosa, essendovi alla base una relazione di "appartenenza" che renderà più difficile l'emersione dei fatti, per ragioni di sudditanza o per ragioni di colleganza, sia nel caso in cui il funzionario appartenga alla medesima categoria dell'organo oggetto di interferenza (es.: magistratura), sia, soprattutto, qualora il funzionario sia incardinato nel medesimo apparato amministrativo (es.: un ufficio) e ricopra un ruolo gerarchico.

[110] Non si dimentichi, però, che l'interferenza costituisce già istigazione punibile ai sensi: dell'art. 266 C.p., in cui l'istigazione «a disobbedire alle leggi», «a violare il giuramento dato o i doveri della disciplina militare o altri doveri inerenti al proprio stato», è probabile che determini l'impedimento o l'ostacolo delle funzioni dei miliari; dell'art. 302 C.p., in cui l'istigazione a commettere i delitti preveduti dai Capi I e II del Titolo I, se accolta, può compromettere l'ordine democratico; infine, degli artt. 322 e 322-*bis* C.p., quando l'istigazione alla corruzione è fatta «per indurre un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio ad omettere o a ritardare un atto del suo ufficio ovvero a fare un atto contrario ai suoi doveri».

[111] È questo il caso della c.d. "P3", i cui affiliati erano soci di un centro studi sorto per finalità di studio ed elaborazione in ambito giuridico e dedito all'organizzazione di convegni in materia.

di riconoscenza che pesa su quest'ultimo per aver ricevuto favori (che potrebbero essere stati intenzionalmente resi dall'istigatore in vista della successiva attività induttiva) – si tratta, quindi, di situazioni in sé penalmente neutre –, è probabile, qualora alla base non vi sia alcuna relazione amicale o d'obbligo tra i soggetti, che all'istigazione si accompagni l'offerta o la prospettazione di vantaggi futuri – e allora il fatto integrerà un tentativo di corruzione o il reato di cui all'art. 322 C.p. – ovvero una forma più o meno velata di minaccia, anche mediante l'uso della *forza intimidatrice derivante dal vincolo associativo* – che rileverà ai sensi degli artt. 336 o 338 C.p., eventualmente aggravati ex art. 339 C.p. –. Non è neppure da scartare l'eventualità che l'istigatore, soprattutto se anch'esso pubblico ufficiale e superiore gerarchico, faccia leva sul "timore reverenziale" (*metus reverentialis*), ossia sulla «*soggezione psicologica di un soggetto verso un altro*, determinata dalle rispettive posizioni nel contesto familiare, professionale o più genericamente sociale»[112] – e, anche in questo caso, la condotta dovrebbe considerarsi penalmente irrilevante –.

f) Anche l'*istigazione diretta nei confronti del funzionario pubblico a commettere illeciti disciplinari* potrebbe costituire attività diretta ad interferire, alla condizione però che tali illeciti non costituiscano anche un reato – configurandosi altrimenti un'istigazione a commettere reati – e che determinino l'impedimento o l'ostacolo dell'esercizio della funzione. Occorrerà, quindi, valutare caso per caso se la commissione dell'illecito da parte del funzionario abbia (o avrebbe) determinato una lesione all'imparzialità e al buon andamento della pubblica amministrazione[113].

[112] V. ROPPO, *Il contratto*[2], Milano, Giuffrè, 2011, p. 782. Parzialmente diversa l'accezione di A. TORRENTE – P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*[21], Milano, Giuffrè, p. 523, che parla di «intenso rispetto che si nutre verso persone autorevoli, i genitori, ecc.».

[113] Così, ad esempio, con riferimento alla posizione del magistrato (D.Lgs. 23 febbraio 2006, n. 109), se potrà considerarsi rilevante l'illecito disciplinare consistente nel comportamento che arreca ingiusto danno o indebito vantaggio ad una delle parti (art. 2, lett. *a*), non altrettanto potrà esserlo un comportamento gravemente scorretto nei confronti di un altro magistrato o di un proprio collaboratore (es.: un tirocinante) (art. 2, lett. *d*), oppure l'omessa comunicazione al capo dell'ufficio delle interferenze subite da un altro magistrato (art. 2, lett. *f*).

g) Da ultimo, sulla scia di quello che sarebbe stato il *modus operandi* della Loggia P2, la dottrina ha ipotizzato il condizionamento derivante da «un'azione di persuasione non immediatamente correlata alla prospettiva di concreti vantaggi – od, all'opposto, di specifiche conseguenze sfavorevoli – ma tuttavia capace alla lunga di condizionare le scelte dei destinatari in senso conforme alle direttive e alle sollecitazioni del potere occulto»[114]. Difficile, tuttavia, esemplificare questa forma di condizionamento. Ci sembra che il caso rientri in quella situazione di vincolo che obbliga il funzionario pubblico nei confronti dell'affiliato di cui abbiamo accennato al punto *e*). Ovverosia, tutte quelle forme di doni, cortesie, informazioni, premure, gentilezze, onorificenze, inviti, voti, ecc., che pongono il pubblico funzionario «in una situazione di personale obbligazione» verso il suo benefattore[115], e che, al momento dell'esercizio della funzione, potrebbero indirizzarlo per riconoscenza verso la cura degli interessi di quest'ultimo. Con tutta la difficoltà, ovviamente, di accertare i motivi del gesto[116], nonché il rapporto eziologico tra il "dono" e la decisione pubblica[117], soprattutto

[114] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 160-161 (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 326).

[115] R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, cit., pp. 19 e 20 con riferimento all'attività di *lobbyng* e alle relazioni politiche.

[116] Cfr. R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, cit., p. 120 ss., che, con riferimento alle condotte di influenza, ricorda come esse «molto raramente mostrano i segni oggettivi della loro natura qualitativa, del fatto di essere proprie o improprie, debite o indebite, lecite o illecite. Le condotte di influenza proprie e le condotte di influenza improprie si distinguono, nella stragrande maggioranza dei casi, per il mero motivo. Ma salvo casi eccezionali, tale complessità è invincibile, perché ci sono sempre motivi compositi nel circuito delle influenze politiche e di potere, sempre ci sono motivi di verso opposto a introdurre le relazioni democratiche tra elettori ed eletti, tra rappresentati e rappresentanti, tra governati e governanti». Ci sembra evidente quando l'Autore quando di influenze "improprie", "indebite" e "illecite", si riferisca all'"interferenza" con l'esercizio della funzione pubblica.

[117] Come osserva sempre R. ALAGNA, *Lobbying e diritto penale. Interessi privati e decisioni pubbliche tra libertà e reato*, cit., p. 20, «le decisioni prese per senso di amicizia e lealtà personale possono essere viste come del tutto prive di connessione causale rispetto ai favori, e allo stesso tempo come conseguenza del tutto necessitata di questi. Parrebbe, dunque, che anche da questa prospettiva, e anche sul diritto penale, il dono

quando quest'ultimo è frutto di discrezionalità amministrativa (ad esempio, una provvedimento giudiziale).

9.1.7. Una menzione a parte merita, infine, quella che forse è la situazione più emblematica, ma al contempo la più difficile da accertare e da valutare, e che, con gergo generico e atecnico, può denominarsi "*infiltrazione*". È indubbio, infatti, che, in un primo momento, a destare particolare scalpore e preoccupazione nella vicenda P2 fu la circostanza che centinaia di affiliati ricoprissero ruoli pubblici in moltissimi apparati amministrativi, dalle forze armate (carabinieri, aeronautica, marina, esercito, guardia di finanza, pubblica sicurezza) ai ministeri (ministri, prefetti, questori, commissari, ecc.), dal Parlamento alla magistratura[118]. Ora, risulta difficile credere che le attività di *posizionamento* (dall'esterno) e di *reclutamento* (dall'interno) – ossia il "proselitismo" di cui parla l'art. 2 della legge Anselmi –, condotte in cui può sostanziarsi l'infiltrazione, siano state svolte dalla P2 – o saranno svolte da future associazioni segrete – senza la commissione di reati, come corruzioni e abusi d'ufficio, in violazione dell'art. 97, co. 4, Cost. (ai sensi del quale «*Agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso*»). Ciononostante, non si può escludere che l'infiltrazione si realizzi in maniera del tutto lecita, sfruttando i sistemi di nomina politica – che danno facilmente vita alla c.d. "lottizzazione politica" della pubblica amministrazione[119] – e le eccezioni alla regola del concorso pubblico,

e il donare mantengano, e forse persino incrementino, quella loro interessante ambiguità, quella loro intrinseca doppiezza. Quella del dono come atto di generosa solidarietà e allo stesso tempo come atto di violenza. Generosità che avvicina, unisce e consolida i rapporti; e invasione unilaterale nella sfera esistenziale di un soggetto che nel momento in cui ha ricevuto il dono ha contratto una inestinguibile obbligazione sociale, che lo pone in posizione di transitoria inferiorità» (cfr. anche pp. 124-125 e 185-186).

[118] Cfr. *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., pp. 77 ss., 105 ss., 135 ss.

[119] A. BARBERA, voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir.*, Ann. VIII, Milano, Giuffrè, 2015, p. 296, ricollega il fenomeno alla crisi dei partiti e dei valori di cui i primi sono espressione, da cui sono derivate vicende come la P2, «che hanno inquinato le stesse pubbliche amministrazioni, nazionali e locali, tanto da mettere in discussione quella autonomia della pubblica amministrazione che i Costituenti avevano voluto fissare nell'art. 97 cost. […]»; per l'Autore, «La lottizzazione e

previste dalla stessa Costituzione[120], che rappresentano meccanismi a volte ineludibili e necessari per garantire il sereno funzionamento dell'organo amministrativo[121] o l'equilibrio fra i poteri[122], ma che possono anche innescare un meccanismo di infiltrazione "a catena".

Il problema, come si vede, investe il tipo di struttura democratica e pluralista dello Stato, da tutelare e rafforzare attraverso la revisione del sistema di selezione della classe politica, la garanzia di una maggiore partecipazione popolare, un serio sistema di responsabilità politica e amministrativa, oltreché ovviamente un maggior grado di trasparenza delle procedure pubbliche, non solo nella fase della scelta del funzionario pubblico, ma anche nel momento della valutazione dell'efficacia/efficienza dell'attività amministrativa svolta.

Riteniamo, però, che la fattispecie incriminatrice possa costituire un presidio contro le condotte infiltrative, a condizione però che si dimostri rigorosamente che esse costituiscano attuazione di un programma dell'associazione segreta volto ad interferire sulle funzioni pubbliche. Il posizionamento e il reclutamento non costituiscono di per sé attività di interferenza, poiché la loro direzionalità è equivoca; esse potrebbero rappresentare condotte prodromiche all'interferenza, ma altresì l'esito di pratiche clientelari o il sintomo di aspirazioni carrieristiche (che è comunque probabile abbiano integrato un fatto di reato). Il rischio, quasi inevitabile in questi casi, è di configurare il delitto *de quo* come reato di *pericolo presunto*.

---

l'occupazione dello Stato furono considerate all'epoca non un fenomeno di arroganza ma un tentativo disperato di sopravvivenza». Sul tema si veda lo scritto di P. MANCINI, *Elogio della lottizzazione. La via italiana al pluralismo*, Roma-Bari, Laterza, 2009.

120 Prevista dal quarto comma dell'art. 97 Cost. («*salvo i casi stabiliti dalla legge*») e da intendersi in senso strettissimo secondo Corte cost., sentenza n. 225 del 2010, con nota di A. PERTICI, *I limiti di derogabilità della regola del concorso pubblico per l'accesso ai pubblici impieghi: una riserva di legge (sempre più) rinforzata in via giurisprudenziale*, in *Giur. cost.*, 2010, 4, p. 3602 ss.

121 Si pensi, ad esempio, alla scelta da parte del capo del Governo dei ministri, i quali, a loro, volta propongono i viceministri, i sottosegretari, i capi di gabinetto, ecc., tutti soggetti che, in gran parte dei casi, sono "uomini di fiducia" (o almeno di partito) di chi li ha nominati.

122 Si pensi, ad esempio, alla nomina dei componenti del Consiglio superiore della magistratura e della Corte costituzionale.

9.1.8. Ciò che interessa, comunque, è che le condotte siano idonee a determinare l'impedimento o l'ostacolo delle funzioni pubbliche, in via diretta o indiretta, a seconda cioè che l'azione prenda di mira in via immediata il titolare della funzione[123] ovvero, in via indiretta, faccia leva sull'opinione pubblica o sulla cerchia di soggetti che forma l'ambiente umano in cui il funzionario pubblico agisce e si relaziona[124]. E il pericolo sarà tanto più elevato quanto più altolocate saranno le conoscenze personali e lo *status* sociale, lavorativo e giuridico dell'affiliato – il delitto di associazione segreta è un *reato comune*, ma è probabile che tra i soggetti attivi si annoverino funzionari pubblici[125] – , nonché la facilità di accesso alle sedi decisionali e ai canali di comunicazione, come la stampa e la televisione, e oggi soprattutto internet[126].

[123] Anche da parte dello stesso titolare della funzione (una sorta di "auto-interferenza"), nel senso che, per ipotesi, anche le dimissioni, l'irreperibilità momentanea o una assenza per malattia volute intenzionalmente dal funzionario pubblico affiliato possono costituire condotte di interferenza penalmente rilevanti se determinano il ritardo nel compimento di un atto dovuto ovvero la paralisi dell'organo (collegiale o monocratico) di cui è parte.

[124] Allo stesso modo di quanto si sostiene accada con l'attività dei gruppi di interesse. D. FISICHELLA, voce *Gruppi di interesse e di pressione*, cit., infatti, distingue tra «azione diretta» e «azione indiretta»: «Si ha la prima quando la pressione viene esercitata in via immediata sulle strutture dalle quali ci si attende la decisione desiderata: esse sono le strutture istituzionali formali (governo, parlamento, magistratura, pubblica amministrazione) o informali (partiti) preposte di diritto, e soprattutto di fatto, all'assunzione della decisione stessa. Si ha viceversa azione indiretta quando la pressione non viene esercitata direttamente e immediatamente, ma attraverso l'opinione pubblica, mediante la sua sollecitazione con funzione d'influenza su coloro cui spetta prendere la decisione».

[125] Anzi, l'intera legge Anselmi è stata concepita proprio con riferimento a tale evenienza. Il vero pericolo di "interferenza", come detto, proviene da coloro che fanno parte degli organi indicati all'art. 1, ossia i «dipendenti pubblici, civili e militari», i «dipendenti di enti pubblici che svolgono esclusivamente o prevalentemente attività economica» e i «dipendenti di enti e società concessionari di pubblici servizi» (art. 4).

[126] Sono le cc.dd. "risorse di influenza" di cui possono disporre i gruppi di pressione: cfr. M. COTTA – D. DELLA PORTA – L. MORLINO, *Scienza politica*, cit., p. 192.

Ciò porta a configurare il delitto di associazione segreta come *fattispecie causalmente orientata* (o "a forma libera"), e per tale motivo, essendo indifferente la modalità concreta di manifestazione, l'attività di interferenza non potrà che costituire un *fatto intrinsecamente illecito*[127], anche se, per ipotesi, il fine ultimo perseguito dagli associati sia di per sé lecito o meritevole ovvero l'attività sia diretta ad ottenere il medesimo provvedimento che l'organo avrebbe adottato[128].

[127] In parte, arrivano alla medesima conclusione: G. DE FRANCESCO, Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 95, quando afferma che il programma dell'associazione segreta, «anche se non necessariamente criminoso, si presenta tuttavia già di per sé fortemente intriso di connotati di disvalore, collocandosi ai limiti delle caratteristiche tipiche dei delitti contro la pubblica amministrazione contemplati nel codice penale»; T. PADOVANI, voce *Stato (reati contro la personalità dello)*, cit., p. 827, per il quale la segretezza contrasta con il profilo del sistema democratico «individuabile nell'esigenza che la comunità sociale sia posta in grado di valutare ogni gruppo associativo costituito nel proprio àmbito», rendendo il delitto di associazione segreta un'eccezione rispetto alle associazione politiche che operano fuori dall'ambito della Costituzione, in ragione del «programma, comprensivo degli aspetti strumentali-operativi e finali dell'associazione», che «deve risultare criminoso a prescindere dallo scopo politico perseguito e che, orientando l'attività del gruppo verso l'utilizzazione di mezzi od il perseguimento di finalità vietati ai singoli al di fuori di ogni qualificazione esclusivamente politica, esprima in termini obiettivi l'estraneità del gruppo alle regole della democrazia». *Contra*, invece, P. PETTA, *Reati associativi e libertà di associazione*, cit., p. 202, per il quale le finalità di interferenza «sono tutte finalità sostanzialmente lecite, che si riassumono nell'esercizio di influenza – ribattezzata "interferenza" – sull'attività di organi costituzionali e amministrativi dello stato e di altri enti pubblici, anche economici, nonché di non meglio identificati "servizi pubblici essenziali di interesse nazionale", che non si sa se siano la Rai-Tv o (come parrebbe a prima vista) il controllo del traffico aereo. Si tratta cioè precisamente di quella attività che in Italia viene esercitata non solo dai partiti politici – che operano, quanto meno, in conformità con la previsione dell'articolo 49 della Costituzione – ma dalle organizzazioni più svariate, che formano la costellazione dei nostri "gruppi di pressione": sindacati e grandi o piccole organizzazioni di categoria (dai Coltivatori diretti alla Federcaccia), gruppi di opinione e di iniziativa (come il W.W.F., o come il Comitato per la Difesa dei Consumatori), e grandi organizzazioni che pongono (o dovrebbero porre) altrove le loro finalità primarie, come quelle religiose».

[128] In quest'ultimo senso G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 154 (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 324), per il quale «la norma non richiede affatto che l'interferenza nell'esercizio delle funzioni miri ad ottenere un provvedimento

A meno ovviamente di voler escludere rilevanza penale, in estremo ossequio al principio di offensività, a tutte quelle situazioni in cui l'interferenza non abbia comportato pregiudizio all'interesse pubblico, o perché ne ha favorito il perseguimento (una sorta di interferenza "costruttiva" o "positiva")[129], o perché, come detto, si dimostri che la

differente da quello che l'organo avrebbe comunque adottato». L'Autore instaura un parallelismo con la corruzione impropria (art. 318 C.p. nella versione previgente), in cui anche la dazione di utilità per il compimento di un atto conforme ai doveri d'ufficio (oggi per l'esercizio delle funzioni o dei poteri) determina una «violazione – sia pure soltanto "mediata" – del canone dell'imparzialità amministrativa, in quanto l'influenza del privato sul compimento dell'atto viene ad intaccare la convinzione – posta alla base del suddetto principio – che i soggetti investiti di mansioni pubbliche operino sempre in posizione di assoluta libertà rispetto a vincoli di provenienza esterna suscettibili di condizionarne la potestà decisionale»; nel reato di associazione segrete, infatti, il pericolo di offesa ai beni giuridici deriverebbe «non già dall'accertamento in concreto che una simile lesione potesse effettivamente realizzarsi, né, più a monte, dal fatto che gli autori del comportamento intendessero realmente produrla. Invero, perfino quando la pressione esercitata sul titolare di una determinata funzione integri gli estremi di un reato, i suddetti requisiti non vengono sempre richiesti», come nel caso della corruzione impropria (art. 318 C.p.) (*I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 159-160; ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 326).

[129] Si pensi a una interferenza che impedisca il compimento di un atto di politica legislativa o economica contrastante con i principi dell'ordinamento (es.: una legge anticostituzionale) o con gli interessi della maggioranza dei cittadini. Così anche secondo L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 95, per i quali è comunque «indifferente, al fine della sua qualificazione in termini di illiceità, che l'attività dell'associazione segreta, pur sempre rilevante esclusivamente nella sfera politica, tenda a far operare le istituzioni in modo corretto o meno, così come è ritenuta illecita penalmente (anche se sanzionata con pene diverse) sia la corruzione del pubblico ufficiale per un atto del suo ufficio, sia quella per un atto contrario ai doveri d'ufficio». A sostengo di tale assunto si è fatto leva sulla modifica, apportata in fase di approvazione della legge Anselmi, dell'espressione «esercizio *corretto* delle funzioni» con quella attuale di «esercizio delle funzioni». Nella *Relazione della 1ª Commissione permanente* (S. 1523-C, VIII Legislatura – Senato della Repubblica), comunicata alla Presidenza il 15 gennaio 1982, si legge infatti che «la caduta dell'aggettivo "corretto" incide notevolmente sulla costruzione della fattispecie, allarga i confini del divieto e la sfera di operatività dell'illecito penale». Anche per A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1231, «questa modifica può costituire un argomento a favore della autonomia del limite della segretezza posta alla

scelta presa dal funzionario pubblico sarebbe stata la medesima, sempreché ovviamente il fatto non costituisca di per sé reato (es.: uso della violenza o corruzione).

Ma, in definitiva, *quale accezione è corretta ai fini dell'interpretazione della fattispecie di associazione segreta?* Una interpretazione "estensiva", che comprenda condotte già penalmente rilevanti e irrilevanti, ovvero una interpretazione "restrittiva", che comprenda sole condotte penalmente irrilevanti?

9.2. *Le ragioni a favore dell'interpretazione "restrittiva" della fattispecie e il problema del concorso con altri reati di natura associativa*

9.2.1. L'analisi del concetto di "interferenza" ci sembra abbia dimostrato che lo studio della fattispecie comporti difficili contorsioni interpretative in relazione: alla eventuale realizzazione di reati commessi nel compimento dell'attività di interferenza (che non sono veri e propri "reati-scopo", ma si atteggiano come tali se rientranti, di fatto, nel programma dell'associazione segreta in quanto considerati

libertà di organizzazione: se si esclude, difatti e come si deve, l'illiceità di una attività diretta ad interferire sul *corretto* esercizio di pubbliche funzioni svolta da associazione *palesi* (che, anzi, spesso, sorgono proprio per promuovere anche in questo senso una più efficace tutela dell'interesse comune degli associati), se ne deve arguire logicamente che la proibizione rivolta, invece, alle associazioni *segrete* di operare allo *stesso* modo, non può che ricollegarsi fondamentalmente alla esistenza e/o all'organizzazione *occulta* dell'associazione»; per l'Autore la portata della norma «appare eccessiva», perché «ricomprenderebbe nel proprio ambito anche quelle associazioni in cui la garanzia di una qualche riservatezza è meritevole di tutela e tale da condizionare la stessa libertà dei singoli di associarsi: perché mai, ad esempio, dovrebbe essere vietata la promozione o l'appartenenza ad una associazione sorta tra persone che, in quanto affette da menomazione penalizzata a norma, per così dire, di legge (per sancite preclusioni a carriere pubbliche ecc. ecc.), vogliano, conservando un rigoroso e comprensibile anonimato verso l'esterno, esercitare ogni, più che legittima, pressione per indurre il Parlamento a rivedere una legislazione a loro sfavore? Si può auspicare che un'ipotesi come questa sia unanimemente ritenuta estranea all'ispirazione della previsione legislativa in esame, ma è certo e anche preoccupante, che essa, da ogni altro punto di vista, ne integri perfettamente la fattispecie». Cfr. anche A. SUMMA, *Poteri occulti e istituzioni democratiche. Il divieto di associazioni segrete*, cit., p. 48.

come passaggi necessari per il raggiungimento del fine); alla posizione di ciascun affiliato (sia in relazione al reato di associazione segreta sia, eventualmente, in relazione ai reati commessi: sono sempre tutti responsabili?); alle fattispecie associative che perseguano gli stessi fini e utilizzino gli stessi mezzi (segretezza e violenza, minaccia, abuso, ecc.).

Sono diverse le ragioni che, a nostro parere, depongono a favore dell'*interpretazione restrittiva* della fattispecie, che cioè sussuma sotto di essa *solo condotte penalmente "irrilevanti"*.

Oltre ad alcune indicazioni in tal senso che provengono dai lavori preparatori[130], vi è innanzitutto il fine di evitare la sovrapposizione tra norme, che facilmente condurrebbe alla configurazione di un concorso con quei reati che, formalmente, offendono oggettività giuridiche differenti (come l'ordine pubblico nel caso degli artt. 416 e 416-*bis* C.p.). In secondo luogo, è da considerare il mite trattamento sanzionatorio previsto per il reato di associazione segreta, che, inoltre, confrontato con quello dell'associazione per delinquere, non spiegherebbe perché il solo fatto di associarsi per commettere delitti

[130] Ci riferiamo all'intervento del senatore F.P. Bonifacio nella seduta del 5 agosto 1981 (*Resoconto stenografico* della 303ª seduta pubblica di mercoledì 5 agosto 1981, cit., p. 16193), il quale, rilevando «l'estrema limitatezza della fattispecie», dichiarava che «nell'assoluta maggioranza dei casi l'attività volta ad interferire sul corretto esercizio di pubbliche funzioni si identific[a], in base all'ordinamento, con comportamenti penalmente illeciti in riferimento ai quali valgono le disposizioni del codice penale e le leggi speciali che puniscono le associazioni rivolte a tali attività criminose. Si comprende allora che il divieto associativo, cui è rivolto il complesso della presente legge, assume contorni non solo ben delimitati, ma anche, devo dire, ben ristretti […]». Nella successiva della *Relazione della I Commissione permanete Affari costituzionali alla Camera dei deputati* (C. 2791-A, VIII Legislatura – Camera dei Deputati), presentata alla Presidenza il 7 ottobre 1981, si legge inoltre che il reato deve ritenersi sussistente «a prescindere dalla circostanza che i fini perseguiti e le attività poste in essere abbiano o meno carattere delittuoso e quindi siano o non siano già colpite da specifiche norme incriminatrici. Invero il riferimento di cui all'articolo 1 allo "svolgimento" in forma clandestina di attività dirette ad interferire nel corretto esercizio di pubbliche funzioni e di altre attività, non può che prescindere dall'eventuale illiceità penale delle attività stesse [illiceità che, ove sussistente, è già vietata dal(l'unico) limite alla libertà di iscrizione posto dall'articolo 18, primo comma, della Costituzione e riconducibile alle specifiche e autonome fattispecie di reato]».

(per di più indefiniti) meriterebbe una pena che nel massimo può raggiungere i sette anni, mentre l'associarsi, seguito dallo svolgimento di un'attività diretta ad interferire, verrebbe punito meno gravemente[131].

Da ultimo, l'interpretazione restrittiva rende conto della scelta legislativa di non punire il funzionario pubblico, il quale dunque va considerato alla stregua di *soggetto passivo* del reato. La non punibilità costituisce un indice da cui inferire che l'interferenza è stata considerata dal legislatore come una forza esterna che incide direttamente sulla volontà del funzionario pubblico o sul funzionamento dell'organo. In questo caso, si pone il problema della possibilità per il funzionario di resistere alla pressione su di esso esercitata e del caso in cui quest'ultimo si lasci, per così dire, "indurre in tentazione". Se, come riteniamo plausibile, il delitto *de quo* si inquadra tra i *reati plurisoggettivi "in senso ampio"* (o "*improprio*")[132] – anche se in via eventuale, cioè laddove

[131] Anche per M.G. GALLISAI PILO, *Le associazioni segrete. Profili penali*, cit., p. 56, nonostante «non si può fare a meno di osservare che lo schema adottato dal legislatore del 1982 sembra ricalcare quello adottato all'art. 416 cod. pen. concernente l'associazione per delinquere», considerare l'associazione segreta alla stregua di quest'ultima porterebbe a conclusioni «a dir poco preoccupanti, poiché la legge, emanata per far fronte a gravissimi fenomeni di degenerazione dello Stato, tali da poter determinare "uno stato nello Stato", prevede una disciplina sanzionatoria assai più debole di quella prevista dall'art. 416 del codice penale».

[132] O ancora, secondo la terminologia di F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], cit., p. 542, reati "naturalisticamente plurisoggettivi ma normativamente monosoggettivi" o "soggettivamente complessi". A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*[8], Milano, Giuffrè, p. 572, denomina questi reati "reati plurisoggettivi a condotte eterogenee ma complementari". Questa categoria di reati, com'è noto, si caratterizza per il fatto che la legge richiede una *pluralità di condotte* da parte di una *pluralità di persone*, ma assoggetta a pena solo alcuni dei soggetti concorrenti; e ciò per diverse ragioni, tra cui la più frequente è che uno di essi è il *soggetto passivo* del reato (come nel nostro caso, anche se il funzionario pubblico non è espressamente considerato tale nella descrizione della fattispecie). In dottrina, limitandoci alle trattazioni manualistiche più autorevoli si rinvia a: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], cit., pp. 542-543; A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*[8], cit., p. 570 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*[7], Bologna, Zanichelli, 2014, p. 553 ss.; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*[4], Milano, Giuffrè, 2012, pp. 228-229 e 432-433.; G. DE FRANCESCO, *Diritto penale*, Vol. 2, *Forme del reato*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 164-165; D. PULITANÒ, *Diritto penale*[6], Torino, Giappichelli, 2015 p. 426; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*[6],

l'interferenza comporti la partecipazione del funzionario pubblico[133] –, potrebbe sorgere il problema della punibilità di quest'ultimo ai sensi dell'art. 110 C.p., come concorrente *eventuale*[134] ed

Torino, Giappichelli, 2016, pp. 508-509; T. PADOVANI, *Diritto penale*[10], Milano, Giuffrè, 2012, pp. 308 ss.

[133] Che, oggetto di interferenza, con il compimento o il mancato compimento di un atto impedisca il perseguimento dell'interesse pubblico, contribuendo così alla lesione del bene giuridico.

[134] Com'è noto, a fronte della esplicita scelta del legislatore di non assoggettare a pena alcuni dei partecipanti, la dottrina esclude unanimemente la possibilità di applicare la disciplina del concorso di persone di cui all'art. 110 C.p., e questo essenzialmente: a) per ragioni *assiologiche*, dovute al rispetto del *principio di stretta legalità* (*nullum crimen sine lege*); b) per ragioni di *disciplina*, ossia per il fatto che la funzione dell'art. 110 C.p. è di *incriminazione delle condotte atipiche*, mentre quella del concorrente non punibile è una condotta tipica in quanto descritta dalla legge incriminatrice (si avrebbe, altrimenti, una applicazione *in malam partem* dell'art. 110 C.p.); c) in certi casi, anche per ragioni *logiche*, in quanto sarebbe un assurdo logico-giuridico punire il concorrente che sia anche il *soggetto passivo* del reato. Tuttavia, si ammette pacificamente che l'art. 110 C.p. possa applicarsi per incriminare il concorrente non punibile per *condotte atipiche*, come l'istigazione (cfr. sempre la dottrina citata nella nota precedente), ipotesi che incontrerebbe comunque un limite nella coincidenza tra concorrente atipico e vittima del reato (T. PADOVANI, *Diritto penale*[10], cit., p. 310, ritiene applicabile in questo caso l'attenuante dell'art. 62, n. 5, C.p.; v. anche F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], cit., p. 543, che distingue tra «condotte atipiche strumentali alla propria condotta tipica lecita», non punibili ex art. 110 C.p., e «condotte atipiche funzionali alla condotta tipica illecita dell'altro concorrente», punibili ex art. 110 C.p.). F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[16], Milano, Giuffrè, 2003, p. 592, senza richiamare l'art. 110 C.p., riteneva che «l'indicazione di una sola delle persone concorrenti può derivare da imperfetta formulazione della norma» e che si tratta «di una questione di interpretazione, che va risolta caso per caso sulla base della *voluntas legis*»: «Occorre in proposito indagare se l'esenzione da pena del concorrente necessario, non indicata nella norma, corrisponda allo scopo della norma stessa e alle direttive generali dell'ordinamento giuridico». Il problema, com'è noto, si è posto con il reato di "trasferimento fraudolento di valori" di cui all'art. 12-*quinquies*, L. 7 agosto 1992, n. 356, ove si punisce chi, per determinati fini illeciti, attribuisce fittiziamente la titolarità o la disponibilità di denaro, beni o altre utilità, e non anche chi si intesta fittiziamente tali cose (ma la giurisprudenza ritiene punibile anche quest'ultimo soggetto ai sensi dell'art. 110 C.p., quale partecipe alla realizzazione del negozio apparente: cfr. Cass., pen., Sez. V, 12 febbraio 2013, n. 18852; Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2013, n. 14373; Cass. pen., Sez. V, 20 marzo 2014, n. 13083).

esterno[135]. La questione, tuttavia, si sdrammatizza se si considera che difficilmente il funzionario pubblico, che lasciandosi persuadere compia un atto contrario ai doveri d'ufficio o non compia un atto doveroso, vada esente da responsabilità, a titolo autonomo, per il reato di abuso d'ufficio.

9.2.2. Sono esigui, come detto, i precedenti giurisprudenziali per confermare la bontà dell'interpretazione restrittiva[136]. A quanto ci

[135] Con tutti i noti problemi che solleva la figura del c.d. "concorso esterno" nei reati associativi.

[136] Alcune decisioni della Cassazione, relative al medesimo filone d'inchiesta, hanno riguardato la legittimità di provvedimenti di custodia cautelare per insussistenza dei gravi indizi di colpevolezza [Cass. pen., Sez. I, 21 aprile 2017 (dep. 5 settembre 2017), n. 40297, imp. Romeo; Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2018 (dep. 17 luglio 2018), n. 33146, imp. Romeo; Cass. pen., Sez. VI, 6 aprile 2018 (dep. 17 luglio 2018), n. 33047, imp. Romeo; Cass. pen., Sez. VI, 20 dicembre 2018 (dep. 2 maggio 2019), n. 18195, imp. Romeo; Cass. pen., Sez. I, 28 febbraio 2017 (dep. 12 giugno 2017), n. 29178, imp. Marra; Cass. pen., Sez. V, 21 dicembre 2017 (dep. 1 marzo 2018), n. 9405, imp. Marra]. Agli indagati è stato contestato in particolare: 1) di aver utilizzato associazioni palesi per scopi politici, al fine di elaborare proposte da sottoporre ai partiti; 2) di aver esercitato pressioni su un dirigente locale per la riqualificazione di una area comunale; 3) di aver instaurato contatti con le forze dell'ordine ed esponenti della massoneria; 4) di aver esercitato influenze sul presidente di una Provincia al fine di ottenere un contributo economico per la pubblicazione e la presentazione di un libro di un magistrato; 5) di aver intrattenuto rapporti con un assessore comunale per ottenere finanziamenti pubblici; 6) di aver svolto attività di promozione per l'istituzione di una città metropolitana; 7) di aver contattato un giornalista per salvaguardare, attraverso una campagna giornalistica favorevole, la posizione di un dirigente comunale, al fine di non perdere l'appoggio necessario per influire sulle scelte e sulle modalità di esecuzione dei lavori pubblici di una città. La Cassazione ha annullato le ordinanze cautelari per mancanza di prove ma anche perché le condotte degli imputati sono state ritenute o delle mere "influenze" penalmente irrilevanti o delle «*iniziative individuali* […] *dirette ad influenzare l'esercizio delle funzioni pubbliche* […] *avvalendosi di una rete di relazioni, probabilmente anche* […] *di matrice massonica, ma senza che sia possibile enucleare, con l'efficacia dimostrativa propria di un procedimento penale, seppur nella fase cautelare, un'associazione segreta capace di sostituirsi ai centri decisionali pubblici, operando come un "contropotere" diretto ad "interferire" sull'esercizio delle funzioni pubbliche, ingerendosi ed intromettendosi nelle relative decisioni*» (Cass. pen., Sez. V, 26 marzo 2018 (dep. 17 luglio 2018), n. 33146, imp. Romeo, punto n. 4.3. cons. dir.). L'ultima sentenza citata si segnala soprattutto per aver censurato il ragionamento presuntivo alla base dei provvedimenti cautelari, secondo cui la partecipazione,

risulta, la prima e unica applicazione, seppur non definitiva, del delitto di associazione segreta è stata quella operata dal Tribunale di Roma nel 2018, che si è espressa sulla inchiesta denominata icasticamente "P3"[137].

Gli imputati, nessuno dei quali era un funzionario pubblico, sono stati condannati perché, «*sfruttando il proprio patrimonio di conoscenze/competenze e la propria dote di relazioni interpersonali,* […] *si ripromettevano di conseguire vantaggi personali di natura economica, politica ovvero consistenti nella acquisizione/consolidamento di posizioni di potere, da cui trarre utilità future*». Il Tribunale rileva come l'«*elemento tipico comune sia costituito dalla prospettazione di continui rapporti di scambio tra le attività* […] *svolte e quelle che vengono richieste ai titolari di uffici pubblici; ovvero tra gli interventi che gli imputati sollecitano a questi ultimi e le utilità future che vengono promesse ai medesimi: utilità future che si presentano a loro volta, agli occhi dei destinatari delle interferenze, come potenzialmente realizzabili grazie alle capacità di influenza dei prevenuti*»[138].

passata o presente, a una loggia massonica e a una associazione di stampo mafioso (per la quale uno degli imputati era stato condannato per concorso esterno), così come i contatti, le relazioni e i rapporti di amicizia che si intrattengono con gli esponenti di tali organizzazioni, con pubblici ufficiali ed esponenti politici (anche attraverso associazioni palesi di varia natura, ad es. culturale, politica, sportiva), strumentali al mantenimento di tali rapporti, comporterebbero automaticamente l'esistenza di una associazione segreta o la partecipazione alla stessa.

[137] Trib. Roma, Sez. IX (II Collegio), 16 marzo 2018 (dep. 14 giugno 2018), imp. Carboni e altri.

[138] Il Tribunale ha accertato, inoltre che l'associazione segreta si era formata all'interno di una associazione palese costituita da un "centro culturale", nato per finalità di studio ed elaborazione in ambito giuridico e dedito all'organizzazione di convegni e dibattiti in tale materia, che, però, «*subisce ad un certo punto della sua storia* […] *una sorta di mutazione generica, trasformandosi, da luogo di dibattito e di confronto di idee cui prendono parte eminenti personalità dell'apparato giudiziario e studiosi di materie giuridiche, in sede di elezione per interesse ed ostentare relazioni privilegiate con il potere*». Il requisito della segretezza – il Tribunale parla di «volontà di segretezza» – viene desunto poi dal «*costante utilizzo del mezzo telefonico come strumento di comunicazione e coordinamento*» che «*si accompagna al ricorso a schede telefoniche con intestatari di comodo, e non di rado dà luogo ad ammonimenti di un interlocutore all'altro, affinchè si esprima con maggiore cautela ed eviti un linguaggio esplicito*», nonché dalla scelta «*di luoghi anonimi e difficilmente controllabili, come le aree di servizio della rete autostradale*», per gli incontri periodici di aggiornamento tra gli affiliati.

Tra le conoscenze degli imputati vi erano, in particolare, esponenti del mondo politico, della magistratura e di enti pubblici, nei cui confronti i primi si sarebbero resi «*disponibili ad una serie di interventi impropri* […] *diretti ad orientarne le decisioni in senso conforme ai propri interessi*». Le variegate attività di interferenza[139] – che non sempre hanno avuto gli esiti sperati[140] – possono essere così schematizzate:

1) attività diretta a persuadere i componenti della Corte costituzionale ad esprimere, in un giudizio di legittimità costituzionale, un voto favorevole agli interessi del gruppo (cioè la costituzionalità della legge); uno degli imputati contattava un ex componente della Corte medesima perché "intervenisse" su un membro in carica per convincerlo a votare la costituzionalità della legge (c.d. "lodo Alfano"), senza tuttavia riuscire nell'intento (la legge, infatti, verrà dichiarata incostituzionale);

2) attività diretta a ottenere dal Consiglio Superiore della Magistratura il conferimento di incarichi direttivi in organi giurisdizionali; uno degli imputati contattava il vicepresidente e alcuni membri del C.S.M., un senatore ex magistrato, nonché l'allora presidente della Corte di Cassazione, attraverso «*un'attività pressante e continuativa* […] *volta ad incidere sulle decisioni dell'organo di autogoverno dei magistrati attraverso colloqui, visite, incontri* […] *finalizzati, anche attraverso il sostegno di soggetti terzi, ad orientare le scelte dell'organo collegiale relative a posizioni di vertice di vari uffici giudiziari verso candidati "graditi"*» all'imputato, «*interventi che, nel tendere a condizionare l'esercizio delle funzioni tipiche dell'organo destinatario, non sono fini a se stessi, bensì strumentali* […] *ad un progetto di più ampia portata, in virtù del quale si ripromette di ricevere da soggetti favoriti, in cambio del proprio interessamento, vantaggi futuri*»; l'associazione riusciva nell'intento, ottenendo per uno dei "graditi" la nomina a Presidente di Corte d'appello;

3) attività diretta ad ottenere da parte di un organo giurisdizionale l'adozione di una decisione favorevole al rappresentante di una lista

[139] Contestate nel capo di imputazione "A".

[140] Il Tribunale rileva giustamente che, «*ai fini dell'integrazione del reato, non si richiede né il compimento concreto di attività di interferenza, né tanto meno che tale attività raggiunga il risultato voluto dagli agenti e cioè conduca all'adozione, da parte dei destinatari dell'opera di condizionamento, di atti, provvedimenti o decisioni conformi alle aspettative degli associati*».

elettorale esclusa dalle consultazioni amministrative regionali; alcuni degli imputati contattavano dei magistrati – tra cui quello che aveva beneficiato dell'attività di interferenza di cui al punto precedente – affinché intervenissero presso i giudici investiti del ricorso sull'esclusione della lista, che però confermavano il provvedimento di estromissione della commissione elettorale;

4) attività diretta ad ottenere un'ispezione ministeriale nell'ufficio di appartenenza dei giudici che avevano adottato la decisione di cui al punto precedente; alcuni degli imputati contattavano un alto dirigente del Ministero della giustizia perché disponesse, in vista delle imminenti elezioni, una ispezione a fini punitivi per far «*assumere, agli occhi dell'opinione pubblica e della base elettorale, la valenza di un intervento a carattere punitivo, evocando possibili abusi o scorrettezze nell'operato dei giudici appartenenti a quell'ufficio giudiziario*», ispezione che però non veniva eseguita;

5) attività diretta a carpire informazioni da un pubblico ministero in merito ad alcune indagini penali, tra cui quelle che coinvolgevano il rappresentante della lista elettorale esclusa di cui ai numeri precedenti, dietro offerta al magistrato di un incarico di natura politica e dell'assegnazione di arbitrati al figlio di quest'ultimo, offerte che venivano respinte dal destinatario.

Altre attività svolte dagli affiliati sono invece sfociate in *reati* – quali abusi di ufficio, corruzione, finanziamento illecito ai partiti, diffamazione e tentata violenza privata –configurati come "delitti fine" dell'associazione per delinquere (art. 416 C.p.)[141].

[141] Reati anch'essi contestati nel capo di imputazione "A". Gli imputati, infatti, sono stati condannati anche per il reato di associazione per delinquere, unito dal vincolo della continuazione con il reato di associazione segreta. Nel capo di imputazione "J" era contestata anche l'attività volta ad ottenere, in cambio di futuri vantaggi, l'intervento dell'allora Primo presidente della Corte di cassazione affinchè disponesse la remissione di una causa civile alle Sezioni unite, in modo tale da procrastinare la definizione del giudizio favorendo una delle parti in causa, remissione che effettivamente era stata disposta. Secondo il Tribunale, tuttavia, la condotta non ha integrato il reato di corruzione ex art. 319-*ter* C.p., in quanto non è stato provato che il provvedimento di remissione sia stato emesso dal giudice per effetto della promessa di utilità future, ma, è forse la cosa che più stupisce, non è stata considerata neppure una condotta diretta ad interferire.

In conclusione, il gruppo «*si riprometteva di realizzare i propri obiettivi di inquinamento dell'azione dei pubblici poteri indifferentemente, vuoi mediante il compimento di generica attività "diretta ad interferire" sull'esercizio delle pubbliche funzioni, vuoi mediante – all'occorrenza – di veri e propri reati, i quali rappresentano, nell'agire del gruppo, la continuazione, con altri mezzi, dell'opera di infiltrazione e condizionamento espressa mediante "interferenze". Il rapporto di affinità e di stretta correlazione tra le due tipologie di condotte si coglie, del resto, a piene mani ove si consideri che gli illeciti penali ideati o messi in atto dal gruppo erano a loro volta finalizzati a distorcere – direttamente o indirettamente – l'azione di organi pubblici, mediante l'inserimento di prospettive di privato vantaggio che ne dovevano indirizzare le decisioni*».

Ci sembra che le condotte considerate "attività dirette a interferire" sulle funzioni pubbliche rientrino tutte nell'ipotesi di istigazione a commettere reati – in particolare abusi d'ufficio –, perpetrata anche per il tramite di terzi (tra cui pubblici ufficiali). Peculiare la condotta di cui al n. 5), che, nonostante la promessa di utilità rifiutata dal funzionario pubblico, non è stata considerata una istigazione alla corruzione, ma costituirebbe comunque o un'istigazione a commettere reati – qualora la comunicazione di informazioni integri il reato di violazione del segreto istruttorio (artt. 326 o 379-*bis* C.p.)[142] – ovvero un'istigazione a commettere illeciti disciplinari (es.: art. 2, lett. *u*, D.Lgs. n. 109 del 2006); in quest'ultimo caso, però, almeno secondo la nostra interpretazione del concetto di "interferenza", la condotta, non avrebbe dovuto essere qualificata come interferenza rilevante, non costituendo un impedimento o un ostacolo all'esercizio della funzione e non ledendo in altro modo l'imparzialità o il buon andamento della funzione giudiziaria.

Comunque sia, le conclusioni dei giudici di merito sembrano confermare l'interpretazione restrittiva della fattispecie, tant'è che, come detto, i comportamenti sfociati in reati hanno dato luogo alla configurazione di un'associazione per delinquere.

[142] Dalla sentenza non si apprende se le notizie fossero ancora coperte da segreto istruttorio ai sensi dell'art. 329 C.p.

9.2.3. L'interpretazione restrittiva della fattispecie – come inveratasi anche nella vicenda P3 – è ovviamente molto lontana dal rispecchiare la realtà della Loggia massonica P2, secondo la narrazione che la tradizione ci fornisce.

Nonostante le diverse e contrastanti visioni sul fenomeno piduista, la storia della P2 sembra oscillare tra l'*affarismo* e il *carrierismo* – cioè attività finalizzate al conseguimento rispettivamente del profitto e del potere – e il *rivoluzionarismo* – cioè l'idea di cambiamento dello *status* del Paese –, da attuare attraverso il controllo delle istituzioni pubbliche e dei centri di potere[143].

[143] Nella *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2* si legge che la P2 avrebbe avuto due finalità, una *immediata* e una *mediata*: nel perseguimento della prima, che costituisce «lo sviluppo del tradizionale concetto di solidarietà massonica», «la Loggia P2 si delinea nettamente alla nostra attenzione come una complessa struttura dedita ad attività di indebita, se non illecita, pressione ed ingerenza sui più delicati ed importanti settori, ai fini sia di arricchimento personale, sia di incremento di potere, tanto personale quanto della loggia. Questa ramificata azione, perturbatrice dell'ordinato svolgimento delle istituzioni e degli apparati, interessava i campi più svariati della vita nazionale: dalla politica all'economia, dall'editoria ai ministeri» (pp. 50 e 51); il fine "mediato" (o "ultimo"), invece, «risiedeva nel condizionamento politico del sistema politico» (p. 51), ed era stato puntualmente descritto nel c.d. "Piano di rinascita democratica" (v. *supra* per i riferimenti). Seppur con diversità di vedute sui mezzi e sulla entità dell'attività svolta, questa è la versione fornita da G. GALLI, *La venerabile trama. La vera storia di Licio Gelli e della P2*, cit., p. 52, per il quale «la stabilizzazione imperniata sulla Dc», che evitasse al Pci di rafforzare il proprio potere e la propria influenza sul Paese, sarebbe stato l'obiettivo cui lavorava Licio Gelli, consistente in una «soluzione reazionaria, ma non eversiva». L'investitura del "venerabile maestro" nella metà degli anni Sessanta, inoltre, «rafforza la P2 in due direzioni: verso l'affarismo speculativo, che il prolungarsi dell'incertezza politica favorisce e del quale "inizia" i rappresentanti; e verso gli ambienti militari, che la medesima incertezza politica e i progetti e le iniziative per porvi fine nel senso indicato trasformano in possibili protagonisti con alti ufficiali a loro volta "iniziati"». Per il politologo, però, «Gelli non ha mai preparato colpi di stato, ma ha concorso, con i vertici dei servizi e delle forze armate reclutati nella Loggia, a elaborare vari passaggi delle iniziative di destabilizzazione, che avrebbero dovuto condurre a una stabilizzazione moderata e all'emarginazione del Pci» (p. 106); il faccendiere italiano avrebbe invece «fatto della P2 una sorta di camera di compensazione per grandi affari (leciti e illeciti), collocati in una prospettiva di lotta al comunismo all'ombra della quale, in un cinquantennio, si sono costruite mirabolanti fortune politiche ed economiche» (p. 110; v. anche p. 87, ove si ribadisce

Un altro dato su cui tutti concordano, inoltre, è che la Loggia P2 ha potuto fare ciò ha fatto, o ha tentato di fare ciò che intendeva fare, grazie alla presenza di affiliati nelle istituzioni pubbliche di qualsiasi genere e grado. È indubbio, infatti, che la loggia abbia svolto proficuamente un'attività di *agganciamento* e di *infiltrazione* negli apparati pubblici, mediante il posizionamento di affiliati e il reclutamento di nuovi associati (*id est*, l'"infiltrazione" di cui abbiamo parlato)[144]. Anche se probabilmente non tutti coloro che risultarono iscritti nella famosa "lista" rinvenuta durante la perquisizione di Castiglion Fibocchi presero parte alla Loggia P2[145], è stato accertato che tra gli affiliati comparivano uomini appartenenti ai più importanti apparati pubblici del Paese. Ciò sembra essere avvenuto anche attraverso aiuti negli scatti di carriera – a quanto pare anche attraverso "pressioni" e minacce –, in piena linea con la filosofia della c.d. "fratellanza massonica", che può costituire l'anticamera degli abusi di ufficio e della corruzione[146].

che «la P2 era soprattutto una camera di compensazione di grandi affari (sovente illeciti), e che il suo impatto sulle vicende politiche, esplicite o occulte, era tutto sommato modesto»).

[144] Lo stesso Licio Gelli è stato considerato un uomo appartenente ai servizi segreti: cfr. la *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., p. 59 ss.

[145] Cfr. la *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., p. 36 ss.

[146] Per quanta importanza possa darsi alla documentazione acquisita dalla Commissione parlamentare d'inchiesta, la filosofia della P2 è riassunta nella «*Sintesi delle norme*», una sorta di decalogo o di statuto della loggia, nelle cui premesse si legge che «tra i compiti principali dell'ente» vi era «quello di adoperarsi per far acquisire agli amici un grado sempre maggiore di autorevolezza e di potere, perché quanta più forza ognuno di essi potrà avere, tanta maggior potenza ne verrà all'organizzazione stessa intesa nella sua interezza». Era tutto da vedere, poi, come l'assolvimento di questo "compito" si conciliasse con la dichiarazione, contenuta nelle medesime premesse, secondo cui «lo spirito che informa l'attività e l'esistenza medesima dell'organizzazione è quello di cercare di migliorare l'umanità intera e di rendersi utile, con ogni *mezzo lecito* e possibile, per eliminare tutto quanto pregiudichi i diritti umani» (*Allegati alla relazione*, *Serie II: Documentazione raccolta dalla Commissione*, Vol. III, Tomo I, Doc. XXIII, n. 2-*quater*/3/I, p. 880; il corsivo è nostro). Nella Relazione del "Comitato dei tre saggi" si legge, infatti, che «i canali della "solidarietà" tra gli affiliati» è stata «senza troppi veli definita, da diversi di quelli che hanno testimoniato, come obbligo di sostegno scambievole nell'ambito delle rispettive sfere d'azione, e in

La diversità di vedute sul fenomeno piduista si riscontra essenzialmente sulla natura dei *mezzi* utilizzati. Nella prospettazione più drammatica – che è quella propria della Relazione di maggioranza a firma dell'On. Anselmi –, nella prima fase di esistenza dell'organizzazione, la P2, o meglio alcuni suoi esponenti, tra cui Gelli, per perseguire i propri scopi (politici ed economici) avrebbero persino intrattenuto rapporti con la c.d. "eversione nera", incitando, istigando, finanziando, favorendo o partecipando a quest'ultima[147]. Se ciò corrispondesse al vero, e, ad esempio, si accertasse il coinvolgimento di una associazione segreta ad organizzazioni terroristiche, sarebbero ipotizzabili ben altre fattispecie rispetto a quella contemplata dalla legge Anselmi.

La medesima considerazione vale per la ritenuta attività di ricerca di contatti con esponenti della magistratura, rivolta «ad influire sull'andamento di alcuni procedimenti che o riguardavano uomini della istituzione o comunque avevano ad oggetto fatti nei quali la istituzione

concreto operante (e risulta anche da vari documenti presenti in atti) come strumento di indebite interferenze» (*Relazione del comitato amministrativo di inchiesta*, cit., punto III, par. 23). Non sono condivisibili, pertanto, le affermazioni pronunciate negli anno '80 da P. NUVOLONE, *Babele del diritto*, cit., p. 457, per il quale «il mutuo aiuto nell'ambito delle varie carriere» che gli affiliati alla massoneria si garantiscono tra loro non costituirebbe reato, ma solo un "fatto deplorevole moralmente", che tra l'altro sarebbe "posto in essere anche da tutti i partiti". Se, infatti, il "mutuo aiuto" consiste nel favorire un affiliato nell'accesso ad un impiego pubblico, in violazione delle leggi che ne disciplinano la selezione (art. 97, co. 4, Cost.), ciò configura senza alcun dubbio un abuso di ufficio ai sensi dell'art. 323 C.p. (così come all'epoca integrava l'"abuso innominato d'ufficio").

[147] Cfr. *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., pp. 87 ss. e 144-145. Nella visione meno drammatica, sostenuta da G. GALLI, *La venerabile trama. La vera storia di Licio Gelli e della P2*, cit., pp. 8 e 9, la massoneria di Palazzo Giustiniani non avrebbe avuto un ruolo «né di promotrice né di protagonista nelle iniziative e nei progetti eversivi, pur se singoli massoni, anche autorevoli, vi hanno preso parte», e le iniziative di Licio Gelli sarebbero da qualificare come un mero «millantato credito politico» (pensiero ribadito a p. 45, ove si legge che l'intero vertice della Massoneria di Palazzo Giustiniani avrebbe «utilizzato gli ambigui rapporti con i servizi (oltre che con settori della classe politica di governo) per una strategia di millantato credito dapprima avventata e poi disastrosa»); per l'Autore, quindi, quella della P2 sarebbe una "leggenda", sviluppatasi, tra le altre cose, dalla inchiesta della Commissione parlamentare sul fenomeno della P2 (p. 122).

era coinvolta direttamente o indirettamente o ai quali era in qualche modo attenta»[148]. Lo stesso vale per l'attività rivolta nei confronti dei partiti politici attuata con l'uso di mezzi di "aggressione diretta", «con l'esercizio di attività a carattere intimidatorio»[149], nonché con il finanziamento a singoli esponenti politici[150].

Ora, all'epoca dell'entrata in vigore della legge Anselmi, nel 1982, la Commissione parlamentare era ben lungi dal rassegnare le proprie conclusioni (datate 1984). È, dunque, ipotizzabile che il legislatore, basandosi essenzialmente sulla Relazione dei "tre saggi", non avesse ben chiaro quale fosse la portata del fenomeno piduista. Ciò nonostante, i continui richiami alla democrazia, alla legalità, alla trasparenza, ecc., contenuti nei lavori preparatori lasciano trasparire che nell'immaginario collettivo si fosse oramai impresso uno scenario catastrofico, fondato sulla convinzione che l'infiltrazione della P2 nei "gangli dello Stato" fosse stata eccessivamente penetrante[151], come la Commissione d'inchiesta confermerà. Questo del resto è il classico meccanismo, quella spinta emotiva, che sta dietro alla legislazione dell'emergenza. Ed è proprio per questo motivo che appare, oltre che in controtendenza, del tutto illogica la scelta di prevedere un trattamento sanzionatorio così mite. Alle intenzioni non sono corrisposte le azioni.

9.2.4. Anche se si concorda con la prospettiva che restringe il campo di applicazione della fattispecie a fatti che non costituiscono già reato, rimane il problema di stabilire quale sia la sorte del reato di associazione segreta nel caso in cui lo stesso gruppo di individui, oltre a compiere

[148] *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., p. 115.

[149] *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., p. 137.

[150] *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., p. 137.

[151] Si vedano, per tutti, gli interventi svolti nella seduta tenutasi in Senato nell'agosto 1981 per discutere sulla presentazione dei disegni di legge relativi all'istituzione della Commissione parlamentare d'inchiesta, all'attuazione dell'art. 18 Cost. e allo scioglimento della P2 (riportati nel *Resoconto stenografico* della 303ª seduta pubblica di mercoledì 5 agosto 1981, cit.).

attività diretta ad interferire sulle pubbliche funzioni, abbia agito al fine di commettere ovvero abbia realizzato reati (tentati o consumati), programmati in via generica (es.: art. 416 e 416-*bis* C.p.) o specifica (es.: art. 305 C.p.)[152].

Si potrebbe essere propensi a configurare un *concorso materiale* tra i reati associativi – che, come da prassi giurisprudenziale, saranno legati dal vincolo della continuazione (art. 81 cpv. C.p.)[153] – ovvero un *concorso formale* (art. 81, co. 1, C.p.)[154].

[152] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., pp. 162-163, non pone un problema di concorso con l'associazione neofascista, in quanto deve escludersi che «da mera "esaltazione" della violenza, oppure la "denigrazione" della democrazia e dei valori della Resistenza» possano integrare ipotesi di interferenza: «tali comportamenti, pur potendo essere realizzati segretamente, presentano, tuttavia, la tipica struttura – già da tempo messa in luce – di un'aggressione "esterna" ai meccanismi del potere, volta, cioè, ad opporsi all'assetto politico esistente, e non già a condizionarne dall'interno l'operato» (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., pp. 326-327).

[153] Questa, ad esempio, è la soluzione adottata da Trib. Roma, Sez. IX (II Collegio), 16 marzo 2018 (dep. 14 giugno 2018), imp. Carboni e altri, nella vicenda P3, in cui gli stessi soggetti hanno agito segretamente per interferire sulle funzioni pubbliche e per commettere reati.

[154] Così, in dottrina, per: C. MACRÌ – V. MACRÌ, *La legge antimafia. Commento per articolo della l. 646/1982 integrata dalle ll. 726 e 936/1982*, cit., pp. 35-36, con riferimento al reato di associazione di stampo mafioso (art. 416-*bis* C.p.), «non essendovi alcun rapporto di specialità tra gli stessi»; G. TURONE, voce *Associazioni criminose*, cit., p. 30, sempre con riferimento all'associazione mafiosa; G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 163, il quale, pur ritenendo che l'*eterogeneità* della condotta di interferenza rispetto a quelle integranti altri reati associativi (es.: art. 416 e 416-*bis* C.p.) dia luogo ad un concorso materiale, trattandosi di «due "metodi" diversi destinati a svolgere un ruolo complementare nella dinamica concreta del fatto associativo», sostiene che «Quanto ai riflessi di tale eterogeneità sulle fattispecie di associazione – cui le menzionate condotte si ricollegano in guisa di attività successiva (peraltro necessaria nelle fattispecie di associazione fascista e segreta) – non può negarsi, invece, che il fatto che la medesima organizzazione possa mirare allo svolgimento di attività strutturalmente diverse debba far propendere a favore dell'esistenza di un concorso "formale" tra il reato di associazione segreta e le altre ipotesi di delitto associativo di volta in volta realizzate»; per l'Autore, inoltre, si configura un concorso formale tra l'associazione segreta e l'associazione paramilitare (ID., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, cit., p. 327). A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 127, nt. 33, rileva genericamente che «L'irrilevanza penale della condotta

La soluzione più corretta, tuttavia, appare quella di ritenere assorbito il reato di associazione segreta nell'altro reato associativo in base al *principio/criterio preterlegale di sussidiarietà*[155], che presuppone l'*identità del bene giuridico* e, quindi, che la norma sussidiaria tuteli un *grado inferiore del bene giuridico*, e la norma principale, che solitamente è quella che prevede il trattamento sanzionatorio più severo, tuteli un grado superiore del medesimo interesse, esaurendo così l'intero disvalore del fatto[156].

Si tratterà, quindi, di una valutazione da operare *in concreto*, tenendo cioè in considerazione la direzione offensiva delle condotte realizzate dagli agenti nelle loro differenti "vesti" di affiliati (all'associazione segreta, a quella per delinquere, a quella di cospirazione politica, ecc.)[157]. Eventualmente, qualora si intenda valorizzare il requisito della segretezza, si potrà incidere sulla pena prevista per il reato più grave aumentandola ai sensi dell'*art. 133 C.p.*, che prevede che il giudice tenga conto della «*natura*» o di «*ogni altra modalità dell'azione*» (co. 1, lett. *a*).

diretta ad interferire fa sì che nel caso in cui l'associazione segreta coltivi un programma delittuoso possano concretizzarsi gli estremi del concorso con altre fattispecie associative (*in primis*, l'art. 416 c.p.)».

[155] Per questa soluzione, con riferimento al concorso tra il reato di associazione segreta e quello di associazione di stampo mafioso si erano già espressi L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 140, per i quali dovrebbe prevalere «la disciplina concernente le associazioni di tipo mafioso: a tacer d'altro, infatti, non è chi non veda come il pesantissimo trattamento sanzionatorio (sia quanto alle pene principali, sia quanto alle pene accessorie e alle misure di sicurezza e prevenzione) dei responsabili del delitto di cui all'art. 416 bis cod. pen. rende, di fatto, sicuramente superflua e priva di concreta giustificazione logica e politica l'ulteriore irrogazione di altre pene, di assai minore entità. E, del resto, tale soluzione appare perfettamente coerente con le regole che, in sede di teoria generale, disciplinano in chiave di *sussidiarietà* il rapporto tra fattispecie che siano soltanto *parzialmente interferenti*, a vantaggio della norma che prevede, appunto, il trattamento penale più severo».

[156] Cfr., in argomento, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], cit., p. 467.

[157] Andrebbe pertanto escluso l'assorbimento laddove gli affiliati si associno segretamente dapprima per interferire con le funzioni pubbliche e poi decidano in un secondo momento di commettere rapine, omicidi o stupri, ossia tra reati che – nelle intenzioni degli affiliati – non sono in alcun modo collegati ovvero – secondo l'*id quod plerumque accidit* – non sono in alcun modo collegabili all'offesa di un identico bene giuridico (nel nostro caso l'imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione ovvero l'ordine democratico ovvero).

10. *I progetti di riforma del Codice penale delle Commissioni "Pagliaro" e "Grosso" e la proposta di riforma della legge Anselmi del 2018. Verso il paradigma del "reato ostativo"?*

10.1. Come più volte detto, le critiche rivolte alla fattispecie di associazione segreta e, in generale, alla L. n. 17 del 1982 non sono mancate e si sono mosse su vari versanti.

Da Pietro Nuvolone che tacciò la prima di essere "poco rispettosa" del principio di certezza del diritto[158], oltreché pericolosa per la democrazia in quanto rischierebbe di colpire soprattutto le nuove formazioni politiche[159]; a quanti hanno definito l'intera legge «tecnicamente rozza»[160], «decisamente infelice, anzi sbagliata» e "malfatta"[161], «inadeguata» ad affrontare seriamente il problema dei

[158] P. NUVOLONE, *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1, p. 9. In maniera ancora più severa si espresse nell'articolo *Oscure minacce alla democrazia*, cit., pp. 81-82: «Certezza del diritto, principio di legalità, principio di libertà, coerenza dell'ordinamento giuridico vengono tutti messi in forse, quando non addirittura settorialmente distrutti, da questa nuova legge di imminente approvazione. […] Contro chi attenta alle istituzioni tutto il rigore della legge penale; ma senza oscurare con formule nebulose, insincere e arbitrarie, la sacra sfera della libertà, al di fuori dei limiti voluti dalla Costituzione».

[159] P. NUVOLONE, *La legge sulle associazioni segrete. Qualche ombra sulla democrazia*, in *Il Tempo*, 19 gennaio 1982, p. 1 (citato da F. MASTROPAOLO, *Riserbo e segreto delle associazioni non riconosciute e associazioni segrete*, cit., p. 121); e così già nel citato articolo *Oscure minacce alla democrazia*, cit., p. 10.

[160] Così L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 8, con riferimento all'intera legge.

[161] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., pp. 26 e 27, per il quale di tale legge «si può dunque, anzi si deve, dire male, perché è il frutto di un "volgare calcolo pseudo-politico", come dimostrano i tanti interventi di giuristi cattedratici e non, che, improvvisatisi giornalisti, hanno, allo scoppiare dello scandalo della Loggia P2, scoperto, con il tema delle associazioni segrete, una irresistibile vocazione al moralismo». E ancora: «già al suo primo apparire come disegno di legge, la normativa del 1982 apparve subito (e per diversi motivi) per quello che sarebbe stata: una legge sbagliata e pericolosa (nella sua ambiguità), anche perché scoordinata con norme di princìpi fondamentali, vigenti nel nostro sistema», come l'art. 36 C.c. e la tutela della *privacy*, che necessitavano di un «coordinamento tra due dimensioni (una vietata, l'altra

poteri occulti[162], nonché partorita con «un'eccessiva frettolosità e quasi sommarietà» – prospettando persino profili di illegittimità costituzionale –[163], «non priva di razionalità sistematica e di coerenza con le esigenze sostanziali della repressione»[164], e che, dal punto di vista pratico, darebbe «la stura ad avventure, che oggi come oggi non possiamo prevedere»[165]; in definitiva, un provvedimento «frettoloso e (negativamente) condizionato da una dichiarata urgenza "politica"»[166],

tutelata) le cui linee di demarcazione non sono sempre precisabili. Tutto ciò non è affatto avvenuto e alla normativa costituzionale, di non facile decifrazione, si è aggiunta una normativa piena di incongruenze» (pp. 34 e 35).

[162] A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., p. 81, in particolare perché «non considera possibili oggetti della loro attività di influenza i titolari effettivi della supremazia nella società: i partiti, i sindacati i *mass-media* (e forse proprio per questo non è stata sino ad ora applicata)».

[163] Per A. SCAVONE, *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, cit., p. 39, la legge, specificando il concetto di segretezza che il Costituente intese adottare limitandone l'ampiezza, sarebbe «una legge di interpretazione autentica modificativa della Costituzione, che avrebbe dovuto essere approvata – in ossequio al garantismo costituzionale – non con una legge ordinaria, ma con le procedure aggravate della revisione costituzionale». Più generici: A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., pp. 203-204; C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 183, per il quale «Non desterebbe meraviglia se la Corte costituzionale, investita della questione, dichiarasse illegittime delle norme emanate per dare attuazione ad un articolo della Costituzione»; E. SPAGNA MUSSO, *Il problema costituzionale della massoneria*, cit., p. 1372 e nt. 13, per il quale «le risultante interpretative di questa legge evidenziano profili di illegittimità costituzionale laddove collegando arbitrariamente interferenza e segretezza non danno reale attuazione al divieto sancito dall'ultimo comma dell'art. 18 Cost.», e «Di conseguenza, si può affermare che l'attuazione del divieto sancito dall'art. 18, II comma Cost. rappresenta una "zona normativa grigia" del nostro ordinamento in quanto per aspetti di illegittimità costituzionale, lacune attuative, disapplicazioni, difficoltà di disciplina procedurale etc., il divieto medesimo risulta non realizzato in alcuni aspetti o realizzato per altri in modo inefficiente e contraddittorio. Di modo che il rigore della legge n. 17/1982 resta tale, e comunque solo per alcuni disposti, solo a livello di mero enunciato legislativo».

[164] G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 150.

[165] M.S. GIANNINI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 10, sempre critico anche nello scritto *Una legge sbagliata per sciogliere la «Loggia P2»?*, cit., p. 73 ss.

[166] A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1231.

«pericoloso per la stessa garanzia della libertà di associazione»[167], avendo «in sé la capacità di produrre guasti che vanno ben al di là delle associazioni dette segrete»[168].

10.2. Con riferimento alla fattispecie incriminatrice, oltre all'ambiguità del termine "interferire", ha destato perplessità l'*incompletezza dell'elencazione degli organi titolari delle funzioni pubbliche* di cui all'art. 1 L. n. 17 del 1982[169], che, al di là dell'uso di concetti semanticamente incerti (come quelli di "organi costituzionali" e "amministrazioni pubbliche")[170], non conterrebbe la menzione di istituzioni che svolgono un ruolo importante nella vita democratica del Paese, tra cui gli organi pubblici di informazione, i partiti politici, i sindacati, le associazioni di categoria, le società a partecipazione pubblica. Tale lacuna sarebbe colmabile, secondo certi Autori, considerando alcune delle anzidette istituzioni già ricomprese nell'elencazione[171]; secondo altri, in base ad una ricostruzione storico-

[167] A. MELONCELLI, *Società segrete*, cit., p. 204, con riferimento al disegno di legge. Per ulteriori critiche si vedano: A. SINAGRA, *P2: i TAR non vincolati ai pareri dei «saggi» e del Consiglio di Stato*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 69; E. MATTEI, *Uno scempio del diritto*, ivi, p. 76 ss.

[168] C. CUOMO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 199, il quale si augura «che, superata questa fase e resosi conto che i colpi di Stato, e lo Stato nello Stato non si fanno con le logge massoniche, anche se coperte come la P2, il legislatore prima che intervenga la Corte costituzionale, riveda la legge producendo norme adeguate alla realtà sociale del Paese ma conformi ai precetti costituzionali».

[169] Cfr., fra i tanti: A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., p. 1232; A. SUMMA, *Poteri occulti e istituzioni democratiche. Il divieto di associazioni segrete*, cit., p. 48; A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., p. 77.

[170] A. LISERRE, *Commento all'art. 1 l. 25 gennaio 1982, n. 17*, cit., pp. 1230-1231, il quale si chiede anche che senso abbia avuto specificare che i servizi pubblici d'interesse nazionale devono essere «essenziali».

[171] Così secondo A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*[2], cit., pp. 368-369, per il quale l'interferenza sul servizio pubblico radiotelevisivo sarebbe già preso in considerazione in quanto rientrante nel "servizio essenziale di interesse nazionale" (ai sensi dell'art. 1 L. n. 103/1975); quanto invece ai partiti e ai sindacati, «essi vengono in considerazione nell'ottica della l. n. 17/1982, non come titolari di funzioni "interferite", bensì come soggetti potenzialmente interferenti (e, quindi, come associazioni eventualmente illecite, nella parte e nei limiti in cui siano segrete)

sistematica della legge che renderebbe chiara l'intenzione del legislatore di includere «tutto ciò che in senso lato è politicamente rilevante»[172]; secondo altri, infine, considerando l'elencazione non tassativa[173]. Vi è, invece, chi ha sostenuto che l'esclusione sarebbe «opportuna proprio dal punto di vista del rispetto del disegno costituzionale»[174] ovvero incolmabile in ragione del carattere tassativo dell'elencazione – «trattandosi di norma di carattere restrittivo della libertà del diritto di associazione»[175] –, essendo necessario modificare la legge introducendo una «formula più estensiva dell'attività repressa», analoga a quella contenuta nell'art. 1 del D.Lgs. n. 43 del 1948 sulle associazioni a carattere militare che perseguono «*anche indirettamente*, scopi politici»[176].

Del tutto inutile, e a ragione, è stata poi considerata la misura dello *scioglimento dell'associazione segreta* previsto dall'art. 3 L. n. 17 del 1982[177].

qualora, nel loto interno, si formassero dei raggruppamenti occulti di potere atti ad influire surrettiziamente sulla formazione, nelle sedi istituzionali, della volontà politica e delle decisioni amministrative».

[172] Così secondo L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., pp. 94-95.

[173] Così per G. PIOLETTI, voce *Società (associazioni) segrete*, cit., p. 448, per il quale «l'elencazione non è certamente tassativa ma esemplificativa dello spazio dei pubblici poteri».

[174] Così per U. DE SIERVO, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 496, per il quale «l'esclusione appare invece opportuna proprio dal punto di vista del rispetto del disegno costituzionale, perché proprio la libertà associativa ed in generale il rispetto per il libero pluralismo sociale devono indurre a lasciare alle dialettiche interne di ciascun organismo (successivamente sottoposto al giudizio dei relativi aderenti e dell'opinione pubblica) la soluzione degli eventuali conflitti e tensioni originati anche dal manifestarsi al loro interno di organismi segreti. Evidentemente il problema muta se il gruppo segreto riesca ad operare sotto la copertura dell'associazione palese per influire sulle istituzioni pubbliche e, non a caso, la legge disciplina esplicitamente anche questa ipotesi, prevedendo la sua applicazione anche a quelle associazioni segrete che operino "all'interno di associazioni palesi"».

[175] M.S. GIANNINI, *Relazione introduttiva*, cit., p. 10.

[176] A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., p. 77.

[177] Disposizione estesa dall'art. 3, co. 34 e 35, L. 15 luglio 2009, n. 94, recante "*Disposizioni in materia di pubblica sicurezza*", ma limitatamente alla *sospensione* dell'attività associativa, al caso in cui si proceda «*per un delitto consumato o tentato con finalità di terrorismo anche internazionale ovvero per un reato aggravato ai sensi dell'articolo 1 del decreto-legge 15 dicembre 1979, n. 625, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1980, n. 15, e*

Come se le associazioni segrete fossero vere e proprie associazioni regolate dal diritto civile[178] e bastasse un provvedimento per impedire loro di continuare ad operare! Rilevava saggiamente Stefano Rodotà che «la P2 non si è dissolta come un fantasma appena le luci si sono fatte troppo forti, o appena è stata approvata una norma che ne decretava lo scioglimento»[179].

successive modificazioni, e sussistono concreti e specifici elementi che consentano di ritenere che l'attività di organizzazioni, di associazioni, movimenti o gruppi favorisca la commissione dei medesimi reati». In questi casi lo scioglimento e la confisca dei beni sono previsti al successivo co. 36, art. 3, L. cit.

[178] Chiaro sul punto A. ALBAMONTE, *I «gruppi di potere occulto» nella legge n. 17 del 25 gennaio 1982*, cit., p. 5, il quale rilevava giustamente l'improprietà dell'uso della locuzione "associazione segreta", poiché con il termine "associazione" «non ci si vuole riferire a quel tipo di organizzazioni soggettive disciplinate dal codice civile sia come associazioni riconosciute sia sotto la forma di associazioni non riconosciute, nonostante la somiglianza del dato linguistico», e «viene usato non nel senso giuridico di organizzazioni di più persone fisiche rilevante per il diritto, né in senso contrattuale o pattizio avente rilevanza per il nostro ordinamento», ma «come raggruppamento di una pluralità più o meno estesa di persone avente rilevanza di mero fatto»; pertanto, «non è dato identificare le associazioni illecite utilizzando i criteri organizzativi previsti nell'ordinamento per le associazioni prive di personalità giuridica, né è lecito utilizzare criteri di classificazione di tali forme associative a rilevanza giuridica». Della stessa opinione era CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 227, nt. 5, per il quale l'illiceità che caratterizza le associazioni segrete «impedirebbe di ascriverle alle persone giuridiche o alle associazioni non riconosciute, categorie entrambe previste e disciplinate come formazioni lecite dal nostro legislatore». Considera invece le associazioni segrete come associazioni non riconosciute F. MASTROPAOLO, *Riserbo e segreto delle associazioni non riconosciute e associazioni segrete*, cit., p. 120, e per A. GUSTAPANE, *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, cit., p. 73, il divieto di segretezza, avendo natura di norma imperativa, comporterebbe la nullità degli accordi intercorsi tra i soci per occultare l'associazione, ai sensi degli artt. 1323 e 1418 C.c.

[179] S. RODOTÀ, *P2 e Stato. Le dinamiche di occupazione del potere da parte del partito occulto*, in M. RAMAT – G. D'ALEMA – S. RODOTÀ – L. BERLINGUER, *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, cit., p. 146. Unanime la critica in dottrina. Per U. DE SIERVO, voce *Associazione (libertà di)*, cit., p. 497, «Abbastanza naturale è il dubbio sull'efficacia sanzionatoria di simili complessi procedimenti finalizzati a sciogliere una associazione che, in quanto segreta, non dispone certo di facilmente individuabili masse finanziarie e tanto meno punta ad aggregare vaste adesioni sul suo nome (d'altra parte, come è noto, procedimenti di scioglimento non sono previsti né per le associazioni paramilitari vietate né per le stesse associazioni a delinquere e le altre

Cosa dire, infine, della *confisca dei beni* disposta dal medesimo articolo, se non che non vi sarà alcuna entità giuridica intestataria dei beni – per l'ovvia ragione che, come ogni organizzazione criminale, l'associazione segreta non sarà titolare di un patrimonio separato da quello di ciascun associato, alla stregua di una comune associazione[180] –, e che tali beni saranno quelli eventualmente messi a disposizione dagli affiliati per l'organizzazione e il perseguimento delle finalità associative ovvero

associazioni penalmente illecite). È evidente che le sanzioni effettive consistono nelle severe sanzioni penali (come nel caso dell'associazionismo neofascista) e disciplinari, che possono colpire pesantemente il gruppo dirigente e gli stessi aderenti, mentre di per sé lo scioglimento non può in realtà avere che un prevalente significato di tipo educativo rispetto alla pubblica opinione». L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 133, hanno giustamente rilevato che non è immaginabile che lo scioglimento delle associazioni segrete «debba prodursi secondo formalità analoghe a quelle che, in ogni caso di associazione palese, sono invece sempre previste dalla legge». Per F. RIGANO, *Art. 18*, in *Commentario alla Costituzione*, cit., p. 416, il provvedimento di scioglimento «non può ovviamente incidere sul vincolo ideale, ma produce i suoi effetti solo sul piano giuridico». Anche in sede di lavori preparatori fu sollevata l'insensatezza di tale previsione: «c'è bisogno di un decreto di scioglimento della mafia, della camorra, delle brigate rosse? Davvero è necessario sciogliere per legge o per decreto un'organizzazione criminale? Una organizzazione criminale la si persegue per i reati che ha compiuto, negli uomini responsabili di quei reati: non c'è il problema di scioglierla. Proprio questa contraddizione non può sfuggire a nessun uomo di buon senso: di buon senso, non del deteriore senso comune che tante volte caratterizza i rituali di questa vita politica italiana» (intervento del Sen. G. Spadaccia, riportato nel *Resoconto stenografico* della 303ª seduta pubblica di mercoledì 5 agosto 1981, cit., pp. 16202-16203).

[180] Ipotizzano, invece, che l'associazione abbia un proprio patrimonio L. BARBIERA – G. CONTENTO – P. GIOCOLI NACCI, *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, cit., p. 147, per i quali «allo scioglimento coattivo non può non accompagnarsi la misura riguardante la sorte del patrimonio dell'ente disciolto, rimasto privo di titolare; pertanto anche senza una espressa previsione legislativa in proposito l'organo competente a pronunciare la dissoluzione dell'associazione deve provvedere, per forza di cose, anche sui beni a quella appartenenti. Il senso della disposizione è in ciò che, al termine dell'associazione, i beni di questa non possono essere divisi tra i singoli associati (cfr. art. 37 cod. civ.)».

quelli acquisiti al loro patrimonio quale prodotto o profitto del reato[181] – tranne nel caso in cui non si utilizzi lo schermo di una associazione palese –, ricadendosi così nel generale ambito di applicazione dell'art. 240 C.p.[182].

10.3. Il quadro che ne esce non è certo confortante. L'intera disciplina delle associazioni segrete necessiterebbe di essere riscritta. Le proposte di riforma non sono comunque mancate.

A pochi anni dall'entrata in vigore della legge Anselmi[183], Guido Neppi Modona, in ottica di riforma dei delitti contro la personalità dello Stato, propose di inserire il reato *de quo* – da mantenere, secondo l'Autore, sulla falsariga di quello esistente – nel capo relativo alla «criminalità politica organizzata» – contenuto in un titolo dedicato alla «criminalità organizzata», ove inserire anche la forma

[181] Non sarebbe ridicolo anche solo pensare che gli associati aprano un conto corrente intestato all'associazione segreta oppure acquistino beni in qualità di rappresentanti legali di quest'ultima?

[182] Ai sensi dell'art. 3 L. cit., il provvedimento di confisca (decreto) spetterebbe per legge all'autorità amministrativa (il Presidente del Consiglio dei Ministri, previa deliberazione del Consiglio stesso) che ha disposto lo scioglimento dell'associazione. Tuttavia, in applicazione del principio di legalità, se non è possibile riferire all'associazione segreta la titolarità di alcun bene, dovrà essere l'autorità giudiziaria, ai sensi dell'art. 240 C.p., a disporre la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, nonché delle cose che ne sono il prodotto o il profitto.

[183] Dapprima nel 1990, con il Disegno di legge avente ad oggetto "*Integrazione della legge 25 gennaio 1982, n. 17, in tema di associazioni segrete*", d'iniziativa dai Senatori C. Boggio e A. Graziani e comunicato alla Presidenza il 14 marzo 1990 (S. 2169, X Legislatura – Senato della Repubblica), i cui relatori, pur affermando che la legge «avrebbe dovuto dare una definizione diretta della segretezza, ma non ha saputo farlo ingarbugliando le cose e ponendosi in una situazione di evidente incompletezza», e chiedendosi cosa significasse il termine "interferenza" («*cosa vuol dire, per esempio, interferire? Vuol dire illecita interferenza o anche qualsiasi lecita interferenza?*»), si limitarono a proporre di integrare il primo articolo aggiungendo un secondo comma dal seguente contenuto: «*Si considera inoltre segreta ogni associazione che non renda periodicamente pubblico l'elenco dei propri iscritti, partecipanti e affiliati, rifiuti, ove richiesta, di darne comunicazione al Ministro dell'interno o al prefetto competente per territorio, o, in qualunque altro modo, lo dissimuli*»; il testo si basava su una esemplificazione formulata dall'allora Ministro di grazia e giustizia Giuliano Vassalli in risposta all'interrogazione presentata al Sentato nel novembre del 1989 (n. 4-04050).

dell'associazionismo criminale «comune» –, prevedendo anche l'aggravante dell'uso delle armi[184].

Ma l'illustre penalista suggerì anche l'introduzione di una fattispecie ibrida: «una fattispecie a cavallo tra criminalità comune e politica, che tenga conto sul terreno della struttura dei rapporti, delle connivenze e delle collusioni illecite che sempre più frequentemente si instaurano tra politici, pubblici amministratori, esponenti degli apparati civili e militari dello stato e uomini di affari per commettere reati contro la pubblica amministrazione o contro il patrimonio, abusando delle pubbliche funzioni o prerogative e della qualità di appartenenti ad enti o istituzioni pubbliche»[185]. Secondo l'Autore, l'opportunità di questa nuova fattispecie era evidente «sol che si consideri da un lato che difficilmente questi illeciti rapporti si traducono nella tradizionale struttura della associazione per delinquere, dall'altro che le connivenze che legano gli appartenenti a queste consorterie criminali trovano la loro migliore conferma nei tipi di reati – contro la pubblica amministrazione, contro il patrimonio e contro l'economia – che costituiscono il fine specifico del gruppo criminale»[186].

Altra autorevole dottrina, favorevole ad «una scelta repressiva maggiormente sensibile alle esigenze di tutela avvertite nell'attuale momento storico», ha proposto di «procedere penalmente contro siffatte associazioni, già ancor prima ch'esse abbiano intrapreso quell'opera volta a condizionare e a corrompere le pubbliche amministrazioni, che rappresenta oggi il maggior pericolo per la sopravvivenza dell'assetto democratico dello Stato»[187].

---

[184] G. NEPPI MODONA, *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, cit., pp. 381 e 383.

[185] *Op. cit.*, p. 382.

[186] *Op. cit.*, p. 383.

[187] G. DE FRANCESCO, Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 95, il quale prosegue: «Tali perplessità non vengono tuttavia ad infirmare la plausibilità sul piano della tecnica normativa della scelta adottata, la quale, come si è più volte ribadito, appare conciliabile con quelle forme associative il cui programma non risulti intrinsecamente criminoso; esse sollecitano, semmai, ad un ripensamento in chiave politico criminale, il quale giunga eventualmente a valorizzare l'esigenza di colpire più duramente forme associative che nel contesto sociale attuale sopravanzano per la loro maggiore diffusione ed insidiosità fenomeni, come quello

Altri ancora hanno, invece, ritenuto preferibile «restare ancorati all'attuale associazione segreta come prevista dall'art. 1 della l. 25 gennaio 1982, n. 17»[188].

10.4. Alcune delle più importanti Commissioni di riforma del Codice penale si sono occupate del tema. Ci riferiamo alle Commissioni presiedute dal Prof. Antonio Pagliaro (1988) e dal Prof. Carlo Federico Grosso (1998), che hanno proposto di introdurre il reato di associazione segreta nel Codice penale.

La prima[189] suggerì di inserire il delitto tra i «*Reati contro la Repubblica*» offensivi dell'*ordine costituzionale* – come fattispecie sussidiaria dei delitti di «associazione eversiva» e di «cospirazione politica» –, il cui «baricentro d'offensività» è stato considerato «direttamente riconducibile all'art. 18.2 Cost.» e «la cui rilevanza politica emerge dalle finalità che il sodalizio persegue»[190]. La formulazione avanzata, seppur con alcune variazioni, non si discosta da quella attuale, uniformandosi «in larga parte alla disciplina vigente»[191]; si precisa però che l'associazione è "segreta" se «la sua esistenza sia occultata, nel senso che gli associati, o taluni di essi, siano vincolati a tenere segreta l'esistenza dell'associazione o la loro partecipazione ad essa, ovvero che gli associati o taluni di essi debbano rimanere reciprocamente sconosciuti, ovvero che le finalità e le attività dell'associazione siano occultate o dissimulate»[192].

delle associazioni fasciste, che appaiono invece sempre più come il retaggio di un lontano (e si spera per sempre) passato politico».

188 G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, cit., p. 1167.

189 Il testo della Relazione e dell'articolato è consultabile, oltre che sul sito del Ministero della Giustizia (*www.giustizia.it*), in *Ind. pen.*, 1992, 3, p. 579 ss., in *Giust. pen.*, 1994, II, c. 88 ss., e in *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno legge-delega al Governo*, a cura di M. Pisani, Padova, Cedam, 1993.

190 *Relazione* del 25 ottobre 1991.

191 *Relazione* del 25 ottobre 1991.

192 Art. 127, co. 3, della *Proposta di articolato* del 25 ottobre 1991, sempre ai sensi del quale il delito di associazione segreta consiste nel fatto di chi «*promuove, costituisce, organizza o dirige un'associazione segreta diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di rappresentanze diplomatiche, di organi giudiziari, di amministrazioni od enti*

Nel Progetto "Grosso"[193] la fattispecie di associazione segreta è contemplata tra i «*Delitti contro lo Stato*», e si assume la segretezza «come una connotazione criminale di valenza oggettivamente politica». La Commissione era però consapevole che, con riferimento a tale fattispecie, la difficoltà consisteva nell'«affrontare il problema, squisitamente politico, se davvero sia opportuno circoscrivere (come ha fatto il Progetto "Pagliaro") la rilevanza penale alla circostanza che si tratti di associazione segreta "diretta ad interferire sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali, di rappresentanze diplomatiche, di organi giudiziari, di amministrazioni od enti pubblici, o sull'attività di pubblici servizi", ovvero sia necessario sanzionare penalmente di per sé la violazione della norma costituzionale (art. 18 Cost.), che stabilisce senza mezzi termini che "sono vietate le associazioni segrete"»[194].

10.5. Quest'ultima soluzione è stata avanzata dapprima nella Proposta di legge presentata alla Camera dei deputati nel 2017, recante "*Modifiche alla legge 25 gennaio 1982, n. 17, e altre disposizioni in materia di*

pubblici, o sull'attività di pubblici servizi»; si prevede anche la punibilità di «*chi partecipa all'associazione*».

[193] Le Relazioni e gli articolati sono consultabili, oltre che sul sito del Ministero della giustizia (*www.giustizia.it*), anche in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 2, p. 600 ss., in *Per un nuovo codice penale*, Vol. 2, *Relazione della Commissione Grosso*, a cura di C. F. Grosso, Padova, Cedam, 2000, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 2, p. 574 ss. (per la *Relazione* del 12 settembre 2000 e per la *Relazione alle modifiche al testo del progetto* e l'*Articolato* del 26 maggio 2001).

[194] *Relazione* del 15 luglio 1999, considerazione ripresa nell'*Allegato alla Relazione* del 15 luglio 1999, recante "*La disciplina del concorso di persone nel reato. I reati associativi*", al paragrafo "*Delitto tentato e delitti di attentato*". Nel medesimo allegato, la Commissione condivide sostanzialmente le scelte del Progetto "Pagliaro" riguardanti la riforma dei reati associativi contro la personalità dello Stato, tra cui quello di associazione segreta, e dichiara che «non ravvisa tuttavia l'opportunità di procedere ad una loro precisa formulazione, essendo a questo scopo necessaria una più ampia riflessione sulla ristrutturazione dei delitti politici». Anche nel Disegno di legge recante "*Riforma del Titolo I del Libro secondo del codice penale*" del 1999 (S. 3966, XIII Legislatura – Senato della Repubblica) si è ritenuto di non inserire tra i «*Delitti contro la Repubblica*» (Titolo I) il delitto di associazione segreta e altri reati contenuti in leggi complementari aventi «un'offensività con connotati simili», in quanto ciò «avrebbe comportato una revisione generale di una legislazione speciale, spesso assai complessa».

incompatibilità"[195], e poi nel Disegno di legge presentato al Senato nel 2018, concernente la incompatibilità della partecipazione dei funzionari pubblici alle associazioni segrete[196]. In entrambi i provvedimenti – oltre al consueto aumento delle pene e all'attribuzione della competenza al tribunale collegiale[197] – si prevede l'eliminazione del riferimento alla

[195] C. 4328, XVII Legislatura – Camera dei Deputati, presentata il 24 febbraio 2017 e assegnata alla I Commissione Affari Costituzionali in sede referente il 10 aprile 2017, in cui si propone di sostituire l'art. 1 L. cit. con il seguente: «*Si considerano associazioni segrete, come tali vietate dell'articolo 18 della Costituzione, quelle che, anche all'interno di associazioni palesi, occultano la loro esistenza ovvero tengono segrete congiuntamente finalità e attività sociali ovvero rendono sconosciuti, in tutto o in parte e anche reciprocamente, i soci*» (art. 1, lett. *a*); e di sostituire l'art. 2 L. cit. con il seguente: «1. *Chiunque promuove o dirige un'associazione segreta, ai sensi dell'articolo 1, o svolge attività di proselitismo a favore della stessa è punito con la reclusione da tre a sette anni.* – 2. *La condanna a una pena inferiore a cinque anni importa l'interdizione dai pubblici uffici per dieci anni.* – 3. *Chiunque partecipa a un'associazione segreta è punito con la reclusione da due a cinque anni. La condanna importa l'interdizione per cinque anni dai pubblici uffici.* – 4. *La competenza a giudicare è del tribunale in composizione collegiale*» (art. 1, lett. *b*). Le modifiche sono giustificate per «rafforzare le previsioni della legge Anselmi (che più opportunamente dovremmo chiamare legge Spadolini) per farne uno strumento più idoneo allo scopo», consentendo l'uso delle intercettazioni «ma anche riportando nell'alveo ancora più strettamente costituzionale la previsione di cui all'articolo 1 della medesima legge n. 17 del 1982».

[196] Si tratta del D.D.L. recante "*Disposizioni in materia di incompatibilità con la partecipazione ad associazioni che comportano vincolo di obbedienza come richiesto da logge massoniche o ad associazioni fondate su giuramenti o vincoli di appartenenza*" (S. 364, XVII Legislatura – Senato della Repubblica) (v. nt. 13 della PARTE PRIMA del presente scritto in questa *Rivista*, 2020, n. 2, p. 4 ss.).

[197] Nel D.D.L. del 2018 si propone di sostituire l'art. 2 della L. n. 17 n. 1982 con il seguente: «1. *Chiunque promuove o dirige un'associazione segreta, ai sensi dell'articolo 1, o svolge attività di proselitismo a favore della stessa è punito con la reclusione da tre a sette anni. La condanna a una pena inferiore a cinque anni importa l'interdizione dai pubblici uffici per cinque anni*. – 2. *Chiunque partecipa a un'associazione segreta è punito con la reclusione da due a cinque anni. La condanna importa l'interdizione dai pubblici uffici fino a cinque anni*. – 3. *La competenza a giudicare è del tribunale in composizione collegiale ai sensi dell'articolo 33*-bis *del codice di procedura penale*» (art. 1, lett. *b*). Praticamente identica è la formulazione contenuta nella Proposta di legge del 2017 (art. 1, lett. *b*), salvo piccole varianti lessicali, una diversa numerazione dei commi e la durata dell'interdizione dai pubblici uffici (che per i promotori, i dirigenti e chi svolge attività di proselitismo raggiunge il picco dei dieci anni, e per i partecipanti è fissa a cinque anni).

«attività diretta ad interferire» dall'art. 1 della L. n. 17 del 1982[198], riducendo così la nozione di "associazione segreta" penalmente rilevante alla mera segretezza e determinando il definitivo slittamento del disvalore penale del fatto su quest'ultimo elemento.

Se tale soluzione appare più rispettosa del dettato costituzionale – che vieta *tout court* le «associazioni segrete», indipendentemente dall'attività svolta e dal fine perseguito –, essa si pone in evidente contrasto con i principi di materialità e di offensività del diritto penale[199].

Non prevedendosi neppure il *fine di interferire* sulle pubbliche funzioni (che, comunque, sarebbe altrettanto vago quanto l'attuale *attività diretta ad interferire*) – ossia quel dolo specifico che è lo *standard* normativo di qualunque fattispecie associativa prevista nel nostro ordinamento –, la previsione si fonderebbe, da un lato, su una *presunzione di pericolosità* per

[198] Nel D.D.L. del 2018 si prevede infatti che: «*Si considerano associazioni segrete, come tali vietate dall'articolo 18 della Costituzione, quelle che, anche all'interno di associazioni palesi, occultano la loro esistenza o tengono segrete congiuntamente finalità e attività sociali o rendono sconosciuti, in tutto o in parte e anche reciprocamente, i soci*» (art. 1, lett. *a*). Anche la suddetta formulazione è praticamente identica a quella contenuta nella Proposta di legge del 2017, salvo piccole varianti lessicali (al posto delle congiunzioni "o" è usato "ovvero").

[199] Più in generale, inoltre, osserva V. DE SANTIS, *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, cit., pp. 21 e 22, che è difficile immaginare che una legge di tal sorta «possa passare indenne al vaglio di costituzionalità; ritenere che le associazioni segrete siano illecite in quanto tali, a prescindere dal rilievo politico/pubblico dei fini assunti, contrasta con l'esigenza di tutelare in modo più ampio possibile il fenomeno associativo. Non si vede peraltro come tale divieto potrebbe concretamente operare, in considerazione dell'ampiezza del fenomeno e dell'irrilevanza per l'ordinamento di molti dei fini (culto, beneficienza …) che un'associazione segreta potrebbe perseguire. Invero, sotto il profilo operativo, il divieto di istituire associazioni segrete di qualsiasi genere potrebbe esplicare effetti solo laddove esistesse anche un generale regime di pubblicità delle associazioni […]. Nel caso contrario, il divieto di istituire associazioni segrete sarebbe destinato alla non applicazione per la vastità del fenomeno oppure – e sarebbe ancora più grave – potrebbe costituire il fondamento per restrizioni arbitrarie o illiberali della libertà di associazione».

i beni giuridici tutelati – di cui, tra l'altro, si perde traccia[200] –, come tale inaccettabile per un diritto penale dell'offesa[201]; e, dall'altro, ipotizzando e presumendo che l'associazione si costituisca allo scopo di commettere reati (e non semplici fatti) offensivi di non ben determinati beni giuridici, sul *mero accordo* irrilevante ai sensi dell'art. 115 C.p.[202], situazione inaccettabile per un diritto penale della materialità.

Insomma, rientreremmo a pieno titolo nella categoria dei cc.dd. "reati di scopo", «coi quali si incrimina non l'offesa ad un bene giuridico, ma la realizzazione di certe situazioni che lo Stato ha interesse a che non si realizzino»[203], che, nel nostro caso, sarebbe appunto l'associarsi segretamente. In particolare, il delitto di "mera associazione segreta" assumerebbe i caratteri dei cc.dd. "reati ostacolo" (o "ostativi"), che «rientrano nel campo della mera prevenzione», in quanto «incriminazioni, lontanamente arretrare, che non colpiscono

[200] Ma che, vista la *ratio* della legge sulle associazioni segrete, potrebbero continuare a considerarsi l'ordine democratico e il buon andamento e l'imparzialità della pubblica amministrazione.

[201] Con riferimento alla proposta di modifica della Commissione "Pagliaro", che «sembra costruire la fattispecie in chiave meramente associativa, non richiedendo che vengano poste in essere dagli associati attività dirette alla realizzazione del programma criminoso», G. SPAGNOLO, *Criminalità organizzata e reati associativi: problemi e prospettive*, cit., p. 1167, ha rilevato il potenziale «impoverimento della fattispecie sul piano della tipicità». G. DE FRANCESCO, *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, cit., p. 145, rilevava, con riferimento al divieto di cui all'art. 18 cpv. Cost., che «non può non lasciare perplessi l'idea che la Costituzione abbia adottato, in materia di associazioni segrete, uno schema repressivo del tutto analogo a quello dei codici della Restaurazione. Invero, se la scelta di colpire l'associazione sulla base del semplice "sospetto" della sua illiceità si poneva perfettamente in linea con le tendenze autoritarie proprie di tali codici, essa appare, viceversa, del tutto incompatibile con un ordinamento saldamente ancorato ai principi di materialità ed offensività del reato, ed al riconoscimento costituzionale della "personalità" della responsabilità penale».

[202] Non è perciò condivisibile l'opinione di S. CASSARINO, *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, cit., p. 231, il quale affermava che il divieto costituzionale, colpendo «l'intenzione del segreto», non «viola il principio penalistico *cogitationis nemo poenam patitur*, poiché, mentre rispetto all'individuo l'intenzione rimane in una sfera psicologica interiore, nel caso dell'associazione essa si manifesta all'esterno, incidendo sulla struttura e sull'attività sociali».

[203] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], cit., p. 208.

comportamenti offensivi di un bene, ma tendono a *prevenire* il realizzarsi di azioni affettivamente lesive o pericolose, mediante la punizione di atti che sono la *premessa idonea* per la commissione di altri reati […], in sé equivoci, potendo sfociare in vari delitti ma anche in fatti del tutto irrilevanti»[204].

Come si è detto più volte, se, da un lato, ogni associazione che persegue scopi vietati dalla legge tenderà a mantenere segreto tutto ciò che conta in relazione alle circostanze in cui agisce, dall'altro, è tutto da provare che un'associazione che nasconda la propria esistenza o le proprie attività agisca illecitamente.

Sono ancora attuali allora le parole espresse da Giovanni Battista Ferri all'indomani della scoperta della P2: «In tema di associazioni segrete, il tempo sembra essersi fermato. Sostanzialmente immutata è rimasta la *qualità* dei giudizi negativi; identico sembra il tipo di approccio al problema, in bilico tra imbarazzo, sospetto ed anche con qualche, non ben celata enfasi melodrammatica. Ma questo è, certamente, il modo peggiore per cercare di capire il problema; per cercare di ricondurlo, anche in ragione della legislazione vigente, a termini più concreti e a una dimensione meno "drammatica"»[205].

11. *Conclusioni e proposte* de jure condendo

11.1. Possiamo ora tirare le fila del nostro discorso e pervenire a poche sintetiche conclusioni, che, in definitiva, convergono sulla fragilità della fattispecie incriminatrice di associazione segreta.

Abbiamo asserito che l'interpretazione restrittiva della legge penale appare, per diverse ragioni, la più corretta. Allo stesso tempo, però,

[204] F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*[10], cit., p. 216. Tali reati sarebbero da recuperare almeno tra i cc.dd. "reati di sospetto", in ragione della presunzione "relativa" che li contraddistingue. Sempre secondo il grande penalista, infatti, questi ultimi, similmente ai primi, «riguardano comportamenti in sé né lesivi né pericolosi di alcun interesse, ma che lasciano *presumete* l'avvenuta commissione non accertata o la futura commissione di reati»; al contrario dei reati "ostacolo", però, comportano un'*inversione dell'onere della prova* della liceità del fatto, gravante quindi non sul giudice ma sul sospettato, che viene punito «in mancanza di una *probatio* liberatoria *plena*, per ragioni anche da lui non dipendenti» (*op. cit.*, p. 215-216).

[205] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 30.

abbiamo rilevato che, essendo probabile che l'attività di interferenza sfoci nella commissione di reati (consumati o tentati) – soprattutto se soggetto agente è un pubblico ufficiale –, l'associazione segreta finirà per configurarsi come nient'altro che una *species* di associazione per delinquere (art. 416 C.p.), e solo l'auspicato rispetto dei principi del *ne bis in idem* sostanziale e di sussidiarietà eviterà agli affiliati la doppia condanna.

Ancora. Come messo in rilievo dalla *Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere*, la legge Anselmi sembra non aver offerto uno strumento adeguato per perseguire il reato in esame, «nonostante si tratti di fattispecie associativa con rilevante disvalore sociale», in quanto la *pena edittale* prevista «dà luogo sia a termini di prescrizione tali da non consentire indagini approfondite (che si rivelano invece di particolare complessità, anche per le difficoltà intrinseche nell'individuazione di un'associazione che è segreta per definizione), sia a un sistema investigativo privo di strumenti fondamentali, come quello delle intercettazioni»[206].

[206] *Relazione sulle infiltrazioni di cosa nostra e della 'ndrangheta nella massoneria in Sicilia e Calabria*, del 21 dicembre 2017 (Doc. XXIII, n. 33, cit., pp. 87-88). Secondo la Commissione, inoltre, «la legge è rimasta sostanzialmente disapplicata, essendosi risolta, di fatto, in una legge *ad societatem* condannata all'ineffettività sia per il principio dell'irretroattività (non potendo estrinsecarsi sulla vicende della Loggia P2 per le quali era stata emanata); sia perché, comunque, non è stata in grado di rispecchiare le dinamiche associative che si sviluppano occultamente in ambito socio-politico tant'è che le relative indagini, negli anni, non hanno di solito prodotto alcun esito o, più spesso, si sono avvalse del diverso strumento dell'articolo 416-*bis* del codice penale; sia perché l'irrisoria pena edittale prevista dall'articolo 2 della legge per il delitto di partecipazione ad associazioni segrete incide, comunque, sulla concreta perseguibilità delle stesse» (p. 66). Si conclude che «una tale tipologia di fenomeno merita quantomeno di essere trattata in maniera non parcellizzata, poiché una singola risultanza probatoria, se non letta congiuntamente a quanto avviene nell'ambito di un più vasto territorio, non potrà mai rilevarsi idonea a dimostrare significative interferenze sull'esercizio delle funzioni di organi costituzionali e di amministrazioni pubbliche. Sarebbe pertanto opportuno modernizzare la legge n. 17 del 1982 trattando la fattispecie associativa in essa contemplata al pari di altre associazioni per delinquere previste nel nostro ordinamento e inserendola tra i reati di competenza delle procure distrettuali» (p. 88; la Commissione riprende parzialmente le considerazioni di A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 125).

I rilievi sono esatti e pienamente condivisibili. Sarà difficile accertare l'esistenza di un'associazione segreta senza il mezzo delle intercettazioni. La semplice denuncia del funzionario pubblico che abbia percepito di essere oggetto di particolari attenzioni – eventualità, tra l'altro, altamente improbabile nel caso in cui lo stesso sia legato da rapporti di amicizia, di parentela, di colleganza o di subordinazione con l'affiliato –, potrebbe non essere sufficiente. Se si considera, inoltre, l'esiguità della pena edittale – che rende prescrittibile il reato nel termine di sei anni (ex art. 157, co. 1, C.p.) –, la fattispecie è condannata all'inapplicabilità. Come la vicenda "P3" dimostra, l'esistenza di una associazione segreta emergerà, con ogni probabilità, in occasione di indagini per altri reati (tra cui, appunto, quelli associativi ex art. 416 o 416-*bis* C.p.), costituendo l'interferenza una condotta preparatoria o accessoria a quella principale.

La scarsità di precedenti giurisprudenziali ci sembra che confermi l'assunto. Risulta arduo credere che, dopo la dissoluzione della P2, solo la c.d. "P3" abbia interferito sulle funzioni pubbliche. La "cifra nera" delle interferenze, come quella di molti altri reati, è plausibilmente molto più alta di quella che si possa credere, anche considerando che, nella forma che riteniamo più ricorrente, cioè quelle della istigazione a commettere reati, l'interferenza comporta un grado minore di coinvolgimento attivo e fattuale da parte del soggetto agente, soprattutto se quest'ultimo è amico, parente, collega o superiore gerarchico del funzionario pubblico[207].

Pensiamo, però, che la soluzione non sia l'aumento dei limiti edittali di pena, né tanto meno ridurre il disvalore del fatto alla mera segretezza, come recentemente proposto dai disegni di legge di modifica della legge Anselmi.

[207] Chissà se corrisponde al vero l'affermazione di A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 134, secondo cui, «aldilà del *topos* dei rami deviati della massoneria, si aprono spazi di sussumibilità nell'art. 1, legge n. 17/1982, difficilmente contenibili e governabili, che la giurisprudenza non ha ancora sondato, o perché non immune essa stessa, a livello istituzionale, da metodi poco trasparenti, o perché tollerante (in qualche caso, addirittura compiacente) nei confronti di simili degenerazioni strutturali».

11.2. Come dichiarato da Giovanni Battista Ferri, il tema delle associazioni segrete è «serio» e «non si può affrontare puntando indici inquisitori o alzando la voce. Il tema richiede al contrario, pacatezza e, perché no?, anche buon senso»[208].

Ciò è talmente vero che non possiamo esimerci dal rilevare come un'opera di modifica della legislazione sulle associazioni segrete risulterebbe per diverse ragioni del tutto inutile.

Innanzitutto, vista la stretta contiguità con il fenomeno dell'associazione per delinquere e con i reati contro la pubblica amministrazione, avrebbe poco senso e sortirebbe scarsi risultati mantenere una fattispecie di associazione segreta senza procedere alla *rivisitazione e al coordinamento dei reati associativi e dei reati contro la pubblica amministrazione*, che compongono un sistema estremamente frammentario[209]; un'opera di riordino necessaria al fine di rimediare alla eccessiva «artificiosa proliferazione» di fattispecie, spesso aventi finalità «simbolico-repressive»[210], di cui un esempio è proprio il reato di associazione segreta.

---

[208] G.B. FERRI, *Le associazioni segrete*, cit., p. 27. Secondo il giurista, «pur non sfuggendoci l'elemento della pericolosità insito nella "segretezza", volerla indiscriminatamente "demonizzare" mi sembra indice di una cultura e di una mentalità un po' provinciale» (*op. cit.*, p. 32). Nel medesimo scritto, l'Autore si espresse polemicamente nei confronti del convegno organizzato dal Pci ad Arezzo nel novembre del 1982, dal titolo «*La vicenda della P2, poteri occulti e Stato democratico*», definito «un enorme *pamphlet* politico, tanto scontato, quanto banale» (*op. cit.*, p. 39, nt. 41); al convegno è seguita nel 1983 la pubblicazione del libro di M. RAMAT – G. D'ALEMA – S. RODOTÀ – L. BERLINGUER, *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, cit.

[209] Per le varie proposte di riforma dei reati associativi cfr. fra i tanti: G. DE FRANCESCO, Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, cit., p. 79 ss.; G. BRUNELLI, *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, cit., p. 205 ss., in particolare per i reati associativi politici.

[210] Rilevano saggiamente G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*[7], cit., p. 724, che il fenomeno della «artificiosa proliferazione» delle fattispecie incriminatrici, che si è manifestato, ad esempio, con la legislazione antiterrorismo «che ha introdotto figure di reato politico ritagliate su fatti per vero già punibili mediante le preesistenti fattispecie politiche del codice Rocco», finisce «con l'aggravare il rischio che *uno stesso fatto delittuoso* subisca *più di una qualificazione penale*».

Il rango dei beni giuridici tutelati, inoltre, dovrebbe indurre a chiedersi perché condizionare il reato all'esistenza di una associazione, per di più segreta. La segretezza, come abbiamo cercato di evidenziare, è un requisito eccessivamente "debole", dotato di scarso disvalore, o, perlomeno, come l'esperienza insegna, è una caratteristica, un modo di essere di gran parte delle organizzazioni criminali. In secondo luogo, è più probabile che sia il singolo, isolatamente, a interferire quotidianamente con i pubblici poteri, grazie alla propria rete di conoscenze o per il ruolo pubblico che ricopre. In un'ottica *de jure condendo*, allora, l'interferenza dovrebbe rilevare penalmente in sé, in quanto lesiva del bene giuridico del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, indipendentemente dal fatto che tale condotta sia compiuta da una associazione, segreta o palese, ovvero dal singolo, e prevedendosi al più la segretezza come *circostanza aggravante*, che il sistema già prevede all'art. 339 C.p.[211].

Come emerge, poi, dalle conclusioni di coloro che, a vario titolo, si sono occupati della vicenda piduista – compresi i relatori della Commissione parlamentare d'inchiesta –, la P2 ha rappresentato un fenomeno che, indipendentemente dalla dimensione realmente assunta, ha trovato nel *sistema politico partitico* un terreno fertile dove germinare fino a ramificarsi nei settori più delicati della vita pubblica[212].

---

[211] Si potrebbe, dunque, estendere l'applicazione di quest'ultimo articolo al reato di associazione segreta, e, per ragioni di determinatezza, introdurre nell'art. 339 C.p. la definizione di associazione segreta contenuta nella legge Anselmi.

[212] Tutte le *Relazioni* della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla P2 concordano sul punto. Nella *Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., p. 144, si legge in particolare: «Quale concreta percezione nelle forze politiche si sia avuta della esistenza di questi fenomeni così collegati – nella loro consistenza e nel loro intrinseco e reciproco significato politico – come essi abbiano interagito con i concreti processi decisionali, quali ulteriori connivenze ad ogni livello ed in ogni settore abbiano registrato per esplicare la loro funzione, questi sono argomenti per i quali non si dispone di elementi sufficienti al fine di più mature conclusioni. Il contributo che si può portare al dibattito delle forze politiche è l'affermazione non controvertibile dell'esistenza di questa struttura legata, in modo funzionale, ad una situazione politica determinata e la verifica che non costituì ostacolo al suo approntamento, né fu presidio sufficiente contro il pericolo che essa rappresentava, la realizzazione dell'accordo di più ampia portata tra le forze democratiche». Nella *Relazione di minoranza* dell'On. G. Pisanò, cit., p. 157, si dichiarò

E la vicenda della c.d. "P3", oltre confermare l'assunto, lo estende all'intero *sistema della pubblica amministrazione*.

11.3. Per quel poco che ci è dato ricavare dalla vicenda giudiziaria citata, la dimensione in cui l'associazionismo segreto di stampo moderno ha dimostrato di muoversi è sempre quella della "criminalità politico-amministrativa" – in cui predominano la corruzione e l'abuso d'ufficio –[213], che pervade ogni settore e ambito della vita pubblica (sanità, università, ricerca, municipalizzate, servizio televisivo, ecc.) ed è spesso fondata sulla «articolazione particolaristica di tipo clientelare»[214]. Il perseguimento di vantaggi personali, infatti, «spinge gli individui a creare un rapporto personale di scambio di favori con funzionari della pubblica amministrazione ovvero con esponenti politici con posizioni elettive o anche solo interne a un partito di governo»; una situazione che «di solito si sviluppa in un contesto caratterizzato sia da una cultura politica "suddita", in cui cioè partecipazione del cittadino e azione diretta anche di protesta non sono tra le prospettive effettivamente praticabili, sia da un'economia poco

che «un fenomeno come la "P2" non è controllabile o eliminabile sulla base di provvedimenti legislativi o amministrativi, perché è il prodotto di un sistema politico corrotto e corruttibile, inquinato e inquinabile». Più benevolo G. GALLI, *La venerabile trama. La vera storia di Licio Gelli e della P2*, cit., p. 19, per il quale «destra e sinistra convergono ancora nel preferire a una seria assunzione di responsabilità, nazionale e collettiva, lo scaricare, ormai in sede storica, su altri (Stati Uniti) o su istituzioni specifiche e settoriali (servizi segreti, Massoneria) la responsabilità del mediocre funzionamento di un sistema politico (la cosiddetta Prima Repubblica) nel quale i vertici di partito hanno sistematicamente male interpretato e disatteso i pronunciamenti dell'elettorato».

213 Quando, ad esempio, raffrontando le associazioni segrete e le *lobbies*, si afferma che «Alla base del difetto di effettività della legge n. 17/1982 si pone la percezione della difficoltà di limitarne e gestirne l'applicazione una volta che la fattispecie sia posta a contatto e a confronto con le attività di mediazione politico-affaristica e con il "sottobosco" di infiltrazioni e di influenze, sul quale germina la criminalità politico-amministrativa» (A. GARGANI, *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, cit., p. 134), non si afferra che è proprio questa la natura e la dimensione criminologia dell'associazione segreta (che solo eventualmente può caratterizzare anche le *lobbies*).

214 Così M. COTTA – D. DELLA PORTA – L. MORLINO, *Scienza politica*, cit., p. 190, con riferimento ai gruppi di pressione.

sviluppata e dipendente dall'intervento pubblico, e da una società scarsamente strutturata e autonoma»[215].

Di fronte a tale sconfortante scenario, che purtroppo riflette l'attuale situazione italiana, ogni legislazione episodica, frammentaria e propagandistica – anche quella penale e più repressiva[216] – sarà, a nostro parere, destinata a fallire[217]. E se una riforma dell'intero ordinamento giuridico – improntato senza dubbio anche al principio di trasparenza[218] – è per il momento una prospettiva del tutto velleitaria, la c.d. "questione morale" ritorna nel nostro Paese più attuale e urgente che mai[219].

---

[215] M. COTTA – D. DELLA PORTA – L. MORLINO, *Scienza politica*, cit., p. 190. Come si vede, la triste descrizione riferita ai gruppi di pressione si attaglia perfettamente anche al fenomeno dell'associazionismo segreto.

[216] Nella *Relazione di minoranza* dell'On. G. Pisanò, cit., p. 157, si avanzò la proposta di istituire una "Commissione parlamentare permanente di vigilanza e di controllo dell'apparato dello Stato e del parastato", con «poteri di indagine della magistratura» e «senza alcun vincolo di segreto, tenendo le sedute in forma pubblica». Con riferimento alla massoneria, si è sostenuto in dottrina che, sul terreno giuridico-penale, l'unica soluzione sarebbe quella di perseguire i «delitti associativi commessi in conseguenza del vincolo massonico», ma non della associazione massonica in sé (M. RAMAT, *Itinerari della massoneria nel dopoguerra*, in M. RAMAT – G. D'ALEMA – S. RODOTÀ – L. BERLINGUER, *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, Bari, De Donato, 1983, pp. 41-42).

[217] Per A. SUMMA, *Poteri occulti e istituzioni democratiche. Il divieto di associazioni segrete*, cit., p. 49, il problema delle associazioni segrete «attiene più in generale al rapporto tra stato-apparato e stato-comunità. Il nodo centrale da dipanare ruota intorno al concetto di potere: le forme e i modi in cui esso è gestito in una società democratica in trasformazione, nel momento in cui le vecchie istituzioni politiche appaiono inadeguate alla rappresentanza dei nuovi gruppi di interesse emergenti nella realtà economico-sociale del paese. La soluzione non va quindi ricercata unicamente su di un piano penalistico, bensì in una strategia complessiva che deve mirare ad rafforzare e ad ammodernare le forme e i modi del dibattito democratico, nell'intento di dare alla rappresentanza politica e più in generale all'esercizio del potere una trasparenza ed una controllabilità adeguata».

[218] Su tale principio la Commissione d'inchiesta sulla P2 ha focalizzato l'attenzione nelle "considerazioni finali e proposte" (*Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., p. 159 ss.).

[219] Come fu opinione anche della Commissione d'inchiesta sulla P2, per la quale la questione morale e la riforma delle istituzioni rappresentavano due problemi di «preminente rilievo», perché «vertono sul ruolo che l'ortodossia dei comportamenti

«*Quid leges sine moribus?*»[220].

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI*

Voci enciclopediche (ad esclusione di quelle dedicate ai reati contro l'ordine pubblico e la personalità dello Stato, alcune delle quali comunque citate nel testo, che ne contengono solo accenni): DE FRANCESCO G., voce *Associazioni segrete e militari nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, Vol. I, Torino, Utet, 1987, p. 316 ss.; PIOLETTI G., voce *Società (associazioni) segrete*, in *Nss. Dig. It.*, Appendice VII, Torino, Utet, 1987, p. 444 ss.

Monografie e opere collettanee: AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, Atti della Tavola rotonda promossa dall'Istituto Internazionale di Studi Giuridici, Roma 27 ottobre 1981, Roma, Istituto per la documentazione e gli studi legislativi, 1982 (estratto del fascicolo n. 1 della rivista *Rassegna Parlamentare* del 1982, i cui scritti più importanti vengono citati nella presente bibliografia alla voce "*Altri scritti*"); BARBIERA L. – CONTENTO G. – GIOCOLI NACCI P., *Le associazioni segrete. Libertà associativa e diritto dell'associato tra legge Rocco (1925) e legge sulla P2 (1982)*, Napoli, Jovene, 1984; GALLISAI PILO M.G., *Le associazioni segrete. Profili penali*, Padova, Cedam, 1990; RAMAT M. – D'ALEMA G. – RODOTÀ S. – BERLINGUER L., *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, Bari, De Donato, 1983; ROSSETTI C.G., *L'attacco allo Stato di diritto. Le associazioni segrete e la Costituzione*, Napoli, Liguori, 1994 (il testo, però, è

individuali e la compiuta capacità delle istituzioni a dare risposta ai problemi della realtà sociale rivestono ai fini di un ordinato procedere della vita democratica» (*Relazione della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla loggia massonica P2*, cit., pp. 165-166). Si ricordi che, pochi mesi dopo la scoperta della P2, Enrico Berlinguer rilasciava a Eugenio Scalfari una nota intervista sul quotidiano *La Repubblica* del 28 luglio 1981 (dal titolo "*Dove va il Pci? Intervista a Berlinguer*"), in cui il politico denunciava la degenerazione dei partiti politici, sollevando la "questione morale" – considerata «il centro del problema italiano» – e, richiamando anche la vicenda P2, concludeva nel seguente modo: «quando si chiedono sacrifici al paese e si comincia con il chiederli – come al solito – ai lavoratori, mentre si ha alle spalle una questione come la P2, è assai difficile ricevere ascolto ed essere credibili. Quando si chiedono sacrifici alla gente che lavora ci vuole un grande consenso, una grande credibilità politica e la capacità di colpire esosi e intollerabili privilegi. Se questi elementi non ci sono, l'operazione non può riuscire».

[220] Q. ORAZIO FLACCO, *Carmina*, III, 24, v. 35.

dedicato interamente al fenomeno mafioso e in cui non è contenuto alcun riferimento alla legge sulle associazioni segrete, ma solo qualche sporadico accenno alla vicenda della P2).

Altri scritti: ALBAMONTE A., *I «gruppi di potere occulto» nella legge n. 17 del 25 gennaio 1982*, in *Riv. pen.*, 1983, pp. 5-6; BRUNELLI G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 178 ss. e 235 ss.; CASSARINO S., *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, in *Dir e giur.*, 1950, p. 225 ss.; CIMMINO A., *I rapporti tra massoneria e mafia in una recente decisione della Suprema Corte*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 18 dicembre 2018; CUOMO C., *Le associazioni segrete e l'art. 18 della Costituzione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Vol. II, Padova, Cedam, 1985, p. 183 ss.; DE FRANCESCO G., *I reati di associazione politica. Storia, costituzione e sistema nell'analisi strutturale delle fattispecie*, Milano, Giuffrè, 1985, pp. 13 ss. e 138 ss.; ID., Societas sceleris. *Tecniche repressive delle associazioni criminali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1, p. 92 ss.; DE SANTIS V., *Il divieto di istituire associazioni segrete. Obblighi di trasparenza dei dipendenti pubblici e tutela del pluralismo associativo*, in *federalismi.it*, 2017, 22, p. 2 ss.; FAMÀ F., *Libertà di associazione e divieto di segretezza nella Costituzione e nel T.U. leggi P.S.*, in *Giur. merito*, 1982, 3, p. 741 ss.; FERRI G.B., *Le associazioni segrete*, in *Quad. plur.*, 1983, 1, p. 19 ss. (anche in AA.VV., *Scritti in onore di Raffaele Moschella*, a cura di B. Carpino, Perugia, Università degli Studi di Perugia, 1985, p. 241 ss.); GALLO E. – MUSCO E., *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, Pàtron, 1984, p. 63 ss.; GARGANI A., *Strutture occulte ed interferenze sui pubblici poteri*, in AA.VV., *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, Atti del convegno, Messina 11 marzo 2011, Torino, Giappichelli, 2011, p. 120 ss.; GHERGHI V., *Brevi considerazioni sulla recente disciplina legislativa in materia di associazioni segrete*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1983, 15-16, p. 1591 ss.; GIANNINI M.S., *Associazioni segrete e gruppi di potere*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1756 ss.; ID., *Una legge sbagliata per sciogliere la "Loggia P2"*, su *Il tempo* del 4 dicembre 1981 (in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 73 ss.); ID., *Le verità intermedie (a proposito della Loggia P2)*, su *Il Tempo* 4 luglio 1981 (in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 48 ss.); ID., *Circa talune pronunce amministrative concernenti la Loggia P2*, in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 51 ss.; GRISOLIA F., *La P2: uno sleale adeguamento del potere alle nuove strutture sociali*, in *Dem. e dir.*, 1982, 2, p. 249 ss.; GUSTAPANE A., *Illecito disciplinare ed appartenenza ad associazioni segrete ai sensi della l. n. 17 del 1982*, in *Foro amm.*, 1985, 6, p. 1279

ss.; ID., *Il limite della segretezza alla libertà di associazione*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1984, 66, p. 67 ss.; MACRÌ C. – MACRÌ V., *La legge antimafia. Commento per articolo della l. 646/1982 integrata dalle ll. 726 e 936/1982*, Napoli, Jovene, 1983, p. 34 ss.; MANICCIA A., *Le problematiche interpretative della condotta di «interferenza» nel reato di associazione segreta*, in *Cass. pen.*, 2019, 1, p. 144 ss.; MASTROPAOLO F., *Riserbo e segreto delle associazioni non riconosciute e associazioni segrete*, in *Quad. plur.*, 1983, 1, p. 118 ss.; MELONCELLI A., *Associazioni segrete e diritto di associazione*, in *Dem. e dir.*, 1981, 4, p. 112 ss.; ID., *Società segrete*, in AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Atti del convegno nazionale, Roma 26-28 ottobre 1981, Padova, Cedam, 1983, p. 179 ss.; NANNUCCI U., *La strana legge sull'abolizione della P2. Associazioni segrete e associazioni occulte (davvero possibile la convivenza tra funzioni pubbliche e associazioni occulte?)*, in *Cass. pen.*, 1992, 10, p. 2499 ss.; ID., *Il giudice non può essere massone*, in *Cass. pen.*, 1996, 1, p. 388 ss.; NEPPI MODONA G., *Criminalità organizzata e prospettive di riforma dei delitti contro la personalità dello stato*, in AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, Franco Angeli, 1984, p. 365 ss.; ID., *Il reato di associazione mafiosa*, in *Dem. e dir.*, 1983, 4, p. 41 ss.; NUVOLONE P., *Legalità penale, legalità processuale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 1, p. 9; ID., *Massoneria e norme penali*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 451 ss.; ID., *Massoneria e associazioni segrete*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 453 ss.; ID., *Babele del diritto*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 456 ss.; ID., *I limiti della responsabilità*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 458 ss.; ID., *Massoneria e norme penali*, in *Ind. pen.*, 1981, 2, p. 451 ss.; ID., *Oscure minacce alla democrazia*, su *Il Tempo* del 19 gennaio 1982 (in AA.VV., *Diritti civili e libertà di associazione. Limiti e garanzie giuridiche. La vicenda della Loggia Massonica «Propaganda n. 2»*, cit., p. 79 ss.); PACE A., *Art. 18*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Vol. II, *Rapporti civili. Art. 13-20*, Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1977, p. 216 SS.; ID., *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*[2], Milano, Giuffrè, 1992, p. 366 ss.; PALAZZO F.C., *La recente legislazione penale*[3], Padova, Cedam, 1985, p. 334 ss.; ID., *Associazioni illecite ed illeciti delle associazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, 2, p. 418 ss. (in particolare p. 437 ss.); PETTA P., *Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano*, in *Giur. cost.*, 1973, p. 743 ss.; ID., *Reati associativi e libertà di associazione*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, Sapere 2000, 1984, p. 195 ss.; PONTIN M., *Primi appunti sullo stato di attuazione della legge 25 gennaio 1982, n. 17, in materia di associazioni segrete*, in AA.VV., *Il delitto politico. Tra storia e cronaca*, in *Quaderni di Critica del diritto*, Ancona, Nuove ricerche, 1996, p. 137 ss.; RIDOLA P., *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 238 ss.; RIVELLO P.P., *Accertamenti amministrativi circa la partecipazione ad associazioni segrete: un intervento (almeno parzialmente) chiarificatore della Corte Costituzionale*, in *Leg. pen.*, 1989, 4, p.

595 ss.; ROBERTI G., *Strani aspetti giuridici della vicenda P2*, in *Idea,* 1982, 2, p. 39 ss.; RODOTÀ S., *La vicenda della P2. Occupazione del potere e partito politico*, in *Dem. e dir.*, 1983, 1, p. 5 ss. (anche in M. RAMAT – G. D'ALEMA – S. RODOTÀ – L. BERLINGUER, *La resistibile ascesa della P2. Poteri occulti e Stato democratico*, cit., p. 145 ss., con il titolo *P2 e Stato. Le dinamiche di occupazione del potere da parte del partito occulto*, versione citata nel testo); SCAVONE A., *La vicenda della c.d. loggia P2*, in *Giur. cost.*, 1981, I, p. 1722 ss.; ID., *Legittimità e opportunità della legge sulle associazioni segrete*, in *Crit. pen.*, 1982, 1, p. 15 ss.; SICA V., *Le associazioni nella Costituzione italiana*, Napoli, Jovene, 1957, p. 31 ss.; SIGNORELLI G., *Stato democratico e società segrete*, in *Vita sociale*, 1994, 2, p. 81 ss.; SPAGNA MUSSO E., *Il problema costituzionale della massoneria*, in ID., *Scritti di diritto costituzionale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2008, p. 1361 ss.; SUMMA A., *Poteri occulti e istituzioni democratiche. Il divieto di associazioni segrete*, in *Parlamento*, 1990, 1-2, pp. 48-49; TAMBURINO G., *Le associazioni*, in *Riv. poliz.*, 1948, 1-2, p. 418 ss.; TENCATI A., *Disciplina penale dell'associazionismo segreto*, in *Riv. pen.*, 1985, p. 757 ss.; TESTI C.A., *Le associazioni segrete. Attualità di un problema*, in *Giust. pen.*, 1981, 7, II, c. 430 ss.; TURONE G., voce *Associazioni criminose*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, Giuffrè, 1986, p. 27 ss.; ID., *Il delitto di associazione mafiosa*[2], Milano, Giuffrè, 2008, p. 369 ss.; ZAGREBELSKY G., *Disarmati contro la setta*, in *Il Sole 24 Ore* del 29 maggio 1981, p. 3; ZANZUCCHI M.T., *La libertà di associazione secondo la nuova Costituzione*, in AA.VV., *Studi in onore di Antonio Cicu*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1951, p. 493 ss.

Commentari: *Commentario a cura di Antonio Liserre*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1982, 5, p. 1228 ss. (A. Liserre, *Artt. 1, 2* e *3*; E. Balboni, *Art. 4*; A. Nova, *Artt. 5* e *6*); *Commentario breve alle leggi penali complementari*[2], a cura di C.E. Paliero e F.C. Palazzo, Padova, Cedam, 2007, p. 505 ss.

* La presente bibliografia non include le trattazioni sulle associazioni segrete contenute nei manuali di diritto pubblico e costituzionale e nelle voci enciclopediche (enciclopedie e dizionari giuridici) sulla libertà di associazione, alcune delle quali comunque citate nel testo. Gli interventi pronunciati nelle sedute dell'Assemblea Costituente di cui si fa menzione sono liberamente consultabili sul sito *www.nascitacostituzione.it*.

ABSTRACT

Il discorso giuridico moderno sull'associazionismo segreto, parte della "teoria della libertà di associazione", si sviluppa timidamente nel secolo scorso a partire da alcuni provvedimenti legislativi del regime fascista in materia di

pubblica sicurezza, e raggiunge il suo apice con l'ingresso del divieto in Costituzione al secondo comma dell'art. 18. Comunque oggetto di scarso interesse da parte della pubblicistica, la *ratio* del disposto costituzionale è stata variamente giustificata. L'assunto di fondo secondo cui il divieto poggerebbe su una presunzione assoluta di pericolosità (e, quindi, di illiceità) delle unioni clandestine – originato dalla laconicità della proposizione che non fa cenno all'attività o al fine di queste ultime, né alle conseguenze della sua violazione –, non è stato scardinato dall'orientamento dominante che ha inquadrato il fenomeno sociale in una "dimensione politica", difficilmente definibile. Anche sul versante penalistico, il contributo della dottrina si è ridotto agli scarsi commenti sull'aggravante di cui all'art. 339 C.p. Solo lo scandalo suscitato dalla scoperta della Loggia massonica "P2", all'inizio degli anni '80, ha risvegliato l'attenzione della scienza giuridica sull'argomento. Lo "tsunami" provocato a vari livelli nell'ordinamento giuridico è culminato nell'emanazione della L. 25 gennaio 1982, n. 17 (c.d. "legge Anselmi"), prototipo della c.d. "legislazione dell'emergenza" e da subito criticata per le sue potenzialità illiberali, soprattutto per i movimenti politici e i gruppi di pressione (cc.dd. "*lobbies*"). Le maggiori perplessità hanno riguardato la definizione di "associazione segreta" contenuta all'art. 1 della legge citata, e, in particolare, il riferimento allo svolgimento della «*attività diretta ad interferire*» sulle funzioni pubbliche, al cui accertamento è subordinata l'irrogazione delle sanzioni (penali, amministrative e disciplinari) previste dalla legge Anselmi. Il presente scritto vuole fornire un contributo allo studio della fattispecie incriminatrice e al concetto di "interferenza" – un termine da qualificarsi come "iperonimo" –, la cui ambiguità non consente di delimitare il perimetro oggettivo della fattispecie e il confine con altri fenomeni associativi, considerando che, per la natura dell'oggetto materiale (ossia le funzioni pubbliche), l'attività di interferenza sembra costituire una condotta già punibile ai sensi di altre fattispecie. Previa individuazione del bene giuridico tutelato, si tenterà pertanto di elencare le forme di estrinsecazione dell'interferenza che non costituiscano reato – anche alla luce delle recenti vicende giudiziarie sull'associazione denominata "P3" –, evidenziando tutta la fragilità della fattispecie e, *de jure condendo*, la necessità di una riforma complessiva dei reati associativi e dei reati contro la pubblica amministrazione, più volte auspicata dal mondo accadimento e giudiziario.

The contemporary juridical dissertation on secret associations, which is part of the "theory of freedom of association", gradually developed in the last century, starting with some legislative measures from the fascist regime in the context of public security, and finds its

culmination in the introduction of ban in the Constitution, specifically in the second paragraph of art. 18. However subject to a slight interest from publicity, the ratio *of the constitutional provision has been differently justified. The basic assumption that the prohibition relates to an absolute presumption of danger (and, therefore, illegitimacy) of clandestine unions – initiated by the laconicism of the proposition that does not mention the activity or purpose of the latter, nor the consequences of its violation – was not disrupted by the predominant orientation that framed the social phenomenon in a "political dimension", difficult to define. Also, on the criminal front, the contribution made by the doctrine was reduced to a few comments on the aggravating circumstance referred to in art. 339 C.p. It was only with the scandal aroused by the finding of the masonic Lodge called "P2", in early 1980s, that the attention from the legal science was awakened on the subject. The "tsunami" caused at various levels in the legal system culminated in the enactment of Law 25 January 1982, no. 17 (so-called "Anselmi law"), prototype of the so-called "emergency legislation" and immediately criticized for its illiberal potential, in particular for political activities and pressure groups (so-called "lobbies"). The main concerns involved the definition of "secret association" contained in art. 1 of the aforementioned Law, and, specifically, the reference to the performance of the "activity aimed at interfering" on public functions, the assessment of which is subject to the imposition of the penalties (criminal, administrative and disciplinary) established by the Anselmi law. This writing aims to provide a contribution to the study of the incriminating case and to the concept of "interference" – term qualified as "hyperonymous" –, whose ambiguity does not allow to delimit the objective perimeter of the instance and the boundary with other associative phenomena, considering that, due to the nature of the material object (i.e. public functions), the interference activity seems to constitute a behavior already punishable under other incriminating instances. After identifying the protected legal asset, an attempt will be made to list the forms of manifestation of the interference that do not constitute a crime – also in light of the recent legal proceedings on the association called "P3" –, highlighting all weaknesses and,* de jure condendo*, the need for a complex reform of association crimes and crimes against the public administration, which has been often called for by the academic and judicial world.*

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 3 – 2020 *www.istituzionidirittoeconomia.eu*

IVAN CUOCOLO*

IL PACTISMO NELL'IDEOLOGIA DEI GIURISTI SPAGNOLI A CAVALLO FRA XV E XVI SECOLO

SOMMARIO: 1. Il pactismo dei giuristi spagnoli nella seconda metà del Quattrocento. - 2. L'ideologia politica della Corona. - 3. La Ley Perpetua del 1520. – Riferimenti bibliografici.

1. *Il* pactismo *dei giuristi spagnoli nella seconda metà del Quattrocento*

A cavallo fra la fine del Quattrocento e gli inizi del Cinquecento, in un clima magmatico e in rapida trasformazione dal punto di vista sociale, economico, istituzionale e culturale, la riforma politica dei *Reyes* cattolici procedeva in direzione di un superamento del concetto medievale di regno, configurando quel «nuovo tipo di organizzazione, che, utilizzando il termine ripreso con nuovo significato da Machiavelli, possiamo chiamare propriamente 'Stato'»[1]. Secondo Pierre Vilar, Ferdinando il Cattolico avrebbe dato vita al primo Stato moderno di ispirazione mercantilistica[2], intendendo con questo termine non certo una politica rigorosamente programmata, cosa che non si sarebbe riscontrata in nessun governo almeno fino al XVII secolo, ma, più esattamente, un «orientamento mercantilistico» *ante litteram*[3].

Anche la riflessione dei giuristi spagnoli in quegli anni evidenziava una visione affatto nuova del potere politico. La dottrina giuridica e politica fiorita in quel breve ma fondamentale arco di tempo elaborò sia scritti in difesa del potere assoluto del sovrano, come le opere dei giuristi Rodrigo Maldonado e Lorenzo Galíndez de Carvajal, sia *pamphlet* in cui il potere assoluto era concepito come garante della *libertas christiana*. Quest'ultima visione la possiamo ritrovare esemplificativamente sviluppata nell'opera del Bachiller Palma *Divina retribución sobre la caída de España en tiempo del noble rey Don Juan el Primero*[4]. Nella letteratura giuspolitica del tempo, soprattutto italiana

* Dottorando di ricerca in Diritto e Istituzioni economico-sociali presso l'Università di Napoli "Parthenope".

(oltre che castigliana), era espressa comunque una chiara consapevolezza della 'novità' rappresentata dalla politica di Ferdinando e Isabella[5].

Nello studio e nell'interpretazione di questo fecondo e mutevole clima, la storiografia più recente ha posto in evidenza la rilevanza, nella seconda metà del XV secolo, di una visione 'contrattualistica' del potere, un *pactismo*, quale si era andato affermando soprattutto in alcuni ambienti vicini alla Corona. Un aspetto che era stato invece spesso trascurato dalla storiografia tradizionale[6]. Una visione giuspolitica, sostenuta principalmente da alcuni giuristi, che, come vedremo, si sarebbe tentato di restaurare ancora nel XVI secolo, ma con esiti giuridici finali di notevole portata innovativa.

In tal senso presenta un notevole interesse uno scritto edito di recente[7], l'*Oración que hizo el doctor Alcoçer en Segovia a la Reyna Doña Isabel*[8]. Testo che riproduce il discorso che Juan Díaz de Alcocer

[1] J.A. MARAVALL, *I pensatori spagnoli del «secolo d'oro»*, in L. FIRPO (cur.), *Storia delle ideee politiche, economiche e sociali*, vol. III, *Umanesimo e Rinascimento*, Torino 1987, p. 613.

[2] P. VILAR, *El tiempo del Quijote*, in Id., *Crecimiento y desarrollo. Economía e Historia. Reflexiones sobre el caso español*, Barcelona 1964, p. 439.

[3] J.A. MARAVALL, *I pensatori spagnoli*, cit., p. 614 n. 6.

[4] J.A. MARAVALL, *I pensatori spagnoli*, cit., p. 613.

[5] È assolutamente pleonastico sottolineare quale importanza avesse la monarchia spagnola all'interno della riflessione politica di Machiavelli e Guicciardini. Essendo la bibliografia sull'argomento assai vasta, a titolo meramente esemplificativo e senza alcuna pretesa di esaustività, si rimanda a R. RUGGIERO, W. GHIA, *Spagna*, in *Enciclopedia machiavelliana* (2014) - Istituto della Enciclopedia Italiana; G. MARCOCCI, *Ferdinando il Cattolico*, in *Enciclopedia machiavelliana* (2014) - Istituto della Enciclopedia Italiana; M. PALUMBO, *Natura, uomini e storia nel Diario del viaggio in Spagna di Francesco Guicciardini*, in «Italies» 2 (1998), pp. 7-24; L. Perini, *Machiavelli e Guicciardini diplomatici*, in «Archivio Storico Italiano» 155 (1997), pp. 649-678; E.A. ALBERTONI, *Impero e Spagna nel pensiero politico italiano dal XVI al XVII secolo*, in «Il Pensiero Politico» 22 (1989), pp. 19-37; F. GIUNTA, *I re cattolici nelle opere di Machiavelli e Guicciardini*, in «Clio» 3 (1984), pp. 419-432.

[6] Cfr. J.A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, Madrid 1972, pp. 290-295.

[7] Testo edito da P. CÁTEDRA GARCÍA, *Oratoria política y modelo de propaganda. La Oración de Juan Díaz de Alcocer en la Proclamación de Isabel La Católica (1474)*, in «Atalaya. Revue d'études medievales romanes» 11 (2009), §§ 65-88.

[8] Il manoscritto miscellaneo, databile al XVI secolo, è conservato presso la Biblioteca Nacional de España (BNE) a Madrid, ms. 19.365. Cfr. A.I. CARRASCO MANCHADO, *Entre el rey y el reino calladamente está fecho un contrato. Fundamentos*

presumibilmente pronunciò il 13 dicembre 1474 nel corso della proclamazione di Isabella la Cattolica[9]. Verso la fine della sua *Oración* il giurista esprimeva concetti di grande rilevanza dal punto di vista giuridico e politico:

> «*presuponga vuestra alteza que el reyno no está en los bienes del rey, asý como otros qualesquier bienes partibles están en el patrimonio de su señor, mas solamente tiene derecho de reynar e administrar el reyno. Y aun, segúnd verdadera doctrina, más derecho tiene el reyno al rey que el rey al reyno, como quiera que lo uno y lo otro todo redunda en pro de buen rey. Pero el reyno tiene derecho sobre el rey de ser por él governado y mantenido en justiçia. Y entre el rey y el reyno calladamente está fecho un contracto por el qual cada uno dellos está obligado a conplir aquellas cosas a que el derecho le obliga*»[10].

Nel contesto della successione al trono, veniva posto l'accento su una concezione della sovranità che era in linea con la rappresentazione del re come 'amministratore'[11]. Escludendo il presupposto antitetico del regno come proprietà del *princeps*, il rapporto fra il re e il regno, entrambi patrimonio di Dio, era configurato in termini evidentemente contrattualistici. Nell'*Oración* di Alcocer veniva espressa una visione del governo come *pactum societatis* che obbligava lo stesso sovrano[12]. Concezione (o, se si preferisce, 'ideologia') funzionale agli interessi dei giuristi, che andavano ad assumere un ruolo essenziale nel governo.

---

contractuales de la monarquía trastámara en Castilla en el siglo xv, in F. FORONDA (cur.), *Avant le contrat social. Le contrat politique dans l'Occident médiéval, XIIIe-XVe siècle*, Parigi 2011, pp. 613-652.

[9] P. CÁTEDRA GARCÍA, *Oratoria política*, cit., § 3.

[10] Ivi, § 83.

[11] Per un quadro generale su questo rituale come processo contrattuale di accesso al trono nella penisola iberica cfr. A.I. CARRASCO MANCHADO, *La ceremonia de obediencia regia: ¿un pacto estamental?*, in F. FORONDA – A.I. CARRASCO (curr.), *El contrato político en la Corona de Castilla. Cultura y sociedad políticas entre los siglos X al XVI*, Madrid 2008, pp. 491-514.

[12] Visione che già si ritrovava nella riflessione di Niccolò Cusano, per restare agli anni più prossimi ad Alcocer. Cfr. M. D'ADDIO, *L'idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il 'De principato' di Mario Salamonio*, Roma 1954, pp. 372-379; A.I. CARRASCO MANCHADO, *Entre el rey y el reino calladamente*, cit., § 52.

Alcocer la esprimeva in maniera netta, facendo riferimento anche a un'espressione, quella di «contrato callado» («calladamente»)[13], che si sarebbe riscontrata solo due volte nella retorica politica castigliana: la prima nell'esposizione della prima petizione dei *procuradores* riuniti nelle *Cortes de Ocaña* del 1469 durante il regno di Enrico IV[14], la seconda, dinanzi a Carlo I d'Asburgo, nel preambolo dell'ordinamento delle *Cortes de Valladolid* del 1518[15]. Anche lo storico francese François Foronda, che si è a lungo occupato della questione, concorda sul fatto che, nella petizione dei *procuradores* al re nelle *Cortes de Ocaña* del 1469[16], fosse espressa la volontà di quei giuristi di poter intervenire nei principali organi di governo del Regno: la *Audiencia* e il

[13] Il «contrato callado» era concepito *sub specie* di scambio di obbligazioni reciproche. Nel diritto medievale castigliano le espressioni «callado» o «calladamente» si utilizzavano in particolare per qualificare determinati atti giuridici nei quali non venivano esplicitate le condizioni che obbligavano le parti: cfr. A.I. CARRASCO MANCHADO, *Entre el rey y el reino calladamente*, cit., § 50; cfr. anche A. GUZMÁN BRITO, *La promesa obligacional en las 'Partidas' como sede de la doctrina general de las obligaciones*, in «Revista Chilena de Derecho» 34 n. 3 (2007), p. 396.

[14] In quelle *Cortes* il re Enrico chiedeva ai rappresentanti del regno il rinnovo del giuramento di obbedienza e il denaro per gestire la delicata fase della guerra contro Giovanni II.

[15] Cfr. *Cuaderno de las cortes de Ocaña* del 1469, Archivo General de Simancas (AGS), Patronato Real (P. R.), leg. 69, n. 18, f. 135*v*, publicato in *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla* (da ora indicato come *CLC*), t. III, Madrid 1861-1903, p. 767-769. Per il preambolo dell'ordinamento delle *Cortes de Valladolid* del 1518 cfr. AGS, P. R., leg. 70, n. 53, f. 824, in *CLC,* t. IV, p. 260-262.

[16] Nelle *Cortes* del 1469 era stato statuito solennemente che non era il re a servirsi del regno, ma, all'opposto, era il regno che si serviva del re, il quale esercitava la giustizia dando a ciascuno il suo, con un chiaro riferimento alla visione ulpianea secondo cui «iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» (D. 1.1.10 pr.): «El ofiçio del rey, asý por su primera ynvençión commo por su nombre es regir, y hase de entender, bien regir, porque el rey que mal rige no rige, más disipa, síguese pues que quitar e determinar quistiones y dar a cada vno lo suyo es ofiçio del rey, e este tal exerçiçio se llama justiçia. […] ansí bien se puede afirmar que vuestra dignidad real cargo tiene, e a cargoso trabajo es subgeta, y vuestro cargo es que mientra vuestros súbditos duermen, vuestra alteza vele, guardándolos, y su merçenario soys, pues por soldada desto vos dan vuestros súbditos parte de sus frutos e de las ganançias de su yndustria, y vos siruen con sus personas muy afincadamente a los tienpos de vuestras nesçesidades, por vos fazer más poderoso para que releuedes las suyas e quitéys sus vexaçiones, pues mire vuestra alteza si es obligado por contrato callado a los tener y mantener en justiçia» (AGS, P. R., leg. 69, n. 18, f. 135*v*, in *CLC*, cit., t. III, pp. 767-768).

Consejo Real[17]. A quelle *Cortes*, oltre allo stesso Alcocer, avevano infatti preso parte i maggiori giureconsulti iberici del tempo in qualità di *procuradores* delle diverse comunità del Regno: Francisco Valdés, Rodrigo de Ulloa (il cui ruolo nella succesione di Isabella I al defunto Enrico IV sarebbe stato fondamentale, recando alla nuova regina la lettera che annunciava la morte del re e negoziando la successione con il consiglio di Segovia[18]), Rodrigo Maldonado (in rappresentanza di Salamanca), Gonzalo de Molina, Garci López de Madrid[19]. Sintomatico del ruolo che quei giuristi erano riusciti a ritagliarsi all'interno del governo è anche il fatto che tutti sarebbero stati presenti sia al rito successorio di Isabella a Segovia, sia nei mesi successivi, in cui la regina avrebbe ricevuto l'obbedienza dalle diverse comunità del Regno[20]. Fra il 1469 e il 1474-1475 si può riscontrare, infatti, una presenza costante nei luoghi del potere di quel gruppo di giurisperiti che mise in atto quella che – nel titolo di questo contributo – ho proposto di chiamare ideologia contrattualista dei giuristi, finalizzata soprattutto ad affermare il protagonismo politico del ceto. Ideologia che ritroviamo ribadita nuovamente nelle *Cortes de Madrigal* del 1476. In occasione della riunione di quelle *Cortes* i *procuradores* presentarono alla regina un documento di protesta in cui si chiedeva l'attuazione della prammatica delle *Cortes de Valladolid* del 1442 che faceva esplicito riferimento a un patto fra il re e il regno[21]. Nel documento era contenuta anche la petizione presentata ad Ocaña nel 1469. Richieste a cui la Cattolica rispose però in maniera evasiva[22]. E certamente non senza un preciso motivo.

[17] Cfr. F. FORONDA, *De las Cortes de Valladolid a las de Ocaña (1385-1469): el consejo de Jetró a Moisés (Ex. 18, 13-27) o el relato fundacional de un gobierno compartido*, in P. Boucheron – F. Ruiz Gómez (curr.), *Modelos culturales y pautas sociales al final de la Edad Media: Estado, Iglesia y sociedad*, Ciudad Real 2008, pp. 98-112.

[18] Cfr. A.I. CARRASCO MANCHADO, *La ceremonia de obediencia regia*, cit., p. 508-509.

[19] Cfr. C. OLIVERA SERRANO, *Las Cortes de Castilla y León y la crisis del Reino (1445-1474). El registro de Cortes*, Burgos 1986, doc. 57, p. 318.

[20] Cfr. Real Academia de la Historia, *ms.* 9/7161, ff. 28*r*-33*r*.

[21] Cfr. C. OLIVERA SERRANO, *Las Cortes de Castilla y el poder real (1431-1444)*, in «En La España Medieval» 11 (1988), pp. 255-258.

[22] *CLC*, cit., t. IV, p. 59-67.

2. *L'ideologia politica della Corona*

A questa visione del re come «mercenario» della comunità in virtù di un *contrato callado* Isabella avrebbe contrapposto infatti, proprio a partire dal 1476, una teologia politica della grazia che le consentiva di eludere il controllo degli organi di governo. La formalizzazione di tale teologia giuridico-politica era già cominciata con gli scritti di *fray* Juan de Alarcón[23], incentrati sul principio del libero arbitrio del sovrano e sulla sua responsabilità di fronte a Dio. Questa concezione giuspolitica poteva essere stata recepita dalla Cattolica attraverso diversi intermediari. Innanzitutto tramite l'opera di *fray* Martín de Cordova, il quale dedicò alla *infanta* Isabella il suo *Jardín de las nobles donzellas* nel 1467[24]. Poi attraverso l'influenza diretta di Gonzalo Chacón (imbevuto delle idee di Juan de Alarcón e Martín de Córdoba), il quale ricoprì le importanti cariche di contabile maggiore di Castiglia, capocameriere, guardia maggiore e maggiordomo maggiore della regina, e che veniva chiamato affettuosamente «mi padre» dalla stessa sovrana. Infine attraverso il confessore di Isabella, Hernando de Talavera (1428-1507), che, come *fray* Alarcón, fu un'importante figura religiosa a Valladolid e a Salamanca, luoghi in cui era ancora vivissimo il ricordo del teologo agostiniano[25]. In questa visione giuridico-politica, ciascuno, dal re fino ai funzionari minori,

[23] *Fray* Juan de Alarcón (1395-1451) fu una eminente figura dell'ordine agostiniano in Spagna. La sua vita esemplare e la sua dottrina furono celebrate da tutti i suoi biografi. P. Tomás de Herrera, citando le *Centurias* di P. Jerónimo Román, affermava che il frate fosse un grande teologo, molto intimo del re Giovanni II. Gregorio de Santiago Vela ha identificato il *Licenciado de san Agustín*, che appare come autore del *Libro del Regimiento de los Señores*, con Juan de Alarcón: infatti, proprio con quel nome, egli veniva spesso designato. Cfr. G. de SANTIAGO VELA, *Ensayo de una biblioteca ibero-americana de la Orden de San Agustin*, Madrid 1913; cfr. F. RUBIO (cur.), *Libro del regimiento de señores*, in *Prosistas Castellanos del siglo XV*, vol. II, Madrid 1960, pp. 156-216.

[24] A.I. CARRASCO MANCHADO, *La toma del poder de Isabel I de Castilla: golpe a la legitimidad de Enrique IV*, in F. FORONDA – J.P. GENET – J.M. NIETO SORIA (curr.), *Coups d'État à la fin du Moyen Âge? Aux fondements du pouvoir politique en Europe occidentale*, Madrid 2005, pp. 331-349.

[25] Cfr. Á. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA MIRALLES, *La Corte de Isabel I. Ritos y ceremonias de una reina (1474-1504)*, Madrid 2002, pp. 59-62. Cfr. A. FERNÁNDEZ DE MADRID – F.J. MARTÍNEZ MEDINA – G.F. OLMEDO, *Vida de Fray Fernando de Talavera: primer Arzobispo de Granada*, Granada 1992.

passando per i Grandi, aveva una specifica competenza, con l'attribuzione di un proprio posto all'interno dell'apparato gerarchico statuale[26]. Era una visione che, a differenza di quella contrattualistica, com'è evidente, tendeva ad esaltare maggiormente il ruolo del vertice come fonte della *iurisdictio*.

3. *La* Ley Perpetua *del 1520*

Tuttavia, ancora una volta, quella che ho delineato come una 'ideologia dei giuristi' fece sentire con forza la propria vitalità dottrinale nelle *Cortes* del 1518, alla vigilia di una nuova crisi politica delle *Comunidades*. In tale occasione i *procuradores* delle città decisero di riutilizzare proprio parte del sermone di Ocaña del 1469, tentando di consacrare definitivamente il 'contratto' fondamentale del governo condiviso.

Era quello del 1518 un importante tentativo di restaurare quell'ideologia contrattualistica di fronte all'affermazione sempre più ampia dei poteri della Corona. Un tentativo che ebbe il suo momento giuridico culminante nel progetto di *Ley Perpetua* dei *comuneros*, redatta ad Avila nel 1520. La *Ley*, stilata e approvata da una *junta* straordinaria di giuristi, non convocata dal re, vincolava lo stesso sovrano e, nelle intenzioni dei redattori, non poteva essere modificata né dal re né dalle *Cortes* ordinarie, per cui poteva essere riformata solo da un nuovo organismo costituente legittimo.

Secondo Ramón Peralta, costituzionalista della Universidad Complutense de Madrid, con la *Ley Perpetua* si intendeva istituire formalmente «una delle prime forme di monarchia costituzionale», di fronte al nuovo assetto monarchico-assolutista che si stava affermando da alcuni decenni in maniera sempre più chiara e netta. In quella carta 'costituzionale' veniva stabilita la totale indipendenza delle *Cortes* in funzione di assemblea rappresentativa di stati e città rispetto al re, il quale veniva designato come il *Protector ejecutivo* del Regno. Vi venivano inoltre fissate le funzioni e le modalità di elezione dei deputati come rappresentanti dei Consigli; veniva dichiarata l'indipendenza dei giudici; venivano stabilite specifiche garanzie giudiziarie a favore della libertà e dei diritti dei cittadini; si prevedeva

[26] Cfr. F. FORONDA, *De las Cortes de Valladolid*, cit., p. 112.

l'istituzione di una *Hacienda Pública* con la funzione di beneficiare lo sviluppo materiale del Regno; si proibiva l'interferenza negli affari interni da parte di stranieri, escludendoli dall'esercizio di qualsiasi carica pubblica; veniva garantita un'ampia autonomia locale-territoriale a favore dei Consigli e delle Comunità, escludendo ogni interferenza reale.

Peralta, in ogni caso, preferisce non parlare di 'rivoluzione', soprattutto in forza delle connotazioni politiche che quel sostantivo ha assunto per la società del nostro tempo. Come correttamente ha puntualizzato lo studioso spagnolo, infatti, la rivolta dei *comuneros* non fu un movimento repubblicano o una insurrezione che aspirava alla presa di potere da parte dei ceti meno ambienti. Si trattò, più esattamente, di un moto conservatore basato sull'idea castigliana di gerarchia sociale e indipendenza delle comunità locali.

Se le sue origini furono quindi per lo più di carattere 'conservatore', allo stesso tempo quella rivolta sfociò in un programma politico, redatto dai giuristi che vi presero parte, con aspetti profondamente innovativi per il XVI secolo: piena autonomia delle *Cortes* come assemblea rappresentativa degli stati e delle città; compiti di governo delle stesse *Cortes*; statuizione delle funzioni e della modalità di elezione dei *procuradores* delle città; indipendenza dei giudici; garanzie giudiziarie per la libertà e i diritti dei cittadini; criteri di merito per l'accesso all'amministrazione del regno e di controllo dell'operato dei funzionari; ampia autonomia comunale a favore dei consigli eletti dagli stessi residenti; istituzione di una *Hacienda Pública* a beneficio dello sviluppo materiale del regno.

La rivolta dei *comuneros* – nata sostanzialmente dal rifiuto di un re straniero, della sua corte e dei suoi oneri fiscali – da rivolta fiscale era diventata nella visione politica dei giuristi che avevano redatto quell'importante documento, una riflessione sullo Stato e sui suoi fondamenti costituzionali. Come si può osservare dall'ampio prospetto costituzionale presentato dai ribelli al sovrano, quella consapevolezza politica dei *procuradores* certamente trovava terreno fertile nella vivacità economica e sociale espressa dalle città castigliane della loro epoca e dai suoi ceti più dinamici, come tra gli altri furono i

mercanti e i giuristi[27]. I redattori della *Ley Perpetua* erano personalità non estranee alle idee politiche sulle relazioni tra il popolo e il sovrano, diffuse negli ambienti più avveduti della penisola iberica. Nelle opere di Alonso de Madrigal (1410 c. – 1455)[28], che tra l'altro era stato anche vescovo di Avila, si delineava il profilo di un governo ideale, si teorizzava una supremazia del concilio, vi possiamo ritrovare un precedente dottrinale autorevole. Così come non erano certamente estranee le forti tradizioni municipali iberiche che trovavano la loro origine più diretta all'epoca della *repoblación*, in cui i coloni, piccoli proprietari terrieri, eleggevano il consiglio della comunità[29].

Com'è noto la *guerra de las Comunidades de Castilla*, meglio conosciuta in italiano con il nome di rivolta dei *comuneros*, sarebbe terminata da lì a poco con la sconfitta dei *comuneros* a Villalar il 23 aprile 1521.

Alcune tracce di quell'ideologia contrattualista le ritroveremo ancora nelle parole del *procurador* Melchor Dávila nel 1599:

> «*Así se ha de reconocer entre el rey y el reino, como entre monarca y monarquía, un concierto y pacto tal que el rey se ofreció y obligó a mantener su reino en paz y justicia y defenderlos a ellos y a su hacienda en mar y tierra, y el reino se obligó de sustentar su rey y su cabeza* […] *y que así la obligación del rey como del reino es de justicia*»[30].

E ancora nel 1626 nel discorso di Filippo IV alle *Cortes de Madrid*:

---

[27] Cfr. R. PERALTA, *La Ley Perpetua de la Junta de Ávila (1520). Fundamentos de la democracia castellana*, Madrid 2010.

[28] Cfr. A. DE MADRIGAL 'EL TOSTADO', *El gobierno Ideal*, Pamplona 2003.

[29] Il ripopolamento (*repoblación*) fu una pratica comune nella penisola iberica durante il Medioevo. Fin dall'XI secolo, grazie ai progressi territoriali compiuti dalle diverse formazioni politiche cristiane, si sviluppò su un'ampia fascia territoriale semi-spopolata, che andava dal Mediterraneo all'Atlantico, segnando di fatto il confine fra i regni cristiani e l'Al-Andalus. Si trattava di ripopolare terre abbandonate o scarsamente popolate, o di consolidare, attraverso l'apporto massiccio di coloni cristiani, l'occupazione delle terre appena conquistate all'Islam. Cfr. M. GONZÁLEZ JIMÉNEZ, *La repoblación de Andalucía: inmigrantes y repoblación*, in «Cuadernos de historia de España (Ejemplar dedicado a: Homenaje a María Estela González de Fauve)» n. 85-86 (2011-2012), pp. 295-302.

[30] Citato in L. PEREÑA, *Conciencia y política*, studio preliminare a F. SUÁREZ, *De iuramento fidelitatis*, Madrid 1979, p. 189. Il testo completo in *Actas de las Cortes de Castilla*, t. 18, Madrid 1893, p. 461.

> «*Por la presente, que quiero que tenga fuerça de Ley y premática y sanción* […] *y de contrato recíproco y obligatorio, hecho entre mí y el Reino* […]*; que las leyes hechas a su instancia [se refiere a las Cortes] se guarden y cumplan inviolablemente como contrato entre partes, y que todos los acuerdos* […] *tengan fuerça de ley* […] *promulgada en Cortes y fundada en bien y beneficio público*»[31]

Ma si sarebbe trattato di affermazioni più di valore retorico-formalistico che realmente politico.

Come si è visto, quel *pactismo* ereditato dalla tradizione politica medievale, utilizzato dai giuristi spagnoli quattrocenteschi per affermare il proprio ruolo all'interno del governo e limitare al contempo il potere reale indirizzato verso un progressivo accentramento delle prerogative, sfociava, nello scontro con il giovane imperatore Carlo, in un documento costituzionale dal carattere fortemente innovativo. Dopo la sconfitta di quel progetto politico il potere reale avrebbe conosciuto un notevole rafforzamento.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Actas de las Cortes de Castilla, t. 18, Madrid 1893; *Actas de las Cortes de Castilla*, t. 44, Madrid 1917; *Cortes de los antiguos reinos de León y de Castilla*, Madrid 1861-1903; E.A. ALBERTONI, *Impero e Spagna nel pensiero politico italiano dal XVI al XVII secolo*, in «Il Pensiero Politico» 22 (1989); P. BOUCHERON – F. RUIZ GÓMEZ (curr.), *Modelos culturales y pautas sociales al final de la Edad Media: Estado, Iglesia y sociedad*, Ciudad Real 2008; M. D'ADDIO, *L'idea del contratto sociale dai sofisti alla riforma e il 'De principato' di Mario Salamonio*, Roma 1954; P. CÁTEDRA GARCÍA, *Oratoria política y modelo de propaganda. La Oración de Juan Díaz de Alcocer en la Proclamación de Isabel La Católica (1474)*, in «Atalaya. Revue d'études medievales romanes» 11 (2009); Á. FERNÁNDEZ DE CÓRDOVA MIRALLES, *La Corte de Isabel I. Ritos y ceremonias de una reina (1474-1504)*, Madrid 2002; A. FERNÁNDEZ DE MADRID – F.J. MARTÍNEZ MEDINA – G.F. OLMEDO, *Vida de Fray Fernando de Talavera: primer Arzobispo de Granada*,

[31] Citato in L. GONZÁLEZ ANTÓN, *Las Cortes en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1989, p. 338. Il testo completo in *Actas de las Cortes de Castilla*, t. 44, Madrid 1917, pp. 104 e 238.

Granada 1992; F. FORONDA – J.P. GENET – J.M. NIETO SORIA (curr.), *Coups d'État à la fin du Moyen Âge? Aux fondements du pouvoir politique en Europe occidentale*, Madrid 2005; F. FORONDA – A.I. CARRASCO (curr.), *El contrato político en la Corona de Castilla. Cultura y sociedad políticas entre los siglos X al XVI*, Madrid 2008; F. FORONDA (cur.), *Avant le contrat social. Le contrat politique dans l'Occident médiéval, XIIIe-XVe siècle*, Parigi 2011; F. GIUNTA, *I re cattolici nelle opere di Machiavelli e Guicciardini*, in «Clio» 3 (1984); L. GONZÁLEZ ANTÓN, *Las Cortes en la España del Antiguo Régimen*, Madrid 1989; A. GUZMÁN BRITO, *La promesa obligacional en las 'Partidas' como sede de la doctrina general de las obligaciones*, in «Revista Chilena de Derecho» 34 n. 3 (2007); A. DE MADRIGAL 'EL TOSTADO', *El gobierno Ideal*, Pamplona 2003; J.A. MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social*, Madrid 1972; J.A. MARAVALL, *I pensatori spagnoli del «secolo d'oro»*, in L. FIRPO (cur.), *Storia delle ideee politiche, economiche e sociali*, vol. III, *Umanesimo e Rinascimento*, Torino 1987; G. MARCOCCI, *Ferdinando il Cattolico*, in *Enciclopedia machiavelliana* (2014) - Istituto della Enciclopedia Italiana; C. OLIVERA SERRANO, *Las Cortes de Castilla y León y la crisis del Reino (1445-1474). El registro de Cortes*, Burgos 1986; C. OLIVERA SERRANO, *Las Cortes de Castilla y el poder real (1431-1444)*, in «En La España Medieval» 11 (1988); M. PALUMBO, *Natura, uomini e storia nel Diario del viaggio in Spagna di Francesco Guicciardini*, in «Italies» 2 (1998); R. PERALTA, *La Ley Perpetua de la Junta de Ávila (1520). Fundamentos de la democracia castellana*, Madrid 2010; L. PERINI, *Machiavelli e Guicciardini diplomatici*, in «Archivio Storico Italiano» 155 (1997); F. RUBIO (cur.), *Libro del regimiento de señores*, in *Prosistas Castellanos del siglo XV*, vol. II, Madrid 1960; R. RUGGIERO, W. GHIA, *Spagna*, in *Enciclopedia machiavelliana* (2014) - Istituto della Enciclopedia Italiana; G. DE SANTIAGO VELA, *Ensayo de una biblioteca ibero-americana de la Orden de San Agustin*, Madrid 1913; F. SUÁREZ, *De iuramento fidelitatis*, Madrid 1979; P. VILAR, *Crecimiento y desarrollo. Economía e Historia. Reflexiones sobre el caso español*, Barcelona 1964.

ABSTRACT

Il *pactismo* ereditato dalla tradizione politica medievale era utilizzato dai giuristi spagnoli quattrocenteschi per affermare il proprio ruolo all'interno del governo, limitando al contempo il potere reale indirizzato invece verso un accentramento delle prerogative. Quel *pactismo* sfociava però nello scontro fra le *Comunidades de Castilla* e Carlo V in un documento costituzionale dal carattere fortemente innovativo.

The 'pactism' inherited from the medieval political tradition was used by the fifteenth-century Spanish jurists to affirm their role within the government, while limiting the

monarchy's power directed instead towards a centralization of prerogatives. However, in the clash between the Comunidades de Castilla and Charles V that pactism gave rise to a constitutional document with a highly innovative character.

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 3 – 2020 *www.istituzionidirittoeconomia.eu*

JEAN PAUL DE JORIO*

IL DECLINO DELLO «STATO DI DIRITTO» E L'AFFERMAZIONE DI UNA NUOVA FORMA DI GOVERNO «APARLAMENTARE». LA STRUMENTALIZZAZIONE DEL COVID-19 E LA SISTEMATICA VULNERAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL CORSO DELL'ANNO 2020.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. C'era una volta lo «Stato di diritto». – 3. *Covid e «terrorismo di Stato».*

1. *Introduzione*

Chi scrive aveva già nei primi mesi del 2020 espresso diverse perplessità e numerosi rilievi ai provvedimenti legislativi e non, adottati dal potere esecutivo per contrastare l'insorgenza e la diffusione del Coronavirus[1].

Quella che poi si è rivelata una prassi di governo che ormai pare essersi consolidata senza incontrare contrasto alcuno, ha dato vita ad una sorta di ordinamento parallelo del tutto avulso dall'ordito costituzionale – che incide profondamente sulle libertà singole e collettive – e giunge finanche ad esautorare le Camere da ogni processo decisionale o di controllo.

Ci si riferisce in particolare modo ai Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, che nel corso del 2020 hanno assunto una funzione vicaria rispetto ai Decreti Legge per quanto attiene gli aspetti direttamente o indirettamente connessi al Coronavirus, tanto che originariamente per il tramite dell'art. 3 del D.L. 23 febbraio 2020, n. 6 (disposizione riprodotta o richiamata in tutta la successiva legislazione emergenziale), è stata conferita loro una forza prescrittiva senza precedenti (peraltro assolutamente non prevista dalla normativa

* Avvocato, LL.M. in *European Law*, Docente presso la Wuhan University (PRC).

1 J.P. DE JORIO, *Emergenza sanitaria e diritti fondamentali: prove tecniche di regime?*, «Istituzioni, Diritto, Economia», Anno II, n. 1, 2020.

che li disciplina, cioè l'art. 17 della L. 23 agosto 1988, n. 400), la cui vigenza temporale è stata via via elevata nel corso dei mesi, tanto che dagli originari 30 giorni previsti dall'art. 1, comma 1° del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, si è passati ai 50 dell'art. 1, comma 1° del D.L. 2 dicembre 2020, n. 158.

Da porre in rilievo poi come l'utilizzo dei DDPCM sia ulteriormente viziato *ab origine* da sviamento di potere oltre che da palese illegittimità in considerazione del fatto che il Presidente del Consiglio è incompetente ad intervenire in materia ai sensi del D.Lgs 2 gennaio 2018, n. 1, cioè del "*Codice della protezione civile*", che invece demanda ogni responsabilità al "*Capo del Dipartimento della protezione civile*", come prescritto dagli artt. 5, 23 e 25 del richiamato testo legislativo.

Va tuttavia evidenziato come gli organi assembleari non siano esenti da responsabilità, relativamente alla suddetta deriva antiparlamentare, per via della loro sostanziale acquiescenza di fronte a tale stato di cose.

E' ormai possibile sostenere che la nostra non sia più una "*Repubblica democratica*", come sancito dall'articolo 1 della nostra Legge fondamentale, ma una «Repubblica altra», avendo assunto la forma di un governo a tutti gli effetti autoritario, che fa capo al Presidente del Consiglio, la cui unica preoccupazione è quella di mantenersi al potere, agitando – allorquando lo «spettro» di una crisi di governo si manifesta in maniera più o meno palese – la minaccia di una devastante crisi sanitaria tacciando di irresponsabilità e di scarso amor patrio coloro che si interrogano sul suo operato o ne contestano (peraltro assai blandamente) l'agire.

Di fatto, allorquando vi è un dissenso anche solo latente all'interno del gabinetto, che insidia il primato del Presidente del Consiglio, il numero di contagi balza improvvisamente, per raggiungere vette mai viste in precedenza, con tutto quello che ne consegue per quanto attiene il godimento dei diritti fondamentali da parte dei cittadini.

Trattasi di una novella forma di «strategia della tensione», ove al costante scontro tra «opposti estremismi» e lo stillicidio di violenze che hanno caratterizzato gli «anni di piombo», si sostituisce un nemico invisibile che miete una quantità di vittime senza precedenti,

cioè il Covid-19 (soprattutto perché mai in Italia, come altrove, sono stati forniti sui media, bollettini quotidiani in merito alle morti causate dalle singole patologie o sui posti occupati nelle terapie intensive).

Il disegno è chiaro: ingenerare una paura nella generalità dei consociati, «narcotizzando» la vita pubblica nelle sue varie declinazioni, non venendo tollerata alcuna forma di dissenso, facendo in maniera del tutto strumentale leva sulla malattia e sui timori instillati trasversalmente in tutte le fasce della popolazione.

Abbiamo assistito nel corso di quest'anno alla nascita e al consolidamento di una nuova forma di governo, quella che è stata in maniera più che condivisibile definita come "*fobocrazia*"[2].

Paura, che consente l'obliterazione di diritti che dovrebbero essere incomprimibili, e l'adozione di misure illiberali, il tutto giustificato dalla «suprema esigenza» di combattere il virus, tant'è che la retorica bellica abbonda sulla stampa, e prima ancora nelle dichiarazioni dei membri del governo e dei loro tecnici di riferimento (che a tutti gli effetti possiamo definire come ispiratori di molti dei più odiosi provvedimenti che hanno stravolto la nostra esistenza, anche negli affetti).

Modello il nostro, che è stato ben presto adottato da altri paesi dell'Europa occidentale, tutti accomunati da governi deboli, o addirittura senza una maggioranza parlamentare definita (è il caso del Regno Unito, della Spagna e della Francia).

L'emergenza sanitaria è riuscita nell'impossibile, cioè a «puntellare» traballanti esecutivi abituati a navigare a vista – che inanellando una sconfitta elettorale dopo l'altra, vedevano scandita la loro quotidianità da una emorragia di consensi – dando loro una ragion d'essere. Con un accorto e sistematico condizionamento dei mezzi di comunicazione (oltre che delle statistiche)[3], ogni fallimento politico ed economico, come pure qualsivoglia sacrificio richiesto ai cittadini è ricondotto alla necessità di contrastare efficacemente il Coronavirus, per meglio tutelare la loro salute, cioè nel loro esclusivo interesse!

---

[2] D. DI CESARE, *Fobocrazia*, «L'Espresso», n. 12, anno LXVI, 15 marzo 2020, p. 7.

[3] E. MICUCCI, *Cts, sul contagio mistero dati*, «ItaliaOggi», 8 dicembre 2020, p. 38.

Chi non si omologa alle dissennate scelte adottate, o addirittura osa esprimere la propria contrarietà alle stesse, è colpito dagli apparati repressivi pubblici oltre a subire un ostracismo sociale «figlio» della nuova imperante ideologia che connota l'emergenza sanitaria, una sorta di evoluzione del «pensiero unico» che non tollera deviazione alcuna dall'omologazione che ci è imposta per il tramite della paura del virus.

In tale contesto, il «Leviatano» tratteggiato da Hobbes trova la sua massima e preoccupante espressione, tanto è totalizzante ed aberrante il controllo esercitato da parte delle autorità sulla vita di tutti noi nel corso di quasi un anno.

2. *C'era una volta lo «Stato di diritto»*

Esaminiamo dunque il crescendo di restrizioni illiberali e antidemocratiche (perlopiù fine a sé stesse) che nel corso dell'autunno di quest'anno sono state adottate assai spregiudicatamente dal nostro «inventivo» Governo, vittima forse, della sua stessa propaganda.

Orbene, gli ultimi Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri – e cioè quelli del 13, 18 e 24 ottobre, del 3 novembre, nonché del 3 dicembre 2020 (ed i loro infiniti allegati) – hanno come «filo conduttore» uno scarso, anzi del tutto inesistente, ossequio rispetto alle garanzie insite nella nostra Costituzione e nella CEDU per quanto attiene il godimento dei diritti fondamentali da parte dei cittadini.

Allo stesso modo, non paiono neppure utili per frenare la diffusione del virus (se effettivamente questo è l'obiettivo che si prefigge l'esecutivo), in quanto connotati da una profonda irrazionalità, che trova il suo acme nell'art. 1, comma 1° del D.L. 18 dicembre 2020, n. 172 laddove prevede che "*Durante i giorni compresi tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 è altresì consentito lo spostamento verso una sola abitazione privata, ubicata nella medesima regione, una sola volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 05,00 e le ore 22,00, e nei limiti di due persone, ulteriori rispetto a quelle ivi già conviventi, oltre ai minori di anni 14 sui quali tali persone esercitino la potestà genitoriale e alle persone disabili o non autosufficienti conviventi*". Da tale inciso è possibile avvedersi come il

numero di coloro che possono riunirsi (anche spostandosi) – ad onta dei divieti che si «affastellano» da mesi – cresca esponenzialmente.

Un insieme di disposizioni del tutto inadeguate se non addirittura dannose – e comunque supremamente inutili – fanno ormai da corollario alla nostra quotidianità, senza che si delinei all'orizzonte un ritorno alla normalità.

Molte delle prescrizioni sancite nei DDPCM, si appalesano talmente e drammaticamente assurde – tanto sono viziate da manifesta irragionevolezza – difettando peraltro in maniera più che evidente di qualsivoglia misura, e spesso di umanità (come ad esempio il divieto contenuto all'art. 1, comma 9°, lett. cc) del DPCM del 3 novembre 2020 "*agli accompagnatori dei pazienti di permanere nelle sale di attesa dei dipartimenti emergenze e accettazione e dei pronto soccorso*", pedissequamente ripreso all'art. 1, comma 10°, lett. cc) del DPCM 3 dicembre 2020).

Ci chiediamo poi, come sia possibile pranzare al ristorante, ma non potervi cenare, così come disposto dall'art. 1, co. 9°, lett. gg) del Decreto del 3 novembre e successivamente dall'art. 1, co. 10°, lett. gg) del DPCM 3 dicembre, disposizione quest'ultima che addirittura giunge a prescrivere per gli ospiti degli alberghi, che questi possano usufruire solo del servizio in camera e non degli spazi di ristorazione interni a tali strutture.

Forse i virologi, come pure il governo, hanno scambiato il Coronavirus per un pericoloso vampiro che rifugge la luce del sole, ma si cela nelle tenebre[4]?

Peraltro, dall'esame dei vari Decreti che si sono succeduti nelle ultime settimane (e dall'omessa adozione di qualsivoglia cautela nei mesi estivi, imputabile solo alla fallace «grande strategia» elaborata dalle autorità politiche e sanitarie), è possibile affermare come «l'immane sforzo bellico» (erano decenni che non veniva così disinvoltamente utilizzato un linguaggio tanto marziale nel nostro Paese), sia stato connotato da una *mala gestio* e da un evidente

[4] È pur vero che l'origine del Covid è da rinvenirsi nel pipistrello, ma evidentemente gli «esperti» che consigliano il governo sono forse eccessivamente «affezionati» al romanzo di Bram Stoker.

malgoverno che si presta non solo a censure sotto il profilo della responsabilità politica, ma anche ad azioni in sede giurisdizionale.

I DDPCM, sono provvedimenti amministrativi, che *ictu oculi* (così come le sottese istruttorie che hanno preceduto la loro emanazione), paiono viziati da illegittimità, sviamento ed eccesso di potere, più in generale potendosi muovere avverso gli stessi numerosi rilievi di ordine giuridico. Sorprende dunque avvedersi come né l'opposizione, né tantomeno le organizzazioni rappresentative delle categorie più penalizzate da tali misure, non abbiano adito il Giudice Amministrativo per ottenerne l'annullamento.

Se il virus è così pericoloso, non avendosi a tutt'oggi contezza di come effettivamente si propaghi, tanto da essere stato introdotto l'obbligo di indossare la mascherina anche all'aperto[56], cui si accompagna il suggerimento (che *ex se* dimostra lo scarso, anzi insussistente valore precettivo dei DDPCM)[7], contenuto nell'Allegato 1 dei vari Decreti, di lavarsi spesso le mani, di evitare abbracci e strette di mano, di non toccarsi occhi, naso e bocca, etc., come pure la consegna contenuta nell'art. 1, comma 3° del DPCM 3 novembre 2020 e nel provvedimento «fotocopia» del 3 dicembre successivo, ove si raccomanda – "*fortemente*" – di non spostarsi anche nelle ore diurne, perché poi talune attività non subiscono restrizioni di sorta?

Ad esempio, sorge spontaneo chiedersi come possa essere consentito l'"*accesso del pubblico ai parchi*" (di cui all'art. 1, co. 9°, lett. b) del DPCM 3 novembre 2020, trasfuso poi nell'art. 1, co. 10° lett. b) del DPCM 3 dicembre 2020), e lo svolgimento dell'"*attività sportiva o attività motoria all'aperto anche presso aree attrezzate e parchi pubblici*" (di cui alla successiva lett. d)), mentre siano "*sospese le attività di palestre, piscine, centri natatori, centri benessere*" (come sancito dall'art. 1, co. 9°, lett. f) del testo del DPCM 3 novembre e art. 1, co. 10°, lett. f) del DPCM 3 dicembre)?

---

[5] Come disposto all'art. 1, comma 1° dei DDPCM 3 novembre e del 3 dicembre 2020.

[6] "*A eccezione dei casi in cui, per le caratteristiche dei luoghi o per le circostanze di fatto, sia garantita in modo continuativo la condizione di isolamento rispetto a persone non conviventi*".

[7] Come si vedrà meglio nelle pagine che seguono.

Trattasi di attività del tutto equivalenti che tuttavia sono oggetto di una disciplina differenziata, laddove invece l'igiene – e quindi la salute pubblica – troverebbe maggiori garanzie in queste ultime strutture, piuttosto che altrove.

Perché poi solo per le "*istituzioni scolastiche secondarie di secondo grado*" è prevista la «didattica a distanza», mentre per tutte le altre "*l'attività didattica ed educativa … continua a svolgersi in presenza*" (art. 1, comma 9°, lett. s) del DPCM 3 novembre ed art. 1, comma 10° del DPCM 3 dicembre), allorquando costituisce fatto notorio che la crescita esponenziale dei contagi è dovuta proprio alla riapertura delle scuole?

Quale è la *ratio* sottesa ad una disposizione di questo tipo, se non evitare all'attuale *Premier* una perdita di popolarità? Mentre gli studenti delle superiori sono autonomi, e quindi possono essere lasciati a casa soli, la perdurante presenza a scuola dei loro colleghi più piccoli esime i loro genitori da preoccupazioni in merito a chi li debba accudire nel corso della giornata.

Scelta quella del Governo, foriera di incalcolabili disastri per la salute pubblica, in quanto trasformando la scuola in una sorta di «parcheggio» per tutti gli alunni con una età inferiore ai 13-14 anni, le classi sono diventate un «brodo di coltura» per il virus, ed altrettanti focolai, con i ragazzi nelle vesti di veri e propri untori, tant'è che secondo i dati dell'Istituto Superiore di Sanità, i contagi tra i minori sono aumentati del 1073,10% dal mese di settembre, cioè dalla ripresa dell'anno scolastico[8].

Questo insieme di interventi fortemente limitativi delle libertà possono essere considerati come veramente efficaci per tutelare la salute pubblica, oppure sono espressione di una scelta demagogica che ci riporta ad una moderna versione della politica del "*panem et circenses*", una sorta di «contentino» per determinate fasce della popolazione[9], oggetto degli appetiti elettorali dell'attuale Presidente del Consiglio per costruire una sua base di consenso?

[8] F. BECHIS, *Boom di contagi tra i giovani. I dati, nascosti, sono forniti dall'Istituto superiore di sanità*, «ItaliaOggi», 13 novembre 2020, p. 9.

[9] R. LEONE, *La crisi ha colpito duro su chi lavoro. Nella P.A. invece si vive in un Eden*, «ItaliaOggi», 5 dicembre 2020, p. 4.

Assunto il nostro che trova conferma nel fatto che l'art. 1, comma 9°, lett. e) del DPCM 3 novembre, così come l'art. 1, comma 10°, lett. e) del Decreto del 3 dicembre abbiano consentito – nonostante i più che evidenti rischi sanitari – lo svolgimento di eventi e competizioni di interesse nazionale, riconosciuti come tali dal CONI, *in primis* il campionato di Serie A.

Pare davvero sorprendente che una attività che vede coinvolte centinaia, anzi migliaia di persone, per ogni singola squadra – che si tratti di allenamenti, spostamenti, partite (nazionali e non), a cui si accompagna il corollario di interviste, riprese, programmi televisivi, attività preparatoria etc. – con un ineludibile venir meno delle «distanze di sicurezza» tra un individuo e l'altro (e quindi con un pericolo per i singoli e per la collettività), soggiaccia ad un regime differenziato rispetto ad altre attività, che trovano invece esplicite tutele a livello costituzionale e rivestono una importanza primaria rispetto al gioco del calcio.

Analoghe doglianze possono muoversi avverso l'*agere publicum*, per quanto attiene ad un altro settore, colpito molto duramente nel corso di quest'anno, cioè quello della ristorazione.

Vale la pena di esaminare in dettaglio la disciplina che si è succeduta nel corso dei mesi di ottobre, novembre e dicembre in materia di "*attività dei servizi di ristorazione*", in quanto sintomatica dell'«ideologia» su cui si fonda l'illogica e quanto mai dannosa azione del governo, del tutto incapace a gestire qualsiasi fenomeno, politico, economico o giuridico in maniera equilibrata e proficua per il nostro Paese, tanto che i commentatori più avveduti (assai pochi), hanno stigmatizzato tale assunto[10].

Ai sensi dell'art. 1, comma 6°, lett. ee) del DPCM del 13 ottobre 2020, le suddette attività erano consentite "*con consumo al tavolo*" fino alla mezzanotte, mentre "*in assenza di consumo al tavolo*" fino alle 21.

Successivamente, il DPCM del 18 ottobre provvedeva a novellare per il tramite dell'art. 1, comma 8° tale disposizione sancendo nella prima ipotesi, che le attività di ristorazione *et similia* potessero essere

[10] M. BERTONCINI, *Tonnellate di demagogia contro l'infezione covid*, «ItaliaOggi», 7 novembre 2020, p. 4.

svolte dalle 5,00 alle 24,00 (per un massimo di sei commensali), mentre "*in assenza di consumo al tavolo*" sino alle ore 18.

Pochi giorni dopo, veniva emanato il DPCM 24 ottobre 2020, che all'art. 1, co. 9°, lett. ee) introduceva delle ulteriori modifiche relativamente all'apertura di bar e ristoranti (e degli analoghi esercizi) – ormai possibile solo tra le 5 e le 18 – prevedendo il consumo al tavolo per un massimo di 4 persone, "*salvo che siano tutte conviventi*". Disposizioni che venivano trasfuse poi nell'art. 1, comma 9° del DPCM del 3 novembre e pedissequamente riprese nell'art. 1, comma 10° del DPCM 3 dicembre.

Tale stringente disciplina solleva però, diversi interrogativi che ci lasciano assai dubbiosi, riguardo alla sua intrinseca efficacia, legittimità e finalità.

Innanzitutto ci chiediamo, come mai dopo la fine del primo confinamento, e cioè dall'inizio di maggio, a «parità di virus» – in quanto quello che sappiamo oggi sul Covid-19, o il "*Chinese virus*" per usare una affermazione cara a Donald Trump (peraltro espressione di una lapalissiana verità circa l'origine dell'infezione), è sostanzialmente identico alle nozioni che possedevamo sul morbo nella prima parte dell'anno – il Governo abbia omesso di adottare qualsiasi cautela, per poi imporci con l'autunno, misure draconiane che incidono sulle nostre libertà e sulla sopravvivenza di decine di milioni di italiani?

A prescindere da tali considerazioni di ordine generale, che si prestano a censure per quanto attiene lo sviamento di potere ed il malgoverno, è possibile nello specifico rilevare come l'impianto stesso dei Decreti del PCM in materia di ristorazione vada contestato sotto il profilo dell'eccesso di potere (a principiare dalla loro contraddittorietà), della violazione dei principi di ragionevolezza e proporzionalità, nonché della lesione del legittimo affidamento.

Ne sono dimostrazione le prescrizioni in materia di orario di apertura di tali esercizi. Quale è la differenza – a livello di rischio sanitario – tra il consumare un pasto seduti in un locale alle 13 oppure alle 20? È davvero necessario ed utile per contrastare la diffusione del Covid, chiudere ristoranti e bar alle 18? Perché poi i precedenti Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, emessi a pochi giorni

di distanza uno dall'altro, hanno senza alcuna ragione apparente così subitaneamente modificato gli orari di apertura dei ristoranti?

Non sarebbe stato più sensato, ad esempio, limitare l'accoglienza dei locali – per consentire un maggiore distanziamento tra un tavolo e l'altro – consentendo però le aperture di questi esercizi anche la sera?

E che dire del numero massimo di avventori per ogni tavolo (fissato a 4) – misura che si appalesa supremamente arbitraria ed illogica – anche solo prendendo in considerazione il fatto che invece, se si è "*conviventi*", la P.A. non prevede alcuna limitazione di sorta?

Si giunge dunque all'assurdo per cui l'Amministrazione «avalla» o quantomeno non ostacola gli assembramenti conviviali laddove si è "*conviventi*", rimanendo assai perplessi di fronte ad una decisione quantomeno singolare laddove si considera che – se la finalità sottesa agli interventi del Governo è effettivamente quella di frenare o di ridurre il contagio – il Coronavirus non fa differenza tra gradi di parentela, consanguineità o comparaggio!

Se il bene tutelato da tali misure è la salute pubblica – quindi di tutti gli avventori dei ristoranti e più in generale della collettività – non dovrebbe esserci una disparità di trattamento come quella che invece emerge dai DDPCM 3 novembre e 3 dicembre 2020.

Allo stesso modo, è possibile formulare un'ulteriore doglianza nei confronti di tali provvedimenti, legata al fatto che la P.A. si sottrae in maniera più che palese al divieto di *venire contra factum proprium*.

Da un lato perché come evidenziato sopra, rispetto al DPCM del 18 ottobre 2020 si è passati da una chiusura di tali esercizi – originariamente fissata per le ore 24 – a quella delle ore 18, di cui al successivo Decreto del 3 novembre (riproposta nel DPCM 3 dicembre), e dall'altro perché molti ristoratori per adeguarsi alle disposizioni emanate dalle pubbliche autorità all'indomani delle «riaperture» della primavera scorsa, avevano diligentemente adottato tutta una serie di costosi accorgimenti per garantire, in conformità con la disciplina di settore, la sicurezza degli utenti e del proprio personale.

Più che evidente come essi siano stati danneggiati dall'irrazionale, illogico e del tutto inefficace (sotto il profilo sanitario), *revirement* del Governo, ispirato a non si sa bene a quali canoni, soprattutto, come

evidenziato sopra, allorché il Coronavirus del marzo scorso, è in tutto e per tutto eguale a quello dell'autunno del 2020. Non si tratta perciò di una nuova ed imprevedibile emergenza, che necessita dell'adozione di misure eccezionali, giacché trattasi di un avvenimento conosciuto e purtroppo prevedibile.

E che dire della totale obliterazione da parte dei vari Decreti dell'articolo 41 della nostra Costituzione, che al 1° comma recita "*L'iniziativa economica privata è libera*", che trova la sua espressione più assurda nella sospensione totale delle attività di ristorazione disposta nell'art. 1 del D.L. 18/12/2020, n. 172.

Più che evidente invece, come le misure adottate dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dal Governo impongano indebite ed immotivate limitazioni a tale incomprimibile diritto, che peraltro trova analoga dignità e tutela a livello sovranazionale sia nell'art. 1 del Protocollo Aggiuntivo alla CEDU, che nell'art. 16 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Questo insieme di disposizioni è invece mortificato dai Decreti, che sovvertono ogni ossequio, anche solo formale a tali norme di rango primario, peraltro con incalcolabili ricadute di natura economica e sociale, tant'è che l'art. 1 del D.L. 18 dicembre 2020, n. 172, nell'estendere la disciplina delle cc.dd. «zone rosse» di cui all'art. 3 del DPCM 3 dicembre 2020, ai "*giorni festivi e prefestivi*" sull'intero territorio nazionale, come pure quella prevista dall'art. 2 del medesimo provvedimento alle giornate del 28, 29, 30 dicembre e 4 gennaio, preclude l'esercizio di tutta una serie di attività che con minime accortezze avrebbero potuto invece essere svolte liberamente, senza ledere le libertà dei consociati.

Il Covid-19, o meglio, la risposta fornita a livello legislativo così come articolata dal Governo, ha una profonda e sciagurata incidenza anche sul godimento del diritto di difesa e sull'effettività della tutela giurisdizionale, che dimostrano l'ostilità nutrita sia da parte dell'esecutivo, così come dalla magistratura, nei confronti di due fondamentali pilastri di ogni ordinamento democratico.

La «seconda ondata» di Coronavirus, ha infatti visto la riproposizione (peraltro in senso peggiorativo), oltre alla loro

estensione, delle "*Camere di consiglio*" o delle "*udienze non partecipate*" dagli avvocati.

Nella sostanza, i singoli giudici o i collegi a cui è demandata la cognizione di una causa, decidono *inaudita altera parte*, cioè senza udire i difensori delle parti, venendo lasciata a questi ultimi la mera facoltà di produrre brevi note difensive, il tutto in spregio della normativa costituzionale e CEDU in materia di giusto processo.

In determinate ipotesi, per «salvare le apparenze», è prevista – se entrambe le parti lo richiedono (eventualità assai rara, soprattutto quando si ha come avversario una Pubblica Amministrazione) – la celebrazione dell'udienza «da remoto».

Orbene, tale possibilità è tuttavia subordinata alla disponibilità di idonee apparecchiature e alle dotazioni dei singoli uffici giudiziari, rendendo il più delle volte una chimera anche solo ipotizzare la possibilità di un video collegamento. A ciò si aggiungano le «tagliole» informatiche di vario genere, che inibiscono l'effettiva partecipazione degli avvocati all'udienza virtuale.

Conferma di tale assunto si rinviene, ad esempio, nell'art. 27 del D.L. n. 137/2020, rubricato "*Misure urgenti relative allo svolgimento del processo tributario*", laddove al comma 1° si prevede la possibilità che le udienze possano essere celebrate da «remoto» "*ove le dotazioni informatiche della giustizia tributaria lo consentano e nei limiti delle risorse tecniche e finanziarie disponibili*", disponendo successivamente il 2° comma della medesima norma che "*in alternativa alla discussione con collegamento da remoto, le controversie fissate per la trattazione in udienza pubblica, passano in decisione sulla base degli atti, salvo che almeno una delle parti non insista per la discussione, con apposita istanza da notificare alle altre parti costituite e da depositare almeno due giorni liberi anteriori alla data fissata per la trattazione. I difensori sono comunque considerati presenti a tutti gli effetti. Nel caso in cui sia chiesta la discussione e non sia possibile procedere mediante collegamento da remoto, si procede mediante trattazione scritta, con fissazione di un termine non inferiore a dieci giorni prima dell'udienza per deposito di memorie conclusionali e di cinque giorni prima dell'udienza per memorie di replica*".

Prima facie, la presenza dei difensori all'udienza (seppur «virtuale»), pare tutelata, tuttavia i rinvii operati dal legislatore alle disponibilità tecniche dei singoli uffici giudiziari celano una assai diversa e

preoccupante realtà, e cioè che l'assenza di idonei strumenti informatici fa sì che la quasi totalità delle udienze si svolga senza i procuratori delle parti, e senza che vi sia un confronto dialettico tra le stesse ed una interlocuzione con il collegio giudicante.

Orbene, come è stato recentemente posto in rilievo dal quotidiano economico-giuridico «ItaliaOggi», la totalità delle Commissioni Tributarie e Regionali (ad eccezione della CTR per l'Emilia Romagna) non consentono le «udienze da remoto»[11].

Rilievi quelli appena segnalati, che trovano per quanto attiene il processo tributario conferma nel Decreto Direttoriale n. RR 46 dell'11 novembre 2020 del Dipartimento delle finanze laddove pur individuando il programma informatico deputato a dare attuazione alle «udienze a distanza» (cioè "*Skype for business*"), al medesimo art. 2 ribadisce, in maniera del tutto speculare rispetto all'art. 27 del D.L. n. 137/2020 che la trattazione dei ricorsi «da remoto» avvenga comunque "*nei limiti delle risorse e apparati assegnati ai singoli uffici*". Sarà perciò ben difficile che si possano celebrare udienze per il tramite di strumenti informatici nel rito tributario, con una evidente sperequazione difensiva a favore del Fisco.

Non è assolutamente tollerabile che in uno Stato che pretende essere di diritto, l'effettività della tutela giurisdizionale e la pienezza del diritto di difesa possano essere oggetto di tale mortificazione.

Occorre poi segnalare, che analoghe misure sono previste anche per tutte le altre giurisdizioni, ai sensi degli articoli 23 e ss. del medesimo Decreto Legge.

E' assai difficile condividere «l'entusiasmo» espresso da larga parte della magistratura e da numerose associazioni forensi, a cui ha dato vasta eco la stampa, secondo cui – quello che potremmo definire come «rito Covid» – sia una sinecura per tutti i mali che affliggono la giustizia italiana (sic!)[12].

Allorquando i rappresentanti dell'avvocatura si compiacciono di tali novità[13], dando il loro sostegno a tale deriva del nostro ordinamento

[11] S. TROVATO, *Il diritto di difesa ha la meglio*, «ItaliaOggi», 9 novembre 2020, p. 7.

[12] *Il rito telematico resta l'unica chance*, «Il Sole-24 Ore», 9 novembre 2020, p. 7.

[13] *TAR e Consiglio di Stato online senza intoppi*, «Il Sole-24 Ore», 9 novembre 2020, p. 7.

sotto vari profili, che vanno dal (preteso) efficientamento della giustizia, alla tutela della salute dei medesimi difensori, essi dimostrano di misconoscere (se non addirittura di ignorare) il fatto che la loro acquiescenza di fronte a tali provvedimenti normativi, porti ad un ridimensionamento non tanto e non solo del ruolo del difensore ma del diritto di difesa in quanto tale, che costituisce un diritto inviolabile dell'uomo e un cardine di ogni ordinamento liberale e democratico.

Del resto, l'adozione di siffatte disposizioni legislative dimostra come né a livello governativo, né tantomeno parlamentare, vi sia stata una riflessione sul fatto che la pubblicità delle udienze, sancita dall'art. 101 della Costituzione, e che trova pari tutela nell'articolo 6 della CEDU, è posta a presidio, oltre che del principio democratico-rappresentativo (in quanto la giustizia "*è amministrata in nome del popolo*"), anche della trasparenza stessa dell'esercizio della funzione giurisdizionale, che non consente «udienze segrete» in quanto la magistratura costituisce un apparato strumentale della sovranità e della volontà popolare, a cui deve rendere perciò conto attraverso la pubblicità delle udienze (così come analogamente avviene per il tramite dell'obbligo della motivazione delle sentenze).

A «costituzione invariata», il Governo, con l'avallo del Parlamento, sospende *sine die* l'efficacia della nostra «Legge fondamentale», così pure della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, allorquando la celebrazione del processo pubblico costituisce un principio di civiltà giuridica, proprio, degli ordinamenti democratici.

Si aggiunga poi, che occorre esprimere vivo dissenso in merito all'efficacia ed alla razionalità di tali misure a livello sanitario.

Non si comprende bene quale sia la *ratio* sottesa alle «udienze da remoto», che per le difficoltà tecniche sopra emarginate sono decise "*sulla base degli atti depositati*" e perciò senza contraddittorio in sede decisoria con i difensori – ormai la prassi di fronte al Giudice Amministrativo, contabile e Tributario – allorquando invece innanzi ai giudici di merito penali e civili, vi è invece la facoltà per ogni organo giusdicente, se tenere o meno l'udienza in presenza dei procuratori delle parti.

Delle due l'una, *tertium non datur*. È forse maggiore la carica virale del Covid nelle aule dei Tribunali Amministrativi Regionali o della Corte di conti piuttosto che in quella della giustizia ordinaria? Peraltro va posto in rilievo come nel processo penale vengano operate numerose ed inspiegabili differenziazioni tra processo di primo grado e di appello, ove quest'ultimo diventa quasi sempre «cartolare».

Più che evidente come il principio di eguaglianza e ragionevolezza vengano completamente stravolti, dovendosi altresì stigmatizzare l'eccessiva discrezionalità che trasmoda nell'arbitrio, allorquando i singoli giudici possono *ad nutum* decidere come trattare le cause, incidendo gravemente sulla pienezza del ministero difensivo.

A prescindere dalle considerazioni che precedono, assai poco convincente si appalesa il prospettato rischio per la salute degli operatori del diritto (siano essi magistrati, avvocati o personale amministrativo), soprattutto perché – come dimostra l'intervallo tra la «Fase I» e la «Fase II» del Covid – il funzionamento degli uffici giudiziari può essere gestito in maniera virtuosa anche con la presenza fisica dei difensori in udienza (circostanza che comprova come a parità di risorse, i tribunali potessero essere organizzati in modo molto più efficiente ed umano, anche prima dell'emergenza sanitaria).

Ci sia poi consentito un inciso di carattere storico-giuridico in merito all'avvocatura ed all'attuale degrado in cui essa versa.

Nella prima età moderna il ceto forense – i *doctores*, i dotti per intenderci (che non vanno confusi con i *doctorellis*, cioè il basso ceto procuratorio di *Ancien régime*) – costituiva la «nobiltà di toga», beneficiando di un quasi monopolio sulle cariche pubbliche in virtù della sua scienza e preparazione.

Quella che era l'«aristocrazia del sapere e del merito», si trova oggi del tutto emarginata dai processi decisionali che la dovrebbero invece vedere protagonista, venendo relegata al ruolo di mera ed acquiescente comparsa di scelte prese altrove.

Risulta davvero svilente e singolare leggere su quotidiani di caratura nazionale le dichiarazioni dei rappresentanti della categoria, in cui ad esempio si afferma che "*il sistema delle udienze da remoto è stato senz'altro soddisfacente* […] *potrebbe essere utile per far fronte a casi eccezionali, non necessariamente così gravi come l'attuale pandemia. Penso, per esempio, a un*

avvocato impossibilitato a recarsi in tribunale o al Consiglio di Stato per problemi di salute. Magari perché si è rotto una gamba"[14].

Tali prese di posizione – che negano sostanzialmente vi sia una criticità sistemica di ampio respiro che vede a «costituzione invariata» l'obliterazione delle disposizioni e delle garanzie che discendono sia dalla nostra «Legge fondamentale», che dalla Convenzione europea dei Diritti dell'uomo, a principiare dagli artt. 24 e 111 della nostra Carta, così come degli articoli 6 e 13 della CEDU – paiono anche ignorare un fatto a dir poco dirimente[15], e cioè che la professione forense è sempre stata paragonata a livello legislativo nel corso dei secoli e dei millenni, al mestiere delle armi, essendo considerata un ufficio virile[16] [17], tanto che nel Digesto giustinianeo *doctores* e *milites* costituivano i cardini della *respublica*.

Va peraltro segnalato come il diritto comune abbia esteso alla professione forense le prerogative che normalmente il diritto romano riconosceva alla milizia, ma *ubi commoda et ibi incommoda*[18], godendo di tutta una serie di immunità funzionali tese a facilitare l'esercizio della professione, strumentali per la difesa degli interessi dei singoli e della collettività.

Dobbiamo purtroppo constatare come invece la *milita legalis* sia oggi ormai costantemente oltraggiata, e con essa la preminenza e la primazia del diritto, non trovando una risposta adeguata nell'operato delle associazioni di categoria o dagli organi deputati a rappresentarla a livello istituzionale, così contribuendo ad aggravare il deficit democratico e le sue nefaste ricadute sullo «Stato di diritto». L'avvocatura italiana è sempre più appiattita sulle posizioni del potente di turno, circostanza che purtroppo non le fa onore,

[14] *TAR e Consiglio di Stato online senza intoppi*, «Il Sole-24 Ore», 9 novembre 2020, p. 7.

[15] Nonostante il Legislatore e gli organi rappresentativi della categoria, CNF ed Ordini territoriali *in primis*, pongano l'accento in maniera quasi ossessiva sulla deontologia, come dimostrano una serie infinita di pubblicazioni e di convegni che si succedono di continuo.

[16] S. DI NOTO MARRELLA, *«Doctores». Contributo alla storia degli intellettuali nella dottrina del diritto comune*, Vol. I, Padova, Cedam, 1994, p. 120.

[17] *Ex multis* C. 2.7.11.

[18] S. DI NOTO MARRELLA, *op. cit.*, Vol. II, p. 67.

allorquando in altri paesi – anche e soprattutto nel corso dell'emergenza Covid – i loro colleghi (ad esempio quelli cinesi e turchi) si battono coraggiosamente per difendere diritti e libertà proprie ed altrui, venendo perseguitati e spesso uccisi dalle autorità.

E che dire di tutte le restrizioni frapposte alla libertà di circolazione introdotte dai vari DDPCM, che non hanno eguali in nessun paese al mondo (se si eccettua la Corea del Nord), e che certamente non possono essere motivate da ragioni sanitarie (ipotesi quest'ultima, contemplata dall'articolo 16 della «Legge fondamentale»), in quanto assolutamente non incidenti sull'eventuale diffusione del Covid-19, e ancor prima utili per fronteggiare il morbo.

Ne sono la dimostrazione le disposizioni di cui all'art. 2, comma 4° del DPCM 3 novembre – così come l'analoga disciplina contenuta nell'articolo successivo – che vietando "*ogni spostamento in entrata e in uscita*" dalle «zone multicolori» (cioè, rispettivamente, le "*aree del territorio nazionale caratterizzate da uno scenario di elevata gravita e da un livello di rischio alto*", nonché quelle "*di massima gravità e da un livello di rischio alto*"), fa salvi gli "*spostamenti motivati da comprovate esigenze lavorative o situazioni di necessità*". Se il fine ultimo di tale disciplina è quella di impedire la propagazione del Covid e dunque tutelare la salute pubblica, le deroghe contemplate paiono invece andare in senso del tutto opposto rispetto agli obiettivi che si cerca (apparentemente) di perseguire. Chi si sposta tra una regione e l'altra per motivi di lavoro, ad esempio, ed è ammalato, diffonderà il virus a prescindere dalle ragioni sottese rispetto al suo spostamento.

Le limitazioni alla libertà di circolazione raggiungono il culmine nell'art. 1, comma 2°, del D.L. 2 dicembre 2020, n. 158 laddove viene vietato dal 21 dicembre 2020 al 6 gennaio 2021 "*nell'ambito del territorio nazionale, ogni spostamento in entrata e in uscita tra i territori di diverse regioni o province autonome, e nelle giornate del 25 e del 26 dicembre 2020 e del 1° gennaio 2021 è vietato altresì ogni spostamento tra comuni*…". Disposizione successivamente integrata dall'«astruso» articolo 1 del D.L. 18 dicembre 2020, n. 172, che al primo comma recita: "*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 1, comma 2, del decreto-legge 2 dicembre 2020, n. 158, nei giorni festivi e prefestivi compresi tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 sull'intero territorio nazionale si applicano le misure di cui all'articolo 3 del*

decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 3 dicembre 2020; nei giorni 28, 29, 30 dicembre 2020 e 4 gennaio 2021 si applicano le misure di cui all'articolo 2 del medesimo decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 3 dicembre 2020, ma sono altresì consentiti gli spostamenti dai comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti e per una distanza non superiore a 30 chilometri dai relativi confini, con esclusione in ogni caso degli spostamenti verso i capoluoghi di provincia. Durante i giorni compresi tra il 24 dicembre 2020 e il 6 gennaio 2021 è altresì consentito lo spostamento verso una sola abitazione privata, ubicata nella medesima regione, una sola volta al giorno, in un arco temporale compreso fra le ore 05,00 e le ore 22,00, e nei limiti di due persone, ulteriori rispetto a quelle ivi già conviventi, oltre ai minori di anni 14 sui quali tali persone esercitino la potestà genitoriale e alle persone disabili o non autosufficienti conviventi".

Da porre in rilievo come l'art. 15 della L. n. 400/1988[19], individui una serie di limiti alla decretazione d'urgenza, sancendo come il Decreto Legge non possa violare, sospendere o derogare diritti fondamentali o disposizioni di rango costituzionale.

Prescrizione quest'ultima che nel corso del 2020 è stata sistematicamente vulnerata, da ultimo con i richiamati Decreti Legge 2 dicembre 2020, n. 158 e 18 dicembre 2020, n. 172!

A prescindere dalle considerazioni giuridiche che precedono, ci dobbiamo chiedere se i membri del nostro esecutivo – che si compiacciono pubblicamente delle restrizioni da essi approvate – siano edotti del fatto che grandi conurbazioni come quelle che caratterizzano ormai vaste zone d'Italia, ove si succedono e si intersecano vari enti locali nel raggio di poche centinaia di metri, confinino (senza ragione) gli italiani, impedendo loro l'esercizio delle più elementari e basilari attività[20].

Parimenti, nell'antica «Terra di lavoro», si incontrano in una inestricabile *commixtio*, le Province di Caserta, Frosinone ed Isernia,

[19] "*Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri*".

[20] Ad esempio, nella zona nord di Napoli, si passa, nell'arco di pochissimi minuti, dal capoluogo, ai comuni di Arzano e Casandrino, o in Provincia di Roma, il confine tra i Comuni di Grottaferrata e Frascati è per vero assai difficile da distinguere.

rendendo assai problematico anche il più breve ed innocuo spostamento?[21]

Del tutto ingiustificata ed irrazionale pare poi il corollario di questo insieme di odiose limitazioni che scandiscono la nostra esistenza, e cioè la discrezionalità conferita agli organi accertatori – che a tutti gli effetti trasmoda nell'arbitrio – che rimette a questi ultimi, ogni valutazione (assolutamente soggettiva) sulle ragioni sottese agli spostamenti dei singoli cittadini, come pure la decisione in merito ad una eventuale sanzione da comminare agli stessi. Significativo di quanto appena sostenuto pare il "*Prontuario violazioni emergenza COVID-19*" adottato dalla Guardia di Finanza, che delinea e recensisce un elenco di ben 22 sanzioni con cui si può «colpire» qualche malcapitato che ha l'ardire di esercitare i propri diritti costituzionali.

Il «coprifuoco» che ormai accompagna le giornate degli italiani, ed impedisce loro dalle 22 alle 5 di spostarsi liberamente – come sancito dall'art. 1, 3° comma del DPCM 3 novembre 2020 (e dalla analoga disposizione contenuta nel Decreto del 3 dicembre, riprodotta poi nei Decreti Legge 2 dicembre 2020, n. 158 e 18 dicembre 2020, n. 172) – pare una misura propria ad un regime dittatoriale o ad un paese sull'orlo di una insurrezione, piuttosto che ad una democrazia che non è menomamente minacciata da alcuno.

Ulteriore conferma che quelle adottate dal nostro esecutivo siano misure lesive dei diritti fondamentali si rinviene nel diritto e nella prassi internazionale, tra i tanti, nel Rapporto delle Nazioni Unite del 7 gennaio 1985 sul «Terrorismo di Stato» nel Sud Africa dell'«Apartheid». Tale consesso assembleare individuava e censurava le restrizioni alla libera circolazione e di soggiorno adottate dall'esecutivo di quel paese, motivate da ragioni emergenziali, in quanto assolutamente incompatibili con i diritti dell'uomo[22].

[21] Peraltro il «correttivo» adottato dall'esecutivo per il tramite dell'articolo 1 del D.L. 18/12/2020, n. 172, trasmoda nell'assurdo allorquando consente lo spostamento tra comuni con meno di cinquemila abitanti e solo nel raggio di 30 chilometri, precludendo l'accesso ai capoluoghi di provincia.

[22] I.E. SEGAY, *State terrorism in South Africa*, «United Nations – Centre against Apartheid», n. 15, 1984.

Lo zelo dei singoli operatori, che danno spesso prova di scarsa, se non addirittura assente umanità e di equità (tralasciando il diritto, che ormai ha scarsa cittadinanza nel nostro ordinamento), si rinviene nel fatto che nel corso dell'autunno sono stati sanzionati per la violazione dell'obbligo di rimanere in casa nelle ore notturne o dell'analogo divieto di assembramenti, numerosi senzatetto o famiglie in fila alle mense dei poveri (categoria in cui ormai sono ricompresi milioni di italiani, e che cresce esponenzialmente ogni giorno, tanto da ricomprendere anche i ceti che una volta potevano dirsi abbienti), di cui ha dato vasto risalto la stampa[23].

Mentre vi è una inflessibile (e cervellotica) applicazione dei divieti nei confronti di determinate categorie che colpiscono unicamente il mondo del lavoro e delle professioni, si manifesta in maniera assai palese una più che evidente «tolleranza» nei confronti di condotte che contribuiscono – alla luce degli elementi in nostro possesso – alla diffusione, sotto gli occhi di tutti, del virus.

Le strade affollate del centro di Roma, oppure i tratti del Lungotevere capitolino ove si accalcano tutti traspirati (violando il prescritto distanziamento di due metri per chi pratica attività motoria all'aperto) e senza «dispositivi di protezione» *runners* o ciclisti – come peraltro analogamente avviene in Via Caracciolo a Napoli o in altre città d'Italia – dimostra come le pubbliche autorità tendano a «chiudere un occhio», e fors'anche due, in determinate circostanze, perseguendo invece implacabilmente cittadini che per tutta una serie di circostanze non hanno *hobbies* da coltivare.

È possibile definire il Coronavirus come un «alibi» per sottrarre spazi di libertà senza incontrare alcuna opposizione? Assolutamente sì.

Parimenti, occorre porre in rilievo come ci troviamo ormai di fronte ad un nuovo e più sottile tipo di «violenza di Stato», a cui fa da corollario il *battage* mediatico a cui costantemente vengono sottoposti gli italiani.

[23] Tra i tanti, *In coda alla mensa dei poveri, multati per assembramento*, «il Fatto Quotidiano», 20 novembre 2020, p. 15.

Siamo giunti all'assurdo per cui – di fronte ad un virus di cui si sa assai poco, se non che la sua mortalità è molto bassa se paragonata ad altre malattie (che pure mietono vittime da decenni nella più totale indifferenza) – vengono vulnerati in maniera sistematica i diritti sociali dei cittadini privandoli della possibilità di realizzare pienamente sé stessi e le proprie aspirazioni, e ciò contro l'art. 3 della nostra «Legge fondamentale» che al 2° comma sancisce che "*E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana* …".

Più che evidente come i vari DDPCM che si susseguono nel corso dei mesi, eludano tale precetto costituzionale primario, ledendo la dignità (intesa come valore umano supremo) di ogni consociato, come pure l'analoga disposizione contenuta all'art. 1 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, essendo giunti a «riscrivere» le stesse regole della socialità e della civile convivenza.

In maniera del tutto analoga, pare totalmente obliterato il disposto dell'articolo 2 della nostra Costituzione in considerazione del fatto che, il riconoscimento e la garanzia dei diritti inviolabili sia del singolo sia delle formazioni sociali ivi sancito, subisce – si ribadisce, a «costituzione invariata» – una violenza programmatica da parte di meri provvedimenti amministrativi ormai elevati a rango di fonte «super primaria» in virtù del Coronavirus.

La gestione della pandemia offre uno spaccato assai significativo ed inquietante del degrado giuridico che connota ormai il nostro ordinamento.

Il diritto è oggi subordinato ai «capricci» ed alla avventuristica visione di una classe dirigente che è digiuna delle più basilari cognizioni e delle benché minime capacità per far fronte alla crisi sanitaria, nonché a quella economica, giuridica e sociale che da essa consegue.

I provvedimenti sin qui adottati costituiscono espressione sintomatica della frattura insanabile tra ceto dirigente – in cui vanno ricompresi oltre ai politici, i vertici della P.A. nonché la magistratura nel suo insieme – ed il «Paese reale», laddove il primo è completamente sordo ed indifferente alle necessità primarie di decine

di milioni di individui, già fiaccati da una recessione che colpisce l'Italia da oltre un decennio, e le cui condizioni di vita hanno visto un inaspettato e catastrofico aggravamento a causa del Covid-19.

Quella che scaturisce dal Coronavirus può essere definita come un'«emergenza senza fine» che rischia di travolgere il Paese tutto, infliggendo allo stesso un irrimediabile «colpo di grazia». Le uniche soluzioni prospettate dalle autorità nel breve, medio e lungo periodo ruotano su tutta una serie di divieti e chiusure, nonché su di un inasprimento dei tributi.

Orbene, per quanto attiene quest'ultimo profilo, non ci si rende conto che con l'aumento delle imposte, diminuiscono le entrate perché superata una certa «soglia di tolleranza», la pressione fiscale è destinata a distruggere ricchezza, soprattutto in un paese come il nostro che negli ultimi 20 anni ha conosciuto uno dei tassi di crescita più bassi al mondo.

Su 180 Stati monitorati dal Fondo Monetario Internazionale, l'Italia si situa infatti al 170° posto[24].

I nostri rilievi, che pure costituiscono l'«abc» delle scienze economico-finanziarie, non paiono trovare un positivo riscontro in ambito erariale.

L'Agenzia delle entrate ed i Ministri dell'economia che si sono succeduti da almeno due lustri a questa parte, insistono su temi più che inflazionati per giustificare misure palesemente dannose (patrimoniale, prelievo forzoso sui conti correnti, etc.), sostenendo che larga parte degli italiani siano proprietari di immobili, che gli stessi abbiano accumulato molti risparmi, e che comunque vi sia una ricchezza sommersa da recuperare con la lotta all'evasione.

Orbene, trattasi di un «ritornello» che ha fatto il suo tempo, e di una politica economica che non trova giustificazione alcuna, né tantomeno può dirsi compatibile con i principi di proporzionalità e progressività delle imposte di cui all'articolo 53 della nostra costituzione, o con quello di «giusta imposta» elaborato dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo.

[24] M. GUALTIERI, *Nella crescita del PIL siamo al 170° posto*, «ItaliaOggi», 24 ottobre 2020, p. 4.

Allo stesso modo, i principi del giusto procedimento (espressione del diritto di difesa costituzionalmente garantito) – a cui lo «Statuto del contribuente» ha cercato di dare concreta attuazione – sono compromessi dai poteri *extra ordinem* accordati al Fisco da parte del Legislatore (forieri peraltro di corruzione sistematica e malaffare). L'Agenzia delle entrate è ormai temuta quanto la «Gestapo» nella Germania nazionalsocialista o la «Stasi» nella Repubblica Democratica Tedesca, in quanto può annientare senza motivo alcuno, l'esistenza di ogni cittadino o di qualsivoglia impresa senza un vero fondamento fattuale e/o giuridico, danneggiando in maniera significativa la possibilità per lo Stato di avere entrate a lungo termine, a causa di una politica fiscale che fa «terra bruciata» delle realtà produttive.

Mai potrà esservi una ripresa senza un ridimensionamento più che significativo delle prerogative dell'Agenzia delle entrate in sede di accertamento, nonché della legislazione penale tributaria. Pare incredibile dover constatare come il nostro ordinamento riservi un trattamento sanzionatorio per i delitti legati agli stupefacenti quasi sempre più blando rispetto a quello previsto in materia di reati tributari!

Parimenti assurdi, e del tutto ingiustificati sotto il profilo giuridico (come pure economico), paiono i costanti richiami (da parte di molti partiti e delle autorità fiscali), volti all'abolizione del contante e all'uso della moneta elettronica, soprattutto perché gli Stati che hanno prima di noi intrapreso questo percorso – come la Cina e gli USA – si sono presto avveduti delle nefaste conseguenze sulla crescita di tale sciagurata scelta, tanto da ritornare sui propri passi ed incentivare l'utilizzo di modalità di pagamento tradizionali.

Allo stesso modo, occorre porre in rilievo come i «tetti» previsti dal legislatore all'utilizzo del contante medesimo – via via introdotti nel corso degli ultimi anni con un insensato entusiasmo nel nostro ordinamento – ben difficilmente ha precedenti nelle economie di mercato avendo sempre e solo esclusivamente caratterizzato ordinamenti non propriamente democratici come quello cubano o sovietico.

Si noti poi, che tutte le economie che conoscono tassi di crescita sostenuti, sono quelle dove questi limiti non sussistono, oppure ove

sono estremamente elevati (nell'ordine di decine di migliaia di euro per ogni singola transazione), come ad esempio quelle degli Stati Uniti, del Regno Unito, della Repubblica Popolare Cinese, della Germania o dei paesi dell'Europea dell'est.

3. *Covid e «terrorismo di Stato»*

Il sovvertimento di ordine morale e giuridico che si è manifestato nel corso del 2020 – che strumentalizza il Coronavirus per finalità squisitamente di parte, che è difficile definire politiche o legate alla *salus reipublicae*, perché nulla hanno a che vedere con il «buon governo» della *polis* – risulta espressione più che evidente non solo e non tanto di un «nichilismo giuridico», retaggio postmoderno del pensiero marxista, ma bensì di un fenomeno di pari se non maggiore gravità, cioè di una istituzionalizzazione e contestuale evoluzione del «terrorismo/violenza di Stato».

Affermazione quest'ultima che sicuramente incontrerà numerose critiche, che tuttavia possono essere agevolmente confutate da un esame oggettivo di una prassi di governo che si è ormai affermata, tendendo sempre più verso la tirannide.

«Stato terrorista» e «terrorismo di Stato» sono una endiadi, per il tramite della quale si riesce a «legalizzare» l'«illegalità», decretando la morte della vita politica, consolidando al contempo il potere dello Stato che devia però dai principi democratico-costituzionali[25].

Tutti sintomi che purtroppo si rinvengono oggi nel nostro Paese, ormai alle prese con un cesarismo farsesco, che però trascina nel baratro una intera nazione, potendosi riscontrare tutta una serie di «spie» che dovrebbero allarmarci in considerazione del fatto che "*il fenomeno delle dittature non è limitato alle tirannie kolossal, impossibili da ignorare, dalla Germania hitleriana alle satrapie bolsceviche, ma è una piaga ovunque estesa, anche in piccoli paesi fuori vista, ai quali non si bada mai granché e così, spesso per indifferenza gli si perdonano le mattanze politiche, i campi di lavoro, gli orrori quotidiani*"[26].

[25] O. MONGIN, *Terrorisme d'État État terroriste*, «Esprit», nn. 94/95, 1984, p. 146.

[26] D. GABUTTI, *Siamo circondati da dittatori. Sono tanti, proliferati all'ombre di quelli classici*, «ItaliaOggi», 8 dicembre 2020, p. 12.

I provvedimenti sin qui adottati, a cui si aggiungono con puntuale cadenza un insieme di nuove ed ulteriori odiose, inutili e quanto mai ultronee disposizioni che colpiscono la generalità dei cittadini, nulla hanno a che vedere con il contrasto al Covid-19, in quanto, come evidenziato in precedenza (e come è possibile avvedersi ogni giorno), attività pericolose per la salute pubblica continuano ad essere svolte senza grosse restrizioni, mentre altre, che pure presentano pari se non addirittura minori rischi per l'incolumità collettiva, sono oggetto di una stringente disciplina, sino addirittura all'impossibilità di poter essere svolte.

Dette misure trovano piuttosto la loro *raison d'être*, in un congelamento della vita democratica del Paese[27], e nel controllo esercitato da parte delle autorità su tutti noi, ispirato dall'«ideologia della paura», che instilla angosce, ben difficilmente ipotizzabili anche meno di un anno fa.

Ha suscitato vivo scalpore l'infelice esternazione del Ministro Boccia – forse per «darsi un tono» visto il suo scarso, anzi inesistente, spessore umano prima ancora che politico (egli ha perso, ci sia consentito, una buona occasione per tacere) – secondo cui "*Non è un'eresia se Gesù Bambino nasce due ore prima*"[28], che però, come si vedrà a breve, non ha incontrato alcuna reale opposizione di carattere politico e giuridico (neppure da parte delle autorità ecclesiastiche).

Il pensiero del Ministro, deve far riflettere su come l'attuale classe dirigente non tenga in considerazione le libertà singole e collettive degli italiani (che nel caso di specie non è unicamente riferita a quella di culto), rimanendo del tutto indifferente di fronte alle chiare – e non suscettibili di interpretazione – disposizioni costituzionali e sovranazionali (ci si riferisce alla CEDU ed alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea) che pure precludono l'adozione di misure liberticide come quelle che sono ormai divenute una costante nel corso dell'anno 2020, e che faranno da corollario alla nostra quotidianità per chissà quanto tempo.

---

[27] Peraltro, già da anni, pesantemente condizionata a livello normativo e sociale.

[28] M. CONTI, *Il caso della messa di Natale «Gesù può nascere prima»*, «Il Mattino», 27 novembre 2020, p. 16.

L'inusitato rigore del citato membro dell'esecutivo evidenzia come questi, oltre a non comprendere il significato, né tantomeno la portata della venuta del Figlio Unigenito di Dio sulla terra (pur professandosi cattolico), sia privo della più basilare sensibilità oltre che delle elementari cognizioni giuridiche e culturali, tanto da aver suscitato, oltre che preoccupate reazioni, anche ilari commenti da parte della stampa[29] [30].

In un paese civile e democratico, tale tipo di proposta sarebbe stata immediatamente seguita da richieste di dimissioni – da rassegnare peraltro prontamente – giacché è davvero intollerabile che un membro del Governo possa anche solo astrattamente prospettare uno scenario di questo tipo (che ha dei precedenti solo in epoca bolscevica o maoista).

Sorge spontaneo chiedersi se il suddetto ministro, avrebbe avuto l'«ardire» di rilasciare analoghe dichiarazioni laddove si fosse trattato di una festività civile (ad esempio il primo maggio), oppure di una ricorrenza propria a qualche altra fede religiosa (magari il ramadan). Molto probabilmente no.

Vero è, che le prospettate interdizioni paventate da Boccia, hanno trovato accoglimento e pieno sostegno all'interno della compagine di Governo, dapprima venendo trasfuse nell'art. 1, comma 2° del D.L. 2 dicembre 2020, n. 158 e nell'art. 1, 3° comma del DPCM 3 dicembre 2020, ove il divieto di circolare tra le 22 e le 5 del mattino è stato confermato anche per la vigilia di Natale, precludendo ad una generalità di cittadini, di potersi recare alla messa di mezzanotte! Disposizione che ha trovato conferma, con una serie di ulteriori e gravose restrizioni nell'art. 1 del D.L. 18 dicembre 2020, n. 172.

Occorre segnalare che neppure nel corso del secondo conflitto mondiale, con il nostro Paese trasformato in un campo di battaglia – ove effettivamente vi erano le esigenze di un «coprifuoco» – sono mai

[29] M. DEL PAPA, *Il ministro Boccia è, sul Natale, come il maestro Canello, quello di Fantozzi, che anticipava il veglione di Capodanno alle 22*, «ItaliaOggi», 28 novembre 2020, p. 12.

[30] Tra i commenti più graffianti, ma pienamente condivisibili, si rinvia a D. Gabutti, *Sarà un Natale alla Isaac Asimov, un po' ai confini della realtà*, «ItaliaOggi», 26 novembre 2020, p. 2.

state adottate misure di questo tipo, come si evince da coevi filmati dell'Istituto Luce o dalla stampa dell'epoca.

Non deve sorprendere se tra qualche tempo, in occasione del manifestarsi dell'ennesima «ondata» del virus, venissero adottati provvedimenti restrittivi aventi ad oggetto la libertà di circolazione o di riunione, specificamente rivolti nei confronti dei pensionati o più in generale di chi è «attempato», e perciò considerato dall'odierna vulgata «giovanilista» un peso per la società.

Nei mesi scorsi, numerose volte sono stati paventati divieti per fasce di età – chiaramente discriminatori – proposti «ad intermittenza» da parte di Presidenti delle Giunte regionali e ministri, che evidentemente non sono edotti del fatto che larga parte della popolazione italiana non è formata da giovani, ma bensì da anziani (peraltro quasi sempre molto attivi, e spesso ancora impegnati nel mondo del lavoro o delle professioni).

Più che evidente come disposizioni di questo genere si appalesino vulnerative degli artt. 2 e 3 della Costituzione, nonché dell'articolo 14 della CEDU e dell'art. 1 del Protocollo n. 12 alla Convenzione medesima, e contrarie prima ancora che al diritto, alla logica e al buonsenso, ma quello che davvero sorprende e che facciano tuttavia ingresso nel dibattito politico!

Quello che accomuna l'insieme di Decreti Legge, DDPCM, Ordinanze e Circolari che si succedono ormai sempre più freneticamente, accompagnati da una sorta di telecronaca della loro «gestazione» – a cui si aggiunge una nuova fonte di «pseudo diritto», le cc.dd. "*FAQ*", cioè le domande frequenti, a cui seguono le risposte da parte di «novelli glossatori» appartenenti alle varie Pubbliche Amministrazioni sui cui siti vengono pubblicati tali surreali dialoghi (che in realtà sono monologhi) – è, per usare una espressione latina, il *terror*, cioè una forte commozione d'animo che sgomenta e atterrisce.

Quotidianamente non vi è mezzo di comunicazione che non dia ampio risalto al fatto che la situazione sanitaria sia ad un passo dal collasso, che i morti causati dal Coronavirus siano in aumento o rimangano costantemente elevati, che è prossima l'ennesima ondata (dalla «seconda», siamo ormai passati alla ipotizzazione semi-ufficiale di una «terza», e molto verosimilmente saremo raggiunti da un

«maremoto» alla luce delle più recenti misure che ormai ci privano finanche della libertà di circolare e di riunirci), la cui caratteristica intrinseca è quella di produrre e diffondere una paura generalizzata (come effettivamente avviene).

È possibile affermare che ci troviamo oggi di fronte ad una offesa sistematica da parte delle pubbliche autorità, dei beni giuridici protetti dai diritti inviolabili dell'uomo, che trova giustificazione nella necessità di contrastare il Coronavirus.

Orbene, tale nominale finalità, cela in realtà l'adozione di drastiche misure – che vanno ben oltre i limiti della legalità costituzionale e convenzionale – connotate da una intrinseca natura preventiva/repressiva, propria di regimi autocratici o dispotici. Questi ultimi, per affermarsi o consolidarsi al potere, sono adusi all'utilizzo di squadroni della morte o all'eliminazione dei propri oppositori anche per il tramite di processi farsa (come avviene nella Turchia di Erdogan), strumenti unicamente finalizzati a diffondere la paura, e piegare qualsivoglia forma di dissenso.

A seguito della pandemia, queste «tecniche», sono state aggiornate e sostituite da strumenti diversi, che tuttavia producono gli stessi effetti in quanto è possibile rinvenire – anche nel nostro Paese – tutti gli elementi caratterizzanti la fenomenologia del «terrorismo di Stato».

Affermazione la nostra che può sembrare una provocazione, ma che tuttavia non lo è. E' stato posto in rilievo come per terrorismo debba intendersi "*ogni atto, compiuto come parte di un metodo di lotta politica (cioè volta ad influenzare e conquistare o difendere il potere statale), che comporta l'uso di violenza estrema (l'inflizione della morte fisica o psichica, o di sofferenze o lesioni fisiche o psichiche) contro persone innocenti (nel senso di non combattenti)*"[31].

Assistiamo ormai da tempo ad un malcelato intento di creare un clima di angoscia ed insicurezza nella società, tale da indebolire le istituzioni e creare il panico tra la generalità dei cittadini[32].

Le definizioni fornite dal vocabolario del lemma terrorismo, sono le seguenti: "R*egime instaurato da governanti e belligeranti che si valgono di*

[31] D. FALCINELLI, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, Torino, UTET, 2005.

[32] Solo pochissimi commentatori si sono avveduti di ciò. Tra questi si segnala M. BERTONCINI, *La paura è un bel capitale politico*, «ItaliaOggi», 5 dicembre 2020, p. 4.

mezzi atti a incutere terrore. Concezione e pratica di lotta politica che fa uso della violenza … Atteggiamento fortemente intimidatorio"[33].

Dobbiamo purtroppo constatare come gli elementi propri del terrorismo («di Stato») si manifestino nella loro interezza, allorquando si esamina la panoplia di provvedimenti che si succedono dal marzo del 2020 e del corollario di campagne stampa che fanno da contorno a qualsiasi iniziativa presa dal Governo, costituendo le «tessere» di una precisa strategia – inserita in un contesto giuridico del tutto estraneo a quello proprio di uno «Stato di diritto» – che costituisce un palese sovvertimento dell'ordine democratico-costituzionale, tesa com'è ad assicurare la tenuta dell'esecutivo e l'elezione dell'attuale Presidente del Consiglio a Capo dello Stato.

Un regime autoritario, che adopera una surrettizia forma di «violenza di Stato», non ha bisogno di un vero sostrato ideologico, in quanto l'unico «denominatore comune» è rinvenibile in una intolleranza alla democrazia ed alle sue garanzie e tutele tanto che è stato osservato come "*l'attività diretta a produrre terrore delinea una identità del disvalore impermeabile a qualsiasi ulteriore teologia ideologica*"[34].

Stiamo ormai assistendo ad una sempre più rapida erosione della legalità, che esautora e distrugge i diritti fondamentali di ciascuno di noi, dimostrando l'indifferenza dei pubblici poteri nei confronti della libertà. Autoritarismo «mascherato» che dovrebbe essere oggetto di unanime condanna, mentre invece non lo è.

Il nuovo «nemico pubblico» siamo tutti noi, «complici», secondo le autorità (costrette perciò a «rieducarci» per il tramite di provvedimenti coercitivi), del virus!

Il vero e più preoccupante flagello non è il Covid, ma quello che ha preso di mira la democrazia e lo «Stato di diritto» nel suo insieme. Si riuscirà a trovare una cura per questo «morbo»?

[33] N. ZINGARELLI, voce *terrorismo*, Vocabolario della Lingua italiana, (a cura di) M. DOGLIOTTI e L. ROSIELLO, Bologna, Zanichelli, 1996, p. 1849.

[34] D. FALCINELLI, voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, Torino, UTET, 2005.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

BECHIS F., *Boom di contagi tra i giovani. I dati, nascosti, sono forniti dall'Istituto superiore di sanità*, «ItaliaOggi», 13 novembre 2020; BERTONCINI M., *La paura è un bel capitale politico*, «ItaliaOggi», 5 dicembre 2020; Id., *Tonnellate di demagogia contro l'infezione covid*, «ItaliaOggi», 7 novembre 2020; CONTI M., *Il caso della messa di Natale «Gesù può nascere prima»*, «Il Mattino», 27 novembre 2020; DE JORIO J.P., *Emergenza sanitaria e diritti fondamentali: prove tecniche di regime?*, «Istituzioni, Diritto, Economia», Anno II, n. 1, 2020; DEL PAPA M., *Il ministro Boccia è, sul Natale, come il maestro Canello, quello di Fantozzi, che anticipava il veglione di Capodanno alle 22*, «ItaliaOggi», 28 novembre 2020; DI CESARE D., *Fobocrazia*, «L'Espresso», n. 12, anno LXVI, 15 marzo 2020; DI NOTO MARRELLA S., *«Doctores». Contributo alla storia degli intellettuali nella dottrina del diritto comune*, Padova, Cedam, 1994; FALCINELLI D., voce *Terrorismo (profili sostanziali)*, Torino, UTET, 2005; GABUTTI D., *Sarà un Natale alla Isaac Asimov, un po' ai confini della realtà*, «ItaliaOggi», 26 novembre 2020; Id., *Siamo circondati da dittatori. Sono tanti, proliferati all'ombre di quelli classici*, «ItaliaOggi», 8 dicembre 2020; GUALTIERI M., *Nella crescita del PIL siamo al 170° posto*, «ItaliaOggi», 24 ottobre 2020; *Il rito telematico resta l'unica chance*, «Il Sole-24 Ore», 9 novembre 2020; *In coda alla mensa dei poveri, multati per assembramento*, «il Fatto Quotidiano», 20 novembre 2020; LEONE R., *La crisi ha colpito duro su chi lavoro. Nella P.A. invece si vive in un Eden*, «ItaliaOggi», 5 dicembre 2020; LICCIARDI G., *Lo stato d'emergenza*, «Meridiana», n. 76, 2013; MICUCCI E., *Cts, sul contagio mistero dati*, «ItaliaOggi», 8 dicembre 2020; MONGIN O., *Terrorisme d'État État terroriste*, «Esprit», nn. 94/95, 1984; PICCI A., voce *Terrorismo (profili criminologici e giuridici)*, «Digesto», Torino, UTET, 2010; RANALLETTI M., *Aux origines du terrorisme d'État en Argentine : les influences françaises dans la formation des militaires argentins (1955-1976)*, «Vingtième Siècle. Revue d'histoire», n. 105, 2010; Id., *Pistes sur les origines du terrorisme d'État en Argentine et au Chili*, Vingtième Siècle. Revue d'histoire», n. 81, 2004; SEGAY I.E., *State terrorism in South Africa*, «United Nations – Centre against Apartheid», n. 15, 1984; STOHL M., *The global war on terror and State terrorism*, «Perspectives on terrorism», Vol. 2, n. 9, 2008; *TAR e Consiglio di Stato online senza intoppi*, «Il Sole-24 Ore», 9 novembre 2020; Trovato S., *Il diritto di difesa ha la meglio*, «ItaliaOggi», 9 novembre 2020; ZINGARELLI N., voce *terrorismo*, Vocabolario della Lingua italiana, (a cura di) M. DOGLIOTTI e L. ROSIELLO, Bologna, Zanichelli, 1996.

ABSTRACT

Il susseguirsi di provvedimenti restrittivi o comunque fortemente limitativi delle libertà fondamentali sancite dalla Costituzione, così come dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo costituiscono il leitmotiv dell'attività legislativa e di governo nel corso del 2020. Occorre però interrogarsi sulla legittimità di tali provvedimenti normativi e amministrativi che si appalesano ultronei rispetto alle finalità che nominalmente sarebbero deputati a perseguire.
Quello che più caratterizza questa sospensione *sine die* dello Stato di diritto è la pretermissione di tutto quell'insieme di garanzie e tutele giuridiche tradizionalmente considerate intangibili. È possibile sostenere che la pandemia sia stata strumentalizzata politicamente per circoscrivere gli spazi di libertà ed accrescere i poteri delle autorità in danno dei cittadini?

Is it possible to argue that Covid-19 has coincided with an «eclipse» of fundamental rights and freedoms and the obliteration of the rule of law?
Are the measures adopted by authorities really necessary to prevent the spread of the virus? Do they actually respond to the proportionality and reasonableness standard?
Is parliamentary democracy giving the way to a new form of less conspicuous dictatorship whose ideological substratum is uniquely identifiable in the necessity of those in office to maintain themselves in power at any cost?

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA [*online*] ISSN 2704-8667
Anno II – Num. 3 – 2020 www.istituzionidirittoeconomia.eu

FEDERICO GASPARINETTI[*] - ANGELO MARIA ROVATI[**]

INTERNET E I *SOCIAL NETWORK* COME NUOVO SCENARIO DEL RAPPORTO TRA DIRITTO DI LIBERA MANIFESTAZIONE DEL PENSIERO E REATO DI DIFFAMAZIONE: ANALISI DEI PROFILI DI RISARCIMENTO DEL DANNO[***]

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. Il rapporto tra diffamazione e libera manifestazione del pensiero. - 3. Dalla parte dell'offeso: la quantificazione del risarcimento del danno. - 3.1 Il danno patrimoniale. - 3.2 Il danno non patrimoniale. - 4. La responsabilità degli amministratori di pagine e degli *hosting provider* attivi. Il caso *TripAdvisor*. - 4.1 La responsabilità degli *hosting provider* per la violazione degli altrui diritti d'autore e connessi. - 4.2. L'inapplicabilità delle disposizioni speciali in materia di rettifica. - 4.3. La disciplina delle pratiche commerciali scorrette. - 5. Riflessioni conclusive: il diritto alla (costante) prova del *web*.

1. Introduzione

Il presente articolo si propone di affrontare alcuni aspetti di una tematica che riveste oggi grande importanza sociale prima ancora che giuridica. L'utilizzo delle nuove tecnologie digitali ed in ispecie dei *social network* ha infatti profondamente influenzato la vita relazionale della collettività[1].

[*] Dottorando di ricerca in Diritto Civile, Università di Innsbruck. Avvocato presso il Foro di Pordenone.

[**] Dottore di ricerca in Diritto privato - proprietà intellettuale e concorrenza, Università di Pavia. Si precisa che le opinioni espresse dall'Autore, inquadrato presso l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, sono frutto del suo personale convincimento, impegnano esclusivamente lo stesso e non possono in alcun modo essere ritenute come rappresentative di orientamenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato o impegnative per la stessa.

[***] Il lavoro è frutto dell'impegno congiunto dei due Autori. I paragrafi da 1 a 3 e 5 sono stati scritti da Federico Gasparinetti, mentre il paragrafo 4 è da attribuire ad Angelo Maria Rovati.

Accanto però ai noti miglioramenti che queste particolari innovazioni hanno apportato, aumentando esponenzialmente le possibilità di informazione, comunicazione e condivisione, i *social network* rappresentano oggi anche un nuovo "luogo" in cui (o, secondo un'altra prospettiva, un nuovo "mezzo", tramite cui) possono essere commessi reati ed illeciti civili[2].

In particolare il reato di diffamazione *ex* art. 595 c.p. ha trovato nei *social network* una nuova dimensione. Le peculiari caratteristiche di queste tecnologie hanno infatti permesso un pericoloso aumento dei casi di diffamazione nella sua forma aggravata di cui al III comma della citata disposizione penale[3]. Anzi, proprio alla possibilità (senza

[1] Tra i numerosissimi studi ed approfondimenti condotti sul tema, si ricorda il report Digital 2019, promosso dall'agenzia internazionale We Are Social e dalla piattaforma di *social media management* Hootsuite, e riportato anche in un articolo de Il Sole 24 Ore, ove emergono dati estremamente significativi e rilevanti: in Italia – dove in media si trascorrono *online* 6 ore al giorno e 9 persone su 10 accedono ad *internet* – 35 milioni di persone utilizzano i *social network* come punto di riferimento non solo per il divertimento ed il tempo libero, ma anche per informarsi e comunicare. A livello globale invece il numero di persone che accede ad *internet* è di 4,39 miliardi, mentre 3 miliardi e mezzo di persone (e quindi circa il 45% della popolazione mondiale) sono attive sui *social media*. Così G. COLETTI, *In Italia 35 milioni passano due ore al giorno sui social network. Ecco cosa fanno*, Il Sole 24 Ore, 31 gennaio 2019, <https://www.ilsole24ore.com/art/in-italia-35-milioni-passano-due-ore-giorno-social-network-ecco-cosa-fanno--AFv9LnD>, (18 marzo 2020).

Sui concetti di trasformazione ed emergenza digitale, v. L. ATTIAS-G. SCORZA, *La consapevolezza digitale al servizio dell'etica,* in *Dir. inform.,* 2019, vol. VI, pp. 1191 e ss.

[2] Circa l'evoluzione della tecnologia come fattore non solo di progresso, ma anche criminogeno, v. C. PANICALI, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale,* in *Resp. civ. prev.*, 2017, vol. VI, pp. 2081 e ss. e G. ALPA, *Autonomia privata, diritti fondamentali e "linguaggio dell'odio",* in *Contratto e Impr.*, 2018, vol. I, pp. 45 e ss.

Per una breve analisi della *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* tedesca entrata in vigore il 1° ottobre 2017, v. E. FALLETTI, *Social Network: la nuova legge tedesca contro le fake news e gli haters,* in il *Quotidiano Giuridico* del 10 ottobre 2017.

Tra la giurisprudenza di legittimità, si ricorda Cass. pen., Sez. V, sent. n. 12564/2018.

[3] R. NOCERA, *La diffamazione. Le nuove tecnologie,* in P. CENDON (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. III, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020, pp. 3501-3503. L'Autrice si sofferma in ispecie sulle diverse peculiarità del reato di diffamazione a

precedenti) di ottenere tramite *internet* una vastissima diffusione di dati e contenuti consegue una capacità lesiva dei beni giuridici tutelati dall'art. 595 c.p. nettamente maggiore rispetto alle condotte criminose poste in essere prima dell'avvento di tali tecnologie[4].
Da tale fenomeno è poi, *inter alia*, conseguito anche un rinnovato interesse per il dibattito concernente il bilanciamento d'interessi tra il diritto alla libera manifestazione del pensiero e la tutela dell'onore e della reputazione.
Non ci addentreremo in questa sede nelle complesse problematiche di natura psicologica e sociologica correlate all'assenza del rapporto interpersonale "diretto" che contraddistingue le relazioni sui *social network*, ma certo è che la possibilità di agire senza esporsi in prima persona ha influenzato la tendenza delle persone a delinquere[5].
È fuor di dubbio, quindi, che il tema della tutela dei diritti della persona nell'era di *internet* rivesta grande attualità.
Va inoltre sin d'ora osservato come la giurisprudenza, nell'ambito dei procedimenti sia penali, sia civili, abbia dovuto applicare un impianto normativo che, stante l'assenza di una normativa "*ad hoc*", non era certo stata predisposta dal legislatore in vista di queste fattispecie.
Ciononostante, la tecnica legislativa adottata nella formulazione dei precetti che qui più interessano, ossia, oltre all'art. 595 c.p., gli artt. 2043 e 2059 c.c., ha permesso ai giudici di far valere gli stessi anche con riferimento alle fattispecie che hanno luogo sui *social network*, ma –

seconda del fatto se lo stesso sia compiuto a mezzo stampa, tramite *social network* o su un *blog*.

V. inoltre V. PEZZELLA, *La diffamazione*, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020, p. 134 e pp. 934-943, E. ALBAMONTE, *La diffamazione commerciale (anche attraverso i social networks),* in *Giur. merito.*, 2013, vol. XII, pp. 2641B e ss., A. SIROTTI GAUDENZI, *Social network, diritto alla privacy e reputazione delle imprese,* in *Dir. industriale*, 2019, vol. II, pp. 133 e ss. e E. GIACHELLO, *La diffamazione su Facebook: un reato generazionale e un dilemma interpretativo,* in *Giur. Penale Web.*, 2018, vol. IX.

Per la giurisprudenza più rilevante al riguardo v. *infra*.

[4] F. P. LASALVIA, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network,* in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, Utet Giuridica, Milano, 2019, pp. 365-369.

[5] PANICALI, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale,* cit., pp. 2081 e ss., spec. nota 1.

proprio a causa della generalità delle disposizioni in parola e dell'assenza di una specifica normativa – con sentenze non sempre concordi, cui è conseguito un certo livello di frammentarietà negli indirizzi seguiti dalla giurisprudenza con riferimento ad alcuni degli aspetti della presente tematica.

Prima di iniziare la breve analisi cui è dedicata questo articolo, si ritiene opportuna un'ultima premessa. All'enorme importanza sociale ed economica che è stata assegnata a questi nuovi canali telematici, non si è accompagnata – a parere di chi scrive – un'idonea formazione ed informazione circa il loro corretto utilizzo, non tanto sotto un profilo tecnico, quanto sui risvolti che *internet* e i *social network* possono avere nel mondo "reale". In ispecie si osserva come una vasta fetta della popolazione ritenga che le azioni poste in essere su *internet* siano una sorta di simulazione o di gioco, o comunque che siano in ogni caso prive di alcun effetto[6].

Anche (e forse soprattutto) da questa errata concezione della dimensione telematica si ritiene di dover far discendere la nascita e la diffusione di nuove modalità di commissione di fattispecie di reato, poste in essere da soggetti che senza l'intermediazione e la spersonalizzazione dello strumento informatico verosimilmente non li avrebbero compiuti.

Un facile esempio in tal senso potrebbe essere dato dal caso in cui un soggetto insulta veementemente un personaggio politico sul profilo *Facebook* di quest'ultimo e mai lo farebbe se incontrasse lo stesso di persona nella piazza del paese.

L'assenza di un "contatto" fisico unita ad un'idea distorta di anonimato, e in ogni caso la barriera rappresentata dal *monitor* del *computer* o dallo schermo dello *smartphone*, spento il quale si ha l'illusione che la notizia diffamatoria o la minaccia scritta cessino di esistere, costituiscono – purtroppo – per molte persone una licenza a non rispettare la legge, come se alla virtualità dello spazio del *web*

[6] Sul punto v. GIACHELLO, *La diffamazione su Facebook: un reato generazionale e un dilemma interpretativo,* cit., il quale giunge ad ipotizzare che, in considerazione della minor rilevanza conferita alle dichiarazioni espresse sui *social network* da parte sia del loro autore sia di chi le legge, tali ipotesi di diffamazione dovrebbero addirittura ritenersi "attenuate".

conseguisse che questo è anche una "zona franca" dove non valgono le norme dello Stato[7].

Si pensi, al riguardo, anche al triste fenomeno del *cyberbullissmo*, che si distingue sotto numerosi aspetti rispetto al bullismo "fisico", ove il "bullo" deve avere nella stragrande maggioranza dei casi determinate caratteristiche fisiche per poter vessare i propri compagni di scuola. Ora invece la casistica relativa al *cyberbullismo* ci dimostra che tutti possono essere bulli, comprese le vittime di precedenti atti di bullismo, e questo li rende ancor più difficilmente identificabili. Inoltre la circostanza per cui non si vedono direttamente gli effetti che il proprio agire – connotato magari più da una volontà di scherzo che di violenza – ha sulla vittima può impedire al bullo dei *social network* di rendersi conto delle proprie azioni, con la conseguenza che questo continua a perpetrare una condotta che verosimilmente non porrebbe mai in essere nella "realtà fisica"[8].

L'introduzione e l'enorme successo dei *social network* hanno quindi comportato – come era logico aspettarsi – significativi mutamenti anche nel mondo giuridico, che è chiamato ora ad interpretare la normativa esistente applicandola a fattispecie che hanno luogo in una dimensione non più "tangibile", bensì telematica, ma non per questo priva di risvolti "reali". Al contrario, proprio con riferimento ai casi di diffamazione, si osserverà meglio nel prosieguo che le frasi ingiuriose scritte e pubblicate su *internet* hanno la capacità di raggiungere un numero di destinatari estremamente maggiore rispetto ai casi di diffamazione "a voce" e addirittura di quella a mezzo stampa o

[7] Al riguardo e sulla necessità di trovare un "*bilanciamento tra libertà del* web *e sicurezza sul* web" v. LASALVIA, *La diffamazione via web nell'epoca dei social network,* cit., pp. 365-369.

[8] Per un approfondimento del complesso tema del *cyberbullismo* si rimanda in primo luogo alla l. 71/2017 con cui il legislatore italiano ha tentato di affrontare il problema predisponendo misure volte innanzitutto a prevenire e a contrastare questo fenomeno – anche per il tramite di iniziative educative *ad hoc* –, nonché a garantire una rieducazione del "*cyberbullismo*". Sul punto v. l'analisi condotta da PANICALI, *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale,* cit., pp. 2081 e ss., che osserva come la normativa in parola si caratterizzi per una predilezione degli "*strumenti preventivi e rieducativi rispetto a quelli repressivi propri del diritto penale*".

apparati radio-televisivi, e possono pertanto potenzialmente ledere molto più gravemente l'onore, la reputazione, l'immagine, la dignità ed in generale la sfera giuridica della vittima[9].

[9] La giurisprudenza maggioritaria ritiene al riguardo che l'utilizzo di un *social network* per porre in essere il reato di diffamazione comporta che lo stesso sia sempre nella sua forma aggravata di cui all'art. 595, co. III, c.p. proprio per l'intrinseca capacità di questo mezzo di comunicazione di rendere un contenuto conoscibile ad un numero molto significativo di soggetti. V. Cass. pen., Sez. V, sent. n. 40083/2018, ove la Suprema Corte si è così espressa: "*La costante giurisprudenza di legittimità, infatti, afferma senza dubbio, proprio con riferimento ai messaggi ed ai contenuti diffusi tramite* facebook*, che la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca '*facebook*' integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595, comma terzo, cod. pen., poiché trattasi di condotta potenzialmente capace di raggiungere un numero indeterminato o comunque quantitativamente apprezzabile di persone (Sez. 1, n. 24431 del 28/4/2015,* Rv. *264007; Sez. 5, n. 4873 del 14/11/2016, dep. 2017, Manduca,* Rv. *269090), né l'eventualità che fra i fruitori del messaggio vi sia anche la persona a cui si rivolgono le espressioni offensive, consente di mutare il titolo del reato nella diversa ipotesi di ingiuria (Sez. 5, n. 44980 del 16/10/2012, Nastro,* Rv. *254044).*". In tal senso v. altresì la disamina proposta da Cass. pen., Sez. V, sent. n. 8328/2015: "*Inoltre, questa Corte, ha più volte evidenziato che il reato di diffamazione può essere commesso a mezzo di* internet *(cfr. Sez. 5, 17 novembre 2000, n. 4741; 4 aprile 2008 n. 16262; 16 luglio 2010 n. 35511 e, da ultimo, 28 ottobre 2011 n. 44126), sussistendo, in tal caso, l'ipotesi aggravata di cui al comma 3 della norma incriminatrice (cfr. altresì sul punto, Cass., Sez. 5, n. 44980 del 16/10/2012,* Rv. *254044), dovendosi presumere la ricorrenza del requisito della comunicazione con più persone, essendo per sua natura destinato ad essere normalmente visitato in tempi assai ravvicinati da un numero indeterminato di soggetti (Sez. 5, n. 16262 del 04/04/2008). In particolare, anche la diffusione di un messaggio diffamatorio attraverso l'uso di una bacheca '*facebook*' integra un'ipotesi di diffamazione aggravata ai sensi dell'art. 595 c.p., comma 3, poiché la diffusione di un messaggio con le modalità consentite dall'utilizzo per questo di una bacheca '*facebook*', ha potenzialmente la capacità di raggiungere un numero indeterminato di persone, sia perché, per comune esperienza, bacheche di tal natura racchiudono un numero apprezzabile di persone (senza le quali la bacheca '*facebook*' non avrebbe senso), sia perché l'utilizzo di '*facebook*' integra una delle modalità attraverso le quali gruppi di soggetti socializzano le rispettive esperienze di vita, valorizzando in primo luogo il rapporto interpersonale, che, proprio per il mezzo utilizzato, assume il profilo del rapporto interpersonale allargato ad un gruppo indeterminato di aderenti al fine di una costante socializzazione (Sez. 1, n. 24431 del 28/04/2015). Pertanto, la condotta di postare un commento sulla bacheca '*facebook*' realizza la pubblicizzazione e la diffusione di esso, per la idoneità del mezzo utilizzato a determinare la circolazione del commento tra un gruppo di persone, comunque, apprezzabile per composizione numerica, di guisa che, se offensivo tale commento, la relativa condotta rientra nella tipizzazione codicistica descritta dall'art. 595 c.p.p., comma (Sez. 1, n. 24431 del 28/04/2015).*".

Intento del presente articolo è quindi quello di condurre, senza alcuna pretesa di esaustività, l'analisi di alcune delle maggiori tematiche correlate al reato di diffamazione posto in essere sui *social network*. In particolare ci si soffermerà sulla necessità di trovare un corretto bilanciamento tra diritto di critica e tutela dell'onore e della reputazione, per poi dedicare spazio agli eventuali profili di risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale, conseguenti alla pubblicazione sul *web* di una dichiarazione diffamatoria. Infine verranno date alcune prime indicazioni sulla responsabilità civilistica dei soggetti diversi dall'autore della dichiarazione diffamatoria, quali in particolare gli *hosting provider* attivi e gli amministratori di pagine.

2. *Il rapporto tra diffamazione e libera manifestazione del pensiero*

Aspetto cruciale della presente indagine, nonché di molti procedimenti relativi a (supposte) dichiarazioni diffamatorie, anche a prescindere dalla dimensione telematica o meno della fattispecie, è dato dal fatto che non è sempre agilmente determinabile *a priori* se una certa espressione dia luogo al reato previsto ai sensi dell'art. 595 c.p., o sia invece una legittima manifestazione del pensiero, che può specificarsi – com'è noto – anche nel diritto di critica.
In determinati casi si assiste infatti alla contestuale presenza di due interessi che possono essere tra loro contrapposti. Da un lato quello correlato alla citata volontà di manifestare liberamente il proprio pensiero, diritto espressamente garantito dalla Costituzione all'art. 21[10], nonché da normative europee ed internazionali, tra cui la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (art. 10), la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (art. 19), il Patto Internazionale sui

Si ricordano inoltre, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, sent. nn. 12564/2018, 8482/2017, 4873/2016, 2723/2016, 24431/2015, 13604/2014.

[10] Per una più dettagliata analisi della libertà di manifestazione del pensiero in conformità a quanto previsto dall'art. 21 Cost., v. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 565-573, il quale in ispecie osserva come la "democraticità" di un dato ordinamento sia direttamente proporzionale proprio al riconoscimento ed alla concreta attuazione della libertà di manifestazione del pensiero.

Diritti Civili e Politici (art. 19) e la Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (art. 11). Dall'altro vi è l'interesse a vedere tutelati dei beni giuridici quali il proprio onore[11] e la reputazione[12]. Anche l'appena citata tutela dell'onore e della reputazione trova però il proprio fondamento nella Costituzione, ed in ispecie in quell'"elenco aperto" di diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 Cost., nonché nell'art. 3 Cost., stante le previsioni contenute nella stessa norma concernenti la "*pari dignità sociale*" di tutti i cittadini e il "*pieno sviluppo della persona umana*"[13].

[11] Come ricordato da S. PERON, *Onore, reputazione, identità personale e oblio,* in P. CENDON (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. I, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020, pp. 602-603, vale il principio della c.d. relatività della nozione di onore, in base al quale lo stesso rappresenta un valore relativo, non soggetto ad una definizione immutevole nel tempo e nei diversi contesti socio-culturali, sussistendo in ogni caso una certa difficoltà a rinvenire una nozione unica ed unitaria di onore. Tale riflessione pare similmente applicabile anche al concetto di reputazione. In ogni caso si condivide l'opinione dell'Autrice, secondo la quale nel linguaggio comune "*il termine onore sta a significare la stima ed il rispetto di cui una persona gode nell'ambito della comunità in cui vive*".

[12] Quest'ultima da considerarsi come "*la rappresentazione della personalità del soggetto in una cerchia di consociati … l'opinione che hanno i terzi del valore (non solo morale) di un soggetto, è la stima diffusa nell'ambiente sociale*", così F. SANZARI, *Reputazione, diritti della personalità in internet,* in S. PREVITI (a cura di), *Internet e reputazione aziendale*, Utet Giuridica, Milano, 2016, pp. 3-4. E quindi come la dignità personale in considerazione del "sentire sociale" di un dato contesto.

[13] Al riguardo si ritiene opportuno riportare in questa sede l'approfondita ricostruzione svolta dalla Suprema Corte di Cassazione: "*La più recente dottrina e lo stesso orientamento giurisprudenziale ritengono che esista un vero e proprio diritto alla reputazione personale anche al di fuori delle ipotesi espressamente previste dalla legge ordinaria, che va inquadrato nel sistema di tutela costituzionale della persona umana, traendo nella Costituzione il suo fondamento normativo, in particolare nell'art. 2 e nel riconoscimento dei diritti inviolabili della persona (in questo senso anche C. Cost. 10.12.1987 n. 479, secondo cui 'l'art. 2 Cost. sancisce il valore assoluto della persona umana'). In tale contesto si inserisce certamente la disciplina degli ambiti di tutela della reputazione del soggetto, come persona, che sebbene non trovi espressa menzione nelle disposizioni costituzionali, tuttavia si ricava dai principi di cui all'art. 2 Cost. (oltre che dall'art. 3, che fa riferimento alla dignità sociale) 6.3. Infatti, superata ormai da anni la questione relativa alla funzione precettiva e non programmatica dell'art. 2 Cost., con conseguente affermazione della rilevanza costituzionale della persona umana, in tutti i suoi aspetti, questa norma comporta che l'interprete, nella ricerca degli spazi di tutela della persona, è legittimato a costruire tutte le posizioni soggettive idonee a dare garanzia, sul terreno dell'ordinamento positivo,*

Sicché si può ritenere che gli interessi qui contrapposti abbiano entrambi rango costituzionale[14]. Si ricorda inoltre che, in considerazione dell'esimente prevista dall'art. 51 c.p., l'esercizio di un proprio diritto esclude la punibilità della fattispecie, pertanto, qualora si ritenesse che la condotta oggetto di valutazione debba essere considerata come manifestazione del pensiero – che può concretizzarsi nel diritto di cronaca, critica e satira – la stessa non potrà integrare né il reato *ex* art. 595 c.p., né altro delitto previsto dalla normativa codicista o speciale.
In assenza di indicazioni da parte del legislatore la giurisprudenza, già da qualche decennio, ha indicato i criteri orientativi al fine di trovare un equilibrio che fosse in grado di garantire e bilanciare la tutela sia del diritto di libera manifestazione del pensiero, sia dell'onore e della reputazione.

---

ad ogni proiezione della persona nella realtà sociale, entro i limiti in cui codesto risultato si ponga come conseguenza della tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali nelle quali si esplica la sua personalità. L'espresso riferimento alla persona come singolo (art. 2 Cost.) rappresenta certamente valido fondamento normativo per dare consistenza di diritto soggettivo alla reputazione del soggetto, con conseguente sua tutela da parte dell'ordinamento. La considerazione del diritto alla reputazione quale diritto della personalità consente nel contempo di individuare il correlativo fondamento giuridico, ancorandolo direttamente nell'art. 2 Cost.: inteso quale precetto nella sua più ampia dimensione di clausola generale, 'aperta' all'evoluzione dell'ordinamento e suscettibile, per ciò appunto, di apprestare copertura costituzionale ai nuovi valori emergenti della personalità, in correlazione anche all'obiettivo primario di tutela 'del pieno sviluppo della persona umana', di cui al successivo art. 3 cpv. (implicitamente su questo punto Corte Cost. 3.2.1994, n. 13)." (Cass. civ., Sez. III, sent. n. 6507/2001).

In dottrina, ALPA, *Autonomia privata, diritti fondamentali e "linguaggio dell'odio"*, cit., pp. 45 e ss., che, nell'ambito della valutazione comparativa degli interessi in questione, menziona altresì la Carta dei Diritti Fondamentali, ove "*la dignità della persona è considerata il pilastro su cui poggia l'intero ordinamento europeo*" e la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo in cui la tutela della persona risulta "*preponderante rispetto alla libertà di espressione*". V. inoltre, *inter alia*, SANZARI, *Reputazione, diritti della personalità in internet,* cit., pp. 3-6, PERON, *Onore, reputazione, identità personale e oblio,* cit., pp. 602-607 e 616-625, e F. BARRA CARACCIOLO, *La tutela della personalità in internet,* in *Dir. inform.*, 2018, vol. II, pp. 201 e ss.

[14] Sul rapporto tra libertà di espressione e dignità dell'individuo, definiti valori "*dotati di una rilevanza 'super' costituzionale*", v. *amplius*, O. POLLICINO-G. DE GREGORIO, *Hate speech: una prospettiva di diritto comparato,* in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, vol. IV, pp. 421 e ss.

In particolare sono tre gli elementi che l'interprete dovrà tenere in considerazione nel determinare se una certa dichiarazione debba essere considerata legittima *ex* artt. 21 Cost. e 51 c.p. o illegittima *ex* art. 595 c.p.: la verità (o perlomeno veridicità) del contenuto della dichiarazione[15], l'interesse pubblico alla conoscenza della stessa (o comunque la sua rilevanza sociale) e la continenza delle espressioni utilizzate[16].

[15] Tale elemento riveste oggi un ruolo particolarmente importante in considerazione della pericolosa crescente diffusione delle c.d. *fake news*. L'utilizzo dei *social network* quale mezzo di informazione ha infatti comportato una sempre maggiore circolazione di notizie false, o comunque prive alcun fondamento probatorio o attendibilità, ma artifiziosamente "travestite" da informazioni corrette e verificate. Tale triste fenomeno colpisce trasversalmente tutti i settori, dalla politica all'economia, dall'attualità alla scienza, e ne consegue una maggior responsabilizzazione di chi decide di diffondere una determinata notizia, essendo tale soggetto chiamato a controllare perlomeno l'attendibilità della fonte, prima di riprodurre (e quindi fare propria) tale dichiarazione.

Sul requisito della verità dei fatti esposti v., *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, sent n. 11259/2007, che seppur relativo ad una fattispecie di diffamazione a mezzo stampa, statuiva il seguente principio che pare applicabile anche alla problematica delle c.d. *fake news* sui *social network* qui discussa: "*è legittimo l'esercizio del diritto di cronaca quando sia riportata la verità oggettiva (o anche solo putativa) purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca dei fatti esposti, che non può ritenersi rispettata quando, pur essendo veri i singoli fatti riferiti, siano dolosamente o anche soltanto colposamente, taciuti altri fatti, tanto strettamente ricollegabili ai primi da mutarne completamente il significato.*".

Per quanto qui più interessa si pensi al frequente caso in cui un soggetto non scrive in prima persona su un *social network* un'espressione diffamatoria, ma si limita per a "condividere" un contenuto (falso) pubblicato sulla rete da altri soggetti. È evidente che anche la sola condotta del soggetto che "condivide" la medesima dichiarazione falsa e diffamatoria lede a sua volta l'onore e la reputazione della vittima della stessa. Pertanto anche chi diffonde informazioni senza averne previamente verificato la verità del contenuto e l'attendibilità della fonte, potrebbe commettere il reato di diffamazione, per il quale però – come osservato da PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p. 1038-1039 – non si risponde a titolo di colpa. Rimane in ogni caso la possibilità che la stessa condotta possa dare luogo a responsabilità extracontrattuale *ex* artt. 2043 e ss. c.c. con conseguente obbligo di risarcimento del danno.

[16] Sul punto si riporta quanto stabilito dalla Suprema Corte: "*Il diritto di cronaca è stato ritenuto lecito quando ricorrono le seguenti condizioni: la verità oggettiva della notizia pubblicata; l'interesse pubblico alla conoscenza del fatto (cosiddetta: pertinenza); la correttezza*

In ispecie risulta spesso difficile stabilire con un giudizio *ex ante* se il canone della continenza delle espressioni è rispettato o meno. Tale giudizio dovrà infatti basarsi sul contesto in cui la dichiarazione viene posta in essere, nonché dipenderà necessariamente dalla discrezionalità del giudicante.
In ogni caso la giurisprudenza di legittimità ha chiarito come il diritto di critica, seppur naturalmente privo dell'obiettività presente invece nel diritto di cronaca, non consenta comunque aggressioni alla dimensione morale della persona offesa e vada pertanto ritenuto violato il summenzionato criterio della continenza – quale elemento costitutivo della causa di giustificazione del medesimo diritto di critica – ogniqualvolta le espressioni utilizzate constino in affermazioni apertamente denigratorie della dignità e della reputazione altrui, ovvero diano di fatto luogo ad un attacco personale nei confronti della vittima, ledendo la sua persona in quanto tale[17].

formale dell'esposizione (cosiddetta: continenza); in questo senso Cass. 4 luglio 1997, n. 6041, tra le molte.Il diritto di critica, compresa quella che si traduce in scritti, si risolve in una interpretazione di fatti, di comportamenti e di opere dell'uomo che, per sua natura, è necessariamente soggettiva, cioè corrispondente al punto di vista di chi la manifesta. Anche se questo diritto, come ogni altro, deve essere esercitato entro i limiti oggettivi fissati dalla logica concettuale e dall'ordinamento positivo, nondimeno non si deve trarre l'illazione che la critica sia sempre vietata quando può offendere la reputazione individuale. Occorre, quindi, andare alla ricerca di un bilanciamento dell'interesse individuale alla reputazione con l'interesse generale che non siano introdotte limitazioni alla libera formazione del pensiero costituzionalmente garantita." (Cass. civ., Sez. III, sent n. 747/2000).

V. inoltre, *ex multis*, Cass. pen., Sez. V, sent. n. 5941/2000, Trib. Roma, Sez. I civ., sent. n. 13275/2015.

In dottrina si ricorda *inter alia* l'approfondimento svolto da M. BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, Utet Giuridica, Milano, 2011, pp. 313-324.

[17] Cass. pen., Sez. V, sent. n. 7859/2017. V. anche Cass. pen., Sez. V, sent. nn. 31669/2015, 8328/2015 e Trib. Milano, Sez. I civ., sent. n. 8738/2018, ove è stato precisato che pur non potendosi pretendere che la critica sia assolutamente obiettiva e pur essendo lecito che la stessa si manifesti per il tramite di un linguaggio "*colorito e pungente*", non è in ogni caso ammissibile che venga lesa l'integrità morale del destinatario.

Esempio pratico della necessità dei giudici e degli altri operatori del diritto di adattare normative e canoni di interpretazione "classici" alla nuova dimensione telematica, alle sue peculiarità ed al suo particolare linguaggio è dato, *ex multis*, dalla recente pronuncia del Tribunale di Verona del 27 gennaio 2020 n. 859, ove è stato

L'applicazione dei predetti criteri va poi rapportata alla circostanza per cui l'utilizzo dei *social network* comporta intrinsecamente la diffusione di convincimenti prima tendenzialmente destinati a rimanere nella propria sfera privata[18].
Si assiste infatti ad una significativa circolazione delle opinioni non più solo di determinati soggetti connotati da una particolare "qualificazione", ma anche di privati cittadini che hanno oggi la possibilità di condividere i loro giudizi e le loro esperienze. In passato un ristorante veniva recensito quasi esclusivamente su riviste specializzate da critici o giornalisti appositamente incaricati, ora la fortuna delle medesime attività di ristorazione dipende in larga parte dalle recensioni pubblicate dai clienti sul noto portale *TripAdvisor* o sulla pagina *Facebook* del locale, senza che gli stessi "novelli critici" necessitino di alcuna conoscenza particolare per poter pubblicare il proprio commento[19].

ritenuto che l'utilizzo fatto all'interno di un *post* pubblicato su *Facebook* di una certa *emoticon* comportasse la violazione del requisito della continenza, con il conseguente ordine di rimozione di quest'ultima, pena il pagamento di una somma *ex* art. 614 c.p.c. per ogni giorno di ritardo.

[18] *Inter alia*, ALBAMONTE, *La diffamazione commerciale (anche attraverso i social networks),* cit., pp. 2641B e ss.

[19] Il più delle volte non è neanche necessario dimostrare di essersi effettivamente recati nel ristorante recensito. Ciò ha comportato particolari problematiche note alla cronaca dovute al diffondersi di recensioni false (e fortemente negative) pubblicate dai concorrenti dell'attività in questione o anche alla nascita di "agenzie" la cui attività (illecita) consisteva nel fornire veri e propri "pacchetti" di critiche positive a chi avesse voluto conquistare posti nelle varie graduatorie.

Al riguardo v. PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., pp. 956-959, A. RICCI, *Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime considerazioni*, in *Contr. impr.*, 2010, vol. VI, pp. 1297 e ss., L. VIZZONI, *Recensioni non genuine su TripAdvisor: quali responsabilità?,* in *Resp. civ. prev.*, 2018, vol. II, pp. 706 e ss., e, con specifico riferimento alla possibilità di esperire un'azione inibitoria affinché la società proprietaria del sito *internet* ove è stato pubblicato il contenuto diffamatorio cancelli la medesima recensione, v. R. GELLI, *False recensioni su TripAdvisor: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato,* in *Corriere Giur.*, 2016, vol. I, pp. 78 e ss.

Sulle peculiarità del ruolo "attivo" degli utenti sui *social network*, v. G. M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, in *Dir. inform.*, 2010, vol. VI, pp. 859 e ss.

Ecco che allora il tema che tentiamo in questa sede di affrontare coinvolge sia la sfera morale soggettiva degli individui, sia la reputazione e la percezione sociale delle più diverse attività economiche e professionali, inevitabilmente correlate a quanto avviene nel mondo digitale[20].
Si ritiene pertanto che la liceità o meno di una dichiarazione posta in essere su un *social network* comporti la ricerca di un bilanciamento che consideri non solo da un lato il diritto di libera manifestazione del pensiero e dall'altro la tutela dell'onore e della reputazione, ma anche i possibili risvolti ed effetti sulle attività professionali, commerciali e d'impresa, ricordando come anche la libera iniziativa economica sia tutelata dalla Costituzione all'art. 41.
È stato inoltre osservato in dottrina come le trasformazioni digitali abbiano comportato un'inevitabile evoluzione del concetto stesso di reputazione, dovuta innanzitutto proprio alle diverse e nuove possibilità di interazione che la realtà telematica ha reso possibili. Reputazione quindi da intendersi non più unicamente come considerazione sociale che caratterizza un dato soggetto sulla base dei giudizi espressi dai consociati, ma anche come strumento di autopromozione commerciale, potendo ciascun individuo, sia esso persona fisica o giuridica, incidere sulla stessa nell'ambito del contesto digitale[21].

[20] Sul concetto di reputazione con riferimento alle persone giuridiche ed in generale ai diritti della personalità degli enti collettivi, v. *amplius*, SANZARI, *Reputazione, diritti della personalità in internet,* cit., pp. 6-9, P. BUCCIROSSI, *Analisi economica dell'impatto sull'azienda della diffamazione online*, in S. PREVITI (a cura di), *Internet e reputazione aziendale*, Utet Giuridica, Milano, 2016, pp. 249-253, e BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., pp. 324-327.

V. inoltre lo studio condotto da R. BENNETT-R. KOTTASZ, *Practitioner perceptions of corporate reputation: an empirical investigation*, in *Corporate Communications: An International Journal*, 2000, vol. V, n. 4, pp. 224-235, ove, *inter alia*, si osserva specificatamente anche la possibile influenza della reputazione di una data società sulla sua "*financial performance*", nonché la crescita che sta evento il cd. "*reputation management*" nell'ambito delle attività di *public relation*.

[21] Ogni soggetto ha infatti oggi la possibilità di incidere profondamente nella costruzione e caratterizzazione della propria *web identity*, e quindi della proiezione sociale digitale della propria personalità e di come la stessa viene conosciuta dagli

Nell'attuale contesto socio economico la reputazione digitale rappresenta quindi un fattore in grado di incidere significativamente sul processo produttivo ed un *asset* di estrema importanza, essendo la stessa capace di garantire vantaggi economici molto rilevanti[22], così come, specie qualora vengano diffuse notizie false, diffamatorie e denigratorie, un limite difficilmente superabile dalla capacità attuale o potenziale di un dato soggetto di produrre reddito e di crescere a livello economico-finanziario[23].
Concludendo sul punto si ribadisce la difficoltà nel decidere se una dichiarazione pubblicata su un *social network* – anche alla luce degli effetti che la stessa può comportare – integri il reato di diffamazione o, se al contrario, la stessa sia perfettamente legittima. Si noti infine come tale giudizio non possa che essere fortemente discrezionale ed influenzato dalla struttura culturale ed emotiva di ciascun interprete, con una conseguente possibilità particolarmente elevata di incorrere, pur a fronte di fattispecie similari, in differenti giudizi determinati non solo da parametri giuridici, ma anche dalla sensibilità di chi è chiamato a giudicare.

3. *Dalla parte dell'offeso: la quantificazione del risarcimento del danno*

L'art. 185, co. II, c.p. prevede che "*Ogni reato, che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui.*". Ne consegue, anche in considerazione dei dettami degli artt. 2043 e 2059

altri utenti; è infatti possibile influenzare in maniera più o meno significativa la circolazione delle informazioni che ci riguardano.

[22] Si pensi sia alle imprese o ai professionisti che operano esclusivamente nel mondo digitale, ma anche a quelle realtà che seppur attive in ambiti "tradizionali" hanno deciso ormai da anni di investire fortemente nelle attività di *social media management*.

Per una disamina sulle differenze sussistenti tra economia "tradizionale" ed i modelli di *business* caratteristici delle imprese che operano su *internet*, v. G. M. RICCIO, *Social networks e responsabilità civile*, cit., pp. 859 e ss.

[23] SANZARI, *Reputazione, diritti della personalità in internet,* cit., pp. 24-30. V. poi A. RICCI, *Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime considerazioni*, cit., pp. 1297 e ss.

c.c., l'obbligo del risarcimento del danno in capo all'autore del reato di cui all'art. 595 c.p.[24].

Pertanto, tanto in sede penale quanto in quella civile[25], una volta accertata la natura diffamatoria di una dichiarazione posta in essere su un *social network*, si rende necessario quantificare il danno causato dalla stessa, che potrà essere sia patrimoniale, sia non patrimoniale.

Detta quantificazione dovrà, nei casi che qui più interessano, necessariamente tenere conto delle caratteristiche di *internet* e dei *social network*, stante la possibilità per qualsiasi contenuto pubblicato sul *web* di essere visualizzato da un numero di persone non quantificabile *a priori* ed in una dimensione, sia spaziale, sia temporale, indeterminata.

Inoltre, le caratteristiche degli stessi *social network* consentono che un contenuto venga condiviso[26], commentato, ri-elaborato, scaricato nel

[24] In ogni caso si ricorda come attenta dottrina abbia osservato che è possibile configurare una responsabilità civile anche in assenza di accertamento penale e finanche di condotta penalmente irrilevante. V. NOCERA, *La diffamazione. Le nuove tecnologie,* cit., pp. 3506-3508 e BARCELLONA, *Trattato della responsabilità civile*, cit., pp. 313-314.

In tal senso si registra anche l'intervento della Suprema Corte, v. in ispecie Cass. civ., Sez. I, sent. n. 729/2005.

[25] Sia permesso ricordare che al fine dell'esercizio dell'azione civile di risarcimento del danno è necessario previamente esperire il tentativo di mediazione, rappresentando lo stesso condizione di procedibilità delle domande giudiziali relative al risarcimento del danno derivante "*da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità*" ai sensi dell'art. 5, co. I-*bis*. D.lgs. 28/2010.

Sul rapporto tra azione civile ed azione penale v. PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., pp. 1086-1092.

Sotto un profilo "statistico", PERON, *Onore, reputazione, identità personale e oblio,* cit., pp. 637-638, ha registrato, con riferimento alle azioni per il risarcimento del danno conseguente a diffamazione tramite *mass-media*, una tendenza delle (supposte) vittime di dichiarazioni diffamatorie a preferire l'azione civile di risarcimento del danno rispetto alla proposizone di querela per il reato *ex* art. 595 c.p.

Sul punto v. anche D. AMRAM, *Spunti per nuovi studi in materia di danno alla persona nel cyberspazio,* in *Danno resp.*, 2016, vol. V, pp. 524 e ss.

[26] A titolo esemplificativo, si pensi che anche il semplice "*like*" su *Facebook* aumenta la visibilità di un *post*, facendo sì che lo stesso venga visualizzato anche da soggetti che normalmente non potrebbero vedere i contenuti dell'autore del medesimo.

Sul punto V. PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., pp. 943-945.

proprio dispositivo e poi trasmesso con altre modalità[27], e ciò comporta un'inevitabile amplificazione degli effetti lesivi di una dichiarazione che quindi può raggiungere un numero di destinatari ben maggiore rispetto a quello immaginato dal suo autore[28].

3.1 *Il danno patrimoniale*

Con specifico riferimento al danno patrimoniale, lo stesso, nella maggior parte dei casi, potrà individuarsi allorquando la vittima dell'offesa sia un'impresa, un'attività commerciale o un professionista. Si pensi al citato esempio di *TripAdvisor*: un certo numero di false recensioni diffamatorie è in grado di influenzare negativamente in modo estremamente rilevante il fatturato di un'attività di ristorazione, potendo anche causarne il fallimento.
Ma lo stesso vale per le offese rivolte su una piattaforma non avente finalità principalmente commerciali come *Facebook* o *Instagram* ad un professionista, che potrà patire un calo della clientela a seguito della pubblicazione di contenuti diffamatori di cui lo stesso viene reso suo malgrado protagonista.
In queste ed in numerosissime altre ipotesi le vittime del reato subiranno un danno patrimoniale, di cui è però spesso difficile ottenere una sufficiente istruzione probatoria[29].
È stata infatti osservata la significativa complessità a fornire le prove idonee a dimostrare l'esistenza del danno emergente e soprattutto del lucro cessante eziologicamente conseguenti alla dichiarazione lesiva.
Se si considerano infatti i sei presupposti della responsabilità extracontrattuale comunemente riconosciuti, *i.e.* fatto dannoso,

[27] Si pensi allo *screenshot* di un *post* diffamatorio pubblicato su *Facebook* diffuso a mezzo *WhatsApp*.

[28] D. RONCARÀ, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale,* in S. PREVITI (a cura di), *Internet e reputazione aziendale*, Utet Giuridica, Milano, 2016, pp. 161-164. V. inoltre PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., p. 134 e PERON, *Onore, reputazione, identità personale e oblio,* cit., pp. 626-627.

[29] NOCERA, *La diffamazione. Le nuove tecnologie,* cit., p. 3500, PERON, *Onore, reputazione, identità personale e oblio,* cit., p. 639, e PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., pp. 1110-1112.

illiceità del fatto, imputabilità al danneggiante, dolo o colpa di quest'ultimo, danno e nesso causale tra fatto e danno[30], emerge come mentre la prova dei primi quattro sia facilmente ottenibile, maggiori complicazioni sorgono con riferimento al nesso causale – e quindi all'incidenza della diffamazione nella sfera giuridico-patrimoniale della vittima – e alla quantificazione dell'effettiva diminuzione patrimoniale subita da parte della stessa[31].

Distinguendo tra danno emergente e lucro cessante, si ricorda che il primo consiste nella perdita di poste attive presenti nella sfera del soggetto leso, e quindi nei casi che qui maggiormente interessano, ad esempio, la svalutazione dell'immagine e della reputazione di un'azienda o di un'altra realtà commerciale o professionale, e potrà essere dimostrato, *inter alia*, attraverso i maggiori costi che la vittima ha dovuto sopportare a seguito della pubblicazione della dichiarazione diffamatoria e consistenti in campagna promozionale di "controinformazione"[32].

Più ardua la prova del lucro cessante, nonostante i danni più significativi sofferti in seguito ad un episodio di diffamazione potrebbero verosimilmente rientrare proprio in tale "categoria", consistendo lo stesso nel mancato guadagno, nella ricchezza non conseguita, nel calo di fatturato avvenuto, a parità di condizioni, a seguito della condotta oggetto di contestazione[33]. Un indice di tale

[30] A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., Giuffrè, Milano, 2019, pp. 887-888.

[31] Proprio per tale difficoltà nel dimostrare nesso causale e danno subito, RONCARÀ, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale,* cit., pp. 164-166, osserva che – pur soffrendo un'impresa un pregiudizio di natura economica ogniqualvolta in cui la sua reputazione viene illecitamente aggredita – il risarcimento del danno patrimoniale è stato raramente riconosciuto dai Giudici italiani.

[32] RONCARÀ, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale,* cit., pp. 166-168. Per una più approfondita analisi dei concetti di danno emergente e lucro cessante v., *inter alia*, A. NEGRO, *Danno emergente e lucro cessante,* in P. CENDON (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. II, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020, pp. 1413-1419..

[33] Tornando all'esempio di prima, si pensi ad un ristorante che, a seguito di una serie di false recensioni fortemente negative, ha visto precipitare il numero dei suoi clienti.

voce di danno potrebbe essere data dall'inversione o comunque dal peggioramento dell'andamento economico e commerciale di una data attività al momento della diffusione della dichiarazione diffamatoria, dimostrabile attraverso la produzione in giudizio del bilancio e delle altre scritture contabili.
In aggiunta potrebbero essere allegate specifiche indagini di mercato che dimostrino come gli utenti/clienti, anche potenziali, del soggetto diffamato abbiano cambiato (in negativo) la propria opinione sullo stesso dopo aver letto l'asserzione denigratoria[34].
Appare però in ogni caso difficoltoso riuscire a fornire l'esatta prova del nesso causale tra la pubblicazione su un *social network* del contenuto lesivo e la diminuzione patrimoniale patita dalla vittima e quindi della correlazione tra l'evento lesivo ed il danno da questa subito, non è infatti sufficiente una "contiguità temporale" tra diffusione della dichiarazione e danno, necessitandosi al contrario della specifica prova di un rapporto causa-effetto.
Con specifico riferimento invece alla quantificazione del danno patrimoniale: quella del danno emergente può essere abbastanza agilmente ottenuta producendo le spese *ad hoc* sostenute per contrastare gli effetti della diffamazione, mentre il lucro cessante potrebbe essere stimato sulle base delle scritture contabili da cui emerge il mutato andamento delle risultanze economico commerciali dell'azienda[35].
Ma appare in ogni caso difficile fornire un'esatta determinazione del danno patito in diretta conseguenza della diffusione della notizia diffamatoria[36].
Ancor più difficile appare, infine, la specifica prova del danno da perdita di *chance*, ossia "*quel pregiudizio derivante dal venir meno della possibilità di ottenere un bene o di conseguire un risultato, la cui realizzazione è* ab origine *incerta*" o, più precisamente, il danno che consiste "*nella*

[34] RONCARÀ, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale,* cit., pp. 166-170.

[35] RONCARÀ, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale,* cit., pp. 166-170.

[36] PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., pp. 1110-1112, osserva come nella prassi si assista sovente ad un rigetto delle domande di risarcimento del danno patrimoniale correlato a dichiarazioni diffamatorie.

realmente apprezzabile e misurabile diminuzione delle possibilità di conseguimento di detto bene/risultato"[37].

Il danno da perdita di *chance* non consiste quindi in elementi attivi sottratti dal patrimonio del soggetto leso, ma nel mancato ottenimento di utilità future, evenienza agilmente configurabile nelle fattispecie di diffamazione *online* a danno di imprese e professionisti, ma ciononostante difficilmente dimostrabile dovendo l'attore provare – anche se non in termini di certezza ma attraverso presunzioni o calcoli di probabilità – la concreta, effettiva e ragionevole possibilità del raggiungimento del risultato sperato in assenza della condotta lesiva illecita, di cui quindi il danno risarcibile è conseguenza diretta ed immediata[38].

Prova che, nei di diffamazione sul *web*, la dottrina ritiene difficile da raggiungere[39].

3.2 *Il danno non patrimoniale*

Passando ora al danno non patrimoniale, si ricorda come oggi, alla luce dei più significativi sviluppi giurisprudenziali e dottrinali, lo stesso consista "*nella lesione di interessi giuridicamente rilevanti, non connotati da valenza patrimoniale, ossia non suscettivi di immediata apprezzabilità in termini economici*" e sia possibile addivenire al relativo risarcimento *ex* art. 2059 c.c., sia nelle ipotesi espressamente previste da previsioni di legge (come nel caso di danno conseguente ad un fatto illecito che integra gli estremi di un reato), sia – in considerazione di una lettura costituzionalmente orientata della citata previsione codicistica – quando è posta in essere una lesione dei diritti umani inviolabili costituzionalmente garantiti, o comunque quando vengono violate situazioni soggettive personali correlate a valori costituzionalmente rilevanti. Qualora il danno venga provato, si procederà alla relativa

[37] A. NEGRO, *Il danno da perdita di chance,* in P. CENDON (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. III, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020, pp. 4416-4425.

[38] Sul punto v. *amplius* NEGRO, *Il danno da perdita di chance,* cit., pp. 4423-4425.

In giurisprudenza si richiama, *ex multis*, Cass. civ., Sez. III, sent. n. 1875/2013, Sez. II, sent. n. 3999/2003 e Sez. III, sent. n. 10739/2002.

[39] RONCARÀ, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale,* cit., pp. 166-170.

liquidazione attraverso l'attribuzione di una somma di denaro, il cui scopo è quello di compensare un pregiudizio, non suscettivo, per sua natura, ad una trasposizione immediata sul piano economico[40].
Si evidenzia inoltre come nell'ordinamento giuridico italiano sia ritenuta configurabile anche la risarcibilità del danno non patrimoniale anche a favore di soggetti diversi dalle persone fisiche[41].
Nei casi di messaggi e notizie diffamatorie pubblicate sui *social network* è agilmente immaginabile come tali condotte possano provocare, oltre al più volte citato danno alla reputazione, all'onore e alla dignità della vittima, anche una situazione di sofferenza e disagio ed un profondo turbamento nella psiche di quest'ultima, che si vede dileggiata ed offesa in una pubblica piazza, ove il numero di spettatori è potenzialmente infinito.
Per la liquidazione del danno non patrimoniale deve farsi ricorso ad una liquidazione determinata in via equitativa e, com'è noto, non è facile assicurare una quantificazione economica del danno che sia uniforme tra le varie Corti. Ecco che allora, l'Osservatorio sulla Giustizia Civile del Tribunale di Milano ha inserito nelle sue tabelle anche dei parametri orientativi di liquidazione del danno "*da diffamazione a mezzo stampa e con altri mezzi di comunicazione di massa*"[42].

[40] V. IANNI, *Il danno non patrimoniale: introduzione,* in P. CENDON (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. III, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020, pp. 4697-4699.

[41] IANNI, *Il danno non patrimoniale: introduzione,* cit., pp. 4697-4699. Al riguardo v. anche RONCARÀ, *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale,* cit., pp. 170-175.

[42] I criteri offerti dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano sono il frutto dell'analisi di 89 sentenze emesse tra gli anni 2014 e 2017, ove è emerso che i parametri adottati dalla giurisprudenza per la liquidazione del danno non patrimoniale in seguito a diffamazione sono: notorietà del diffamante, carica pubblica o ruolo istituzionale o professionale ricoperto dal diffamato, natura della condotta diffamatoria (quindi le caratteristiche della dichiarazione lesiva: se colpisce la sfera personale e/o professionale, il linguaggio utilizzato, l'eventuale violazione dei criteri di verità, continenza e pertinenza, *etc.*), eventuale reiterazione della stessa, collocazione della notizia diffamatoria nell'opera (sia essa un articolo, un libro o una trasmissione televisiva) attraverso cui è trasmessa, intensità dell'elemento psicologico in capo all'autore della diffamazione, mezzo con cui è stata perpetrata la diffamazione e relativa diffusione, risonanza mediatica suscitata dalle notizie diffamatorie imputabile al diffamante, natura ed entità delle conseguenze sull'attività professionale e sulla vita del diffamato, reputazione già compromessa, conoscibilità

L'Osservatorio sulla Giustizia Civile ha in particolare distinto cinque classi (*rectius* cinque tipologie) di diffamazione, così individuabili: *i.* diffamazione di tenue gravità (danno liquidabile in un importo da Euro 1.000,00 ad Euro 10.000,00); *ii.* diffamazione di modesta gravità (danno liquidabile in un importo da Euro 11.000,00 ad Euro 20.000,00); *iii.* diffamazione di media gravità (danno liquidabile in un importo da Euro 21.000,00 ad Euro 30.000,00); *iv.* diffamazione di elevata gravità (danno liquidabile in un importo da Euro 31.000,00 ad Euro 50.000,00); *v.* diffamazione di eccezionale gravità (danno liquidabile in un importo superiore ad Euro 50.000,00).
Sulla base degli studi condotti, l'Osservatorio ha inoltre indicato i parametri su cui basarsi al fine di identificare la "classe di appartenenza" di una notizia diffamatoria; in ispecie andranno considerate le caratteristiche personali e professionali del diffamante e del diffamato, le peculiarità della specifica condotta diffamatoria e il mezzo di comunicazione utilizzato[43].
I suddetti parametri potranno essere utili sia per l'organo giudicante che, una volta stabilita la sussistenza dell'illecito e del conseguente diritto al risarcimento, si accinga a monetizzare il danno, sia, prima ancora, alle parti, ed in particolare all'attore al momento della formulazione della domanda.
È stato infatti osservato che, seppur nella difficoltà di individuare precisamente un importo che possa essere ristorativo di danni non

del diffamato, lasso temporale tra fatto e domanda giudiziale, rettifica successiva e/o spazio a dichiarazioni correttive del diffamato o rifiuto degli stessi e pubblicazione della sentenza.

Le medesime analisi hanno rilevato che l'importo medio matematico liquidato è pari ad Euro 26.290,00.

I criteri orientativi dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano e l'analisi sopra riassunta sono disponibili al seguente link:

<https://www.tribunale.milano.it/files/Tribunale%20Milano%20tabelle%20danno%20non%20patrimoniale%202018.pdf>, (25 aprile 2020).

Si vede anche l'approfondimento svolto da S. PERON, *Il risarcimento danni da diffamazione tramite mass-media: analisi e riflessioni sui criteri orientativi proposti dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano (edizione 2018)*, in *MediaLaws*, 2019, vol. I, pp. 335 e ss.

[43] Sul punto v. NOCERA, *La diffamazione. Le nuove tecnologie,* cit., pp. 3507-3508.

patrimoniali, è altresì vero che la proposizione di domande di risarcimento esorbitanti o comunque sproporzionate rispetto a quanto poi effettivamente liquidato, può essere inutile, se non addirittura controproducente, per l'attore, a differenza invece di chi agisce proponendo richieste ragionevoli, che possono, almeno potenzialmente, portare più agilmente ad un soddisfacente esito della controversia[44].

Anche per il danno non patrimoniale l'attore dovrà fornire l'idoneo supporto istruttorio di cui si è detto poc'anzi. A differenza del danno patrimoniale, la prova del pregiudizio sofferto appare però qui più facilmente ottenibile. Si consideri inoltre come sia possibile far ricorso anche alla prova per presunzioni quale fonte del convincimento del giudice[45].

Con particolare riferimento ai danni non patrimoniali consistenti nella lesione dell'onore e della reputazione, è stato recentemente osservato in giurisprudenza che "*poiché il pregiudizio attiene ad interessi di natura non economica aventi rilevanza sociale, la prova del danno si risolve nella dimostrazione di due condizioni, cioè l'esistenza di un fatto produttivo di conseguenze pregiudizievoli e l'idoneità del medesimo ad ingenerare una ripercussione 'dolorosa' nella sfera personale del soggetto leso (requisiti entrambi allegati dall'attore). Tale secondo presupposto, poi, può ritenersi integrato anche sulla base di presunzioni semplici.*"[46].

Concludendo sul punto pare potersi quindi affermare che nelle fattispecie di diffamazione sul *web* il danno non patrimoniale può essere dato sia dal danno morale correlato al turbamento psichico e alla sofferenza inflitta alla vittima, sia dal danno conseguente alla lesione dell'onore e della reputazione (nonché dell'immagine) della

[44] S. PERON, *Il risarcimento danni da diffamazione tramite mass-media: analisi e riflessioni sui criteri orientativi proposti dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano (edizione 2018)*, cit., pp. 335 e ss. e PEZZELLA, *La diffamazione*, cit., pp. 1110-1112.

[45] PERON, *Il risarcimento danni da diffamazione tramite mass-media: analisi e riflessioni sui criteri orientativi proposti dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano (edizione 2018)*, cit., pp. 335 e ss. e P. MEINERI, *"Pigiami e camici": an e quantum del danno da diffamazione*, in *Danno resp.*, 2014, vol. III, pp. 251 e ss.

[46] Trib. Milano, Sez. I civ., sent. n. 8738/2018.

stessa, che, come si è visto *supra*, rappresentano beni giuridici costituzionalmente tutelati.

4. *La responsabilità degli amministratori di pagine e degli* hosting provider *attivi. Il caso* TripAdvisor

Il tema della responsabilità di soggetti diversi da quelli direttamente autori dei contenuti lesivi dell'altrui onore e reputazione che abbiano comunque concorso alla loro diffusione sarà di seguito analizzato limitatamente agli aspetti: *(a)* della responsabilità (concorrente) dell'*hosting provider* cd. attivo per la violazione degli altrui diritti d'autore e connessi posti in essere dagli utilizzatori dei suoi servizi; *(b)* dell'inapplicabilità delle disposizioni speciali in materia di rettifica per le testate giornalistiche anche televisive e radiofoniche e *(c)* dell'applicabilità di quella delle pratiche commerciali scorrette prevista nel Codice del consumo.

4.1. *La responsabilità degli* hosting provider *per la violazione degli altrui diritti d'autore e connessi*

Il tema della responsabilità (concorrente) di amministratori di pagine, gruppi e *blog* e degli *hosting provider* si è posto in dottrina e giurisprudenza con riferimento a diversi ambiti. I più rilevanti sembrano essere quelli delle violazioni riguardanti i diritti alla riservatezza e di proprietà intellettuale, con particolare riferimento ai diritti d'autore e connessi[47]. Nel prosieguo intendo soffermarmi sul tema dei diritti d'autore e connessi: e sul punto pare utile ripercorrere una nota vicenda giudiziaria che ha visto opposte, con esiti diversi, RTI s.p.a. e Yahoo Italia s.r.l.
Il Tribunale di Milano con la pronuncia 9 settembre 2011, n. 10893, aveva accertato la violazione dei diritti d'autore e connessi su filmati derivanti da diversi programmi del fornitore di servizi media

[47] Per alcuni riferimenti v. GELLI, *False recensioni su TripAdvisor: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato,* cit., pp. 78 e ss

audiovisivi RTI da parte di Yahoo Italia ai sensi degli artt. 44 ss., 78 ter e 79 l. 633/1941 (nel prosieguo "l.a."), rispettivamente in materia di tutela delle opere cinematografiche, delle opere audiovisive o di sequenze di immagini in movimento e delle emissioni radiofoniche o televisive. Il Tribunale ambrosiano aveva poi vietato l'ulteriore diffusione delle opere e dei materiali protetti qui considerati, assicurando l'effettività dell'ordine attraverso una penalità di mora per ogni violazione e per ogni giorno di protrazione dell'illecito *ex* art. 156 co. 1 l.a. Con particolare riguardo all'attività di *hosting* svolta da Yahoo Italia *ex* artt. 14 dir. 2000/31 e 16 d. lgs. 70/2003, il Tribunale aveva affermato che Yahoo Italia deve essere considerato un soggetto che fornisce un *hosting* (non puramente passivo ma) attivo, con conseguente applicazione delle regole comuni in materia di responsabilità aquiliana e non della disciplina speciale di esenzione *ex* art. 16 d. lgs 70/2003[48].

La Corte d'appello di Milano ha invece accolto l'impugnazione di Yahoo Italia affermando che l'*hosting provider* non debba rispondere delle violazioni degli altrui diritti d'autore e connessi poste in essere tramite i suoi servizi nella misura in cui non elabora i contenuti ospitati. Con particolare riferimento al tema dell'indicizzazione dei contenuti da parte dell'*hosting provider*, il Giudice di secondo grado ha affermato che il fornitore di un servizio di video sharing online rimane un soggetto "passivo" che non perde il beneficio dell'esenzione da responsabilità *ex* artt. 16 e 17 d.lgs. 70/2003 nonostante impieghi diversi strumenti tecnici per intercettare il contenuto dei file caricati dagli utenti, quali un motore di ricerca "interno" o svariate modalità di gestione del sito ed anche se

[48] In questo senso v. Trib. Milano 9 settembre 2011, in *AIDA* 2012, n. pub. 1505. Nei medesimi termini v. Trib. Milano 9 giugno 2011, in *Rep. AIDA* 2012. Analogamente per Trib. Roma, ord. 20 ottobre 2011, in *AIDA* 2012, n. pub. 1510 "*la società che si limita a svolgere un hosting puramente passivo non risponde nel concorso dell'illecito di chi diffonde attraverso i suoi server programmi televisivi con modalità streaming: e non può essere destinataria di un'inibitoria della prosecuzione della diffusione, quando abbia rimosso i video litigiosi dai propri server non appena ricevuta una corrispondente diffida dal titolare dei diritti*" (nei medesimi termini Trib. Roma, ord. 22 marzo 2011, in *Rep. AIDA* 2012, come anche Trib. Firenze, Sez. impr. 26 febbraio 2018, in *AIDA* 2018).

consegue vantaggi economici da tali attività. E ciò a meno che risulti da parte del fornitore del servizio una vera e propria manipolazione dei dati "ospitati", cioè un'attività "editoriale" alla stregua di un *content provider*. La Corte d'appello ha quindi deciso in modo diametralmente opposto rispetto al Giudice di primo grado, ponendosi in modo critico riguardo all'elaborazione (dottrinale e giurisprudenziale) della figura di hosting attivo, definita quantomeno a partire dalle decisioni della Corte di giustizia (CGUE) 23 marzo 2010, C-236/08-C-238/08, *Google France* ([49]) e 12 luglio 2011, C-324/09, *L'Oréal* [50].

[49] Questa decisione è pubblicata, ad esempio, in *www.curia.eu*.

[50] Il cons. 42 dir. 2000/31 condiziona le deroghe alla responsabilità del prestatore di servizi della società dell'informazione *(i)* allo svolgimento di un' "*attività* […] *di ordine meramente tecnico, automatico e passivo*"; *(ii)* nel cui ambito lo stesso "*non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate*". Con le citate decisioni la Corte di giustizia si è pronunciata su questo tema, con particolare riferimento alla responsabilità del prestatore del servizio di *hosting ex* art. 14 dir. 2000/31. La prima tra le pronunce citate riguarda la responsabilità di *Google ex* art. 14 dir. 2000/31 rispetto al servizio di posizionamento a pagamento su *internet* cd. "*AdWords*"; la seconda quella di *E-Bay* rispetto alla gestione del proprio mercato *on-line*.

A questo proposito secondo la prima tra le pronunce citate il cons. 42 dir. 2000/31 afferma chiaramente (punto 113) «*che le deroghe alla responsabilità previste da tale direttiva riguardano esclusivamente i casi in cui l'attività di prestatore di servizi della società dell'informazione sia di ordine "meramente tecnico, automatico e passivo", con la conseguenza che detto prestatore "non conosce né controlla le informazioni trasmesse o memorizzate"*». Su questa base la Corte ha allora affermato che l'art. 14 dir. 2000/31 deve essere interpretato nel senso per cui questa norma "*si applica al prestatore di un servizio di posizionamento su* Internet *qualora detto prestatore non abbia svolto un ruolo attivo atto a conferirgli la conoscenza o il controllo dei dati memorizzati. Se non ha svolto un siffatto ruolo, detto prestatore non può essere ritenuto responsabile per i dati che egli ha memorizzato su richiesta di un inserzionista, salvo che, essendo venuto a conoscenza della natura illecita di tali dati o di attività di tale inserzionista, egli abbia omesso di prontamente rimuovere tali dati o disabilitare l'accesso agli stessi*" (punto n. 3 del dispositivo).

Secondo il punto 6 del dispositivo della pronuncia 12 luglio 2011, C-324/09 «*L'art. 14, n. 1, della direttiva* […] *2000/31/CE, ("direttiva sul commercio elettronico"), deve essere interpretato nel senso che esso si applica al gestore di un mercato online qualora non abbia svolto un ruolo attivo che gli permetta di avere conoscenza o controllo circa i dati memorizzati. Detto gestore svolge un ruolo siffatto allorché presta un'assistenza che consiste in particolare nell'ottimizzare la presentazione delle offerte in vendita di cui trattasi o nel promuoverle. Quando non ha svolto un ruolo attivo nel senso indicato al comma precedente e dunque la sua prestazione di servizio rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 14, n. 1, della direttiva 2000/31, il gestore di*

Con la sua recente sentenza del 19 marzo 2019, n. 7708 la Suprema Corte si è infine pronunciata in modo definitivo sull'ammissibilità della figura dell'*hosting provider* attivo anche con riferimento al diritto nazionale, recependo quindi la citata giurisprudenza della CGUE e ponendo così fine alla vicenda giudiziaria originata dalle citate pronunce.

Le diverse impostazioni seguite dal Tribunale e dalla Corte d'appello di Milano sembrano avere il loro "retroterra" in differenti opinioni dottrinali. Sulla definizione di *hosting* attivo esistono diversi orientamenti dottrinali: e quindi si intende ricordarne tre.

Una prima impostazione (ad oggi maggioritaria) disegna in termini ampi la figura dell'*hosting* attivo, conformemente a quanto affermato nelle pronunce ora dette della CGUE. Secondo tale opinione l'art. 17 d. lgs. 70/2003 esenta gli ISP da un obbligo generale di sorveglianza o di attivazione per prevenire attività illecite; tali soggetti sono comunque legittimati passivi all'inibitoria *ex* art. 156 l.a., tuttavia non possono essere considerati coautori dell'illecito ed allora non rispondono a titolo risarcitorio *ex* artt. 158 l.a. e 2055 c.c., se le loro condotte si mantengono nel solco delle ipotesi descritte negli artt. 14-17 d. lgs. 70/2003. In altre parole, se nella prestazione dei loro servizi svolgono il ruolo semplicemente passivo descritto al cons. 42 dir. 2000/31. Qualora gli ISP effettuino invece (anche) attività diverse od ulteriori sulle informazioni e sui contenuti trasmessi (ad esempio organizzandoli, indicizzandoli o più incisivamente manipolandoli), possono allora concorrere *ex* art. 2055 c.c. nell'illecita utilizzazione di materiali protetti da diritti d'autore e connessi[51]. Questo vale anche quando l'*hosting provider* (ad esempio tramite un meccanismo di controllo delle informazioni trasmesse) sia consapevole di un illecito

un mercato online, in una causa che può comportare una condanna al pagamento di un risarcimento dei danni, non può tuttavia avvalersi dell'esonero dalla responsabilità previsto nella suddetta disposizione qualora sia stato al corrente di fatti o circostanze in base ai quali un operatore economico diligente avrebbe dovuto constatare l'illiceità delle offerte in vendita di cui trattasi e, nell'ipotesi in cui ne sia stato al corrente, non abbia prontamente agito conformemente al n. 1, lett. b), del suddetto art. 14».

[51] V. in questo senso in dottrina G. FINOCCHIARO, *Il filtering*, in *AIDA* 2010, 350 e A. GENOVESE, *La responsabilità dell'hosting provider*, *ivi*, 378.

(pure relativo a materiali protetti da diritti esclusivi) ed ometta di intervenire[52]. Naturalmente la mancata operatività delle esenzioni

[52] Secondo Trib. Milano 20 marzo 2010, in *AIDA* 2010, "*l'organizzatore di un sito web che consente di fruire con maggiore facilità di contenuti illeciti* [...] *presenti su altri siti web (nella specie: cinesi), mediante la predisposizione di link a tali siti*" e la messa a disposizione di informazioni sulla loro programmazione e di software per fruire dei contenuti illeciti in italiano "*risponde, a titolo di concorso degli illeciti commessi dai terzi sui loro siti*" (analogamente secondo l'ordinanza del Tribunale Roma, Sez. IP, 20 marzo 2011, in *AIDA 20*13, "*il gestore del motore di ricerca che non si attivi per eliminare l'indicizzazione di siti ove sia reperibile un film illecitamente messo a disposizione in rete, ed in particolare non si attivi nemmeno dopo essere messo a conoscenza di questa indicizzazione, diviene responsabile per violazione dei diritti di proprietà intellettuale*"). Su Trib. Roma 20 ottobre 2011, Trib. Milano 9 settembre 2011 e Trib. Milano 9 giugno 2011 v. la nota 1. Su questo tema v. anche Tribunale di Roma 17 giugno 2013, in *AIDA* 2015, secondo cui "*è dubbia (e nella specie non è stato provato in causa) che nella gestione dell'enciclopedia* Wikipedia *la Wikimedia Foundation Inc. svolga funzioni diverse da quella di* hosting provider*, e cioè di soggetto che si limita ad offrire ospitalità sui propri server ad informazioni fornite dal pubblico degli utenti*". Con riferimento ai diritti connessi per Trib. Venezia, ord. 25 novembre 2011, in *AIDA* 2012, "*viola l'art. 79 lett. b) l.a. il servizio di offerta di uno spazio web di hosting di file contenenti registrazioni di programmi televisivi, quand'anche l'offerta del servizio avvenga da parte di un soggetto diverso da quello che materialmente ospita sui propri server i programmi registrati*". Secondo Trib. Milano 7 giugno 2011, in *AIDA* 2013, "*non può considerarsi prestatore di servizi meramente passivo ed esonerato da responsabilità chi organizzi la presentazione di contenuti immessi dagli utenti, ad esempio associando ad una tipologia di contenuti l'offerta di inserzioni pubblicitarie, o la presentazione di informazioni correlate*"; analogamente per Trib. Torino, ord. 23 giugno 2014, in *AIDA* 2015, "*l'evoluzione della rete informatica mondiale sembra aver superato nei fatti la figura del prestatore di servizi delineata dalla direttiva 31/2000 sul commercio elettronico: perché l'hosting di nuova generazione non è passivo e neutro, ma offre attivamente servizi di vario genere (nella specie tanto vale per youtube)*"; a questo proposito la pronuncia ora detta ha valorizzato il canone della diligenza professionale citata al cons. 48 dir. 2000/31 affermando che «*il progresso tecnologico che consente all'intermediario (nella specie: youtube) di sfruttare in modo molto intensivo e mirato i contenuti grezzi immessi in rete dagli utenti ha fatto sorgere in capo allo stesso maggiori responsabilità per la tutela dei diritti dei terzi: ampliando il contenuto della "diligenza che è ragionevole attendersi" dall'intermediario in base al considerando 48 della direttiva 31/2000 sul commercio elettronico "al fine di individuare e prevenire taluni tipi di attività illecita"»;* ancora per Trib. Roma, Sez. impr., 27 aprile 2016, in *AIDA* 2016*, «non può essere qualificato come puro hosting l'attività di distribuzione via streaming di film da parte di un portale che il suo titolare asserisca rientri tra "gli 11 portali di contenuti digitali più* famosi *del mondo"* […]*: e che dispone di un editorial team che seleziona i video, li carica, li indica nella home page della categoria corrispondente, li sfrutta commercialmente a fini pubblicitari, organizza i contenuti ottimizzandone lo sfruttamento*» anche tramite annunci pubblicitari, (conformemente v. App. Roma

previste nella dir. 2000/31 e nel d. lgs. 70/2003 non comporta un'automatica affermazione di responsabilità, ma la semplice applicazione delle regole generali sull'illecito aquiliano *ex* artt. 2043 ss. c.c. con la valutazione dell'esistenza dei suoi elementi costitutivi oggettivi e soggettivi, cioè di un danno ingiusto, del nesso di causalità tra condotta agevolatrice dell'ISP ed evento lesivo, nonché dell'esistenza di colpa o dolo[53]. In sintesi, gli ISP "attivi" sono dunque gravati da alcuni obblighi di protezione nei confronti dei titolari dei contenuti trasmessi[54].

Una diversa impostazione ricostruisce invece la responsabilità dell'ISP attivo in senso decisamente più restrittivo. Quest'opinione ritiene in particolare che le esenzioni da responsabilità previste all'art. 16 d. lgs. 70/2003 debbano valere anche per un *provider* non completamente passivo che predisponga oltre al semplice spazio sul web anche le condizioni per l'ulteriore diffusione dei contenuti caricati dagli utenti

29 aprile 2017, *ivi* 2018 ed in *Dir. ind.* 2018, 185 ss., con nota di G. CASSANO, *Nozione di provider e delimitazione della responsabilità: la giurisprudenza prende una direzione*; sui temi della responsabilità degli ISP con riferimento ai rapporti di controllo tra società, anche in base all'art. 2497 c.c. v. G. MERUZZI, *Internet service providers, impresa di gruppo e responsabilità delle controllate*, in *AIDA* 2014, 349 ss. A questo proposito v. anche Trib. Roma, 5 ottobre 2016, in *Dir. ind.* 2017, 61 ss., con nota di R. PANETTA, secondo cui il prestatore del servizio di *hosting* che scelga e gestisca brani di opere audiovisive non può essere definito come meramente passivo *ex* art. 16 d. lgs. 70/2003, ma rientra invece nella nozione di "*hosting* attivo".

Nella giurisprudenza penale v. Cass. 23 dicembre 2009 n. 49437, *The PirateBay***,** in *Foro. it.,* 2010, III, 136 e *in Rep. AIDA* 2011, 954, la quale ha ritenuto che il gestore di un sito *web* che per mezzo delle attività di indicizzazione e tracciamento agevolava tra gli utenti l'illecita condivisione di file protetti da diritto d'autore (*peer-to-peer*) concorra *ex* art. 110 c.p. nel reato previsto nell'art. 171*ter* co. 2 lett. *a-bis*) l.a.; in particolare secondo la Corte «*il sito cessa di essere un mero "corriere" che organizza il trasporto dei dati. C'è un quid pluris in quanto viene resa disponibile all'utenza del sito anche una indicizzazione costantemente aggiornata che consente di percepire il contenuto dei file suscettibili di trasferimento. A quel punto l'attività di trasporto dei file (file transfert) non è più agnostica; ma si caratterizza come trasporto di dati contenenti materiale coperto da diritto d'autore*».

[53] Così A. ALBANESE, *La responsabilità della mere conduit*, in *AIDA* 2010, 357. Secondo quest'A. in particolare il d. lgs. 70/2003 non può essere letto *a contrario* per affermare in ogni caso una responsabilità (che dovrebbe quindi considerarsi come) oggettiva dell'ISP.

[54] V. in dottrina ad esempio FINOCCHIARO, op. cit., 382.

e che allora ad esempio ne faciliti l'accesso indicizzandoli od organizzandoli secondo certe modalità e rimuova (volontariamente) quelli non conformi alle condizioni contrattuali od alla *policy* aziendale. Il *provider* concorre quindi nell'illecito soltanto nell'ipotesi in cui abbia contribuito attivamente alla predisposizione di un certo contenuto pregiudizievole di diritti altrui[55]. In altre parole, lo "*standard*" di cooperazione del *provider* nell'attività di violazione degli altrui diritti d'autore e connessi è in questo caso molto più elevato e non

[55] Così G. SARTOR, *Social network e responsabilità del provider*, in *AIDA* 2011, 55. Di seguito alcune delle pronunce che hanno condiviso quest'orientamento maggiormente favorevole per il fornitore del servizio di *hosting*. App. Milano 25 settembre 2014, in *AIDA* 2015, non ha condiviso le conclusioni raggiunte a proposito della definizione di Yahoo! come *hosting* attivo affermando in particolare che "*ai limiti di responsabilità stabiliti dall'art. 17 D.Lgs 70/03* […] *corrisponde l'assenza di un obbligo generale di sorveglianza dell'ISP sulle informazioni che trasmette e memorizza e la mancanza di un suo obbligo generale di ricercare attivamente le attività illecite. Questa irresponsabilità del prestatore di servizio è frutto della scelta del legislatore comunitario che ha assegnato l'onere di vigilanza sul rispetto dei diritti ai loro titolari e non agli* internet provider*; e lo ha fatto per evitare di scoraggiare l'investimento e l'innovazione degli operatori della rete e di pregiudicare la libertà di espressione nella rete, il diritto dei suoi utenti alla tutela delle loro comunicazioni, il diritto degli utenti di utilizzare ex art. 70 l.a. anche contenuti protetti dal diritto d'autore, la tutela dei dati personali degli utenti*"; (a favore dell'assenza di un obbligo di sorveglianza a carico degli ISP attivi ma nel senso di agevolare l'onere di allegazione dei titolari dei diritti v. Trib. Roma, sez. impr., 27 aprile 2016, in *AIDA* 2016, e in *Dir. ind.* 2016, 460 ss., con nota di G. CASSANO, *Sulla responsabilità del provider per la diffusione abusiva in rete di opere audiovisive*, secondo cui "*l'*hosting *attivo non è soggetto ad un obbligo generale di sorveglianza preventiva del materiale immesso in rete dagli utenti; risponde tuttavia quando venga messo a conoscenza del contenuto illecito delle trasmissioni; ed a questo fine il danneggiato può limitarsi ad indicare le opere protette senza avere l'onere di indicare gli url a cui essi sono inseriti*"); su App. Milano 7 gennaio 2015 e Trib. Torino, 7 aprile 2017, *ivi* 2017 v. la nota 1. In dottrina in senso critico rispetto ad App. Milano 7 gennaio 2015, con riferimento alla circostanza per cui anche la Corte CEDU ha affermato un'acritica ed automatica prevalenza del diritto all'informazione su quelli relativi alla proprietà intellettuale v. E. BASSOLI, *Giurisprudenza italiana e comunitaria sulla responsabilità civile del service provider e la sentenza della Corte di Appello di Milano nel caso Yahoo vs. RTI*, in *Contr. Impr. Eur.* 2015, 231 ss. Sempre in senso critico alla sentenza d'appello ora detta v. G. CASCELLA, *Dieci decisi no ad una scomposta sentenza della Corte di Appello di Milano, ed una via di uscita A proposito di Corte di Appello di Milano il 7 gennaio 2015, n. 29*, in *Vita not.* 2015, 1 ss.

comprende condotte di mera agevolazione dell'altrui illecito, che ricadrebbero comunque nel *safe harbor ex* art. 16 d. lgs. 70/2003.
In buona sostanza, il Giudice di primo grado sembra essersi ispirato alla prima opinione, che disegna una figura più ampia di *hosting* attivo; quello d'appello alla seconda che limita tale circostanza alla sola ipotesi di manipolazione e modifica dei contenuti diffusi tramite i suoi servizi. Alla prima impostazione ha recentemente aderito la pronuncia del Tribunale di Roma, 10 gennaio 2019, caso "*Vimeo*"[56]. Secondo tale pronuncia è dunque *hosting* attivo anche quello la cui attività vada al di là della semplice predisposizione di un processo tecnico e neutrale consistendo ad esempio: *(i)* nella selezione, organizzazione ed indicizzazione del materiale trasmesso, *(ii)* nell'operare come un sito di condivisione video, *(iii)* nel mettere a disposizione dei propri utenti un motore di ricerca interno e *(iv)* nel ricavare un lucro dallo sfruttamento pubblicitario dei contenuti così selezionati ed organizzati[57], *(v)* anche senza giungere ad una vera e propria modifica dei contenuti trasmessi.
Ulteriormente, secondo una recente dottrina l'art. 16 d. lgs. 70/2003 prevede in realtà due diverse fattispecie, che riguardano differenti ipotesi di responsabilità di secondo grado in capo all'*hosting provider*. *(i)* L'art. 16 co. 1 lett. a) definisce un'ipotesi di esenzione dalla responsabilità per il prestatore del servizio di *hosting*: *a contrario* la norma ora detta enuncia implicitamente una regola di condotta ispirata al canone della diligenza professionale *ex* art. 1176 co. 2 e conforme al cons. 46 dir. 2000/31[58] quando il fornitore venga a

[56] La sentenza è annotata in questa *Il diritto di internet* 2019, con nota di G. CASSANO-A. M. ROVATI, *La c.d. neutralità del web non più elemento di sfruttamento dei diritti d'autore altrui*, in *Dir. Internet* 2019, 129 ss.

[57] V. con riferimento alla pronuncia *Vimeo* pure BASSOLI, *Il caso RTI vs. Vimeo e la responsabilità civile dell'hosting provider attivo: sentenza n. 693/2019 del Tribunale di Roma*, cit., 5 ss.

[58] In base al considerando ora detto "*Per godere di una limitazione della responsabilità, il prestatore di un servizio della società dell'informazione consistente nella memorizzazione di informazioni deve agire immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitare l'accesso alle medesime non appena sia informato o si renda conto delle attività illecite. La rimozione delle informazioni o la disabilitazione dell'accesso alle medesime devono essere effettuate nel rispetto del principio della libertà di espressione e delle procedure all'uopo previste a livello nazionale. La*

conoscenza di una violazione. L'avvenuta conoscenza impone dunque al prestatore del servizio di *hosting* di porre in essere con diligenza tutte le misure idonee a contrastare le violazioni che avvengono tramite i suoi servizi ed in particolare di renderne edotta l'autorità giudiziaria o quella amministrativa, come anche di cooperare con le stesse fornendo loro tutti gli elementi utili all'accertamento dell'illecito. In mancanza di questo intervento l'ISP rischia di concorrere nell'illecito con l'autore della violazione *ex* art. 2055 c.c. *(ii)* La seconda fattispecie è desumibile dall'interpretazione sistematica delle lett. a) e b) della norma qui esaminata. Questa seconda ipotesi si basa sulla "*manifesta* […] *illiceità dell'attività o dell'informazione*" cui l'*hosting* può pervenire anche in maniera del tutto casuale oppure tramite una segnalazione generica (e non specifica) del titolare dei diritti od ancora dell'autorità giudiziaria od amministrativa. In questo caso la diligenza professionale obbliga l'*hosting* (non soltanto alla segnalazione ed alla cooperazione con l'autorità ma anche) ad adottare proporzionate misure volte ad eliminare le conseguenze dell'illecito, come la rimozione dei contenuti e/o la disabilitazione dall'accesso. In mancanza di questo intervento l'ISP rischia *a fortiori* di concorrere nell'illecito con l'autore della violazione *ex* art. 2055 c.c.[59].

In estrema sintesi, la prima e la terza tesi tra quelle qui esposte (non si contraddicono ma) sono complementari. Entrambe sottolineano dunque da un lato il carattere speciale e "finalizzato" al *favor* per la libera manifestazione del pensiero e lo sviluppo tecnologico di queste esenzioni da responsabilità; dall'altro evidenziano una chiara relazione tra diligenza professionale, ragionevole conoscenza o conoscibilità dell'illecito, intervento tempestivo e proporzionato dell'*hosting* ed esenzione da responsabilità. E la Corte di cassazione pare essersi almeno in parte ispirata a tali opinioni, ove sottolinea la necessità che l'*hosting provider* (attivo oppure passivo) agisca con la dovuta diligenza professionale e conformemente al considerando 46 della dir. 2000/31.

presente direttiva non pregiudica la possibilità per gli Stati membri di stabilire obblighi specifici da soddisfare sollecitamente prima della rimozione delle informazioni e della disabilitazione dell'accesso alle medesime".

[59] Così A. PIRAINO, *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in *AIDA* 2017, 500.

Con la sua recente sentenza del 19 marzo 2019, n. 7708 la Suprema Corte ha dunque affermato (ponendosi nel solco della pronuncia del Tribunale di Roma, 10 gennaio 2019, caso "*Vimeo*") che "*l'*hosting provider *attivo* […] *svolge un'attività che esula da un servizio di ordine meramente tecnico, automatico e passivo, e pone, invece, in essere una condotta attiva, concorrendo con altri nella commissione dell'illecito, onde resta sottratto al regime generale di esenzione di cui al d. lgs. n. 70 del 2003, art. 16, dovendo la sua responsabilità civile atteggiarsi secondo le regole comuni*" e che sussiste la sua responsabilità per non aver rimosso i contenuti illeciti o quando continua a pubblicarli ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: *(a)* sia a conoscenza perché ne ha avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure in altro modo; (b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, per cui egli possa considerarsi in stato di colpa grave per non aver agito secondo diligenza professionale *ex* art. 1176 co. 2 c.c. e *(c)* possa attivarsi utilmente, in quanto conosce con sufficientemente precisione i contenuti illeciti che dovrebbe rimuovere. Tale interpretazione è certamente coerente alla lettera dell'art. 16 co. 1 d. lgs. n. 70/2003 il quale afferma testualmente che: *(i)* il prestatore del servizio non è responsabile a meno che "*non sia effettivamente a conoscenza del fatto che l'attività o l'informazione* [messa a disposizione tramite i suoi servizi] *è illecita*", *(ii)* con riguardo alla responsabilità aquiliana il prestatore "*non sia al corrente di fatti o di circostanze che rendono manifesta l'illiceità dell'attività o dell'informazione*" e *(iii)* "*non appena a conoscenza di tali fatti* […] *agisca immediatamente per rimuovere le informazioni o per disabilitarne l'accesso*". Affinché il *provider* debba attivarsi è sufficiente una comunicazione dell'illecito da parte del titolare dei diritti, che non deve invece necessariamente provenire da una pubblica autorità, amministrativa o giurisdizionale (che ordini l'inibitoria della condotta o almeno dia notizia dell'illecito al prestatore)[60].

[60] Sul punto la Suprema Corte ha quindi accolto una lettura estensiva e conforme alla corrispondente norma di diritto dell'Unione europea (cioè l'art. 14.1. lett. b) dir. 2000/31) dell'art. 16 co.1 lett. b) d. lgs. 70/2003 nel senso di ritenere sufficiente per il dovere di attivazione del *provider* anche la semplice comunicazione del titolare dei diritti. Sul tema v. in dottrina ad esempio O. TROIANO, *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA* 2007, 367 s. e recentemente in giurisprudenza Trib. Roma,

Con riferimento al regime della responsabilità dell'*hosting* attivo, in giurisprudenza Trib. Roma, sentenza 10 gennaio 2019 ha ricondotto la responsabilità della piattaforma di *Vimeo* per concorso nella violazione degli altrui diritti d'autore e connessi (posta in essere dai suoi utenti) a quella da contatto sociale[61].

Come noto, la responsabilità da contatto sociale è fondata sulla terza ed ultima clausola relativa alle fonti delle obbligazioni *ex* art. 1173 per cui le stesse possono derivare (non solo da contratto o fatto illecito ma) anche "*da ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico*". Tale formula indica quindi una generale apertura delle fonti delle obbligazioni e consente di applicare la disciplina contrattuale a forme di responsabilità ove almeno uno dei soggetti coinvolti è tenuto a specifici doveri di comportamento e protezione nei confronti dell'altra parte, pur in assenza della stipula di un formale contratto. Dall'applicazione della disciplina della responsabilità contrattuale in luogo di quella aquiliana discendono almeno tre conseguenze: *(a)* l'ammontare del risarcimento è definito in base alla prevedibilità del danno *ex* art. 1225 c.c.[62]; *(b)* l'onere

Sez. spec. impr., 15 febbraio 2019, secondo cui "*L'effettiva conoscenza del* provider – *ancorché acquisita* ex post – *della natura illecita dei contenuti caricati sui propri server è sufficiente ad integrare la responsabilità di quest'ultimo, non essendo necessario attendere un provvedimento di rimozione emanato da una pubblica autorità, come infondatamente sostenuto dalle convenute. L'inerzia protratta in modo ingiustificato è sempre fonte di responsabilità, indipendentemente ed ancor prima dall'esistenza di un ordine dell'Autorità*".

[61] La sentenza ora detta aderisce all'impostazione già accolta dall'ordinanza Trib. Torino, Sez. impr., 3 giugno 2015, secondo cui l'ISP "*ha un obbligo generale di rimuovere il medesimo contenuto quando questo venga rimesso in linea in tutto o in parte, senza che il titolare dei diritti abbia un onere di riavviare il procedimento della diffida previa: e la relativa responsabilità dell'ISP nei confronti del titolare è quella cd. del contatto sociale e dei corrispondenti obblighi di protezione dei diritti altrui*".

[62] La *ratio* dell'art. 1225 c.c. è quella di limitare la misura dei danni contrattuali poiché in questo ambito l'assunzione reciproca di vantaggi ed oneri deve essere definita sulla base di un criterio di normalità. Tale limitazione non opera in materia extracontrattuale, ove l'art. 2056 c.c. non richiama l'art. 1225 c.c. (così v. *ex multis* G. VISINTINI (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffré, 1984, 5, C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 5 ed., Milano, 1994, 154; diversamente L. BUFFONI, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2011, 636, l'art. 1225 c.c. ancora la prevedibilità del danno al momento in cui è sorta l'obbligazione perché presume vi

probatorio del creditore *ex* art. 2697 c.c. in materia contrattuale è notevolmente alleggerito: infatti quest'ultimo deve provare soltanto il titolo da cui deriva il suo diritto e limitarsi ad allegare l'inadempimento del debitore, cui spetta di dimostrare che l'inadempimento oppure il ritardo sono invece dovuti a causa a lui non imputabile[63]; *(c)* l'applicazione della prescrizione ordinaria decennale *ex* art. 2946 c.c. in luogo di quella quinquennale dettata in materia aquiliana *ex* art. 2947 c.c.

L'applicazione della responsabilità a titolo di contatto sociale (e quindi della più rigorosa disciplina contrattuale) nei rapporti tra piattaforme e titolari dei diritti d'autore e connessi è funzionale in generale ad una maggiore responsabilizzazione delle prime ed è coerente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in questa materia. Tale scelta vale anche ad affermare (sul piano del diritto interno) che titolari dei diritti e piattaforme non sono reciprocamente

sia normalmente un certo lasso di tempo tra il momento dell'assunzione dell'obbligo e quello del comportamento dannoso. Diversamente tale spazio temporale non sussiste tipicamente in materia di responsabilità aquiliana).

[63] Il riferimento è all'importante sentenza Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Corr. giur.* 2001, 1565, con commento di V. MARICONDA, secondo cui «*In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. (Nell'affermare il principio di diritto che precede, le SS.UU. della Corte hanno ulteriormente precisato che esso trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento)*».

estranei le cui "strade" si incontrano solo a causa di un'occasionale violazione dei diritti dei primi tramite i servizi prestati dalle seconde, ma soggetti tenuti a reciproci obblighi di protezione e collaborazione, in base ad un criterio di diligenza professionale, come anche di buona fede e correttezza oggettivamente inteso. In tale ottica deriverebbe ad esempio, da un lato, che il titolare dei diritti non possa limitarsi ad inviare diffide generiche ma deve comunque circostanziarle come anche che non possa richiedere alla piattaforma attività sproporzionate pure alla luce delle sue dimensioni tecniche ed economiche; dall'altro, che la piattaforma non possa "trincerarsi" dietro ad una pretesa e generica "passività" dei servizi offerti oppure ad un'astratta impossibilità di conoscenza dei materiali trasmessi tramite gli stessi.

4.2. *L'inapplicabilità delle disposizioni speciali in materia di rettifica*

L'interprete si può poi chiedere se ad amministratori di pagine, gruppi e blog possa essere estesa la disciplina in tema di diritto rettifica prevista per l'informazione professionale ad esempio dall'art. 8, l. 8 febbraio 1948, n. 47, recante "*Disposizioni sulla stampa*". In proposito, deve rilevarsi anzitutto che la giurisprudenza penale di legittimità ha interpretato ampiamente il concetto di "stampa" (in senso professionale) estendendo l'applicazione della relativa disciplina anche ad *internet* e dunque pure al giornale telematico[64]. Tuttavia, la Cassazione ha poi negato che la tutela rafforzata dettata all'art 21 Cost. per la stampa possa essere estesa a tutti i contenuti messi a disposizione tramite le reti di comunicazioni elettronica[65]. Ne

[64] Cfr. Cass. pen. S.U., 29 gennaio 2015, n. 31022, in *Giur. it.*, 2015, secondo cui «*La testata giornalistica telematica, in quanto assimilabile funzionalmente a quella tradizionale, rientra nel concetto ampio di "stampa" e soggiace alla normativa, di rango costituzionale e di livello ordinario, che disciplina l'attività d'informazione professionale diretta al pubblico*» e in dottrina F. SANZARI e G. PROIA, *Strumenti e rimedi giudiziali alla lesione della reputazione*, in G. CASSANO e S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffré, 2020, 806 ss.

[65] Secondo Cass. civ. S.U. 18 novembre 2016, n. 23469 in *AIDA* 2017, con nota di A. OTTOLIA, "*La tutela costituzionale assicurata dall'art. 21 comma 3 Cost. alla stampa si applica al giornale o al periodico pubblicato, in via esclusiva o meno, con mezzo telematico, quando*

discende che le norme in materia di diritto di rettifica e in particolare l'art. 32 *quinquies* d. lgs. 31 luglio 2005, n. 177 ("*Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici*") non si applicano ai soggetti qui considerati[66]: infatti secondo il co. 2 della disposizione ora detta "*Chiunque si ritenga leso nei suoi interessi morali, quali in particolare l'onore e la reputazione, o materiali da trasmissioni contrarie a verità ha diritto di chiedere al fornitore di servizi di media audiovisivi lineari, incluse la concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo, all'emittente radiofonica ovvero alle persone da loro delegate al controllo della trasmissione, che sia trasmessa apposita rettifica, purché questa ultima non abbia contenuto che possa dar luogo a responsabilità penali*". Quindi non costituendo gli amministratori di pagine, gruppi e blog ed *a fortiori* gli *internet service provider* (anche attivi) fornitori di servizi di media audiovisivi lineari o radiofonici ad essi non può applicarsi la richiamata normativa.

4.3. *La disciplina delle pratiche commerciali scorrette*

Un'altra utile indicazione sul tema in esame può essere rinvenuta nella decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) del 19 dicembre 2014 nel procedimento PS9345, *TripAdvisor*. Questo procedimento riguardava le condotte poste in essere da TripAdvisor LLC (società di diritto statunitense) e dalla sua controllata italiana TripAdvisor Italy S.r.l. (nel prosieguo cumulativamente "*TripAdvisor*") "*consistenti nella diffusione di informazioni ingannevoli sulle fonti delle recensioni pubblicate, rispetto alle quali gli strumenti e le procedure adottati non risultano adeguati per contrastare il fenomeno delle false recensioni*" (punto 6 del provvedimento); ancora *TripAdvisor* "*pur*

possieda i medesimi tratti caratterizzanti del giornale o periodico tradizionale su supporto cartaceo e quindi sia caratterizzato da una testata, diffuso o aggiornato con regolarità, organizzato in una struttura con un direttore responsabile, una redazione ed un editore registrato presso il registro degli operatori della comunicazione, finalizzata all'attività professionale di informazione diretta al pubblico, cioè di raccolta, commento e divulgazione di notizie di attualità e di informazioni da parte di soggetti professionalmente qualificati".

[66] Secondo l'art. 32 *quinquies*, co. 1, d.lgs. 177/2005 "*Ai telegiornali e ai giornali radio si applicano le norme sulla registrazione dei giornali e periodici, contenute negli articoli 5 e 6 della legge 8 febbraio 1948, n. 47, e successive modificazioni; i direttori dei telegiornali e dei giornali radio sono, a questo fine, considerati direttori responsabili*".

dichiarando di non controllare i fatti contenuti nelle recensioni ed essendo a conoscenza che sul predetto sito vengono pubblicate false recensioni, sia di valenza positiva che negativa, da parte di utenti che non hanno effettivamente fruito dei servizi offerti dalle strutture presenti nel database, utilizza informazioni particolarmente assertive, come tali idonee ad accrescere la fiducia dei consumatori sul carattere autentico e genuino delle recensioni pubblicate dagli utenti" (punto 8).

Nelle sue valutazioni l'Autorità, *in limine*, afferma la qualifica di professionista di *TripAdvisor* ai sensi dell'art. 18, *lett. b)*, del Codice del consumo, disattendendo l'eccezione della società secondo cui la stessa agirebbe in qualità di *hosting provider* precisando che essa "*non si limita alla memorizzazione di informazioni, ma a causa del modello di business sviluppato svolge anche e soprattutto un'attività di classificazione e sistematizzazione delle informazioni*" (punto 106).

Nel merito della pratica, secondo l'Autorità il professionista offre un servizio di comparazione di strutture turistiche con l'impiego di *slogan* di carattere assertivo volti ad evidenziare sin dal primo contatto con il consumatore l'attendibilità e l'affidabilità delle recensioni pubblicate; l'Autorità afferma in particolare che le condotte e le comunicazioni commerciali di *TripAdvisor* assumono un "*ruolo centrale*" nelle scelte economiche dei consumatori che "*affidandosi all'asserito carattere genuino e autentico le utilizzano per orientare le proprie preferenze e scegliere tra i servizi offerti dalle strutture turistiche presenti sul database*" (punto 89), quando invece la società non è in grado di vagliare effettivamente la loro attendibilità e veridicità attraverso il sistema di controlli predisposti (punti 90 ss.). Poi, il professionista consente ai rappresentanti delle imprese oggetto delle recensioni pubblicate soltanto una facoltà di replica di carattere informativo che "*non incide sugli effetti prodotti dalle recensioni pubblicate sull'indice di popolarità, né determina automaticamente la rimozione della falsa recensione ad opera del professionista*" (punto 100).

In conclusione, l'Autorità afferma che le condotte contestate a *TripAdvisor* integrano "*una pratica commerciale scorretta in violazione degli artt. 20, 21 e 22 del Codice del Consumo, risultando idonee a indurre in errore una vasta platea di consumatori, in ordine alla natura e alle caratteristiche principali del prodotto e ad alterarne il comportamento economico. In particolare, questi affidano le proprie determinazioni economiche ad un sito comparatore*

basato su giudizi asseritamente veridici, genuini e autentici sulle strutture turistiche ricercate, in presenza di un apparato sistemico di controllo gestito dal professionista inefficace a soddisfare le aspettative dei consumatori, formatesi proprio sulla base dei claim pubblicati sul sito www.tripadvisor.it" (punto 104) e che con riferimento alla "*contrarietà alla diligenza professionale, nel caso di specie non si riscontra da parte del professionista quel normale grado di attenzione che ragionevolmente ci si può attendere, avuto riguardo alle qualità e alle caratteristiche dell'attività svolta*" (punto 105).

Il Tar Lazio con la pronuncia 13 luglio 2015, n. 9355 ha annullato la citata decisione di AGCM; in grado di appello il Consiglio di Stato con sentenza del 15 luglio 2019 l'ha invece confermata, limitandosi a rideterminare l'ammontare della sanzione amministrativa pecuniaria erogata dall'Autorità ai sensi degli artt. 3 e 11 l. 689/1981 nonché 27, comma 9, del Codice del consumo. In particolare, secondo le prospettazioni dell'Autorità appellante la pronuncia di primo grado sarebbe erronea ove avrebbe *de facto* preso a riferimento un consumatore "esperto" nel settore tecnologico in luogo dello standard di riferimento costituito da quello medio ed avrebbe valorizzato l'esiguo numero di segnalazioni pervenute.

In particolare, secondo il Giudice d'appello, i *claim* contestati dall'Autorità "*indipendentemente dal fatto che non fosse garantita la veridicità del contenuto e della fonte, letti nel loro insieme risultano idonei* […] *a ingenerare in un utente medio di* internet *il falso convincimento dell'attendibilità e della genuinità delle recensioni pubblicate*" e alcuni di essi per il loro carattere assertivo e la presenza sin dalla *home page* del sito esaminato hanno l'effetto "*anche nella presentazione complessiva* [delle comunicazioni commerciali del professionista di] *influenzare i consumatori sin dal primo contatto ingenerando il falso convincimento dell'affidabilità delle recensioni pubblicate*". Ulteriormente "[l]*a contrarietà alla richiesta diligenza professionale risulta congruamente motivata anche in relazione al fatto che il professionista ha tenuto la condotta contestata, pur consapevole dei limiti intrinsechi del proprio sistema di controllo delle fonti delle recensioni, così violando l'obbligo di mettere a disposizione dei consumatori un quadro informativo chiaro, esaustivo e veritiero*".

Le affermazioni poste in essere da AGCM e confermate dal Consiglio di Stato riguardano unicamente l'illecito consumeristico disciplinato

dal Codice del consumo ed in particolare le pratiche commerciali ingannevoli. Tuttavia, il riferimento alla diligenza professionale del gestore del sito (nel caso di specie *TripAdvisor*) può essere funzionale ad affermare sul piano civilistico (cioè del *private enforcement* e non del *public enforcement*) una sua responsabilità a titolo di contatto sociale ai sensi dell'art. 1176, co. 2 c.c. (e non di mera responsabilità aquiliana *ex* artt. 2043 ss.) rispetto ai soggetti danneggiati dalla falsa recensione (e in particolare a tutela delle imprese oggetto di tale "pubblicità negativa")[67]. Tale conclusione potrebbe derivare *a fortiori* dalla dottrina e dalla giurisprudenza sopra esposte sulla responsabilità dell'*hosting provider* attivo per le violazioni degli altrui diritti d'autore e connessi poste in essere tramite i suoi servizi. Infatti, se tale responsabilità può essere affermata per gli *hosting* attivi a maggior ragione la stessa dovrà valere per un servizio che – secondo quanto affermato dall'Autorità con puntuale riferimento ad un sito comparatore di strutture turistiche – costituisce certamente un *quid pluris* rispetto a quest'ultimo, potendo intervenire nel merito delle recensioni pubblicate e svolgere un'attività di controllo anche penetrante rispetto alle stesse.

5. *Riflessioni conclusive: il diritto alla (costante) prova del* web

Redigere le conclusioni del presente approfondimento è un compito particolarmente arduo. Si riscontra infatti una certa difficoltà a "tirare le fila" e a concludere un'analisi che appare per sua stessa natura perennemente aperta ad ulteriori riflessioni e valutazioni.
La proiezione nella dimensione digitale dei rapporti giuridici rappresenta una problematica ormai non più nuova nell'ambito dello studio delle diverse tematiche del diritto, dato che l'avvento di *internet* non può più essere considerato come un evento recente. Cionondimeno le questioni giuridiche correlate al *web* sono ben lungi dall'essere risolte, apparendo al contrario in costante aumento sotto il

[67] Sul tema del risarcimento del danno a seguito di pratiche commerciali scorrette v. ad esempio G- ALPA – A. CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, 484 ss.; P. SEMINARA, *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *I contratti* 2018, 689 ss.

profilo sia "quantitativo" che "qualitativo", stante la crescente complessità delle stesse.
Internet e tutto il mondo digitale non costituiscono infatti delle realtà definite e giunte ormai al termine della loro evoluzione, ma sono invece soggette a continui mutamenti ed ad un'incessante evoluzione.
Conseguentemente, si estende anche la loro influenza sull'ordinamento giuridico, sicché lo sforzo di analisi e studio delle implicazioni correlate alle medesime tecnologie richiesto a dottrina e giurisprudenza dovrà necessariamente "tenere il passo" delle stesse in modo da garantire una sempre efficace tutela dei diritti da parte dell'impianto normativo.
Alla luce di quanto appena osservato, appare ancor più evidente come l'analisi condotta nelle precedenti pagine non possa rappresentare altro che un piccolissimo tassello all'interno di un ambito di studio incredibilmente vasto e dove il rischio che un contributo divenga presto obsoleto è molto più che elevato rispetto ad altre branche del diritto.
In ogni caso non può non sottolinearsi come gli studi sin qui condotti facciano emergere con chiarezza l'esigenza di una normativa *ad hoc* che vada a disciplinare l'utilizzo dei *social network* ed i conseguenti profili di responsabilità, in modo da fornire efficaci e validi strumenti di tutela a chi è vittima di dichiarazioni diffamatorie o altri reati o illeciti civili.
A parere di chi scrive, le peculiarità del *web* di cui si è fatto cenno *supra* comportano infatti l'inderogabile necessità di approntare istituti giuridici specificatamente regolamentati al fine di contrastare o comunque limitare la capacità lesiva di una condotta illecita perpetrata sul *web* e che ha quindi – come evidenziato in più occasioni nel corso delle pagine che precedono – caratteristiche spesso estremamente differenti rispetto al "corrispondente" comportamento illegittimo tenuto nella "realtà fisica".
Il bisogno di un intervento normativo è reso ancor più impellente dal fatto che tale potenziale capacità lesiva degli strumenti informatici e della rete *internet* va misurata non solo sotto un profilo giuridico e patrimoniale, ma anche sociale.

Infine, in considerazione della stessa natura di *internet* cui consegue l'idoneità a *bypassare* o comunque rendere quasi effimeri i confini nazioni, si ritiene che il predetto intervento legislativo sarebbe sicuramente più efficace se rivestisse carattere comunitario[68] o, per lo meno, se si basasse su di un'approfondita analisi comparatistica, in modo che nei diversi Stati venga a crearsi una disciplina quanto più uniforme possibile.

Anche a non voler concordare con quanto appena esposto, ritenendo quindi sufficienti gli istituti giuridici forniti dalla normativa attuale, rimane senza dubbio di estrema importanza favorire un costante dibattito interpretativo volto al fine di meglio comprendere come possano essere tutelati – con specifico riferimento al tema del presente scritto – l'onore e la reputazione delle persone fisiche e giuridiche, ma anche l'incolumità psichica e fisica stessa degli individui.

Intento di questo articolo non è certamente quello di certo sminuire i pregi e le capacità di promozione economica e sociale che hanno *internet* ed i *social network*, ma semplicemente quello di fornire uno spunto di riflessione sui rischi connessi ad un uso "patologico" degli stessi. Sono poi sicuramente numerosissime le questioni che in questa sede non è stato possibile trattare (si pensi, a titolo esemplificativo, alle problematiche di stampo processualpenalistico o agli interrogativi correlati all'istruzione probatoria e alla dimostrazione dell'esistenza del *post* diffamatorio e della paternità dello stesso).

Le conclusioni rimangono pertanto, come detto, "aperte", dovendo sicuramente proseguire la riflessione concernente le implicazioni di carattere giuridico conseguenti all'utilizzo dei *social network* e dei nuovi strumenti offerti dal *web*.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALBAMONTE E., *La diffamazione commerciale (anche attraverso i social networks),* in *Giur. merito.*, 2013, pp. 2641B e ss.; ALBANESE A., *La responsabilità della mere*

[68] *Rectius* di diritto dell'Unione Europea.

conduit, in *AIDA* 2010, 357 ss.; AMRAM D., *Spunti per nuovi studi in materia di danno alla persona nel cyberspazio,* in *Danno resp.*, 2016, pp. 524 e ss.; ALPA G. – CATRICALÀ A. (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, 484 ss.; ATTIAS L.-SCORZA G., *La consapevolezza digitale al servizio dell'etica,* in *Dir. inform.* 2019, pp. 1191 e ss.; BARCELLONA M., *Trattato della responsabilità civile*, Utet Giuridica, Milano, 2011; BARRA CARACCIOLO F., *La tutela della personalità in internet*, in *Dir. inform.*, 2018, pp. 201 e ss.; BASSOLI E., *Giurisprudenza italiana e comunitaria sulla responsabilità civile del service provider e la sentenza della Corte di Appello di Milano nel caso Yahoo vs. RTI*, in *Contr. Impr. Eur.* 2015, 231 ss.; BENNETT R.-KOTTASZ R., *Practitioner perceptions of corporate reputation: an empirical investigation*, in *Corporate Communications: An International Journal*, 2000, pp. 224-235; BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5 ed., Milano, 1994, 154 ss.; BUCCIROSSI P., *Analisi economica dell'impatto sull'azienda della diffamazione online*, in PREVITI S. (a cura di), *Internet e reputazione aziendale*, Utet Giuridica, Milano, 2016; BUFFONI L, *Manuale di diritto civile*, Roma, 2011, 636 ss.; CASCELLA G., *Dieci decisi no ad una scomposta sentenza della Corte di Appello di Milano, ed una via di uscita A proposito di Corte di Appello di Milano il 7 gennaio 2015, n. 29*, in *Vita not.* 2015, 1 ss.; CASSANO G. – ROVATI A. M., *La c.d. neutralità del web non più elemento di sfruttamento dei diritti d'autore altrui*, in *Dir. Internet* 2019, 129 ss.; CASSANO G., *Nozione di provider e delimitazione della responsabilità: la giurisprudenza prende una direzione*, in *Dir. ind.* 2018, 185 ss.; CASSANO G., *Sulla responsabilità del provider per la diffusione abusiva in rete di opere audiovisive*, in *Dir. ind.* 2016, 460 ss.; COLETTI G., *In Italia 35 milioni passano due ore al giorno sui social network. Ecco cosa fanno*, Il Sole 24 Ore, 31 gennaio 2019, <https://www.ilsole24ore.com/art/in-italia-35-milioni-passano-due-ore-giorno-social-network-ecco-cosa-fanno--AFv9LnD>, (18 marzo 2020); FALLETTI E., *Social Network: la nuova legge tedesca contro le fake news e gli haters,* in il *Quotidiano Giuridico* del 10 ottobre 2017; FINOCCHIARO G., *Il filtering*, in *AIDA* 2010, 350 ss.; GELLI R., *False recensioni su TripAdvisor: accolta l'azione inibitoria promossa dal ristoratore diffamato,* in *Corriere Giur.*, 2016, pp. 78 e ss.; GENOVESE A., *La responsabilità dell'hosting provider*, in *AIDA* 2010, 378.; GIACHELLO E., *La diffamazione su Facebook: un reato generazionale e un dilemma interpretativo,* in *Giur. Penale Web.*, 2018, vol. IX; IANNI V., *Il danno non patrimoniale: introduzione,* in CENDON P. (a cura di), *Responsabilità civile*, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020; LASALVIA F. P., *La diffamazione via web nell'epoca dei social network,* in CADOPPI A.-CANESTRARI S.-MANNA A.-PAPA M. (a cura di), *Cybercrime*, Utet Giuridica, Milano, 2019; MARTINES T., *Diritto costituzionale*, XII ed., Giuffrè, Milano, 2012; MEINERI P., *"Pigiami e camici": an e quantum del danno da diffamazione*, in *Danno resp.*, 2014, pp. 251 e ss.;

MERUZZI G., *Internet service providers, impresa di gruppo e responsabilità delle controllate*, in *AIDA* 2014, 349 ss.; NEGRO A., *Danno emergente e lucro cessante,* in CENDON P. (a cura di), *Responsabilità civile*, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020; NEGRO A., *Il danno da perdita di chance,* in CENDON P. (a cura di), *Responsabilità civile*, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020; NOCERA R., *La diffamazione. Le nuove tecnologie,* in CENDON P. (a cura di), *Responsabilità civile*, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020; PANICALI C., *Il cyberbullismo: i nuovi strumenti (extrapenali) predisposti dalla legge n. 71/2017 e la tutela penale*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, pp. 2081 e ss.; PERON S., *Il risarcimento danni da diffamazione tramite mass-media: analisi e riflessioni sui criteri orientativi proposti dell'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano (edizione 2018)*, in *MediaLaws*, 2019, pp. 335 e ss.; PERON S., *Onore, reputazione, identità personale e oblio,* in CENDON P. (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. I, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020; PEZZELLA V., *La diffamazione*, II ed., Utet Giuridica, Milano, 2020; PIRAINO A., *Spunti per una rilettura della disciplina giuridica degli internet service provider*, in *AIDA* 2017, 500 ss.; POLLICINO O-DE GREGORIO G., *Hate speech: una prospettiva di diritto comparato,* in *Giornale Dir. Amm.*, 2019, pp. 421 e ss.; RICCI A., *Il valore economico della reputazione nel mondo digitale. Prime considerazioni*, in *Contr. impr.*, 2010, pp. 1297 e ss.; RICCIO G. M., *Social networks e responsabilità civile*, in *Dir. inform.*, 2010, pp. 859 e ss.; RONCARÀ D., *Risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale,* in PREVITI S. (a cura di), *Internet e reputazione aziendale*, Utet Giuridica, Milano, 2016; SANZARI F., *Reputazione, diritti della personalità in internet,* in PREVITI S. (a cura di), *Internet e reputazione aziendale*, Utet Giuridica, Milano, 2016; SANZARI S. e PROIA G., *Strumenti e rimedi giudiziali alla lesione della reputazione*, in G. CASSANO e S. PREVITI, *Il diritto di internet nell'era digitale*, Giuffré, 2020, 806 ss.; SARTOR G., *Social network e responsabilità del provider*, in *AIDA* 2011, 55 ss.; SEMINARA P., *La tutela civilistica del consumatore di fronte alle pratiche commerciali scorrette*, in *I contratti* 2018, 689 ss.; SIROTTI GAUDENZI A., *Social network, diritto alla privacy e reputazione delle imprese,* in *Dir. industriale*, 2019, pp. 133 e ss.; TORRENTE A.-SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., Giuffrè, Milano, 2019; TROIANO O., *L'impresa di content, host ed access providing*, in *AIDA* 2007, 367 ss.; VISINTINI G. (a cura di), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Giuffré, 1984, 5 ss.; VIZZONI L., *Recensioni non genuine su TripAdvisor: quali responsabilità?,* in *Resp. civ. prev.*, 2018, pp. 706 e ss.

ABSTRACT

L'articolo si propone di affrontare alcuni aspetti di una tematica che riveste oggi grande importanza sociale prima ancora che giuridica. L'utilizzo dei *social network* ha infatti profondamente influenzato la vita relazionale della collettività, con evidenti e rilevanti implicazioni anche all'interno dell'ordinamento giuridico. In ispecie si osserva come il reato di diffamazione *ex* art. 595 c.p. abbia trovato nei *social network* una nuova dimensione. All'interno delle numerose problematiche giuridiche correlate ad un uso "patologico" dei *social network* gli Autori hanno deciso di concentrarsi principalmente su tre aspetti. In primo luogo ci si è soffermati sulla rinnovata necessità di trovare un equilibrio tra contrapposti interessi aventi entrambi rango costituzionale e consistenti rispettivamente nella libera manifestazione del pensiero e nella tutela dell'onore e della reputazione. Importanza centrale ha poi avuto l'analisi dei profili di risarcimento del danno, patrimoniale e non patrimoniale, conseguenti alla pubblicazione sul *web* di una dichiarazione diffamatoria. Infine sono stati approfonditi alcuni degli eventuali profili di responsabilità dei cd. *hosting provider* e degli amministratori di pagina, con specifico riferimento all'eventuale applicabilità delle disposizioni speciali in materia di rettifica e della disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

This article addresses selected aspects of a topic of great current relevance from both a societal and a legal perspective. The use of social networks has profoundly influenced relational interactions, with evident implications also from a legal perspective. Specifically, this article notes that the crime of defamation ("diffamazione") pursuant to article 595 of the Italian criminal code has now found a "new dimension" with regard to social networks. Among the numerous legal issues related to a "pathological" use of social networks, the Authors' main focus is on three aspects. First, the article analyzes the renewed need to find a balance between opposing constitutionally protected interests, respectively the free expression of thought and the protection of honor and reputation. Moreover, key importance has the analysis of compensation for damages, both pecuniary and non-pecuniary, resulting from the publication on the web of a defamatory statement. Finally, the article examines some of the liability issues concerning hosting provider and site administrators, with specific regard to the possible applicability of the special provisions on rectification and of the rules on unfair commercial practices.

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA
Anno II – Num. 3 – 2020

[*online*] ISSN 2704-8667
www.istituzionidirittoeconomia.eu

Giurisprudenza annotata

Corte di Cassazione – sentenza 17 gennaio 2020, n. 844 – Presidente Uliana Armano – Redattore Giuseppe Cricenti - M.A., S.M. (Avv. A. Tomeo); MA.CA. (Avv.ti A. Guerriero, L. Bonavita).

VENDITA A SCOPO DI GARANZIA – DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO – PATTO MARCIANO – STIMA DELLA COSA – COMPATIBILITÀ.

Il divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. non opera quando nell'operazione negoziale sia stato inserito un patto marciano, trattandosi di clausola lecita, che persegue lo stesso scopo del pegno irregolare ex art. 1851 c.c. ed è ispirata alla medesima ratio di evitare approfittamenti del creditore in danno del debitore, purché le parti abbiano previsto, al momento della sua stipulazione, che, nel caso ed all'epoca dell'inadempimento, sia compiuta una stima della cosa, entro tempi certi e modalità definite, che assicuri una valutazione imparziale, ancorata a parametri oggettivi ed automatici oppure affidata ad una persona indipendente ed esperta, la quale a tali parametri debba fare riferimento.

* * *

REMO TREZZA[*]

PATTO COMMISSORIO E PATTO MARCIANO NELLA DIMENSIONE "RETALE" DELL'AUTONOMIA NEGOZIALE

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. La sentenza impugnata e i motivi del ricorso. – 3. La sentenza in rassegna e l'argomentazione della Corte di legittimità. – 4. La parte centrale dell'argomentazione: la funzione del patto commissorio e del patto marciano e il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) come norma eccezionale. – 5. Il precedente della Corte e la risoluzione del caso. – 6. Brevi conclusioni.

1. *Il caso*

MA.CA. ha acquistato la proprietà di un immobile da S.M., con contestuale contratto di comodato a favore di quest'ultimo al fine di consentirgli di abitare con la moglie nell'immobile appena alienato. La vendita è stata accompagnata da alcune previsioni specifiche. Intanto

[*] Dottorando di ricerca in Scienze giuridiche presso il Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Salerno.

le parti hanno previsto che l'alienante si impegnava, oltre che a pagare il residuo mutuo[1], il cui pagamento era garantito da fideiussione[2]

[1] Secondo la lettera dell'art. 1813 c.c., il mutuo è il contratto col quale una parte consegna all'altra una determinata quantità di danaro o di altre cose fungibili e l'altra si obbliga a restituire altrettante cose della stessa specie e qualità. È bene sottolineare come si sia discusso sulla "natura giuridica" del contratto in esame, ovvero se esso sia reale o consensuale. Secondo l'opinione prevalente si tratta di contratto reale, mentre nell'ipotesi di cui alla promessa di mutuo (art. 1822 c.c.) si tratterebbe di fattispecie consensuale. Inoltre, la stipula produce effetti reali se si considera la prestazione del mutuante, poiché egli trasferisce al mutuatario la proprietà del denaro (1814 c.c.), mentre a carico di quest'ultimo sorge una obbligazione restitutoria. Si è discusso, inoltre, se sia necessaria la vera e propria "*traditio*" del bene o se sia sufficiente che esso venga messo a disposizione del mutuatario. È un contratto di durata ed è per questo che è necessario stabilire un termine per la restituzione (art. 1816 c.c.). Particolare ipotesi è quella del mutuo c.d. di scopo nel quale viene concessa una somma con l'obbligo di utilizzarla per un preciso scopo, così che quest'ultimo rientri nella causa del contratto. In caso di uso della somma per un fine diverso, si ritiene che il mutuante possa agire per la risoluzione per inadempimento (art. 1453 c.c.) se il mutuo è oneroso, mentre in caso di mutuo gratuito si ritiene che si possa ritenere sussistente una condizione risolutiva (art. 1360, co. 2, c.c.). A tal ultimo proposito, si segnala la sentenza del Tribunale di Forlì, 8 gennaio 2020, n. 15, la quale ha confermato il principio di diritto per cui le parti che stipulano un mutuo non debbano precisare, né concordare, la finalità dell'operazione di finanziamento, essendo sufficiente la consegna delle somme pattuite, in *Iusletter*, informazione e aggiornamento giuridico, 13 gennaio 2020, consultabile *online*. Sul contratto di mutuo, si rinvia a R. CAFARO, P. PAGLIARO, *Il contratto di mutuo*, Giuffrè, 2011; A. FERRARO, *Il contratto di mutuo: dottrina e giurisprudenza*, in *Giuricivile*, 17 ottobre 2017, consultabile *online*. Si veda, inoltre, nella giurisprudenza di merito, la pronuncia del Tribunale di Cassino, 2 settembre 2019, per la quale in assenza di una effettiva dazione delle somme, non può dirsi sorto con certezza il diritto di credito alla loro restituzione. Il contratto in questione non è, pertanto, qualificabile come mutuo c.d. reale, né di conseguenza, pur se redatto in forma di atto pubblico, come titolo esecutivo, con nota di M. FORMICA, in *ExParteCreditoris.it*, consultabile *online*.

[2] In tema di fideiussione, e, più nello specifico, collegata al contratto di mutuo, si veda C. RISI, *La fideiussione*, Cedam, 2005; G. BOZZI, *La fideiussione*, Utet, 2013; V. CUFFARO, *La fidejussione e le altre garanzie personali*, Zanichelli, 2014, per il quale "la fideiussione è strumento idoneo a rendere più salda la posizione del creditore, senza ricorrere alle garanzie reali, forme maggiormente onerose e comunque non sempre attuabili"; V. IANNI, *La fideiussione, Art. 1936-1957c.c.*, Key editore, 2017. Di recente, in tema di nullità della fideiussione nei contratti di mutuo, vedi Cass. civ., Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, con nota di V. AIELLO, in *Salvis Juribus*, 26 luglio 2019, la quale conferma la nullità delle fideiussioni redatte su modulo uniforme ABI. I fideiussori che hanno sottoscritto un contratto con clausole identiche allo schema contrattuale tipo predisposto dall'ABI non rispondono dei debiti del debitore garantito con il loro patrimonio. Di recente, in tema di fideiussione, è intervenuta la

dell'acquirente, altresì a pagare un debito che aveva contratto con il figlio di quest'ultima. Era previsto che in caso di avvenuto pagamento del debito l'acquirente aveva l'obbligo di ritrasferire il bene; viceversa, in caso di debito non adempiuto, l'acquirente aveva diritto a vendere il bene, e previa stima del valore, a corrispondere al venditore la differenza tra il valore dell'immobile ed il debito rimasto ancora da pagare. Poiché l'alienante è rimasto inadempiente, l'acquirente ha messo, come d'accordo, l'immobile in vendita, e ne ha richiesto la restituzione. Ha dunque agito in giudizio per ottenere il rilascio dell'immobile, che, a titolo di comodato[3], l'alienante e la sua famiglia continuavano a detenere. Il Tribunale, in primo grado, ha rigettato la domanda ritenendo simulata[4] l'intera operazione negoziale, sia per difetto di prova del pagamento del prezzo, sia perché il godimento era rimasto all'alienante. La Corte d'appello ha smentito la tesi della simulazione ed ha rilevato la nullità[5] del contratto di comodato, per

pronuncia Cass. civ., Sez. VI, 16 gennaio 2020, n. 742, la quale, cambiando orientamento, ha stabilito che debba essere considerato consumatore il fideiussore persona fisica che, pur svolgendo una propria attività professionale (o anche più attività professionali), stipuli il contratto di garanzia per finalità non inerenti allo svolgimento di tale attività, bensì estranee alla stessa, nel senso che si tratti di atto non espressivo di questa, né strettamente funzionale al suo svolgimento (c.d. atti strumentali in senso proprio).

[3] In relazione al contratto di comodato, così come si evince dalla fattispecie in esame, si veda F. PASTORI, *Il contratto di comodato*, Cisalpino, 1997; N. CIPRIANI, *La natura dei contratti di comodato*, ESI, 2002; F. SCAGLIONE, *Il comodato. Artt. 1803-1812*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2011; M. TARANTINO, N. FRIVOLI, *Il contratto di comodato nei rapporti di famiglia*, Giuffrè, 2014; A. MILAZZO, *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Giappichelli, 2018.

[4] In tema di simulazione negoziale, oltre a rinviare alla disciplina codicistica (artt. 1414-1417 c.c.), si rinvia a G. PARONITTI, *Cos'è la simulazione?*, Carocci, 2009; L. CATTANEO, *La simulazione*, Key editore, 2018; S. BRANDANI, *Simulazione assoluta e autonomia negoziale*, ESI, 2019, per la quale "la simulazione assoluta è fenomeno estraneo all'autonomia negoziale".

[5] In tema di nullità del contratto, oltre a rinviare alla manualistica classica, si rinvia, in una visione dottrinale più ampia, ai lavori di I. BUGANI, *Nullità del contratto*, Cedam, 1990; F. DI MARZIO, *La nullità del contratto*, Cedam, 1999; V. FRANCESCHELLI, *Nullità del contratto. Artt. 1418-1423*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2015; F. DEL BIANCO GIOVANNELLA, V. VITALONE, *Gli effetti della nullità del contratto*, Giuffrè, 2015; A. CASTIGLIONI, *La nullità del contratto*, Key editore, 2019. In relazione, invece, alla nullità del contratto di comodato, si veda la giurisprudenza recente. *Ex multis*, Cass. civ., Sez. VI, 19 novembre 2019, n. 29942, per la quale "l'*ex* marito, proprietario di un quarto dell'immobile, non può chiedere alla ex moglie che è andata lì a vivere con i suoi genitori e i figli dopo la separazione e l'assegnazione

difetto di trascrizione[6]. Avverso la sentenza del giudice di appello, S.M. e M.A. hanno proposto sei motivi di ricorso per cassazione.

2. *La sentenza impugnata e i motivi del ricorso*

La *ratio* della sentenza del giudice di appello è che le parti hanno concluso una vendita con funzione di garanzia[7]. Quelli che dal giudice di primo grado erano ritenuti elementi indiziari della simulazione (ossia difetto di corrispettivo, detenzione rimasta all'alienante, ecc.) sono stati, invece, dalla decisione di secondo grado intesi come indizi

della casa, di liberare l'immobile, perché il comodato non era stato registrato e dunque è nullo. Comunque la signora lo deteneva in virtù di un altro titolo". Vedi, inoltre, Cass. civ., Sez. III, 20 dicembre 2019, n. 34156.

[6] In tema di trascrizione, si rinvia a S. ASARO, F. COLLETTI, D. RECCO, *La trascrizione*, Giuffrè, 2011; A. CIMMINO NELSON, *La trascrizione immobiliare*, Giuffrè, 2012; R. TRIOLA, M. VARCACCIO GAROFALO, *La trascrizione tra vecchi e nuovi problemi*, Giappichelli, 2017; A. CIMMINO NELSON, *La trascrizione*, Key editore, 2018; A. CIATTI, *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili. Artt. 2643-2645* bis, *2646-2651*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2018. In tema di difetto di trascrizione del contratto di comodato, si veda P. MINOPOLI, *Il contratto di comodato – aspetti pratici ed opponibilità ai terzi*, in *Ius in itinere*, 30 maggio 2017, consultabile *online*.

[7] La vendita a scopo di garanzia è un tipo particolare di vendita con patto di riscatto, che si ha quando il venditore si riserva di poter riacquistare la proprietà della cosa mediante: dichiarazione unilaterale comunicata al compratore entro un termine prefissato (art. 1503 c.c.), che non può essere maggiore di due anni nella vendita di mobili e di cinque nella vendita di immobili; restituzione del prezzo pagato, oltre ai rimborsi per spese o riparazioni necessarie (artt. 1500 e 1502 c.c.). Si consulti, a tal uopo, l'Enciclopedia Giuridica Treccani. In tema, si veda C. MEI, *Vendita in garanzia e patto commissorio. Brevi cenni sul contratto di* sale and lease back, in *diritto.it*, 26 luglio 2007, consultabile *online*. In giurisprudenza, di recente, vedi Cass. civ., Sez. II, 11 luglio 2019, n. 18680, con nota di E. PISTONE, in *dirittobancario.it*, consultabile *online*, secondo la quale "ogni qualvolta la vendita con patto di riscatto o di retrovendita stipulata fra debitore e creditore, risponda all'intento delle parti di costituire una garanzia – con l'attribuzione irrevocabile del bene al creditore solo in caso di inadempienza del debitore – il contratto è nullo anche quando implichi un trasferimento effettivo della proprietà (con condizione risolutiva), atteso che, pur non integrando direttamente il patto previsto e vietato dall'art. 2744, configura un mezzo per eludere tale norma imperativa e, quindi, esprime una causa illecita che rende applicabile all'intero contratto la sanzione dell'art. 1344 c.c.". Si faccia riferimento allo Studio n. 157-2017/T del CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO sui "Trasferimenti immobiliari a scopo di garanzia nelle recenti riforme del credito bancario: inferenze fiscali". È interessante, sul punto, anche il contributo di C. MISTRI, *Le nuove forme di garanzie reali tipiche ed atipiche alla luce dei recenti interventi normativi*, in *magistraturaindipendente.it*, 21 aprile 2018, consultabile *online*.

della funzione di garanzia[8] dell'alienazione, alla quale accede il comodato. Si tratta dunque di una operazione effettiva e non simulata, solo che il comodato difetta di trascrizione[9]. La domanda iniziale dell'attrice era semplicemente di restituzione del bene concesso in comodato.

Il ricorso per cassazione si articola su sei motivi, il primo dei quali è però esclusivamente riferito alla moglie dell'alienante, mentre gli altri cinque riguardano l'interpretazione e la qualificazione dell'operazione negoziale posta in essere.

[8] Sul punto, si rinvia a V. A. M. BALBO, *Divieto del patto commissorio e alienazione a scopo di garanzia*, in *diritto.it*, 19 febbraio 2004, consultabile *online*. Da ultimo, vedi S. FIORENTINI, *Alienazioni a scopo di garanzia: i confini del divieto del patto commissorio*, in *Salvis Juribus*, 27 aprile 2020, consultabile *online*. Per l'A. "si è a lungo discusso della ratio sottesa al divieto in questione: in un primo momento l'attenzione si è incentrata sull'alterazione che tale accordo causerebbe sia al principio della *par condicio creditorum*, sia all'ordine di preferenza tra le stesse cause legittime di prelazione, stabilito dalla legge. A riguardo, tuttavia, si è giunti a ritenere che solo la seconda delle osservazioni riportate possa essere condivisa, mentre meno convincente appare il riferimento alla violazione della *par condicio creditorum*, dal momento che il divieto, per come enunciato nell'art. 2744 c.c., è formulato in riferimento al trasferimento di proprietà di una cosa ipotecata o data in pegno, ossia oggetto di garanzie specifiche, e quindi richiama una situazione nella quale la parità di trattamento dei creditori risulta già alterata. Si è poi osservato che la nullità del patto commissorio si giustificherebbe alla luce della irragionevolezza della sua causa, data l'incompatibilità strutturale che si ravvisa nel nostro ordinamento tra la causa di garanzia e l'effetto traslativo: il negozio di garanzia, infatti, viene costituito con l'obiettivo di assicurare il soddisfacimento di un diritto di credito e non al fine di realizzare il trasferimento di un diritto di proprietà in capo al creditore. Sembra, tuttavia, che la vera *ratio* del divieto in analisi vada rinvenuta nel voler scongiurare il rischio che il creditore si approfitti dello stato di bisogno in cui versa il debitore: si osserva infatti che ogniqualvolta il bene, di cui si prevede il trasferimento di proprietà in caso di inadempimento, abbia un valore superiore rispetto all'entità del debito garantito, ci si troverebbe di fronte ad un arricchimento ingiustificato del creditore, conseguito sfruttando lo stato di debolezza del soggetto passivo del rapporto. Ecco allora che, ravvisando in ciò la vera ratio del divieto, la logica conseguenza è quella di concludere che ad essere vietato non sia il patto commissorio in sé e per sé, quanto piuttosto il fatto che lo stesso realizzi una sproporzione, con la conseguenza che sarebbe necessario indagare in concreto, caso per caso, l'equilibrio negoziale originato dal singolo accordo".

[9] Questo, nel caso di specie, è nullo ai sensi dell'art. 1, co. 346, l. n. 311 del 2004 (finanziaria del 2005).

Il quarto e il quinto motivo di ricorso, che attengono più nello specifico all'interpretazione dell'operazione negoziale[10], sono stati ritenuti fondati, con assorbimento degli altri. Con tali motivi si è denunciata l'erronea interpretazione delle norme sul patto marciano[11],

[10] Sul concetto di "operazione interpretativa del contratto", si rinvia a R. SACCO, *L'interpretazione*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) P. RESCIGNO, Vol. 10, *Obbligazioni e contratti*, Tomo II, Utet, Torino, 1984, pp. 419 ss.; G. ALPA, G. FONSI, G. RESTA (a cura di), *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Giuffrè, 2001; A. SCALISI, *La comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Giuffrè, 2003; F. SANGERMANO, *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, 2007; F. VIGLIONE, *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra* common law *e* civil law, Giappichelli, 2011; M. BRUTTI, *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Giappichelli, 2017; G. PELLEGRINO, *L'interpretazione del contratto*, Key editore, 2018, per il quale "l'interpretazione è la prima operazione che va compiuta allorché si analizza il contratto, e consiste, in via principale ed in prima battuta, nella ricostruzione della volontà delle parti, cioè nell'individuazione del significato che le parti volevano attribuire alle dichiarazioni che hanno scambiato. L'interpretazione del contratto, dunque, è attività logicamente precedente a qualunque ulteriore operazione giuridica da svolgere su di esso, quali la qualificazione o l'individuazione di cause di invalidità"; M. PENNASILICO, *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Giappichelli, 2018; F. ASTANO, *Appunti sull'interpretazione del contratto*, Pacini giuridica, 2020; F. MOLLO, *Regole finali di interpretazione del contratto*, Cedam, 2020.

[11] Vedi S. FIORENTINI, *Alienazioni a scopo di garanzia: i confini del divieto del patto commissorio*, cit., ove si legge che "ciò consente peraltro di comprendere il motivo per cui nel nostro ordinamento è ritenuto ammissibile il c.d. patto marciano, nonostante anch'esso preveda, analogamente al patto commissorio, una alienazione a scopo di garanzia: la diversità consiste nella previsione di alcuni 'correttivi', quali la previsione in forza della quale, una volta avvenuto l'inadempimento, l'effettivo valore del bene trasferito in proprietà al creditore deve essere stimato da un terzo imparziale, nonché l'obbligo per il creditore di restituire al debitore l'eventuale eccedenza intercorrente tra il valore del bene in questione e l'ammontare del debito garantito, proprio al fine di evitare l'ingiustificato arricchimento del creditore". Sul patto marciano e la sua ammissibilità, si rinvia a P. MARINI, *Procedure espropriative, patto marciano, pegno mobiliare non possessorio: guida alla L. n. 119/2016*, Altalex, 2016; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI, 2019; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, ESI, 2017; G. D'AMICO, S. PAGLIANTINI, F. PIRAINO, *I nuovi marciani*, Giappichelli, 2017, ove gli autori affrontano i recenti interventi normativi in materia di contratti di finanziamento con particolare riguardo ai "meccanismi marciani" da cui essi sono corredati. Il quadro che emerge si presenta alquanto eterogeneo a causa della scelta del legislatore di compiere interventi settoriali non coordinati, all'esito dei quali si registrano schemi diversi di patto marciano o di fattispecie legali che ne adottano la struttura. Da ciò la necessità di offrire al giurista teorico e a quello pratico un tentativo di analisi e di

e sulla validità di esso in caso in cui accede ad un patto commissorio[12], e dunque degli articoli 2744, 1418, 1344 c.c.

La Corte, per meglio intendere questi motivi, ha ricostruito la vicenda contrattuale, ed il modo in cui l'ha interpretata la corte di merito. In concreto, le parti hanno concluso due atti[13].

I ricorrenti hanno affermato che si trattasse di una controdichiarazione[14] dimostrativa della simulazione della vendita, ed erroneamente sarebbe stata qualificata dalla corte di appello come una scrittura integrativa dell'alienazione in garanzia. In realtà, per la Suprema Corte, l'interpretazione fatta dal giudice di merito è risultata immune da vizi.

---

razionalizzazione sistematica delle nuove discipline che riduca le incertezze interpretative e applicative. Il volume si sofferma sull'analisi dei patti marciani previsti dalla disciplina del finanziamento alle imprese (art. 48-*bis* T.U.B.) e del credito immobiliare ai consumatori (art. 120-*quinquiesdecies* T.U.B.) e del meccanismo marciano inserito nella disciplina del prestito vitalizio ipotecario (art. 11-*quaterdecies*, co. 12-*quater*, D.L. 30 settembre 2005, n. 203).

[12] Sul patto commissorio, si rinvia, tra tutti, a C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, ESI, 2013. Inoltre, si veda E. BERTO, *Il divieto di patto commissorio e la tipizzazione delle clausole marciane, all'interno del diritto bancario e all'interno della materia dell'intermediazione finanziaria*, in *diritto.it*, 5 giugno 2020, consultabile *online*; V. PAPPA MONTEFORTE, *Il patto marciano, i rapporti controversi con il divieto del patto commissorio e le figure negoziali potenzialmente a rischio, tra diritto "tradizionale" e novità legislative (vendita con riserva della proprietà,* sale and lease back, *fino al* rent to buy), in *iurisprudentia.it*, pp. 1-11, consultabile *online*; G. VALENTE, *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco*, in *Jus civile*, n. 12/2014, pp. 405-422; P. MINOPOLI, *Il patto commissorio*, in *Ius in itinere*, 2 marzo 2018, consultabile *online*.

[13] In un primo momento hanno stipulato un atto pubblico, davanti al notaio, qualificato come di vendita, ed ivi hanno dato atto del pagamento da parte della coniuge del corrispettivo, mediante tre assegni da venti mila euro e mediante accollo della restante parte del mutuo. Con una successiva scrittura privata, le parti hanno precisato che l'alienazione che hanno concluso dal notaio era in realtà fatta a soli fini di garanzia, ossia quale assicurazione da parte del marito del pagamento del suo debito verso il figlio dell'acquirente.

[14] La controdichiarazione si interpreta al pari di ogni altro patto privato, e la corte ha valorizzato le espressioni usate dalle parti, ossia la dichiarazione di voler attribuire alla precedente vendita uno scopo di garanzia e non di scambio. Del resto, la controdichiarazione è tale quando espressamente asserisce la natura simulata della dichiarazione principale, mentre nel caso de quo tale natura non è stata affatto affermata dalle parti che non hanno dichiarato di aver simulato la vendita davanti al notaio, bensì hanno dichiarato di averla voluta effettivamente, ma a scopo di garanzia e non di scambio. La controdichiarazione, dunque, non può essere considerata "di simulazione", ma "di qualificazione dello scopo concreto dell'atto".

3. *La sentenza in rassegna e l'argomentazione della Corte di legittimità*

La Corte di legittimità ha ritenuto opportuno soffermarsi sul rapporto, spesso frainteso, tra vendita simulata[15] e vendita fatta a scopo di garanzia[16]. La stessa prassi a volte utilizza indici presuntivi della simulazione[17], che in realtà sono indici dello scopo di garanzia. È

[15] La simulazione integra un'ipotesi di apparenza negoziale creata intenzionalmente dai contraenti, i quali in realtà vogliono che il contratto stipulato non produca tra loro alcun effetto (simulazione assoluta) oppure intendono come vincolante un altro negozio (il negozio dissimulato) destinato a rimanere occulto ai terzi. In genere, per cautelarsi contro eventuali contestazioni reciproche, le parti cristallizzano l'accordo in un atto scritto, che mantengono segreto, denominato "controdichiarazione", nel quale dichiarano la reale portata del contratto apparente. Vedi, in giurisprudenza, di recente, Cass. civ., Sez. II, 24 luglio 2017, n. 18204, per la quale "la controdichiarazione non richieda l'atto pubblico". Vedi, a tal uopo, F. ZANASI, *Vendita simulata di un immobile anche per frodare i creditori: caratteristiche, casi concreti e forme di tutela*, in *Persona e Danno*, 31 gennaio 2019, consultabile *online*. Interessante, per cercare di avere un quadro completo sull'istituto, è la pronuncia del Tribunale di Napoli, 5 febbraio 2019, n. 1326, con nota di M. E ACAMPORA, *Simulazione compravendita: esclusa se il ricavato è stato usato da venditori per estinguere un pregresso mutuo*, in *ExParteCreditoris*, consultabile *online*, per la quale "il fatto che, contemporaneamente alla data cui risale l'atto di compravendita, i compratori hanno concluso un contratto di mutuo con la banca, e che parte delle somme siano state versate per la estinzione dello stesso dagli originari venditori, porta ad escludere che la vendita sia stata meramente simulata. Mancando la prova di una pregressa conoscenza tra le parti e sebbene la vendita abbia riguardato l'unico bene immobile appartenente ai debitori, occorrendo effettuare la verifica circa la consapevolezza da parte degli acquirenti e della banca della idoneità dell'atto a nuocere agli interessi del creditore, trattandosi appunto di atto a titolo oneroso, deve escludersi che gli acquirenti potessero ipotizzare la possibilità che la vendita potesse frustrare le aspettative della creditrice".

[16] Sul tema, da ultimo, si veda Cass. civ., Sez. II, 11 luglio 2020, n. 18680.

[17] Ad esempio il possesso rimasto in capo all'alienante, la preesistenza di un debito dell'alienante a favore dell'acquirente, la mancata trascrizione. In tema di indici presuntivi della simulazione, si veda A. CONCAS, *La prova della simulazione*, in *diritto.it*, 15 novembre 2019, consultabile *online*. In giurisprudenza, si veda Tribunale di Roma, 11 maggio 2020, n. 7050, secondo cui "è ammessa la prova per presunzioni della simulazione assoluta del contratto nel caso in cui la relativa domanda sia stata proposta da terzi estranei al negozio, dovendo il giudice apprezzare l'efficacia sintomatica dei singoli fatti noti che devono essere valutati non solo analiticamente, ma anche nella loro convergenza globale, in un giudizio di sintesi". Inoltre, si vedano anche Tribunale di Arezzo, 14 gennaio 2020, n. 31; Corte appello L'Aquila, 29 giugno 2020, n. 908; Tribunale di Lanciano, 3 giugno 2020, n. 124; Cass. civ., Sez. III, 13 maggio 2020, n. 8892, per la quale "in tema di prova per presunzioni della simulazione assoluta di un contratto, spetta al giudice del merito

stato considerato che quest'ultimo mira ad una proprietà momentanea in capo al creditore, e questa era in passato la ragione di autorevoli dubbi sulla circostanza che la causa di garanzia potesse essere sufficiente a sorreggere il trasferimento del diritto[18].

È noto che la replica migliore a questo argomento è stata di far presente che altro è la regola della tipicità dei diritti, altro quella degli atti traslativi, e che le parti possono ben trasferire un diritto tipico e nominato (la proprietà) anche con atti atipici, come, per l'appunto, una vendita fatta a scopo di garanzia. Inoltre, la causa atipica di alienazione in garanzia[19] non influisce sul contenuto del diritto di proprietà, nel senso di renderlo diverso da quello tipico, e ciò in quanto l'acquirente in garanzia ha tutte le facoltà di dominio proprie del proprietario, potendo disporre e godere della cosa al pari di quello; inoltre la proprietà che si realizza in capo all'acquirente non è temporanea in senso tecnico, ma è una situazione assimilabile all'acquisto sotto condizione o sotto patto di riscatto, ossia destinata a

apprezzare l'efficacia sintomatica dei singoli fatti noti, che debbono essere valutati non solo analiticamente, ma anche nella loro globalità all'esito di un giudizio di sintesi, non censurabile in sede di legittimità se sorretto da adeguata e corretta motivazione sotto il profilo logico e giuridico".

[18] Secondo quest'ultima ricostruzione, lo scopo di garanzia mira a creare una proprietà temporanea in capo all'acquirente che, in caso di adempimento del debito, è obbligato alla restituzione, e questa proprietà temporanea nient'altro sarebbe che una proprietà fiduciaria, ossia una *fiducia cum creditore*, non ammessa nel nostro ordinamento. Sulle categorie di fiducia e, più nello specifico, di quella "*cum creditore*", vedi G. DIURNI, Fides *e* fiducia *nel dibattito attuale*, in *Historia et ius*, n. 5/2014, pp. 1-17. In tale ultimo caso, si veda la recente sentenza a Sezioni Unite della Cassazione civile (n. 6459/2020), in tema di forma del negozio fiduciario, per cui "per il patto fiduciario con oggetto immobiliare che s'innesta su un acquisto effettuato dal fiduciario per conto del fiduciante, non è richiesta la forma scritta *ad substantiam*; ne consegue che tale accordo, una volta provato in giudizio, è idoneo a giustificare l'accoglimento della domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di ritrasferimento gravante sul fiduciario. La dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario, ricognitiva dell'intestazione fiduciaria dell'immobile e promissiva del suo ritrasferimento al fiduciante, non costituisce autonoma fonte di obbligazione, ma, rappresentando una promessa di pagamento, ha soltanto effetto confermativo del preesistente rapporto nascente dal patto fiduciario, realizzando, ai sensi dell'art. 1988 c.c., un'astrazione processuale della causa, con conseguente esonero a favore del fiduciante, destinatario della *contra se pronuntiatio*, dell'onere della prova del rapporto fondamentale, che si presume fino a prova contraria".

[19] Si veda, tra tutti, C. OLIVA, *Autonomia negoziale e contratti di garanzia atipici*, in *justonin*, consultabile *online*; E. FICOCIELLO, *L'oggetto del giudizio di meritevolezza degli interessi nei contratti atipici*, in *Ius in itinere*, 23 luglio 2018, consultabile *online*.

risolversi, ma nata come definitiva[20]. Infine, gli obblighi che gravano sull'acquirente (di retrocedere il bene in caso di adempimento) non attengono alla vendita, ma derivano da un patto aggiunto che qualifica quella vendita come fatta in garanzia[21].

Correttamente qualificata come vendita a scopo di garanzia, la corte del merito, afferma la Suprema Corte, avrebbe dovuto però tenere in considerazione la sua compatibilità con il divieto del patto commissorio, alla luce del fatto che le parti avevano cercato di evitare il contrasto con l'articolo 2744 c.c. inserendo nello schema negoziale un patto marciano[22]. Secondo i ricorrenti il patto marciano avrebbe reso valida la stipulazione commissoria solo se fosse stato preventivamente convenuto un metodo imparziale di stima del bene,

[20] Sulla "qualificazione" dell'operazione negoziale quale "patto marciano" e sui conseguenti risvolti di "tipizzazione", si rinvia a S. PAGLIANTINI, G. D'AMICO, F. PIRAINO, *I nuovi marciani*, cit.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano,* cit.; S. CAMPOLATTARO, *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Riv. Notariato*, 2017, III, p. 191 ss.; C. DE MENECK, *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, p. 823 ss.; A. LUMINOSO, *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. Dir., Civ.*, 2017, p. 1398 ss.

[21] Ed è proprio il caso di specie, in cui le parti hanno previsto una controdichiarazione in tal senso, il che opera ad ulteriore dimostrazione della effettività dello scopo di garanzia.

[22] Il patto marciano è l'accordo fra debitore e creditore con il quale si stabilisce che quest'ultimo, qualora il debitore diventi inadempiente, acquisti la proprietà della cosa ricevuta in pegno o ipoteca. Attraverso il patto marciano, in sostanza, il finanziatore (la banca) può rivalersi sul bene del soggetto finanziato, purché rispetti certe condizioni. In particolare, tra queste condizioni, devono certamente sussistere: una stima del bene effettuata da soggetto terzo al momento del verificarsi dell'inadempimento da parte del debitore; il diritto del debitore di vedersi restituire l'eventuale eccedenza tra il valore del bene ed il credito vantato. Tali condizioni non sono di poco conto atteso che segnano il sottile confine tra il patto marciano (lecito) ed il patto commissorio (illecito). Infatti, sebbene entrambi appartengano alla categoria dei trasferimenti a scopo di garanzia, il patto marciano deve esser tenuto distinto dal patto commissorio. Il patto commissorio è vietato in quanto con esso, in caso di inadempimento, il mutuatario si obbliga a trasferire al mutuante la proprietà dell'immobile acquistato con le somme date a mutuo, con spese a proprio carico oltre al risarcimento del maggior danno subito. In sostanza, nel patto commissorio il creditore diviene proprietario del bene del debitore inadempiente senza corrispondergli l'eventuale differenza tra il valore del bene e quello del debito. Si consulti, sul punto, l'Enciclopedia Giuridica Treccani. Si veda A. DEBERNARDI, *L'art. 48*bis *del TUB ed il c.d. "patto marciano" nei contratti di credito immobiliare*, in *dirittobancario.it*, 15 maggio 2018, consultabile *online*. Da ultimo, si veda A. DE STEFANO, *La vendita di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Ius in itinere*, 16 luglio 2020, consultabile *online*.

evitando che quest'ultima fosse stata affidata alla discrezionalità del creditore che avrebbe potuto dunque approfittarne[23].

4. *La parte centrale dell'argomentazione: la funzione del patto commissorio e del patto marciano e il pegno irregolare (art. 1851 c.c.) come norma eccezionale*

È stato chiarito perché mai se ad un patto commissorio (il creditore trattiene la cosa data in garanzia all'inadempimento del debitore) accede un patto marciano (il creditore vende la cosa, previa stima, e restituisce l'eccedenza al debitore) la pattuizione non ricade nel divieto dell'articolo 2744 c.c. Tradizionalmente si argomenta della *ratio* della norma suddetta. Siccome l'opinione prevalente ritiene che la *ratio* del divieto del patto commissorio stia nella tutela del debitore da approfittamenti del creditore, allora nel caso di patto marciano il rischio di tali approfittamenti è nullo; ed infatti coloro che attribuiscono al divieto del patto commissorio una *ratio* diversa, ad esempio la tutela della *par condicio creditorum*, ritengono nulla la pattuizione pure in presenza di un patto marciano tra creditore e debitore. In realtà la liceità del patto commissorio, cui accede un patto

[23] A conferma di questa tesi, la Cassazione ha citato un suo precedente (Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625). Per questa decisione, "il contratto di *sale and lease back* è nullo, per illiceità della causa in concreto, ove violi il divieto di patto commissorio, salvo che le parti, con apposita clausola (c.d. patto marciano), abbiano preventivamente convenuto che al termine del rapporto – effettuata la stima del bene con tempi certi e modalità definite, tali da assicurare una valutazione imparziale ancorata a parametri oggettivi ed autonomi ad opera di un terzo – il creditore debba, per acquisire il bene, pagare l'importo eccedente l'entità del suo credito, sì da ristabilire l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni e da evitare che il debitore subisca una lesione dal trasferimento del bene in garanzia. Resta peraltro ammissibile la previsione di differenti modalità di stima del bene, per come emerse nella pratica degli affari, purché dalla struttura del patto marciano in ogni caso risulti, anticipatamente, che il debitore perderà la proprietà del bene ad un giusto prezzo, determinato al momento dell'inadempimento, con restituzione della differenza rispetto al maggior valore, mentre non costituisce requisito necessario che il trasferimento della proprietà sia subordinato al suddetto pagamento, potendosi articolare la clausola marciana nel senso di ancorare il passaggio della proprietà sia al solo inadempimento, sia alla corresponsione della differenza di valore". In dottrina, sul punto, si veda, tra i tanti, G. FERRARINI, *La locazione finanziaria (leasing)*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) P. RESCIGNO, Vol. 11, *Obbligazioni e contratti*, Tomo III, Utet, Torino, 1984, pp. 3 ss., specie p. 15 ss.

marciano, sta nell'analogia con il pegno irregolare[24] (art. 1851 c.c.) il quale consente al creditore che abbia ricevuto in pegno cose fungibili di appropriarsene all'inadempimento del debitore restituendo però a quest'ultimo l'eccedenza di valore (tra le cose date in pegno e l'ammontare del debito). Il patto marciano, che come è noto non è figura tipica, persegue esattamente lo stesso scopo rispetto a beni non dati in pegno ma alienati in garanzia; ossia consente al creditore di appropriarsene restituendo al debitore la differenza di valore. Non si può obiettare, inoltre, che l'articolo 1851 c.c. è norma eccezionale, come tale insuscettibile di applicazione analogica in quanto non è affatto eccezione rispetto al principio generale dell'articolo 2744 c.c., ma rispettoso della medesima *ratio*, anzi conseguenza di quel principio in quanto mira anche esso ad evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore. Tuttavia, proprio in quanto il patto marciano può consentire di evitare approfittamenti del creditore ai danni del debitore, è necessario che le parti abbiano previsto criteri di stima del bene al momento della convenzione marciana[25].

5. *Il precedente della Corte e la risoluzione del caso*

La Suprema Corte aggiunge, ancora, che è necessario che le parti abbiano previsto "meccanismi oggettivi e procedimentalizzati che (…)

[24] Il pegno irregolare è un diritto di garanzia che, a differenza del pegno ordinario, ha ad oggetto cose fungibili. In questa ipotesi, il creditore acquista la proprietà delle cose ed è tenuto a restituire il *tantundem eiusdem generis et qualitatis*, cioè altrettante cose dello stesso genere e qualità. Se il debitore è inadempiente, il creditore ha diritto di ritenzione sulle cose ricevute in pegno e dovrà restituire solo l'eventuale differenza tra il valore di queste e l'ammontare del credito. Si faccia riferimento, a tal uopo, all'Enciclopedia Giuridica Treccani. Vedi, in tal senso, G. BAUSILIO, *Uno strumento di garanzia. Il pegno irregolare. Profili giurisprudenziali*, Key editore, 2015. Il pegno irregolare non rientra nel novero dei diritti reali di garanzia, ma rappresenta una particolare figura di "alienazione in garanzia". Si tratta di una figura tipica, che si differenzia rispetto alle alienazioni fiduciarie in garanzia, le quali sono caratterizzate dell'obbligo del fiduciario di non disporre del proprio interesse del bene ricevuto in proprietà. In considerazione della funzione di garanzia del pegno irregolare deve ammettersi il diritto del debitore alla restituzione dei beni dati in garanzia quando abbia adempiuto direttamente l'obbligazione. Sulla differenza, inoltre, tra "cauzione" e "pegno irregolare", si veda F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm*., 1960, I, pp. 96 ss.; G. SICCHIERO, *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato dir. civ*., a cura di R. SACCO, Utet, Torino, 2011.

[25] Vedi nota n. 22.

permettano la verifica di congruenza tra valore del bene oggetto della garanzia, che viene definitivamente acquisito al creditore, ed entità del credito; per la stessa ragione, non avrebbe tale effetto la verifica del "giusto prezzo" al momento della conclusione del contratto[26]". Più precisamente, prosegue la Corte, occorre che la stipulazione "preveda, per il caso ed al momento dell'inadempimento ossia quando si attuerà coattivamente la pretesa creditoria (art. 1851 c.c.), un procedimento volto alla stima del bene[27], entro tempi certi e con modalità definite, che assicurino la presenza di una valutazione imparziale, in quanto ancorata a parametri oggettivi automatici, oppure affidata a persona indipendente ed esperta la quale a detti parametri farà riferimento[28] (art. 1349 c.c.), al fine della corretta determinazione dell'*an* e del *quantum* della eventuale differenza da corrispondere all'utilizzatore. La pratica degli affari potrà poi prevedere diverse modalità concrete di stima, purché siano rispettati detti requisiti. L'essenziale è che risulti, dalla struttura del patto, che le parti abbiano in anticipo previsto che, nella sostanza dell'operazione economica, il debitore perderà eventualmente la proprietà del suo bene per un prezzo giusto, determinato al tempo dell'inadempimento, perché il *surplus* gli sarà senz'altro restituito[29]".

In definitiva, si può affermare, attraverso l'analisi argomentativa della Suprema Corte, che il divieto del patto commissorio sancito dall'art. 2744 c.c. non opera quando nell'operazione negoziale[30] sia

[26] Si veda Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625.

[27] Vedi nota n. 22.

[28] In tema di arbitraggio, si veda E. FICOCIELLO, *L'arbitraggio: natura giuridica e profili differenziali con l'arbitrato irrituale e la perizia contrattuale*, in *Ius in itinere*, 28 gennaio 2019, consultabile *online*; L. GAROFALO, *L'arbitraggio sul prezzo*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2014, consultabile *online*. Si tenga in mente la sentenza Cass. civ., Sez. II, 18 novembre 2013, n. 25804, con nota di G. ZANCHI, *Mancata determinazione convenzionale del prezzo di vendita: integrazione legale, nullità per indeterminatezza dell'oggetto o problema interpretativo?*, in *Jus civile*, n. 4/2014, pp. 156-172.

[29] Si veda Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625. Nella fattispecie queste condizioni non sono state rispettate, mancando del tutto la previsione di criteri di stima oggettivi che avrebbero assicurato la valutazione imparziale del valore del bene per il successivo momento della eventuale vendita. Né si è potuto considerare tale l'indicazione della persona del marito della creditrice, indicato come tale da farsi garante del rispetto dell'accordo, indicazione che ovviamente è talmente generica da non soddisfare le condizioni di obiettività della stima che si sono specificate.

[30] Si ricorda che, nella specie, si trattava di una vendita immobiliare con funzione di garanzia.

inserito un patto marciano[31], trattandosi di clausola lecita, che persegue lo stesso scopo del pegno irregolare *ex* art. 1851 c.c. ed è ispirata alla medesima *ratio* di evitare approfittamenti del creditore in danno del debitore, purché le parti abbiano previsto, al momento della sua stipulazione, che, nel caso ed all'epoca dell'inadempimento, sia compiuta una stima della cosa, entro tempi certi e modalità definite, che assicuri una valutazione imparziale, ancorata a parametri oggettivi ed automatici oppure affidata ad una persona indipendente ed esperta, la quale a tali parametri debba fare riferimento[32].

6. *Brevi conclusioni*

La sentenza in commento non ha fatto altro che affrontare il tema dell'autonomia privata (*rectius*: negoziale), nelle sue molteplici sfaccettature, per le quali – se è consentito – si potrebbe parlare di un'autonomia "retale", che ingloba a "maglie larghe" alcuni istituti che divengono "leciti", seppur previsti, nel loro scopo ultimo "illeciti", quando, attraverso una ricostruzione sistematico-interpretativa della volontà delle parti, il giudicante perviene alla salvaguardia del "contenuto minimo" dell'operazione negoziale. Inoltre, sono stati rivalutati gli istituiti di diritto civile (patto commissorio, patto marciano, pegno irregolare) attraverso un'ottica funzionale e strutturale. La Corte di legittimità ben ha inteso, nelle peculiarità del caso di specie, salvaguardare, come anticipato, il c.d. "contenuto minimo" del contratto, ovviamente nei limiti ampiamente dettati in tema di conservazione dello stesso (art. 1367 c.c.). Ha vagliato attentamente come il patto marciano contenuto, come specifica clausola, in un contratto, possa far venire meno la "ipotetica illiceità" e, dunque, la possibile conseguente nullità del medesimo, in quanto non posto in violazione del patto commissorio[33]. La

[31] In forza del quale, nell'eventualità di inadempimento del debitore, il creditore vende il bene, previa stima, versando al debitore l'eccedenza del prezzo rispetto al credito.

[32] Per un approfondimento sul tema, in chiave dottrinale, v. almeno C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, cit.; G. BAUSILIO, *Uno strumento di garanzia. Il pegno irregolare. Profili giurisprudenziali*, cit.; D. RUSSO, *Oltre il patto marciano*, cit.; N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, cit.

[33] Per un approfondimento sul tema, in chiave giurisprudenziale, v. Cass. civ., Sez. II, 9 maggio 2013, n. 10986 (anche per il patto marciano); Cass. civ., Sez. I, 31 gennaio 2014, n. 2120; Cass. civ., Sez. I, 8 agosto 2016, n. 16618; Cass. civ., Sez. I, 6

valutazione caso per caso e l'approccio sistematico, nonché la visione funzionalistica del diritto civile, fanno avanzare interpretazioni sempre coerenti con il sistema *tout court* considerato[34].

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACAMPORA M.E., *Simulazione compravendita: esclusa se il ricavato è stato usato da venditori per estinguere un pregresso mutuo*, in *ExParteCreditoris*, consultabile *online*; AIELLO V., nota a Cass. civ. Sez. I, 22 maggio 2019, n. 13846, in *Salvis Juribus*, 26 luglio 2019, consultabile *online*; ALPA G., FONSI G., RESTA G. (a cura di), *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza*, Giuffrè, 2001; ASARO S., COLLETTI F., RECCO D., La trascrizione, Giuffrè, 2011; ASTANO F., *Appunti sull'interpretazione del contratto*, Pacini giuridica, 2020; BALBO V.A.M., *Divieto del patto commissorio e alienazione a scopo di garanzia*, in *diritto.it*, 19 febbraio 2004, consultabile *online*; BERTO E., *Il divieto di patto commissorio e la tipizzazione delle clausole marciane, all'interno del diritto bancario e all'interno della materia dell'intermediazione finanziaria*, in *diritto.it*, 5 giugno 2020, consultabile *online*; BAUSILIO G., *Uno strumento di garanzia. Il pegno irregolare. Profili giurisprudenziali*, Key editore, 2015; BIANCA C.M., *Il divieto del patto commissorio*, ESI, 2013; BOZZI G., *La fideiussione*, Utet, 2013; BRANDANI S., *Simulazione assoluta e autonomia negoziale*, ESI, 2019; BUGANI I., *Nullità del contratto*, Cedam, 1990; BRUTTI M., *Interpretare i contratti. La tradizione, le regole*, Giappichelli, 2017; CAFARO R., PAGLIARO P., *Il contratto di mutuo*, Giuffrè, 2011; CAMPOLATTARO F., *Fenomenologia del patto marciano tra tipicità e atipicità*, in *Riv. Notariato*, 2017, III, p. 191 ss.; CASTIGLIONI A., *La nullità del contratto*, Key editore, 2019; CATTANEO L., *La simulazione*, Key editore, 2018; CIATTI A., *Della trascrizione degli atti relativi ai beni immobili. Artt. 2643-2645 bis, 2646-2651*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2018; CIMMINO NELSON A., *La trascrizione immobiliare*, Giuffrè, 2012; CIMMINO NELSON A., *La trascrizione*, Key editore, 2018; CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano.*

febbraio 2018, n. 2818 (sulla configurabilità del pegno c.d. irregolare); Cass. civ., Sez. I, 28 gennaio 2015, n. 1625 (che la sentenza in commento ha ripreso, anche relativamente al patto marciano); Cass. civ., Sez. II, 11 settembre 2017, n. 21042; Cass. civ., Sez. II, 26 settembre 2018, n. 22903 (sulle ipotesi di specie del divieto di patto commissorio).

[34] In ultima istanza, si consiglia la lettura del volume, alquanto provocatorio, confezionato DALL'ASSOCIAZIONE TAVOLO DI STUDIO SULLE ESECUZIONI ITALIANE, dal titolo "*Patto marciano o patto "marziano"? Alcuni spunti critici circa l'applicabilità pratica del nuovo strumento legislativo di garanzia*", edito da Youcanprint, 2017. Dal punto di vista legislativo, per una visione sistematica, oltre ai già citati artt. 2744 e 1851 c.c., si vedano, inoltre, gli artt. 1322, 1343, 1344, 1349 c.c.

Proporzionalità e legittimità delle garanzie, ESI, 2019; CIPRIANI N., *La natura dei contratti di comodato*, ESI, 2002; CUFFARO V., *La fidejussione e le altre garanzie personali*, Zanichelli, 2014; D'AMICO G., PAGLIANTINI S., PIRAINI F., *I nuovi marciani*, Giappichelli, 2017; DEBERNARDI A., *L'art. 48bis del TUB ed il c.d. "patto marciano" nei contratti di credito immobiliare*, in *dirittobancario.it*, 15 maggio 2018, consultabile *online*; DEL BIANCO GIOVANNELLA F., VITALONE V., *Gli effetti della nullità del contratto*, Giuffrè, 2015; DE MENECK C., *Il patto marciano e gli incerti confini del divieto di patto commissorio*, in *Contratti*, 2015, p. 823 ss.; DE STEFANO A., *La vendita di garanzia tra patto commissorio e patto marciano*, in *Ius in itinere*, 16 luglio 2020, consultabile *online*; DI MARZIO F., *La nullità del contratto*, Cedam, 1999; DIURNI G., *Fides e fiducia nel dibattito attuale*, in *Historia et ius*, n. 5/2014, pp. 1-17; FERRARINI G., *La locazione finanziaria (leasing)*, in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) P. RESCIGNO, Vol. 11, *Obbligazioni e contratti*, Tomo III, Utet, Torino, 1984, pp. 3 ss., specie p. 15 ss.; FERRARO A., *Il contratto di mutuo: dottrina e giurisprudenza*, in *Giuricivile*, 17 ottobre 2017, consultabile *online*; FICOCIELLO E., *L'arbitraggio: natura giuridica e profili differenziali con l'arbitrato irrituale e la perizia contrattuale*, in *Ius in itinere*, 28 gennaio 2019, consultabile *online*; FICOCIELLO E., *L'oggetto del giudizio di meritevolezza degli interessi nei contratti atipici*, in *Ius in itinere*, 23 luglio 2018, consultabile *online*; FIORENTINI S., *Alienazioni a scopo di garanzia: i confini del divieto del patto commissorio*, in *Salvis Juribus*, 27 aprile 2020, consultabile online; FORMICA M., *nota a Tribunale di Cassino, 2 settembre 2019*, in *ExParteCreditoris.it*, consultabile *online*; FRANCESCHELLI V., *Nullità del contratto. Artt. 1418-1423*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2015; GAROFALO L., *L'arbitraggio sul prezzo*, in *Teoria e storia del diritto privato*, 2014, consultabile *online*; IANNI V., *La fideiussione*, Art. 1936-1957 c.c., Key editore, 2017; LUMINOSO A., *Patto marciano e sottotipi*, in *Riv. Dir., Civ.*, 2017, p. 1398 ss.; MARTORANO F., *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960, I, pp. 96 ss.; MEI C., *Vendita in garanzia e patto commissorio. Brevi cenni sul contratto di sale and lease back*, in *diritto.it*, 26 luglio 2007, consultabile *online*; MARINI P., *Procedure espropriative, patto marciano, pegno mobiliare non possessorio: guida alla L. n. 119/2016*, in *Altalex*, 2016, consultabile *online*; MILAZZO A., *Il contratto di comodato. Modelli romani e disciplina moderna*, Giappichelli, 2018; MINOPOLI P., *Il contratto di comodato – aspetti pratici ed opponibilità ai terzi*, in *Ius in itinere*, 30 maggio 2017, consultabile *online*; MINOPOLI P., *Il patto commissorio*, in *Ius in itinere*, 2 marzo 2018, consultabile *online*; MISTRI C., *Le nuove forme di garanzie reali tipiche ed atipiche alla luce dei recenti interventi normativi*, in *magistraturaindipendente.it*, 21 aprile 2018, consultabile *online*; MOLLO F., *Regole finali di interpretazione del contratto*, Cedam, 2020; OLIVA C., *Autonomia negoziale e contratti di garanzia atipici*, in *justowin*, consultabile *online*; PARONITTI G., *Cos'è la simulazione?*, Carocci, 2009; PAPPA MONTEFORTE V., *Il patto marciano, i rapporti controversi con il divieto del patto commissorio e le figure negoziali potenzialmente a rischio, tra diritto "tradizionale" e novità legislative (vendita con riserva della proprietà,*

sale and lease back, fino al rent to buy), in *iurisprudentia.it*, pp. 1-11, consultabile *online*; PASTORI F., *Il contratto di comodato*, Cisalpino, 1997; RISI C., *La fideiussione*, Cedam, 2005; PELLEGRINO G., *L'interpretazione del contratto*, Key editore, 2018; PENNASILICO M., *Contratto e interpretazione. Lineamenti di ermeneutica contrattuale*, Giappichelli, 2018; PISTONE E., *nota a Cass. civ., Sez. II, 11 luglio 2019, n. 18680*, in *dirittobancario.it*, consultabile *online*; SACCO R., *L'interpretazione,* in *Trattato di diritto privato*, (diretto da) P. RESCIGNO, Vol. 10, *Obbligazioni e contratti*, Tomo II, Utet, Torino, 1984, pp. 419 ss.; RUSSO D., *Oltre il patto marciano*, ESI, 2017; SANGERMANO F., *L'interpretazione del contratto*, Giuffrè, 2007; SCAGLIONE F., *Il comodato. Artt. 1803-1812*, in *Il codice civile. Commentario*, Giuffrè, 2011; SCALISI A., *La comune intenzione dei contraenti. Dall'interpretazione letterale del contratto all'interpretazione secondo buona fede*, Giuffrè, 2003; SICCHIERO G., *La responsabilità patrimoniale*, in *Trattato dir. civ.*, a cura di R. SACCO, Utet, Torino, 2011; TARANTINO M., FRIVOLI N., *Il contratto di comodato nei rapporti di famiglia*, Giuffrè, 2014; TRIOLA R., VARCACCIO GAROFALO M., *La trascrizione tra vecchi e nuovi problemi*, Giappichelli, 2017; VALENTE G., *Patto commissorio e pegno nel diritto tedesco*, in *Jus civile*, n. 12/2014, pp. 405-422; VIGLIONE F., *Metodi e modelli di interpretazione del contratto. Prospettive di un dialogo tra common law e civil law*, Giappichelli, 2011; ZANASI F., *Vendita simulata di un immobile anche per frodare i creditori: caratteristiche, casi concreti e forme di tutela*, in *Persona e Danno*, 31 gennaio 2019, consultabile *online*; ZANCHI G., *Mancata determinazione convenzionale del prezzo di vendita: integrazione legale, nullità per indeterminatezza dell'oggetto o problema interpretativo?*, in *Jus civile*, n. 4/2014, pp. 156-172.

ISTITUZIONI DIRITTO ECONOMIA
Anno II – Num. 3 – 2020

[*online*] ISSN 2704-8667
www.istituzionidirittoeconomia.eu

Recensioni

CARLO AMIRANTE, *Costituzionalismo e Costituzione nel nuovo contesto europeo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pag. 157.

Il volume di Carlo Amirante (professore ordinario di Diritto costituzionale e Dottrina dello Stato presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II) costituisce un'analisi critico-scientifica del fenomeno costituzionale nel nuovo contesto europeo all'indomani del Trattato di Nizza (26 aprile 2001) e della dichiarazione di Laeken (15 dicembre 2001).

Il libro di Amirante è un'opera di pregio, soprattutto per la visione prospettica delle potenzialità di sviluppo dell'UE nel campo dell'affermazione dei diritti sociali e della coesione territoriale, in cui le speranze e l'analisi critica dell'Autore sono contemperate e fuse tra loro attraverso una costruzione lineare e discorsiva della descrizione giuridica del fenomeno del costituzionalismo europeo tuttora ancora valide nella loro efficacia critica.

L'opera si fregia di uno schema di esposizione che prevede per i vari aspetti del tema una parte di analisi scientifica "tradizionale", delle "conclusioni" e, infine, un "*post-scriptum*", in cui le riflessioni a carattere squisitamente scientifico si fondono con quelle di carattere divulgativo.

L'Autore si interroga, innanzitutto, sulla vitalità delle Costituzioni nazionali, nonché sulla natura e sui limiti dell'ingerenza del Costituzionalismo europeo negli ordinamenti degli Stati membri della UE.

Attraverso l'osservazione e la disamina del delicato rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario l'opera si dipana, poi, nell'attesa del varo

"*più o meno prossimo*" di quella Costituzione europea, salutata all'epoca con entusiasmo dagli europeisti più ferventi ed elaborata formalmente nei suoi principi nella Dichiarazione di Laeken[1] del 2001, ma come è noto successivamente naufragata definitivamente con i referendum francesi e baschi del 2007 e infine trasfusa nel Trattato di Lisbona del 2009, dopo essere stata depurata di qualsiasi riferimento costituzionale, simboli, nomenclatura e struttura del testo originario.[2]

La validità scientifica dello studio qui recensito, tuttavia, riesce a superare l'anacronistica contestualizzazione storica dell'opera, riuscendo ad oggettivare e codificare il rapporto tra fenomeno politico, fenomeno sociale, *Multilevel costitutionalism* e *Multilevel governance* e ponendo interrogativi tutt'oggi fortemente attuali per i costituzionalisti e gli altri addetti al settore, incentrati sulla risoluzione del rapporto tra ordinamenti (sovranazionale e nazionale), la ridefinizione di principi, regole ed istituzioni del "nuovo diritto costituzionale", ormai apparentemente fondato su di un impianto gerarchico delle fonti di diritto -

[1] La dichiarazione di Laeken fu sottoscritta dai 15 Stati componenti una giovane UE con l'obiettivo di realizzare importanti riforme di riassetto istituzionale e normativo europeo. Con essa si prevedeva l'allargamento dell'UE a nuovi Stati (tale allargamento si avrà nel 2009 con il Trattato di Lisbona e con la creazione della c.d. "UE dei 27"), lo sviluppo di un nuovo tipo di UE più vicina al cittadino, nonché la creazione della c.d. "Convenzione europea" con la quale si avviava formalmente il processo di riforma vero e proprio delle Istituzioni dell'Unione.

[2] Quello della Costituzione europea, c.d. "Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa", costituisce un progetto di revisione dei trattati fondativi dell'UE, redatto nel 2003 dalla Convenzione Europea e definitivamente abbandonato nel 2007, a seguito della vittoria del *no* ai *referendum* in Francia e nei Paesi Bassi. Si trattava di un testo unico con l'obiettivo di armonizzare i vari trattati fondativi dell'Unione europea redatti nel corso degli anni. Tale complesso di norme trova spazio nel successivo Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009, che però sancisce definitivamente attraverso la sua natura di strumento pattizio anche la rinuncia all'obiettivo ideale, alla base del progetto della Costituzione europea, della creazione di un atto fondativo di una nuova entità sovranazionale.

alternativo a quello tipicamente kelseniano - in cui la supremazia nella gerarchia delle fonti del diritto appare appannaggio esclusivo del diritto sovranazionale, con inevitabili ripercussioni in tema di mortificazione delle libertà costituzionali relative ai diritti fondamentali e ai diritti sociali dell'individuo.

Il fenomeno del costituzionalismo europeo è così analizzato nei suoi principi fondamentali, con riferimento precipuo al relativo sistema elettorale, per quanto riguarda l'assetto istituzionale dell'UE, e di revisione costituzionale, nonché attraverso l'osservazione della "crisi del *welfare state*".

Il nuovo costituzionalismo così come sintetizzato nel volume si pone, dunque, in evidente contrasto con il tipico impianto costituzionale dello Stato nazionale, minandone la sua integrità in un processo di lenta erosione dei suoi principi cardine, in nome di una nuova tendenza culturale di matrice economico-neoliberale, che sacrifica i diritti democratici dei cittadini europei sull'altare dell'affermazione della libertà di circolazione di persone, di merci, di capitali e di servizi.

L'affermazione del binomio mercato-concorrenza, dunque, appare in linea con il fenomeno di depauperamento della funzione/ruolo delle Assemblee legislative, e quindi del principio della sovranità democratica del popolo, in favore dell'accrescimento del potere della *Governance* governativa e delle Authority amministrative da cui deriva una frammentazione del potere regolamentare che insidia lo stesso ruolo dello Stato, mortificato nei suoi elementi essenziali: popolo, territorio e ordinamento giuridico.

Quello di un indebolimento dell'assetto costituzionale nazionale a favore di un non precisato livello di normazione costituzionale sovranazionale finisce col divenire, quindi, un pericolo sempre più concreto e

drammaticamente attuale. Si pensi, al riguardo, ai drammatici effetti delle crisi economiche del 2007 e 2011 e, non ultima, l'attuale emergenza epidemica da SARS-Corona Virus del 2020 per le economie, e non solo, dei Paesi della eurozona, ove si può constatare l'incapacità degli Stati nazionali di reagire in modo efficace alle crisi economiche degli ultimi quindici anni, ormai privati dei propri poteri di politica economica e monetaria.

Va, infine, precisato che l'Autore si pone, tuttavia, lontano da forme di *melancholia constitutionalis* e si mostra aperto verso i naturali sviluppi della scienza giuridica ed in allerta verso quei pericoli socio-economici che potrebbero inevitabilmente derivare da un allentamento dell'attenzione politica a fronte di quella nuova tendenza economico-liberale, contraria ai principi cardine dell'impianto costituzionale nazionale dello Stato sociale, richiamando i partiti e le altre parti sociali a vigilare sul fenomeno del costituzionalismo europeo andando a controbilanciare le tendenze egemoniche del mercato e della concorrenza.

A ben diciassette anni dalla sua edizione, il volume di Amirante spiega ancora la propria attualità, costituendo così un'utile strumento di riflessione, per coloro che vogliano interrogarsi criticamente, non solo sull'attualità dei fenomeni costituzionali, ma soprattutto sul loro futuro.

CARMINE ALDO AGNELLO QUERCIA