La Legislazione Penale

Fondata da Mario Chiavario *e* Tullio Padovani



Anno 2026

Nº 2

FONDATORI: Mario Chiavario e Tullio Padovani

DIRETTORI: Giovannangelo De Francesco, Alberto Gargani, Domenico Manzione, Enrico Marzaduri, Serena Quattrocolo, Laura Scomparin, Antonio Vallini

COMITATO SCIENTIFICO: Chiara Amalfitano, Giuseppe Amarelli, Herve' Belluta, Alberto Camon, Donato Castronuovo, Antonio Cavaliere, Francesco Cingari, Luigi Cornacchia, Federico Consulich, Giancarlo De Vero, Alberto di Martino, Emilio Dolcini, Heloisa Estellita, Luciano Eusebi, Giovanni Fiandaca, Gabrio Forti, Benedetta Galgani, Mitja Gialuz, Ciro Grandi, Roberto Guerrini, Adelmo Manna, Claudia Mazzuccato, Enrico Mezzetti, Daniele Negri, Adán Nieto Martín, Domenico Notaro, Francesco Palazzo, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Daniele Piva, Domenico Pulitanò, Bartolomeo Romano, Stefano Ruggeri, Giandomenico Salcuni, Maximo Sozzo, Paola Spagnolo, Lucia Zedner

COMITATO EDITORIALE: Andrea Cabiale, Jacopo Della Torre, Karma Natali, Laura Notaro, Laura Ricci, Alice Savarino, Filippo Venturi

REDAZIONE: Greta Accatino, Oscar Calavita, Antonella Falcone, Benedetta Paterra, Sara Riccardi, Ernestina Sacchetto

LA LEGISLAZIONE PENALE (www.lalegislazionepenale.eu) è una rivista *online* ad accesso libero. Tutti i contributi ospitati nella Rivista sono sottoposti a referaggio anonimo, ad eccezione degli scritti a firma dei direttori e di quelli pubblicati nelle sezioni *Interventi e Relazioni* e *Opinioni*. Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella home page della Rivista. I contributi pubblicati vengono fascicolati ogni tre mesi.

ISSN: 2421-552X

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di LA LEGISLAZIONE PENALE, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. Cognome, Titolo del contributo, in Leg. pen. (o LP), 1/2021, p. 5.



I materiali pubblicati sono distribuiti con Licenza Creative Commons Attribuzione - Non commerciale - Non opere derivate 4.0 Internazionale (CC BY-NC-ND 4.0)

2/2026

SOMMARIO

ANNAMARIA PECCIOLI, SICUREZZA SUL LAVORO E RESPONSABILITA' PENALE TRA TEORIA E PRASSI. UN'INTRODUZIONE 3

DANIELE PIVA, MOLTIPLICAZIONE VS. SELEZIONE DELLE RESPONSABILITÀ TRA PRESENTE E FUTURO DELL'INFORTUNISTICA SUL LAVORO 5

ANTONELLA MADEO, RESPONSABILITÀ PENALE PER INFORTUNIO SUL LAVORO IN CASO DI APPALTO E SUBAPPALTO: GLI APPRODI GIURISPRUDENZIALI 11

EMMANUELE PENCO, FRA ILLECITO "ESIGUO" E ILLECITO "RIPARATO": QUALI SPAZI PER L'ART. 131-BIS CP NEL CONTESTO DEL PROCEDIMENTO ESTINTIVO DELLE CONTRAVVENZIONI IN MATERIA DI SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO? 21

GABRIELE PONTEPRINO, RESPONSABILITÀ DATORIALE PER INFORTUNI SUL LAVORO E (MANCATA) INTERRUZIONE DEL NESSO EZIOLOGICO PER CONTEGNO COLPOSO DELLA VITTIMA 32

ANDREA PICCALUGA, L'INDIVIDUAZIONE DEL DATORE DI LAVORO NEL DIRITTO PENALE DELLE ORGANIZZAZIONI COMPLESSE ALLA PROVA DELLA MULTIDATORIALITÀ 44

ANTONIO FABIO VIGNERI, SEGRETO "DI STATO" E SEGRETO "ULTRA-STATUALE". LA QUESTIONE DEL SEGRETO NATO 52

ANTONIO IGNAZIO ARENA, RESPONSABILITÀ DEL GOVERNO NEL "CASO ALMASRI" E VALUTAZIONE DELLE CAMERE EX ART. 96 COST. 78

GIANFRANCO MARTIELLO, MODIFICA ALL'ART. 415 E INTRODUZIONE DELL'ART. 415-BIS DEL CODICE PENALE, PER IL RAFFORZAMENTO DELLA SICUREZZA DEGLI ISTITUTI PENITENZIARI 86

OSCAR CALAVITA, OCCUPAZIONE ABUSIVA DI IMMOBILE ADIBITO A DOMICILIO E REINTEGRAZIONE NEL POSSESSO ("SGOMBERO"): TRA LUCI E OMBRE 99

JACOPO DELLA VALENTINA, IL DISSOLVIMENTO DELLE POSIZIONI DI GARANZIA NEL DIRITTO PENALE DEGLI APPALTI, TRA VECCHIE INCERTEZZE E AUSPICI FUTURI 124

GIOVANNANGELO DE FRANCESCO, GLI IRRESPONSABILI: SULLA CRISI DELLO SPAZIO PUBBLICO DEMOCRATICO, TRA POLITICA E DIRITTO 141

ALBERTO GARGANI, ECCESSO PRETERINTENZIONALE. IL SUPERAMENTO DOLOSO DEI LIMITI SCRIMINANTI QUALIFICATO DA DIFETTO DI VOLONTÀ DELL'EVENTO 151

ANTONIO GULLO E GIORGIO ARDIZZONE, PROFILI PENALISTICI DELLE CRIPTOVALUTE 168

PAOLA MAGGIO, LA MANCATA CONSEGNA DI ALMASRI FRA OBBLIGHI DI COOPERAZIONE CON LA CPI E RESPONSABILITÀ PENALI MINISTERIALI 193

ANNALISA MANGIARACINA, NUOVE FRONTIERE DI “GESTIONE” DELLA TRANSNAZIONALITÀ OLTRE L’EPPO: IL REGOLAMENTO UE 2024/3011 SUL TRASFERIMENTO DEI PROCEDIMENTI PENALI 227

GIANFRANCO MARTIELLO, MODIFICHE ALLA LEGGE 26 LUGLIO 1975 N. 354 IN MATERIA DI CONCESSIONE DEI BENEFICI AI DETENUTI E INTERNATI 239

MARCO PITTIRUTI, ARRESTO DA PARTE DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA E CONSEGNA ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE. NOTE A MARGINE DEL CASO ALMASRI 242

LAURA RICCI, CONFINI ESTERNI, CONFINI INTERNI, POTERE PUNITIVO. LA CRIMMIGRATION NEL DECRETO SICUREZZA 2025 250

VALENTINA BONINI, GIUSTIZIA NEGOZIATA, MODULI CONSENSUALI E PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA: QUALCHE SPIGOLATURA A MARGINE DEL PENSIERO DI ENRICO MARZADURI 310

SICUREZZA SUL LAVORO E RESPONSABILITA' PENALE TRA TEORIA E PRASSI. UN'INTRODUZIONE

di Annamaria Peccioli (Professoressa ordinaria in diritto penale, Università degli studi di Genova)

Il presente scritto introduce il Seminario "Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale tra teoria e prassi" svoltosi a Genova il 19 settembre 2025.
This paper introduces the seminar "Safety at work and criminal liability: theory and practical application" held in Genoa on 19 September 2025.

infortuni sul lavoro; diritto penale del lavoro; evoluzione giurisprudenziale
accidents at work; criminal labor law; case law

Sommario: 1. Introduzione

1. Il "sistema" del diritto della sicurezza del lavoro si caratterizza, nell'ordinamento vigente, per un elevato grado di complessità.
Il primo fattore che contribuisce a tale effetto è riferibile all'esistenza di più livelli di tutela: si assiste, infatti, ad una compresenza di illeciti di natura strettamente penale e di illeciti amministrativi, riconnessi ad un'estrema varietà di violazioni di natura formale e di minor disvalore.
Il secondo fattore è, invece, riconducibile alla stratificazione della disciplina normativa. Il codice Rocco, come è noto, contiene due sole disposizioni, l'art. 437 Cp e l'art. 451 Cp. La prima fattispecie incrimina la rimozione ed omissione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro (per cui è prevista la sanzione della reclusione da sei mesi a cinque anni); la seconda, invece, fa riferimento all'omissione colposa di cautele o difese contro disastri o infortuni sul lavoro (ed è punita con la reclusione fino a un anno in alternativa alla multa). L'impianto delle disposizioni codicistiche del 1930 è aggiornato ed integrato da disposizioni complementari: il riferimento è, innanzitutto, al d.lgs. 81/2008 e, da ultimo, al d.l. 159/2025 convertito in L. 198/2025, recante "Disposizioni urgenti per la tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro e in materia di protezione civile".
Il livello di complessità della disciplina è ancora maggiore se si tiene in considerazione che, in questo settore, è evidente il bilanciamento di interessi potenzialmente in conflitto: in particolare, tra la libertà d'impresa (da intendersi in senso lato) e i beni primari della salute, della sicurezza, della libertà e della dignità umana.
Il seminario *Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale tra teoria e prassi*, organizzato a Genova il 19 settembre 2025 con Antonella Madeo, Emmanuele Penco e Gabriele Ponteprino, si propone l'obiettivo di indagare un ulteriore fattore di complessità, ossia quello della flessibilizzazione delle categorie sostanziali nel particolare ambito del penale del lavoro. Si tratta di quel fenomeno, già ampiamente investigato in dottrina, in base a cui gli istituti di parte generale (come causalità e colpa), le norme che definiscono il contenuto delle posizioni di garanzie e dei precetti cautelari vanno incontro a una rilettura in ottica estensiva della punibilità. Compito dello studioso è allora quello di razionalizzare le soluzioni esistenti, in modo di ricondurle a sistema, tentando al contempo un recupero delle fondamentali garanzie penalistiche.
Ad aprire la raccolta degli scritti che riproducono, con note minime, gli interventi dei relatori è il contributo del Professor Daniele Piva (dal titolo *Moltiplicazione* vs. *Selezione delle*

responsabilità tra presente e futuro dell'infortunistica sul lavoro) in cui sono tracciate le linee evolutive del diritto penale del lavoro, alla luce dei recenti sviluppi prasseologici.
Le successive relazioni procedono all'indagine di alcuni specifici aspetti della responsabilità penale in materia di infortuni sul lavoro, alla luce dei più recenti approdi della giurisprudenza di merito e di legittimità
Il lavoro della Professoressa Antonella Madeo, avente titolo *Responsabilità penale per infortunio sul lavoro in caso di appalto e subappalto: gli approdi giurisprudenziali*, affronta la tematica della ripartizione delle responsabilità tra committente (o sub-committente) e appaltatore (o sub-appaltatore) in caso di infortunio del lavoratore imputabile a omesse o inadeguate cautele dell'appaltatore. Viene analizzato in senso critico un recente orientamento della Cassazione che, per mezzo di un'interpretazione *praeter legem* delle disposizioni del d. lgs. 81/2008, estende la responsabilità del committente fino a trasformarla in una surrettizia forma di responsabilità per posizione, in contrasto con il principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost.

Il contributo del Professor Emmanuele Penco (dal titolo *Fra illecito "esiguo" e illecito "riparato": quali spazi per l'art. 131-bis Cp nel contesto del procedimento estintivo delle contravvenzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro?)* si propone di individuare i possibili spazi di operatività della causa di non punibilità sopravvenuta della particolare tenuità del fatto *ex* art. 131 *bis* nell'ambito del procedimento estintivo delle contravvenzioni *ex* d.lgs. 19.12.1994, n. 758. L'autore riflette sul ruolo dell'art. 131-*bis* Cp dopo la riforma Cartabia (d.lgs. 10.10. 2022, n. 150), dando conto del manifestarsi di un recente orientamento in seno alla SC, che sembra portare ad una maggiore valorizzazione del comportamento successivo al reato, ponendo nuovi interrogativi in merito ai rapporti con il meccanismo estintivo delineato dal d.lgs. 758/1994.
Lo scritto del dottor Gabriele Ponteprino (dal titolo *Responsabilità datoriale per infortuni sul lavoro e (mancata) interruzione del nesso eziologico per contegno colposo della vittima*.) analizza con spirito critico la giurisprudenza in tema di infortuni sul lavoro, con particolare riguardo ai casi di lesioni o morte del lavoratore, al cui verificarsi abbia contribuito la stessa vittima mediante un suo contegno colposo. L'autore sottolinea come, in tali contesti, l'estremo rigore nel ritenere sussistente il rapporto di causalità tra le condotte imputabili al datore di lavoro e l'evento lesivo *hic et nunc* comporta, nuovamente, il rischio dell'affermarsi di una responsabilità di posizione.
Chiude i lavori del seminario l'intervento del dottor Andrea Piccaluga (dal titolo *L'individuazione del datore di lavoro nel diritto penale delle organizzazioni complesse alla prova della multidatorialità*) che affronta il delicato tema della multidatorialità, prendendo le mosse da una recente sentenza della Corte di cassazione. Dopo aver evidenziato i presupposti operativi e le conseguenze pratiche che discendono dalla simultanea presenza, nell'ambito della medesima organizzazione, di più soggetti titolari della posizione di garanzia datoriale, il lavoro si sofferma sulla distinzione tra la delega di gestione, l'atto di individuazione del datore di lavoro "decentrato" e la delega di funzioni.

MOLTIPLICAZIONE VS. *SELEZIONE* DELLE RESPONSABILITÀ TRA PRESENTE E FUTURO DELL'INFORTUNISTICA SUL LAVORO[*)]

di Daniele Piva (Professore associato in diritto penale, Università di Roma Tre)

Come noto, il diritto penale del lavoro costituisce banco di prova di istituti cardine dell'imputazione colposa: dalla condotta, che passa dalla titolarità dei corrispondenti poteri e doveri al fenomeno del trasferimento di funzioni, al nesso causale, alla colpa e alla cooperazione o, quanto all'illecito amministrativo dell'ente, all'interesse o vantaggio e al deficit organizzativo. Si tratta ormai di materia a tutti gli effetti manualistica ad elevata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale (in progressione, dai noti casi Thyssenkrupp, Viareggio e Rigopiano). Nel passaggio dalla teoria alla prassi, tuttavia, al di là delle petizioni di principio, si assiste ancora ad una ricerca di continui equilibri tra esigenze di tutela che spingono alla "moltiplicazione" delle responsabilità e vincoli di garanzia che ne impongono invece un'analitica "selezione". In particolare, pur a fronte di una progressiva considerazione delle componenti soggettive del giudizio colposo, non del tutto valorizzato appare il concetto di "rischio lavorativo", quale criterio di autentica individuazione dell'infortunio sul lavoro, specie nel caso di evento subito da terzi non lavoratori. Così come rimane tendenzialmente irrisolto il nodo dell'interruzione del nesso eziologico e quello della cooperazione colposa nella quale finiscono per dissolversi intrecci relazionali tipici di contesti organizzativi a elevata complessità.
As well known, criminal labor law is a testing ground for key aspects of negligent prosecution: from conduct, which ranges from ownership of the corresponding powers and duties to the phenomenon of transfer of functions, to causal link, negligence and cooperation, or, in the case of administrative offenses by the entity, to interest or advantage and organizational deficit. This is now a fully-fledged textbook with extensive doctrinal and jurisprudential development (progressing from the well-known Thyssenkrupp, Viareggio, and Rigopiano cases). In the transition from theory to practice, however, beyond the begging of the question, we still witness a constant search for a balance between protection requirements that lead to the "multiplication" of responsibilities and guarantee constraints that instead require an analytical "selection." In particular, despite the progressive consideration of the subjective components of negligence assessments, the concept of "occupational risk" appears to be undervalued as a criterion for authentically identifying a workplace accident, especially in the case of an accident suffered by non-workers. Likewise, the issue of the interruption of the causal link and that of negligent cooperation, which ultimately dissolves the relational complexities typical of highly complex organizational contexts, remains largely unresolved.

moltiplicazione, selezione, responsabilità, rischio, colpa, cooperazione
multiplication, selection, responsibility, risk, guilt, cooperation

Sommario: 1. Relazione introduttiva.

[*]Il presente contributo costituisce una versione aggiornata e arricchita di note minime dell'intervento tenuto al Convegno "Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale. Tra teoria e prassi", svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova il 19 settembre 2025.

1. Come noto, il diritto penale del lavoro, ormai oggetto di trattazione manualistica[1], costituisce banco di prova di istituti fondamentali dell'imputazione, tanto in termini sostanziali quanto di accertamento.

Dall'individuazione della qualifica penalmente rilevante (di diritto o di fatto) come della stessa condotta, specie in rapporto a natura, fondamento e limiti di obblighi impeditivi e alla loro distinzione con i diversi obblighi di cui pure è disseminata la disciplina di riferimento (cooperazione, coordinamento o controllo) nonché agli effetti costitutivo-liberatori della delega di funzioni nella prospettiva della culpa *in eligendo* o *in vigilando*[2]; al nesso di causalità, con particolare riferimento ai presupposti dell'applicazione dell'art. 41 cpv. c.p. (ad esempio nel noto caso della condotta apoditticamente definita come "abnorme" del lavoratore)[3]; sino alle interferenze tra dimensione oggettiva e soggettiva della colpa e all'iperestensione della cooperazione nel delitto colposo connessi alla nota indeterminatezza della disciplina di riferimento (art. 113 Cp).

Senza considerare, in relazione alla responsabilità dell'ente, la progressiva precisazione dei requisiti dell'"interesse o vantaggio" come dei contenuti della colpa di organizzazione la quale, con o senza adozione ed efficace attuazione dei Modelli di cui all'art. 30 d.lgs. 81/2008[4], si concentra sempre di più sulla mancata adozione di specifiche procedure di lavoro o di controllo[5].

Anche sul piano del concorso tra norme la materia è caratterizzata dalla potenziale sovrapposizione di discipline diverse, sia all'interno che all'esterno del Testo Unico, con conseguente proliferazione a cascata di doveri cautelari: sul primo versante, si pensi alla possibile applicazione congiunta del titolo IV con l'art. 26 d.lgs. 81/2008 ove nell'ambito della medesima azienda si svolgano contemporaneamente lavori di cantiere e appalti di diverso oggetto; sul secondo, si consideri l'interferenza tra le regole in materia di sicurezza sul lavoro e di sicurezza della circolazione di cui il *leading case* è rappresentato dal noto disastro di Viareggio.

Di tutto ciò è conferma, dal punto di vista normativo, l'incessante produzione del legislatore cui corrisponde il moltiplicarsi di regole generali (anche modificative del Testo Unico, come da ultimo il d.l. 159/2025 convertito in l. 198/2025) o di settore; quanto all'imputazione, spicca la positivizzazione di formidabili meccanismi di interferenza tra posizioni di vertice, individuali e collettive, come nel raccordo tra gli artt. 16 co. 3 e 30 co. 4 d. lgs. 81/2008 in caso di vigilanza sul corretto espletamento di funzioni delegate; *de iure condendo*, le diverse iniziative volte ad esaltare la specializzazione della ora o a innalzare il livello di prevenzione, rispettivamente tramite l'istituzione di una procura nazionale per infortuni sul lavoro[6] o l'introduzione della obbligatorietà dei modelli organizzativi di cui all'art. 30, d. lgs. 81/2008[7].

---

[1] Tra i più recenti, F. Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Torino 2024; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*[2], Torino 2023; D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre e V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*[3], Torino 2021.

[2] Di recente P. Veneziani, *Deleghe di funzioni e* culpa in vigilando *nella prospettiva della sicurezza sul lavoro*, in *www.discrimen.it* 17.7.2024, 13 ss.

[3] Tra le ultime sentenze in merito, Cass. 11.12.2025 n. 39821, in *Dejure;* Cass. 28.11.2025 n. 38672, *ivi.* Sul punto, volendo, D. Piva, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli 2011, 32 ss.

[4] Sul punto, di recente A. F. Tripodi, *Prevenzione senza Modello: fuga in avanti o messa a punto della colpevolezza organizzativa?*, in *www.indicepenaleonline* 28.1.2026.

[5] Cass. 10.2.2026 n. 5357, in *Dejure*

[6] AC 2177 (*Istituzione della Procura nazionale della Repubblica e delle direzioni distrettuali per i reati in materia di lavoro*) presentata il 19.12.2024.

[7] A.C. 2631 (*Modifica all'articolo 1 del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in materia di obbligo di adozione dei modelli di organizzazione e di gestione nonché di responsabilità per violazione della normativa*

Dal punto di vista giurisprudenziale, si osserva invece un *trend* di cd. "sentenze-pilota" (dal caso Thyssenkrupp a quelli di Viareggio e Rigopiano) accomunate dalla rielaborazione sia delle premesse concettuali dell'imputazione (sulla base del riferimento all'agente modello, al rischio lavorativo o alle distinzioni tra rischio e pericolo, dovere di diligenza e diligenza doverosa, eventi con preavviso o senza preavviso, colpe prossimali e colpa distali o anche del rapporto tra specifica tipologia del rischio e correlate modalità di prevenzione)[8] sia dei criteri di valutazione processuale (come per la diligenza organizzativa dell'ente collettivo)[9]. Spicca, in altri termini, una ricerca senza tregua delle stesse coordinate teoriche della colpa in vista del raggiungimento, nell'ambito di questioni chiuse o ancora aperte, di un equo bilanciamento tra istanze di tutela ai massimi livelli e rispetto del vincolo costituzionale di colpevolezza.
Al riguardo, come non citare: da un lato, la recente attenzione all'inquadramento della cd. "delega gestoria" nell'ambito delle società di capitali ai fini dell'individuazione del datore di lavoro, con particolare riguardo all'adozione del cd. modello "multidatoriale"[10]; dall'altro, il ripetuto riferimento a funzioni di vigilanza "alta" e non più specifica e continua o di dettaglio nei confronti di posizioni di garanzia caratterizzate da tipica lontananza dall'infortunio *hic et nunc* (siano essi amministratori non esecutivi *ex* art. 2381 Cc, datori di lavoro deleganti *ex* art. 16 d. lgs. 81/2008[11], il responsabile dei lavori[12] o i coordinatori di cantiere[13]).
Per introdurre al meglio i lavori di questo seminario, si potrebbe anzi affermare che proprio nel diritto penale del lavoro siano state sin qui elaborate le migliori soluzioni del perenne contrasto tra *impersonalità* dell'organizzazione e *personalità* della responsabilità penale cui corrisponde quello tra *moltiplicazione* e *selezione* delle responsabilità.
In particolare, la prima si sviluppa attraverso il concetto di *intreccio cooperativo* nella gestione del rischio in base al quale anche l'omesso esercizio di poteri impeditivi mediati ovvero la violazione di obblighi *relazionali* ed *eterotropi* si compenetra con le condotte altrui, mutuando da questa necessaria interazione il criterio di valutazione della efficacia causale e della natura colposa.
In tal modo, si viene a realizzare una contestazione "a catena" fondata su una causalità cumulativa implicita nella sommatoria degli obblighi prevenzionali nell'ambito della quale perde di senso la distinzione tra paradigma commissivo e omissivo, la ricostruzione del concreto decorso degli eventi, la ponderazione dell'efficacia del comportamento alternativo lecito o dell'eventuale rilevanza interruttiva dell'altrui cooperazione colposa, se non per il riconoscimento di attenuanti comuni (art. 62 n. 5 Cp nel caso in cui a concorrere alla realizzazione sia stato il fatto doloso della vittima) o generiche (art. 62-*bis* Cp) ovvero per la

concernente la tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro) presentata il 19.9.2025.
[8] Ne parla diffusamente, a margine del caso Rigopiano, D. Castronuovo, *Gestione "organizzata" del rischio di calamità. Colpa "distale" e "prossimale" alla luce della sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, in *www.archiviopenale.it* 3/2025, 7 ss.
[9] Fa ora il punto F. Consulich, *Ente negligente e rimprovero pubblico. Breve anatomia del giudizio di colpa applicato alle organizzazioni complesse*, in www.lalegislazionepenale.eu 9.12.2025.
[10] Cfr. Cass. 20.10.2022 n. 8476, in *Il Giuslavorista* 16 marzo 2023, con nota di D. Piva, *Delega gestoria e delega di funzioni per la sicurezza sul lavoro in ambito societario*; Cass. 25.9.2023 n. 38913, in *Dejure;* Cass. 3.10.2024 n. 40682, in *www.sistemapenale.it* 29.1.2025, con nota di A. Piccaluga, *La posizione di garanzia datoriale del consiglio di amministrazione tra delega di funzioni e delega di gestione;* da ultimo Cass. 26.6.2025 n. 22584, in *Dejure*.
[11] Cfr., tra le tante, Cass. 3.10.2024 n. 40682, in *Dejure*; Cass. 5.10.2023 n. 51455, *ivi;* Cass. 19.7.2019 n. 44141, *ivi*.
[12] Cfr. Cass. 20.11.2009 n. 1490, in *Dejure*
[13] Solo tra le più recenti, Cass. 8.7.2025 n. 29644, in *Dejure*; Cass. 19.12.2023 n. 4927, *ivi;* Cass. 4.10.2023 n. 42845, *ivi;* Cass. 26.4.2023 n. 37479, *ivi.*

commisurazione di cui all'art. 133 Cp (con particolare riferimento alle modalità dell'azione o al grado della colpa previsti, rispettivamente, al co. 1, nn. 1 e 2).
Peraltro, deve ammettersi che tale processo sembra ormai essere giunto a un punto di non ritorno avendo ricevuto, in un modo o nell'altro, una certa legittimazione teorica[14].
Semmai, ne andrebbe decisamente arginata ogni forma di degenerazione fondata sull'implicito ripiego in insoliti meccanismi di solidarietà nell'obbligo di sicurezza: da questo punto di vista emblematiche, come si è avuto modo di osservare in altra sede[15], alcune pronunce sulla posizione del committente che, pur estraneo alla configurazione dei lavori in appalto, viene definito senza mezzi termini il "perno intorno al quale ruota la sicurezza nei cantieri" mediante sorprendente richiamo al principio dell'*ubi commoda ibi incommoda*[16].
Lo sforzo verso una selezione delle responsabilità si apprezza invece più sul versante soggettivo che oggettivo, come dimostra l'apertura giurisprudenziale[17] nei confronti della cd. misura soggettiva della colpa che presuppone un giudizio personalizzato sulla base di fattori situazionali (riferibili al contesto) e individuali (riferibili alle capacità e condizioni personali) idonei a far venir meno l'esigibilità della condotta doverosa o la stessa riconoscibilità del singolo rischio di infortunio. Un processo di personalizzazione delle responsabilità penali che, preso sul serio, dovrebbe fare i conti con la precisa delimitazione di rischi "immediatamente percepibili" per scongiurare ancora impliciti automatismi fondati sul senno del poi *(hindsight bias),* imponendo un giudizio di prognosi postuma orientato su indici analoghi a quelli della colpa grave[18].
Nondimeno, è a nostro avviso sul cd. "nesso di rischio" che, ancor prima, dovrebbe affinarsi l'accertamento in funzione di formule di proscioglimento piene (*perché il fatto non sussiste*), a dispetto della nota *interpretatio abrogans* dell'art. 41 co. 2 e 3 Cp.
Oltre agli infortuni dovuti a condotte che in qualche modo si collochino "al di fuori dell'area del rischio delle lavorazioni in corso" ovvero risultino estranee alla mansione del singolo lavoratore[19], nell'organizzazione imprenditoriale, infatti, la configurazione di sfere *autonome* di competenza sulla sicurezza (ad esempio tra datore di lavoro, dirigente o preposto o tra delegante e delegato) e la loro interazione diacronica possono offrire il destro al riconoscimento di rischi nuovi, incommensurabili, incongrui, esorbitanti o eccentrici in grado di produrre un effetto aberrante che faccia deviare l'*iter* eziologico verso eventi non più indistintamente riconducibili alla cooperazione di tutti, se non al costo di una dilatazione *omnibus* dell'art. 113 Cp[20].
Sotto questo profilo, emerge ad esempio la crescente valorizzazione del ruolo del preposto chiamato a svolgere funzioni di supervisione e iniziativa dirimenti che, specie dopo l'introduzione della lett. *f-bis)* all'art. 19 d. lgs. 81/2008 ad opera del d.l. 146/2021 convertito con l. 215/2021, risultano le uniche davvero in grado di incidere concretamente e

[14] A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa 2023, spec. 97 ss.; F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, spec. 163 ss., 215 e 410 ss.
[15] D. Piva, *Dagli obblighi alla responsabilità del "datore di lavoro-committente" negli appalti interni: interruzione del nesso di rischio e inesigibilità della condotta doverosa*, in *DSL* 1/2025, 213 ss.
[16] Così, rispettivamente, Cass. 30.6.2018 n. 26121, in *Dejure* e Cass. 6.12.2007 n. 7714, *ivi.*
[17] Vi allude, ad esempio, la rassegna compiuta da D. Castronuovo, *Misura soggettiva e indici di rimproverabilità. Una critica alle concezioni ultra-normative della colpa*, in www.lalegislazionepenale.eu 7.2.2025, spec. 29 ss.
[18] Sul punto, degna di pregio Cass. 24.11.202 n. 37972, in *Dejure*.
[19] Cass. 1.10.2025 n. 32570, in *Dejure*.
[20] In tema v., specialmente, A. Vallini, *"Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte*, in *www.penalecontemporaneo.it* 11.7.2012, 36 ss.; successivamente, a livello monografico, E. Mezzetti, *Autore del reato e divieto di "regresso" nella società del rischio*, Torino 2021, 154 ss. e 178 ss.

tempestivamente sul decorso causale attivato dalla condotta imprudente del lavoratore, tanto da escluderne l'abnormità[21].
Tornando alla posizione del committente, si ipotizzi una mancata informazione data sui rischi specifici di ambienti di lavoro caratterizzarti dall'esposizione a sostanze tossiche alle quali un dipendente dell'appaltatore si sia tuttavia autoesposto al di fuori delle proprie mansioni; o al caso della mancata formalizzazione di misure di prevenzione o procedure di emergenza, pur diffuse e applicate *de facto* nell'esecuzione dell'appalto, episodicamente violate da parte di un lavoratore per effetto di una scelta comportamentale istantanea.
Ma soprattutto, in mancanza di una definizione contenuta all'art. 2 d. lgs. 81/2008, il concetto di rischio lavorativo può servire a identificare ciò che è "infortunio sul lavoro" e ciò che invece non lo è agli effetti della legge penale, specie quando ad essere colpiti siano terzi e non lavoratori (sia pur intesi nella nozione ampia dell'art. 2 co. 1 lett. a), d. lgs. 81/2008). Diversamente dall'indirizzo tradizionale volto a equiparare questi ultimi ai lavoratori - in quanto a contatto sia pur indiretto e/o occasionale, purché non illegittimo, con l'ambiente di lavoro[22] o quantomeno destinatari di regole cautelari oggettive e multidirezionali[23] - nel caso del disastro di Viareggio, a fronte di disastri e plurimi omicidi, si è infatti imposto di stabilire, vittima per vittima, se la morte sia o meno connessa a rischi riguardanti l'attività lavorativa o di altro tipo per desumerne l'applicazione o meno della disciplina di cui al d. lgs. 81/2008 e, per l'effetto, al d. lgs. 231/2001, nella quale possono farsi rientrare solo lavoratori o, semmai, soggetti ad essi assimilabili[24].
Una decisiva inversione di tendenza che si muove nell'ottica, ancora una volta, della *selezione* e non della *moltiplicazione* delle responsabilità, quale autentico crocevia di ogni futuro sviluppo della materia, come dimostra la permanente adesione alla prospettiva totalizzante dell'addebito infortunistico da parte della Cassazione[25] a fronte della quale, vista la rilevanza della questione in merito alla stessa impostazione del processo, si avverte l'esigenza di un intervento auspicabilmente chiarificatore delle Sezioni Unite.
Da ultimo, qualche considerazione su due questioni a nostro avviso ancora meritevoli di approfondimento con riguardo all'illecito amministrativo dell'ente.
La prima attiene al nesso d'imputazione che, a partire dalla nota sentenza "Impregilo 2"[26], può considerarsi sì analogo a quello utilizzato nei confronti della persona fisica, ma a patto che non

[21] Cass. 1.10.2025 n. 32570, cit.
[22] Cfr., *ex multis*, Cass. 27.1.2015 n. 3774, in *Dejure*; Cass. 24.8.2016 n. 35336, *ivi;* Cass. 14.1.2013 n. 1715, *ivi;* Cass. 1.12.2010 n. 42465, *ivi;* Cass. 21.2.2012 n. 6865, *ivi;* Cass. 10.5.2010 n. 38991, *ivi;* Cass. 6.8.2009 n. 32302, *ivi;* Cass. 7.2.2008 n. 10842, *ivi.*
[23] In questo senso, ad esempio Cass. 8.11.2005 n. 14175, in *Dejure*; Cass. 9.7.2010 n. 42465, *ivi*; Cass. 1.7.2009 n. 37840, *ivi;* Cass. 10.11.2005 n. 2383, *ivi.*
[24] Cass. 8.1.2021 n. 32899, in *www.sistemapenale.it* 9.11.2021, con nota illustrativa di P. Brambilla, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione*. Come soggetto assimilabile o para-lavoratore si pensi alla moglie colpito da asbestosi e mesotelioma pleurico derivanti dal sistematico contatto con sostanze cancerogene attraverso quotidiane attività di sbattimento, spazzolatura e pulitura a mano degli indumenti di lavoro del marito, non già munito di adeguata tutela a fronte della esposizione ad amianto (Cass. 15.5.2003 n. 27975, in *CP* 2011, 1712 ss. con commento di R. Bartoli, *Responsabilità penale da amianto: una sentenza destinata a segnare un punto di svolta?*).
[25] Cfr., ad esempio, Cass. 8.10.2024 n. 41393, in *Dejure*; Cass. 7.5.2024 n. 30616, *ivi;* Cass. 14.3.2024 n. 17679, *ivi;* Cass. 19.12.2023 n. 4927, *ivi;* Cass. 14.11.2023 n. 48533, *ivi;* Cass. 17.8.2023, n. 35123, *ivi;* Cass. 18.4.2023 n. 31816, *ivi.*
[26] Cass. 11.11.2021 n. 23401, in *www.sistemapenale.it* 27.6.2022, con nota di C. Piergallini, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*; nello stesso senso, in seguito, Cass. 25.6.2024 n. 31665, in *Dejure*; Cass. 2.3.2023 n. 21640, *ivi;* Cass. 11.1.2023 n. 570, in *www.sistemapenale.it* 2.3.2023, con nota di L. Parodi, *Illecito dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità.*

si rinunci alla distinzione tra colpa di organizzazione e colpa infortunistica. Se è vero, infatti, che si deve parimenti accertare un nesso causale con la realizzazione del reato-presupposto, d'altro canto il *deficit ex* d. lgs. 231/2001 attiene a una dimensione precautelare che mira ad evitare situazioni nelle quali possano realizzarsi violazioni, a differenza degli obblighi del d. lgs. 81/2008 diretti a impedire la realizzazione del singolo infortunio nell'ambito delle attività lavorative: il nesso, in altri termini, deve rimanere quello della riduzione del rischio normativo senza confondersi con quello della (impossibile) prevenzione di un rischio naturalistico.
Sennonché, a noi pare che, al di là dei proclami, una certa sovrapposizione tra il piano macro-oganizzativo e quello operativo continui a riflettersi proprio sulla esclusione di ogni rilevanza interruttiva del nesso eziologico in corrispondenza di una condotta imprudente del lavoratore a fronte di evidenti criticità del sistema di sicurezza ovvero dell'istaurazione di prassi non sicure[27], laddove si imporrebbe invece una valutazione separata della diversa incidenza del predetto fattore in ordine alla posizione del datore di lavoro e dell'ente.
Ulteriore questione riguarda il criterio dell'"interesse" o "vantaggio" che, nonostante la loro teorica ricostruzione sul piano dell'*ex ante* e dell'e*x post*, nella prassi non sfugge al rischio di un appiattimento oggettivo in termini di rafforzamento del rapporto di immedesimazione organica, specie ove compensato dall'affermazione, a livello di principio, di una dimensione propriamente soggettiva della colpa di organizzazione.
Dietro la scarsa consistenza dell'interesse, in quanto relativo anche a violazioni antinfortunistiche isolate, potrebbe infatti omettersi l'accertamento di una consapevole finalizzazione della condotta al risparmio di spesa per l'ente trasfigurando di fatto una colpa incosciente in una cosciente.
Del pari, l'esiguità del vantaggio conseguito potrebbe costituire l'indice dell'assenza di un interesse *ex ante* quale requisito indefettibile dell'imputazione ove le violazioni sistemiche siano addebitabili non a deliberate politiche d'impresa ma a generale e diffusa trascuratezza, dimenticanza, inesperienza o reiterata superficialità[28].
A prescindere dalla dubbia compatibilità di un vantaggio esiguo a fronte di violazioni reiterate, l'ente si trova pertanto esposto all'imputazione più per il suo modo di essere che per un effettivo interesse alla realizzazione della condotta integrante violazione di cautele doverose, ove non si perimetri *expressis verbis* l'illecito *ex* d. lgs. 231/2001 ai soli casi di consapevole violazione o elusione delle regole cautelari da parte del soggetto qualificato[29].
In conclusione, per quante siano le petizioni di principio del giudice di legittimità e i progressi da qualche anno registrati in ordine alla personalizzazione del giudizio di responsabilità, tanto delle persone fisiche quanto dell'ente collettivo, nulla può darsi per scontato dovendosi procedere caso per caso a una valutazione analitica e motivata dei presupposti dell'imputazione in una materia tuttora fluida e scivolosa in quanto condizionata, tecnicamente, da intrecci relazionali dissolti nel nodo della cooperazione colposa o da contesti organizzativi a elevata complessità e, pregiudizialmente, dalle componenti valoriali sottese all'elevato rango degli interessi in gioco.

[27] Cass. 22.4.2025 n. 15694, in *Dejure.*
[28] Così Cass. 30.6.2022 n. 33976, in *Dejure.*
[29] Come da ultimo Cass. 28.1.2026 n. 8397, in *Dejure.*

RESPONSABILITÀ PENALE PER INFORTUNIO SUL LAVORO IN CASO DI APPALTO E SUBAPPALTO: GLI APPRODI GIURISPRUDENZIALI (*)

di Antonella Madeo (Professoressa associata in diritto penale, Università di Genova)

Il contributo analizza un aspetto della sicurezza nell'ambiente di lavoro, ovvero la ripartizione di responsabilità tra committente (o sub-committente) e appaltatore (o sub-appaltatore) in caso di infortunio del lavoratore imputabile a omesse o inadeguate cautele dell'appaltatore, secondo l'interpretazione giurisprudenziale. Si evidenzia, in particolare, in senso critico la formazione di un orientamento che, attraverso un'interpretazione *praeter legem* delle disposizioni del d. lgs. 81/2008, estende la responsabilità del committente fino a renderla una illegittima responsabilità penale per posizione.
The paper analyses an aspect of safety at work, namely the division of responsibility between the client (or sub-client) and contractor (or sub-contractor) in case of death or injury of a latter's worker, attributable to omitted or inadequate precautions, in light of the case law interpretation. In particular, it critically highlights the formation of a minority case law that, through a *praeter legem* interpretation of the provisions of Legislative Decree 81/2008, extends the client's liability to the point of making it an unlawful vicarious criminal liability.

appalto, sub-appalto, responsabilità penale del committente, responsabilità penale del datore di lavoro
contract, subcontract, client criminal liability, employer criminal liability

Sommario: 1. Premessa. – 2. Gli obblighi di sicurezza nel rapporto d'appalto. – 3. Ripartizione delle responsabilità tra committente/subappaltante e appaltatore/subappaltatore. – 4. L'interpretazione giurisprudenziale in ordine agli obblighi del committente. – 5. Conclusioni.

1. «Sicurezza» è un presupposto imprescindibile su cui si fonda la regolamentazione di qualsiasi attività umana. Uno degli ambiti in cui essa appare ancora notevolmente carente, nonostante sia disciplinata in modo capillare e completo dal d. lgs. 81/2008, è quello lavorativo. Ciò può desumersi dall'elevato numero di infortuni. Basti pensare che, in base ai dati forniti dall'Inail, nei primi dieci mesi del 2025 sono stati registrati 896 infortuni sui luoghi di lavoro, di cui 657 letali[1], in lieve crescita rispetto al medesimo periodo del 2024[2]. Peraltro, i numeri sono inferiori a quelli reali, esistendo una cifra oscura di infortuni non denunciati dalle vittime, o perché lavoratori privi di un contratto di lavoro – spesso stranieri extra UE senza un valido permesso di soggiorno –, o perché lavoratori che, pur regolarmente impiegati, temono ritorsioni da parte del datore di lavoro, il quale larvatamente o manifestamente minacci di licenziarli o di ridurre la paga in caso di denuncia del fatto.

*Il presente contributo costituisce una versione aggiornata e arricchita di note minime dell'intervento tenuto al Convegno "Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale. Tra teoria e prassi", svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova il 19 settembre 2025.

[1] L'Osservatorio Sicurezza sul Lavoro e Ambiente Vega Engineering ha elaborato i dati infortunistici forniti dall'INAIL al seguente link: https://www.vegaengineering.com/news/morti-sul-lavoro-896-vittime-in-italia-fino-ad-ottobre-2025/

[2] Nello stesso periodo del 2024 erano stati registrati 890 infortuni: l'incremento nel 2025, quindi, è dello 0,7%.

I settori nei quali si riscontra il maggior numero di eventi mortali sono l'edilizia, l'industria manifatturiera, il trasporto e magazzinaggio[3], dove il lavoratore è maggiormente esposto a un rischio immediato per la propria incolumità[4].
Un carattere che accomuna gli ambiti dell'edilizia e dei trasporti/magazzinaggio è lo svolgimento del lavoro in forma di appalto, le cui modalità sono variabili in base alle esigenze del committente. Questi può decidere di affidare totalmente un'opera o un servizio in esclusiva a una impresa appaltatrice; oppure autorizzare l'appaltatore a sub-appaltare una parte o l'intera opera a una terza impresa (sub-appaltatrice); affidare l'opera a più imprese appaltatrici, ciascuna incaricata di eseguirne una parte o una tipologia di attività; affidare una parte o alcune lavorazioni a un'impresa appaltatrice ed eseguirne personalmente un'altra parte.
Il contratto di appalto, quindi, può determinare l'instaurazione, a seconda dei casi, di un rapporto bilaterale (committente/appaltante e appaltatore), trilaterale (committente/appaltante, appaltatore/sub-appaltante, sub-appaltatore) o multilaterale (committente/appaltante, pluralità di appaltatori/sub-appaltatori).
Nell'appalto esistono altresì due variabili: l'opera o il servizio a volte è eseguito nel medesimo luogo in cui il committente – c.d. interno – svolge la propria attività o in cui si ingerisce per il fatto di averne la disponibilità giuridica; altre volte è svolto in un ambiente al quale il committente – c.d. esterno – è del tutto estraneo e sul quale non esercita alcuna ingerenza.
La presenza di più imprese all'interno del medesimo ambiente lavorativo[5] comporta un intreccio di più sfere autonome di organizzazione nella gestione del rischio per la salute dei lavoratori. Inoltre, determina nei confronti di tutti i lavoratori – a prescindere da chi ne sia il datore di lavoro – l'aumento dei fattori di pericolo, in quanto crea i c.d. rischi interferenziali, ossia da intersecazione o sovrapposizione di più attività, che vanno ad aggiungersi ai rischi comuni, cioè tipici di quell'ambiente di lavoro.
Da ciò deriva l'esigenza che siano legislativamente stabiliti in modo chiaro e preciso gli obblighi di sicurezza – che, in quanto funzionali a prevenire rischi per la vita e l'incolumità dei lavoratori, si sostanziano in posizioni di garanzia[6] – e i soggetti sui quali essi gravano, cosicché, in caso di infortunio, sia possibile individuare correttamente la/le responsabilità penale nella forma dell'omesso impedimento, quando l'evento lesivo sia conseguenza di una colposa violazione di essi.

---

[3] Sempre nel periodo gennaio-ottobre 2025 le morti denunciate sui luoghi di lavoro sono state: 119 nell'edilizia, pari al 18,1%); 98 nel settore manifatturiero (14,9%); 84 nel trasporto e magazzinaggio (12,8%).
[4] Abbiamo specificato l'immediatezza del pericolo per l'incolumità nei settori dell'appalto e del trasporto/magazzinaggio, in quanto esistono altri ambiti che, pur essendo altrettanto rischiosi per i lavoratori, comportano un pericolo non immediato. Ci riferiamo in particolare alle industrie chimiche e siderurgiche, dove sovente si sviluppano in certe categorie di lavoratori malattie (molte volte letali), quali conseguenze dell'esposizione a lungo termine e ad alte concentrazioni a sostanze cancerogene, come le perfluoroalchiliche (PFAS), l'amianto, il cloruro di vinile monomero (cvm): in tali casi l'evento dannoso (mesotelioma pleurico, tumori al sistema linfatico, ai reni e ad altri organi) non è un effetto immediato, bensì differito, frutto di un accumulo di esposizioni. Qui l'accertamento della causalità è ben più complesso, in quanto, salvo l'asbestosi, le altre forme cancerogene di regola hanno natura multifattoriale. Per approfondimenti sul tema si rinvia a L. Siracusa, *Causalità e colpa nell'esposizione dei lavoratori alle polveri di amianto fra "caos" e "logos"*, in *RTrimDPenEc* 2009, 969 ss.; R. Bartoli, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *DPenCont* 25.1.2011; F. Centonze, *Il problema dell'accertamento del nesso di causalità tra esposizione professionale ad amianto e mesotelioma pleurico*, in *RIMedLeg* 2012, 1523 ss.; AA.VV., *Casi di diritto penale dell'economia. II. Impresa e sicurezza. (Porto Marghera, Eternit, Ilva, ThyssenKrupp)*, a cura di L. Foffani, D. Castronuovo, Bologna, 2015; S. Zirulia, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano 2018.
[5] Ipotesi che si verifica non solo quando il committente affida l'esecuzione a più imprese esecutrici o concede all'appaltatore la facoltà di sub-appalto, ma anche quando egli stesso opera in tale ambiente.
[6] Nella forma dell'obbligo di protezione dei lavoratori e di chi anche ad altro titolo entra a contatto con l'ambiente di lavoro, nonché dell'obbligo di controllo delle fonti di pericolo ivi presenti.

2. Il committente/appaltante rientra nell'ampia figura del datore di lavoro, come definita all'art. 2 co. 1 lett. b) d. lgs. n. 81/2008, se affida l'esecuzione dell'opera o il servizio all'interno della propria azienda o di una singola unità produttiva della stessa o nell'ambito dell'intero ciclo produttivo dell'azienda medesima: in altri termini, egli è datore se l'appalto è interno, determinandosi così un'interferenza tra la sua attività e quella dell'appaltatore.
In tal caso, il committente è gravato di obblighi di sicurezza, *in primis* quello di valutare i rischi presenti nella propria azienda o unità produttiva in cui richiede l'esecuzione dell'opera o servizio appaltato, nonché di adottare adeguate misure di prevenzione volte a eliminare o ridurre al minimo detti rischi. Inoltre, egli è tenuto ad adempiere ad alcuni obblighi stabiliti per qualsiasi rapporto di appalto, quale che ne sia l'oggetto, all'art. 26, rubricato «obblighi di sicurezza connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione», nonché, in specifico per gli appalti edilizi, agli artt. 89 e ss. del Titolo IV concernente la sicurezza nei cantieri mobili o temporanei.
L'art. 26 co. 1 considera datore di lavoro il committente/appaltante a condizione che egli «abbia la disponibilità giuridica dei luoghi in cui si svolge l'appalto o la prestazione di lavoro autonomo»[7]; ciò in conformità alla sopra citata definizione di datore di lavoro all'art. 2. In ragione di tale qualità, la disposizione gli impone due obblighi di sicurezza, già contemplati dal previgente art. 7 d. lgs. 626/1994. Il primo consiste nella verifica della idoneità tecnico-professionale dell'impresa appaltatrice in relazione ai lavori, ai servizi e alle forniture da affidare in appalto. Il precetto ne individua la modalità di adempimento e il contenuto in termini di acquisizione del certificato di iscrizione alla camera di commercio, industria e artigianato e dell'autocertificazione, da parte dell'impresa appaltatrice, del possesso dei requisiti di idoneità tecnico-professionale. L'obbligo non va considerato meramente formale: se, infatti, il committente si limita alla sola verifica dell'esistenza di validi documenti, senza accertarsi anche della sussistenza di un'idoneità professionale sostanziale dell'appaltatore e questa in concreto manchi[8], si configura, in caso di infortunio a un lavoratore dell'impresa appaltatrice, una sua co-responsabilità omissiva colposa (*culpa in eligendo*) per non aver verificato in concreto la adeguata capacità e competenza dell'appaltatore rispetto al tipo di opera o servizio appaltato[9].
Il secondo obbligo del committente consiste nel fornire all'impresa appaltatrice dettagliate informazioni sui rischi specifici esistenti nell'ambiente di lavoro e sulle misure di prevenzione e di emergenza da lui adottate in relazione alla propria attività. Il dovere trova fondamento nel fatto che il committente richiede all'appaltatore l'esecuzione dell'opera o del servizio all'interno della sua azienda o unità produttiva, dove egli conosce meglio di chiunque i rischi

[7] L'inciso è stato aggiunto dal d. lgs. 106/2009 al fine di circoscrivere la responsabilità del committente.
[8] Sotto questo profilo dava meno problemi esegetici il previgente art. 7 d. lgs. 626/1994 che, pur avendo il medesimo contenuto precettivo, disponeva che la verifica doveva avvenire "anche" attraverso l'acquisizione del certificato, implicitamente intendendo non esaurito l'obbligo con un mero adempimento formale. In tal senso si era espressa la dottrina dell'epoca. Sul punto si rinvia a G. Morgante, *Le posizioni di garanzie nella prevenzione antinfortunistica*, cit., 95 (in particolare nota 13).
[9] In tal senso è stata riconosciuta la responsabilità del committente, a titolo di omicidio colposo omissivo, per la morte del lavoratore edile, dipendente dell'appaltatore, precipitato dall'alto, in quanto aveva affidato il lavoro, in presenza di una situazione oggettivamente pericolosa, a un artigiano, ben sapendo che questi non era dotato di una struttura organizzativa di impresa che gli consentisse di lavorare in sicurezza (Cass. 26.4.2016, n. 35815, in *CEDCass*, m. 267744). In dottrina cfr. V. Valentini, *Lavori in appalto*, in AA.VV., *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*3, Torino 2023, 436; D. Piva, *Legalità e sicurezza nei lavori in appalto: qualità dell'impresa e gestione dei rischi interferenziali*, in *La dimensione dinamica della salute e della sicurezza sul lavoro nel contesto sociale. Sistemi produttivi, modelli di prevenzione e profili penali*, a cura di L. Foffani, G. Pellacani, R. Orlandi, L. Lodi, Torino 2025, 184.

ivi presenti: pertanto, deve portarli a conoscenza dell'appaltatore, in modo che questo possa integrare e completare la valutazione dei rischi relativi alla propria attività.
L'art. 26 co. 2 prevede due obblighi che, diversamente da quelli del co. 1, sono a carico non solo del committente/appaltante, ma di tutti i datori di lavoro, quindi anche degli appaltatori e sub-appaltatori. Il primo è il dovere di cooperazione all'attuazione delle misure di prevenzione e protezione dai rischi sul lavoro incidenti sull'attività lavorativa oggetto dell'appalto; il secondo è di coordinamento degli interventi prevenzionali mediante reciproca informazione, «anche al fine di eliminare rischi dovuti alle interferenze tra i lavori delle diverse imprese coinvolte nell'esecuzione dell'opera complessiva». L'ultimo inciso evidenzia che la condivisione del medesimo luogo da parte di più imprese comporta l'insorgere di rischi aggiuntivi rispetto ai rischi comuni, cioè connessi all'ambiente in cui tutte (non necessariamente in contemporanea) operano: si tratta dei c.d. rischi interferenziali, che nascono dall'intreccio, dalla sovrapposizione di diverse lavorazioni nella medesima area[10].
Il committente, in base all'art. 26 co. 3, ha, altresì, l'obbligo di promuovere la cooperazione e il coordinamento tra appaltatori e sub-appaltatori mediante l'elaborazione del documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI), nel quale deve indicare le misure adottate per eliminare o, ove ciò non sia possibile, ridurre al minimo i rischi da interferenze, oppure mediante l'individuazione di un proprio incaricato, tecnicamente competente e formato, a sovrintendere alla cooperazione e al coordinamento tra le imprese esecutrici. Tale obbligo concerne i rischi comuni e interferenziali, mentre è espressamente escluso per i rischi specifici, vale a dire legati alla natura del lavoro, ai materiali e ai processi utilizzati da ciascuna impresa esecutrice.
Dato che l'edilizia è il settore per eccellenza in cui l'attività viene svolta in forma di appalto, un'ulteriore fonte di obblighi di sicurezza si rinviene nel Titolo IV del d. lgs. 81/2008 relativo alla sicurezza nei cantieri temporanei o mobili[11].
Il committente, dato che qui è definito come colui per conto del quale l'intera opera viene realizzata indipendentemente da eventuali frazionamenti della sua realizzazione[12] e tenuto conto della mancanza di specificazione che l'appalto sia interno alla sua azienda o unità produttiva, può essere anche un soggetto esterno, del tutto estraneo al luogo in cui deve avvenire l'esecuzione, quindi non interferente con l'attività dell'appaltatore/sub-appaltatore[13].
A prescindere dalla sua posizione interna o esterna, egli è comunque onerato di alcuni obblighi, dai quali può essere esonerato designando un responsabile dei lavori[14]. L'art. 90, infatti, gli impone di verificare che siano stati predisposti il piano di sicurezza e di coordinamento e il fascicolo contenente le informazioni utili ai fini della prevenzione e della protezione dai rischi cui sono esposti i lavoratori; nonché, qualora nel cantiere siano presenti – anche non contemporaneamente – più imprese esecutrici, di designare un coordinatore per la

[10] Secondo autorevole dottrina, il riferimento ai rischi da interferenza sarebbe circoscritto esclusivamente, nel vigente testo normativo, al coordinamento degli interventi, e non si estenderebbe alla cooperazione nell'attuazione delle misure di protezione dei lavoratori dai rischi cui sono esposti (D. Petrini, *Responsabilità del subappaltante per la morte di un dipendente del subappaltatore*, in *Il Quot. Giur.* 2.4.2015). Di diverso avviso è la giurisprudenza che, con interpretazione estensiva, intende le misure di prevenzione dei rischi interferenziali oggetto anche dell'obbligo di coordinazione.
[11] L'art. 89 co. 1 lett. a), infatti, definisce «cantiere temporaneo o mobile», ai fini dell'applicazione del Titolo IV, «qualunque luogo in cui si effettuano lavori edili o di ingegneria civile».
[12] Art. 89 co. 1 lett. b).
[13] Un tipico caso di committente esterno è quello dell'amministratore di un condominio che affidi, su delibera del condominio, i lavori di ristrutturazione dell'edificio.
[14] Art. 89 co. 1 lett. c).

progettazione (CSP)[15] e un coordinatore per l'esecuzione della/delle opere (CSE)[16] – entrambi tenuti ad avere i requisiti di idoneità professionale richiesti dal TU[17]–; infine, di verificare l'adempimento da parte dei due coordinatori designati dei propri obblighi di sicurezza[18].
Nei cantieri mobili o temporanei, quindi, il committente è investito di obblighi di controllo alto o di "secondo livello"[19], consistenti nel verificare che le imprese esecutrici e i coordinatori abbiano adempiuto ai propri doveri di legge per garantire la sicurezza del cantiere. Non ha, invece, obblighi operativi diretti, di assicurazione della sicurezza dell'ambiente, a meno che egli sia un committente interno che interferisce con la propria attività in quella delle imprese esecutrici (appaltatore/subappaltatore). Perciò è stato correttamente affermato che il committente è in posizione retrostante ai datori di lavoro delle imprese esecutrici[20].

3. L'imposizione al committente di obblighi di sicurezza nonché del dovere di nominare tutti gli altri responsabili della sicurezza nel cantiere rappresenta un *novum* legislativo, una vera e propria «rivoluzione copernicana»[21], operata dal d. lgs. 626/1994 e trasfusa nel d. lgs. 81/2008. Nella previgente legislazione sulla sicurezza sul lavoro mancava la previsione espressa di obblighi di sicurezza a suo carico e la giurisprudenza individuava, quale datore di lavoro titolare dell'obbligo di osservare i precetti antinfortunistici, solo l'appaltatore e il sub-appaltatore. Ciò per coerenza con la disciplina civilistica del contratto di appalto, in base alla quale l'appaltatore «assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro»[22]. L'imprenditore, eseguendo un'attività per conto del committente e svolgendola in autonomia di organizzazione e gestione (anche dei rischi), era considerato l'esclusivo titolare di una posizione di garanzia diretta nei confronti dei propri lavoratori e di chi si trovasse nell'area delle lavorazioni, cosicché gli infortuni sul lavoro causalmente riconducibili a violazioni degli obblighi di sicurezza riguardanti tale ambiente venivano imputati solo all'appaltatore (o al sub-appaltatore), nella forma dell'omesso impedimento, *ex* art. 40 Cp, sempre che l'omissione fosse colposa, salva una co-responsabilità del committente nel caso in cui questo si fosse ingerito nella gestione e organizzazione dell'attività appaltata. Il d. lgs. 626/1994, invece, ha adottato una politica ispirata al principio della co-responsabilizzazione del committente, onerando quest'ultimo dell'obbligo di cooperare con l'appaltatore nella gestione dei "rischi aggiuntivi" tipici dell'appalto, ossia quelli derivanti dalla condivisione del luogo da parte di più imprese, detti rischi interferenziali. Si è così passati dai principi di responsabilità esclusiva dell'appaltatore e di "non ingerenza", a quello definito «un modello sinergico di collaborazione partecipata tra committente e appaltatore»[23].

---

[15] L'art. 90 co. 3 impone al committente la designazione del coordinatore della progettazione contestualmente all'affidamento dell'incarico di progettazione.
[16] L'art. 90 co. 4 impone al committente la nomina del coordinatore dell'esecuzione prima dell'affidamento dei lavori.
[17] I requisiti professionali sono indicati all'art. 98.
[18] L'obbligo di verifica è sancito dall'art. 93 co. 2.
[19] V. Valentini, *Lavori in appalt*o, cit., 439.
[20] V. Valentini, *Lavori in appalt*o, cit., 439.
[21] Così G. Morgante, *Le posizioni di garanzie nella prevenzione antinfortunistica*, cit., 89.
[22] Così recita l'art. 1655 Cc.
[23] F. Giunta, D. Micheletti, *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano 2010, p. 16. Per approfondimenti sulla ripartizione delle posizioni di garanzia tra committente e appaltatore nella disciplina del 1994 (replicata dal d. lgs. 81/2008), cfr. T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *RTrimDPenEc* 1996, 1157; G. Morgante, *Le posizioni di garanzie nella prevenzione antinfortunistica in materia di appalto*, in *RIDPP* 2001, 93.

Il nuovo sistema, come si è detto, subordina l'attribuzione degli obblighi di sicurezza al committente alla duplice condizione che l'appalto sia interno alla sua azienda e che egli abbia la disponibilità giuridica dell'ambiente in cui l'opera va eseguita, *ergo* alla sua interferenza con l'attività della/delle imprese esecutrici. La sua posizione di garanzia consiste nel controllare l'idoneità dei professionisti coinvolti nell'appalto (appaltatore, sub-appaltatore, coordinatore per la progettazione, coordinatore per l'esecuzione), nel cooperare e coordinarsi con la/le imprese esecutrici (appaltatore, sub-appaltatore) all'adozione delle misure di prevenzione dei rischi comuni e interferenziali (esclusi quelli specifici), nel controllare che le imprese esecutrici cooperino e si coordinino tra loro.
Ne deriva che una sua concorrente responsabilità per l'infortunio del lavoratore dell'appaltatore è possibile solo se egli abbia colposamente omesso uno dei suddetti doveri di tutela e di controllo, sempre che l'omissione sia eziologicamente collegata all'evento lesivo o letale.
Ciò accade quando egli abbia affidato l'incarico a un'impresa inidonea a eseguire l'opera o il servizio richiesto[24] e tra l'incapacità dell'appaltatore e l'infortunio ci sia nesso causale: in tal caso il committente risponde dell'infortunio del lavoratore[25] per *culpa in eligendo*, ossia per scelta dell'impresa esecutrice senza previa accurata verifica dell'idoneità tecnico-professionale di essa, formale e sostanziale.
Il committente è altrettanto responsabile quando abbia omesso di adempiere al proprio obbligo di cooperazione[26], non adottando misure di protezione e prevenzione dei rischi connessi alla sua azienda/unità produttiva all'interno del luogo dell'appalto, in quanto ad essi sono esposti, oltre ai suoi lavoratori, anche quelli dell'appaltatore, sempre che ci sia nesso causale tra la sua omissione e l'infortunio. È responsabile altresì nel caso in cui abbia omesso di coordinarsi e di informare la/le imprese esecutrici sui rischi specifici dei quali sia a conoscenza[27], connessi al luogo dell'appalto di cui egli ha disponibilità.

4. Se si passa alla *law in action*, emerge che la giurisprudenza, quando si verifica l'infortunio di un lavoratore dell'appaltatore, oltre a imputarlo a questo, in quanto datore di lavoro dell'infortunato, sempre che egli abbia colposamente omesso di adottare adeguate misure di prevenzione e vi sia causalità tra l'omissione e l'evento offensivo (morte o lesione), lo attribuisce anche al committente in tutti i casi sopra descritti[28].
Secondo un orientamento consolidato, egli è co-responsabile, in particolare, in caso di *culpa in eligendo*, ossia di scelta di un'impresa appaltatrice professionalmente inidonea all'esecuzione dell'opera, per carenza di requisiti formali o sostanziali, nonché in caso di omesso controllo sull'adozione delle misure generali di tutela da parte dell'appaltatore, salvo che questo abbia omesso cautele che richiedano una specifica competenza tecnica nelle procedure da adottare in determinate lavorazioni, nell'utilizzazione di speciali tecniche o nell'uso di determinate macchine[29].
Nella seconda ipotesi la giurisprudenza, ai fini della ripartizione delle responsabilità, si attiene al criterio legislativo secondo il quale la co-responsabilità del committente per omesso impedimento dell'infortunio, fondata su una sua inosservanza dell'art. 26 co. 2 lett. b)[30],

[24] Obbligo previsto all'art. 26 co. 1.
[25] In concorso con il datore di lavoro dell'infortunato.
[26] Obbligo previsto all'art. 26 co. 2 lett. a).
[27] Obbligo previsto all'art. 26 co. 1 lett. b).
[28] *Supra* § 3.
[29] Vedi, *ex plurimis*, Cass. 14.7.2006, n. 30857, in *RP* 2007, 692; Id 9.2.2016, n. 23171, in *CEDCass*, m. 266963; Id 8.1.2019, n. 5893, in *CEDCass*, m. 275121-01; Id 23.6.2021, n. 25773, in *CEDCass*, m. 281835-01.
[30] L'omesso controllo sull'adozione delle cautele generali da parte dell'appaltatore costituisce, infatti, violazione dell'obbligo di cooperazione e coordinamento tra i due, che attiene ai rischi comuni e interferenziali, mentre è

presuppone una condivisione con l'appaltatore della disponibilità del luogo in cui l'opera deve essere eseguita, che determina una interferenza tra le attività dei due e una qualche ingerenza del primo sul secondo.
Il criterio viene impiegato anche nel rapporto di sub-appalto, quando questo sia autorizzato dal contratto di appalto, dato che in tal caso si instaura la medesima relazione tra le parti. Tenuto conto, però, che astrattamente sia il sub-appaltante sia il sub-appaltatore possono essere imprese esecutrici dell'opera o servizio, la giurisprudenza distingue a seconda che il primo affidi al secondo l'intera opera o alcune lavorazioni determinate e circoscritte da svolgersi in piena e assoluta autonomia organizzativa e dirigenziale senza una propria ingerenza o interferenza, oppure mantenga in qualche misura il controllo sull'attività del sub-appaltatore o esegua una parte di opera interferendo con l'attività dell'altro[31], ravvisando la co-responsabilità del sub/appaltante per infortunio del lavoratore del sub-appaltatore solo nel secondo caso[32].
La distinzione tra cautele generali – tipiche dell'ambiente in cui l'opera va eseguita e comuni all'impresa appaltatrice e a quella del committente che ivi abbia la propria azienda/unità produttiva – e cautele specifiche – volte a prevenire i rischi legati esclusivamente all'attività dell'appaltatore – può dare origine, in sede di accertamento dell'eventuale co-responsabilità al committente, al pericolo di estensione eccessiva di questa.
Il pericolo è stato evidenziato in una sentenza[33] nella quale la Cassazione, dopo aver definito in modo puntuale il contenuto degli obblighi di cooperazione e coordinamento tra committente e appaltatore[34], ne ha tracciato i confini, sottolineando che la cooperazione non può intendersi come obbligo del committente di intervenire in supplenza dell'appaltatore tutte le volte in cui questi ometta, per qualsiasi ragione, di adottare le misure di prevenzione prescritte a tutela soltanto dei suoi lavoratori. Se così la si intendesse, si risolverebbe in un'inammissibile ingerenza del committente nell'attività propria dell'appaltatore, al punto di stravolgere completamente la figura dell'appalto. L'obbligo di cooperazione tra committente e appaltatore – ha sottolineato la Corte – è limitato all'attuazione delle misure prevenzionali volte a eliminare

escluso per i rischi specifici.

[31] La compresenza e la conseguente interferenza si verifica, ad esempio, quando un'impresa, cui sia affidata in appalto la ristrutturazione di un edificio, sub-appalti l'installazione dei ponteggi intorno ad esso. In tal caso non viene meno l'ingerenza del sub-appaltante nell'organizzazione del comune ambiente (il cantiere), per cui egli deve coordinarsi e cooperare con il sub-appaltatore all'adozione di cautele non attinenti a rischi specifici dell'attività del ponteggiatore. Ne consegue che il sub-appaltante, impresa incaricata della ristrutturazione, risponde dell'infortunio subito dall'operaio dell'impresa (sub-appaltatrice) dei ponteggi o da un passante colpito dalla caduta dei pali del ponteggio, per omesso controllo sull'adozione di cautele da parte del sub-appaltatore. In tal senso cfr. Cass. 14.7.2006, n. 30857, cit.; Id 4.12.2012, n. 10608, in *CEDCass*, m. 255282.

[32] Cfr., *ex multis*, Cass. 15.12.2005, n. 5977, in *RP* 2006, 1361; Id 12.1.2006, n. 15927, in *RP* 2007, 462; Id 14.7.2006, n. 30857, cit.; Id 29.1.2008, n. 12348, in *CEDCass*, m. 239252; Id. 5.6.2008 n. 27965, in *RTrimDPenEc* 2009, 429; Id 7.12.2011 n. 14407, in *CEDCass*, m. 253295; Id 6.11.2012 n. 6749, in *CP* 2014, 2263; Id 4.12.2012, n. 10608, cit.; Id 24.10.2013, n. 50996, in *CEDCass*, m. 258299; Id 10.1.2018, n. 7188, in *CEDCass*, m. 272221; Id 7.2.2020 n. 12440, in *CEDCass*, m. 278749-01; Id 8.9.2021 n. 44944, in *DirPratLav* 2022, 189.

[33] Cass. 21.5.2009, n. 28197, in *RTrimDpenEc* 2009, 1060. Nel caso di specie un operaio di un'impresa appaltatrice, incaricato di pulire la parte esterna della canna fumaria sul tetto di un capannone, operando al di fuori della passerella di camminamento e senza l'imbracatura con relativa fune di trattenuta, era precipitato dall'alto al suolo in quanto aveva messo i piedi su un instabile pannello in vetroresina. La Cassazione aveva confermato l'assoluzione del committente e la condanna del solo appaltatore per omicidio colposo mediante omissione, in quanto questo, violando ai propri obblighi di sicurezza, aveva omesso di fornire al proprio dipendente le informazioni necessarie circa i rischi specifici del lavoro, nonché di esigere che quello osservasse le norme di sicurezza volte a prevenirli.

[34] Nella sentenza si legge che «coordinare significa collegare razionalmente le varie fasi dell'attività in corso, in modo da evitare disaccordi, sovrapposizioni, intralci che possono accrescere notevolmente i pericoli per tutti coloro che operano nel medesimo ambiente; cooperare è qualcosa di più, perché vuol dire contribuire attivamente, dall'una e dall'altra parte, a predisporre ed applicare le misure di prevenzione e protezione necessarie».

i pericoli che, per effetto dell'esecuzione delle opere appaltate, vanno ad incidere sia sui dipendenti dell'appaltante sia su quelli dell'appaltatore[35], con la conseguenza che, qualora per la natura e le caratteristiche dell'attività commissionata, questa possa essere svolta in una zona o in un settore separato senza che i rischi si estendano fino a coinvolgere i dipendenti del committente, quest'ultimo non ha alcun motivo di intervenire sull'appaltatore per esigere da lui il rispetto della normativa di sicurezza, surrogandosi allo stesso, qualora non vi provveda.
In sostanza la Cassazione ha inteso dire che, se non c'è interferenza né ingerenza da parte del committente nel luogo in cui l'appaltatore esegue i lavori, viene meno l'obbligo di costui di cooperazione e coordinamento e, conseguentemente, una sua responsabilità per omesso controllo sull'adozione delle misure di tutela da parte dell'appaltatore in caso di infortunio del lavoratore di questo. Diversamente ragionando, si verificherebbe una surrogazione del committente nei confronti dell'appaltatore che ne determinerebbe una responsabilità per posizione, in violazione del principio di personalità di cui all'art. 27 Cost.
La suddetta precisazione è stata verosimilmente indotta dal fatto che in qualche pronuncia precedente era stato eccessivamente ampliato l'ambito di responsabilità del committente in relazione all'infortunio del lavoratore dell'appaltatore. La responsabilità del committente infatti, era stata ravvisata anche quando l'evento lesivo, conseguente all'omessa adozione o inadeguatezza di misure di tutela da parte dell'appaltatore, era accaduto in un luogo (cantiere o porzione di esso) in cui questi operava senza la presenza e l'interferenza dell'attività e dei lavoratori del committente[36]. L'estensione in tali casi era stata subordinata alla condizione che l'omessa adozione o la situazione di pericolo fosse di immediata percepibilità per chiunque, senza necessità di specifiche competenze tecniche. Secondo questo orientamento, si configurava in capo al committente una responsabilità per omesso impedimento dell'infortunio, in quanto egli avrebbe omesso di adempiere al proprio obbligo di garanzia di controllo sull'adozione, da parte dell'appaltatore, delle misure generali di tutela non richiedenti competenze specifiche né volte a prevenire rischi specifici.
L'attribuzione di responsabilità, peraltro, si fondava su un presupposto giuridico insussistente, ovvero l'obbligo di cooperazione e coordinamento del committente: tale dovere, già dal previgente art. 7 d. lgs. 626/1994, era imposto solo in caso di condivisione con l'impresa/e esecutrici della disponibilità del luogo in cui l'opera o il servizio doveva essere svolto, in quanto ciò comportava una comunanza di rischi, alcuni consistenti in quelli tipici del luogo di lavoro, altri generati proprio dalla compresenza (c.d. interferenziali). Ma i casi nei quali il suddetto filone giurisprudenziale minoritario imputava una concorrente responsabilità al committente erano contraddistinti dall'assenza di detta condivisione, in quanto l'infortunio si era verificato in un luogo in cui l'appaltatore eseguiva l'opera o il servizio in totale autonomia organizzativa e direzionale, senza interferenza o ingerenza del committente; pertanto, era del tutto irrilevante la percepibilità immediata del pericolo o delle omissioni di cautele. La co-responsabilità del committente per omesso controllo sull'appaltatore, in tale situazione non avrebbe dovuto essere imputata per mancanza a monte dell'obbligo di cooperazione e coordinamento con l'appaltatore, a prescindere dalla percepibilità immediata del pericolo.

[35] Tali sono i rischi comuni e i rischi interferenziali.
[36] In un caso il sub-committente era stato ritenuto co-responsabile della lesione colposa subita dal dipendente del sub-appaltatore, il quale, trovandosi a poca distanza dall'escavatore utilizzato per l'opera di sbancamento di un'area – costituente oggetto dell'appalto interamente sub-appaltato –, era stato inavvertitamente colpito dalla benna del mezzo meccanico. Pur mancando qualsiasi forma di interferenza o ingerenza da parte del sub-appaltante nell'attività sub-appaltata e nel luogo del fatto, la Cassazione aveva ritenuto corretta l'estensione a costui della responsabilità per l'infortunio, in quanto questo costituiva la concretizzazione di un pericolo – la presenza nel raggio di azione di una macchina potenzialmente pericolosa – riconoscibile da chiunque indipendentemente da specifiche competenze (Cass. 17.5.2005, n. 31296, in *RP* 2006, 761).

La co-responsabilità sostanzialmente si fondava su un'interpretazione doppiamente *praeter legem* dell'art. 7 d. lgs. 626/1994[37]: da un lato, questo precetto era applicato al di là del suo ambito, rappresentato dalla condivisione del luogo da parte dell'impresa committente e di quella appaltatrice; dall'altro, la sua operatività era subordinata a una condizione che non era prevista né nell'art. 7 né in altre disposizioni del d. lgs. 626/1994 relative alla sicurezza relativa agli appalti – quindi un requisito di creazione giurisprudenziale –, ovvero la percepibilità immediata, *ictu oculi*, del pericolo o dell'omessa adozione di cautele da parte dell'appaltatore. L'interpretazione *praeter legem* appariva costituzionalmente incompatibile sotto due profili: da un lato, essa determinava l'applicazione analogica dei delitti colposi di omicidio e di lesione personale aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica, in violazione del principio di legalità, nel corollario della tassatività; dall'altro, comportava una responsabilità penale per posizione del committente, in violazione del principio di personalità della responsabilità penale, *ex* art. 27 co. 1 Cost.
L'orientamento estensivo formatosi nella vigenza dell'art. 7 d. lgs. 626/1994 è stato ribadito con riferimento all'art. 29 d. lgs. 81/2008[38], seppure in forma minoritaria[39].
Esso è il frutto di un equivoco. Premesso che in giurisprudenza si è consolidata la tendenza a considerare l'immediata percepibilità della mancata adozione o dell'inadeguatezza delle misure precauzionali o della situazione di pericolo un indice della natura comune o interferenziale del rischio[40], detto criterio appare corretto se impiegato per accertare l'eventuale responsabilità del committente (o sub-committente) che interferisca o si ingerisca nel luogo in cui l'opera appaltata (o sub-appaltata) è eseguita. Il filone estensivo minoritario, invece, – e qui sta l'equivoco – lo utilizza senza distinzione tra situazioni di ingerenza/interferenza da parte del committente/sub-committente e situazioni prive di essa, vale a dire anche quando il committente è un soggetto del tutto estraneo, spesso privo di competenze tecniche rispetto all'opera o servizio appaltato, giungendo così a ravvisare una sua co-responsabilità per l'evento lesivo, quando questo sia la concretizzazione di un pericolo o di un'omessa cautela palesemente percepibile. Ciò, però, va al di là delle prescrizioni del d. lgs. 81/2008, che al committente esterno impongono solo l'obbligo di verificare la capacità tecnico-professionale dell'appaltatore[41] e non anche di ispezionare il luogo dell'appalto e di controllare che ivi non vi siano evidenti pericoli o palesi carenze di misure antinfortunistiche. In tal modo gli si attribuisce una responsabilità per posizione.

---

[37] L'art. 7 d. lgs. 626/1994 sanciva gli obblighi dei datori di lavoro nell'appalto negli stessi termini in cui oggi li prevede il corrispondente art. 29 d. lgs. 81/2008.
[38] In un caso, ad esempio, un'impresa alla quale il proprietario di un capannone aveva appaltato l'esecuzione dei lavori di copertura del fabbricato, a sua volta l'aveva subappaltata ad altra impresa. Un operaio, dipendente dell'impresa sub-appaltatrice, era precipitato al suolo mentre transitava sul tetto per compiere attività connesse allo smantellamento del manto di copertura, in quanto non erano state approntate dalla sua impresa misure di protezione e in particolare non era stata installata la tesata in acciaio alla quale il lavoratore avrebbe potuto assicurarsi tramite cinture di sicurezza. Il sub-appaltante era stato considerato co-responsabile insieme al sub-appaltatore della morte del dipendente di questo, nonostante la sua attività fosse consistita solo nella fornitura di materiali all'interno del capannone e non si fosse svolta nel luogo dell'infortunio (sul tetto), così da non creare alcuna interferenza o ingerenza nelle lavorazioni del tetto (Cass. 25.2.2015, n. 12228, in *CEDCass*, m. 262757).
[39] Cfr. Cass. 4.11.2008, n. 1825, in *CEDCass*, m. 242345; Id 25.2.2015, n. 12228, cit.; Id 19.4.2018, n. 22307, in www.olympus.uniurb.it; Id 28.1.2021, n. 5802, in *StIuris* 2021, 1249
[40] *Ex multis*, Cass. 2.12.2016, n. 27296, in *CEDCass*, m. 270100; Id 19.4.2018, n. 22307, cit.; Id 18.12.2019, n. 5946, in *CEDCass*, m. 278435-01.
[41] Conforme al dettato legislativo è invece il filone secondo il quale il committente privato non professionale che affidi in appalto lavori di manutenzione domestica, non è tenuto a conoscere le singole disposizioni tecniche previste dalla normativa prevenzionale, ma ha solo l'onere di scegliere adeguatamente l'impresa, verificando che essa sia regolarmente iscritta alla C.C.I.A. e che sia dotata del documento di valutazione dei rischi. In tal senso Cass. 21.4.2021, n. 26335, in *RTrimDPenEc* 2021, 883.

5. In conclusione, l'imputazione, da parte di un filone giurisprudenziale minoritario, dell'infortunio di un lavoratore dell'appaltatore anche al committente che abbia affidato a questo l'esecuzione di un'opera, dopo averne verificato accuratamente i requisiti di idoneità tecnico-professionale, senza che vi sia una sua ingerenza o interferenza nell'attività e nel luogo dell'appalto, non trova fondamento nella disciplina del d. lgs. 81/2008, non ravvisandosi in questa il presupposto dell'obbligo di controllare che l'appaltatore adotti in modo corretto ed esaustivo le misure antinfortunistiche non richiedenti competenze specifiche. Un obbligo del genere non sarebbe neppure conforme al principio di autonomia organizzativa e gestionale dell'appaltatore. Pertanto, la responsabilità del committente estraneo all'esecuzione dell'attività appaltata o sub-appaltata, ravvisata da una parte della giurisprudenza in caso di percepibilità immediata del pericolo o dell'omissione di cautele generali da parte dell'appaltatore, appare una forma di responsabilità penale per posizione, incompatibile con il principio di personalità di cui all'art. 27 co. 1 Cost.

FRA ILLECITO "ESIGUO" E ILLECITO "RIPARATO": QUALI SPAZI PER L'ART. 131-BIS CP NEL CONTESTO DEL PROCEDIMENTO ESTINTIVO DELLE CONTRAVVENZIONI IN MATERIA DI SALUTE E SICUREZZA SUL LAVORO?([*])

di Emmanuele Penco (Ricercatore di diritto penale, Università degli Studi di Genova)

Il lavoro si propone di indagare i possibili spazi di operatività della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto nel contesto del procedimento estintivo delle contravvenzioni di cui al d.lgs. 19.12.1994, n. 758. Prendendo le mosse da alcune pronunce della Corte di cassazione, viene messa in evidenza la centralità del nuovo assetto dell'art. 131-bis Cp delineato con il d.lgs. 10.10. 2022, n. 150, sottolineando come proprio in materia lavoristica si registri un recente orientamento che sembrerebbe aprire a una maggiore valorizzazione del comportamento successivo al reato rispetto a quanto più in generale avviene nella prassi della giurisprudenza di legittimità.
The paper aims to investigate the potential scope of application of the ground for non-punishability based on the particular tenuousness of the offence within the framework of the extinguishment procedure for misdemeanours governed by d.lgs. 19.12.1994, n. 758. Starting from several rulings by the Court of cassation, the paper highlights the centrality of the revised structure of art. 131-bis Cp outlines by d.lgs. 10.10. 2022, n. 150. Particular attention is devoted to the field of labour law, in which a recent line of case law appears to endorse a more extensive consideration of post-offence conduct than is generally observed in the broader jurisprudence of the Supreme Court.

Non punibilità; particolare tenuità del fatto; estinzione delle contravvenzioni; comportamento successivo al reato
Non-punishability; particular tenuousness of the offence; extinguishment of misdemeanours; post-offence conduct

Sommario: 1. Premessa: la particolare tenuità del fatto nel contesto del meccanismo estintivo delle contravvenzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro – 2. Gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità: l'approccio *ante* riforma Cartabia … – 2.1. (*segue*)… e gli approcci *post* riforma Cartabia: verso una (timida) apertura? – 3. Le recenti pronunce nel più generale contesto ermeneutico sul "nuovo" art. 131-*bis* Cp. – 4. Riflessioni conclusive: la particolare tenuità come «buona carta da giocare oculatamente».

1. Guardando alla disciplina penale in materia di salute e sicurezza sul lavoro, uno dei profili che certamente rivestono maggiore interesse per l'operatore del diritto è costituito dalla peculiare procedura estintiva delle contravvenzioni di cui agli artt. 19 ss. d.lgs. 19.12.1994 n. 758[1]; un interesse che si apprezza – volendo riprendere il titolo del seminario odierno – tanto in una prospettiva *teorica*, quanto in una dimensione più eminentemente *pratica*.

[*]Il presente contributo costituisce una versione aggiornata e arricchita di note minime dell'intervento tenuto al Convegno "*Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale. Tra teoria e prassi",* svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova il 19 settembre 2025.

[1] Per una disamina del meccanismo estintivo *de quo*, alla luce dei successivi passaggi procedimentali che lo caratterizzano, rinviamo a G. Amarelli, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli 2008, 102 ss.; A. Gargani, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute del lavoro*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo e C.E. Paliero, X, *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, a cura di B. Deidda e A. Gargani, Torino 2012, 377 ss.; F. Consulich, *Manuale di*

Sul piano della teoria, è ben noto come l'istituto in parola abbia svolto una funzione prototipica nel quadro dei meccanismi premiali tesi a valorizzare una contro-condotta riparatoria tenuta *post crimen patratum*, delineando un modello oblativo fondato sul trinomio prescrizione-riparazione-pagamento destinato a essere successivamente esportato anche in altri settori del *Nebenstrafrecht*, quali – da ultimo – quelli della tutela penale dell'ambiente e degli alimenti[2].
Il procedimento estintivo tratteggiato in origine dal d.lgs. 758/1994, in questo senso, ha dimostrato un'indubbia capacità performativa, data principalmente dalla sua natura di peculiare tecnica di degradazione dell'illecito penale[3], ispirata al principio di sussidiarietà e volta a perseguire obiettivi tanto di effettiva tutela dei beni finali della vita e dell'integrità fisica dei lavori, quanto di decongestionamento degli uffici giudiziari[4].
Guardando, invece, alla prassi applicativa, il procedimento oggi richiamato all'art. 301 d.lgs. 9.4.2008 n. 81 ha fatto registrare sin da subito un significativo tasso di effettività[5], operando quale importante meccanismo di depenalizzazione in concreto degli illeciti contravvenzionali[6].
Non sono tuttavia mancati taluni profili critici, legati tanto a una certa rigidità dei passaggi formali della procedura (che ha portato alla «elaborazione giurisprudenziale di criteri estensivi e integrativi della disciplina legislativa»[7]), quanto alla stretta connessione che in fondo permane tra il piano della responsabilità contravvenzionale e quello della responsabilità delittuosa[8]: l'adempimento delle prescrizioni imposte e il pagamento della sanzione, se da un lato porta all'estinzione dell'illecito (di pericolo) meno grave, dall'altro rischia di precludere di fatto un'efficace difesa rispetto al più grave reato di lesioni o omicidio che eventualmente si sia venuto a configurare, posto che «la violazione delle discipline preventive rileva, mediante un rinvio *implicito*, con funzione di integrazione della tipicità soggettiva (colposa) [dei] classici delitti di evento dannoso»[9].

---

diritto penale del lavoro, Torino 2024, 345 ss.; V. Valentini, *Contravvenzioni* extra-codicem *e meccanismi premiali*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Torino 2023, 255 ss.

[2] In generale, con riferimento agli istituti premiali fondati sul ravvedimento postdelittuoso, v. G. Toscano, Post crimen patratum. *Contributo ad uno studio sistematico sulle ipotesi di ravvedimento postdelittuoso*, Torino 2022, *passim*; più nello specifico, in relazione all'esportazione del modello estintivo delineato in materia di salute e sicurezza sul lavoro nei settori dell'ambiente (con la l. 22.5.2015, n. 68) e degli alimenti (con il d.lgs. 10.10.2022, n. 150), v. F. Lazzarini, *L'estinzione delle contravvenzioni per adempimento delle prescrizioni nella dinamica processuale*, in *www.archiviopenale.it*, 23.9.2024

[3] Annovera il procedimento in parola fra gli esempi di tecniche di degradazione dell'illecito M. Donini, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova 2003, 377 ss.; di tecnica di «degradazione della punibilità» parla anche F. Consulich, *op. cit.*, 346.

[4] Sulla duplice finalità, di tutela e deflattiva, sottesa al meccanismo di estinzione delle contravvenzioni v. G. Amarelli, *op. cit.*, 102 ss.; V. Valentini, *Contravvenzioni* extra-codicem *e meccanismi premiali*, cit., 258. Connesso al fondamento politico criminale dell'istituto è il tema della natura giuridica che allo stesso deve essere riconosciuta: sul punto, con riferimento all'affermazione di un approccio "sincretistico" «che individua nel meccanismo in esame una sintesi tra condizione di procedibilità e causa di non punibilità sopravvenuta», v. A. Gargani, *op. cit.*, 380.

[5] V. Valentini, *Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e "ripristinatorio" in materia di sicurezza del lavoro (d.lgs. 758/1994)*, in *La riforma dei rati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, a cura di M. Donini e D. Castronuovo, Padova 2007, 103 ss., rilevava come già in allora le contravvenzioni definite con il procedimento *de quo* oscillassero fra il 60 e il 90% di quelle annualmente iscritte nel Registro delle notizie di reato.

[6] Così F. Consulich, *op. cit.*, 348.

[7] A. Gargani, *op. cit.*, 382.

[8] In questi termini V. Valentini, *Contravvenzioni* extra-codicem *e meccanismi premiali*, cit., 257, nota n. 100.

[9] D. Castronuovo, *Le fonti della disciplina penale della sicurezza del lavoro: un sistema a più livelli*, in D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, V. Valentini, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 24.

È proprio guardando a tali ultimi aspetti che emerge l'interrogativo sul possibile ruolo che – *entro* ovvero *oltre* il sistema premiale in parola – possono assumere altre forme di seriazione della sequenza reato-pena[10] fondate sul comportamento successivo all'illecito. Il rapporto tra alcune di queste e il procedimento estintivo per le contravvenzioni risulta invero espressamente normato: così è per l'oblazione facoltativa di cui all'art. 162-*bis* Cp, in relazione alla quale l'art. 24 co. 3 d.lgs. 758/1994 delinea una «soluzione estintiva "ibrida"»[11] per i casi di adempimento alle prescrizioni tardivo, parziale o con modalità divergenti. In altri casi, invece, non vi sono indicazioni normative esplicite: tanto accade, ad esempio, rispetto all'ipotesi della particolare tenuità del fatto di cui all'art. 131-*bis* Cp; sicché appare lecito chiedersi se, a fronte del sostanziale ripristino delle doverose condizioni di sicurezza, il soggetto al quale viene preclusa l'estinzione della contravvenzione *ex* art. 301 d.lgs. 81/2008 – perché, in ipotesi, non ha provveduto al pagamento in misura ridotta della sanzione – possa in qualche modo vedersi riconosciuta la particolare tenuità del fatto.
Ebbene, proprio al rapporto tra la causa di non punibilità codicistica in ultimo richiamata e il meccanismo estintivo delle contravvenzioni di cui agli artt. 19 ss. d.lgs. 758/1994 intendiamo dedicare il nostro breve intervento: un tema che, a noi pare, ben si presta ad essere declinato nella duplice prospettiva pensata per il seminario odierno, la quale si dipana – come ricordato – tra "teoria" e "prassi". Nella pratica, in effetti, non è infrequente il richiamo alla mancata applicazione dell'art. 131-*bis* Cp fra i motivi di ricorso avanzati dalle difese laddove, pur a fronte di una condotta riparativa e ottemperante *post factum*, il procedimento estintivo non sia andato a buon fine. Sul piano della teoria, invece, l'accostamento tra la particolare tenuità del fatto e gli artt. 19 ss. d.lgs. 759/1994 evoca il rapporto tra i divergenti modelli dell'*illecito esiguo* e dell'*illecito riparato*[12], aprendo un fronte che evidentemente esula dal circoscritto ambito della responsabilità penale in materia di salute e sicurezza sul lavoro, per interessare tutti questi settori ove il legislatore abbia previsto procedure prescrittivo-ingiunzionali con efficacia estintiva.

2. Nel nostro percorso volto a indagare gli eventuali spazi di operatività dell'art. 131-*bis* Cp entro il contesto del procedimento richiamato all'art. 301 d.lgs. 81/2008, ci sembra opportuno prendere le mosse dalle posizioni che sul punto ha assunto la giurisprudenza di legittimità. In questa prospettiva, è possibile registrare un'evoluzione nell'approccio al tema da parte della Corte di cassazione, alla cui definizione ha certamente contribuito il nuovo volto assunto dall'istituto della particolare tenuità del fatto a valle dell'intervento operato con la c.d. Riforma Cartabia (d.lgs. 10.10. 2022, n. 150)[13].
Prima di quest'ultima novella, infatti, la Suprema Corte aveva fatto registrare un approccio ermeneutico sostanzialmente di chiusura rispetto alla possibilità di riconoscere la non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp a fronte di un contegno post-delittuoso del contravventore volto alla riparazione e alla sostanziale ottemperanza alle prescrizioni dell'organo di vigilanza, cui non

[10] A. Di Martino, *La sequenza infranta. Profili della dissociazione tra reato e pena*, Milano 1998.
[11] A. Gargani, *op. cit.*, 410.
[12] Sui due, divergenti, modelli, ci limitiamo a rinviare – rispettivamente – a G. De Francesco, *Illecito esiguo e dinamiche della pena*, in *Crim* 2015, 199 ss., e a M. Donini, *Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio?*, in *DPenCont* 2015, 2, 240 ss.
[13] Con riferimento alle modifiche apportate dal d.lgs. 150/2022 all'art. 131-*bis* Cp v. *ex multis* D. Brunelli, *Le modifiche alla non punibilità del fatto*, in *DPP* 2023 54 ss.; M. Dova, *La riforma della particolare tenuità del fatto: aspetti sostanziali*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 115 ss.; N. Recchia, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto: estensione dell'ambito di applicazione, preclusioni e rilievo della condotta susseguente al reato*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, diretto da G.L. Gatta, M. Gialuz, III, *Le modifiche al sistema sanzionatorio penale*, a cura di R. Bartoli, G.L. Gatta, V. Manes, Torino 2024, 385 ss.

avesse però fatto seguito il perfezionamento della fattispecie estintiva, in particolare a causa del mancato pagamento della sanzione in misura ridotta.
Emblematica in tal senso è la pronuncia Cass. 22.8.2019 n. 36319[14], resa in un caso nel quale l'unico motivo di ricorso sviluppato dalla difesa verteva proprio sulla pretesa omessa motivazione da parte del Tribunale circa la mancata applicazione dell'art. 131-*bis* Cp, invocato dall'imputato alla luce dell'avvenuto adempimento alle prescrizioni impartitegli. Ebbene, nella vicenda richiamata la Corte di cassazione giungeva a una declaratoria di inammissibilità, valorizzando i profili del mancato pagamento e della condotta successiva all'accertamento della contravvenzione. Con riferimento al primo aspetto, veniva in particolare evidenziato come il versamento della sanzione in misura ridotta costituisse – ai sensi dell'art. 24 d.lgs. 758/1994 – un elemento essenziale della «fattispecie a formazione progressiva»[15] dotata di efficacia estintiva, sicché il mero adempimento delle prescrizioni imposte non potrebbe certo valere ad «elimina[re] (…) la contravvenzione già perfezionatasi in tutti i suoi elementi costitutivi»; rispetto invece al contegno riparatorio/ripristinatorio tenuto dall'imputato successivamente all'accertamento dell'illecito, la Corte riconosceva in modo perentorio come «il tardivo adempimento alle prescrizioni dell'organo amministrativo rest[asse] un *post factum* del tutto neutro rispetto al disvalore, anche in termini di offensività, dell'illecito penale».
Di particolare rilevanza, ai nostri fini, appare proprio quest'ultima affermazione: nello statuire come la dimensione del postfatto dovesse rimanere estranea rispetto alla valutazione circa l'offensività – e, dunque, la possibile esiguità – dell'illecito contravvenzionale, i giudici di legittimità assumevano un atteggiamento del tutto coerente con la prassi applicativa dell'art. 131-*bis* Cp precedente all'intervento del d.lgs. 150/2022, la quale era volta a riconoscere la sostanziale irrilevanza della condotta post-delittuosa nel contesto del giudizio di particolare tenuità del fatto[16]. A sostegno di tale impostazione veniva invocata, sul piano ermeneutico, l'assenza di ogni richiamo, da parte dell'art. 131-*bis* Cp, all'art. 133 co. 2 Cp[17], elemento che – evidenziava la dottrina – sarebbe valso a dimostrare la scelta compiuta dal legislatore nostrano di aderire ad un modello di *Tatbestand* bagatellare entro il quale il ruolo giocato dai criteri di commisurazione della pena e dalle esigenze preventive risultava sensibilmente circoscritto[18].
Una siffatta lettura della causa di non punibilità in parola, conforme con l'assetto dell'art. 131-*bis* Cp *ante* Riforma Cartabia, non poteva che riverberarsi nel rapporto tra la causa di non punibilità e il procedimento di cui al d.lgs. 758/1994: la prima – affermava nella sostanza la Cassazione – guarda esclusivamente al *fatto*, mentre è nel contesto del secondo che può assumere rilievo in prospettiva esimente il *postfatto*. Ciò può avvenire, tuttavia, solo laddove

[14] Cass. 22.8.2019 n. 36319, in *One Legale*.
[15] G. Amarelli, *op. cit.*, 102; A. Gargani, *op. cit.*, 382.
[16] Così, nella giurisprudenza di legittimità, Cass. 12.10.2020 n. 28304; Cass. 10.1.2020 n. 660; Cass. 2.12.2019 n. 660; Cass. 18.1.2018 n. 6520; Cass. 28.4.2015 n. 38961; Cass. 30.9.2015 n. 41742, tutte in *One Legale*. In senso contrario l'isolata Cass. 11.7.2014 n. 4123, in riferimento alla quale, volendo, v. E. Penco, *(Ir)rilevanza delle condotte riparatorie successive al reato ai fini del giudizio di particolare tenuità del fatto* ex *art. 131* bis *c.p.*, in *GI* 2018, 1503 ss.
[17] Così, ad esempio, Cass. 18.1.2018 n. 6520.
[18] Sul punto, con riferimento ai diversi modelli di illecito bagatellare, fondamentale il riferimento a C.E. Paliero, Minima non curat praetor. *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, 715 ss.; in tema v. anche R. Bartoli, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *RIDPP* 2000, 1473 ss.; G. De Francesco, *L'esiguità dell'illecito penale: profili generali introduttivi*, in *DPP* 2002, 889 ss. Per una disamina del paradigma di illecito bagatellare fatto proprio dal legislatore italiano nella versione originaria dell'art. 131-*bis* Cp v. più di recente C.E. Paliero, *"Principio di esiguità" e deflazione penale: la ricetta italiana del "tipo bagatellare"*, in *RIDPP* 2023, 535 ss.

siano integrati i requisiti della fattispecie estintiva, fondata sia sull'adempimento alle prescrizioni ricevute che sul pagamento della sanzione: il solo contegno riparativo successivo all'accertamento della contravvenzione, se da un lato non può portare all'esito definitorio, dall'altro neppure potrebbe essere "recuperato" quale indice di particolare tenuità, dovendosi ritenere il *post factum* segmento del tutto silente rispetto al piano dell'offensività dell'illecito.

2.1. È ben noto come la Riforma Cartabia sia intervenuta sulla struttura dell'art. 131-*bis* Cp, non solo rivedendone l'ambito applicativo, ma – per quanto più strettamente ci interessa – inserendo la «condotta susseguente al reato» fra gli indici-requisiti da prendere in considerazione nel giudizio di particolare tenuità dell'offesa[19]. Proprio in quest'ultima novità è stato individuato il profilo più controverso sul piano interpretativo, non essendo immediatamente chiaro – stante la laconicità dell'interpolazione testuale operata dal legislatore – quale debba essere il ruolo svolto dal contegno post-delittuoso nella valutazione giudiziale di esiguità[20]. In questo senso, a fronte della lettura «minimalista»[21] avanzata dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, volta sostanzialmente a riconoscere al criterio del *postfatto* valenza meramente confermativa di un giudizio di tenuità che manterrebbe pur sempre nel *fatto* il suo riferimento imprescindibile[22], è emerso in giurisprudenza – e in parte della dottrina – un approccio volto a limitare la portata innovativa della riforma, fondato sull'idea per cui la condotta successiva al reato non potrebbe di per sé portare a ritenere particolarmente tenue un'offesa che già non fosse tale al momento della condotta[23].
È in un siffatto contesto che si collocano alcune recenti pronunce di legittimità, le quali sembrano invero far registrare un'evoluzione nell'approccio al tema del rapporto tra l'art. 131-*bis* Cp e il procedimento estintivo delle contravvenzioni di cui al d.lgs. 758/1994.
Fra le sentenze più recenti, possiamo richiamare *in primis* una decisione del luglio 2025, relativa a una vicenda di reiterate violazioni della normativa prevenzionistica rilevanti ai sensi

[19] In relazione a tale profilo della Riforma Cartabia, oltre ai contributi citati *supra*, nota n. 13, si rinvia anche – pur senza pretesa di esaustività – ad A. Madeo, *Procedibilità a querela, messa alla prova e non punibilità per particolare tenuità del fatto: una* ratio *deflattiva comune nella "riforma Cartabia"*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28.11.2022; G. Martiello, *La «particolare tenuità del fatto» dopo l'attuazione della "riforma Cartabia": primissime note di commento al novellato art. 131-bis c.p.*, in *Discrimen*, 10.11.2022; C.E. Paliero, *"Principio di esiguità" e deflazione penale*, cit., 535 ss.; G. Panebianco, *I nuovi confini della non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *GI* 2023, 963 ss.; M. Pierdonati, *Verso una tenuità "allargata". L'introduzione della condotta susseguente al reato nell'art. 131-bis c.p. e il nuovo assetto dell'irrilevanza penale del fatto*, in *www.archiviopenale.it*, 24.10.2024.
[20] Così N. Recchia, op. cit., 397.
[21] *Ibidem*.
[22] Sul punto la Relazione illustrativa al d.lgs. 150/2022, consultabile in *www.sistemapenale.it*, 20.10.2022, 346, specificava come «la condotta susseguente al reato acquista rilievo, nella disciplina dell'art. 131-*bis* c.p., non come autonomo (autosufficiente) indice-requisito di tenuità dell'offesa, bensì come *ulteriore criterio*, accanto a quelli di cui all'art. 133, comma 1, c.p. (…) da impiegare, nell'ambito di un *complessivo giudizio*, per valutare le modalità della condotta (contemporanea al reato) e l'esiguità del danno o del pericolo», sicché «condotte *post delictum*, come quelle riparatorie o ripristinatorie, non potranno *di per sé sole* rendere l'offesa di particolare tenuità – dando luogo a una esiguità sopravvenuta di un'offesa in precedenza non tenue – ma *potranno essere valorizzate nel complessivo giudizio di tenuità dell'offesa*, che, dovendo tener conto delle modalità della condotta (contemporanea al reato), ha come *necessario e fondamentale termine di relazione il momento della commissione del fatto*».
[23] In questi termini, fra le altre, Cass. 15.5.2025 n. 22441; Cass. 31.1.2025 n. 4145; Cass. 4.4.2024 n. 14073; Cass. 4.4.2023 n. 18029, in *One Legale*. In senso adesivo rispetto a tale approccio restrittivo, già evincibile dalla Relazione illustrativa, v. F. Di Vizio, *La nuova disciplina della particolare tenuità del fatto: tra spinte alla deflazione e tensioni di sistema*, in *Discrimen*, 5.1.2023, 21 ss.; A. Gullo, *Profili di diritto penale sostanziale nel d.lgs. n. 150 del 2022*, in *Riassetti della penalità, razionalizzazione del procedimento di primo grado, giustizia riparativa*, a cura di E.M. Catalano, R.E. Kostoris, R. Orlandi, Torino 2023, 40 ss.; A. Madeo, *op. cit*., 29.

dell'art. 55 d.lgs. 81/2008[24]; a fronte della condanna pronunciata dal Tribunale in primo grado, l'imputato ricorreva avverso la mancata applicazione dell'art. 131-*bis* Cp, avendo il giudice di prime cure escluso la particolare tenuità del fatto in base al numero delle violazioni e al mancato pagamento della sanzione pecuniaria, nonostante fosse emersa l'ottemperanza alle prescrizioni imposte dall'autorità competente.

La Suprema Corte, dopo aver ricordato il fondamento sistematico dell'art. 131-*bis* Cp e aver richiamato gli arresti giurisprudenziali in ordine alla sua applicabilità rispetto ad ogni tipologia di reato, ha sottolineato come il meccanismo estintivo delle contravvenzioni – in quanto caratterizzato dall'imposizione di misure atte a far cessare il pericolo per la salute e la sicurezza dei lavoratori – sottenda un giudizio fattuale sulle conseguenze del fatto illecito «del tutto analogo a quello che il giudice opera» ai fini del riconoscimento della particolare tenuità del fatto. L'individuazione di questo profilo di tangenza tra i due istituti ha portato i giudici di legittimità a riconoscere come «dogmaticamente non sussist[ano] ostacoli alla applicazione anche all'ipotesi in cui si sia acceduti alla procedura estintiva dell'art. 131-*bis* cod. pen.»[25]. A fronte di tale compatibilità sul piano astratto, la Corte si è premurata di specificare subito come «sotto il profilo pratico, tuttavia, la generalizzata applicazione della causa di non punibilità in parola a questi casi potrebbe condurre ad effetti aberranti, risolvendosi nella creazione di un sistema in cui l'indagato che ha adempiuto alle prescrizioni potrebbe, omettendo di pagare la somma dovuta, ottenere un esito processuale favorevole, con evidente torsione del sistema, che condurrebbe a una controspinta in senso opposto all'ottemperanza»[26]. Sono proprio queste considerazioni in ordine ai possibili effetti collaterali di un ampio ricorso al giudizio di particolare tenuità del fatto *anche* nel contesto del meccanismo *de quo* a portare la Cassazione a individuare puntualmente i pochi «casi assolutamente limitati» nei quali l'art. 131-*bis* Cp potrebbe trovare applicazione, *id est* le ipotesi in cui «la procedura estintiva (…) sarebbe teoricamente applicabile, ma non è stata attivata per cause non riconducibili all'imputato», ovvero laddove «anche alla luce della "condotta susseguente al fatto", sulla base di un esame *ex post* l'"offesa" risulti di speciale tenuità»[27]. La situazione che veniva in rilievo nel caso di specie, in cui all'ottemperanza alle prescrizioni non aveva fatto seguito il pagamento della sanzione, si collocava secondo la pronuncia *de qua* «al di fuori di tali angusti confini», posto che peraltro – puntualizzava la Corte – l'omesso versamento della somma dovuta dovrebbe «essere valutat[o] negativamente come condotta susseguente al reato»[28].

Successiva di sole poche settimane è una sentenza del settembre 2025, con la quale la Suprema Corte si è pronunciata su di una vicenda di omessa predisposizione di un'idonea viabilità entro

[24] Cass. 23.7.2025 n. 26974, in *One Legale*.

[25] Cass. 23.7.2025 n. 26974, § 2.

[26] *Ibidem*.

[27] *Ibidem*. A conclusioni analoghe – e sviluppando nella sostanza il medesimo percorso argomentativo – era giunta la Suprema Corte con riferimento al meccanismo estintivo per le contravvenzioni ambientali di cui agli artt. 318-*bis* ss. d.lgs. 3.4.2006 n. 152; la sentenza Cass. 28.7.2023 n. 32962, in questo senso, aveva infatti circoscritto l'applicabilità dell'art. 131-*bis* Cp ai soli casi in cui la procedura ingiunzionale, pur potendo essere avviata, non sia stata applicata, ovvero laddove adempimento alle prescrizioni e pagamento della somma dovuta siano stati tardivi.

[28] Cass. 23.7.2025 n. 26974, § 3. Nonostante la Relazione illustrativa del d.lgs. 150/2022 avesse riconosciuto espressamente come «la condotta susseguente al reato [sia] apprezzabile, rispetto all'art. 131 *bis* c.p., solo quando concorre alla tenuità dell'offesa e non anche quando, al contrario, aggrava l'offesa stessa», nella giurisprudenza di legittimità non sono in effetti mancate pronunce volte a considerare in senso negativo il postfatto, laddove questo comporti un aggravamento dell'offesa al bene giuridico: così, ad esempio, Cass. 16.12.2024 n. 46013; Cass. 24.5.2023 n. 28031; Cass. 3.10.2023 n. 43941, in *One Legale*. In senso critico rispetto a tale lettura del *novum* normativo, fra gli altri, A.F. Masiero, *I diversi volti della riparazione nella riforma Cartabia. Appunti minimi in ordine alle intersezioni tra postfatto e giudizio di tenuità nel prisma del novellato art. 131-bis Cp*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 21.11.2025.

un'area di cantiere rilevante ai sensi degli artt. 108, 159 co. 2 lett. b, d.lgs. 81/2008[29]; ancora una volta la difesa denunciava l'omessa applicazione da parte del Tribunale dell'art. 131-*bis* Cp, in ragione della pluralità delle violazioni e del mancato pagamento della sanzione, senza che fosse stata presa in considerazione l'avvenuta predisposizione di misure di sicurezza adeguate immediatamente dopo l'accertamento del fatto.
In questo caso la Cassazione ha valorizzato espressamente la nuova formulazione della causa di non punibilità codicistica a seguito del d.lgs. 150/2022, riconoscendo come l'attuale richiamo alla «condotta susseguente al reato» costituisca un elemento «importante per tracciare il confine con l'oblazione speciale di cui all'art. 301 del D.lgs. n. 81 del 2008»[30]. Così, se da un lato l'effetto estintivo di quest'ultimo istituto si verifica soltanto in presenza sia dell'adempimento alle prescrizioni che del pagamento della sanzione, nel contesto del giudizio di particolare tenuità del fatto – afferma la Corte – «l'adozione successiva delle misure inizialmente [prescritte] può essere considerata autonomamente quale indice dal quale dedurre la tenuità del fatto, in quanto qualificabile come "condotta susseguente al reato"»[31]. Anche in questa occasione, tuttavia, i giudici di legittimità si sono dimostrati consapevoli delle possibili ricadute di un'applicazione eccessivamente estesa, financo «automatica», dell'art. 131-*bis* Cp, la quale «finirebbe per abrogare, nella sostanza, il meccanismo estintivo previsto dalla legislazione speciale»: da qui l'esigenza di un'attenta valutazione in concreto del valore della condotta ripristinatoria, rispetto al quale possono assumere rilievo anche «indici di segno negativo o cause ostative»[32]. Particolarmente significativo si dimostra, infine, l'esito cui è giunta la pronuncia in parola: ritenuto come il giudice del merito non abbia fornito un'adeguata motivazione in ordine all'eventuale rilievo ai fini del giudizio di particolare tenuità dell'avvenuta adozione di idonee misure di sicurezza, la Corte ha annullato sul punto la sentenza del Tribunale, con rinvio per un nuovo giudizio.
Ora, a noi pare che le due sentenze di legittimità il cui contenuto abbiamo in sintesi appena ripercorso facciano registrare una certa apertura nell'individuazione degli spazi di possibile operatività dell'art. 131-*bis* Cp entro il contesto del meccanismo estintivo delle contravvenzioni di cui all'art. 301 d.lgs. 81/2008, specie se confrontate con l'orientamento restrittivo rappresentato dall'arresto del 2019 richiamato nel precedente paragrafo.
In entrambe le occasioni, in effetti, la Cassazione ha voluto segnalare alcuni punti di contatto tra il modello di *illecito esiguo*, contemplato dalla causa di non punibilità codicistica, e il paradigma di *illecito riparato*, cui è in fondo riconducibile la fattispecie estintiva speciale: se nella sentenza del luglio 2025 tale profilo comune veniva individuato in via piuttosto generale nel giudizio sulla situazione concreta sotteso a entrambi gli istituti e incentrato sulle conseguenze dannose o pericolose del *fatto*, la pronuncia del settembre successivo ha invece attenzionato in modo più specifico il piano del *postfatto*, quale elemento che reclama di essere preso in considerazione sia nel contesto del procedimento *ex* artt. 19 ss. d.lgs. 758/1994, che – dopo l'intervento della Riforma Cartabia – nell'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp.
Sembra dunque superata quell'incompatibilità ontologica fra i due sottosistemi di non punibilità che traspariva dall'approccio della giurisprudenza di legittimità *ante* d.lgs. 150/2022; allo stesso tempo, è significativo come entrambe le sentenze in ultimo richiamate si caratterizzino per l'attenzione prestata rispetto alle possibili ricadute concrete di tale rinnovato assetto ermeneutico. In particolare, molto opportune si rivelano le considerazioni relative al rischio che un'applicazione "a maglie larghe" della causa di non punibilità codicistica

[29] Cass. 1.9.2025 n. 30030, in *One Legale*.
[30] Cass. 1.9.2025 n. 30030, § 1.3.1.
[31] *Ibidem*.
[32] *Ibidem*.

determini – di fatto – una perdita di efficacia del meccanismo estintivo previsto nella legislazione speciale, sino a una sostanziale inertizzazione dello stesso: è sin troppo evidente, infatti, come un eventuale ampio riconoscimento della particolare tenuità a seguito del (solo) adempimento alle prescrizioni potrebbe far venire meno ogni interesse del contravventore al pagamento delle sanzioni in sede amministrativa, posto che questi ben potrebbe aspirare alla non punibilità *ex* art. 131-*bis* Cp senza dover integrare tutti gli ulteriori passaggi della – più articolata – fattispecie estintiva speciale[33].
Queste comprensibili esigenze "di sistema" portano entrambe le sentenze sulle quali ci siamo soffermati a perimetrare gli spazi applicativi della particolare tenuità del fatto nel contesto del meccanismo di cui al d.lgs. n. 758/1994, con – tuttavia – un diverso tasso di precisione e incisività.
La pronuncia n. 26974 del 2025, infatti, si premurava di indicare espressamente i «casi assolutamente limitati» in cui l'art. 131-*bis* Cp potrebbe operare, individuandoli – come già ricordato – nell'ipotesi in cui la procedura estintiva non è stata attivata per causa non imputabile al contravventore e laddove l'offesa si riveli di speciale tenuità anche alla luce di un esame *ex post* della condotta susseguente al fatto[34]. Di contro, nella sentenza n. 30030 del 2025, la Cassazione richiamava più genericamente l'esigenza di una valutazione da parte del giudice del merito in ordine all'episodio concreto, senza che il contegno post-delittuoso possa in automatico consentire una valutazione in termini di speciale tenuità del fatto: un'impostazione che sembra lasciare aperto un maggiore margine applicativo per l'art. 131-*bis* Cp, cui non a caso segue – a differenza di quanto statuito nell'altra vicenda – una decisione di annullamento con rinvio.

3. L'orientamento più recente della giurisprudenza di legittimità sul quale ci siamo soffermati ha in definitiva individuato nella condotta successiva al reato un elemento che accomuna l'art. 131-*bis* Cp – nel suo assetto *post* Riforma Cartabia – e il procedimento di cui agli artt. 19 ss. d.lgs. n. 758/1994, al di là dalle innegabili, reciproche, differenze sul piano della natura, dell'ambito applicativo e delle rispettive conseguenze. La Suprema Corte ha tuttavia specificato come l'ubiqua valorizzazione dell'eventuale contegno riparatorio non possa determinare alcuna forma di fungibilità tra i due istituti; piuttosto, alla non punibilità per particolare tenuità del fatto deve essere riconosciuto un ambito operativo – a tutto concedere – *sussidiario*, limitato cioè a quei casi in cui il meccanismo estintivo non sia andato a buon fine per cause indipendenti dalla volontà del contravventore, senza che possa essere riconosciuta automatica rilevanza alla condotta comunque ottemperante alle prescrizioni imposte.

[33] Consentire l'esito *lato sensu* "premiale" della non punibilità a prescindere dall'integrazione di tutti i contegni "resipiscenti" che compongono la fattispecie estintiva – ivi compreso il pagamento della sanzione – rischia evidentemente di far venire meno quelle ragioni di opportunità sulle quali si fonda il meccanismo di incentivo-riparazione: sul punto v. le considerazioni di T. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *RTrimDPenEc* 1996, 1168, il quale evidenzia come l'effetto esimente del procedimento *de quo* non sia gratuito, posto che il contravventore può raggiungerlo «soltanto sopportando i costi dell'adempimento tardivo, oltre a quelli dell'oblazione». Sulla *ratio* sottesa a siffatto sottosistema premiale v. anche G. Amarelli, *op. cit.*, 42 ss.; V. Valentini, *Contravvenzioni* extra-codicem *e meccanismi premiali*, cit., 258; più in generale, con riferimento a tale strategia politico-criminale, v. M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 347 ss.
[34] A ben vedere, nell'ipotesi in cui non sia stata attivata la procedura estintiva, la spontanea eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose da parte del contravventore potrebbe ancora portare all'esito estintivo, laddove accompagnata anche dal pagamento delle somme dovute; sembrerebbe infatti venire in rilievo una di quelle ipotesi atipiche di regolarizzazione alle quali la Corte costituzionale ha comunque riconosciuto in via interpretativa la capacità di estinguere l'illecito: così C. cost., ord. 18.2.1998 n. 19, in *GCos* 1998, 11, e C. cost., ord. 16.12.1998 n. 416, *ivi*, 3574, in merito alle quali v. per tutti A. Gargani, *op. cit.*, 399 ss.

Se questi sono i principi ricavabili dalle più recenti pronunce dianzi richiamate, non si può non considerare come le stesse si collochino in un più generale contesto ermeneutico nel quale – come già abbiamo anticipato – la giurisprudenza di legittimità ha sostanzialmente inertizzato la novità relativa alla valutazione della condotta susseguente al reato nel contesto dell'art. 131-*bis* Cp.[35]. In questo senso, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022, il riferimento al contegno post-delittuoso è stato letto, da un lato, in termini strettamente oggettivi, così da escludere ogni valutazione sulla capacità a delinquere del reo[36]; dall'altro, in chiave meramente confermativa, sicché si ritiene che le condotte successive al reato non siano in grado di fondare di per sé sole un giudizio di particolare tenuità dell'offesa, potendo le stesse contribuire soltanto a confermare l'esiguità di un fatto già apprezzabile come tale, guardando alle immediate conseguenze della condotta[37].
In siffatto panorama giurisprudenziale, a ben vedere, non sono mancate prese di posizione della Corte di cassazione riferite proprio alle procedure prescrittivo-ingiunzionali previste nella legislazione complementare, le quali hanno invero ulteriormente confermato un atteggiamento di marcata cautela rispetto alle possibili ricadute della nuova formulazione dell'art. 131-*bis* Cp.[38]. In questo specifico contesto, oltre a confermare il principio per cui «le condotte *post delictum* non potranno di per sé sole rendere di particolare tenuità un'offesa che tale non era al momento della commissione del fatto»[39], i giudici di legittimità hanno ulteriormente puntualizzato come il contegno ripristinatorio/riparatorio successivo al reato, se tenuto in ottemperanza a una imposizione normativa ovvero a una prescrizione della pubblica autorità, non potrebbe essere considerato ai fini della valutazione circa la particolare tenuità del fatto, non essendo indicativo di una «spontanea rivisitazione della propria iniziale condotta»[40].
Ora, è evidente come l'approccio seguito da quest'ultimo filone ermeneutico sia volto a costruire il rapporto tra art. 131-*bis* Cp e meccanismi *lato sensu* esimenti che valorizzino comportamenti successivi al reato in termini molto diversi, e ben più restrittivi, di quanto proposto dalle pronunce richiamate nel paragrafo precedente con specifico riferimento alla procedura *ex* d.lgs. 758/1994: il contegno *post crimen patratum*, in questo senso, se e in quanto imposto in via normativa o prescrizionale (e dunque già valutabile ai fini di meccanismi

[35] Sul punto, in generale, N. Recchia, *op. cit*., 396 ss.
[36] *Ex multis*, Cass. 8.4.2024 n. 14073; Cass. 31.10.2023 n. 43941; Cass. 24.5.2023 n. 28033, in *One Legale*. In dottrina sono stati sollevati dubbi circa l'opportunità di una lettura in senso iper-oggettivistico del postfatto nel contesto della causa di non punibilità di cui all'art. 131-*bis* Cp: sul tema, variamente, D. Brunelli, *op. cit*., 61 ss.; A.F. Masiero, *op. cit*., 9; C.E. Paliero, *"Principio di esiguità" e deflazione penale*, cit., 545 ss.
[37] V. *supra*, nota n. 23. Anche rispetto a tale lettura non sono mancate prese di posizione della dottrina volte ad auspicare una più ampia valorizzazione del ruolo della condotta successiva al reato come elemento di valutazione della particolare tenuità del fatto: così, fra gli altri, M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p. e colpa lieve*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 30.1.2023, 31 ss.; M. Dova, *op. cit*., 125; F. Palazzo, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *DPP* 2023, 11 ss.; M. Romano, *Non punibilità, estinzione del reato, riforma Cartabia*, in *RIDPP* 2024, 437 ss.
[38] Con riferimento a tali prese di posizione della giurisprudenza di legittimità v. D. Colombo, *Esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto e condotta susseguente al reato. Le prime pronunce della Cassazione sul novellato art. 131-bis c.p.*, in *www.sistemapenale.it*, 12.7.2023; A.F. Masiero, *op. cit*., 9; M. Mossa Verre, *Le condotte susseguenti "obbligatorie" nel giudizio di particolare tenuità del fatto*, in *GI* 2025, 1619 ss.
[39] Così Cass. 4.4.2023 n. 18029, cit., § 6, in merito alla quale v. in particolare D. Colombo, *op. cit*., §§ 3.1. e 4.4.
[40] Così Cass. 10.1.2025 n. 986; negli stessi termini Cass. 16.12.2024 n. 46231; con riferimento ad entrambe le pronunce v. il commento di M. Mossa Verre, *op cit*., 1619 ss. Più di recente, e sempre in materia ambientale, occorre tuttavia segnalare Cass. 13.10.2025 n. 33653, con la quale la Suprema Corte ha invece riconosciuto la necessità di prendere in considerazione la tempestiva ottemperanza alle misure prescrittive nell'ambito della procedura per l'ottenimento dell'autorizzazione alle emissioni di cui all'art. 269, co. 8, d.lgs. 15272006; con riferimento a tale pronuncia v. C. Russo, *Prescrizioni autorizzative ambientali e particolare tenuità del fatto ex art. 131-bis c.p.: uno spunto di riflessione sul significato del postfatto nell'economia della causa di non punibilità*, in *www.sistemapenale.it*, 13 marzo 2026.

estintivi o più generalmente premiali), non potrebbe rilevare ai fini del giudizio di particolare tenuità del fatto. Riemerge in questo senso una logica binaria, vicina all'impostazione che avevamo registrato in materia lavoristica *ante* Riforma Cartabia, nella quale la valutazione di esiguità e la fattispecie estintiva si presentano come istituti niente affatto comunicanti, non potendo la condotta post-delittuosa, *già* rilevante per l'applicazione della seconda essere presa in considerazione, *anche* in relazione alla prima.
Una siffatta ricostruzione dei rapporti tra art. 131-*bis* Cp e procedimenti ingiunzionali non è andata tuttavia esente da critiche, specie in ragione della contraddittorietà insita nella valorizzazione del profilo soggettivo di necessaria spontaneità del comportamento riparatorio/ripristinatorio, a fronte di una lettura del giudizio di particolare tenuità che si ribadisce debba essere condotto in termini marcatamente oggettivi[41]. In questo senso, la possibilità di una qualche valorizzazione del postfatto ai fini dell'art. 131-*bis* Cp *anche* nel contesto di meccanismi premiali di parte speciale emerge non solo guardando alle pronunce sul procedimento *ex* art. 301 d.lgs. 81/2008 sulle quali ci siamo in precedenza soffermati, ma anche alla luce di alcune iniziative intraprese sul piano legislativo: basti pensare – ad esempio – alla materia dei reati tributari, nel cui contesto il d.lgs. 14.6.2024 n. 87 ha esplicato gli indici che il giudice deve valutare in modo prevalente ai fini dell'applicazione dell'art. 131-*bis* Cp; indici fra i quali figura anche il pagamento del debito tributario avvenuto *post delictum*, elemento che – come ben noto – costituisce l'architrave dei meccanismi premiali a vocazione riscossiva di cui all'art. 13 co. 1 e 2 d.lgs. 10.3.2000 n. 74[42].

4. A fronte del generale atteggiamento ermeneutico di chiusura rispetto a una piena valorizzazione della condotta successiva al reato nel contesto dell'art. 131-*bis* Cp, atteggiamento che – come si è visto – assume talora tratti particolarmente rigidi proprio laddove vengano in rilievo sottosistemi premiali fondati sul contegno post-delittuoso, a noi pare che l'approccio seguito dalle pronunce più recenti rese dalla Corte di cassazione in materia lavoristica debba essere condiviso.
Nelle vicende che abbiamo richiamato i giudici di legittimità hanno infatti aperto alla possibilità di considerare anche il *post factum* entro il giudizio di particolare tenuità, pur in presenza di un adempimento "imposto" dalle prescrizioni, ma allo stesso tempo si sono dimostrati consapevoli delle possibili ricadute sul piano di sistema, preoccupandosi di perimetrare – più o meno puntualmente – l'effettivo spazio che l'art. 131-*bis* Cp può occupare nel contesto della procedura estintiva.
Una siffatta impostazione, che per la verità si dimostra (almeno ad oggi) ancora recessiva rispetto alla più generale tendenza interpretativa, si lascia apprezzare proprio nella duplice prospettiva che questo seminario intende coltivare: sul piano teorico, infatti, essa ci sembra capace di intercettare le esigenze – manifestate da una parte della dottrina – di una più ampia valorizzazione delle condotte successive al reato nel contesto dell'art. 131-*bis* Cp[43],

[41] In questi termini, in particolare, M. Mossa Verre, *op. cit.*, 1622; esprime considerazioni critiche rispetto a tale orientamento anche A.F. Masiero, *op. cit.*, 9.
[42] Nello stesso senso anche M. Mossa Verre, *op. cit.*, 1624. Sulle novità introdotte dal d.lgs. 87/2024 all'art. 13 co. 3-*ter* d.lgs. 74/2000 in relazione agli indici della particolare tenuità del fatto nel peculiare settore dei reati tributari v. G. Ardizzone, *Il nuovo assetto del sistema penale tributario: un'analisi del d.lgs. 14 giugno 2024, n. 87*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 31.1.2025, 25 ss.; volendo, E. Penco, *Il nuovo assetto della premialità penale-tributaria e l'efficacia esimente della crisi di liquidità: il D.Lgs. 87/2024 tra esigenze riscossive e istanze di equità*, in *DPP* 2024, 1579 ss.
[43] Non sono in effetti mancate prese di posizione volte ad auspicare una più ampia valorizzazione del ruolo della condotta successiva al reato come elemento di valutazione della particolare tenuità del fatto: così, fra gli altri, M. Dova, *op. cit.*, 125; M.E. Florio, *Art. 131-bis c.p. e colpa lieve*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 30.1.2023, 31 ss.; F. Palazzo, *Uno sguardo d'insieme alla riforma del sistema sanzionatorio*, in *DPP* 2023, 11 ss.; M. Romano, *Non*

mantenendo allo stesso tempo un approccio attento alle conseguenze sul sottosistema prescrittivo-ingiunzionale previsto in ambito lavoristico; in una prospettiva pratica, invece, il riconoscimento (a determinate condizioni) di uno spazio operativo per il giudizio di particolare tenuità del fatto nel contesto del meccanismo estintivo di cui al d.lgs. 758/1994 si candida quale possibile soluzione rispetto tanto alle rigidità della procedura, quanto alle possibili ricadute della stessa sul piano della responsabilità delittuosa[44].

Certo, anche alla luce del magmatico contesto giurisprudenziale di riferimento, la non punibilità per particolare tenuità del fatto rimane «una carta da giocare oculatamente»[45].

Oculatezza che deve avere il difensore, nella prospettiva di un'efficace tutela della posizione dell'indagato, in ragione sia della natura discrezionale del giudizio veicolato dall'art. 131-*bis* Cp rispetto all'automatismo contemplato dal procedimento estintivo, sia degli effetti meno favorevoli della causa di non punibilità sul piano dell'iscrizione nel casellario giudiziale e dell'efficacia ostativa in successivi giudizi[46].

Oculatezza che è richiesta evidentemente anche al giudice, alla luce del rischio più volte richiamato – e ben fotografato dalla Suprema Corte – di una «torsione del sistema» laddove il contravventore sia portato a considerare l'art. 131-*bis* Cp come un *commodus discessus* rispetto alle serrate incombenze procedurali (e pecuniarie) che caratterizzano il meccanismo di cui al d.lgs. 758/1994[47].

punibilità, estinzione del reato, riforma Cartabia, in *RIDPP* 2024, 437 ss.

[44] V. *supra*, nota n. 37.

[45] F. Palazzo, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *www.sistemapenale.it*, 19.12.2019.

[46] Sul punto D. Colombo, *op. cit*., § 4.4. sottolinea perspicuamente come, da un lato, «l'art. 131-*bis* c.p. richied[a] comunque una valutazione unitaria di tutti gli indici in esso indicati, non solo della condotta susseguente al reato, e la sua applicazione è in ogni caso subordinata non solo alla particolare tenuità del fatto, ma anche al rispetto degli altri requisiti di legge»; dall'altro «gli effetti premiali riconosciuti dal legislatore a fronte di determinate condotte successive al fatto sono spesso più favorevoli (determinando tendenzialmente l'estinzione del reato) rispetto alla declaratoria di non punibilità ex art. 131-*bis* c.p.».

[47] V. *supra*, nota n. 33. Esprime cautela sul punto anche C. Russo, *op. cit*., § 7, la quale evidenzia il pericolo di una «forzatura rischiosa, che potrebbe sfociare in una irragionevole eterogenesi dei fini».

RESPONSABILITÀ DATORIALE PER INFORTUNI SUL LAVORO E (MANCATA) INTERRUZIONE DEL NESSO EZIOLOGICO PER CONTEGNO COLPOSO DELLA VITTIMA (*)

di Gabriele Ponteprino (Dottore di ricerca in diritto penale, Università di Genova)

Lo scritto prende in considerazione la recente evoluzione della giurisprudenza in tema di infortuni sul lavoro, con particolare riguardo ai casi di lesioni o morte del lavoratore, al cui verificarsi abbia contribuito egli stesso mediante un suo contegno colposo. L'estremo rigore che il diritto vivente mostra nell'affermare la sussistenza del rapporto causale tra le condotte imputabili al datore di lavoro e l'evento lesivo hic et nunc verificatosi – escludendo, in via pressoché automatica, la sua interruzione – rischia di favorire una malcelata deriva verso intollerabili forme di responsabilità di posizione.
This paper examines the recent case law concerning occupational accidents, with particular regard to cases involving injury or death of the worker, the occurrence of which has been contributed to by the victim himself through negligent conduct. The extreme strictness with which settled case law affirms the existence of a causal relationship between the conduct attributable to the employer and the injurious event hic et nunc—by almost automatically excluding any interruption thereof—risks fostering a scarcely concealed drift towards intolerable forms of position-based liability.

Datore di lavoro; infortuni sul lavoro; nesso di causalità; colpa
Employer; Workplace accidents; Causation; Fault

Sommario: 1. Premessa: la tendenziale (ir)rilevanza del comportamento colposo della vittima di infortuni sul lavoro. – 2. Dall'eccezionalità all'esorbitanza: i punti fermi fissati dalla sentenza delle Sezioni unite *Thyssenkrupp*. – 2.1. Lo stato dell'arte: la posizione della giurisprudenza prevalente. – 2.2. Recenti aperture nel riconoscimento dell'efficacia interruttiva del contegno colposo della vittima. – 3. Conclusioni: il persistere di surrettizie forme di responsabilità di posizione – 3.1. … e i possibili antidoti *de jure condito* per un accrescimento degli *standard* di personalizzazione del rimprovero.

1. In questa relazione intendo fornire un sintetico quadro sullo stato dell'arte della giurisprudenza in tema di infortuni sul lavoro. Mi concentrerò, in particolar modo, sulla casistica relativa alla morte o alle lesioni del lavoratore, alla cui causazione abbia contribuito egli stesso mediante un suo contegno colposo[1]. Si tratta di quell'ampio novero di vicende che,

(*) Il presente contributo costituisce una versione aggiornata e arricchita di note minime dell'intervento tenuto al Convegno "*Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale. Tra teoria e prassi",* svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova il 19 settembre 2025.

[1] Si tratta di una tematica ampiamente investigata in dottrina. Mi limito a richiamare, senza pretesa di esaustività: D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore per il proprio infortunio. Studio sulla tipicità passiva nel reato colposo*, in *Criminalia* 2014, 323 ss.; S. Tordini Cagli, *Sfere di competenza e nuovi garanti: quale ruolo per il lavoratore?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.1.2020; C. Bernasconi, *La responsabilità colposa e il contributo della vittima nel settore della sicurezza sul lavoro*, in *Discrimen* 18.5.2025; M. Telesca, *Responsabilità penale del datore di lavoro per omesso intervento in presenza di prassi scorretta del lavoratore*, in *CP* 2019, 4417 ss.; G. Marra, *Doveri datoriali di cautela, autoresponsabilità del lavoratore e personalità della responsabilità penale*, in *DPP* 2016, 1341 ss.; P. Piccialli, *Qualche riflessione sul debito di sicurezza in materia antinfortunistica*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, Pisa 2015, 95 ss.; da ultimo L. Leghissa, *Autoesposizione colposa del lavoratore*

in sede civilistica, viene ricompreso nella sfera del rischio elettivo, ossia un rischio volontariamente assunto, non riguardante l'attività lavorativa e cagionato da una scelta del tutto arbitraria ed estemporanea dell'infortunato[2]. Si pensi agli incidenti provocati da curiosità, da spavalderia, da mera attività ludica – in definitiva da scelte esistenziali incomprensibili o da semplici impulsi personali – in relazione ai quali il lavoratore perde il diritto al risarcimento danni e all'indennizzo INAIL[3]. O, ancora, agli infortuni dovuti a un comportamento del lavoratore, che – sebbene rientrante nello svolgimento delle proprie mansioni – risulta gravemente negligente: in questo genere di ipotesi resta fermo il diritto all'indennizzo INAIL, mentre il risarcimento danni può essere talora ridotto ai sensi dell'art. 1227 Cc[4].
In ambito penale, le valutazioni in ordine alla rilevanza – ai fini della possibile esclusione della responsabilità del datore di lavoro (*rectius*, del soggetto identificato come garante della sicurezza sui luoghi di lavoro) – del contegno colposo della vittima si concentrano, in via pressoché esclusiva, sul piano causale, per mezzo del richiamo all'art. 41 co. 2 Cp[5]. Disposizione – senza dubbio – tra le più discusse della parte generale del nostro codice, ma che, nel settore da noi esaminato, va incontro a una sostanziale *interpretatio abrogans*[6], posta l'estrema riluttanza, da parte del diritto vivente, a riconoscere valore interruttivo del nesso eziologico alla condotta tenuta dal lavoratore, finanche laddove connotata da estrema avventatezza.
A questo proposito, un attento studioso ha denunciato «una tendenziale inversione del principio di sussidiarietà» dello *ius terribile*, dal momento che, non di rado, la giurisprudenza civile procede con maggior rigore rispetto a quella penalistica, mostrandosi più facilmente propensa a riconoscere la creazione di un rischio elettivo da parte del lavoratore infortunato, tale da escludere la responsabilità datoriale[7].
Ne emerge un quadro intriso di una visione (ancora) marcatamente paternalistica, nel quale gli spazi riconosciuti all'operare del principio di autoresponsabilità del lavoratore risultano assai ristretti[8]. Il datore di lavoro, in quanto debitore di sicurezza, viene così chiamato a governare un rischio sostanzialmente ubiquitario. Egli non può confidare nel rispetto delle regole cautelari

---

infortunato e responsabilità del DDL, in *ISL* 8-9/2025, III ss. Sono inoltre imprescindibili i lavori monografici di D. Piva, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli 2011 e O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo,* Torino 2003.

[2] Sulla portata di tale concetto, per tutti F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, 47 s.

[3] Cfr. M. Persiani, M. Martone, *Diritto della sicurezza sociale*, Torino 2025, 108 ss.

[4] A riguardo F. Nardelli, *La tutela antinfortunistica opera anche per i rischi derivanti da imprudenza, negligenza o imperizia lavoratore, essendo irrilevante il concorso di colpa*, in *Il Lav. nella giur.* 2022, 724 ss.; D. Tardivo, *La tutela antinfortunistica opera anche per i rischi derivanti da imprudenza, negligenza o imperizia lavoratore, essendo irrilevante il concorso di colpa*, in *ADL* 2020, 1215 ss.

[5] In questa sede non posso nemmeno accennare alle molteplici teorie sviluppatesi intorno all'art. 41 cpv. In proposito v. R. Blaiotta, *La causalità giuridica alla luce della teoria del rischio*, in *CP* 2007, 365 ss., nonché l'originale ricostruzione proposta da A. Vallini, *L'art. 41, cpv., c.p. al banco di prova del diritto penale della sicurezza sul lavoro*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro Luci e ombre del diritto vivente*, cit., 111 ss.

[6] Lo rileva D. Nagni, *Il comportamento del lavoratore come fattore di interruzione del nesso causale*, in *DPP* 2022, 650 ss.

[7] Di questo avviso D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., 324; A. Roiati, *Infortuni sul lavoro e responsabilità oggettiva: la malintesa sussidiarietà dello strumento penale*, in *CP* 2008, 2867 ss.; A. De Lia, *La questione dell'autoesposizione a pericolo da parte della "vittima" nell'ambito degli infortuni sul lavoro: uno sguardo nel "giardino degli epiteti"*, in *CP* 2019, 4317 ss., ritiene niente affatto possibile «giungere alla conclusione che gli orientamenti della giurisprudenza penale siano addirittura più severi rispetto a quelli diffusi in ambito civile».

[8] In argomento: O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima come limite alla responsabilità penale?*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 13.5.2019, 1 ss.; M.L. Mattheudakis, *Prevedibilità e autoresponsabilità della "vittima": uno sguardo critico e propositivo alla casistica*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 25.10.2022, 11.

da parte dei propri sottoposti, ma deve anzi farsi carico di tutte le possibili imprudenze del lavoratore (che costituiscono una variabile fisiologica nell'esercizio dell'attività di impresa), mettendo a punto un sistema di misure preventive volte a tutelare la sua incolumità fisica[9].

2. Procediamo con ordine.
In passato, la giurisprudenza era prevalentemente orientata nel senso di escludere la responsabilità datoriale soltanto qualora il comportamento abnorme del lavoratore risultasse prevedibile *ex ante*, secondo i dettami della teoria della causalità umana di Francesco Antolisei[10]. Da queste premesse scaturiva, di norma, il mancato riconoscimento dell'interruzione del nesso eziologico e, conseguentemente, la condanna del soggetto identificato come garante per i delitti di lesioni o di omicidio colposo consumatisi sui luoghi di lavoro[11]. Facile intuire come la concreta declinazione di tali parametri potesse favorire un ripiegamento nella fallace logica *del senno di poi* (l'*hindsight bias*), in base alla quale tutto ciò che si è verificato risulta anche prevedibile *ex ante*[12].
A seguito della sentenza delle Sezioni unite *Thyssenkrupp* del 2014, si è progressivamente consolidato un indirizzo che, per lo meno astrattamente, dovrebbe circoscrivere con maggior rigore i confini della responsabilità datoriale, facendo leva sui concetti di «gestore del» e «area di» rischio[13]. In una prospettiva siffatta, l'evento lesivo andrebbe imputato al solo soggetto «a cui compete la gestione del rischio e/o il controllo della specifica fonte di pericolo che si è concretizzato» nel verificarsi dell'infortunio, in modo da allontanare lo spettro del surrettizio riconoscimento di una responsabilità di posizione[14].
Ciò premesso, a rilevare ai sensi dell'art. 41 cpv. Cp non sarebbero tanto l'eccezionalità o l'imprevedibilità della condotta tenuta dalla vittima, quanto piuttosto l'esorbitanza, l'eccentricità. l'assoluta anomalia del suo contegno rispetto «al rischio lavorativo che il garante è chiamato a governare»[15]. In altre parole, il rapporto eziologico si interromperebbe soltanto qualora venga introdotto un rischio nuovo, completamente slegato dalle mansioni affidate al lavoratore e, dunque, estraneo alla sfera di competenza del titolare della posizione di garanzia.

---

[9] Cfr. S. Dovere, *Giurisprudenza della corte suprema sulla colpa*, in *Reato colposo. ED*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 581 ss.
[10] F. Antolisei, *Il rapporto di causalità nel diri□o penale*, Padova 1934, *passim.*
[11] Intorno a tale criterio: G. Morgante, *Infortunio del lavoratore imprudente: quando il datore di lavoro non risponde*, in *DPP* 2015, 198 ss.; P. Piccialli, *Omicidio colposo e lesioni personali colpose sul luogo di lavoro: condotta penalmente rilevante e interruzione del nesso causale*, in *www.osservatoriopenale.it*, 6.12.2013.
[12] In argomento C. Valentini, *La 'scoperta' dei bias cognitivi nel processo penale*, in *AP* 3/2025, 11. Con specifico riguardo alle distorsioni logiche nel riscontro della colpa, S. Grosso, *Il giudizio di prevedibilità dell'evento e l'incidenza dell'hindsight e outcome bias sul giudizio di responsabilità colposa*, in *Riv. it. med. leg*. 2016, 584 ss.

[13] Cfr. Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, su cui, tra i tanti: R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, in *GI* 2014, 2566 ss.; G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, in *RIDPP* 2014, 1935 ss.; L. Eusebi, *Formula di Frank e dolo eventuale in Cass., S.u., 24 aprile 2014 (Thyssenkrupp*), in *RIDPP* 2015, 630 ss. Sulla problematica sovrapposizione tra garante e gestore del rischio, si legga A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*: *problemi e prospettive*, in *RivTrimDPenEc.* 2017, 538; nonché il recentissimo studio di A. Provera, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia nel diritto penale*, Torino 2025, 10 ss.
[14] S. Tordini Cagli, *op. cit.*, 7.
[15] Puntualmente Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, cit., par. 13.1, la quale chiarisce che l'eccentricità «renderà magari in qualche caso (ma non necessariamente) statisticamente eccezionale il comportamento ma ciò è una conseguenza accidentale e non costituisce la reale ragione dell'esclusione dell'imputazione oggettiva dell'evento». Intorno a tale mutamento di paradigma, D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *AP* 2/2019.

Questo criterio, di carattere squisitamente normativo, eleva le nozioni di rischio e competenza a «chiave di volta per la comprensione e qualificazione penale degli intrecci causali»[16]. Alla prova dei fatti, tuttavia, anch'esso dimostra una scarsa capacità selettiva del penalmente rilevante, dal momento che la sua declinazione conduce a esiti tendenzialmente analoghi a quelli cui perviene l'indirizzo più risalente: la pronuncia di una sentenza di condanna nei confronti del datore di lavoro, pure a fronte di condotte gravemente negligenti del lavoratore infortunato[17].

2.1. In effetti, nella recente giurisprudenza è ricorrente l'affermazione secondo cui «il comportamento anomalo del lavoratore può acquisire valore di causa sopravvenuta da sola sufficiente a cagionare l'evento, tanto da escludere la responsabilità del datore di lavoro e, in generale, del destinatario dell'obbligo di adottare le misure di prevenzione, solo quando esso sia tale da attivare un rischio eccentrico o esorbitante dalla sfera di rischio governata dal soggetto titolare della posizione di garanzia»[18].
In alcune occasioni, si assiste peraltro a una singolare commistione tra *vecchi* e *nuovi* parametri, che vengono richiamati in maniera congiunta, ma «con inalterata capacità repressiva»[19]. Non è infatti raro scorgere pronunce in cui la condotta abnorme interruttiva della causalità è descritta per mezzo di un indistinto riferimento alle nozioni di eccentricità e anomalia e a quelle di eccezionalità e imprevedibilità, salvo poi negare, nella quasi totalità delle ipotesi, l'effettiva sussistenza di tali condizioni[20].
La casistica risulta purtroppo variegata e assai consistente. Mi limito qui a richiamare alcune vicende a mio avviso emblematiche, conclusesi con il riconoscimento della responsabilità penale in capo al datore di lavoro.
Si pensi:
i) alla morte di un magazziniere, improvvidamente arrampicatosi sugli scaffali per prelevare la merce, travolto dal crollo accidentale di un bancale in legno e poco dopo deceduto a causa di asfissia meccanica violenta[21];
ii) al caso del soggetto, incaricato dal datore di lavoro della gestione di un barbecue per la cottura di alimenti, che, ravvivando il fuoco con dell'alcol, si procurava ustioni che ne determinavano di lì a poco il decesso[22];

[16] Il punto è colto da S. Riccardi, *Infortunistica sul lavoro: rischio abnorme e interruzione del nesso causale*, in *GI* 2022, 2209 ss. Tale impostazione è sostenuta da D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. l'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Criminalia* 2015, 523, il quale circoscrive «l'operatività dell'art. 41, comma 2, c.p. ai casi in cui l'evento lesivo, pur causalmente riconducibile all'agente, esprime un fattore di rischio radicalmente diverso da quello illecito creato da quest'ultimo». Rileva però F. Consulich, *Il concorso*, cit., 343 come, procedendo in tal modo «si camuffa un ragionamento *tutto normativo* (si ritiene *competente* per il rischio il datore di lavoro in quanto titolare di un *potere* organizzativo sul dipendente che ne è invece privo) sotto le spoglie di un accertamento causale».
[17] Cfr. *ex plurimis*: Cass. 5.4.2023 n. 16805; Cass. 8.11.2021 n. 40002; Cass. 17.10.2018 n. 54813; Cass. 5.10.2018 n. 49373, tutte reperibili in *One Legale*; Cass. 23.9.2021 n. 35058, in w*ww.olympus.uniurb.it*; similmente Cass. 9.5.2018 n. 37106, con nota di M. Telesca, *Sicurezza sul lavoro: comportamento abnorme del lavoratore ed interruzione del nesso causale. Il ruolo del rischio (im)prevedibile*, in *DPP* 2018, 1417 ss.
[18] *Ex plurimis*: Cass. 23.6.2025 n. 23220; Cass. 23.11.2022 n. 7012; Cass. 28.11. 2018 n. 5007, in *One Legale.*
[19] Così D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa*, cit., 9.
[20] Paradigmatica, a questo riguardo, Cass. 10.1.2024 n. 12326, con nota di R. Guariniello, *Lavoratore disobbediente, datore di lavoro condannato*, in *ISL* 6/2024, 328 ss.
[21] Cass. 7.8.2025 n. 29235, in *One Legale.*
[22] Cass. 22.7.2025 n. 26841, in w*ww.olympus.uniurb.it*

iii) al soggetto che, nella fase di manutenzione di un silos contenente mosto, infilava la testa all'interno del vaso vinario per recuperare un tappo di un lubrificante utilizzato in tale attività, trovando repentinamente la morte per l'inalazione massiccia di anidride carbonica[23];
iv) all'operaio che, pur a fronte dell'esplicito divieto di eseguire riparazioni sui macchinari, provvedeva alla pulizia di un tubo di aspirazione a mani nude e veniva accidentalmente colpito da una lama, riportando lesioni[24]; o, *mutatis mutandis*, al soggetto che si era adoperato *sua sponte* nella manutenzione di una pedana e aveva subito gravi lesioni a seguito dell'urto con un carrello elevatore, impropriamente impiegato per il trasporto in officina dello strumento guasto[25];
v) al lavoratore rimasto vittima di lesioni a seguito di una caduta da un ponteggio, dapprima montato a regola d'arte, ma inopinatamente modificato, in via autonoma, dagli stessi dipendenti del cantiere per esigenze di praticità tese a velocizzare l'espletamento delle proprie mansioni[26];
vi) al più risalente caso dell'operaio edile che, non disponendo di un bagno di servizio in prossimità del proprio luogo di lavoro, aveva improvvidamente rimosso una griglia metallica del peso di 60 chili, al fine di addentrarsi in un canale di raccolta liquami per espletare i propri bisogni fisiologici, trovando così la morte per asfissia acuta anossica da carenza ambientale di ossigeno[27].
Gli episodi appena menzionati ci restituiscono uno spaccato del tragico fenomeno degli infortuni sul lavoro, dal quale però emerge nitidamente che, al fine di tracciare il «delicato confine tra esorbitanza della condotta del lavoratore e sfera di rischio governata dal datore di lavoro», bisogna tener conto del fatto che il garante deve anche farsi carico delle cautele volte ad evitare «i comportamenti imprudenti e negligenti del lavoratore rientranti in un ambito di ragionevole previsione»[28].
D'altra parte, il rapporto datore di lavoro-dipendenti è per sua stessa natura *asimmetrico*, se non altro perché i secondi operano in una struttura organizzativa (più o meno complessa) predisposta dal primo, secondo le sue direttive e allo scopo ultimo di realizzare il di lui profitto[29]. In una sorta di riequilibrio di una asimmetria siffatta, è stata allora predisposta una regolamentazione tutta a favore dei lavoratori, tale per cui le disposizioni di sicurezza perseguono anche il fine di tutelare questi ultimi dagli infortuni derivanti da loro colpa ed impongono, anzi, al garante di prevenire ed evitare l'instaurarsi di prassi lavorative sciatte o non corrette, «latrici di possibili rischi per la sicurezza e la incolumità» dei propri dipendenti[30].
Il problema è però che – ragionando in questo modo – si finisce con il modellare una figura di datore di lavoro ideale, sganciata da ogni dato di realtà, «totipotente sia sul piano cognitivo che su quello esecutivo»[31], rendendo l'agente in carne e ossa destinatario di una pretesa del tutto

[23] Cass. 13.1.2026 n. 1091, in w*ww.olympus.uniurb.it*
[24] Cass. 23.6.2025 n. 23318, in *One Legale.*
[25] Cass. 25.9.2020 n. 26618, in *One Legale.*
[26] Cass. 28.3.2022 n. 11030, in *One Legale.*
[27] Cass. 19.12.2011 n. 46819, in *DeJure.*
[28] In questi termini Cass. 17.9.2025 n. 31136, in *One Legale.*
[29] Nitidamente F. Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Torino 2024, 131, il quale osserva che «la giurisprudenza addossa al datore di lavoro oneri comportamentali sconosciuti in qualsiasi altro settore», in ragion del fatto che «costui è un soggetto economico che produce rischi seriali per profitto personale e dunque pare meritevole di uno statuto penale differenziato».
[30] Tra le tante pronunce in tal senso, a mero titolo di esempio, Cass. 24.11.2025 n. 38145; Cass. 13.6.2024 n. 23648; Cass. 21.9.2022 n. 34943, in *One Legale.*
[31] D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo. Un catalogo ragionato*, in *DPenCont-Riv. trim.* 3/2016, 238.

irrealistica e non facilmente determinabile *ex ante*[32]. Ciò è tanto più vero se consideriamo la tendenziale inoperatività dell'art. 41 cpv. Cp ogniqualvolta il comportamento abnorme del lavoratore rientri nell'esercizio delle proprie mansioni o sia comunque collocabile entro l'elastica sfera di rischio governata dal garante. Paradigmatico è il caso *sub v* ove, da un lato, una norma cautelare primariamente volta alla tutela dell'igiene sul luogo di lavoro è stata eretta a presidio antinfortunistico generale e, dall'altro, la condotta della vittima, senza dubbio avventata, non è stata ritenuta abnorme e interruttiva della serie causale sfociata nella produzione dell'*exitus*[33].

2.2. Tuttavia, consultando archivi e banche dati, sono reperibili sporadiche pronunce che escludono la responsabilità penale del datore di lavoro, riconoscendo valore interruttivo al contegno imprudente del lavoratore infortunato.
Anche qui, mi sembra interessante menzionare alcune recenti vicende.
In primis, quella riguardante il lavoratore, operaio capace ed esperto, che, dopo aver invitato un collega a non eseguire lo smontaggio di un parapetto prima dell'arrivo della gru, procedeva egli stesso alle operazioni senza imbragatura, e – a seguito del ribaltamento della trave – decedeva a causa di un gravissimo trauma toracico addominale[34]. Nell'occasione i giudici di legittimità hanno annullato con rinvio una doppia sentenza di condanna per il reato di omicidio colposo emessa nei confronti dei datori di lavoro: le palesi anomalie riscontrate nella condotta della vittima – segnatamente: lo svolgimento di un'attività pericolosa al di fuori dell'orario di cantiere e subito dopo aver intimato agli altri operai di interromperla (così violando in maniera deliberata protocolli di sicurezza da lui evidentemente conosciuti) – sembrerebbero infatti deporre nel senso di un'abnormità rilevante ai sensi dell'art. 41 cpv. Cp[35].
Si pensi poi alle lesioni patite da un muratore caduto da un ponteggio, adeguatamente installato poco prima dell'inizio dei lavori, ma poi oggetto di una riparazione di fortuna da parte degli stessi operai, ritenuta dal perito «demenziale» e «completamente estranea a qualunque standard di ragionevolezza»[36]. Anche in tal caso, la S.C. ravvisò la presenza di «un rischio nuovo, o forse meglio altamente esorbitante rispetto all'ordinario rischio di caduta» di cui il datore di lavoro non poteva essere chiamato a rispondere[37].
O, ancora, si pensi al decesso dell'operaio che, nel tentativo di sbloccare un cuscino automatico, inserì impropriamente un palanchino nell'intercapedine, venendo investito dall'improvvisa fuoriuscita dell'apparecchiatura. Condotta che fu giudicata abnorme, perché «radicalmente, ontologicamente, lontana dalle ipotizzabili, e quindi prevedibili, scelte, anche imprudenti, di un lavoratore, nell'esecuzione del lavoro»[38].

---

[32] Sull'ampiezza degli obblighi di sicurezza e vigilanza ricadenti sul datore di lavoro, P. Veneziani, *Deleghe di funzioni e culpa in vigilando nella prospettiva della sicurezza sul lavoro,* in *Discrimen*, 17.7.2024.; T. Vitarelli, *"Obblighi" apicali e "oneri" metaindividuali in materia di sicurezza sul lavoro: intersezioni e differenze*, in *AP* 1/2023, 1 ss.

[33] Ove – come chiarisce D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., 363 – sulla scorta del criterio della prevedibilità, la Corte ha avuto «l'ardire di considerare tipica la morte *per infortunio* rispetto alla violazione della regola cautelare in materia di *igiene*». La vicenda viene ripercorsa da O. Di Giovine, *L'autoresponsabilità della vittima*, cit., 14.

[34] Cass. 23.11.2022 n. 7012, cit.

[35] *Ibidem.*

[36] Cass. 27.5.2015 n. 22378, in *One Legale.*

[37] *Ibidem.*

[38] Cass. 29.3.2018 n. 31615, in *One Legale.* A medesimi esiti pervenne Cass. 3.3.2016 n. 8883, con nota di L.M. Pelusi, *La condotta imprevedibilmente colposa del lavoratore infortunato esclude la responsabilità penale del datore: un superamento del criterio dell'abnormità?,* in *DRI* 2017, 857 ss., relativa al caso di un elettricista manutentore che, al fine di svolgere le proprie mansioni, scese dall'elevatore e camminò sulle lastre di fibrocemento del tetto, precipitando e subendo gravi lesioni. Qui la S.C., dopo aver appurato l'adempimento di

A medesimi esiti – esclusione della responsabilità datoriale – sono pervenuti altri procedimenti, come quello avente a oggetto il caso dell'operaio che, sempre per riparare una macchina utensile, infilò le mani nell'ingranaggio – anziché l'apposito attrezzo ricevuto regolarmente in dotazione – subendo così gravi lesioni[39]; o quello riguardante la morte del dipendente agricolo, «capace ed affidabile», deceduto a causa dell'improprio utilizzo di un apparecchio non presente in azienda (una trinciatrice di «elevata potenza distruttiva»), domandato in prestito al proprietario del terreno confinante poco prima dell'infortunio letale e a completa insaputa del datore di lavoro[40].

3. Nonostante le sentenze assolutorie da ultimo richiamate[41], in giurisprudenza resta consolidata l'impostazione provocatoriamente definibile *iper-colpevolista*, che svaluta pressoché *in toto* la condotta imprudente del lavoratore infortunato[42], riservando strettissimi margini all'operare dei principi di affidamento[43] e di autoresponsabilità.

In effetti, dall'analisi effettuata poc'anzi sembra emergere che la responsabilità penale del datore di lavoro-garante venga esclusa unicamente quando egli «ha posto in essere anche le cautele finalizzate proprio alla disciplina e governo del rischio di quel comportamento imprudente»[44]. Solo in quelle ipotesi – statisticamente rarissime – la giurisprudenza conclude per la sussistenza di un rischio eccentrico, tale da ricondurre la causazione dell'evento lesivo (esclusivamente) al contegno colposo del lavoratore. A ben vedere, si tratta però di casi ove a mancare, prima ancora che la causalità, è la stessa condotta tipica, non essendo ravvisabile, in capo al garante/gestore del rischio, alcun genere di omissione rilevante *ex* art. 40 cpv. Cp.

Le ragioni ultime di un approccio tanto rigoroso vanno principalmente ricercate sul piano politico-criminale. Nel contrasto al fenomeno degli infortuni sul lavoro, il massiccio impiego dello *ius terribile* sembra assolvere a (una comprensibile, ma invero impropria) funzione di «ingegneria sociale», in risposta a pressanti istanze general preventive e su spinta del principio

tutti gli obblighi prevenzionistici, ha escluso la responsabilità del garante, concludendo per l'esorbitanza del contegno del lavoratore.

[39] Cass. 28.11.2018 n. 5007, in *One Legale*: nell'occasione la Corte ritenne «accertato non solo che il rischio di schiacciamento era comunque stato previsto, ma anche che il lavoratore era stato effettivamente dotato degli strumenti idonei ad effettuare le mansioni richieste in completa sicurezza».

[40] Cass. 15.9.2021 n. 33976, in *One Legale.* Similmente, Cass. 26.6.2014 n. 33417, in w*ww.olympus.uniurb.it*. Nella giurisprudenza di merito, ad esempio, Trib. Milano 16.1.2023 n. 14007, in w*ww.olympus.uniurb.it*, la quale ha assolto il datore di lavoro in un caso di lesioni subite da un dipendente che era salito su un trattorino adibito alla raccolta rifiuti per farsi trasportare da una parte all'altra della stazione ferroviaria in cui effettuava il servizio di pulizie. I giudici ritennero, infatti, l'incidente imputabile al comportamento «del tutto eccentrico, rispetto alle sue mansioni, e alle direttive organizzative ricevute, dell'infortunato». Costui non avrebbe mai dovuto prendere posto sul trattorino perché, oltre a non essere in alcun modo consentito, non era necessario all'espletamento delle mansioni affidategli che riguardavano la semplice raccolta de rifiuti dalla banchina; tale comportamento non era dunque prevedibile da parte del datore di lavoro. Inoltre, «la manovra posta in essere dal lavoratore, quella di posizionarsi, senza alcuna ragione, su un mezzo quale quello descritto, composto da un trattorino e da un rimorchio collegati da uno snodo mobile, con le gambe posizionate vicino a tale snodo, è all'evidenza percepibile come pericolosa non solo da parte di un operatore esperto, ma anche di un lavoratore alle prime armi e di qualunque persona, senza necessità di formazione o informazione alcuna». Cfr. sul punto il commento di D. Pagani, *Infortuni sul lavoro e omessa formazione: la corretta delimitazione del giudizio di responsabilità a carico del datore di lavoro in una pronuncia di merito*, in *CP* 2023, 1733 ss.

[41] Per un'ampia analisi del diritto vivente si rimanda a: L. Leghissa, *op. cit.*, III ss.

[42] M. Oggiano, *Infortuni sul lavoro: l'etichettatura di sicurezza sui macchinari non esclude il dovere di vigilanza del datore di lavoro*, in *PenDP* 1/2021, 146 ss.

[43] Imprescindibile M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano 1997, *passim*; nonché F. Mantovani, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *RIDPP* 2009, 536 ss.

[44] Cass. 23.6.2025 n. 23320, in *One Legale.*

solidaristico di cui all'art. 2 Cost.[45]. Come infatti sappiamo «il sistema degli obblighi prevenzionistici è prevalentemente orientato a fronteggiare il rischio insito nelle attività produttive, per la tutela della vita, incolumità e salute dei lavoratori»[46]. Ne deriva il riconoscimento, in capo al datore di lavoro, di un onnicomprensivo dovere di protezione e vigilanza nei confronti dei propri dipendenti (senza considerare i terzi estranei all'organizzazione produttiva), che *de facto* conduce a una sua *iper-responsabilizzazione.* In effetti, questi è chiamato a neutralizzare rischi di ogni genere e specie, affinché i lavoratori siano posti nelle condizioni di massima sicurezza possibile e sia impedita loro anche la stessa auto-esposizione a pericolo per negligenza, superficialità o dissennatezza.
Accanto all'incontrollata dilatazione della posizione di garanzia datoriale, si assiste poi a un problematico adattamento – *rectius* ad una *flessibilizzazione* estrema[47] – delle categorie sostanziali (causalità e colpa)[48], per lo più «guidato da obiettivi simbolici e compensativi, oltre che più direttamente riparatori»[49]. Il rischio – nemmeno troppo celato – è che, al fine di dare soddisfacimento ad avvertite esigenze di giustizia sociale, sia punito colui che non ha rimediato/non ha adeguatamente vigilato sulla stupidità di altri, riconoscendo, ancora una volta, implicito diritto di cittadinanza a una vera e propria responsabilità di posizione/per ruolo direttivo, secondo l'arcaica (ma sempre attuale) logica del capro espiatorio[50].
Certo, è vero: il lavoratore è innanzitutto un *creditore di sicurezza*, l'anello debole del sistema produttivo[51], come icasticamente dimostrano le tragiche statistiche degli infortuni sui luoghi di lavoro (basti pensare che nei primi 11 mesi del 2025 sono stati denunciati ben 731 decessi, al netto di quelli *in itinere*)[52]. Al tempo stesso, però, il diritto penale non può divenire l'abusato farmaco per curare quella che è, a tutti gli effetti, una patologia sistemica, il distorto strumento di "compensazione sociale" per garantire il ristoro della vittima (e dei suoi familiari) – quand'anche il verificarsi dell'infortunio dipenda da sua esclusiva colpa – e, più latamente, la soddisfazione delle pressanti istanze punitive della collettività e del media, a fronte degli effetti avversi scaturenti dall'esercizio delle attività produttive.
Non può del resto essere dimenticato il fatto che, con il passaggio da un modello iperprotettivo a un sistema collaborativo e multilaterale, sul lavoratore grava un obbligo di autotutela, che rende indispensabile una sua crescente responsabilizzazione, nella prospettiva, appunto, di implementare gli *standard* di sicurezza. Ed ecco allora che il datore di lavoro non andrebbe (più) considerato alla stregua di un angelo custode[53], depositario di un generalizzato e

[45] È l'efficace espressione impiegata da F. Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, cit., 135.
[46] Così F. Palazzo, *Obblighi prevenzionistici, imputazione colposa e discrezionalità giudiziale*, in *DPP* 2016, 1545 ss.
[47] Intorno a tal fenomeno A. Gargani, *La "flessibilizzazione" giurisprudenziale delle categorie classiche del reato di fronte alle esigenze di controllo penale delle nuove fenomenologie di rischio*, in *LP* 2011, 397 ss.
[48] Non a caso, a detta di D. Castronuovo, *Fenomenologie della colpa in ambito lavorativo*, cit., 218, il settore del diritto penale del lavoro è «un vero "laboratorio" di sperimentazione di soluzioni teoriche su capitoli primari di "parte generale"».
[49] Condivisibili rilievi sul punto in A. Perin, *Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *DPenCont-Riv. trim.* 2/2012, 112; v. inoltre le osservazioni di O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 112.
[50] Su cui basti il rinvio a M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna 2022. Sul pericolo che «il diritto penale del rischio si trasformi nel diritto penale del capro espiatorio» già M. Randon, *Le posizioni di garanzia in materia di prevenzione degli infortuni sul lavoro tra criterio formalistico e principio di effettività*, in *CP* 2017, 2637 ss.
[51] Emblematicamente Cass. 27.5.2015 n. 22378, cit., la quale paragona il lavoratore a un «ingranaggio fragile di un apparato gravido di pericoli».
[52] Sono liberamente accessibili i dati INAIL 2025 rielaborati dall'Osservatorio Sicurezza sul Lavoro e Ambiente, in *www.vegaengineering.com.*
[53] Così R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino 2023, 37.

ubiquitario dovere di vigilanza, essendo innanzitutto tenuto ad assolvere agli obblighi di informazione, formazione ed addestramento dei lavoratori. Indi per cui, una volta dimostrato che egli «ha fornito tutti i mezzi idonei alla prevenzione ed ha adempiuto a tutte le obbligazioni proprie della posizione di garanzia»[54], la sua responsabilità penale per l'evento cagionato dalla condotta colposa della vittima andrebbe giocoforza esclusa. Appare del resto irrealistico non riporre nel lavoratore adeguatamente formato una certa «quota di affidamento» a che si astenga, quantomeno, dal compiere leggerezze macroscopiche o azioni sconsiderate, senza necessità di esser sottoposto a un controllo continuativo e penetrante[55].
Abbiamo però avuto modo di constatare come simili affermazioni, pur di frequente ribadite nella prassi, restino poco più che una petizione di principio. Col risultato di dilatare considerevolmente l'ambito di applicazione del diritto penale – con buona pace dei valori della sussidiarietà e dell'*extrema ratio*[56], da una parte, e quelli della prevedibilità e della certezza del diritto dall'altra –, mettendo peraltro a rischio il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, finanche inteso nella sua accezione minima di divieto di responsabilità per fatto altrui.

3.1. La disapplicazione *in action* dell'art. 41 cpv. Cp ci rivela chiaramente che – nel contesto qui esaminato – l'indagine eziologica non consente di porre alcun reale filtro al riconoscimento della responsabilità penale in capo al datore di lavoro. Attenta dottrina ha condivisibilmente osservato che, ragionando in termini (esclusivamente) causali, la giurisprudenza cade spesso vittima di un cortocircuito logico, poiché, in buona sostanza, ricava *ex post*, dal verificarsi dell'infortunio, una qualche mancanza da parte del garante, così privando in radice l'art. 41 cpv. Cp di ogni capacità selettiva[57].
Inoltre, dall'analisi del diritto vivente, emerge una triplice confusione di piani, tra il momento di individuazione della condotta omissiva rilevante *ex* art. 40 cpv. Cp, l'accertamento del nesso di causalità e quello della colpa. Da un lato, i contenuti della posizione di garanzia e, dunque, dell'omissione tipica vengono tendenzialmente ricavati dalle medesime fonti che definiscono i doveri cautelari[58]. Dall'altro lato – e in via complementare – in ambito omissivo il riscontro della causalità e quello della colpa finiscono inesorabilmente con il sovrapporsi[59]. Come è noto,

[54] Con ricchezza di argomenti: Cass. 10.2.2016 n. 8883; Cass. 5.5.2015 n. 41486, in *DeJure*.
[55] C. Bernasconi, *op. cit.*, 14. *Amplius* M.L. Mattheudakis, *Il principio di affidamento nella dialettica cautelare tra datore di lavoro e lavoratore: un argine al paternalismo?*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. Mantovani, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, M. Caianiello, Bologna 2016, 577 ss.
[56] A. Roiati, *op. cit.*, 2867 ss.
[57] Lo rileva M.L. Mattheudakis, *Prevedibilità e autoresponsabilità della "vittima"*, cit., 13.
[58] Ha ragione F. Consulich, Errare commune est. *Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28.3.2022 quando afferma che «l'omissione colposa è un concetto composto da due anime indistinguibili all'atto pratico». Sulla problematica sovrapposizione tra *doveri di diligenza* e *doveri di garanzia*, diffusamente D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa, 2023, 107 s. L'A. rileva come, all'atto pratico, i due momenti giuridici dell'omissione impropria non siano agevolmente separabili, specie «quanto alle fonti da cui sorge la pretesa della garanzia e la pretesa della diligenza», ma nondimeno ribadisce la necessità di tenere tali fasi del giudizio comunque distinte, pena il rischio di «bypassare la messa a fuoco della condotta omissiva tipica […], dando vita a un modello di reato di evento che non passa dal momento chiave dell'[individuazione della] condotta». Sulla questione v. R. Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitati al modello differenziato*, Torino 2010, 91; nonché M. Grotto, *Principio di colpevolezza, rimproverabilità soggettiva e colpa specifica*, Torino 2012, 270, che distingue «l'obbligo giuridico di impedire l'evento in una situazione di altrui minorata tutela (posizione di garanzia) e «la regola cautelare cui il titolare della posizione di garanzia deve attenersi per soddisfare il predetto obbligo giuridico (colpa)». Sulla commistione tra omissione, causalità e colpa, altresì, A. Massaro, *Omissione e colpa*, in *Reato colposo. ED*, cit., 872 ss.; sulla componente omissiva della colpa, imprescindibile la lettura di A. Gargani, Ubi culpa, ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *IP* 2000, 578 ss.
[59] Questa parziale sovrapposizione costituisce un'eventualità del tutto fisiologica, come rilevano le stesse Sezioni

la definizione del comportamento alternativo lecito, del contenuto della pretesa doverosa, rappresenta un momento cruciale (e assai problematico) nella costruzione del rimprovero *per colpa*, l'indispensabile presupposto logico del giudizio di prevedibilità ed evitabilità dell'evento lesivo. Al contempo, però, il comportamento alternativo lecito costituisce la «protasi controfattuale» nel giudizio, tutto ipotetico-normativo, sulla causalità dell'omissione[60].

I ristetti limiti del presente intervento non consentono di approfondire oltre questioni tanto delicate e non scevre da implicazioni dogmatiche. Quello che mi preme sottolineare è soltanto come ancora troppo spesso il riconoscimento della responsabilità datoriale per l'infortunio del lavoratore imprudente prescinda da un rigoroso accertamento della colpa, che – una volta data prova del nesso eziologico – viene disinvoltamente affermata (*rectius* presunta) in forza della sussistenza, in capo al datore di lavoro-garante-gestore del rischio, di un obbligo impeditivo del reato[61].

Dunque, la strada per fugare lo spettro della responsabilità oggettiva (o, peggio, della responsabilità per fatto altrui) passa necessariamente attraverso un accrescimento del rigore nella dimostrazione della colpa, in tutte le sue componenti. La considerazione è forse scontata, ma va a mio avviso ribadita anche oggi, proprio in ragione del denunciato "appiattimento" giurisprudenziale su valutazioni inerenti alla causalità e alla sua (im)possibile interruzione[62]. Con l'ulteriore precisazione che la colpa non può ritenersi provata all'esito di un frettoloso vaglio sulla prevedibilità dell'evento: adottando un simile approccio, infatti, il giudizio si espone al rischio di facili manipolazioni (anche dovute a distorsioni cognitive), che tendenzialmente conducono ad ampliare *ex post* i contenuti della pretesa doverosa, così da ritenere sempre e comunque prevedibile il contegno imprudente della vittima[63].

L'accertamento andrebbe piuttosto strutturato come segue.

In primo luogo, bisognerebbe dimostrare che l'evento *hic et nunc* rientrava proprio nel novero di quelli che la condotta doverosa individuata *ex ante* mirava ad evitare: esso deve, insomma, costituire la *concretizzazione* dello specifico rischio presidiato dall'operare di una determinata norma profilattica[64]. In secondo luogo, occorrerebbe verificare se, nel contesto di volta in volta considerato, il contegno doveroso omesso avrebbe consentito di evitare l'evento delittuoso.

È in questa fase del giudizio che dovrebbero essere più propriamente effettuate le valutazioni in ordine alla rilevanza del comportamento imprudente dell'infortunato, anche a fronte della complessa dinamica relazionale e organizzativa in cui si inserisce la produzione dell'evento lesivo[65]. Ecco allora che la colpa del datore di lavoro garante sarebbe da escludersi ogniqualvolta emergesse che è stato lo stesso lavoratore ad innescare, con la sua azione inspiegabile, un rischio totalmente estraneo alle scelte gestionali «censurabili alla luce della

---

unite *Thyssen*. Cfr. Cass. SU 24.4.2014 n. 38343, par. 27.1.; Sottolinea infatti D. Castronuovo, *Colpa penale*, in *Reato colposo. ED*, cit., 217, che in ambito omissivo «il profilo della evitabilità viene in rilievo già a livello di causalità della condotta, poiché, per accertare che l'omissione è stata *condicio sine qua non* dell'evento, occorre verificare che la condotta non tenuta avrebbe impedito la verificazione del risultato». In argomento è imprescindibile M. Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, in *ED*, Milano 2010, 635 ss.; v. inoltre i rilievi di D. D'Auria, *Causalità e colpa: una costante ed indebita sovrapposizione*, in *DPP* 2014, 751 ss.

[60] C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *Riv. it. med. leg.* 1991, 841 ss.

[61] F. Consulich, Errare commune est, cit., 12.

[62] Esigenza ravvisata anche da D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa*, cit., 9.

[63] Cfr. D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., 346.

[64] A questo proposito il rinvio è a D. Petrini, *Rischi di responsabilità oggettiva nell'accertamento della colpa del datore di lavoro e dei dirigenti*, in *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, a cura di R. Bartoli, Firenze 2010, 298 ss.

[65] Sulla struttura dinamica e relazionale della colpa, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, 321 ss.

violazione di qualche cautela»[66]. Un approccio siffatto riserva uno spazio di operatività al principio di affidamento del datore di lavoro nell'altrui diligenza e – simmetricamente – a quello di autoresponsabilità del lavoratore, smussando parzialmente i tratti paternalistici che caratterizzano l'odierno diritto penale giurisprudenziale del lavoro[67].

Da ultimo, nel processo di *concretizzazione* e *individualizzazione* del rimprovero *per colpa*, non sembra davvero possibile prescindere da un'approfondita indagine sull'esigibilità della pretesa doverosa, ossia sulla concreta possibilità di pretendere l'osservanza della regola cautelare violata in ragione delle peculiarità del caso di specie. È proprio al momento di dimostrare la colpevolezza colposa che possono venire in rilievo variabili individuali o di contesto, che – per una ragione o per un'altra – hanno reso impraticabile il compimento dell'azione dovuta da parte del datore di lavoro in carne ed ossa[68]. Queste circostanze anomale e imponderabili operano alla stregua di «fattori di distorsione» della pretesa doverosa: la loro sussistenza imporrebbe, pertanto, al giudicante di escludere la responsabilità del soggetto agente, il quale, pur avendo violato una qualche cautela, non aveva concretamente «il potere di adeguarsi alle aspettative di diligenza rimaste deluse»[69].

A tal proposito, vanno salutate con favore le caute aperture nella recente giurisprudenza di merito e di legittimità. Il pensiero corre, in particolare, ad alcune pronunce della Quarta Sezione della S.C., la quale, proprio in tema di sicurezza sul lavoro[70], ha mostrato una crescente attenzione verso i profili «soggettivi» e «psicologici» del rimprovero per colpa, aprendo le porte ad una verifica sulle effettive capacità dell'autore del reato di «uniformarsi al precetto cautelare» preventivamente determinato[71]. Si pensi, ad esempio, alla repentina instaurazione, da parte dei lavoratori, di una prassi sciatta elusiva delle norme antinfortunistiche foriera di infortuni, non conosciuta o non conoscibile dal titolare della posizione di garanzia Questi patologici comportamenti, pur non risultando abnormi o esorbitanti rispetto alle mansioni assegnate, non sono in alcun modo impedibili dal datore di lavoro-garante, a cui non può essere realisticamente demandata una «diuturna» sorveglianza dei propri dipendenti[72]. Condivisibile, dunque, la pronuncia di sentenza di assoluzione perché il fatto non costituisce reato.

---

[66] In altre parole, si tratta di comprendere se, nel caso concreto, sia stata la vittima, con la sua condotta dissennata, a «innescare l'*Anlass*, attivando il fattore di rischio che ha provocato l'auto-infortunio». Così D. Micheletti, *La responsabilità esclusiva del lavoratore*, cit., 345. A conclusioni similari perviene F. Consulich, *Il concorso*, cit., 267, che costruisce il rimprovero per colpa sul concetto di nesso organizzativo.

[67] D. Castronuovo, *Profili relazionali della colpa*, cit., 9.

[68] Cfr. F. Consulich, *Il concorso*, cit., 125; D. Castronuovo, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *GI* 2021, 2218 ss.; Id. M*isura soggettiva e indici di rimproverabilità. una critica alle concezioni ultra-normative della colpa*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 7.2.2025. Sulla crescente considerazione della c.d. misura soggettiva della colpa nell'ambito degli infortuni sul lavoro: R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 298 ss.; C. Piergallini, *Colpa (diritto penale*), in *ED*, Milano 2017, 250. Per approfonditi sviluppi sul punto: D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 339; di recente S. Prandi, *L'inesigibilità nel prisma della colpa*, in *RIDPP* 2024, 1057 ss.

[69] Cfr. Cass. 19.1.2026 n. 1909, in *One Legale.*

[70] Si vedano, ad esempio: Cass. 10.6.2022 n. 22628; Cass. 6.3.2019 n. 20270; Cass.8.10.2020 n. 1096; Cass. 18.5.2021 n. 19565; Cass. 11.12.2020 n. 9749; in tema di bancarotta: Cass. 17.5.2021 n. 19338, tutte reperibili in *One Legale.* Per un'analisi di tale filone giurisprudenziale, S. Dovere, *op. cit.*, 581.

[71] Cfr. R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 298.

[72] Cfr. paradigmaticamente Cass.8.10.2020 n. 1096, cit.; similmente Cass. 12.3.2021, n. 9824, commentata da R. Guariniello, *Una illuminante pronuncia della Cassazione sulla vigilanza del datore di lavoro*, in *ISL* 2/2024, 69 ss., la quale ha escluso la responsabilità dell'imprenditore edile per la morte di un proprio dipendente per colpo di calore, in quanto costui – dopo aver ingerito alcol – non aveva indossato l'apposito elmetto in dotazione esponendosi alle alte temperature della stagione estiva. Qui la Corte ritenne che nei confronti del datore di lavoro non potesse muoversi alcun rimprovero colposo, non essendovi «la certezza che egli fosse a conoscenza» dell'instaurazione di tale deleteria prassi comportamentale.

Comunque sia, il terreno della colpevolezza colposa resta ancora ampiamente inesplorato ma, da qualche anno, il tema dell'esigibilità del comportamento dovuto suscita un ampio e fecondo dibattitto. Alla luce dei recenti sviluppi, mi pare allora certo che sia (e sarà) proprio questa la *sedes* privilegiata dalla giurisprudenza per operare quel necessario «ridimensionamento dei caratteri di attribuzione della responsabilità datoriale», nella prospettiva di eliminare le residue "sacche" di responsabilità oggettiva, garantendo, così, il pieno inveramento del principio di colpevolezza[73].

[73] È proprio in questa fase di giudizio che – stando all'*iter* seguito da Cass. 19.1.2026 n. 1909, cit. – verrebbero in rilievo «i profili dell'autoresponsabilità del lavoratore e dell'affidamento del datore». In particolare, la S.C. non condivide la «ricostruzione secondo cui l'esclusione della responsabilità del datore di lavoro passa unicamente attraverso la valutazione del comportamento del lavoratore come eccezionale o aberrante o comunque eccentrico o esorbitante rispetto alla sfera di rischio garantita dal datore […]; dovendosi invece ritenere che, esclusa la c.d. abnormità, comunque residui un'area in cui la responsabilità del datore di lavoro vada valutata secondo i criteri di imputazione della responsabilità colposa».

L'INDIVIDUAZIONE DEL DATORE DI LAVORO NEL DIRITTO PENALE DELLE ORGANIZZAZIONI COMPLESSE ALLA PROVA DELLA MULTIDATORIALITÀ(*)

di Andrea Piccaluga (Dottorando di ricerca in diritto penale, Università di Genova)

Lo scritto affronta il fenomeno della multidatorialità, prendendo le mosse da una recente sentenza della Corte di cassazione. Dopo aver messo a fuoco i presupposti operativi e le implicazioni pratiche che discendono dalla compresenza, in seno alla medesima organizzazione, di più soggetti titolari, a diverse latitudini, della posizione di garanzia datoriale, il lavoro si sofferma sulla distinzione tra i diversi istituti di autorganizzazione con cui il penalista è chiamato a confrontarsi: la delega di gestione, l'atto di individuazione del datore di lavoro "decentrato" e la delega di funzioni. La convinzione di fondo è che soltanto una nitida delimitazione di tali strumenti può consentire di individuare gli esatti centri di imputazione nell'ambito dell'organizzazione, al fine di ridurre il rischio di responsabilità da posizione.
This paper examines the phenomenon of multiple employers, starting from a recent ruling by the Supreme Court. After focusing on the operational assumptions and practical implications arising from the coexistence, within the same organisation, of several entities holding, at different levels, the position of employer liability, the paper focuses on the distinction between the various self-organisation institutions with which criminal lawyers are called upon to deal: management delegation, the act of identifying the "decentralised" employer and the delegation of functions. The underlying belief is that only a clear delimitation of these instruments can make it possible to identify the exact centres of responsibility within the organisation, in order to reduce the risk of positional liability.

Multidatorialità – autorganizzazione - delega di gestione – delega di funzioni
Multiple employers – self organisation – managment delegation – delegation of function

Sommario: 1. Premessa: a partire da una recente sentenza della Corte di Cassazione. – 2. La multidatorialità: la distinzione tra datore di lavoro di vertice e datore di lavoro decentrato. – 2.1. … e la distinzione tra datore di lavoro decentrato e dirigente. – 3. L'intreccio dei tre atti di autorganizzazione. – 3.1. La delega di gestione e l'individuazione del datore di lavoro di vertice. – 3.2. L'atto di individuazione del datore di lavoro decentrato. – 3.3. La delega di funzioni e la sua trasversalità. – 4. I residui spazi di corresponsabilità tra datore di lavoro di vertice e decentrato. – 5. In conclusione: guardando al futuro con cauto ottimismo.

1. Il tema dell'estensione della posizione di garanzia del datore di lavoro nell'ambito delle organizzazioni complesse si è affermato ormai da tempo come uno dei principali snodi del diritto penale del lavoro e, più in generale, del diritto penale contemporaneo. L'argomento appare in continua evoluzione, anche per effetto delle sollecitazioni emergenti dalla prassi di cui la giurisprudenza è investita.
Nel solco di tale dialogo tra novità e tradizione, vorrei concentrare l'attenzione su una recente pronuncia della Corte di Cassazione, la n. 22584 del 2025[1], che, oltre ad offrire interessanti

*Il presente contributo costituisce una versione aggiornata e arricchita di note minime dell'intervento tenuto al Convegno "*Sicurezza sul lavoro e responsabilità penale. Tra teoria e prassi",* svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Genova il 19 settembre 2025.
[1] Cass. 8.5.2025 n. 22584, reperibile in *De Jure*.

spunti di riflessione sulla c.d. teoria della multidatorialità, costituisce l'occasione per distinguere i diversi strumenti di autorganizzazione in materia prevenzionistica con cui il penalista è chiamato a confrontarsi.
Riassumendo brevemente la vicenda, la Procura di Savona esercitava l'azione penale nei confronti dell'amministratore delegato di una nota catena di supermercati per violazione dell'art. 29 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 (da ora TUSL), non avendo adempiuto ai doveri indelegabili gravanti sul datore di lavoro e, cioè, l'elaborazione del documento di valutazione dei rischi e la nomina del responsabile del servizio di prevenzione e protezione. Le unità produttive locali erano, sì, dotate di DVR e di RSPP, ma la relativa redazione e nomina non era stata posta in essere dall'amministratore delegato – che, in ipotesi accusatoria, veniva individuato quale (unico) datore di lavoro -, bensì da due diversi soggetti, dirigenti responsabili delle locali unità produttive.
Il Tribunale di Savona[2] non accoglieva, tuttavia, tale ricostruzione e assolveva l'imputato, sul presupposto che l'elaborazione del DVR e la nomina del RSPP erano ben state poste in essere da soggetti effettivamente qualificabili come datori di lavoro "decentrati", in quanto a capo delle singole unità produttive di rispettiva pertinenza; di conseguenza, non si poteva ravvisare una qualche responsabilità in capo all'imputato, datore di lavoro "di vertice", che dunque andava assolto per insussistenza del fatto.
La Procura ricorreva *per saltum* per Cassazione.
La Suprema Corte rigettava il ricorso e confermava l'assoluzione. La motivazione, seppur sintetica, aderisce nitidamente, al pari del giudice di merito, alla teoria della multidatorialità.

2. Con l'espressione "multidatorialità"[3] ci si riferisce, in ambito prettamente penalistico[4], alla coesistenza, nella stessa entità societaria, di diversi soggetti titolari della qualifica di datore di

[2] T. Savona 18.6.2024 n. 944.
[3] Il tema è già affrontato da D. Pulitanò, *Igiene e sicurezza (tutela penale)*, in *DigDPen Agg. I*, Torino 2000, 392. Tratta puntualmente la tematica E. Scaroina, *La responsabilità penale del datore di lavoro nelle organizzazioni complesse*, in www.sistemapenale.it 16.6.2021. Nella manualistica più recente, si vedano le riflessioni di F. Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, Torino 2024, 76; R. Blaiotta, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*[2], Torino 2023, 48 ss.; S. Tordini Cagli, *I soggetti responsabili*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*[3], a cura di D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre e V. Valentini, Torino 2023, 85. Nella prospettiva della scienza dell'organizzazione si veda L.E. Golzio, *I modelli organizzativi per la prevenzione dei rischi in impresa: il confronto tra monodatorialità e multidatorialità*, in DSL 1/2023, 55 ss.
In giurisprudenza particolarmente significativa è la sentenza sul disastro ferroviario di Viareggio, Cass. 6.9.2021 n. 32899, in *GI* 2022, 953 con nota di V. Mongillo, *Imputazione oggettiva e colpa tra ''essere'' e normativismo: il disastro di Viareggio*; il tema ricorre anche, ad esempio, in Cass. 7.1.2016 n. 18200, in *De Jure* e Cass. 13.3.2013 n. 11835, in *De Jure*. Si pone in una posizione isolata Cass. 17.3.2022, n. 9028, in www.sistemapenale.it 9.6.2022, con nota di A. Rossetti, *L'individuazione del datore di lavoro ai sensi del d.lgs. 81/2008: uno scostamento dalle Sezioni Unite*, pronuncia dalla quale emergerebbe che può essere qualificato come datore di lavoro solo chi esercita poteri di gestione e di spesa «con riferimento a tutta l'operatività aziendale», affermando, in netto contrasto con l'opinione prevalente anche in dottrina, «l'unicità del concetto di datore di lavoro», che porterebbe «ad escludere che la relativa figura possa essere sotto-articolata a seconda delle funzioni svolte o dei settori produttivi».
[4] Il lemma nel diritto "privato" del lavoro è utilizzato in relazione ad istituti, spesso raggruppati sotto l'espressione codatorialità, diversi rispetto a quelli che vengono in rilievo in questa sede. Il riferimento corre alla scissione, in seno al medesimo rapporto di lavoro intercorrente con il lavoratore, tra la titolarità formale (soggetto, *in primis*, debitore della prestazione retributiva) e la titolarità sostanziale (soggetto titolare dei poteri disciplinari e di *ius variandi*), fenomeno riscontrabile nella somministrazione e nel distacco; ma si pensi anche al fenomeno delle reti e dei gruppi di imprese. Per una panoramica generale, si veda L. Gaeta, *Appunti dal corso di diritto del lavoro*, Torino 2025, 137 ss. e M. Magnani, *Diritto del lavoro*[4], Torino 2025, 239 ss.

lavoro, alcuni dei quali si trovano al vertice non dell'ente nel suo complesso, ma di singole unità produttive dotate di autonomia tecnico-funzionale e finanziaria[5].
In quest'ottica, il datore di lavoro non è individuato esclusivamente nel vertice strategico della struttura societaria, ma ricopre tale qualifica anche il dirigente responsabile di stabilimento, al ricorrere della rigorosa condizione che sia stato dotato dei pieni poteri decisionali e di spesa necessari agli adempimenti propri della figura datoriale.
Si assiste, dunque, ad una scissione[6] tra il datore di lavoro "di vertice" (o «apicale») ed uno o più datori di lavoro "decentrati" (o «sottordinati», per usare le parole della sentenza della Cassazione sul disastro di Viareggio[7]).
Si tratta di una prospettiva che valorizza il principio di effettività e che trova un preciso fondamento normativo nello stesso TUSL, laddove, all'art. 2 comma 1, lett. *b*, qualifica come datore di lavoro il soggetto titolare del rapporto di lavoro con il lavoratore o, *comunque*, il soggetto che, secondo il concreto assetto dell'organizzazione, ha la responsabilità dell'organizzazione stessa o dell'unità produttiva in quanto esercita i poteri decisionali e di spesa.
Dal ricorso alla congiunzione disgiuntiva "*o*" in luogo della copulativa "*e*"[8] emerge in modo nitido la prospettiva bidirezionale accolta dal TUSL nell'individuazione del titolare della posizione di garanzia datoriale: al criterio formale, che porta ad attribuire la relativa qualifica all'organo gestorio dell'ente, si affianca il criterio sostanziale che, partendo dall'organigramma aziendale, consente di individuare diversi soggetti che esercitano i poteri datoriali nell'ambito delle diverse unità di cui l'azienda si compone.
Naturalmente, la qualifica di datore di lavoro decentrato postula la sussistenza delle due fondamentali condizioni cui fa riferimento la stessa disposizione del TUSL:
i) il ricorrere di più unità produttive che appaiano in concreto dotate di un plesso organizzativo indipendente e di un proprio sistema di riparto delle risorse, prodromico al compimento di autonome scelte organizzative modulate sulle specifiche caratteristiche funzionali e produttive del singolo stabilimento[9];
ii) la reale titolarità dei poteri connessi alla qualifica datoriale: l'interprete è, infatti, chiamato ad accertare che i soggetti preposti alla direzione delle singole unità produttive siano stati destinatari da parte del datore di lavoro di vertice (l'amministratore delegato o l'intero CDA, a seconda dei casi) di un atto di investitura che contempli l'effettiva titolarità di congrui e autonomi poteri decisionali e di spesa rispetto alle concrete esigenze prevenzionali.

2.1. Il potere di autonoma gestione dell'unità produttiva[10] è la cifra caratterizzante la posizione del datore di lavoro decentrato e consente di distinguere tale figura dal "mero" dirigente *ex* art.

[5] In questi termini P. Veneziani, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *RTrimDPenEc.* 1998, 513.
[6] Il fenomeno costituisce espressione della frammentazione del potere decisionale in seno alle organizzazione complesse ben messa in evidenza, in termini più ampi, già da C. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *RTrimDPenEc.* 1988, 134 ss. Più di recente, il tema è affrontato da A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RTrimDPenEc.* 2017, 542, nonché da A. Provera, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia nel diritto penale*, Torino 2025, 190.
[7] Cass. 6.9.2021 n. 32899, cit.
[8] Sulla evoluzione della definizione, nel passaggio dal d. lgs. n. 626 del 1994 al TUSL, si veda E. Scaroina, *op. cit.*, 8.
[9] Per una puntuale analisi di tale nozione, così come emergente anche dalle circolari INPS, ancora il riferimento è a E. Scaroina, *op. cit.*, 6 ss. Si tratta di un apprezzamento che, ovviamente, è chiamato a compiere il giudice di merito, come precisamente avvenuto nel caso di specie da parte del Tribunale di Savona.
[10] Si veda la sentenza in esame § 2. del *considerato in diritto*, ove è richiamata la citata sentenza sul disastro ferroviario di Viareggio.

2, lett. *d* TUSL. Quest'ultimo svolge la funzione di garante prevenzionistico solo «nell'ambito delle competenze attribuite»[11] dal datore di lavoro, non avendo la suddetta pienezza di autonomia di spesa e di gestione. In sintesi, mentre il dirigente attua le direttive datoriali, il datore di lavoro decentrato esprime le direttive, esercitando un potere prevenzionistico il cui limite è soltanto spaziale, in quanto contenuto nell'ambito dell'unità produttiva di riferimento. Come è agevole intuire, la distinzione è tutt'altro che meramente nominalistica, essendo ricca di implicazioni pratiche. Soltanto colui che si qualifica quale datore di lavoro sotto-ordinato è, alla luce della titolarità della relativa posizione di garanzia, destinatario di tutte le prescrizioni che si indirizzano alla figura datoriale. Esemplificando, egli sarà tenuto ad eseguire la valutazione di tutti i rischi connessi alle attività lavorative svolte nell'unità, a redigere il documento di valutazione dei rischi, a nominare il medico competente e il responsabile del servizio di prevenzione e di protezione.
È proprio ciò che è avvenuto nel caso portato all'attenzione della Suprema Corte. L'amministratore delegato, imputato, aveva individuato i due soggetti responsabili dell'unità produttive locali quali datori di lavoro decentrati, titolari di autonomia gestoria e finanziaria. Tali soggetti avevano predisposto il DVR e individuato l'RSPP, proprio in adempimento ai compiti che competono al datore di lavoro a titolo originario. Nessun addebito, dunque, può essere mosso all'amministratore delegato, che è, così, assolto.

3. Dall'adesione alla teoria della multidatorità discende un'ulteriore conseguenza che la pronuncia non ha occasione di analizzare puntualmente, ma che mi sembra l'abbrivio di alcune fondamentali distinzioni. Mi riferisco alla circostanza che il datore di lavoro decentrato può senz'altro ricorrere allo strumento della delega di funzioni *ex* art. 16 TUSL, per assegnare a soggetti terzi una quota dei doveri di garanzia che gli spettano a titolo originario nell'ambito dell'unità produttiva di sua competenza[12].
Si assiste, così, alla compresenza di tre diversi strumenti di autorganizzazione da tenere ben distinti, potendo essi coesistere, senza mai sovrapporsi: la delega di gestione *ex* art. 2381 Cc, l'atto di investitura del datore di lavoro decentrato e la delega di funzioni *ex* art. 17 TUSL.

3.1. In primo luogo, viene in rilievo la delega di gestione *ex* art. 2381 Cc, che funge da atto di investitura del datore di lavoro di vertice in seno al CDA.
Il datore di lavoro di vertice può essere l'intero CDA oppure il singolo componente del consiglio, come ormai ben noto in giurisprudenza[13].
L'alternativa dipende in sostanza dalla ricorrenza o meno della delega di gestione in materia prevenzionistica[14]. In assenza di una delega endoconsiliare, la qualifica datoriale spetterà all'intero CDA. Viceversa, la presenza di tale delega fa sì che la posizione di garanzia datoriale al vertice dell'ente si concentri in capo ad uno dei componenti del consiglio di amministrazione: l'amministratore delegato si qualificherà a tutti gli effetti quale datore di lavoro in senso prevenzionistico. Volendo, si potrebbe pure assistere ad una delega

[11] Così F. Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, cit., 82.
[12] Lo nota già E. Scaroina, *op. cit.*, 11.
[13] L'affermazione è costante in giurisprudenza: si veda, tra le più recenti, Cass. 20.10.2022 n. 8476, in *IUS Lav.* 16.3.2023, con nota di D. Piva, *Sicurezza sul lavoro: delega gestoria e delega di funzioni in ambito societario*; Cass. 16.4.2024 n. 22839, in *De Jure*.
[14] Il tema è di recente approfondito da B. Paterra, *L'individuazione del soggetto attivo di reati in materia di sicurezza sul lavoro alla luce della distinzione tra delega di funzioni e delega gestoria*, in *RTrimDPenEc.* 2025, 19 ss.

endoconsiliare conferita non già ad un singolo amministratore, ma a più consiglieri, i quali andranno a comporre il c.d. *board*[15].
La netta distinzione tra l'ipotesi in cui la delega di gestione manchi (con la conseguente riconduzione della posizione di garanzia datoriale in capo all'intero CDA) e il caso in cui, invece, l'organo gestorio abbia fatto ricorso allo strumento *ex* art. 2381 Cc (individuando quale datore di lavoro il destinatario della delega) costituisce una semplificazione necessaria ai presenti fini. Non è questa la sede per affrontare il complesso problema, potendosi qui soltanto accennare all'ampio filone giurisprudenziale[16] che riconosce la persistente responsabilità dell'intero CDA, pur in presenza di una delega gestoria, sulla base di percorsi argomentativi invero differenti, ma che si fondano sul residuo dovere di controllo *ex* artt. 2381, comma 3, Cc e 2932, comma 2, Cc.

3.2. Una volta identificato, attraverso la delega di gestione, il datore di lavoro che si è definito "di vertice", viene in rilievo, in seconda battuta, l'atto di individuazione del datore di lavoro decentrato. Quest'ultimo, come già messo in luce, è pur sempre un garante a titolo originario. Il relativo atto di investitura è negozio organizzativo atipico con cui il datore di lavoro di vertice individua un certo soggetto quale responsabile di una data unità produttiva con contestuale riconoscimento, in capo a questi, dei poteri di gestione e di spesa.
Va evidenziata la differenza tra la delega di gestione e l'atto di individuazione del datore di lavoro decentrato.
La delega di gestione, come detto, è attribuita dal CDA (in forza di una espressa previsione dello statuto o su autorizzazione dell'assemblea dei soci) ad un componente del consiglio stesso. In questo modo, tale soggetto viene a essere individuato quale datore di lavoro di vertice.
L'atto di investitura del datore di lavoro decentrato è, invece, un atto proveniente dal titolare della posizione di garanzia datoriale di vertice (dunque, l'intero CDA o l'amministratore delegato) e rivolto ad un soggetto che viene investito di poteri di gestione e spesa in relazione a una singola unità produttiva.
La differenza tra i due istituti appare ancora più nitida se solo si pensi che il soggetto investito della posizione di garanzia datoriale decentrata ben può essere, come nel caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte, un terzo estraneo rispetto al consiglio di amministrazione. Eventualità a cui non si assiste rispetto alla delega di gestione, che può soltanto essere indirizzata a un soggetto già membro del CDA. Anche in tal caso, tuttavia, le variabili che si riscontrano nella prassi sono molteplici, per cui non è da escludere che il destinatario dell'investitura di datore di lavoro decentrato sia un soggetto appartenente al CDA (evidentemente diverso dall'amministratore destinatario della delega di gestione *ex* art. 2381 Cc). Allo stesso modo, nulla impedisce che il consiglio di amministrazione decida di non ricorrere alla delega di gestione (o, comunque, di non ricorrervi rispetto alla materia antiinfortunistica), trattenendo presso di sé la titolarità della posizione di garanzia di vertice, per poi investire (collegialmente) un terzo della qualifica di datore di lavoro decentrato.
Resta fermo che sia nel caso di delega *ex* art. 2381 Cc sia nel caso di atto di individuazione del datore di lavoro decentrato si assiste a un atto di investitura di un garante a titolo originario, cioè di una individuazione in concreto del soggetto qualificabile quale datore di lavoro *ex* art. 2 lett. *b* TUSL, destinatario dei connessi doveri direttamente dalla legge.

[15] Lo evidenzia R. Blaiotta, *op. cit.*, 50.
[16] Tra le più recenti, Cass. 3.10.2024 n. 40682, in *www.sistemapenale.it* 29.1.2025, con nota di A. Piccaluga, *La posizione di garanzia datoriale del consiglio di amministrazione tra delega di funzioni e della delega di gestione*. Il tema è ampiamente affrontato da B. Paterra, *op. cit.*, 37 ss.

3.3. Dovrebbe risultare, allora, chiara la differenza tra i due suddetti atti di investitura (appunto, la delega di gestione e l'atto di individuazione del datore di lavoro decentrato) ed il terzo atto costituito dalla delega di funzioni *ex* art. 16 TUSL[17].
La delega di funzioni è un atto di cui si serve il datore di lavoro per ripartire una quota dei suoi doveri datoriali *ex lege*, individuando un nuovo garante, che non è tale a titolo originario, bensì derivato. Come è stato ampiamente affermato sia in dottrina sia in giurisprudenza, si tratta di uno strumento di creazione di una nuova posizione di garanzia in capo al delegato; a tale "moltiplicazione di garanti" fa da contraltare il mutamento di contenuto della posizione di garanzia originaria del delegante, il quale non sarà più tenuto ad eseguire personalmente la funzione delegata, ma dovrà vigilare sul corretto assolvimento del relativo compito da parte del soggetto delegato, secondo il disposto di cui all'art. 16, comma 3, TUSL[18]; tutto ciò al netto dei già citati obblighi indelegabili di cui all'art. 17 TUSL, di cui deve sempre e comunque farsi carico il garante qualificabile come datore di lavoro.
Venendo in rilievo uno strumento organizzativo a disposizione del datore di lavoro, la delega di funzioni potrà – e, anzi, dovrà[19] - essere adoperata tanto dal datore di lavoro di vertice quanto dal datore di lavoro decentrato. Del resto, un conto è il datore di lavoro decentrato, cioè il responsabile della singola unità produttiva, che è garante a titolo originario attraverso l'atto di investitura sottoscritto dall'organo gestorio. Altro conto è il delegato mediante la delega di funzioni, soggetto terzo che funge da garante a titolo derivato.
Ragionevolmente sarà proprio il datore di lavoro decentrato a servirsi della delega di funzioni per ripartire in capo a terzi parte dei doveri datoriali, ferma l'indelegabilità dei doveri *ex* art. 17 TUSL. Tali doveri permarranno in capo al datore di lavoro di vertice ovvero, rispetto alla singola unità produttiva, in capo al datore di lavoro decentrato, ma non graveranno sul destinatario della delega di funzioni. Va da sé che non viene in rilievo una subdelega, trattandosi, piuttosto, di un caso di esercizio originario del potere di delega che la citata

[17] Sul tema la letteratura è molto vasta. Senza alcuna pretesa di esaustività, si fa riferimento ai pionieristici lavori di T. Padovani, *Il problema dei soggetti in diritto penale del lavoro nel quadro della più recente giurisprudenza*, in *LP* 1981, 415 ss. e di A. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze 1985, *passim*. Più di recente, *ex plurimis*, D. Piva, *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, in *RTrimDPenEc.* 2006, 719 ss.; T. Vitarelli, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano 2008, *passim*; A. Nisco, *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, a cura di F. Curi, Bologna 2009, 112 ss.; C. Paonessa, *Problemi risolti e questioni ancora aperte nella recente giurisprudenza in tema di debito di sicurezza e delega di funzioni*, in *La tutela penale della sicurezza del lavoro. Luci e ombre del diritto vivente*, a cura di G. Casaroli, F. Giunta, R. Guerrini, A. Melchionda, Pisa 2015, 38 ss.; P. Veneziani, *Deleghe di funzioni e culpa in vigilando nella prospettiva della sicurezza del lavoro*, in *La dimensione dinamica della salute e della sicurezza sul lavoro nel contesto locale: sistemi produttivi, modelli di prevenzione e responsabilità penale*, a cura di L. Foffani, G. Pellicani, R. Orlandi, L. Lodi, Torino 2024, 95 ss.; da ultimo, A. Provera, *op. cit.*, 292 ss. Nella manualistica del diritto penale del lavoro, R. Blaiotta, *op. cit.*, 79 ss.; F. Consulich, *Manuale di diritto penale del lavoro*, cit., 88 ss.; S. Tordini Cagli, *La delega di funzioni*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 137 ss. Nella manualistica di parte generale G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*[2], Torino 2022, 669 ss., nonché il recentissimo M. Pelissero, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2026, 253 ss.
[18] In giurisprudenza si veda Cass. S.U 24.4.2014 n. 38343, in *RIDPP* 2014, con note di G. Fiandaca, *Le Sezioni Unite tentano di diradare il "mistero" del dolo eventuale*, 1935 ss. e di M. Ronco, *La riscoperta della volontà nel dolo*, 1953 ss., e in *GI* 2014, con nota di R. Bartoli, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso "Thyssenkrupp"*, 2566 ss.; nonché Cass. 21.4.2016 n. 22837, in *De Jure*. In dottrina, *ex plurimis*, R. Blaiotta, *op. cit.*, 78 e A. Massaro, *Omissione e colpa*, in *Il reato colposo*. *ED*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 881.
[19] Come sottolinea T. Vitarelli, *op. cit.*, 2, la delega costituisce un mezzo doveroso per la più efficace salvaguardia dei beni giuridici esposti al rischio d'impresa, al fine di far fronte ad un'esigenza di razionalizzazione dei sistemi organizzativi.

disposizione riconosce al datore di lavoro; ne deriva che il soggetto così delegato potrà a sua volta delegare a terzi, nel pieno rispetto del disposto di cui al comma 3 *bis* dell'art. 16 TUSL. Naturalmente, laddove non si ravvisino molteplici unità produttive oppure, pur esistendo diverse unità, i soggetti responsabili delle stesse non abbiano la suddetta imprescindibile autonomia di gestione e di spesa, allora il datore di lavoro sarà solo uno, cioè il datore di lavoro "di vertice", costituito dall'intero CDA o dall'amministratore delegato. Sarà questi soltanto a servirsi della delega di funzioni e solo su questi graverà il dovere di redazione del DVR e di nomina del RSPP.

4. Un'ultima considerazione si impone. Mi sembra che la multidatorialità non implichi affatto la completa deresponsabilizzazione del datore di lavoro di vertice. Il profilo non è affrontato dalla pronuncia in esame, ma dall'abbozzato parallelismo tra delega di gestione e atto di investitura del datore di lavoro decentrato sembra possibile affermare che, nel rapporto tra datore di lavoro di vertice e datore di lavoro decentrato, possano ben riprodursi quelle numerose "clausole di riserva" che la giurisprudenza configura nello speculare (e collocato "a monte") rapporto tra l'intero CDA e l'amministratore delegato. Ad esempio, la giurisprudenza afferma che la delega di gestione non sottrae da responsabilità l'intero consiglio quando emerga una totale carenza di gestione della sicurezza da parte dell'amministratore delegato[20]. Ebbene, traslando queste considerazioni nel rapporto (che si colloca "a valle") tra datore di lavoro di vertice e datore di lavoro decentrato, sembra possibile sostenere che, ad esempio, nel caso in cui manchi nella singola unità produttiva il DVR o la nomina del RSPP, della relativa contravvenzione potrà essere chiamato a rispondere non solo il datore di lavoro decentrato, ma anche il datore di lavoro di vertice, eventualmente ricorrendo allo schema della responsabilità per omesso impedimento del reato altrui[21], anche valorizzando i principi alla base dell'istituto della cooperazione colposa[22].

5. L'attenta ricerca di puntuali centri di imputazione appare, in definitiva, l'antidoto più potente al fine di sfuggire alla perversa logica della responsabilità di posizione[23]. Senza le necessarie coordinate distintive, che in questa sede si è tentato solo di schematizzare, è sempre latente il rischio che il giudizio di imputazione si tramuti in una vertiginosa risalita "verso l'alto" che

[20] Chiaramente in questo senso, di recente, Cass. 3.10.2024 n. 40682, cit., § 6. del *considerato in diritto*.

[21] Si trasleranno, allora, in questa sede alcune problematiche che sono state più compiutamente affrontate in relazione all'omesso impedimento da parte degli amministratori non delegati dei reati dolosi commessi dall'amministratore delegato, su cui per una panoramica generale si rinvia a E.M. Ambrosetti, E. Mezzetti, M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*[5], Bologna 2022, 111 ss.. Il tema è ampiamente trattato da A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa. Profili sistematici del concorso omissivo nelle organizzazioni complesse*, Pisa 2022, *passim* (spec. 52 ss.) e da L. Cornacchia, *Responsabilità penale negli organi collegiali. Il reato funzionalmente plurisoggettivo*, Torino 2021, *passim* (spec. 102 ss.).

[22] Nell'ambito della vasta produzione scientifica sull'art. 113 Cp, si rinvia ai due contributi monografici più recenti che, pur giungendo a soluzioni diverse, offrono un'autorevolissima immagine delle potenzialità applicative dell'istituto del concorso colposo: F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, *passim* e A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, cit., 189 ss. Ancora, risultano imprescindibili le riflessioni di L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli 2011, 821 ss.; Id., *Cooperazione colposa (nel diritto penale contemporaneo)*, in *DigDPen Agg. X*, Torino 2021, 176; P. Severino Di Benedetto, *La cooperazione nel delitto colposo*, Milano 1988, *passim*; L. Risicato, *Cooperazione colposa*, in *Il reato colposo*. *ED*, diretto da M. Donini, Milano 2021, 321 ss.

[23] Sul tema, per una trattazione mediante la lente della sociologia delle organizzazioni, l'ormai classico riferimento a M. Catino, *Trovare il colpevole. La costruzione del capro espiatorio nelle organizzazioni*, Bologna 2022, *passim*.

tradisce i fondamentali principi della materia. Rischio che la sentenza, da cui hanno tratto origine le presenti riflessioni, previene in modo apprezzabile.
La pronuncia, rivitalizzando la teoria della multidatorialità, presenta, infatti, l'indubbio merito di aver valorizzato il principio ispiratore della stessa teoria, quello di effettività, espressamente sancito all'art. 299 TUSL e architrave dell'intero diritto penale dell'impresa[24]. Principio che – si badi – non è utilizzato in un'ottica di *implementazione* della responsabilità penale, come spesso capita (si pensi alla creazione di posizioni di garanzia di fatto, anche in ambiti completamente distanti dal nostro, come quello delle relazioni affettive, come nel noto caso della sentenza Vannini[25]); bensì vi si ricorre, all'opposto e apprezzabilmente, in un'ottica di *selezione* delle responsabilità penali e dei soggetti garanti. In ciò la pronuncia costituisce un interessante punto di arrivo; o, forse, con una buona dose di ottimismo, un punto di partenza.

[24] Sulla rilevanza del principio di effettività nel diritto penale delle organizzazioni complesse, basti il rinvio a F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, cit., 62, ove si sottolinea la «prevalenza del criterio effettuale su ogni ripartizione formale delle responsabilità nelle organizzazioni complesse»; in tal senso anche R. Blaiotta, *op. cit.*, 31. Si tratta di un tema centrale in relazione a tutti i reati propri, il cui nodo cruciale è proprio «rappresentato dalla scissione tra titolarità formale della qualifica soggettiva e il reale e concreto esercizio della funzione corrispondente», come evidenzia A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse*, cit., 518.

[25] Cass. 7.2.2020 n. 9049, in *www.sistemapenale.it* 13.4.2020, con nota di B. Fragasso, *La Cassazione sul caso Vannini: i rapporti tra omicidio mediante omissione e omissione di soccorso aggravata dall'evento morte in un noto caso di cronaca*; sul punto si vedano anche le riflessioni critiche di A. Gargani, *Lo strano caso dell'*"azione colposa seguita da omissione dolosa". *Uno sguardo critico alla sentenza* "Vannini", in *www.discrimen.it* 18.11.2020.

SEGRETO "DI STATO" E SEGRETO "ULTRA-STATUALE". LA QUESTIONE DEL SEGRETO NATO

di Antonio Fabio Vigneri (Dottore di ricerca in diritto penale, Università degli Studi di Palermo)

Il contributo analizza la progressiva articolazione del concetto di "segreto pubblico" nel nostro sistema penale, evidenziandone la natura plurale e stratificata. Accanto al segreto di Stato, tradizionalmente inteso quale strumento interno di tutela della sicurezza nazionale, emergono infatti forme di segretezza di matrice sovranazionale, tra cui il segreto NATO, caratterizzate da un diverso fondamento giuridico e da un differente regime applicativo. In tale prospettiva, il lavoro si concentra sulla qualificazione del segreto NATO come categoria autonoma, dotata di efficacia self-executing e connotata da un grado di rigidità superiore rispetto al modello interno, al punto da configurarsi, sostanzialmente, come un "super-segreto". L'analisi mette in luce come tale assetto determini una tensione sistemica con le garanzie del giusto processo e, in particolare, con il diritto di difesa, in ragione dell'assenza di meccanismi di bilanciamento analoghi a quelli previsti dalla legislazione di settore sul segreto di Stato. Il nodo critico è individuato nella mancanza di limiti espliciti all'operatività del segreto NATO, anche con riferimento a fatti suscettibili di incidere sull'ordine costituzionale o sull'ordine internazionale. Muovendo da tali premesse, il contributo evidenzia la lacuna normativa esistente e prospetta la necessità di individuare un sistema di "controlimiti", in linea con la logica sottesa alla disciplina interna di cui alla L. 3 agosto 2007, n. 124, al fine di ricondurre l'impiego di tale segreto sovranazionale entro un perimetro compatibile con i principi fondamentali dell'ordinamento interno e internazionale.

This paper analyses the gradual development of the concept of "public secrecy" within our criminal justice system, highlighting its multifaceted and layered nature. Alongside state secrecy – traditionally understood as an internal instrument for safeguarding national security – forms of secrecy of a supranational nature have emerged, including NATO secrecy, characterised by a different legal basis and a distinct regime of application. From this perspective, the paper focuses on the classification of NATO secrecy as an autonomous category, endowed with self-executing effect and characterised by a greater degree of rigidity than the domestic model, to the extent that it essentially constitutes a "super-secret". The analysis highlights how this framework creates a systemic tension with the guarantees of due process and, in particular, with the right to a defence, due to the absence of balancing mechanisms analogous to those provided for by sector-specific legislation on state secrecy. The critical issue lies in the lack of explicit limits on the application of NATO secrecy, including in relation to matters likely to affect the constitutional order or the international order. On this basis, the paper outlines the existing regulatory gap and suggests the need to establish a system of "counter-limits", in line with the rationale underlying the domestic legislation set out in Law No 124 of 3 August 2007, in order to ensure that the use of such supranational secrecy remains within a framework compatible with the fundamental principles of costitutional and international law.

Segreto di Stato, Segreto NATO, Caso Biot
State secrecy, NATO secrecy, Biot case

Sommario: 1. Oggetto dell'indagine e piano del lavoro. – 2. L'estesa categoria del "segreto pubblico" nell'ordinamento italiano: un inquadramento fra diritto interno, diritto comunitario e diritto internazionale. – 2.1. Il segreto di Stato

nella l. 3.8.2007 n. 124. – 2.2. Il segreto atomico nell'art. 194 del Trattato EURATOM. – 2.3. Il segreto NATO nella Convenzione di Ottawa del 1951. – 2.4. Sintesi e primi approdi teorici. – 3. Letture e ri-letture in tema di segreto NATO. 3.1. Sui dubbi di legittimità costituzionale della disciplina di recepimento del segreto NATO. – 3.2. Possibili correttivi teorico-pratici. Il deferimento all'interpello multilaterale". – 4. Rilievi finali. – 4.1. Sicurezza militare NATO *vs* diritto di difesa e ruolo del contradditorio dibattimentale. 4.2. La questione aperta dei "fatti eversivi dell'ordine costituzionale-internazionale".

1. Nell'ordinamento italiano, il tema del segreto pubblico, lungi dal potersi ridurre alla sola nozione di "segreto di Stato", si articola oggi in una pluralità di fonti e di livelli normativi eterogenei – di derivazione interna, europea e internazionale –, che travalicano le frontiere dello Stato nazionale e che incidono profondamente anche sull'assetto giuridico-penale interno, ridisegnandone equilibri istituzionali e meccanismi di tutela. Ne deriva così un istituto dai contorni sempre più cangianti e dalle funzioni progressivamente ampliate.

Muovendo da questa osservazione preliminare, il presente contributo persegue un duplice obiettivo: da un lato, offrire una ricognizione, "in verticale", delle diverse e stratificate matrici normative che regolano i vari tipi di segreto pubblico, i quali rimodulano beni giuridici e oggetti materiali delle fattispecie repressive codificate negli artt. 256-263 Cp[1]; dall'altro, soffermarsi, in chiave ricostruttiva e critica, sulla peculiare categoria del segreto NATO, un «segreto sovranazionale»[2] che, lungi dal costituire un corpo estraneo all'ordinamento penale nazionale, richiede un adeguato approfondimento, per almeno avviare una riflessione su "aree" mai prima esplorate dalla dottrina penalistica contemporanea.

Il percorso complessivo dell'indagine che qui si presenta si snoda allora lungo le seguenti direttrici.

La prima parte del lavoro, di indole ricognitivo-generale, è dedicata all'inquadramento concettuale della categoria generale del **"**segreto pubblico**"**, che la tradizione dottrinale riconduce alla funzione di *strumentalità* rispetto all'esercizio dei pubblici poteri degli organi costituzionali dello Stato.

Indubbiamente, in questa cornice teorica, si colloca, anzitutto, il segreto di Stato**,** disciplinato, in apposita normativa di settore, dagli artt. 39-42 l. 3.8.2007, n. 124[3], e che trova la sua ragion d'essere nella tutela della sicurezza politico-militare della Repubblica italiana.

Tuttavia, accanto a esso operano parallelamente anche altre figure meno esplorate sul piano dogmatico e giurisprudenziale, che pure condividono la medesima logica di tutela di interessi istituzionali: da un lato, il segreto atomico, derivante dall'art. 194 del Trattato EURATOM e funzionale a garantire la segretezza delle informazioni di natura atomica e nucleare a livello comunitario; dall'altro, il segreto NATO**,** che trova la sua base giuridica nell'art. 7 della

[1] Il novero di reati richiamati dà forma a un capillare "micro-sistema" di fattispecie volte a reprimere le condotte di «Procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato» (art. 256 Cp); «Spionaggio politico o militare» (art. 257 Cp); «Spionaggio di notizie di cui è stata vietata la divulgazione» (art. 258 Cp); «Agevolazione colposa» (art. 259 Cp); «Introduzione clandestina in luoghi militari e possesso ingiustificato di mezzi di spionaggio» (art. 260 Cp); «Rivelazione di segreti di Stato» (art. 261 Cp); «Rivelazione di notizia di cui sia stata vietata la divulgazione (art. 262 Cp); Utilizzazione dei segreti di Stato» (art. 263 Cp).

[2] Di «segreto sovranazionale», con riferimento al segreto NATO, si parla, a più riprese, nell'audizione del Dott. Rosario Priore, in relazione alle inchieste sulle vicende connesse al disastro aereo di Ustica del 27 giugno 1980. V., al riguardo, il documento *Commissione parlamentare d'inchiesta sul terrorismo in Italia e sulle cause della mancata individuazione dei responsabili delle stragi*, XIII legislatura, 7° Resoconto stenografico, 22.1.1997, 186, consultabile su *www.senato.it*.

[3] Recante «Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto».

Convenzione di Ottawa del 1951 e che impone agli Stati membri di rispettare l'inviolabilità assoluta degli archivi dell'Alleanza Atlantica[4].
Come può notarsi, i "tre pilastri" che sorreggono l'impalcatura del segreto pubblico nella dimensione ordinamentale interna originano da modelli eterogenei di produzione normativa – interna, comunitaria, internazionale –, sebbene tutte convergano, in chiave squisitamente *teleologica*, nella comune funzione di *salvaguardare beni pubblici primari dello Stato*, in via diretta o mediata.
Questo "dialogo" fra ordinamenti consente allora di mettere in rilievo, attraverso tali diverse declinazioni del segreto, la comune funzione di presidio degli assetti politico-istituzionali fondamentali dello Stato e delle Istituzioni sovranazionali/internazionali cui esso aderisce.
Sulla tematica di fondo che il contributo si propone di inquadrare importanti elementi di approfondimento sono offerti da una vicenda concreta – il c.d. caso *Biot*[5] **–**, che costituisce, al di là dell'attenzione mediatica suscitata, un significativo banco di prova sul piano teorico e un precedente giurisprudenziale foriero di tensioni sistematiche. In particolare, essa permette di osservare, in concreto, l'intersezione fra le accennate diverse discipline di segretezza, specie fra quelle del segreto di Stato e del segreto NATO[6]. Rispetto alle riflessioni di seguito sviluppate, utili elementi di confronto si rinvengono nei termini in cui in tale caso hanno trovato

[4] Sulle tre "forme di segreto", ci si soffermerà *infra*, parr. 2-2.4.
[5] I fatti della vicenda sono noti**,** anche in ragione del clamore mediatico che essa ha suscitato. Basta qui solamente rilevare che le contestazioni mosse dall'Autorità giudiziaria ordinaria e militare hanno riguardato l'avvenuta consegna**,** da parte di un ufficiale della Marina Militare italiana con grado di Capitano di Fregata, a un agente diplomatico dell'Ambasciata russa, accreditato presso il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, di una micro-SD contenente n. 181 immagini**,** finalizzate alla riproduzione di diciannove documenti complessivi – incorporanti notizie segrete e riservate, nonché né segrete né riservate **–,** che lo stesso Militare aveva fotografato all'interno della propria Sezione di appartenenza. La documentazione sequestrata risultava coperta da classifica di segretezza e, parte della stessa, era di provenienza NATO. Si trattava, nel complesso, di documenti di assoluto rilievo per l'organizzazione militare dell'Alleanza Atlantica e per la sicurezza dello Stato italiano, in qualità di Stato membro, sotto il profilo operativo-strategico e politico-militare. La trama degli accadimenti e la natura dei documenti trafugati sono analiticamente ricostruiti in T. Mil., 6.6.2023 n. 5, § 2 ss., 40 ss. e §3a, 61 ss., in *www.archiviopenale.it* 2024, con nota di M.F. Angori, *Immunità NATO e diritto di difesa: il Tribunale militare di Roma si pronuncia sul problematico bilanciamento tra la doverosa tutela dei diritti fondamentali dell'individuo e l'obbligo di adempiere alle prescrizioni imposte dall'appartenenza ad Organizzazioni internazionali*. Sul medesimo caso, v. Cass. 27.3.2025 n. 12096, in *CEDCass*, m. 287772. Le diverse massime della sentenza sono consultabili in *Rassegna mensile della giurisprudenza penale della Corte di cassazione*, marzo 2025, 17 ss. Con tale pronuncia, la Corte di Cassazione ha concluso il processo penale militare. La fase definita innanzi all'Autorità giudiziaria militare attiene a quello che potrebbe qualificarsi come il momento processuale "militare" della vicenda. Difatti, in relazione ai fatti commessi dall'imputato, è stata riconosciuta la "doppia giurisdizione", considerata la diversità dei reati contestati davanti all'Autorità giudiziaria militare e a quella ordinaria. Questa sentenza – potrebbe dirsi – rappresenta allora l'"*atto I"* dell'intera vicenda giudiziaria. Si precisa nel momento in cui si scrive, il processo penale innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria risulta ancora pendente. V., da ultimo, Ass. app. 1.9.2025 n. 20.
[6] Ma non solo. Le varie decisioni che ineriscono a tale vicenda sollecitano l'attenzione su ulteriori e diverse questioni di significativo rilievo dogmatico emerse nel corso del giudizio che, tuttavia, non affrontiamo. Ci si riferisce, da un lato, al problema della relazione qualificata fra fattispecie repressive del codice penale comune e quelle del codice penale militare di pace in materia di spionaggio, emerso in ambito cautelare e nel corso di un conflitto di giurisdizione fra l'Autorità giudiziaria militare e quella ordinaria (cfr. Cass. 8.4.2022 n. 13649, in *CEDCass*, m. 283085, punto 1 del *Cons. in dir.* e Cass. 30.6.2022 n. 25002, non mass. In dottrina, v. A. Vallini, *Reati comuni e reati militari: concorso apparente di norme e concorso di reati*, in *RassGM* 2023, Suppl. 2, 34 ss.); dall'altro, alla questione interpretativa – già nota in dottrina (su tutti, P. Pisa, *Il segreto di Stato. Profili penali*, Milano 1977, 138 ss.) – sorta innanzi al giudice di *prime cure* e nella fase di legittimità, relativa alla delimitazione della condotta di rivelazione di notizie segrete o riservate penalmente rilevante, dalla quale dipende – quale profilo connesso – l'applicabilità o meno della disciplina del tentativo punibile (cfr. Cass. 27.3.2025 n. 12096, punto 18 del *Cons. in dir.*).

considerazione l'assetto regolamentare e le peculiarità operative del segreto NATO, nonché la sua autonomia giuridica rispetto alla disciplina "generale" del segreto di Stato[7].
Infine, la seconda parte dello scritto sviluppa una riflessione critica che raccoglie e sintetizza le osservazioni precedenti.
Specificamente, si vaglierà in chiave interdisciplinare la tenuta costituzionale-convenzionale della disciplina di recepimento interno del segreto NATO, soprattutto nella misura in cui essa limita incisivamente i diritti processuali dell'imputato: si tratta di verificare il corretto punto di equilibrio fra il rispetto degli obblighi internazionali assunti dallo Stato e le garanzie del giusto processo sancite dalla Costituzione della Repubblica e dal "sistema CEDU", cui il nostro Stato si è obbligato convenzionalmente aderendovi[8].
Non meno rilevante risulta poi la disamina finale del bilanciamento fra il mantenimento del vincolo di segretezza e la piena esplicazione del diritto di difesa, *sub specie* del diritto di accesso alle prove utilizzate contro l'imputato. Precisiamo sin da subito che tale bilanciamento tende a privilegiare le esigenze di sicurezza inter-statuale, pur prevedendosi, comunque, sul versante processuale, un ruolo "supplente" e garantistico del contraddittorio dibattimentale nella formazione della prova. Tuttavia – così almeno ci pare –, esso dovrebbe riequilibrarsi a favore dei diritti processuali dell'imputato nel caso in cui il segreto NATO dovesse concernere fatti eversivi dell'ordine costituzionale interno o dell'ordine internazionale[9].

2. Secondo una assai risalente impostazione dogmatica, il "segreto pubblico" o "ufficiale" è quello funzionale all'esercizio dei pubblici poteri facenti capo allo Stato, e precisamente dei suoi organi costituzionali, nonché all'esercizio della funzione giurisdizionale[10].
All'interno di questa ampia categoria vengono ricompresi tanto il segreto inerente alla sicurezza dello Stato quanto quello relativo all'attività della pubblica amministrazione.
Con specifico riguardo al segreto pubblico connesso alla *sicurezza dello Stato*, tale impostazione dottrinale vi ricomprendeva, fra gli altri, i segreti diplomatici, i segreti di Stato, i segreti politici, nonché quelli militari in tempo di pace e di guerra[11].
Una simile classificazione, tuttavia, va maneggiata con cautela, poiché – come si vedrà di qui a poco – la normativa di settore vigente contempla un'unica nozione generale di "segreto di Stato", comprensiva della materia diplomatica e di quella politico-militare[12]. Ciò non esclude,

[7] Va chiarito sin da adesso che, nel caso *Biot*, non è venuto in rilievo il segreto atomico. Ciò nondimeno, esso merita di essere richiamato nell'ambito di questo scritto, al fine di consentire una lettura congiunta delle variegate figure di segreto che il nostro ordinamento penale conosce.
[8] Questi profili, di taglio anche interdisciplinare, troveranno apposito spazio *infra*, parr. 3.-3.2.
[9] Specificamente, per questo tema, v. *infra*, parr. 4 ss.
[10] In quest'ultimo senso, si consideri il segreto d'ufficio in senso stretto o amministrativo, su cui non ci soffermeremo. La sistemazione dogmatica presa a modello è di F. Gramatica, *Il segreto e la sua tutela penale*, Napoli 1935, 16 ss. e 94 ss. Al segreto pubblico si contrappone tradizionalmente il "segreto privato", su cui, *funditus*, v. la ricognizione teorica di F. Mantovani, *Diritto penale. Parte speciale*[8], I, *Delitti contro la persona*, Milano 2022, 624 ss. Per un'analisi di più ampio respiro sul "segreto" nella teoria generale del reato, rimangono ancora fondamentali i contributi monografici di A. Crespi, *La tutela penale del segreto*, Palermo 1952, 1 ss. e S. Kostoris, *Il "segreto" come oggetto della tutela penale*, Padova 1964, 1 ss.
[11] Ancora, F. Gramatica, *op. cit.*, 99 ss.
[12] Il *genus* delle notizie che negli artt. 256 ss. Cp formano oggetto del segreto di Stato in senso stretto si articola in due *species*, coincidenti con due distinte sfere di segreti differenziate in base alle caratteristiche dell'interesse che mirano a proteggere: quelle attinenti direttamente alla sicurezza "militare" dello Stato (c.d. "segreto militare") e quelle inerenti ai superiori interessi politici dello Stato, di indole interna o internazionale (c.d. "segreto politico"). Tuttavia, con l'art. 13 co. 1 l. 24.10.1977 n. 801 («Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato»), il legislatore della prima riforma della materia ha sintetizzato, secondo una variante tutta *formale*, nella nozione unitaria di «*segreto di Stato*», i due connessi profili del segreto militare e di quello politico.

comunque, che tale impostazione possa costituire un utile punto di partenza per la presente indagine.

2.1. È senz'altro vero che nella categoria generale del segreto pubblico concernente la sicurezza dello Stato vada inserito, *in primis*, il *segreto di Stato*, massima declinazione del "segreto" generalmente inteso.
Una breve ricognizione della sua disciplina generale può risultare utile al prosieguo del ragionamento che vogliamo condurre.
In chiave contenutistica, basta qui considerare che l'art. 39 co. 1 l. 124/2007[13] abilita la rigida protezione a tre *species* di segretezza desumibili dall'articolato: il *segreto militare*, il *segreto politico interno qualificato* e il *segreto politico internazionale* non collegato a esigenze di sicurezza nazionale[14].
Il *segreto militare*, seguendo la formula normativa, concerne atti, documenti, notizie, attività e ogni altra cosa la cui divulgazione sia idonea a recare un danno: *a)* all'integrità della Repubblica; *b)* alla sua indipendenza rispetto agli altri Stati; *c)* alla preparazione e alla difesa militare dello Stato.
La sfera di segretezza militare si riferisce alla sicurezza esterna dello Stato e presidia la sua stessa sopravvivenza, poiché, in tal caso, il segreto copre quelle notizie idonee a favorire aggressioni militari esterne – da parte di Stati, ma anche di attori non statuali –, capaci di porre in pericolo l'intangibilità territoriale o l'autonomia politica dello Stato nella sua proiezione internazionale.
Specificando meglio, le ipotesi *sub a)* e *b)* investono quelle notizie di «alta segretezza»[15], la cui divulgazione potrebbe compromettere l'unità fisica dello Stato, favorendo fenomeni di secessione, oppure minacciare la sua unità giuridica, con il rischio di perdere la sovranità nazionale e la posizione di equi-ordinazione rispetto agli altri Stati della comunità internazionale, sotto il profilo della piena esplicazione della politica internazionale[16].
Il riferimento alla «*preparazione*» e alla «*difesa militare dello Stato*»[17] – ipotesi *sub c)* – si deve leggere in maniera integrata, come se la formula dichiarasse «preparazione per la difesa

[13] A tenore dell'art. 39 co. 1 citato, «[*s*]*ono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato*». Per una ricostruzione della regolamentazione sostanziale e processuale del segreto di Stato nella l. 124/2007, si vedano i commenti degli artt. 39-42 di G. Campanelli, N. Triggiani, V. Bonini, F. Alemi, *in* LP 2007, 818 ss. e, *amplius*, anche per un riferimento ai lavori preparatori della Legge, il ponderoso volume di C. Mosca, G. Scandone, S. Gambacurta, M. Valentini, *I Servizi di informazione e il segreto di Stato. (Legge 3 agosto 2007, n. 124)*, Milano 2008, 481 ss. e 559 ss.
[14] Si segue, in tal senso, il criterio classificatorio proposto da P. Pisa, *Segreti di Stato (diritto penale), in NssDI*, App., VII, 1987, 28.
[15] L'espressione è ripresa da P. Pisa, *Spionaggio II) Spionaggio politico-militare – Diritto penale*, in *EG*, XXX, 1993, 3.
[16] Ai sensi di una diversa interpretazione segnalata da G. Paolozzi, *La tutela processuale del segreto di Stato*, Milano 1983, 290, la locuzione «*integrità dello Stato democratico*» si rivolge alla protezione dell'organismo statuale nel suo complesso e non già del solo Stato-apparato. L'A. conferisce quindi all'espressione in esame il significato – oltremodo esteso – di «conservazione del corpo sociale».
[17] La categoria di notizie di cui all'ipotesi *sub c)* riecheggia la formula «*notizie concernenti la forza, la preparazione o la difesa militare dello Stato*», tipizzata, a più riprese, nei codici penali militari (cfr. artt. 85, 86, 88, 89-*bis*, 90, 91, 94 Cpmp e artt. 64, 67, 68, 72 Cpmg). Proprio dal diritto penale militare è possibile desumere il significato da attribuire alle nozioni di "preparazione" e "difesa". La "preparazione" si riferisce al livello di addestramento e allenamento delle truppe, alle condizioni morali e materiali delle unità o degli equipaggi, ai programmi terrestri, navali e aeronautici, alle caratteristiche costruttive dei mezzi meccanici, nonché a eventuali deficienze, avarie o al funzionamento dei materiali in uso o in fase di sperimentazione. La "difesa", invece,

militare»: e ciò perché la preparazione militare dello Stato è vincolata al fine della difesa nazionale, dovendosi qualificare illecito ogni altro fine[18].
Il *segreto politico interno qualificato* è posto a salvaguardia di atti, documenti, notizie, attività e ogni altra cosa la cui divulgazione sia idonea a recare un danno alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a fondamento della Repubblica italiana.
Il riferimento normativo alla difesa delle istituzioni repubblicane attiene all'ambito della sicurezza interna dello Stato, non generica, ma «qualificata». Si rafforza così la conclusione per cui l'apposizione del segreto è giustificata non da mere funzioni di tutela della sicurezza pubblica interna, bensì esclusivamente da istanze di protezione dei *gangli politico-istituzionali della Repubblica* contro movimenti o piani eversivi o sovversivi interni[19].
La rilevanza di tale specifico ambito di segretezza risiede essenzialmente nella consapevolezza che la sicurezza complessiva dello Stato non può prescindere dalla necessità di tutela del regime istituzionale politico attraverso cui si esercita il potere sovrano, il quale, in ultima istanza, costituisce «l'elemento veramente caratterizzante l'ente Stato»[20].
Il *segreto politico internazionale*, infine, attiene: *a)* all'integrità della Repubblica *in relazione ad accordi internazionali*; *b)* alle relazioni internazionali intrattenute dallo Stato italiano con altri Stati.
Con riguardo all'ipotesi *sub a)*, il richiamo agli «*accordi internazionali*» non è stato accolto del tutto favorevolmente dalla dottrina costituzionalistica. Si è rilevato, in particolare, che la diplomazia segreta sarebbe inammissibile nell'ordinamento italiano perché contrasterebbe sia con il principio della responsabilità politica dell'azione di Governo, sia con quello del controllo parlamentare. In più, non infondato potrebbe apparire il rischio che nel ricorso a una tale nozione le funzioni della cooperazione internazionale dettate da motivi squisitamente politici o economici prevalgano sulle esigenze connesse alla sicurezza nazionale[21].
Ci sembra condivisibile, quindi, quell'interpretazione che lega il dato normativo ora considerato alle norme internazionali pattizie volte a rafforzare l'integrità della Repubblica, anche sul piano della cooperazione fra Stati o altri soggetti di diritto internazionale[22].
La costruzione normativa dell'ultima parte dell'art. 39 co. 1, concernente le «*relazioni*» con altri Stati – ipotesi *sub b)* –, appare infine assai indefinita ed eccessivamente estesa, in quanto tale da ricomprendere nel suo alveo applicativo qualunque notizia capace di compromettere i rapporti internazionali con gli Stati esteri[23]. Al riguardo, l'eccessiva estensione attribuita al segreto diplomatico, derivante dall'indiscriminata rilevanza assegnata al pericolo per le relazioni internazionali dello Stato italiano con qualsiasi altro Stato, trasferisce sull'interprete

comprende le fortificazioni, le postazioni di artiglieria, le basi navali, le stazioni di vigilanza costiera, gli impianti aeronautici, le basi missilistiche, le caserme, gli stabilimenti militari e gli arsenali. Il quadro ricostruttivo delle nozioni codicistiche è ripreso da R. Messina, *I reati contro la fedeltà e la difesa militare*, in *RassGM* 1987, 293 s.
[18] Questo correttivo ermeneutico è condivisibilmente proposto da S. Labriola, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Milano 1978, 89 s.
[19] Cfr. P. Pisa, *Le premesse «sostanziali» della normativa sul segreto di Stato*, in *Segreto di Stato e giustizia penale*, a cura di M. Chiavario, Bologna 1978, 36.
[20] Sono le parole di G. de Vergottini, *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Milano 1971, 51.
[21] «Tutta la materia del segreto in politica estera è estremamente fluida, e che comunque la prassi si svolge in netto contrasto con le norme costituzionali e soprattutto con il loro spirito». È la preoccupazione sollevata da P. Barile, *Democrazia e segreto*, in *Democrazia e segreto in Italia*, a cura di R. Catanzaro, Bologna 1987, 24 ss.
[22] S. Labriola, *op. cit.*, 88 s. L'interpretazione è confermata dai lavori preparatori relativi alla formulazione dell'art. 39 co. 1 l. n. 124/2007. Si veda, in tal senso, il Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 109, 14.2.2007, 87, consultabile su *leg15.camera.it*.
[23] Peraltro, nelle relazioni inter-statuali rientrano anche i rapporti di coordinamento e scambio informativo fra Servizi di informazione di Stati diversi, specie quelli aderenti alla NATO.

il compito di operare quella selezione equilibratrice che avrebbe dovuto essere definita "a monte" dal legislatore.
Il dato normativo, ove letteralmente inteso, sarebbe allora dotato di una portata tale da determinare una serissima contrazione della libertà di manifestazione del pensiero, pregiudicata in presenza di *qualsiasi* notizia potenzialmente in grado di compromettere i rapporti con *qualsiasi* Stato, o di ogni notizia relativa a *tutti* gli avvenimenti internazionali rilevanti[24]. Su questo aspetto, l'art. 39 co. 1 rischia allora di estendere la sfera complessiva della segretezza al di là dei limiti nei quali risulta costituzionalmente legittima la tutela del segreto.
Secondo una convincente opinione, tuttavia, il dettato legislativo può recuperare coerenza se letto in senso restrittivo, ritenendo segrete *soltanto* le notizie la cui divulgazione sia idonea a determinare un pregiudizio ai rapporti inter-statuali tale da porre in pericolo la sicurezza dello Stato italiano[25].
Pur essendo positivizzata *extra-codicem*, la definizione ricostruita assume particolare rilievo, poiché, fungendo da disciplina integrativa delle fattispecie criminose del Codice (artt. 256-263 Cp), ne ridefinisce il perimetro applicativo, il bene giuridico tutelato e l'oggetto materiale[26].

2.2. Oltre alla *species* del segreto di Stato, il *genus* del segreto pubblico presenta altresì una proiezione "ultra-statuale".
L'ordinamento penale conosce difatti una peculiare forma di segretezza, di provenienza comunitaria, e idonea a essere ricondotta – *astrattamente* – ai segreti pubblici: il *segreto atomico*, tutelato dall'art. 194 del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica (EURATOM), firmato a Roma il 25 marzo 1957[27].
Ne accenniamo la regolamentazione di riferimento[28].
In forza dell'art. 194 par. 1 co. 1, si impone ai membri delle istituzioni della Comunità, ai membri dei comitati, ai funzionari e ad agenti della Comunità, come pure a qualsiasi altra persona destinata – per le sue funzioni o per i suoi rapporti pubblici o privati con le istituzioni o impianti della Comunità ovvero con le imprese comuni – ad avere direttamente o indirettamente comunicazione di fatti, informazioni, cognizioni, documenti od oggetti protetti

[24] Critico, in argomento, P. Pisa, *Le premesse «sostanziali» della normativa sul segreto di Stato*, cit., 37.
[25] Questa lettura del dato normativo in E. Gallo, E. Musco, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna 1984, 113.
[26] In questo modo, il giudice penale, nell'applicare i reati di cui agli artt. 256 ss. Cp, non deve più conformarsi ai tradizionali criteri, fondativi del segreto "politico-militare", della sicurezza dello Stato o degli interessi politici statuali di natura interna o internazionale, bensì ai nuovi beni istituzionali giustificativi del segreto "di Stato" puntualmente indicati dall'art. 39 co. 1, come si è cercato di tratteggiare nel testo.
[27] Recepito nell'ordinamento domestico, mediante ordine di esecuzione, con la l. 14.10.1957 n. 1203 («Ratifica ed esecuzione dei seguenti Accordi internazionali, firmati a Roma il 25 marzo 1957: a) Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica ed Atti allegati; b) Trattato che istituisce la Comunità economica europea ed Atti allegati; c) Convenzione relativa ad alcune istituzioni comuni alle Comunità europee»).
[28] La disposizione è stata ben presto oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina italiana e straniera. Rinviamo, quindi, alle ricostruzioni critiche di C. Pedrazzi, *La tutela penale del segreto nel trattato dell'Euratom*, in AA.VV., *Il diritto della energia nucleare*, Milano 1961, 411 ss.; F. Bricola, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova 1968, 204 ss.; G. Grasso, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano 1989, 138 ss., cui si rimanda anche per maggiori richiami bibliografici e giurisprudenziali, anche stranieri. Per la dottrina straniera v., ad es., J. Errera, E. Syman, J. Van der Meulen, L. Vernaeve, *Euratom. Analyse et commentaires du traité*, Bruxelles 1958, 276 ss.; U. Nehring, *Strafnormen im Atomenergierech. Eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Gottingen 1965, 159 ss.; W.C. Van Binsbergen, *Le droit pénal des Communautés européennes*, in AA.VV., *Droit pénal européen*, Bruxelles 1970, 207 ss. Più di recente, per tutti, C. Barthe, W. Schmidt, *Vor § 93*, in *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*[13], Band 7, Berlin-Boston 2021, Rn. 9.

dal segreto in virtù delle disposizioni stabilite da uno Stato membro o da una istituzione della Comunità, di osservare il segreto, anche dopo la cessazione da tali funzioni o l'estinzione di tali rapporti, nei confronti di qualsiasi persona non autorizzata e del pubblico.
Definito il perimetro applicativo della norma, si consideri il meccanismo di ascrizione della responsabilità per i soggetti tassativamente indicati sopra.
Difatti, dal co. 2 della medesima disposizione[29], si desume che la norma sanzionatoria non è fornita dal diritto comunitario primario, il quale rinvia invece alle figure criminose degli Stati membri; e ciò «*sia per il merito che per la competenza*»: detto altrimenti, tanto per la norma sostanziale, che delinea il reato e commina la sanzione, quanto per l'individuazione dell'organo giurisdizionale competente a procedere.
Peraltro, su tale aspetto si è da più parti precisato che dalla formulazione della norma emerge il suo carattere *self-executing*[30]: essa non si limita a imporre agli Stati membri l'obbligo di sanzionare penalmente determinati comportamenti, ma produce, in forza dell'attuazione della c.d. "tecnica di assimilazione", un effetto *immediato* di estensione della portata delle incriminazioni domestiche in relazione agli interessi comunitari coinvolti[31].
Secondo questo modello normativo, quindi, i segreti tutelati dalle disposizioni della Comunità europea dell'energia atomica o di uno degli Stati membri godono, in ciascun altro Stato, della medesima protezione riconosciuta ai segreti interni attinenti alla sicurezza dello Stato, mediante l'innesto delle disposizioni comunitarie sulle fattispecie penali nazionali.
Come ipotesi incriminatrice, l'art. 194 rappresenta, in ultima analisi, un esempio paradigmatico della tecnica normativa impiegata in ambito comunitario quando si procede a una regolamentazione diretta in materia penale. Il meccanismo opera trasformando la violazione della norma comunitaria in violazione di una corrispondente disposizione interna: dalla combinazione fra la previsione sovranazionale e l'incriminazione nazionale scaturisce, così, ai sensi dell'art. 1 Cp, il nuovo precetto penale[32].

---

[29] Giusta la lettera della legge, «[*o*]*gni Stato membro considera tutte le violazioni di tale obbligo come un attentato ai suoi segreti protetti che, sia per il merito che per la competenza, sono soggetti alle disposizioni della sua legislazione applicabile in materia di attentato alla sicurezza dello Stato ovvero di divulgazione del segreto professionale* […]». Com'è evidente, la disposizione onnicomprensiva del Trattato prevede, fra le altre cose, una contaminazione fra la categoria del segreto di Stato e quelle del segreto professionale (art. 622 Cp) e del segreto scientifico o industriale (art. 623 Cp), quest'ultimo da ritenersi assorbito nel segreto professionale.
[30] In modo unanime, nella dottrina italiana, v. C. Pedrazzi, *op. cit*., 417; F. Bricola, *op. cit*., 204; G. Grasso, *op. cit*., 139. Ugualmente in quella tedesca: W.C. Pabsch, *Auswirkungen der europaischen Integrationsvertrage auf das deutsche Strafrecht*, in *NJW* 1959, 2002; H.-H. Jescheck, *Lo stato attuale del diritto penale europeo*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova 1968, 342; G. Dannecker, *Strafrecht der Europaischen Gemeinschaft*, in *Strafrechtsentwicklung in Europa*, a cura di A. Eser, B. Huber, vol. 4.3, Freiburg im Breisgau 1995, 37 ss. Nella giurisprudenza tedesca, v. la decisione del *Bundesgerichtshof*, 1.2.1962, in *BGHSt* 1962, XVII, 121, che ha fatto applicazione nell'ordinamento penale tedesco dell'art. 194. *Contra*, isolatamente, contesta la natura di norma *self-executing* H. Fischerhof, *Vor § 40 At G*, in *Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutzrecht. Kommentar*, Baden-Baden 1962, Rn. 21.
[31] In generale, sul ricorso al principio di assimilazione, v., *ex multis*, G. Grasso, *op. cit.*, 129 ss., il quale osserva che, in forza di tale principio, la normativa comunitaria stabilisce l'applicabilità delle disposizioni penali degli Stati membri, poste a tutela di determinati interessi nazionali, anche agli interessi della Comunità, di regola mediante l'estensione di alcune qualificazioni da esse previste; uno schema, questo, che non risulta estraneo al nostro codice penale: si pensi, in proposito, all'art. 268 Cp, a tenore del quale si dispone che le pene stabilite negli artt. 247 ss. Cp si applicano «*anche quando il delitto è commesso a danno di uno Stato estero alleato o associato, a fine di guerra, con lo Stato italiano*».
[32] È la tesi di F. Bricola, *op. cit*., 209, il quale reputa tale tecnica di formulazione della fattispecie conforme al principio di legalità, sotto il profilo della riserva di legge. Ciò poiché la norma di cui si discorre, in quanto rientrante nel diritto comunitario primario, risulta soggetta a ordine di esecuzione in forma di legge dello Stato. Tuttavia, problematicamente, v., *funditus*, A. Bernardi, *I tre volti del «diritto penale comunitario»*, in *RIDPC* 1999, 369 s., nota 131.

Il rinvio operato dall'art. 194 riguarda unicamente i reati di "rivelazione", anche colposa, che, per effetto delle qualifiche soggettive indicate dall'art. 194 par. 1 co. 1, si configurano, conseguentemente, quali reati propri. Tale figura delinea quindi un'ipotesi speciale di rivelazione di segreti in ambito comunitario[33].
Quanto all'oggetto materiale della speciale rivelazione, la delimitazione del segreto atomico tutelato dal Trattato EURATOM è affidata ai relativi artt. 24 e 25[34]; per i segreti derivanti dalle disposizioni interne di uno degli Stati membri, essa è invece rimessa alla normativa penale in materia di segreto di Stato di ciascun ordinamento. Il carattere segreto di una notizia non va quindi determinato in generale e unitariamente in base alla nozione elaborata, sul piano domestico, dall'art. 39 co. 1 l. 124/2007, ma in virtù delle disposizioni comunitarie ricordate o a quelle dello Stato membro i cui segreti sono tutelati tramite l'assimilazione delineata dall'art. 194[35].
In chiusura, solo un cenno si riserva alla prescrizione dell'art. 194 par. 1 co. 2.
Sul terreno applicativo, difatti, l'equiparazione incondizionata congegnata mediante la citata assimilazione rischierebbe di dar luogo a un concorso di competenze, che il Trattato non risolve attraverso un criterio di prevalenza di una particolare giurisdizione penale, né mediante una disciplina in tema di ne *bis in idem*. Ne conseguirebbe che il trasgressore, ovunque abbia agito, sarebbe sottoposto alla giurisdizione di tutti gli Stati membri[36].

2.3. Per concludere questo inquadramento normativo dell'estesa categoria del segreto pubblico, non resta che considerare il *segreto NATO*, cui occorre dedicare un'attenzione specifica, sia per la peculiarità del relativo regime giuridico, sia per i profili di interesse che suscita, anche di matrice processuale-penale.
Per prendere le mosse dal relativo fondamento normativo e dalla sua pregnanza costituzionale[37], bisogna considerare la l. 10.11.1954 n. 1226[38], con cui la Convenzione di Ottawa del 1951, che disciplina l'organizzazione della NATO (personalità giuridica, beni, locali, etc.), il suo personale e lo *status* dei rappresentanti degli Stati membri presso

[33] In ambito nazionale, si faccia riferimento ai reati di rivelazione di segreti di Stato (art. 261 Cp) e di notizia di cui sia stata vietata la divulgazione (art. 262 Cp) nelle rispettive previsioni dolose e colpose in essi tipizzate. L'esclusione dei reati di "procacciamento" (artt. 256-258 Cp) dal rinvio effettuato dall'art. 194 si giustifica con la volontà di reprimere solo quelle violazioni del segreto da parte di chi *già* ne sia *legittimamente* a conoscenza. Si consideri, altresì, il reato di rivelazione di segreto di ufficio (art. 326 Cp), nel caso in cui la violazione del segreto sia realizzata da funzionari della Comunità che sono anche pubblici ufficiali nello Stato italiano ai sensi dell'art. 357 Cp.
[34] L'art. 24 sottopone a un regime di segretezza le cognizioni acquisite dalla Comunità grazie all'esecuzione del suo programma di ricerche e la cui divulgazione sia suscettibile di nuocere agli interessi della difesa di uno o di più Stati membri. L'art. 25 concerne invece le informazioni di cui la Commissione entra in possesso in forza dell'art. 16, che prevede la comunicazione da parte degli Stati membri dell'esistenza – e a particolari condizioni anche del contenuto – delle domande di brevetto o di modello di utilità il cui soggetto sia specificamente nucleare (art. 16 par. 1), o sia direttamente connesso ed essenziale allo sviluppo dell'energia atomica (art. 16 par. 2).
[35] Su questo profilo, con ampie argomentazioni critiche, v., ancora, G. Grasso, *op. cit.*, 145 ss.
[36] Nella nostra dottrina, il problema è sollevato da C. Pedrazzi, *op. cit.*, 417 e particolarmente approfondito da G. Grasso, *op. cit.*, 152 ss. Nella dottrina estera si considerino i rilievi di H. Johannes, *Das Strafrecht im Bereich der Europäischen Gemeinschaften*, in *EuR* 1968, 81.; H.-H. Jescheck, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, in *RIDPP* 1971, 644; C. Van den Wyngaert, *Criminal Law and the European Communities: Defining the Issues*, in *MJIL* 1983, 251 s.
[37] I profili di inquadramento normativo del segreto NATO sono trattati diffusamente in Cass. 27.3.2025 n. 12096, punti 3.2, 4.1, 4.2 e 11 del *Cons. in dir.*
[38] «Ratifica ed esecuzione della Convenzione sullo statuto dell'Organizzazione del Trattato Nord-Atlantico, dei rappresentanti nazionali e del personale internazionale, firmata a Ottawa il 20 settembre 1951».

l'Organizzazione stessa, è stata ratificata in Italia, ricevendovi «*piena ed intera esecuzione … a decorrere dalla data della sua entrata in vigore*» (art. 2)[39].
Come può intuirsi, dal dettato normativo riportato deriva, tra l'altro, l'impegno a osservare i contenuti dell'art. 7 dell'*Agreement*, con cui si stabilisce l'*inviolabilità* degli archivi dell'Organizzazione e dei documenti in essi contenuti e da essa originati e custoditi, ovunque si trovino fisicamente[40].
L'efficacia di un tale "ordine di esecuzione" con riferimento alle disposizioni contenute nella Convenzione richiamata è stata chiaramente illustrata dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza 3 marzo 1997, n. 58, relativa all'affare *Priebke*[41].
Notoriamente, tale tecnica legislativa determina l'introduzione nell'ordinamento interno di tutte le norme contenute nel testo convenzionale. In particolare, vengono recepite direttamente, in forza del solo ordine di esecuzione, tutte le disposizioni che, per formulazione e contenuto, presentano carattere auto-applicativo, senza necessità di ulteriori atti interni di attuazione: è quindi il caso delle norme cc.dd. "*self-executing*"[42].
Alla luce di ciò, ci si deve allora chiedere se la disposizione relativa all'inviolabilità degli archivi e dei documenti generati in ambito NATO, di cui all'art. 7 citato, debba considerarsi o meno *self-executing*, in relazione sia alla sua formulazione letterale, sia alla finalità perseguita.
La risposta appare certamente positiva, come del resto emerge dall'orientamento della giurisprudenza nel richiamato caso *Biot*. Il tenore letterale della disposizione non richiede, difatti, alcuna mediazione normativa interna, né l'intervento di un'autorità nazionale, assicurando l'inviolabilità del documento NATO in virtù della sua provenienza da tale fonte di produzione: è, semmai, l'eventuale divulgabilità del documento che è riservata a una valutazione dell'Organizzazione del Trattato Nord-Atlantico, in quanto soggetto generatore del documento stesso. La Convenzione ricordata ha quindi introdotto un vincolo internazionale di segretezza che opera *ipso iure*, in virtù della natura *self-executing* del suo art. 7, inteso questo come nucleo fondante della disciplina del segreto NATO[43].

---

[39] In altre parole, il recepimento interno della previsione convenzionale è avvenuto senza alcuna riserva da parte dello Stato italiano.
[40] «*The archives of the organisation and all documents belonging to it or held by it shall inviolable, wherever located*»: art. 7 *Agreement on the status of the North Atlantic Treaty Organization, National Representatives and International Staff signed in Ottawa*.
[41] C. cost., 3.3.1997 n. 58**,** in *FI* 1997, 641 ss., con nota di G. Di Chiara.
[42] Secondo le parole della Corte costituzionale, «[t]ale tecnica – che si esprime nella clausola secondo cui "piena ed intera esecuzione è data alla convenzione ..." – dà luogo alla produzione nell'ordinamento interno delle norme di "adattamento" ai disposti del trattato. Un ordine di esecuzione produce implicitamente *tutte* le norme interne necessarie perché lo Stato possa adempiere, sul piano internazionale, agli obblighi convenzionalmente assunti, ma anche *le sole* norme interne strettamente indispensabili a tale scopo» (punto 6 del *Cons. in dir.*). La trattazione di tale complessa tematica extra-penalistica esula da questa sede. Non resta, dunque, che rinviare ai fondamentali contributi monografici di C. Fabozzi, *L'attuazione dei trattati internazionali mediante ordine di esecuzione*, Milano 1961, 17 ss.; A. La Pergola, *Costituzione e adattamento dell'ordinamento interno al diritto internazionale*, Milano 1961, 109 ss.; L. Condorelli, *Il giudice italiano e i trattati internazionali. Gli accordi self-executing e non self-executing nell'ottica della giurisprudenza*, Padova 1974, *passim*. Nella manualistica di diritto internazionale più recente, v., invece, C. Focarelli, *Trattato di diritto internazionale*, Milano 2015, 627 ss.; B. Conforti, M. Iovane, *Diritto internazionale*[12], Napoli 2023, 353 ss.; N. Ronzitti, *Diritto internazionale*[7], Torino 2023, 269; E. Cannizzaro, *Diritto internazionale*[7], Torino 2025, 479.
[43] Detto altrimenti, sotto il profilo giuridico-formale, nel nostro ordinamento interno la "qualifica di sicurezza" dei documenti NATO discende direttamente dalla legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Ottawa, senza che sia necessaria alcuna successiva conferma da parte del soggetto giuridico che ha generato il documento. È bene precisare che l'adesione dello Stato italiano ai trattati istitutivi dell'Unione europea e di Organizzazioni internazionali, quali la NATO, ha comportato altresì l'accettazione della relativa disciplina dei documenti da esse provenienti. Ebbene, le informazioni ivi generate sono contraddistinte da una *qualifica di sicurezza* che ne attesta l'appartenenza all'Organismo originatore e ne limita la circolazione esclusivamente all'interno

In altre parole – potrebbe aggiungersi –, dall'appartenenza di tali documenti a un soggetto come la NATO, diverso dalla Repubblica italiana, derivano specifici obblighi direttamente gravanti sulle autorità italiane, ma non le relative potestà di classificazione o declassificazione[44]. Difatti, esse, in quanto *mere detentrici* di tali documenti – e non proprietarie –, sono vincolate al rispetto degli impegni internazionali assunti e recepiti nell'ordinamento interno tramite apposita legge[45].

L'inviolabilità è così affermata in termini assoluti e generali, senza previsione di eccezioni o deroghe interne. Del resto, sul piano logico, ancor prima che giuridico, tale interpretazione trova conferma nel fatto che l'Alleanza Atlantica costituisce una coalizione multilaterale fra Stati a vocazione militare, finalizzata alla difesa collettiva. Una tale lettura, perciò, si porrebbe in piena coerenza con i principi ispiratori dell'art. 11 Cost., che legittima le limitazioni di sovranità volte alla tutela della pace e della sicurezza internazionale. In tal senso, le esigenze di pianificazione difensiva sono, per loro natura, non ostensibili, specie laddove involgano rapporti militari tra plurimi e diversificati attori istituzionali.

Dunque, da quanto sin qui ricostruito sembra emergere un'autonomia di regolamentazione del segreto NATO rispetto al regime "generale" e "comune" del segreto di Stato.

In proposito, puntualizziamo allora che nel nostro ordinamento coesistono, difatti, da un lato, il segreto di Stato, derivante dagli artt. 39-42 l. 124/2007[46] e, dall'altro, il segreto atomico, promanante dall'art. 194 del Trattato EURATOM, nonché, su un ulteriore piano, il segreto NATO, regolato dall'art. 7 della Convenzione di Ottawa del 1951.

Ciò non toglie, tuttavia, che fermo restando che il cono applicativo del segreto di Stato è particolarmente ampio, non risulta inverosimile che si verifichino, in concreto, intersezioni fra le discipline del segreto di Stato e del segreto NATO, specie considerando che anche la prima contempla espressamente, fra le materie suscettibili di segretazione da parte del Presidente del Consiglio dei ministri, quella militare[47].

---

dell'Organizzazione che le ha prodotte. Tale qualifica determina quindi il perimetro di diffusione del documento e, di conseguenza, ne preclude la conoscibilità, salvo esplicita autorizzazione da parte dell'Ente originatore (cfr., su tale profilo, gli artt. 1 lett. *n.* e 21 d.P.C.M. 6.11.2015 n. 5 recante «Disposizioni per la tutela amministrativa del segreto di Stato e delle informazioni classificate e a diffusione esclusiva»).

[44] Sul versante domestico, qualora l'Autorità politica di vertice non abbia rinvenuto l'esigenza di "coprire" con il segreto di Stato particolari informazioni, l'art. 42 l. 124/2007 consente a determinate partizioni della pubblica amministrazione di circoscrivere la conoscenza di determinate informazioni alle sole categorie di soggetti individuate dalla Legge. A questo scopo, sono allora preordinate le classifiche di segretezza. L'ordinamento italiano dispone, in ordine decrescente di potenziale danno agli interessi fondamentali della Repubblica derivante dalla diffusione della notizia, le classifiche "segretissimo", "segreto", "riservatissimo", "riservato", che sono attribuite sulla base dei criteri ordinariamente seguiti nelle relazioni internazionali (art. 42 co. 3). Nella dottrina penalistica, si soffermano sulle classifiche di segretezza G. Campanelli, sub *art. 42, L. 3.8.2007 n. 124 (sicurezza e segreto di Stato)*, *in* LP 2007, 855 ss.; P. Pisa, A. Peccioli, *La nuova tutela penale del segreto di Stato: profili sostanziali e processuali*, in *DPP* 2008, 21 s.; M. Pelissero, *La tutela penale del segreto di Stato*, in *Reati contro la personalità dello Stato e contro l'ordine pubblico*, a cura di M. Pelissero, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, vol. IV, Torino 2010, 137 ss.; S. Setti, A. Conti, *Lezioni di diritto militare*, Milano 2020, 429 ss.

[45] Questo chiarimento in C. Mosca, G. Scandone, S. Gambacurta, M. Valentini, *op. cit.*, 532.

[46] L'istituto è disciplinato, oltre che nelle disposizioni citate – di ordine sostanziale e processuale –, anche in svariati decreti attuativi, che assumono la veste giuridica del regolamento.

[47] Riprendendo il dato letterate dell'analizzato art. 39 co. 1, «[*s*]*ono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno* […], alla preparazione e alla difesa militare dello Stato» (enfasi qui aggiunta). Si precisa, tuttavia, che se è certamente vero che il segreto militare costituisce una *species* del *genus* segreto di Stato (così, V. Veutro, *Diritto penale militare*, in *Manuale di diritto e di procedura penale militare*, G. Landi, V. Veutro, P. Stellacci, P. Verri, Milano 1976, 307), non altrettanto può dirsi per il segreto NATO, il quale trova la propria fonte nell'ordine di esecuzione contenuto nella legge di ratifica degli Accordi di Ottawa.

In chiave teleologico-funzionale, comunque, le discipline del segreto di Stato e del segreto NATO sono da ritenersi profondamente diverse quanto al rispettivo inquadramento giuridico, pur accomunate da «possibili affinità di scopo»[48].
Non può escludersi, in altre parole, che l'Autorità politica italiana possa opporre e confermare in giudizio il segreto di Stato, anche nei confronti dell'Autorità giudiziaria, con riferimento a specifiche vicende concernenti gli accordi NATO o il coinvolgimento dello Stato italiano in attività a essi collegate. Tuttavia, ciò non implica, in alcun modo, che la fonte del segreto NATO debba essere ricondotta alle norme comuni di diritto sostanziale o processuale che regolano il segreto di Stato, trattandosi di discipline autonome e fra loro distinte.
Si è dunque in presenza di moduli normativi suscettibili di intersezione, pur se di diversa provenienza: l'uno di fonte interna, l'altro di origine pattizia internazionale.
Sembra potersi affermare, in conclusione, che diversa è la normativa di riferimento, così come la matrice genetica del segreto NATO, il quale concerne, *ratione materiae*, l'intera documentazione classificata prodotta nell'ambito degli assetti operativi dell'Alleanza Atlantica. Parimenti diversi risultano i beni giuridici istituzionali tutelati attraverso lo strumento della segretezza: da un lato, si presidia la sicurezza militare dell'Alleanza citata; dall'altro, con il segreto di Stato, si salvaguarda la sicurezza politico-militare della Repubblica italiana.
Peraltro, quanto al suo ancoraggio costituzionale, il segreto NATO trova fondamento in una fonte legale pattizia, la cui natura è ulteriormente rafforzata dall'art. 11 Cost., in quanto espressione di un vincolo derivante da un accordo internazionale finalizzato alla difesa collettiva.
L'efficacia di tale vincolo di segretezza discende, in ultima istanza, direttamente dall'appartenenza del documento all'Organizzazione internazionale, senza che sia necessaria alcuna procedura amministrativa interna di conferma o apposizione, non essendo questa prevista né richiesta dalla stessa Convenzione di Ottawa[49].
In questi termini, si può dunque rinvenire l'autonoma architrave normativa su cui poggia il segreto NATO.

2.4. Fin qui sono stati velocemente sondati gli assetti normativi che regolano le sotto-categorie del segreto di Stato, del segreto atomico e del segreto NATO.
Come si ricorderà, nei paragrafi che precedono si è messa in luce, sul piano positivo, la distinta e autonoma matrice normativa da cui origina ciascuna di tali *sub*-categorie.
Il segreto di Stato ha difatti base giuridica in una fonte *interna* rappresentata dagli artt. 39-42 l. 124/2007. Il segreto atomico promana da una fonte *comunitaria-sovranazionale*, ossia l'art. 194 del Trattato EURATOM. Infine, il segreto NATO trova origine da una fonte *internazionale-pattizia*, qual è l'art. 7 della Convenzione di Ottawa del 1951.
Conseguentemente, parimenti distinti appaiono gli interessi pubblici-istituzionali presidiati, posto che: *a)* il segreto di Stato è strumentale alla tutela della *sicurezza politico-militare della Repubblica italiana*. Esso quindi assiste, vincolandole, quelle notizie la cui diffusione sia idonea a ledere gravemente beni supremi e funzioni repubblicane essenziali. È dunque

[48] Come riconosce la giurisprudenza stessa in Cass. 27.3.2025 n. 12096, punto 11 del *Cons. in dir.*
[49] Questo quindi il principio di diritto che emerge da Cass. 27.3.2025 n. 12096: «[i]n tema di procedimento penale militare, l'esistenza di un segreto di carattere militare, da tutelare anche in sede processuale e tale da limitare la "*discovery*" degli elementi di conoscenza coperti dal vincolo, può derivare, in via diretta, da una fonte legale di ratifica di un Trattato internazionale (nella specie, la legge 10 novembre 1954, n. 1226, di ratifica ed esecuzione della Convenzione sullo Statuto dell'Organizzazione del Trattato Nord-Atlantico, firmata a Ottawa il 20 settembre 1951), senza che vi sia necessità di conferma del vincolo da parte dell'Autorità che ha generato il documento segreto».

funzionale all'esercizio del potere statuale; *b)* il segreto atomico è posto a salvaguardia della *sicurezza nucleare e atomica comunitaria*[50], intesa quale corretto governo delle informazioni di natura atomico-nucleare della Comunità e delle relative istituzioni contro ogni pericolo di interferenza o manipolazione; *c)* il segreto NATO è finalizzato alla protezione della *sicurezza militare dell'Alleanza Atlantica*[51], concorrendo al presidio degli assetti difensivi militari della Coalizione, e, in tale quadro, alla gestione della distribuzione delle forze fra gli Stati membri.
A quanto appena precisato, aggiungiamo che, con riguardo al segreto atomico e al segreto NATO, la titolarità dell'interesse pubblico alla relativa inviolabilità risulta semplicemente "condivisa" o "traslata" dall'ordinamento interno a quello sovranazionale, fermo restando che l'interesse che ne giustifica la loro operatività rimane pur sempre pubblico.
Ancora, decisamente differente risulta il criterio di qualificazione e lo schema di operatività concreta.
Difatti, semplificando, il segreto di Stato è apposto dall'Autorità politica italiana di vertice, ossia il Presidente del Consiglio dei ministri, nelle forme di un atto politico discrezionale, non sindacabile in sede giurisdizionale, ma eventualmente soggetto a valutazione politica dinanzi al Parlamento[52].
Il segreto atomico, ben diversamente, nasce dalla volontà delle istituzioni comunitarie o dalle disposizioni di uno Stato membro che qualificano come segrete determinate informazioni di matrice atomico-nucleare. In ragione della tecnica di assimilazione, lo Stato italiano è tenuto allora a riconoscere e a tutelare come "segreti di Stato" quelli qualificati tali dalle fonti comunitarie o dagli altri Stati membri. In sintesi: la qualificazione è esterna all'ordinamento nazionale e lo Stato italiano la recepisce automaticamente.
Quanto al segreto in ambito NATO tale carattere promana dall'Organizzazione del Trattato del Nord Atlantico in quanto titolare degli archivi e dei documenti da essa prodotti o custoditi. Quindi, la qualificazione è auto-attribuita dall'Organizzazione, ed è vincolante *ipso iure* per tutti gli Stati a essa aderenti. Lo Stato italiano diviene allora solo mero detentore materiale del documento, non disponendo di potere alcuno in merito alla sua classificazione o declassificazione[53].

---

[50] La natura sovranazionale dell'interesse protetto si inserisce nel più ampio problema relativo alla qualificazione alla disciplina EURATOM. Nella dottrina tedesca, difatti, ci si è chiesti se la previsione dell'art. 194 debba essere qualificata come norma penale interna – in quanto derivante dalla trasformazione dei trattati istitutivi delle Comunità in legge dello Stato – oppure come disposizione penale di rango sovra- o trans-nazionale ("*supra oder transnationales Recht*"). Chi opta per la seconda soluzione, sostiene che i giudici nazionali, quando applicano tale norma, agirebbero come fiduciari delle Comunità europee. A favore del carattere sovranazionale di questa norma cfr. U. Nehring, *op. cit.*, 163. Questa impostazione è tuttavia contestata da F. Bricola, *op. cit.*, 211 s., il quale osserva che, in linea generale, una norma contenuta in un trattato istitutivo di una comunità sovranazionale può conservare la propria natura di "*transnationales Recht*" anche qualora tale trattato venga integralmente trasformato in legge statuale mediante un atto del Parlamento. Inoltre, nella fattispecie che qui rileva permane comunque un interesse nazionale alla repressione delle violazioni del segreto. A ciò si aggiunge che l'applicazione e l'esecuzione della norma non rientrano nella sfera di competenza delle Comunità.
[51] Precisiamo che con riferimento al segreto atomico e al segreto NATO viene presidiata, di riflesso, anche la sicurezza dello Stato italiano. Sul carattere di «*plurioffensività eventuale*» della fattispecie dell'art. 194 par. 1 co. 1 – dato che essa pone, al co. 2, quale condizione per la procedibilità innanzi alla giurisdizione penale dello Stato membro, l'«*istanza di qualsiasi Stato membro interessato o della Commissione*» – v., ancora, F. Bricola, *op. cit.*, 210.
[52] Difatti, con il provvedimento di apposizione del segreto, si dà origine a un atto politico a tutti gli effetti, adottato sotto la responsabilità personale e diretta del Presidente del Consiglio, così come prescritto dall'art. 1 co. 1. lett. *b-c* l. 124/2007. Quanto al problema della qualificazione giuridica dell'atto di apposizione presidenziale, se di natura *politica* o *amministrativa*, v. il dibattito esaustivamente ripercorso in C. Mosca, G. Scandone, S. Gambacurta, M. Valentini, *op. cit.*, 514 ss.
[53] Sul principio del controllo dell'originatore («*principle of originator control*»), nell'ambito della politica NATO, che riconosce all'Organizzazione il potere di fissare limiti stringenti alla circolazione delle informazioni trasmesse

Si consideri poi che essi, nel diritto interno, presentano tutti dignità costituzionale.
In proposito, appare decisamente opportuno precisare che il segreto di Stato gode di una copertura costituzionale, essendo frutto di un delicato lavorìo interpretativo avviato sin dalla sentenza della C. cost., 6.4.1976 n. 82[54] e ulteriormente approfondito nella successiva decisione C. cost., 24.5.1977 n. 86[55], divenuta poi il *leading case* in materia. In proposito, nei *dicta* menzionati, la Corte costituzionale ha stabilito che il segreto, lungi dall'essere uno strumento discrezionale dell'Esecutivo, può trovare legittimazione esclusivamente nei casi in cui sia necessario salvaguardare i supremi interessi dello Stato, configurandosi come un meccanismo indispensabile per garantire l'esistenza statuale, la sua integrità e il suo assetto democratico e, infine, la sua difesa e sicurezza nazionali: valori fondamentali che trovano riconoscimento, esplicito o implicito, negli artt. 1, 5, 52, 87 e 126 Cost.
Quanto al segreto atomico e al segreto NATO, l'aggancio costituzionale si rinviene nell'art. 11 Cost., che consente alla Repubblica italiana di limitare la propria sovranità per obblighi derivanti da accordi internazionali finalizzati alla pace, alla difesa collettiva e alla sicurezza internazionale**.**
A conclusione del ragionamento sin qui condotto, pur nell'acclarata divergenza fisionomica e strutturale, le tre "forme di segretezza" presentano – per chi scrive – *funzioni* ed *effetti* comuni.
In primo luogo – e in chiave teleologica – queste, difatti, coesistono all'interno di un sistema di "segreti pubblici-istituzionali"[56] perché, pur essendo distinti quanto a investitura normativo-costituzionale, *ratio*, beni giuridici presidiati e schemi operativi, *sono tutti strumentali a garantire, secondo logiche diverse, ma convergenti, l'esercizio dei poteri pubblici e la salvaguardia della sicurezza dello Stato, direttamente o in via mediata e delle organizzazioni cui esso aderisce.*
In termini di *effetto*, esse incidono sul regime ordinario di pubblicità, riservando l'accesso alle sole notizie ritenute indispensabili per il funzionamento dello Stato o delle organizzazioni con cui esso opera, e limitandone la conoscibilità a una cerchia ristretta di soggetti specificamente autorizzati.
Sotto altro profilo, si aggiunga poi che la preesistenza, nell'ordinamento interno, delle tre matrici normative istitutive di altrettante forme di segreto comporta un ampliamento dell'oggetto materiale e, di conseguenza, l'applicabilità delle fattispecie repressive codicistiche *ex* art. 256 ss. Cp, che riguarda non solo le notizie attinenti agli interessi supremi della Repubblica di cui all'art. 39 co. 1 l. 124/2007, ma anche le informazioni di natura Euratom e NATO.

3. A questo punto della ricerca, è opportuno restringere il campo di analisi al solo segreto NATO, confrontandosi con la dimensione applicativa dell'istituto in gioco, alla luce del già richiamato caso *Biot*[57], che rappresenta una delle rarissime occasioni in cui l'ordinamento

all'interno dell'Alleanza v. R. Alasdair, *Nato, Secrecy, and the Right to Information*, in *EECR* 2003, 89, il quale puntualizza che l'originatore mantiene il diritto di veto alla declassificazione o divulgazione, anche quando l'informazione è detenuta da altri soggetti pubblici.

[54] In *GCos* 1976, 469 ss., con nota di G. Musio, *Il segreto politico-militare di fronte alla Corte costituzionale*

[55] in *GCos* 1977, 696 ss., con note di R. Nania, *«Termine ragionevole» e autoapplicatività delle sentenze della Corte costituzionale*; A. Anzon Demmig, *Interrogativi sui riflessi sostanziali della nozione di segreto di Stato individuata dalla Corte costituzionale*; A. Sandulli, *Note minime in tema di segreto di Stato*; P. Pisa, *Il segreto di Stato di fronte alla Corte costituzionale: luci ed ombre in attesa della «riforma»*.

[56] Rafforza la nostra opinione, in forza della quale sono annoverati fra i segreti pubblici anche il segreto NATO e il segreto atomico, quanto espresso da M. Rodriquez, *Sicurezza dello Stato e pubblici poteri nella prospettiva dei rapporti fra poteri*, in *RDP* 1977, 86.

[57] L'autore desidera ringraziare i difensori per aver gentilmente reso disponibile la relativa documentazione difensiva.

italiano è stato chiamato a confrontarsi con le implicazioni processuali derivanti dalla tutela della segretezza NATO.
L'aspetto problematico non risiede tanto nel riconoscimento del vincolo internazionale, pacificamente fondato sulla Convenzione di Ottawa del 1951 e sugli accordi multilaterali fra Stati membri, quanto nella sua *meccanica applicazione* all'interno del processo penale.
Più in particolare, la vicenda giurisprudenziale richiamata offre l'occasione per interrogarsi sulla compatibilità fra due esigenze antagoniste nella casistica giurisprudenziale, anche sovranazionale: da un lato, la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo nell'ambito della "macchina" processuale interna; dall'altro, l'adempimento degli obblighi assunti dallo Stato nel contesto della partecipazione a organizzazioni internazionali, il cui regime di immunità può potenzialmente compromettere un'effettiva protezione di tali diritti.
Sulla scorta delle ricostruzioni finora esaminate, si avanzeranno, a seguire, talune osservazioni critiche, le quali vertono sulla legittimità costituzionale della disciplina interna di recepimento relativa al segreto NATO, con particolare riguardo alla sua compatibilità con i principi che regolano l'esercizio del diritto di difesa[58] e del giusto processo nell'ordinamento costituzionale italiano e in quello internazionale convenzionale.
Successivamente, si analizzerà, all'interno del medesimo congegno normativo NATO, l'esperimento di una procedura giuridico-politica che, letta congiuntamente al diritto vivente della CEDU e al diritto complementare interno sul segreto di Stato, potrebbe consentire di superare i profili di incostituzionalità del citato meccanismo di recepimento.

3.1. Occorre allora muovere, ancora una volta, dal quadro giuridico interno del segreto NATO, del quale si sono già abbondantemente perlustrati il fondamento normativo e la rilevanza costituzionale[59].
Anzitutto, al fine di distinguerlo dal segreto di Stato sotto il profilo della cornice normativa e dell'ambito applicativo, in giurisprudenza si è ribadito che la relativa regolamentazione, scaturente dall'art. 7 della Convenzione di Ottawa del 1951, costituisce una diretta conseguenza dell'adesione dello Stato italiano alla Convenzione stessa e all'Alleanza Atlantica. Poiché tale passaggio ha comportato limitazioni di sovranità riconducibili ai dettami dell'art. 11 Cost., anche la disciplina della segretezza che ne consegue non si porrebbe, di per sé, al di fuori della legalità costituzionale.
Dalla ricostruzione operata è quindi emerso che detto segreto "atlantico" derivi *ex se* dalla ratifica della Convenzione di Ottawa e che, trattandosi di un accordo internazionale militare, la segretezza risulti *intrinsecamente e logicamente connaturata all'essenza dell'Alleanza*. Conseguentemente, esso non richiederebbe un quadro normativo analogo a quello del segreto di Stato, attesa la diversità strutturale, quanto a natura e ambito applicativo, fra i due istituti.
Ci sembra opportuno, a questo punto, tentare di "saggiare" la tenuta *costituzionale-convenzionale* della cornice normativa ricostruita, adottando un approccio interdisciplinare. Per tali ragioni, l'analisi procederà con particolare cautela.

[58] È bene rammentare che nel caso in cui in sede processuale venga attivato l'istituto del segreto di Stato il diritto di difesa si trova al massimo grado di compressione. Non pare superfluo poi precisare che la stessa Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto che la garanzia costituzionale del diritto di difesa *ex* art. 24 Cost., qualificato come principio supremo dell'ordinamento costituzionale, è «intimamente connessa con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio». In questo senso, C. cost., 2.2.1982 n. 18, punto 4 del *Cons. in dir.*, in *GCos* 1982, 138 ss. Peraltro, già con C. cost., 27.12.1965 n. 98, punto 2 del *Cons. in dir.*, in *GCos* 1965, 1322 ss., in materia comunitaria, si è sancito che il diritto del singolo alla tutela giurisdizionale «è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2, come si arguisce anche dalla considerazione che se ne è fatta nell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo». Da ultimo, v. pure C. cost., 24.1.2022 n. 18, punto 4.1 del *Cons. in dir.*, in *GCos* 2022, 220 ss.
[59] Ampi ragguagli *retro*, par. 2.3.

Segnaliamo sin da subito che un primo vaglio in materia è già stato svolto nella recente giurisprudenza elaborata con riferimento al caso *Biot*[60], in risposta a un articolato incidente di legittimità costituzionale[61], ritenuto poi manifestamente infondato.
Quanto alla previsione finale di manifesta infondatezza, una volta prospettato il diverso inquadramento giuridico del segreto NATO e del segreto di Stato – su cui ci si è già soffermati – la Suprema Corte ha escluso ogni violazione del dettato costituzionale, in particolare rispetto ai canoni del giusto processo di cui all'art. 111 Cost.
E lo si è fatto con una soluzione logico-argomentativa che – forse – tradisce una certa speditezza argomentativa.
Per giungere a tale conclusione si è difatti asserito che «il rispetto delle garanzie di contraddittorio e difesa deriva (una volta che si è limitata la *disclosure* allo scopo di mantenere il segreto sulle informazioni protette) dalla esistenza o meno di meccanismi processuali idonei a coniugare le esigenze cognitive […] con la verifica di genuinità e affidabilità delle informazioni veicolate nel giudizio»: evenienza che, nel caso *Biot*, si sarebbe pienamente riscontrata, «in ragione dell'avvenuto esercizio del contraddittorio sul contenuto delle deposizioni rese dai testi» in dibattimento.
Detto altrimenti, anche se talune notizie classificate non sono state completamente rese ostensibili in giudizio, il diritto di difesa e lo svolgimento del contraddittorio per la prova e sulla prova non hanno patito eccessive restrizioni e sono stati comunque rispettati, perché il processo ha garantito meccanismi sufficienti per permettere la verificabilità della genuinità e affidabilità delle informazioni introdotte nel giudizio. Pertanto, anche in forza di una ostensione

[60] Nel contesto delle argomentazioni sviluppate nella sentenza Cass. 27.3.2025 n. 12096, punto 11 del *Cons. in dir*.

[61] Le linee essenziali della questione di legittimità costituzionale lucidamente sollevata dal ricorrente attenevano alla presunta violazione combinata degli artt. 3, 11, 24 e 111 co. 2, 3, 4 Cost. Quanto al primo parametro, si è argomentato che l'art. 7 della Convenzione di Ottawa, introducendo nell'ordinamento un segreto non conoscibile da parte dell'Autorità giudiziaria, violerebbe i principi di eguaglianza e ragionevolezza, rispetto alle norme sostanziali e processuali in materia di segreto di Stato. Queste, difatti, prevedono che tale segreto – proprio perché non conoscibile dall'Autorità giudiziaria – debba essere verificato presso il vertice dell'Autorità politica e, laddove confermato/apposto, non possa essere utilizzato né in via diretta né indiretta dall'Autorità giudiziaria, potendo essere conosciuto solo dalla Corte costituzionale. Tutte queste previsioni di garanzia non risulterebbero applicabili, allo stato e secondo l'attuale interpretazione, al segreto NATO. L'art. 7 dell'Accordo non rappresenterebbe poi una delle legittime limitazioni della sovranità «*necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*», come prescritte dalla norma costituzionale. Al contrario, esso determinerebbe una violazione, da parte dello Stato italiano, delle garanzie poste a tutela delle libertà fondamentali e del principio di eguaglianza, anche nei confronti del potere giudiziario. L'art. 11 Cost. non consente, difatti, la compressione della sovranità nazionale attraverso l'introduzione di un istituto che si rivelerebbe sostanzialmente eversivo dei principi fondamentali dell'ordinamento democratico, in particolare con riguardo alla tutela dei diritti individuali nel circuito processuale. Inoltre, la medesima disposizione convenzionale, in violazione dell'art. 24 Cost., impedirebbe all'individuo di esercitare il proprio diritto di difesa rispetto a documenti o cose coperti da segreto NATO. Questi elementi, difatti, non gli verrebbero resi conoscibili né disponibili, e rispetto a essi egli non potrebbe rilasciare dichiarazioni, né effettuare autonome analisi e valutazioni, anche critiche, né ricercare prove a discarico. Tuttavia, tali elementi verrebbero prima utilizzati per l'esercizio dell'azione penale nei suoi confronti e poi come prove a carico, anziché essere considerati inutilizzabili, in via diretta e indiretta, come invece previsto per il segreto di Stato dall'art. 202 co. 5 Cpp. Infine**,** applicando il citato art. 7, si violerebbe il principio della celebrazione del processo in condizioni di parità delle parti davanti a un giudice terzo e imparziale, nonché il diritto dell'imputato a "difendersi provando". Non sarebbe difatti garantita la facoltà per l'imputato di interrogare o far interrogare, nel merito, le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio, alle stesse condizioni dell'accusa, di persone a sua difesa, né quella di acquisire ogni altro mezzo di prova a suo favore. In relazione al co. 4 della norma costituzionale, l'art. 7 confliggerebbe, peraltro, con il principio del contraddittorio nella formazione della prova, non essendo consentita alla difesa dell'imputato una partecipazione effettiva né alla formazione della prova tecnico-informatica – a causa dell'inaccessibilità dei dispositivi analizzati –, né alla relativa prova dichiarativa.

limitata, l'imputato ha potuto contro-esaminare i testimoni sulle loro deposizioni, concernenti segnatamente la segretezza del contenuto dei documenti e la loro inerenza alle imputazioni oggetto del procedimento[62]. Dunque, la mancata acquisizione "fisica" dei reperti, imposta dalla legge di ratifica degli Accordi di Ottawa, è stata adeguatamente bilanciata dal contraddittorio realizzatosi in dibattimento.

Questo profilo dell'argomentazione, teso a recuperare, a valle, quel deficit al diritto di accesso alle prove causato dall'operare del vincolo NATO, sembra comunque ancorarsi esclusivamente alla dinamica processuale del *caso concreto*. Non è stata dunque effettuata, a monte, una verifica *di sistema* sulla legittimità del regime del segreto NATO.

La Corte, diversamente, nell'adottare, sul piano fattuale, un approccio strettamente aderente alla vicenda giudiziale, ha escluso la violazione delle garanzie difensive, limitandosi a constatarne l'effettivo rispetto *in concreto*, con specifico riferimento all'avvenuta regolarità del contraddittorio. Con la conseguenza che è rimasto privo di risposta il nodo principale, anche sollevato, relativo al *vulnus sistemico* derivante dalla mancanza di una disciplina di garanzia nell'assetto regolativo del segreto NATO.

Appare allora chiaro – così emerge a più riprese nel caso *Biot* – il carattere di *immanenza assoluta*, *inviolabilità* e *non giustiziabilità* che assiste il segreto NATO[63]. Da tali affermazioni ne consegue quindi un regime protettivo sensibilmente più restrittivo – che darebbe quindi forma a una sorta di "super-segreto" o di segreto di Stato "rinforzato" – rispetto a quello domestico del segreto di Stato, caratterizzato da un maggiore tasso di presidi procedurali[64]: quest'ultimo istituto prescrive, difatti, nella sua articolata regolamentazione sostanziale e processuale, forme di apposizione, opposizione e conferma da parte dell'Autorità politica di vertice, a differenza del segreto NATO, vincolante di per sé.

È bene evidenziare, pertanto, che la normativa nazionale sul segreto di Stato, oggi ricondotta alla l. 124/2007, e, nel rito, agli artt. 202, 204, 256-*bis* e 256-*ter* Cpp, consente l'attivazione di strumenti di verifica istituzionale di competenza del Presidente del Consiglio dei ministri e, in ultima istanza, sottoposti al controllo della Corte costituzionale, sia pure nelle forme del conflitto di attribuzioni fra poteri dello Stato. Così come contempla importanti confini di recessività del segreto normativamente prescritti[65].

Al contrario, il regime "bloccante" del segreto NATO sembra imporsi come *limite assoluto ed esterno all'ordinamento processuale*.

---

[62] Così come, a dimostrazione che nessuna prerogativa difensiva è stata obliterata, all'imputato è stata garantita la partecipazione all'estrazione della copia forense del telefono cellulare e il contro-esame dei consulenti tecnici dell'accusa. Tali attività difensive si poi sono affiancate alla restante parte dell'istruttoria, che non ha subito limitazioni cognitive, in particolare per quanto riguarda la ricostruzione del fatto storico.

[63] Cfr. i seguenti passaggi argomentativi contenuti in Cass. 27.3.2025 n. 12096: «[…] la *assoluta necessità* di mantenere – anche in ambito processuale – la inviolabilità del segreto NATO sulle specifiche informazioni contenute nei documenti classificati (per il pregiudizio alla sicurezza derivante dalla divulgazione) […]» (punto 3.4 del *Cons. in dir.*); «[…] la *inviolabilità* è affermata *in via assoluta e generale, senza eccezioni o deroghe*» (punto 4.1 del *Cons. in dir.*); «La *segretezza assoluta* degli archivi e documenti interni della Alleanza Atlantica è diretta conseguenza – sul piano logico, prima ancora che giuridico – della natura dell'organismo, trattandosi di una alleanza militare tra stati per scopi di comune difesa» (punto 11 del *Cons. in dir.*). Enfasi aggiunta.

[64] Si veda, in proposito, l'articolato regime normativo degli artt. 39-42 l. 124/2007, cui si opera rinvio.

[65] Stante, in chiave sostanziale, l'assoluto sbarramento all'attività di apposizione del segreto di Stato di cui all'art. 39 co. 11 l. 124/2007, ai sensi del quale «[*i*]*n nessun caso possono essere oggetto di segreto di Stato notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale o a fatti costituenti i delitti di cui agli articoli 285, 416-bis, 416-ter e 422 del codice penale*». A ciò si aggiunga, dal versante dell'inopposizione processuale, quanto stabilito dal codice di rito, a tenore del quale «[*n*]*on possono essere oggetto del segreto previsto dagli articoli 201, 202 e 203 fatti, notizie o documenti concernenti reati diretti all'eversione dell'ordinamento costituzionale nonché i delitti previsti dagli articoli 285, 416 bis, 416 ter e 422 del codice penale*» (art. 204 co. 1 Cpp).

In sintesi, a conclusione del ragionamento fin qui svolto, sembra potersi ritenere che il segreto in questione presenti margini di "invincibilità", atteso che esso risulta: *a)* ad apposizione/opposizione diffusa, in quanto derivante dall'esistenza di un documento originante dalla NATO, che ricomprende tutti gli uffici e le articolazioni degli Stati che ne fanno parte; *b)* non conoscibile dall'Autorità giudiziaria procedente, ma comunque utilizzabile, anche solo in via indiretta *ex* art. 202 Cpp, per adottare una pronuncia giurisdizionale; *c)* potenzialmente idoneo a coprire notizie, documenti o cose relativi a fatti di terrorismo o eversivi dell'ordine costituzionale e alle gravissime fattispecie criminose puntualmente tipizzate dall'art. 39 co. 11 l. 124/2007, di disciplina del c.d. "segreto costituzionalmente illegittimo"[66].
Muovendo da tali argomentazioni**,** si potrebbe allora teoricamente aggiungere un ulteriore profilo di incostituzionalità della "norma istitutiva" a quelli già rammentati[67] e che si connette ai motivi già discussi con riferimento al parametro di costituzionalità *ex* art. 111 co. 2, 3, 4 Cost.
Difatti, l'adempimento degli obblighi internazionali prescritti dall'art. 117 co. 1 Cost. – segnatamente quelli derivanti dall'adesione a un'Organizzazione, quale la NATO, orientata alla promozione della pace e della cooperazione tra gli Stati – indirizzerebbe lo Stato italiano in una potenziale "rotta di collisione" con altri vincoli sovranazionali, non meno cogenti, promananti dal "sistema CEDU" di tutela dei diritti fondamentali della persona umana.
L'applicazione del modello normativo "*extra ordinem"* di segretezza NATO rischierebbe quindi di determinare una violazione potenziale del diritto a un equo processo, presidiato dall'art. 6 CEDU. In concreto, ciò si tradurrebbe nell'impossibilità per l'imputato di visionare *integralmente*, contestare e verificare le prove decisive coperte dal vincolo "assoluto" di segretezza, compromettendo così una delle garanzie fondamentali a esso spettanti, ossia il *pieno esercizio* del contraddittorio.
In tale contesto, pertanto, si potrebbe sostenere che la legge di recepimento presenti profili di sospetta incostituzionalità, nella parte in cui attribuisce al "segreto dell'Alleanza" un'*efficacia preclusiva assoluta*, ancor più rigida rispetto all'assetto predisposto per il segreto di Stato di matrice interna. Una simile compressione delle guarentigie processuali dell'individuo apparirebbe perciò difficilmente compatibile tanto con le garanzie offerte dall'ordinamento costituzionale interno, quanto con i diritti fondamentali sanciti dalle convenzioni internazionali, rilevanti ai sensi dell'art. 117 co. 1 Cost.

3.2. Tuttavia, prima di tacciare come incostituzionale la cornice normativa NATO, resta da chiedersi se non sia possibile rintracciare, all'interno del diritto complementare interno**,** letto coordinatamente alla legge di recepimento, un meccanismo interpretativo o applicativo che ne consenta una lettura conforme ai principi costituzionali e convenzionali, così da preservarne la validità.
Difatti, sebbene la qualifica di sicurezza NATO sia finalizzata a impedire la divulgazione di notizie classificate che potrebbero compromettere il funzionamento dell'Organizzazione, essa, a ben vedere, non precluderebbe *integralmente* il loro disvelamento all'Autorità giudiziaria procedente.

---

[66] Conveniamo qui con quanto sostenuto dal ricorrente. Per un quadro ricostruttivo della categoria dei "fatti eversivi dell'ordine costituzionale" che tenga conto delle statuizioni costituzionali e di legittimità in materia – concernenti il complesso caso *Abu Omar* – e del relativo apparato normativo positivizzato nella normativa di settore sul segreto di Stato, sia consentito il rinvio a A.F. Vigneri, *Delitti politici e ordine costituzionale della repubblica: c'è ancora spazio per una tutela penale della «personalità dello stato»?*, in www.lalegislazionepenale.eu 2024, 34 ss. e bibliografia ivi riportata. Sulla categoria in discorso ritorneremo in un successivo momento dell'indagine.
[67] Cfr. *retro*, nota 61.

In tali evenienze entra allora in gioco il predetto coordinamento con la normativa di settore interna sul segreto di Stato[68], che presuppone l'attivazione, in seno all'Ente sovranazionale, della procedura di "*declassification and public disclosure"*, così da evitare che la tutela degli interessi dell'Alleanza si traduca in un sacrificio integrale delle garanzie difensive dell'imputato in sede giurisdizionale.
Sul punto, il regime di divieto assoluto di ostensione direttamente incidente sulle determinazioni dell'Autorità giudiziaria scaturente dall'art. 7 della Convenzione sembrerebbe allora attenuarsi nell'ambito di tale particolare procedura di declassifica. Essa prevede una valutazione specifica in seno all'Alleanza Atlantica e il coinvolgimento, nelle forme di un interpello multilaterale, di *tutti gli Stati membri* della stessa, o comunque degli Stati che vantano un interesse rispetto al documento di cui è richiesta l'esibizione nel giudizio interno.
Si tratta di un congegno che può essere attivato solo quando ricorra la necessità, se non l'indispensabilità, di conoscere l'esatto contenuto di informazioni classificate, ai fini dell'adozione della decisione da parte dell'Autorità giudiziaria dello Stato che avvia tale procedura.
Tale *iter* procedurale, in ambito nazionale, prende avvio tramite l'Ufficio centrale per la segretezza (UCSe)[69] e richiede l'inoltro di una richiesta al *Dipartimento delle informazioni per la sicurezza* (DIS)[70], che, in base alla normativa vigente, rappresenta l'Autorità competente a interloquire con l'Alleanza.
Il DIS, dopo aver espresso un proprio giudizio di merito, trasmette l'istanza al Segretario Generale della NATO, il quale può rigettarla direttamente, sulla base di proprie valutazioni, oppure sottoporla al Consiglio Atlantico, affinché siano interpellati tutti gli Stati membri, o comunque quelli interessati al documento, in merito alla concessione del nulla osta al rilascio o alla declassifica[71]. Si badi, tuttavia, che il veto opposto anche da un solo Stato preclude, *in via definitiva*, il rilascio o la declassificazione del documento.
Com'è evidente, ci si trova di fronte a una procedura complessa e gravata da passaggi onerosi, con potenziali ricadute patologiche sulla ragionevole durata del processo penale e sui diritti fondamentali dell'imputato, soprattutto qualora egli sia nel frattempo sottoposto a misure restrittive della libertà personale.

---

[68] Il Legislatore ha demandato a fonti di rango secondario la regolamentazione della procedura di autorizzazione alla loro ostensione, in particolare ai d.P.C.M. n. 5/2015 e 12.6.2009, n. 7 («Determinazione dell'ambito dei singoli livelli di segretezza, dei soggetti con potere di classifica, dei criteri d'individuazione delle materie oggetto di classifica nonché dei modi di accesso nei luoghi militari o definiti di interesse per la sicurezza della Repubblica»). Tali atti attribuiscono al *Dipartimento delle informazioni per la sicurezza* (DIS), incardinato presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, la competenza a richiedere all'Ente originatore dei documenti classificati NATO l'autorizzazione all'ostensione, totale o parziale.
[69] Ai sensi dell'art. 9 l. 124/2007, è istituito, nell'ambito del *Dipartimento delle informazioni per la sicurezza* (DIS), l'Ufficio centrale per la segretezza (UCSe), che svolge funzioni direttive e di coordinamento, di consulenza e di controllo sull'applicazione delle norme di legge, dei regolamenti e di ogni altra disposizione in ordine alla tutela amministrativa del segreto di Stato e alle classifiche di segretezza.
[70] Secondo l'art. 4 l. 124/2007, il DIS è l'organo di cui si avvalgono il Presidente del Consiglio dei ministri e l'Autorità Delegata per la sicurezza della Repubblica per l'esercizio delle loro competenze e per assicurare piena unitarietà nella programmazione della ricerca informativa del Sistema di informazione per la sicurezza, nonché nelle analisi e nelle attività operative dei Servizi di informazione per la sicurezza della Repubblica.
[71] La loro divulgazione, in assenza del necessario nulla osta dell'Ente sovranazionale originatore, integrerebbe allora una violazione grave dell'accordo internazionale ratificato dall'Italia, con effetti potenzialmente rilevanti tanto sui rapporti fra lo Stato italiano e l'Alleanza Atlantica quanto su quelli con i singoli Alleati, tutti ambiti coperti dalla tutela costituzionale di cui all'art. 117 Cost.

Nella prassi, essa ha esito positivo quasi esclusivamente per i documenti più datati – o aventi rilievo storico –, mentre risultano sistematicamente inaccessibili quelli che conservano un'attualità operativa o una rilevanza strategica per l'Alleanza sul piano politico-militare[72].
Lo schema procedurale descritto potrebbe nondimeno assumere una certa rilevanza, ove si consideri quell'orientamento della Corte EDU che ha individuato nella dottrina della c.d. "protezione equivalente" un congegno ermeneutico idoneo a comporre le antinomie fra le garanzie delineate dalla CEDU e le prescrizioni vincolanti contenute nei trattati istitutivi di Organizzazioni internazionali, quali la NATO o l'ONU[73].
Sintetizzando al massimo, detta dottrina postula che, qualora gli Stati contraenti trasferiscano a un'Organizzazione internazionale poteri idonei a incidere sull'ambito di applicazione della Convenzione, l'Organizzazione medesima è tenuta ad assicurare un livello di tutela dei diritti proclamati dalla CEDU *almeno equivalente* – nel senso di "comparabile" – a quello sancito dalla stessa. Qualora si accerti che l'Organizzazione assicuri uno *standard* di protezione equivalente, si dovrà presumere conforme al diritto convenzionale l'operato delle autorità statuali che si limitano ad attuare obblighi sovranazionali privi di margini di discrezionalità[74].
Per quanto qui di interesse, con specifico riferimento a un emblematico arresto giurisprudenziale, la Corte EDU ha osservato, in sintesi, che, pur in presenza di un regime di immunità volto a proteggere diritti suscettibili di limitazioni, e nonostante il trasferimento di competenze a un'Organizzazione internazionale come la NATO, gli Stati restano comunque vincolati al rispetto delle garanzie fondamentali fissate dalla Convenzione europea. Tuttavia, se, da un lato, l'art. 6 CEDU presidia il diritto a una tutela giurisdizionale effettiva, dall'altro deve riconoscersi che alcune limitazioni a tali prerogative possono essere ammesse *se necessarie e proporzionate* agli obiettivi perseguiti da tale regime. In tale ottica, il regime di immunità concesso alla NATO si rivelerebbe compatibile con l'art. 6 CEDU citato nella misura in cui contribuisce a salvaguardare e a facilitare il funzionamento di un'Organizzazione impegnata nella promozione della pace e della cooperazione internazionale; per questo motivo, le restrizioni da esso derivanti, anche in ambito processuale, sono ammissibili purché l'Organizzazione stessa abbia prescritto *rimedi idonei* a prevenire eventuali lacune nella tutela[75].

---

[72] La procedura attenzionata è oggetto di analitica ricostruzione in T. Mil., 6.6.2023 n. 5, §7, 129 s. e 140 s. In dottrina, sul tema, si rimanda a C. Mosca, G. Scandone, S. Gambacurta, M. Valentini, *op. cit.*, 533, i quali rimarcano che la suddetta procedura «se conclusasi in termini positivi, determina la spoliazione da parte dell'Organizzazione, che cessa di averne la proprietà rimettendola all'Autorità nazionale».

[73] Benché oggetto di particolare attenzione da parte degli organi di controllo del "sistema CEDU", il principio della protezione equivalente si fonda sull'idea che un atto vincolante, adottato secondo le procedure di un determinato sistema normativo, possa essere sottratto al controllo giurisdizionale di un diverso ordinamento in cui è destinato a produrre effetti, purché il sistema di origine assicuri una protezione e delle garanzie sostanzialmente equiparabili a quelle che potrebbero essere ottenute nell'ordinamento di destinazione. Sulla dottrina della protezione equivalente la letteratura è assai vasta. Solo a titolo esemplificativo v. A. Ciampi, *L'Union européenne et le respect des droits de l'homme*, in *RGDIntPub* 2006, 85 ss.; B. Conforti, *Le principe d'équivalence et le contrôle sur les actes communautaires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit: Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, a cura di S. Breitenmoser, B. Ehrenzeller, M. Sassoli, W. Stoffel, B. Wagner Pfeifer, Baden-Baden 2007, 173 ss.; M. Ventrone, *La dottrina della protezione equivalente nei rapporti tra CEDU e Nazioni Unite alla luce della prassi più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *AIC* 2015, 1 ss.; M. Marchegiani, *Tendenze evolutive nel ricorso al principio della protezione equivalente da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *RDInt* 2017, 447 ss., con ampi richiami giurisprudenziali e bibliografici. Con riguardo alla vicenda giudiziaria del caso *Biot*, questo profilo tematico, che qui accogliamo e coltiviamo, è affrontato in M.F. Angori, *op. cit.*, 17 ss.

[74] Si veda, fra i diversi arresti, il *leading case* rappresentato dalla sentenza C. eur. GC, 30.6.2005, *Case of Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda*, § 155 ss.

[75] Il riferimento giurisprudenziale è a C. eur., 5.3.2013, *Chapman c. Belgio*, §§ 45 e 50 ss. Già prima, i giudici di Strasburgo (C. eur., 12.5.2009, *Gasparini c. Italia e Belgio*) avevano chiarito che, quando gli Stati parte della

In questi termini, allora, l'apposita procedura di declassifica di cui sopra, da attivarsi presso la NATO, alla luce degli orientamenti della Corte di Strasburgo, pur a prescindere dagli esiti cui potrebbe addivenire, rappresenterebbe un rimedio – *astrattamente delineato* e *praticamente operante*[76] – volto a evitare l'assenza totale di tutela giurisdizionale dei diritti e, di conseguenza, a garantire il rispetto dei presidi descritti dall'art. 6 CEDU.

4. Il percorso argomentativo consente, in chiusura, di formulare alcune considerazioni sul delicato bilanciamento tra interessi contrapposti, così come configurato dal diritto vivente CEDU e dalla giurisprudenza *Biot*: la sicurezza inter-statuale e il pieno esercizio del diritto di difesa. L'analisi che si condurrà di qui a seguire individuerà ambiti in cui il bilanciamento si sposta a favore delle esigenze di sicurezza, pur delineando precise eccezioni alla cedevolezza assoluta dei diritti processuali dell'imputato quando è in gioco il mantenimento del vincolo di segretezza NATO.

4.1. È ormai acclarato che, innestato nella "macchina" processuale, il rigido statuto sovranazionale regolatore del segreto NATO finisca per sacrificare, senza tuttavia obliterarlo del tutto, il diritto di difesa dell'imputato, in specie il diritto all'accesso alle prove utilizzate contro di lui. In tal senso, il problema dell'incompleta *disclosure* processuale è invero il risvolto applicativo di un segreto "*di più Stati*", e, in quanto tale, inviolabile e assoluto.
Il citato problema chiama allora in causa la delicata questione del bilanciamento fra gli interessi contrapposti della sicurezza militare dell'Alleanza, da un lato, e del diritto di difesa dell'imputato, dall'altro[77].
Allargando per un momento lo sguardo prospettico, notoriamente, nel bilanciamento fra interessi antagonisti quali la tutela dei beni istituzionali dello Stato e la salvaguardia delle garanzie individuali, un ruolo decisivo è svolto dalla valutazione della necessità e proporzionalità delle misure adottate. Al riguardo, il *test* di necessità-proporzionalità richiede che siano approntati taluni presidi e rimedi adeguati a livello nazionale, al fine di scongiurare abusi e il ricorso a pretestuose invocazioni di matrice meramente securitaria.
Con specifico riguardo all'ambito del diritto internazionale dei diritti umani, il sistema convenzionale CEDU prevede contrappesi piuttosto rigorosi alle invocate esigenze di sicurezza

CEDU trasferiscono alcuni dei loro poteri sovrani a un'organizzazione internazionale, devono "vegliare" affinché i diritti convenzionali ricevano un livello di tutela equivalente in seno a quest'ultima.

[76] Difatti, nei gradi di merito del processo *Biot* innanzi all'Autorità giudiziaria ordinaria, la Corte d'Assise, in attuazione dell'art. 7 della Convenzione di Ottawa, aveva interpellato il Presidente del Consiglio dei ministri affinché adottasse le opportune iniziative presso l'Autorità sovranazionale, volte a verificare l'autenticità dei documenti e l'effettiva sussistenza del segreto NATO su di essi, indicando altresì i limiti alla loro ostensione nel procedimento penale, ai sensi degli artt. 256-*bis* e ss. Cpp. Il DIS-UCSe aveva peraltro rappresentato alle Strutture dell'Alleanza Atlantica l'urgenza della trattazione, in considerazione dello stato di detenzione dell'imputato, ribadendo la necessità di attivare la procedura di *declassification and public disclosure*. Solo tramite tale strumento, ove favorevole, sarebbe stato possibile autorizzare l'ostensione dei documenti NATO, permettendo così l'accesso alle parti processuali e all'Autorità giudiziaria mediante il loro versamento nel fascicolo del dibattimento. Acquisito l'orientamento delle strutture dell'Alleanza Atlantica, la Rappresentanza Permanente d'Italia presso il Consiglio Atlantico aveva quindi trasmesso la comunicazione con cui le competenti articolazioni NATO, nel concludere l'*iter* procedurale, si erano determinate a non accogliere l'istanza di *declassificazione*. Era stata dunque negata la declassifica di taluni documenti NATO, confermandosi, al contempo, l'attualità della classifica di segretezza in ragione del danno grave per l'Alleanza e per i Paesi Alleati che avrebbe potuto derivare dalla divulgazione delle informazioni in essi contenute. Questi passaggi qui sintetizzati sono ripresi da Ass. 11.4.2024 n. 2, 120 ss. (non edita).

[77] Proprio di «[…] "necessario bilanciamento" tra una full disclosure e la necessità di tutela di un vincolo di segretezza di documenti aventi classifica NATO SECRET, derivante dalla adesione dell'Italia alla Alleanza Atlantica» parla Cass. 27.3.2025 n. 12096, punto 3.2. del *Cons. in dir.*

nazionale. Fra questi, spiccano, quindi, i citati principi di necessità[78] e proporzionalità delle misure restrittive[79], il rispetto del principio di legalità[80] e l'intangibilità di taluni diritti fondamentali[81].

Richiamato il tema del *test* di necessità-proporzionalità, riteniamo che, in ambito interno, nel giudizio di bilanciamento non possa prescindersi dalla particolare natura e funzione del segreto NATO, che ne spiegano i margini di invincibilità.

Esso – è ormai chiaro – si connota per una dimensione "diffusiva", tutelando non soltanto l'interesse di un singolo Stato, ma un patrimonio informativo condiviso dagli Stati Parte della Coalizione, relativo ad assetti operativo-strategici e politico-militari[82]. Si tratta, in definitiva, della protezione di informazioni di estremo rilievo per la sicurezza collettiva dell'Alleanza: la loro divulgazione lederebbe non solo l'interesse nazionale, ma l'intero sistema difensivo comune, oltre agli obblighi fiduciari assunti in sede internazionale. Pertanto, il *test* citato deve essere contestualizzato, tenendo conto della natura "cooperativa" del vincolo di segretezza, della "diffusività" del rischio per una pluralità di Stati e dell'intensità e rilevanza dell'interesse sovranazionale coinvolto.

Segnatamente in relazione al tema del bilanciamento, la Suprema Corte, nel caso *Biot*, ha condivisibilmente fatto leva su una corposa giurisprudenza sovranazionale, dalla quale emerge, in base a un costante orientamento interpretativo, che il diritto all'accesso alle prove pertinenti non costituisce un diritto assoluto, potendo essere legittimamente limitato dalla necessità di tutelare interessi pubblici di particolare rilievo, fra cui si annovera la sicurezza nazionale. Tale giurisprudenza sottolinea, tuttavia, che, nei casi in cui si impongano restrizioni alla *discovery* processuale per esigenze di segretezza, è doveroso che la limitazione sia adeguatamente motivata**,** con riferimento alla *stretta necessità* di mantenere il vincolo di segretezza, e che siano comunque assicurate all'imputato adeguate garanzie processuali**,** idonee a compensare il mancato accesso e a garantire l'equità del processo[83].

---

[78] Sui diversi passaggi che configurano il controllo di stretta necessità e proporzionalità v., ad es., C. eur., 6.6.2016, *Szabó e Vissy c. Ungheria*, § 70 ss. Già prima, sull'applicazione del canone di stretta necessità, v. C. eur. Plenaria, 6.9.1978, *Klass e altri c. Germania*, § 53 ss.

[79] Il controllo di proporzionalità ha acquisito un rilievo straordinario come limite al potere degli Stati di interferire, per esigenze collettive, nel godimento dei diritti individuali protetti dagli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani. In tema, qui basta il rinvio a E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano 2000, 39 ss.

[80] Sancito dalle clausole di limitazione dei diritti garantiti dagli artt. 8 («Diritto al rispetto della vita privata e familiare»), 9 («Libertà di pensiero, di coscienza e di religione»), 10 («Libertà di espressione») e 11 («Libertà di riunione e di associazione»).

[81] Si pensi agli artt. 2 («Diritto alla vita»), 3 («Proibizione della tortura»), 4 («Proibizione della schiavitù e del lavoro forzato»), 13 («Diritto a un ricorso effettivo») e 14 («Divieto di discriminazione») CEDU. Con specifico riguardo all'esclusione della legittimità del segreto di Stato nei casi di violazione di norme CEDU inderogabili rimandiamo all'ampia disamina giurisprudenziale di V. Pupo, *Segreto di Stato e democrazia nell'Italia repubblicana*, Milano 2018, 221 ss.

[82] L'assolutezza dello "scudo" NATO ha, in parte, sullo sfondo una giustificazione storica e geopolitica: esso si sviluppa nel pieno della Guerra Fredda, in un quadro segnato dall'elevatissimo rischio di infiltrazioni spionistiche, attività ostili e aggressioni nucleari provenienti dal blocco sovietico. L'idea dell'inviolabilità delle informazioni rifletteva allora una logica di massima precauzione, posto che qualunque fuga informativa avrebbe potuto attentare non solo alla tenuta politico-istituzionale di uno Stato, ma all'equilibrio strategico dell'intera Alleanza. Opera quindi un nesso diretto fra la storia della Coalizione multilaterale e l'imposizione particolarmente rigida del regime del segreto, che privilegia un approccio "militarizzato" alla protezione delle informazioni. In ogni caso, oggi la rigidità del vincolo NATO è mantenuta anche per ragioni operative, tecnologiche e di *intelligence*, avendo a oggetto valutazioni riguardanti l'andamento di specifiche missioni o operazioni, ovvero la capacità dell'Alleanza – e degli Stati Parti – di fronteggiare scenari critici e di garantire la difesa di sé stessa o di porzioni del proprio territorio.

[83] Per maggiori ragguagli sull'autorevole formante giurisprudenziale richiamato si rinvia a Cass. 27.3.2025 n.

La Corte, peraltro, si è anche attenuta alle prescrizioni normative dell'Unione Europea, con specifico riguardo all'art. 7 co. 4 Dir. 2012/13/Ue del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 maggio 2012 sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, in cui si puntualizzano le deroghe al principio della *full disclosure* processuale nei casi in cui sia «*strettamente necessario*» salvaguardare beni pubblici quali la sicurezza dello Stato in cui si svolge il procedimento penale.
Il dato normativo richiamato dalla giurisprudenza risulta di estremo interesse, poiché si riconosce, in modo espresso, la necessità di un bilanciamento fra l'esigenza processuale di una messa a disposizione integrale del compendio probatorio e il limite all'accessibilità di taluni dati conoscitivi. Un tale bilanciamento richiede, da un lato, la particolare rilevanza dell'interesse che giustifica la restrizione e, dall'altro, l'esistenza di meccanismi di riequilibrio idonei ad assicurare, nel suo complesso, l'equità del giudizio.
Ed è in tale contesto che il contraddittorio diventa allora la fonte di tale necessario riequilibrio "di poteri", che risulterebbe altrimenti affievolito, in sintesi, dall'omessa conoscenza diretta, da parte dell'imputato, di almeno alcune prove a suo carico.
In definitiva, elevando la dialettica dibattimentale a meccanismo sufficiente a compensare la riduzione di garanzie difensive, la giurisprudenza del caso *Biot* ha coniugato interessi di segretezza con la ricostruzione del fatto, operando quel bilanciamento richiesto dalla normativa sovranazionale, così come dalla giurisprudenza sviluppatasi in materia, dando attuazione alla previsione dell'art. 7 della Direttiva sul giusto processo[84].

4.2. Si è appurato che l'*effetto* della prevalenza, nel giudizio di bilanciamento, dell'esigenza di mantenere la segretezza NATO, con la conseguente parziale *discovery* degli elementi di prova, trova giustificazione nella sua stessa *causa*: l'adesione dello Stato italiano all'Alleanza Atlantica, "coperta" dall'art. 11 Cost.
Prevalenza che, tuttavia, non ci sembra *ontologicamente assoluta*. Ciò in ragione di un ulteriore aspetto dell'indagine sul quale adesso è interessante soffermarsi.
Se la questione del bilanciamento ha ricevuto un particolare approfondimento nella giurisprudenza del caso *Biot* – cui anche qui si è ritenuto di aderire nelle sue linee essenziali – resta da chiarire un profilo, di pari delicatezza, rimasto tuttavia inesplorato nelle varie statuizioni: quello relativo all'asimmetria garantistica che connota la cornice legislativa NATO, la quale, a differenza di quanto previsto internamente per il segreto di Stato, non contempla un perimetro di recessività del segreto normativamente imposto, soprattutto quando esso riguardi cc.dd. "fatti eversivi dell'ordine costituzionale-interno o dell'ordine internazionale"[85].
In proposito, basta qui segnalare che, sul piano ordinamentale interno, nel caso di segreti di Stato "illegali"[86], viene meno la finalità costituzionale che legittima l'istituto del segreto. Ne

12096, punto 3.3 ss. del *Cons. in dir.*

[84] Per maggiori sviluppi, in ottica processuale, v. le opportune considerazioni di G. Tessitore, *Rivelazione di segreto e discovery degli atti: il contraddittorio dibattimentale come bilanciamento all'esercizio del diritto di difesa*, in *AP* 2025, 11 ss.

[85] La categoria dei "fatti eversivi" è già stata oggetto di approfondimento nella dottrina costituzionalistica e penalistica. Si rinvia, sul punto, al riferimento bibliografico di cui *retro*, par. 3.1, nota 66.

[86] Sulla "formula" del segreto di Stato illegale v., su tutti, la "tripartizione" elaborata da P. Pisa, *Il segreto di Stato*, cit., 111 ss. e 235 ss., il quale distingue fra: *a)* «*segreti costituzionalmente illegittimi*», relativi a quei casi in cui la segretezza viene utilizzata per celare condotte o fatti in evidente contrasto con i valori costituzionali di fondo di uno Stato democratico; *b)* «*segreti penalmente illegittimi*», concernenti notizie di fatti in contrasto con norme di legge ordinaria aventi natura penale; *c)* «*segreti inquinati da mere illegalità extrapenali*», attinenti a situazioni qualificate da profili di illegalità che non assurgono alla soglia della criminosità, ma restano nell'ambito della mera illegittimità amministrativa (corsivi originali).

consegue che esso perde la sua supremazia rispetto agli altri valori costituzionali con i quali, fisiologicamente, può entrare in conflitto nel giudizio di bilanciamento.
È noto che lo strumento della segretazione rappresenta una garanzia imprescindibile per la salvaguardia dei gangli vitali dello Stato democratico. Tuttavia, esso non può in alcun modo prestarsi a favorire condotte volte a sovvertire quelle stesse fondamenta che è chiamato a proteggere, se non a costo di tradire la sua stessa ragion d'essere. Sarebbe difatti inaccettabile ostacolare con una cortina di silenzio l'accertamento e la repressione di quei fatti capaci di porre a repentaglio l'assetto istituzionale e ordinamentale della Repubblica[87]. In queste ipotesi, difatti, la diffusione della notizia, contribuendo all'attivazione degli strumenti di difesa delle istituzioni democratiche, risulta finalizzata proprio alla tutela di quegli stessi interessi ai quali di regola è rivolta l'imposizione del segreto.
In tal senso, allora, l'ordine costituzionale[88] funge da *fondamento* e da *limite* all'operatività del segreto di Stato. Specificando meglio, nei casi di eventuale copertura dei gravi fatti di reato individuati dall'art. 39 co. 11 l. 124/2007, il segreto viola la propria essenza, divenendo costituzionalmente illegittimo[89]. In tal modo, la nozione generale di "fatti eversivi dell'ordine costituzionale" opera come una clausola di salvaguardia e quale «controlimite»[90] ontologico applicabile al potere dell'Autorità politica di apporre e di opporre in giudizio il segreto di Stato. Ne deriva, allora, la conseguenza processuale che i "fatti eversivi" non possono, né devono, «mai essere sottratti alla cognizione del giudice e non possono mai ostacolare l'acquisizione della prova nel processo penale»[91].
Un simile meccanismo di tutela non è dato riscontrare, tuttavia, con riferimento alla disciplina NATO, il cui scudo protettivo ben potrebbe coprire con il velo della segretezza fatti dal chiaro contenuto eversivo dell'ordine costituzionale, se non internazionale. E non si tratta di un rischio solo teorico, come dimostrano, al contrario, taluni episodi problematici della storia repubblicana[92].

---

[87] Tale limite materiale intrinseco del segreto di Stato, individuato fin dalla sentenza C. cost., 24.5.1977 n. 86, successivamente recepito dall'art. 12 co. 2 l. 801/1977, dall'art. 204 co. 1 Cpp e, oggi, ribadito dall'art. 39 co. 11 l. 124/2007, trova la sua essenza nel confine invalicabile di apporre e opporre il segreto di Stato su "fatti eversivi dell'ordine costituzionale". È opportuno precisare che, già prima dell'ultima riforma del segreto di Stato, condensata nella più volte rammentata l. 124/2007, anche il Progetto Pagliaro del 1991 precisava lodevolmente siffatto limite all'operatività del segreto di Stato (v. art. 125 n. 4 capoverso lett. *a*). Il testo del Progetto e la relazione che lo accompagna possono leggersi in *Per un nuovo codice penale. Schema di disegno di legge-delega al Governo*, a cura di M. Pisani, Padova 1993, 10 ss.

[88] Nella giurisprudenza di legittimità è stato teorizzato con chiarezza che «[l]'ordine costituzionale, a cui allude l'art. 39 comma 11, l. n. 124 del 2007 per vietare che su fatti eversivi di esso possa essere apposto il segreto di Stato, attiene a quei principi fondamentali che formano il nucleo intangibile destinato a contrassegnare la specie di organizzazione statale, cui si è voluto dar vita, e che sono contenuti, prevalentemente, nei primi cinque articoli della Costituzione, la cui norma chiave è quella prevista dall'art. 2, che riconosce e garantisce i diritti inviolabili sia del singolo sia delle formazioni sociali». Così, Cass., 29.11.2012 n. 46340, in *CED Cass.*, m. 253637. Per un riferimento ai primi cinque articoli della Costituzione quale "contenuto" dell'ordine costituzione v., già prima, Cass. 17.10.1984 n. 8552, in *CED Cass.*, m. 166121 e Cass. 2.11.2005 n. 2310, in *CED Cass.*, m. 233113-01.

[89] Di una «abnorme figura di c.d. segreto costituzionalmente illegittimo» parla condivisibilmente F. Ramacci, *Segreto di Stato, salus rei publicae e «sbarramento» ai p.m.*, in *GCos* 2009, 1019.

[90] L'espressione è di G. Campanelli, sub *art. 39, L. 3.8.2007 n. 124 (sicurezza e segreto di Stato)*, *in* LP 2007, 829 s.

[91] Le parole riportate sono di P. Paolozzi, *op. cit.*, 301 s. Sul potere di controllo e di decisione nell'ambito della disciplina *ex* art. 12 co. 2 l. 801/1977, v. anche V. Cavallari, *Dal segreto politico-militare al segreto di Stato*, in AA.VV, *Segreti e prova penale. Atti del Convegno*, Milano 1979, 36. Nello stesso senso, ancor prima della riforma del 1977, G.D. Pisapia, *Sulla validità dell'attuale disciplina legislativa del segreto di Stato*, in *RassP* 1968, 620.

[92] Si pensi, su tutti, alla strage di Ustica del 1980, in cui il segreto NATO è ricorso in modo pressoché capillare. Difatti, l'intera documentazione concernente i tabulati, i reperti, il funzionamento dei macchinari del sistema di difesa aerea, i sistemi di identificazione dei velivoli, nonché l'elaborazione e l'interpretazione dei dati provenienti

Si potrebbe, nondimeno, anche richiamare, a titolo di esempio, l'invocazione del segreto NATO finalizzato a coprire la predisposizione di operazioni militari – nella forma della guerra di aggressione – contro un altro Stato, in violazione tanto dell'art. 11 Cost. quanto del diritto internazionale.
In casi simili, l'esigenza di pubblicità di tali avvenimenti – specie per i riflessi internazionalistici del fatto – non può che prevalere su quella, antagonista, della segretezza. In situazioni di questo tipo, viene allora meno la ragione giustificativa, per l'operare stesso del segreto NATO come strumento di tutela. Al contrario, si configura un preciso obbligo per gli organi pubblici competenti di segnalare e denunciare l'esistenza di tali condotte, in quanto incompatibili con i principi costituzionali e con il corretto esercizio delle prerogative istituzionali, nonché coi valori di fondo dell'ordinamento internazionale.
L'"eccezione" del divieto di segretazione NATO per i fatti eversivi dell'ordine costituzionale-internazionale deve allora ritenersi giustificata, poiché introduce un limite alla sua pretesa "invincibilità" e al suo carattere ontologicamente assoluto. Nessun vincolo internazionale pattizio può difatti estendersi sino a celare fatti radicalmente incompatibili con lo "zoccolo duro" dell'ordine costituzionale interno e dell'ordine internazionale nel suo complesso. Difatti, il segreto NATO, pur non essendo un segreto "di Stato", ma che si è detto potersi rappresentare come "di più Stati", non può costituire una clausola di "supremazia sovranazionale": esso deve pur sempre inserirsi nel perimetro della legalità costituzionale e internazionale, in quanto la sua peculiare natura non gli conferisce il potere di neutralizzare i principi supremi dell'ordinamento e i *core values* della comunità internazionale.
Si tratterebbe, dunque, di un significativo contrappeso: una clausola di salvaguardia capace di arrestare il bilanciamento in favore della sicurezza e di far riespandere le esigenze, per loro natura contrapposte, di pubblicità e trasparenza.
Sorge allora il problema, tacendo la regolamentazione NATO sul punto, di individuare le modalità attraverso cui attivare un simile controlimite. E si tratta di un problema di complessa risoluzione, rispetto al quale possiamo solo avanzare conclusivamente qualche spunto di riflessione.
Se è vero difatti che i due moduli normativi – quello del segreto di Stato e quello del segreto NATO – operano su binari distinti, appare opportuno ragionare sull'opportunità di estendere, *magari in casi eccezionali*, le garanzie previste dall'art. 39 co. 11 l. 124/2007 e dell'art. 204 co. 1 Cpp, a fatti di rilevante impatto sull'ordine costituzionale interno o sull'ordine internazionale che risultino coperti dal segreto NATO.
È chiaro che innanzi a un vuoto normativo di tale portata, il riempimento sistematico "per analogia" potrebbe rappresentare una soluzione di certo *assiologicamente orientata*, ma che, allontanandosi dall'applicazione del diritto internazionale pattizio, potrebbe tuttavia comportare il rischio di gravi ripercussioni sul piano delle relazioni internazionali fra lo Stato italiano e l'Alleanza Atlantica, nonché nelle relazioni coi singoli Alleati, che sono oggetto di tutela costituzionale *ex* art. 117 co. 1 Cost. Si potrebbe verificare quindi una violazione del principio del *pacta sunt servanda* con possibili profili di responsabilità sul piano internazionale dello Stato italiano.
Sembra quindi che la via dell'estensione analogica – pur limitata alle sole due previsioni citate sopra – non sia forse del tutto appagante, anche se mossa dalla *ratio* di tutela di valori supremi.

---

dai sistemi radar e le modalità di decrittazione dei messaggi criptati, è stata integralmente assoggettata al vincolo di segretezza atlantica. Così emerge da *Commissione parlamentare d'inchiesta sul terrorismo in Italia e sulle cause della mancata individuazione dei responsabili delle stragi*, cit., 186 s. Riferimenti ulteriori sul rilievo del segreto NATO nella vicenda di Ustica si hanno in G. Flamini, C. Nunziata, *Segreto di Stato. Uso e abuso*, Roma 2002, 20 ss. Più in generale, per una ricostruzione dei casi giudiziari in cui è pervicacemente emerso il segreto NATO v. F. Casson, *Terrorismo e omissis. Il segreto di Stato*, Milano 2024, 86 ss.

In tal senso, si potrebbe allora valorizzare, ancora una volta, la descritta procedura di interpello multilaterale in seno all'Alleanza stessa.
Certo, resta comunque elevatissimo il rischio che l'ostensione dei documenti idonei a comprovare il fatto eversivo sia negata, con il risultato di produrre un vero e proprio cortocircuito.
In tale evenienza, potrebbero difatti discendere due effetti di immediato rilievo processuale.
In primo luogo, si determinerebbe la sostanziale impossibilità per il giudice interno di ottenere, in tempi prevedibili e ragionevolmente contenuti, la *disclosure* documentale, posto che la decisione sul rilascio non rientra nella competenza tecnica del giudice nazionale, del tutto privo di poteri impositivi nei confronti degli Stati aderenti al Patto Atlantico.
Secondariamente, il problema giuridico verrebbe trasformato in una questione politico-diplomatica, sottratta a rimedi giudiziari interni ed esposta a logiche di opportunità e di ragion di Stato estranee al processo penale domestico. Detto altrimenti, le scelte politiche e discrezionali inter-statuali finirebbero per incidere direttamente su garanzie processuali e sui valori di un ordinamento, con il rischio di spostare l'asse della tutela dal piano giudiziario a quello politico.

RESPONSABILITÀ DEL GOVERNO NEL "CASO ALMASRI" E VALUTAZIONE DELLE CAMERE *EX* ART. 96 COST.

di Antonio Ignazio Arena (Professore associato di Diritto costituzionale e pubblico, Università degli Studi di Messina)

Nel contributo si prende in esame il caso Almasri dal punto di vista costituzionalistico. Si propone, *in primis*, una riflessione sui margini di discrezionalità delle Camere in occasione delle determinazioni da assumere ai sensi dell'art. 96 Cost., indubbiamente ampi sebbene non privi di limiti giuridici. Si svolgono, poi, alcune considerazioni con riguardo all'aggravarsi della crisi del diritto internazionale e al modo di configurarsi dell'attuale dibattito pubblico entro la sfera politico-istituzionale.
The contribution examines the *Almasri* case from a constitutional law perspective. It first offers a reflection on the scope of parliamentary discretion when the Houses are called upon to make determinations pursuant to Article 96 of the Constitution—discretion that is undoubtedly broad, though not devoid of legal constraints. It then develops several considerations concerning the worsening crisis of international law and the current configuration of public debate within the political-institutional sphere.

Responsabilità ministeriale – Almasri – diritto internazionale
Ministerial liability – Almasri – International law

Sommario: 1. Lo Stato di diritto e i margini di discrezionalità in capo al Governo. – 2. Scelte illegittime dei componenti del Governo e conseguente responsabilità internazionale per l'Italia. – 3. La responsabilità penale dei componenti del Governo: i margini di valutazione nelle sedi parlamentari *ex* art. 96 Cost. – 4. Una vicenda sintomatica dell'aggravarsi della crisi del diritto internazionale – 5. Valutazioni politiche spregiudicate. – 6. Esternazioni ministeriali, violazione di doveri ministeriali, responsabilità politiche.

1. La vicenda relativa alla mancata cooperazione da parte del Governo italiano in relazione al mandato d'arresto della Corte penale internazionale nei riguardi di Osama Al-Najeem "Almasri" suscita molteplici interrogativi.
Dal punto di vista del diritto costituzionale, in primo luogo, si tratta di comprendere se, in particolare, i Ministri della Giustizia e degli Interni avessero un margine di discrezionalità, rispettivamente, nel decidere se:
1) trasmettere la richiesta di esecuzione del mandato di arresto (*provisional arrest*) della Corte penale internazionale al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma (art. 2, co. 3, l. 20.12.2012 n. 237); e
2) adottare il provvedimento di espulsione nei confronti di Almasri.
In proposito, si rinviene, in dottrina, un approccio che potrebbe definirsi "sostanzialista"[1].

[1] Cfr. C. Meloni, *I rapporti fra l'ordinamento italiano e la Corte penale internazionale alla luce del caso "Almasri"*, in *Quad. cost.*, n. 2/2025, 421 ss.; *ex plurimis*, v. poi G. Labrini, *Errori ed orrori nella vicenda Almasri: il ruolo del Ministro della Giustizia e i limiti della ragion di Stato*, in www.osservatorioaic.it, n. 2/2025, 41 ss., part. 50; L. Poltronieri Rossetti, *L'Italia e l'obbligo di cooperazione con la Corte penale internazionale: riflessioni intorno al caso Almasri*, in www.osservatorioaic.it, n. 4/2025, 1 ss.; V. Sciarabba, *Il processo di Norimberga e il "ruolo costituzionale" del diritto e della giurisdizione penale internazionale e/o universale, ieri e oggi*, in giurcost.org, n. 1/2025, 163 ss.

Al di là, infatti, di alcune irritualità nell'esecuzione del mandato di arresto da parte della DIGOS, le previsioni normative vigenti e la gravità dei fatti cui il mandato si ricollega inducono a escludere l'esistenza di una discrezionalità e a invocare la responsabilità dei componenti del Governo direttamente coinvolti.
In vero, non è mancato chi, però, ha fatto notare che un qualche potere decisionale in capo al Governo dovrebbe dirsi sussistere[2], in ragione della presenza di un tasso significativo di "politicità" nelle determinazioni da assumere.
Tuttavia ciò, se è vero, non equivale ad affermare che il Governo o i suoi singoli componenti, in un caso, possano determinarsi *ad libitum*.
Rimane simile, infatti, ferma l'esigenza – come richiesto dalla Costituzione – del rispetto del diritto (ovviamente, anche internazionale) da parte di chiunque eserciti pubbliche funzioni. È, infatti, un'elementare constatazione quella per la quale, in una liberaldemocrazia, il potere pubblico deve essere sempre soggetto integralmente a diritto. Non c'è spazio, dunque, per una discrezionalità "al di sopra" o "al di là" del diritto, la quale sarebbe nient'altro che abuso di potere. D'altronde, un margine più o meno ampio di discrezionalità è sempre insito nell'esercizio del potere pubblico e il carattere vincolato talora ascritto all'attività posta in essere dagli organi pubblici è sempre e solo relativo[3].

2. Può essere utile evidenziare, anzitutto, come la mancata trasmissione alla Procura della richiesta di esecuzione dell'arresto da parte del Ministro della Giustizia sia incompatibile con la l. 237/2012 e con gli obblighi internazionali assunti dall'Italia.
Se dovesse ritenersi legittimo, da parte del Ministro, omettere la trasmissione della richiesta, sulla base di mere valutazioni di opportunità politica, si finirebbe per dare un'interpretazione della legge (e del diritto internazionale) incompatibile con i principi dello Stato di diritto e della separazione dei poteri[4]. In altre parole, non spetta al Ministro della Giustizia decidere se dar corso al mandato di arresto, men che mai "sindacandone" i vizi (presunti), dichiarando di ritenerlo "nullo" e, come tale, improduttivo di effetti.
La mera *esistenza* giuridica dell'atto – comunque comunicato, pur tardivamente e irritualmente, al Ministro – implica l'insorgenza dell'obbligo di trasmettere gli atti alla Procura. La discrezionalità del Ministro è quindi, per questo aspetto, ridotta alla sola constatazione della giuridica esistenza dell'atto (qui non in discussione), e non si estende alla sua validità.
In mancanza della trasmissione della richiesta di esecuzione del mandato da parte del Ministro della Giustizia, il Procuratore ha richiesto il rilascio di Almasri, disposto con ordinanza della Corte d'appello di Roma.
Dopo la scarcerazione, il Ministro degli Interni ha adottato un provvedimento di espulsione nei confronti di Almasri.
Tuttavia, in presenza dell'obbligo di trasmettere la richiesta di esecuzione del mandato d'arresto, l'adozione da parte del Ministro degli Interni del provvedimento di espulsione pure

[2] Per tutti v. S. Cassese, intervista rilasciata al quotidiano *Il Messaggero* ("*Almasri mai condannato. Il governo aveva il potere di non eseguire l'arresto*", 10/02/2025, pp. 1 e 7).
[3] S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*[5], Milano 1998, 432 s.
[4] Cfr. A. di Martino, *La decisione ministeriale di non consegnare un sospetto criminale internazionale come legittimo atto politico discrezionale?*, in *QuestG*, 5 febbraio 2025, per il quale «la consegna è dunque obbligatoria e non facoltativa […] lo è anche per il diritto interno per come può essere legittimamente interpretato (ovviamente può essere violato per decisione "politica"; ma si tratta di una decisione che, appunto, è in violazione di legge, e del diritto internazionale). Dunque, l'interpretazione […] secondo la quale non è a discrezione del Ministro di dar corso o meno alla richiesta della Corte, veicolata da un mandato di arresto internazionale, è volta a prendere sul serio gli obblighi internazionali, il rispetto dei quali è parte dell'essere uno stato di diritto».

deve considerarsi illegittima. Anche questo provvedimento è, infatti, incompatibile con il rispetto degli obblighi internazionali assunti dall'Italia.
L'illegittimità dei comportamenti attivi e omissivi ora richiamati espone l'Italia a responsabilità secondo quanto previsto dal diritto internazionale[5]. Non pare che sia possibile invocare la sussistenza di uno "stato di necessità" per giustificare la violazione del diritto internazionale, non ricorrendo pericoli gravi e imminenti tali da costringere lo Stato, rimasto senza alcuna alternativa, a incorrere nella violazione.

3. Realisticamente, chi ha posto in essere i comportamenti predetti ben sapeva che le conseguenze prodotte sul piano fattuale avrebbero avuto il carattere dell'irreversibilità: in breve, che Almasri sarebbe definitivamente rientrato in Libia (Paese nel quale, peraltro, più tardi, sarebbe stata avviata un'azione penale nei suoi riguardi).
Come osservato, la gravità dei fatti dei quali egli è accusato (tortura, assassinio, violenza sessuale, minaccia, lavori forzati, lesioni nei confronti di un numero imprecisato di vittime detenuti in centri di detenzione) è tale da indurre a invocare una responsabilità penale per i componenti del Governo che non hanno dato corso al mandato di arresto e hanno piuttosto consentito ad Almasri di lasciare l'Italia.
Bisogna in proposito considerare quanto dispone l'art. 96 Cost., come integrato dall'art. 9, comma III, della l.c. 16.1.1989 n. 1.
L'art. 96 Cost. fa riferimento a reati commessi nell'esercizio delle funzioni (*rectius*, abusando delle funzioni).
Si potrebbe ipotizzare la configurazione, almeno, del reato di favoreggiamento (e di omissione di atti d'ufficio, per il Ministro della Giustizia)[6]. E non è dubbio che si tratterebbe di reati ministeriali.
A seguito della richiesta di rinvio a giudizio, spetta dunque alla Camera di appartenenza (o, in mancanza, al Senato) deliberare sull'autorizzazione a procedere (ove l'autorizzazione non sia concessa, non è esclusa la configurazione del reato, ma solo la sua punibilità, secondo il meccanismo proprio delle esimenti).

---

[5] Infatti la Corte penale internazionale ha avviato una procedura *ex* art. 87, paragrafo 7, St. CPI per l'accertamento di possibili violazioni dell'obbligo di eseguire le richieste di cooperazione e l'Italia ha depositato il 6 maggio 2025 la sua memoria difensiva. Ai sensi dell'art. 87 cit., «se uno Stato parte non ottempera a una richiesta di cooperazione della Corte [...] impedendo così alla Corte di esercitare le sue funzioni e i suoi poteri ai sensi del presente Statuto, la Corte può prenderne atto e deferire la questione all'Assemblea degli Stati parte o [...] al Consiglio di sicurezza». Occorre, in proposito, riferirsi anche agli artt. 86 e 89 St. CPI. Lo St. cit., infatti, pone degli "obblighi di risultato", indipendentemente dalle forme previste nel diritto interno per l'esecuzione del mandato. L'Italia potrebbe quindi essere dichiarata inadempiente e deferita all'Assemblea degli Stati parte o al Consiglio di sicurezza dell'Onu. Sarebbe, in astratto, anche possibile far valere la responsabilità dell'Italia attraverso una risoluzione del Consiglio di sicurezza. La responsabilità a livello internazionale (illecito internazionale), indubbiamente, c'è, anche se è difficile, per ragioni politiche, che sia fatta valere. Questo ripropone il "vecchio interrogativo" sulla effettività del diritto internazionale, sul quale v. *infra*.
[6] Il Tribunale dei ministri di Roma ha deciso in ordine alla archiviazione relativamente alla Presidente del Consiglio dei ministri, mentre ha richiesto il rinvio a giudizio per gli altri componenti del Governo sotto inchiesta (oltre ai Ministri della Giustizia e degli Interni, il sottosegretario alla Presidenza del Consiglio). I reati contestati, quanto al Ministro della Giustizia, sono favoreggiamento e omissione di atti d'ufficio; quanto al Ministro degli Interni, favoreggiamento e peculato (per via dell'aereo di Stato, e del carburante, impiegato per condurre Almasri in Libia). Quanto alla posizione del Capo Dipartimento del Ministero della Giustizia, l'iscrizione nel registro degli indagati è avvenuta separatamente e in relazione a fatti distinti da quelli contestati ai due Ministri e al Sottosegretario. Pertanto, in questo caso, non può trovare applicazione la procedura di autorizzazione a procedere di cui all'art. 96 Cost. Infatti, occorre distinguere tra imputati per reati in concorso, da una parte, e indagati per reati meramente connessi o non in concorso/in cooperazione con il ministro, dall'altra: per precedenti in tal senso cfr. V. Di Ciolo, L. Ciaurro, *Il diritto parlamentare nella teoria e nella pratica*[6], Milano, 2024, 165, in nota.

Ai sensi dell'art. 5 della l.c. 1/1989, la decisione in ordine all'autorizzazione, più precisamente, spetta alla Camera cui appartengono le persone nei cui confronti si deve procedere, anche se il procedimento riguardi altresì soggetti che non sono membri del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati. Spetta, invece, al Senato della Repubblica se le persone appartengono a Camere diverse o si deve procedere esclusivamente nei confronti di soggetti che non sono membri delle Camere. Pertanto, in questo caso, dal momento che il Ministro della Giustizia (così come il Sottosegretario alla Presidenza del Consiglio, anch'esso coinvolto) è un componente della Camera dei deputati, mentre il Ministro degli Interni non è un parlamentare, la competenza spetta alla Camera dei deputati.
L'autorizzazione può essere negata solo a maggioranza assoluta[7].
L'art. 9 cit. precisa che l'autorizzazione può essere legittimamente negata solo se il fatto di reato è stato realizzato, nell'esercizio delle «funzioni di governo», per:
a) la tutela di un «interesse dello Stato costituzionalmente rilevante»;
b) il perseguimento di un «preminente interesse pubblico».
Per interpretare tali formule è necessario fare alcune premesse.
In primo luogo la locuzione «funzioni di governo» è teoricamente impegnativa.
Usata da una parte della dottrina[8], è respinta da altra parte[9]. A seguire tale ultima impostazione, che pare preferibile, con essa il legislatore costituzionale alluderebbe all'attività di indirizzo politico.
In secondo luogo, le formule *sub* a) e b) non implicano l'accoglimento, nell'ordinamento italiano, né della nozione di "ragion di Stato" né della nozione di "atto politico" (se inteso, erroneamente, come atto assolutamente "libero nel fine").
"Ragion di Stato" è espressione che implica una giustificazione dell'operato dell'organo pubblico al di là di ciò che prevede il diritto. In questo caso, invece, si tratta semplicemente di capire in quali circostanze possa essere esclusa la punibilità per un fatto di reato commesso nell'esercizio di funzioni pubbliche; circostanze che sono individuate *ex ante* dalla legge, anzi dalla legge costituzionale. In una liberaldemocrazia, nella quale le funzioni pubbliche sono attività poste in essere, secondo diritto, a servizio della persona umana, la nozione di "ragion di Stato" non ha cittadinanza e il rispetto del diritto è tanto più importante in quanto, in ambito politico, si avanzino presunte ragioni per violarlo[10].
"Atto politico" è espressione che rimanda a una controversa nozione, sulla quale è impossibile dilungarsi. Ad ogni modo, se con "atto politico" si intende atto assolutamente "libero nel fine", può dirsi che l'ordinamento costituzionale escluda la possibilità di una simile qualificazione degli atti del pubblico potere, mentre di scelta libera dei fini può correttamente discutersi solo se il riferimento è a determinazioni politiche legittimamente assunte nel rispetto, in ultima analisi, della Costituzione[11]. In tal senso, pare che sia da intendersi anche la previsione di cui all'art. 7 del d.lgs. 2.7.2010 n. 104, ai sensi del quale «non sono impugnabili gli atti o provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico». Non sono impugnabili

[7] La prassi della Camera dei deputati è nel senso che solo i componenti della Giunta per le autorizzazioni possano accedere agli atti trasmessi dal Tribunale dei ministri e ciò ha destato perplessità, dal momento che, in ogni caso, la decisione spetta in ultima analisi al *plenum* assembleare. Si è quindi proposto (sembra ragionevolmente) di introdurre nel Regolamento della Camera (part. art. 18-*bis*) una previsione apposita, volta a consentire a tutti i deputati, anche non componenti della Giunta, di accedere agli atti.
[8] C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*[9], I, Padova 1975, 373 s., nonché 331 s. sulla "funzione di indirizzo politico".
[9] T. Martines, *Indirizzo politico*, in *ED*, XXI, 1971, ora in *Opere*, I, Milano 2000, 403 ss., part. 419.
[10] R. Dworkin, *La democrazia possibile. Principi per un nuovo dibattito politico*, trad. it. a cura di L. Cornalba, Roma-Bari 2007, 44. Cfr. altresì V. Baldini, *Sicurezza e libertà nello Stato di diritto in trasformazione. Problematiche costituzionali delle discipline di lotta al terrorismo internazionale*, Torino 2004, 24 ss.
[11] Cfr. E. Cheli, *Atto politico e funzione di indirizzo politico*, Milano 1961, part. 200.

dinanzi al giudice amministrativo, ferma restando la possibilità di un sindacato dinanzi alla Corte costituzionale. Peraltro, lo stesso sindacato del giudice amministrativo deve estendersi a quegli atti cc.dd. "di alta amministrazione" per i quali siano comunque rinvenibili parametri legislativi ai quali l'organo di indirizzo politico, nell'adozione dell'atto, deve attenersi.
Si tratta, dunque, di comprendere *non* se gli atti dei ministri possano dirsi assolutamente "liberi nel fine" o giustificabili in nome della "ragion di Stato", ma se un reato, asseritamente realizzato per garantire la sicurezza interna o le buone relazioni con altro Paese (Almasri era, a quel tempo, ancora al vertice di "forze speciali" dipendenti dal Ministero degli Interni della Libia), possa dirsi commesso (a) per la tutela di un «interesse dello Stato costituzionalmente rilevante» ovvero (b) per il perseguimento di un «preminente interesse pubblico».
Sembra criticabile la tesi per la quale la sicurezza interna potesse dirsi dipendere dalla mancata esecuzione del mandato di arresto nei confronti di Almasri. Pertanto, accolta tale critica, potrebbe dirsi esclusa l'ipotesi *sub* a. Tanto più che proprio il rispetto del diritto internazionale, in casi come questo, potrebbe ritenersi un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante.
Che sia nel preminente interesse pubblico mantenere buone relazioni con la Libia (ammesso che l'esecuzione del mandato fosse tale da comprometterle) piuttosto che rispettare il diritto internazionale – e, in ultima analisi, la vita e la libertà delle persone offese dai reati dei quali Almasri è, con ogni probabilità, responsabile – è pure piuttosto dubbio[12].
Sarebbe auspicabile che l'organo competente tenesse conto di come l'integrale rispetto del diritto internazionale fosse nel preminente interesse della collettività.
È facile prevedere, però, fermi gli attuali equilibri politici, che la Camera potrebbe, al contrario, ritenere che fosse nel preminente interesse della collettività il mantenere le buone relazioni con la Libia e quindi negare l'autorizzazione.
La l.c. 1/1989 definisce "insindacabile" la decisione parlamentare.
Ciò non esclude, però, che la decisione possa essere impugnata davanti alla Corte costituzionale, nell'ambito di un conflitto tra poteri[13].
Bisogna quindi chiarire cosa spetta decidere alle Camere, e cosa, invece, può essere sindacato dalla Corte.
Quella rimessa alla Camera coinvolta è una valutazione limitata alla verifica dell'esistenza di una delle due ipotesi previste dalla legge costituzionale, che consentono eccezionalmente di negare l'autorizzazione a procedere contro il ministro eventualmente rinviato a giudizio[14]. Trattasi di un «giudizio politico» in relazione al quale, anche dopo le modifiche e integrazioni del 1989, «la discrezionalità sicuramente permane». Anche se – bisogna aggiungere – non si tratta di una valutazione che può essere arbitraria, anche perché la legge costituzionale cit. ne ha «circoscritto il campo e precisato l'oggetto»[15].
Pertanto, il compito della Camera competente è uno soltanto e cioè valutare se il componente del Governo abbia agito per le finalità di cui all'art. 9, comma III. Trattasi di un «apprezzamento politico che, di conseguenza, all'organo politico è riservato: ma null'altro a

[12] La preoccupazione per le buone relazioni con la Libia è stata (discutibilmente) ricollegata dal Governo italiano, nella memoria integrativa presentata alla Corte penale internazionale alla fine di luglio, al timore di possibili ritorsioni ("al momento dell'arresto di Almasri sussistevano rischi concreti che potessero essere perpetrati atti di ritorsione contro cittadini italiani in Libia").
[13] P. Veronesi, *Articolo 96*, in *La Costituzione italiana. Commento articolo per articolo*, II, a cura di F. Clementi, L. Cuocolo, F. Rosa, G.E. Vigevani, Bologna 2018, 226.
[14] T. Giupponi, *Perseguibilità penale dei membri del Governo*, in *Immunità politiche e giustizia penale*, a cura di R. Orlandi, A. Pugiotto, Torino 2005, 360.
[15] L. Carlassare, *Art. 96*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna-Roma 1994, 447.

esso compete»[16]. Non, in particolare, valutare la fondatezza dell'accusa o qualificare il fatto come reato (o meno)[17].
Sicuramente non sarebbe legittima, ad esempio, una decisione della Camera non adeguatamente motivata, così come sarebbe illegittimo negare l'autorizzazione ove il reato sia stato commesso per interessi di gruppo, partito, *lobby*, correnti, o comunque per interessi personali.
Nel caso in esame, la Camera competente potrebbe verosimilmente sostenere, in modo legittimo, che si è preferito, per ragioni politiche, difendere l'interesse nazionale piuttosto che rispettare il diritto internazionale.

4. La vicenda in esame si inserisce in un contesto nel quale è dato riscontrare l'aggravarsi della crisi del diritto internazionale. Quest'ultima si era palesata già a partire dai primi anni del XXI secolo, con interventi militari in Afghanistan e Iraq in aperta violazione del diritto internazionale[18]. Ed è proseguita fino ad oggi, con numerosi altri esempi di violazioni del diritto internazionale.
In particolare, la Corte penale internazionale è risultata al centro di contestazioni da parte di diversi Paesi (tra questi, gli Stati Uniti, sotto la Presidenza Trump[19]); l'imparzialità delle sue decisioni è stata messa in discussione (tanto da indurre ad annunciare il proprio ritiro dalla Corte: così, ad esempio, il Governo ungherese, in occasione della visita del *Premier* israeliano Netanyahu[20]); talora i suoi provvedimenti non sono stati eseguiti (ad es. in Mongolia, in occasione della visita del Presidente della Fed. Russa Putin[21]).
Da sempre si discute dell'effettività del diritto internazionale e, purtroppo, specie nei momenti storici nei quali le logiche della forza sembrano prevalere sulle logiche del diritto, il diritto internazionale è generalmente riguardato con sospetto. Ciò deve preoccupare, perché le logiche della forza sono incompatibili non solo con il rispetto del diritto internazionale, ma del diritto *tout court*. Come si è scritto, «se è la forza che crea il diritto, l'effetto cambia con la causa: ogni forza che supera la precedente, la sostituisce nel suo diritto. Appena si può disobbedire impunemente, si ha il diritto di farlo; e poiché il più forte ha sempre ragione, si tratta soltanto di fare in modo da essere il più forte»[22].
Ha destato quindi una comprensibile amarezza il fatto che anche il Governo italiano abbia ritenuto di sottrarsi alle decisioni della Corte penale internazionale, dal momento che, peraltro, proprio a Roma, lo Statuto della Corte è stato siglato nel 1998: «La vicenda è grave poiché rischia di minare alle fondamenta il sistema di giustizia penale internazionale costruito con lo

[16] L. Carlassare, *op. cit.*, 453.
[17] G. Tarli Barbieri, *Il procedimento per i reati ministeriali a venti anni dall'entrata in vigore della legge cost. n. 1 del 1989*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare – Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, II, Napoli 2009, 725 ss.
[18] J. Habermas, *L'Occidente diviso*, trad. it. a cura di M. Carpitella, Roma-Bari 2007, 8 ss.
[19] In data 6 febbraio 2025 il Presidente degli Stati Uniti Trump ha firmato un ordine esecutivo che vieta l'ingresso negli Stati Uniti non solo agli alti funzionari e agli impiegati coinvolti nel lavoro investigativo della Corte penale internazionale, ma persino ai loro familiari, e prevede il "congelamento" dei beni detenuti da queste persone negli Stati Uniti.
[20] In data 3 aprile 2025, in occasione della visita del Primo ministro israeliano Netanyahu, il Governo ungherese ha annunciato l'intenzione di avviare la procedura di ritiro dalla Corte penale internazionale.
[21] Il 3 settembre 2024 il Presidente della Federazione Russa Putin si è recato in visita in Mongolia e le autorità di questo Paese non hanno ritenuto di cooperare per l'esecuzione del mandato di arresto nei suoi confronti, in violazione dello Statuto della Corte penale internazionale. In proposito v. C. Meloni, *op. cit.*, 422.
[22] J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*[3], trad. it. a cura di J. Bertolazzi, Milano 2008, 67.

Statuto di Roma del 1998, che si basa sul presupposto che siano gli Stati a garantire il funzionamento della Corte»[23].
Tutto questo corrobora la tesi per la quale – se, nonostante il riaffiorare dei nazionalismi, la globalizzazione non appare un fenomeno reversibile – lo Stato non ha perduto centralità nel contesto globale[24].

5. Nella lettura del caso Almasri, dunque, in relazione al comportamento tenuto dai componenti del Governo, non è la "ragion di Stato" a dover essere evocata, ma semmai la perdurante centralità dello Stato (degli Stati) nel contesto globale.
E, ancora, a venire in rilievo è il peso delle decisioni che, per ragioni politiche, possono essere assunte – anche in modo spregiudicato – a livello nazionale.
Se un ministro sa già che, nel violare il diritto internazionale (e il diritto interno a esso conforme), andrà incontro a un procedimento penale e all'eventuale sanzione solo se la Camera di appartenenza (o, in mancanza, il Senato) autorizzerà la magistratura a procedere, e sa già che, legittimamente, la Camera competente può, nel caso di specie, negare l'autorizzazione, ha indubbiamente un margine di apprezzamento in ordine alla decisione di trasmettere o meno la richiesta di esecuzione di un mandato di arresto della Corte penale internazionale o di espellere o meno una persona nei cui confronti è emesso tale mandato. Non perché sia legittimo da parte sua omettere la trasmissione della richiesta o espellere la persona in questione, ma perché è legittimo (per Costituzione) ritenere di agire nel preminente interesse pubblico o per la tutela di interessi dello Stato costituzionalmente rilevanti, rimettendosi eventualmente alla decisione della Camera competente in ordine all'autorizzazione a procedere.
Naturalmente, però, le dinamiche parlamentari e politiche non sempre sono facilmente prevedibili (specie quando la votazione è segreta) e – bisogna ribadire – esistono profili per i quali anche l'eventuale delibera volta a negare l'autorizzazione potrebbe essere sindacata dalla Corte costituzionale.

6. Proprio a riprova dell'imprevedibilità delle dinamiche politiche e parlamentari, a distanza di alcuni mesi dalle determinazioni ministeriali in commento, i parlamentari dell'opposizione hanno richiesto (nuovamente) al Ministro della Giustizia di rassegnare le dimissioni.
Secondo quanto riportato dai maggiori quotidiani nazionali, il Ministro della Giustizia – a meno di non voler sostenere che fosse all'oscuro di comunicazioni ricevute dal suo ufficio (e di alcune raccomandazioni da questo provenienti) – avrebbe, infatti, mentito in occasione dell'informativa relativa alle decisioni assunte nel caso Almasri, avendo dichiarato di essere stato solo tardivamente portato a conoscenza della situazione.
Il Ministro ha prontamente smentito le indiscrezioni giornalistiche, anche durante il *question time* (facendo rilevare la differenza tra comunicazioni informali, ricevute in data 19 gennaio, e formali, pervenute al Ministero in data 20 gennaio).
Ove il Ministro avesse in effetti mentito, risulterebbe violato l'art. 54 Cost. e, in particolare, il dovere di esercitare le funzioni con disciplina e onore.
L'esternazione non veritiera si deve considerare, infatti, in violazione del dovere di disciplina. Tale violazione ridonda, in questo caso, anche in un comportamento poco onorevole, cioè non in linea con il ruolo ricoperto dall'organo esternante.
Ciò potrebbe giustificare la presentazione di una (nuova) mozione di sfiducia (anche solo individuale) e quindi l'avvio di procedimenti volti a far valere la responsabilità politica del Ministro (o dell'intero Governo) in forma istituzionalizzata. Indipendentemente dall'esito di

[23] C. Meloni, *op. cit.*, 422.
[24] S. Cassese, *Governare gli italiani. Storia dello Stato*, Bologna 2014, 376 ss.

eventuali votazioni fiduciarie, sarebbe compito dell'opposizione informare la pubblica opinione, perché possano attivarsi i meccanismi propri della responsabilità politica "diffusa". Infatti, se si riconosce un margine di apprezzamento insito nell'esercizio del potere pubblico, si deve altresì riscontrare la sussistenza della responsabilità correlata alle scelte assunte, la quale come responsabilità politica «sorge dalla compresenza di esercizio del potere e inosservanza dei doveri a questo riferibili […] Le decisioni dei titolari di cariche di rilievo politico-istituzionale devono godere di un ragionevole margine di indipendenza, in vista del perseguimento di un'azione politica coerente ed efficiente, ma devono parimenti agire costantemente guidati e orientati dall'occhio vigile e critico dell'opinione pubblica (e dal sempre incombente giudizio del corpo elettorale): precisamente nella capacità di garantire tanto tale indipendenza quanto siffatto assoggettamento dei governanti riposa la "grande virtù" della responsabilità politica»[25].

[25] L. D'Andrea, *Responsabilità e potere nello Stato costituzionale: brevi note introduttive*, in *Potere e responsabilità nello Stato costituzionale. Prospettive costituzionalistiche e penalistiche*, a cura di L. D'Andrea, L. Risicato, A. Saitta, Torino 2013, 12.

MODIFICA ALL'ART. 415 E INTRODUZIONE DELL'ART. 415-*BIS* DEL CODICE PENALE, PER IL RAFFORZAMENTO DELLA SICUREZZA DEGLI ISTITUTI PENITENZIARI

di Gianfranco Martiello (Professore associato di diritto penale dell'economia, Università degli studi di Firenze)

La disposizione in commento introduce una disciplina penale *ad hoc* del fenomeno delle "sommosse carcerarie", in precedenza represso in ragione dei singoli reati che i rivoltosi avessero commesso, inserendo all'uopo nel codice penale il delitto dell'art. 415-*bis* ed una specifica circostanza aggravante all'art. 415, destando tuttavia forti riserve in dottrina, sia per la descrizione in più parti confusa che il legislatore ha fatto della «Rivolta», sia per la decisione di incriminare, in quel contesto, anche la condotta di «resistenza passiva».
The provision introduces a specific criminal law enforcement for the phenomenon of "prison riots", previously punished on the basis of the individual crimes committed by the rioters. This law specifically introduces the crime of Article 415-bis into the Criminal Code, along with a specific aggravating circumstance under Article 415. However, it has raised strong reservations among legal scholars, both due to the legislator's confusing description of the "Riot" and the decision to also criminalize, in that context, the conduct of "passive resistance".

Reato di Rivolta carceraria, Nuovo art. 415-*bis* Cp, Criticità
Prison riot crime, New art. 415-bis of the criminal code, Critical issues

Sommario: 1. La "rivolta carceraria" come oggetto di repressione penale prima e dopo il d.l. n. 48/2025. – 2. Quadro sintetico del nuovo ordito normativo. – 3. La fattispecie delittuosa dell'art. 415-bis Cp: questioni esegetiche e perplessità politico-criminali. – 4. Il reticolo delle sue circostanze aggravanti e la risposta sanzionatoria "allargata". – 5. La istigazione a violare le leggi in ambito penitenziario: la previsione aggravante del nuovo comma 2 dell'art. 415 Cp.

1. Per mezzo dell'art. 26 del d.l. n. 48/2025, il legislatore ha innanzitutto introdotto, nell'ambito dei delitti contro l'ordine pubblico di cui al Libro II, Titolo V, del codice penale, l'inedita fattispecie dell'art. 415-bis, rubricata «Rivolta all'interno di un istituto penitenziario». Come è già avvenuto anche per altre misure contenute nel "pacchetto sicurezza" del duemilaventicinque, succinta ed esasperatamente pragmatica si presenta la giustificazione che il legislatore storico ha fornito di tale suo intervento normativo: quest'ultima, difatti, risulterebbe esaurirsi sic et simpliciter nella (generica) esigenza di «rafforzare» la «tutela dell'ordine pubblico» negli istituti penitenziari, il che dovrebbe anche dare conto della precipua collocazione codicistica della fattispecie di nuovo conio[1].
In effetti, difficile è negare che «rivolte» o «sommosse» carcerarie – che definire le si vogliano – costituiscano fenomeni tutt'altro che infrequenti nel nostro Paese. Se in molti lettori è di certo

[1] Si tratterebbe, secondo A. Apollonio, *Il diritto penale in "rivolta": anatomia di un nuovo tipo delittuoso*, in *giustiziainsieme.it* (2.9.2025), 2, di un «aggiorna[mento della] tradizionale definizione di ordine pubblico», che dovrebbe ora intendersi «non più solo come corretto funzionamento delle istituzioni democratiche, che consente alla collettività di esplicare le proprie libertà e l'esercizio dei propri diritti, ma anche come ferrea disciplina dentro spazi per loro stessa natura "chiusi"», i quali diverrebbero, anzi, «istituzionalmente destinati proprio al contenimento di condotte antisociali, che con un inedito ribaltamento di prospettiva possono diventare luogo di turbamento dell'ordine pubblico ("esterno")».

ancora vivido il ricordo della così detta "rivolta di Porto Azzurro" [2], non sono sfuggiti all'attenzione dei mass media neanche fatti assai più recenti ed in parte simili, sebbene meno eclatanti[3], dei quali, tuttavia, è ormai da tempo che in letteratura si registra stancamente il periodico riemergere[4]. Ma, come non di rado accade, con la disposizione in commento il legislatore sembra avere privilegiato l'intervento – finanziariamente assai meno costoso e politicamente più redditizio – di natura sanzionatoria sugli effetti, piuttosto che l'ulteriore implementazione degli sforzi tesi almeno a rintuzzare le cause profonde del fenomeno criminoso *de quo*[5], che nella maggioranza dei casi è originato dalle condizioni della vita penitenziaria. Queste ultime, infatti, non sembrano essere poi molto migliorate negli ultimi anni, e riprova ne siano, a tacere d'altro, i numeri in crescita dei suicidi in carcere[6], nonché le ripetute condanne per violazione dell'art. 3 CEDU indirizzate all'Italia dalla Corte di Strasburgo, a partire dalla notissima "sentenza Torreggiani" in materia di (intollerabile) sovraffollamento carcerario[7].

Non che, per vero, strumenti sanzionatori utili a fronteggiare eventuali sommosse intramurarie mancassero in seno all'ordinamento. Anche trascurando sia la possibilità della Polizia penitenziaria di opporsi fattualmente ai rivoltosi ricorrendo alla coazione fisica, autorizzata

---

[2] Sul notissimo episodio, v. per tutti la ricostruzione fattuale ma anche giuridica di I. Masini, *La rivolta del 1987 nella Casa di Reclusione di Porto Azzurro*, in *adir.unifi.it* (1997).

[3] Tra gli organi di stampa, e per le conseguenti vicende giudiziarie, v. tra i non pochi, ad esempio, L. Lopetti, *Rivolta nel carcere Ferrante Aporti di Torino, condannato a 4 anni il minorenne che lanciò la bici ai Murazzi*, in *torino.corriere.it* (12.11.2025), S. Barberis, *Rivolta di Torre del Gallo, chiesti oltre 300 anni di carcere*, in *laprovinciapavese.geolocal.it* (18.9.2025), L. Nicolini, *Rivolta a Rebibbia, condannati 23 detenuti. Cinque anni e sei mesi al boss rivale di Diabolik*, in *romatoday.it* (14.7.2025), K. Bonchi, *Rivolta in carcere a Marassi: la procura valuta il reato di devastazione e saccheggio*, in *genova24.it* (9.6.2025), S.M. Pribetti, *Carcere "devastato" dopo la rivolta: almeno dieci detenuti condannati*, in *triesteprima.it* (26.7.2024), S. Anastasia, *Il tranello dei detenuti in "rivolta"*, in *ilmanifesto.it* (17.7.2024), M.M., *Rivolta a San Vittore durante l'emergenza covid: 12 indagati*, in *milanotoday.it* (3.7.2020). Sulla recrudescenza del fenomeno legata alla recente epidemia di coronavirus, v. per tutti F. Vianello, *Il carcere insostenibile*, in *rivistailmulino.it* (12.3.2020).

[4] Cfr. tra i molti, specie per un'indagine storica socio-criminologica del fenomeno, R. Canosa, *Il sistema carcerario e la rivolta dei detenuti*, in *Quad. piacentini* 1976 (60-61), 95 ss., M. Graziosi, *Le rivolte dei detenuti nel biennio '68-'69*, in *millenovecentosessantanove* 1998 (18), 159 ss., A. Susca, G. Rotondi, *L'aria brucia. Rivolte, solidarietà e repressione nelle carceri italiane (1968-1977)*, Roma 2018, C. Sarzotti, *Spunti per un'analisi storico-sociologica dell'*homo rebellans *in carcere: dalla presa della Bastiglia alla presa della pastiglia*, in *Antigone* 2020 (2), 83 ss., V. Pascali, T. Sarti, L. Sterchele, *Carcere, rivolta, violenze: note sul caso di Modena*, *ivi*, 110 ss., D. Ronco, A. Sbraccia, V. Verdolini, *Salute, violenza, rivolta: leggere il conflitto nel carcere contemporaneo*, *ivi*, 138 ss.

[5] Non che, ad onore del vero, il recente legislatore sia stato del tutto inerte rispetto alla situazione carceraria, sebbene abbia agito con provvedimenti normativi non sempre ritenuti efficaci: al riguardo, v. per tutti E. Vincenzini, *Decreto carceri. Qualche appunto su come orientarsi all'interno di una norma sostanzialmente inutile*, in *XXI rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, consultabile su *rapportoantigone.it*, e L. Biarella, *Riforma della giustizia e Piano Carceri: via libera dal Governo*, in *altalex.com* (24.7.2025).

[6] V., per i dati più recenti, S. Antonelli, *Dossier su suicidi e decessi in carcere nel 2024 e nei primi mesi del 2025*, in *XXI rapporto di Antigone*, cit., Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, *Osservatorio penitenziario (GPNL). Focus suicidi e decessi in carcere anno 2025*, a cura di G. Suriano, che può leggersi in *garantenazionaleprivatilibertà.it* (7.7.2025). Cfr. anche G.L. Gatta, *55 i suicidi in carcere da gennaio: l'emergenza continua (tra le polemiche estive)*, in *sistemapenale.it* (20.8.2025).

[7] Si tratta, segnatamente, di C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani e a. c. Italia*, che può leggersi, tra gli altri, in *penalecontemporaneo.it* (9.1.2013), con osservazioni di F. Viganò, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*. Sul problema del sovraffollamento carcerario, e le possibili sue soluzioni, v. per tutti G. Chiola, *Il sistema carcerario italiano. Profili costituzionali*, Torino 2020, 159 ss. ed A. Della Bella, *Sovraffollamento carcerario: soluzioni normative e prassi giurisprudenziali per uscire rapidamente dall'emergenza*, in *sistemapenale.it* (12.11.2025).

dall'art. 41 OP[8], sia quella dell'Amministrazione di irrogare loro *ex post* le sanzioni disciplinari degli artt. 36 ss. OP, ed onerarli del risarcimento dei danni materiali eventualmente subiti dalla stessa ai sensi dell'art. 72 ss. d.P.R. 30.6.2000, n. 230[9], sotto il versante penale è nota la tendenza della giurisprudenza a sanzionare i fatti di sommossa penitenziaria ricorrendo anzitutto all'art. 419 Cp[10]. Ed invero, ciò che in genere accade durante lo svolgimento di una rivolta carceraria è parso bene attagliarsi ai concetti di «devastazione» e di «saccheggio» comunemente recepiti, essendosi di norma intesi, la prima, come un comportamento di «danneggiamento complessivo, indiscriminato, vasto e profondo di una notevole quantità di cose mobili ed immobili», e, il secondo, come l'atto di «impossessarsi indiscriminatamente di una rilevante quantità di oggetti con azione sorretta da spirito di assoluta prepotenza e noncuranza per l'ordine costituito»: condotte, queste, che amplificherebbero il disvalore espresso dai delitti di danneggiamento, di furto o di rapina – che esse integrerebbero – in ragione della loro pluralità, intensità ed unitarietà di contesto spazio-temporale, destando così quell'allarme sociale necessario ad attingere il più ampio bene giuridico dell'ordine pubblico «materiale» tutelato dalla fattispecie in discorso[11].

Peraltro, è da evidenziare come la risposta sanzionatoria contemplata dal predetto art. 419 Cp, già di per sé rigorosa (reclusione da otto a quindici anni, nell'ipotesi-base), debba essere ulteriormente considerata alla luce della possibilità che i concreti comportamenti adottati dai rivoltosi integrino pure ulteriori fattispecie di reato, che potrebbero concorrere con quella in

[8] La disposizione, infatti, rubricata «Impiego della forza fisica e uso dei mezzi di coazione», così recita: «1. Non è consentito l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti e degli internati se non sia indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti. Il personale che, per qualsiasi motivo, abbia fatto uso della forza fisica nei confronti dei detenuti o degli internati deve immediatamente riferirne al direttore dell'istituto il quale dispone, senza indugio, accertamenti sanitari e procede alle altre indagini del caso. 2. Non può essere usato alcun mezzo di coercizione fisica che non sia espressamente previsto dal regolamento e, comunque, non vi si può far ricorso a fini disciplinari ma solo al fine di evitare danni a persone o cose o di garantire la incolumità dello stesso soggetto. 3. L'uso deve essere limitato al tempo strettamente necessario e deve essere costantemente controllato dal sanitario. Gli agenti in servizio nell'interno degli istituti non possono portare armi se non nei casi eccezionali in cui ciò venga ordinato dal direttore».

[9] Per un quadro, anche problematico, di tali sanzioni, v. E. Loi, N. Mazzacuva, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in *Il carcere "riformato"*, a cura di F. Bricola, Bologna 1977, 63 ss., nonché G. Melchiorre Napoli, *Infrazioni, sanzioni e procedimento disciplinare in ambito carcerario: spunti per una analisi (e per un intervento di riforma) alla luce del principio di proporzionalità*, *RIDPP* 2016, 186 ss. Nella più recente manualistica, v. per tutti A. Diddi, *Manuale di diritto penitenziario*[4], Pisa 2023, 235 ss. e F. Gianfilippi, L. Lupària Donati, *Organizzazione penitenziaria, ordine e sicurezza*, in *Manuale di diritto penitenziario*[4], a cura di F. Della Casa, G. Giostra, Torino 2025, 161 ss.

[10] Si vedano, anzitutto, gli articoli di stampa richiamati alla nota 2. In dottrina, v. E. Contieri, *I delitti contro l'ordine pubblico*, Milano 1961, 130, che ritiene, anzi, che proprio l'ambientazione delle condotte tipizzate dall'art. 419 Cp nel contesto di «terremoti, eruzioni, epidemie, incursioni aeree nemiche e sommosse» costituisca il tratto tipizzante del disvalore espresso dalla fattispecie, nonché, con richiami di giurisprudenza, M. Bouchard, *Devastazione e saccheggio*, in *DigDPen*, III, Torino 1989, 442, nota 11. V. anche, molto di recente, ed a proposito di un fatto definito come «rivolta» all'interno di un CPR sanzionato ai sensi dell'art. 419 Cp, Cass. 15.7.2025 n. 33147, in *Dejure* (per esteso), nonché in *lexced.com* (18.10.2025), con osservazioni di C.P.A. Tedesco, *Delitto di devastazione: la rivolta in un CPR è reato*.

[11] Le citazioni e le affermazioni contenute nel testo sono riprese precipuamente da C. Pasquariello, *Devastazione e saccheggio*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 722 ss. e 727 ss., ma si tratta di approdi interpretativi condivisi, sostanzialmente, dalla maggioranza degli autori: al riguardo, v., seppure con qualche diversità di accento, e per i necessari richiami sia di giurisprudenza che di ulteriore dottrina, V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*[5], VI, Torino 1983, 222 ss. (con rinvio al vol. IV, n. 1070, III, *a-b*), M. Bouchard, *op. cit.*, 442 ss., R. Venditti, *Saccheggio e devastazione*, in *ED*, XXXVI, Milano 1989, 186 ss., A. Barazzetta, sub *art. 419 Cp*, in *Codice penale commentato*[5], diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, III, Milano 2021, 2316 ss., G. Leineri, *I delitti di devastazione e saccheggio*, in *Diritto penale. Omnia trattati giuridici*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, II, Torino 2022, 3304 ss.

discorso. Non è certo questa la sede per discettare sull'annosa questione della natura «unitaria», «complessa», «composta» o «progressiva» dell'illecito scolpito dal predetto art. 419 Cp, che evidentemente si riflette sul novero delle figure criminose con le quali esso potrebbe in ipotesi essere congiuntamente applicato[12]. Basterà qui soltanto ricordare come, secondo l'interpretazione che appare oggi prevalente, il delitto in parola sarebbe capace di assorbire al proprio interno soltanto quelle figure criminose lesive di interessi patrimoniali le quali risultassero strumentali alla realizzazione delle condotte di «devastazione» e di «saccheggio» nei termini poc'anzi richiamati. Tale approdo interpretativo aprirebbe chiaramente alla possibilità che il delitto dell'art. 419 Cp concorra con reati che tutelano altre e diverse oggettività giuridiche, come l'incolumità pubblica (ad esempio l'incendio), i beni propri della persona (si pensi alle percosse, alle lesioni personali, all'omicidio, al sequestro di persona, alla minaccia, alla violenza sessuale) o il regolare esercizio delle funzioni pubbliche (si consideri la violenza o la resistenza a pubblico ufficiale)[13]: eventualità, questa, che risulta tutt'altro che recondita ove si consideri la concreta empiria dei fatti di rivolta carceraria assurti alla cronaca. Non è difatti un caso che, pur non considerando tali possibilità concorsuali, non sia mancato chi ha visto nell'inedito delitto dell'art. 415-bis Cp un «provvedimento garantista» rispetto alla sussunzione della rivolta carceraria nei rigori dell'anzidetto art. 419 Cp, come sin qui accaduto, e ciò proprio in quanto la disposizione incriminatrice di nuovo conio prevederebbe «una pena decisamente più modesta e contenuta»[14]. Nondimeno, e come si avrà modo di comprendere, è opportuno che la valutazione – in termini di maggiore o minore repressività rispetto alla disciplina quo ante – della fattispecie di nuovo conio non si concentri sulla sola cornice edittale di pena che essa contempla, ma si estenda anche alla considerazione della fitta griglia di aggravanti della quale il novellatore l'ha munita, e viepiù del raggio di prensione del suo fatto tipico.

2. Prima di procedere all'esegesi del delitto scolpito dall'art. 415-bis Cp, che di certo costituisce l'asse portante dell'intervento novellatore nella materia *de qua*, preme ulteriormente avvertire che detta fattispecie criminosa non esaurisce affatto la rigorosa disciplina alla quale il legislatore del duemilaventicinque ha inteso sottoporre il fenomeno delle rivolte in ambienti costrittivi. Salvo quanto verrà meglio precisato nei commenti delle precipue disposizioni del d.l. n. 48/2025 che vengono in rilievo, infatti, occorre qui almeno segnalare come, anzitutto, l'art. 27 del medesimo decreto d'urgenza abbia introdotto un inedito comma 7.1 in seno all'art. 14 del d. lgs. 25.7.1998, n. 286 («Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»), che a sua volta ritaglia una sorta di "fattispecie-specchio" di quella codicistica appena richiamata, sebbene punita in modo leggermente inferiore. Detta figura delittuosa si distingue da quella dell'art. 415-bis Cp poiché risulta applicabile soltanto a chi abbia commesso il fatto di rivolta «durante il trattenimento in uno dei centri di cui al presente articolo o in una delle strutture di cui all'articolo 10-ter», ossia a quei soggetti stranieri che risultino o trattenuti nei «Centri di permanenza per rimpatri» (CPR), o condotti, nell'immediatezza del loro arrivo sul territorio nazionale, nei «Punti di crisi» ovvero nei «Centri di prima accoglienza» (CPA). Ma visto che, di fatto, il legislatore ha noverato praticamente tutte le strutture nelle quali, sin dal loro arrivo sul territorio nazionale, i migranti possono transitare, e che ha sanzionato anche la resistenza passiva, si comprende il

[12] Per il riepilogo del dibattito suscitato in dottrina e giurisprudenza, all'evidenza non solo teorica, v. E. Contieri, *op. cit.*, 136 ss., M. Bouchard, *op. cit.*, 444 ss., A. Barazzetta, *op. cit.*, 2322 s., G. Leineri, *op. cit.*, 3310 ss.
[13] Per tale approdo applicativo, v. tra i molti M. Bouchard, *op. cit.*, 445, R. Venditti, *op. cit.*, 187, C. Pasquariello, *op. cit.*, 728, G. Leineri, *op. cit.*, 3311 s., ed *ivi* riferimenti anche alla giurisprudenza.
[14] In questi termini, v. C. Scaramozzino, *Il reato di "rivolta all'interno di un istituto penitenziario"*, in *altalex.com* (24.7.2025), 1.

perché molti abbiano scorto in tale ipotesi di reato non già la criminalizzazione di una tipologia aggressiva di condotta, bensì quella di un "tipo d'autore", ossia il migrante, la cui condizione – a ben vedere rilevante per il solo diritto amministrativo – verrebbe di fatto equiparata a quella di chi è invece detenuto per avere commesso un reato[15]. Ciò considerato, è forse stata la "cattiva coscienza" a suggerire al legislatore di non equiparare in toto le due fattispecie qui in comparazione sotto il versante della risposta sanzionatoria, il che, almeno in prospettiva rigorosamente funzionalista, non apparirebbe difatti agevolmente spiegabile[16].
La disciplina del fenomeno delle "rivolte" si arricchisce, infine, di due ulteriori previsioni normative: una di natura preventiva e l'altra di carattere – per così dire – "ulteriormente sanzionatorio". Da un canto, infatti, lo stesso art. 26 qui in commento prevede, come si avrà modo di precisare, che già la sola istigazione alla disubbidienza alle leggi di ordine pubblico, ove commessa «in un istituto penitenziario ovvero a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute», venga punita più severamente rispetto a quanto prevede d'ordinario l'art. 415 co. 1 Cp. Dall'altro, è da evidenziare come l'art. 34 del d.l. n. 48/2025 abbia inserito sia il delitto di rivolta carceraria che la neonata ipotesi aggravata di istigazione dell'appena richiamato art. 415 co. 2 Cp nell'ormai bulimico catalogo dei così detti «reati ostativi» dell'art. 4-bis co. 1-ter Op, il quale, come noto, rende assai più tortuoso per il condannato o l'internato l'ottenimento dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione intramuraria.

3. La fattispecie delittuosa scolpita dall'art. 415-bis Cp al primo comma punisce con la reclusione da uno a cinque anni «Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, partecipa ad una rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, commessi da tre o più persone riunite […]», specificando poi, ed ulteriormente, che «Ai fini del periodo precedente, costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza»., oltre che da quello politico-criminale. Poche notazioni di commento risultano sufficienti per restituire la problematica complessità della figura criminosa in discorso sia dal punto di vista interpretativo che politico-criminale.
Ed invero, dalla lettura dall'art. 415-bis Cp pare di comprendere, anzitutto, come mediante il primo comma il legislatore abbia incriminato una condotta monosoggettiva – il «partecipare ad una rivolta» a mezzo del compimento di «atti di violenza o minaccia o resistenza» anche passiva a specifici ordini – che tuttavia si ambienta in un contesto plurisoggettivo, rappresentato dalle «tre o più persone riunite» che devono anch'esse avere compiuto tali «atti»[17]. In difetto, purtroppo, di ulteriori specificazioni normative, il termine «rivolta»

[15] Per tale rilievo, v. F. Forzati, *Il nuovo Ddl sicurezza, tra (poche) luci e (molte) ombre: i primi spunti di riflessione*, in *Arch. pen. (web)*, 2023 (3), 8 e 18 ss., C. Pasini, *Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti*, in *Sist. pen.* 2024 (5), 126 s., A. Manna, *Decreto sicurezza: l'opinione del professore Adelmo Manna*, in *camerapenalecatanzaro.it* (5.4.2025), 2-3, L. Risicato, *Il nuovo reato di rivolta carceraria e nei centri di trattenimento per migranti*, in *GI* 2025, 951, A. Natalini, *Resistenza "passiva" nei Cpr: norma a rischio incostituzionalità*, in *GD* 2025 (17), 40.
[16] Parla, infatti, di «scelta non del tutto collimante con la prospettiva di tutela della sicurezza interna», che poi diviene palesemente «incomprensibile» laddove differenzia il trattamento sanzionatorio in caso di lesioni o di morte nell'uno o nell'altro contesto, M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in *sistemapenale.it* (27.5.2024), 16.
[17] Fotografando analiticamente la realtà normativa, ad una «condotta monosoggettiva [che ha] come presupposto la partecipazione di più soggetti» allude infatti G. Tona, *Un insieme di sanzioni più severe per gli atti illeciti verso la polizia. La tutela delle forze dell'ordine*, in *GD* 2025 (17), 33, mentre, più generalmente, di reato «plurisoggettivo», a «concorso necessario», ovvero «associativo», parlano ad esempio M. Pelissero, *op. cit.*, 15,

dovrebbe intendersi, almeno *prima facie*, nel senso comune, ossia quale «atto di ribellione verso il potere costituito»[18], a cui, tuttavia, parrebbe semanticamente sotteso anche il riferimento ad una certa oggettiva "gravità"[19], ovvero, secondo alcuni, il rischio per l'incolumità fisica corso dagli operatori della struttura penitenziaria[20]: sottintesi, questi, che potrebbero contribuire in modo opportuno – e per quanto sia qui possibile[21] – a circoscrivere ulteriormente i contorni della fattispecie, sebbene in modo non certo preciso, come del resto è già accaduto, ad esempio, con il concetto sociale di «rissa» in seno al delitto dell'art. 588 Cp[22].
Specifica l'art. 415-bis Cp che la partecipazione alla suddetta rivolta deve realizzarsi per mezzo di modalità di condotta tipizzate dalla disposizione incriminatrice stessa. In tale prospettiva, il riferimento è alla «violenza» ed alla «minaccia», che in difetto di restrizioni esplicite andranno intese, ahinoi, in quel senso ampio ormai diffuso nell'ambito penalistico[23], ma anche alla «resistenza»: la quale però – ed a prescindere dalla sua forma passiva, della quale si dirà – in quanto deprivata del suo riferimento modale alla violenza ed alla minaccia, invece presente nell'art. 337 Cp, diviene concetto assai vago, chiaro essendo che quest'ultimo esprime una entità meramente «finalistica» e non già «descrittiva», e quindi «strutturalmente inidone[a] a delimitare di per sé sol[a] l'area del penalmente rilevante»[24].
Ciò precisato, inutile evidenziare – tanto appare ovvio – come il profilo più delicato dell'intera fattispecie sia costituito, tuttavia, dal riferimento in chiave incriminatrice che essa contiene alla resistenza «passiva», che solleva spinose questioni tanto sul versante politico-criminale che da quello pratico-applicativo. Ed in effetti, non è certo un caso che il legislatore storico abbia avvertito il bisogno, nel criminalizzare tale inerte contegno, di formulare una duplice precisazione. La prima è che detta previsione «[riferisce] il nucleo di rilevanza penale delle condotte di resistenza (anche passiva) all'esecuzione di ordini impartiti rispetto al rilievo disciplinare attribuito alle medesime condotte dalla l. 26.7.1975, n. 354 sull'ordinamento penitenziario e dal relativo regolamento di attuazione (cfr. artt. 41, Op e 77, d.P.R. n.

C. Pasini, *op. cit*., 122, L. Della Ragione, *DL Sicurezza: uno sguardo d'insieme alle novità del codice penale*, in *quotidianogiuridico.it* (16.4.2025), 13, L. Risicato, *op. cit*., 951, V. Sassi, *Il nuovo reato di rivolta in carcere introdotto dal d.l. sicurezza n. 48/2025*, in *Sist. pen.* 2025 (7-8), 40, D. Bianchi, *I reati di rivolta: una novità (potenzialmente) sovversiva*, in *DPP* 2025, 907. Richiama le difficoltà di accertamento del carattere «riunito» dei soggetti attivi, considerando che «le rivolte carcerarie non hanno quasi mai un centro d'azione», ma si parcellizzano nell'operare di più soggetti «da distinti punti», A. Apollonio, *op. cit.*, 3.

[18] Per il riferimento al significato «da vocabolario», v. M. Pelissero, *op. cit*., 15, L. Della Ragione, *op. cit*., 13.

[19] In questo senso, il comprensibile tentativo di ricostruzione "normativa" del termine – che fa appello agli spunti ricavabili dagli artt. 41-*bis* co. 1 Op e 93, d.P.R. n. 230/2000, e che porterebbe a rinvenire una rivolta solo in presenza di «gravi manifestazioni di violenza collettiva, almeno minacciata» – intrapreso da D. Bianchi, *op. cit*., 910.

[20] Per tale sottinteso al concetto di «rivolta», v. A. Apollonio, *op. cit.*, 2-3.

[21] Secondo V. Sassi, *op. cit.*, 43-44, il riferimento normativo alla «rivolta» non avrebbe alcun autonomo significato rispetto alla commissione di atti di violenza, minaccia o resistenza, avendo inteso il legislatore criminalizzare «la disobbedienza *tout court*, sostanzialmente a prescindere dalla sua estensione». Peraltro, rileva in modo ulteriormente critico J. Patrone, *Le ragioni della illegittimità del reato di rivolta penitenziaria*, in *XXI rapporto di Antigone*, cit., 2, che siffatto lemma risulta «atecnico», poiché esso «non fa parte del lessico giuridico penale», dal che l'A. immagina il fiorire di «future difficoltà interpretative».

[22] Sull'importanza, in tale sede, del significato comune del termine «rissa» – pur non certo inequivoco – quale dato dal quale comunque muovere ai fini della perimetrazione della tipicità penale in assenza di più sicure sponde normative alle quali appigliarsi, v. ad esempio P.M. Quaranta, *Rissa (dir. vig.)*, in *EdD*, XL, Milano 1989, spec. 1349, M. Garavelli, *Rissa*, in *DigDPen*, XII, Torino 1997, 374, nonché, da ultimo, e nella manualistica, F. Mantovani, G. Flora, *Diritto penale*, *Parte speciale*, II, *Delitti contro la persona*[7], Padova 2019, 179.

[23] Esprimono in tale contesto perplessità sulla violenza «impropria», M. Pelissero, *op. cit*., 15, L. Della Ragione, *op. cit*., 13.

[24] Così, L. Risicato, *op. cit*., 951, che richiama, sul punto, quanto osservato a proposito del concetto di «resistenza» in G. Martiello, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, Pisa 2019, 53.

230/2000)»[25]; la seconda è che «gli ordini che verrebbero in specifico rilievo ai fini del neonato delitto di rivolta sono solo quelli impartiti "per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica" e non invece qualsiasi tipo di ordine impartito»[26]. Evidente, quindi, la preoccupazione del legislatore storico di mettersi preventivamente al riparo da future critiche, dovendo essergli evidentemente apparso da subito chiaro quali fossero i principî penalistici che, sotto tale profilo, la figura criminosa di nuovo conio avrebbe potuto contraddire: da un canto, la indeterminatezza-offensività della fattispecie laddove non fosse stato specificato a quali specifiche prescrizioni i rivoltosi avrebbero dovuto "resistere"[27]; dall'altro, la carenza di offensività del fatto tipico rispetto alla condotta – appunto – di «resistenza passiva», che il legislatore ha ritenuto sufficiente a colmare il richiamo al "precedente" normativo costituito dal già richiamato art. 41 Op, la cui ratio, tuttavia, non parrebbe utile allo scopo, mirando piuttosto tale disposizione a contenere con lo spauracchio della sanzione disciplinare – ed a vantaggio dei reclusi – il ricorso eccessivo alla violenza da parte del personale di custodia[28].
Ma che il tentativo giustificativo del legislatore sia ampiamente fallito lo dimostra la perdurante e generale avversione che si è venuta coagulando attorno alla fattispecie de qua. Ed invero, pure considerando il generale clima di aperta critica che si è creato intorno al "pacchetto sicurezza" sin dalla sua genesi, non è forse esagerato affermare che lo specifico intervento novellatore qui in rilievo è quello che ha sollevato le maggiori e più veementi censure da parte dei più diversi soggetti coinvolti a vario titolo negli affari della giustizia penale: e le ragioni sembrano risalire proprio a quelle vulnerabilità di principio che lo stesso legislatore aveva forse preconizzato e cercato malamente di sanare, almeno in parte. A colpire negativamente, infatti, è stato anzitutto – come si avvertiva – l'incriminazione delle condotte di «resistenza passiva», ovverosia la sottoposizione a pena di contegni per definizione non violenti o minacciosi, che oramai da lungo tempo, oltretutto, dottrina e giurisprudenza non ritengono né tipici ai sensi dell'art. 337 Cp[29], né in grado di giustificare, ai sensi dell'art. 53 Cp, il ricorso all'uso di armi o di altri strumenti di coazione da parte del pubblico ufficiale[30]. Incriminarli ugualmente – e

[25] Cfr., in questo senso, il *«Disegno di legge presentato dal presidente del consiglio dei ministri (Meloni), dal ministro dell'interno (Piantedosi), dal ministro della giustizia (Nordio) dal ministro della difesa (Crosetto) e dal ministro dell'economia e delle finanze (Giorgetti). Conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48 recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario»* dell'11 aprile 2025 (A.C. n. 2355), 30. In termini forse più espliciti, il «*Disegno di legge presentato dal ministro dell'interno (Piantedosi), dal ministro della giustizia (Nordio) e dal ministro della difesa (Crosetto). Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*», presentato il 22 gennaio 2024 (A.C. n. 1660), 17, chiariva come le condotte incriminate in realtà tipizzassero «azioni già previste dall'articolo 41 dell'ordinamento penitenziario (legge 26.7.1975, n. 354) a giustificazione dell'impiego della forza fisica e dell'uso dei mezzi di coercizione da parte del personale degli istituti penitenziari […] all'interno degli istituti di pena».
[26] Cfr., ancora, il *Disegno di legge presentato dal presidente del consiglio dei ministri (Meloni) […]* (A.C. n. 2355), 30.
[27] In effetti, sia l'art. 18 del «*Disegno di legge […]* (A.C. n. 1660), cit., 80-81, che l'art. 26 del «*Disegno di legge […]* (A.S. n. 1236), cit., 32, parlavano in origine della resistenza all'esecuzione di non ulteriormente definiti «ordini impartiti», il che aveva da subito attratto l'attenzione critica della dottrina: v., infatti, M. Pelissero, *op. cit.*, 15, C. Pasini, *op. cit.*, 132, L. Pompili, *Il dissenso nelle nuove fattispecie di reato e nelle aggravanti introdotte con il ddl sicurezza***,** in *penaledp.it* (15.102024), 9.
[28] Lo rilevano, tra gli altri, M. Pelissero, *op. cit.*, 15, M. Passione, *Note concernenti il disegno di legge n. 1236/Senato, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittima dell'usura e di ordinamento penitenziario»*, in *questionegiustizia.it* (30.10.2024), 3, C. Pasini, *op. cit*., 123 s., L. Risicato, *op. cit.*, 950-951, ed A. Apollonio, *op. cit.*, 8.
[29] Per un riassuntivo quadro degli approdi in tal senso maturati sia in dottrina che in giurisprudenza, cfr. per tutti, volendo, G. Martiello, *La tutela penale dell'agente pubblico dalle aggressioni del privato: una indagine di parte speciale*, Pisa 2025, 89 ss.
[30] Sul punto, sia consentito rinviare a G. Martiello, *I limiti*, cit., 49 ss.

quindi l'equipararne il disvalore a quello espresso da un comportamento invece violento o minaccioso – significa non solo infrangere i principî di offensività, di proporzionalità-ragionevolezza e di *extrema ratio* dell'intervento penale, ma anche, nei fatti, paradossalmente incoraggiare il compimento di atti di resistenza "attiva", la cui maggiore gravità rischia infatti di annebbiarsi nella percezione dei potenziali protagonisti del nuovo reato proprio a fronte dell'indifferenziato trattamento sanzionatorio predisposto dal legislatore. Ma forse c'è di più. Concentrare l'attenzione "a valle" – si è detto – significa pure implicitamente non volere affrontare la causa prima "a monte" di quasi ogni rivolta penitenziaria, ossia il disagio carcerario derivante anzitutto dal sovraffollamento degli istituti di pena, che con tale figura criminosa rischia addirittura di aggravarsi ulteriormente[31].

Anche sotto il versante pratico-applicativo, d'altronde, il riferimento che l'art. 415-bis Cp contiene alla «resistenza passiva» non risulta certo meno problematico, essendo esso capace di dilatare a dismisura i contorni applicativi della fattispecie in rilievo. Bene, quindi, parrebbe avere fatto – almeno in via di principio – il legislatore a vincolarne la rilevanza al "carattere impeditivo" rispetto al compimento di più specifici «atti d'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza»[32], che tuttavia la norma richiede al giudice di valutare «avuto riguardo al numero delle persone coinvolte» ed al «contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio». A prescindere dal tasso di vaghezza di tali ultimi riferimenti, che appare alto in astratto[33], ma che forse verrà a ridimensionarsi nella concretezza delle situazioni che il magistrato sarà chiamato a valutare, l'impressione è che, più

[31] Per tali rilievi, sostanzialmente, v. anzitutto le prese di posizione associative sui disegni di legge A.S. n. 1236 ed A.C. n. 1660, ossia il «*Documento sul Disegno di legge n. 1236 (Senato) recante disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*» del 3 ottobre 2024, emesso dal Consiglio direttivo dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP), 3 s. e la delibera del 30 settembre 2024 della Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane (UCPI) a proposito del d.d.l. AC n. 1660, 2. A titolo individuale, cfr. M. Pelissero, *op. cit*., 14, M. Ruotolo, *Su alcune criticità costituzionali del c.d. pacchetto sicurezza (A.S. n. 1236)*, in *Sist. pen.* (9.10.2024), 5 s., M. Passione, *op. cit*., 3, V. Manes, *L'ossessione securitaria*, in *dirittodidifesa.eu* (14.3.2025), 4, R. Cornelli, *Il ddl sicurezza alla prova della ricerca criminologica: prime annotazioni critiche***,** in *Sist. pen*., 2024 (5), 116, C. Pasini, *op. cit*., 131 ss., L. Pompili, *op. cit*., 7 ss., A. Manna, *op. cit.*, 2. Dopo l'emanazione del d. l. n. 48/2025, v. *Documento sul Disegno di legge n. 1236 (Senato)* del Consiglio direttivo dell'AIPDP, cit., 1, quello dal titolo «*Peggio del DDL sicurezza c'è solo il Decreto sicurezza*», emesso in data 5 aprile 2025 dalla Giunta dell'UCPI, 1, e quello dal titolo «*Nel decreto Sicurezza possibili profili di illegittimità costituzionale*», emesso in data 14 aprile 2025 dalla Giunta esecutiva centrale dell'ANM, 1, ed il «Parere della VIª Commissione del CSM sul cd. decreto sicurezza (d.l. 11 aprile 2025, n. 48, recante: "*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*"), redatto dai Consiglieri Paolini, Cosentino, Romboli, D'Auria e Fontana, 17 ss., nonché L. Della Ragione, *op. cit.*, 33, G. Tona, *op. cit.*, 33, A. Natalini, *op. cit.*, 39 e 42 s., L. Risicato, *op. cit*., 950 s. e 952, F. Palazzo, *Decreto sicurezza e questione carceraria*, in *sistemapenale.it* (1°.5.2025), 5 s., E. Dolcini, *Un paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *sistemapenale.it* (15.5.2025), 5, R. Bartoli, *Di sicuro c'è solo questo: si è tornati a incriminare l'esercizio di libertà. Breve introduzione al c.d. Decreto Sicurezza*, in *DPP* 2025, 853 s., J. Patrone, *op. cit.*, 2 ss., V. Sassi, *op. cit*., 46 e 47, A. Apollonio, *op. cit.*, 5 s., D. Bianchi, *op. cit.*, 907. Per una diversa opinione quanto, segnatamente, all'incriminazione della resistenza passiva ed al rischio che tali disposizioni aumentino, in modo paradossale, la già sofferente popolazione carceraria, v. M. Ronco, *Pacchetto sicurezza*, in *centrostudilivatino.it* (28.4.2025), 5 ss.

[32] Si dolgono, tuttavia, che il legislatore non abbia preteso anche la «legittimità» di tali atti, F. Forzati, *op. cit*., 20 ed il «Parere della VIª Commissione del CSM *[…]*», cit., 17.

[33] Lo sottolineano, tra gli altri, M. Passione, *op. cit*., 3, V. Sassi, *op. cit*., 46-47, J. Patrone, *op. cit.*, 3, nonché G. Tona, *op. cit.*, 33, che ad esempio si chiede se nel «numero di persone» a cui allude la disposizione siano da considerare «i "resistenti passivi" o quelli che, accanto a loro, usano violenza o minaccia oppure gli uni e gli altri sommati tra loro», o se «invece conta il numero dei pubblici ufficiali e degli incaricati di pubblico servizio che gestiscono l'ordine e la sicurezza», ovvero «il risultato della proporzione tra chi gestisce la sicurezza e chi potenzialmente la minaccia [o] tutti questi indici insieme».

che perimetrare i confini di rilevanza penale della resistenza passiva, tali criteri li possano invece spesso dilatare, almeno in via di fatto. Nel riferirsi testualmente ad atti di resistenza passiva che «impediscono» – e non già che hanno impedito – determinate attività del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, l'art. 415-bis co. 1 secondo periodo Cp sembra difatti richiamare il giudice ad una valutazione di idoneità causale da riportare mentalmente al momento in cui il soggetto pubblico stava agendo, a prescindere dalla circostanza che poi tale resistenza sia stata o meno vinta da quest'ultimo. Ciò vero, considerato anzitutto lo stato di concitazione e confusione che fisiologicamente determina una «rivolta all'interno di un istituto penitenziario», ma anche l'annoso deficit di organico del personale penitenziario, l'appello che la norma rivolge al giudice di considerare il «numero delle persone coinvolte» – che comunque non potrà essere, come visto, inferiore a tre – ed il «contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio» rischia di risolversi, quanto meno in molti casi, nell'attribuzione del rilievo penale a pressoché ogni atto di resistenza passiva[34], e viepiù a quelli che, in un diverso contesto, più difficilmente si potrebbero considerare tali: si pensi, ad esempio, alla mera disobbedienza del detenuto ad un ordine verbale dell'agente pubblico[35].
Ben si comprende allora, il tentativo di chi, onde ridimensionare il ruolo che la resistenza passiva assumerebbe nell'ambito della fattispecie, propone di intendere siffatto contegno non già come "costitutivo" della rivolta, e cioè come sua possibile componente, ma come comportamento che si innesta su un fatto di rivolta già esistente, ovverosia come «modo di partecipazione non qualificata, come contributo ad una rivolta da altri promossa, organizzata e diretta, ossia già deflagrata o almeno in fase di avvio»[36].
Il richiamo che la disposizione contiene all'attività dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio, sebbene testualmente circoscritto alle ipotesi di resistenza passiva, può essere nondimeno valorizzato in chiave di maggiore puntualizzazione della tipicità. È senz'altro vero che l'art. 415-bis risulta collocato nel Titolo V, Libro II del codice, ossia tra i delitti contro l'ordine pubblico, e che, nell'emarginare il ruolo di coloro che «promuovono, organizzano o dirigono» la rivolta, differenziandone poi il trattamento sanzionatorio rispetto a quello di colui che solo abbia «partecipato» alla stessa, il comma secondo della medesima disposizione incriminatrice ricalca le meccaniche punitive proprie dei reati associativi. Tuttavia, è anche vero che, in seno al d.l. n. 48/2025, la disposizione che tale figura criminosa ha previsto risulta inclusa nel Capo III, ossia tra le «Misure in materia di tutela del personale delle Forze di polizia, delle Forze armate e del Corpo nazionale dei vigili del fuoco», il che potrebbe far ritenere che non alla sola tutela dell'ordine pubblico ("penitenziario") la norma sia in realtà consacrata[37]. In questa prospettiva, potrebbe forse azzardarsi l'ipotesi che anche le condotte contemplate dal primo periodo del comma 1 dell'art. 415-bis Cp – e precipuamente quelle di «violenza» e «minaccia», sebbene testualmente rivolte *ad incertam personam* – assumano rilievo penale nella misura in cui abbiano come destinatario un pubblico ufficiale od un incaricato di pubblico servizio. Ne risulterebbe, a quel punto, una fattispecie dai contorni forse più ristretti, in qualche modo coniugabile, anche teleologicamente, ed a parte per quanto

[34] Ne segnalano infatti il pericolo, ad esempio, L. Pompili, *op. cit.*, 10 ed A. Natalini, *op. cit.*, 39.
[35] Per alcuni possibili e sintomatici esempi, che dimostrerebbero come la fattispecie recherebbe un «reato di posizione e di sospetto», nel quale «è lo status di detenuto e di immigrante irre golare a lasciare presumere una pericolosità sociale declinata sul tipo d'autore del disobbediente», v. F. Forzati, *op. cit.*, 21.
[36] In questi termini, v. D. Bianchi, *op. cit.*, 909.
[37] Intendiamo con ciò cogliere la suggestione proposta da C. Pasini, *op. cit.*, 123, che proprio nella originaria collocazione della norma in seno al d. l. n. 48/2025 ha tratto motivo per sostenere la natura (eventualmente) plurioffensiva del delitto *de quo*, che potrebbe attingere, ad esempio, «l'interesse al rispetto delle decisioni dell'Autorità giudiziaria» in caso di condotte di «tentata evasione», od anche il «buon andamento della PA nel caso – assai probabile – in cui le condotte siano poste in essere ai danni di pubblici ufficiali».

già si è detto sulla resistenza passiva, a quelle degli artt. 336 e 337 Cp, il cui aggravio di pena minima nell'ipotesi semplice potrebbe trovare giustificazione, rispetto a queste ultime figure criminose, nella pluralità dei beni giuridici comunque attinti.

4. Fitto si presenta il reticolo di circostanze aggravanti che circonda la fattispecie delittuosa in rilievo. Ed invero, i commi 3, 4 e 5 dell'art. 415-bis Cp contemplano una nutrita serie di aggravanti[38], le quali – ad eccezione del caso in cui dalla rivolta derivino ad alcuni lesioni gravi o gravissime, o si verifichi la morte di più persone – prevedono una risposta sanzionatoria differenziata a seconda che il reo risulti essere stato un semplice «partecipe» alla rivolta, ai sensi del comma 1, oppure abbia promosso, organizzato o diretto la stessa nei termini del già ricordato comma 2.
Se la circostanza aggravante del comma 3, che collega l'aumento di pena all'avvenuto «uso di armi», non sembrerebbe sollevare particolari problematiche, considerata la ricca declinazione normativa ed elaborazione giurisprudenziale del concetto di «arma» nell'ambito – ed agli effetti – del diritto penale, a partire dalla nota definizione fornita dall'art. 585 co. 2 Cp[39], maggiore attenzione richiedono, invece, le previsioni dei commi successivi, che si riferiscono al caso in cui dal fatto del primo o del secondo comma derivi «quale conseguenza non voluta, una lesione personale grave o gravissima [o] la morte» (comma 4), ovvero «lesioni gravi o gravissime o [la] morte di più persone» (comma 5): il rischio, infatti, è che in queste prescrizioni normative – come è stato prontamente segnalato – torni ad aggirarsi «lo spettro del *versari in re illicita* nella sua forma più eclatante»[40].
A tale rischio, di certo concreto reale data la sciatteria mostrata dal legislatore nel riproporre formule lessicali logore e a dir poco ambigue, possono tuttavia opporsi gli anticorpi per fortuna già da tempo presenti nel sistema. Trattandosi di circostanze aggravanti, infatti, per l'autore del fatto maggiormente punito varrà la regola dell'imputazione soggettiva prevista dall'odierno art. 59 co. 2 Cp. D'altra canto, una sensibile applicazione per via interpretativa dei principî di colpevolezza e del ne bis in idem sostanziale dovrebbe infatti, e rispettivamente: garantire la medesima imputazione soggettiva (e non oggettiva) dell'aggravante, richiedendo per chi ha partecipato alla rivolta, ma non ha commesso direttamente il fatto circostanziato, la prevedibilità in concreto di quest'ultimo; evitare a chi invece tale fatto avesse commesso di rispondere sia della rivolta aggravata che dei reati di lesioni personali od omicidio, come ad esempio si sostiene in dottrina a proposito del caso, per certi versi simile, della previsione aggravante recata in materia di rissa dall'art. 588 co. 2 Cp[41].

[38] Pacifica, almeno sino ad oggi, la natura circostanziale di tali previsioni normative: al riguardo, per tutti, cfr. D. Bianchi, *op. cit*., 906-907, ed *ivi* ulteriori riferimenti.
[39] In argomento, v. di recente, e per tutti, I. Russo, *Armi, esplodenti, munizioni*, Milano 2018, 309 ss., P.F. Iovino, *Manuale delle leggi amministrative e penali in materia di armi*, Torino 2025, 1 ss. e 29 ss., nonché F. Basile, sub *art. 585 Cp*, in *Codice penale commentato*[5], diretto da E. Dolcini, G.L. Gatta, cit., III, 1076 ss. e L. Masera, *Delitti contro l'integrità fisica*, in *Reati contro la persona*, a cura di F. Viganò, Torino 2022, 139 s., ed *ivi* ampi riferimenti giurisprudenziali.
[40] Così, L. Risicato, *op. cit*., 949. Quanto alle analoghe aggravanti contemplate dagli ultimi due periodi dell'art. 14 co. 7.1. del d. lgs. n. 286/1998, alle medesime preoccupazioni allude A. Natalini, *op. cit.*, 43, che richiama giustamente lo "antidoto" offerto dal principio costituzionale di colpevolezza e dalle sue applicazioni giurisprudenziali.
[41] Cfr. infatti, di recente, F. Basile, *Il delitto di rissa (art. 588). Teoria e prassi*, Roma 2014, 117 ss., 126 ss., e nella manualistica, concordemente, F. Mantovani, G. Flora, *op. cit.*, 184 s., G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte speciale*, II-1, *I delitti contro la persona*[6], Bologna 2024, 126, S. Seminara, *I delitti contro la persona*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*[4], Torino, 2025, 115 s. Sull'atteggiamento invece più altalenante della giurisprudenza, non immune al richiamo delle sirene della responsabilità oggettiva, v. S. Larizza, sub *art. 588*, in *Codice penale commentato*[5], cit., 1118 ss.

Non devono poi sottacersi, in una visione necessariamente "allargata" del trattamento sanzionatorio del detenuto, le ulteriori conseguenze negative alle quali il soggetto rivoltoso – anche se passivo – può in potenza andare incontro. Ed invero, chi partecipa ad una rivolta potrà, in primo luogo, subire materialmente la coercizione fisica necessaria a vincere la sua resistenza, che le forze dell'ordine sono legittimate ad esercitare ai sensi dell'art. 41, Op, secondo il quale, difatti, «l'impiego della forza fisica» nei confronti dei detenuti e degli internati è consentito ove risulti «indispensabile per prevenire o impedire atti di violenza, per impedire tentativi di evasione o per vincere la resistenza, anche passiva, all'esecuzione degli ordini impartiti». In secondo luogo, egli potrà essere assoggettato alle sanzioni disciplinari contemplate dall'art. 39 Op, tra le quali vale la pena ricordare la «esclusi[one] dalle attività in comune, […] da attività ricreative e sportive», nonché l'«isolamento durante la permanenza all'aria aperta». In terzo ed ultimo luogo, gli risulterà applicabile, in quanto annoverabile tra i soggetti che «con i loro comportamenti compromettono la sicurezza ovvero turbano l'ordine negli istituti», la misura di sicurezza penitenziaria della «sorveglianza particolare» prevista dall'art. 14-bis Op[42].

5. Non molto difficile era prevedere le critiche che avrebbero – come in effetti hanno – accolto l'introduzione del comma 2 dell'art. 415 Cp, che rende il delitto di «Istigazione a disobbedire alle leggi» più rigorosamente punito ove il fatto risulti «commesso all'interno di un istituto penitenziario ovvero a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute». Agevole, difatti, risultava pronosticare futuri dubbi sulla novella ove si consideri che, anzitutto, è la stessa fattispecie-base sulla quale essa si innesta a risultare ormai da tempo oggetto di perplessità in considerazione del vigente sistema costituzionale.
Gemmata in un contesto politico-istituzionale apertamente diffidente – per non dire ostile – verso la libertà di parola[43], l'incriminazione in rilievo appare infatti del tutto sbilanciata a favore della tutela dell'ordine pubblico, il quale, non a caso, risulta da essa preventivamente salvaguardato non già dalla futura perpetrazione di un qualche grave reato, bensì dalla sola possibile «formazione nel popolo di pericolosi stati d'animo», avendo inteso il legislatore sanzionare l'«incitamento della volontà privata a ribellarsi alla volontà giuridica superiore, manifestata mediante norme giuridiche», ovvero «l'avversione intesa deliberatamente a nuocere o a sopraffare, con mezzi riprovevoli, l'oggetto odiato» (*id est*: una «classe sociale»)[44]. Se così è, non possono di certo stupire poi molto le "peripezie costituzionali" che l'art. 415 c.p. ha vissuto nel tempo. Ed invero, a tale disposizione incriminatrice ha rivolto significative censure anzitutto la Consulta, che ha esplicitamente riprovato lo stato avanzatissimo della soglia di tutela penale che essa letteralmente prevedeva[45], laddove la dottrina le ha ripetutamente indirizzato svariate reprimende, contestandole, a tacer d'altro, sia la tendenziale incompatibilità con l'art. 21 della Carta, sia – e più in generale – tanto la disarmonia rispetto a svariati principî del diritto penale liberaldemocratico, a partire da quelli di materialità-offensività, di determinatezza e di proporzione, quanto l'inconciliabilità rispetto alle rinnovate basi ideologiche sulle quali la Costituzione ha costruito il rapporto tra Libertà ed Autorità[46].

[42] Sul punto, per tutti, v. D. Bianchi, *op. cit*., 911.
[43] E ciò, pur essendo ben noto che la quasi totalità dei «reati di opinione» non nasce in realtà con i totalitarismi novecenteschi ma è figlia del conservatorismo ottocentesco, culturalmente incline al mantenimento dell'ordine sociale costituito tra le vecchie classi sociali egemoni e la nuova borghesia: in tal senso, v. C. Fiore, *I reati di opinione*, Padova 1972, 144 ss.
[44] In questi termini, e nell'ambito della dottrina più tradizionalista, V. Manzini, *op. cit.*, 178, 179-180, 183.
[45] Per un quadro degli interventi della Consulta sulla fattispecie criminosa qui in rilievo, sia sufficiente il rinvio ad A. Barazzetta, sub *art. 415 Cp*, in *Codice penale commentato*[5], II, cit., 2085 ss.
[46] Sulle diverse censure mosse alla categoria dei «reati di opinione», ed anche precipuamente al delitto dell'art. 415 c.p., v. F. Mantovani, *I reati di opinione* (1971), ora in Id., *Umanità e razionalità del diritto penale*, Padova 2008, 166 ss., e spec. 169-170, C. Fiore, *op. cit.*, 155 ss., e spec. 170, G. De Vero, *Istigazione a delinquere e a*

Sul piano esegetico-applicativo, poi, coglie con molta probabilità nel segno il rilievo di chi segnala la discrasia tra il riferimento che il legislatore ha operato alla «comunicazione con scritti diretti a persone detenute» ed il carattere pubblico dell'istigazione, il che porrebbe l'aggravante de qua «in aperto contrasto con la nozione di ordine pubblico materiale, e non formale, il quale solo può formare oggetto di tutela penale»[47]. A ben vedere, sotto questo profilo è forse l'intera nuova aggravante a non raccordarsi pianamente, in termini di doverosa specialità, con la fattispecie-base contemplata dall'art. 415 co. 1 Cp, ed in particolare con la necessità che l'istigazione venga commessa «pubblicamente». Se, difatti, si conviene che tale caratteristica debba essere definita mediante il rinvio al disposto dell'ultimo comma dell'art. 266 Cp[48], che la attribuisce alle sole condotte commesse «col mezzo della stampa, o con altro mezzo di propaganda», «in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza di più persone», ovvero «in una riunione che, per il luogo in cui è tenuta, o per il numero degli intervenuti, o per lo scopo od oggetto di essa, abbia carattere di riunione non privata», non si potrà nascondere il disagio dell'interprete nel dovere poi considerare perpetrata «pubblicamente» l'istigazione commessa «all'interno di un istituto penitenziario». L'alternativa sarebbe quella di ritenere il «fatto» a cui allude il nuovo comma 2 dell'art. 415 Cp significativamente diverso da quello contemplato dall'ipotesi-base del comma 1, il che, tuttavia, metterebbe con molta probabilità in discussione i reali rapporti strutturali tra le due previsioni ora contenute nella suddetta disposizione codicistica.

Poggiando su di un piano così traballante, non può stupire, allora, che l'intervento additivo operato dall'art. 26 co. 1 lett. a del d.l. n. 48/2025 abbia da subito rinfocolato in dottrina anzitutto le censure che quest'ultima da tempo muoveva alla sopravvivenza dello stesso art. 415 Cp nell'odierno contesto ordinamentale. A fronte – lo si è già ricordato – della generica esigenza di «rafforza[re] la tutela dell'ordine pubblico nel contesto degli istituti di pena», avanzata dal legislatore storico, si è rilevato come l'introduzione di tale aggravante speciale ad effetto comune, in quanto inopportuno rafforzamento sanzionatorio di un contestatissimo – e del resto poco applicato – reato di opinione, altro non avrebbe prodotto se non un'intollerabile compressione del diritto costituzionale di critica, del quale certamente anche i detenuti godono[49]. E, del resto, non è mancato chi, facendo leva sulla selezionata platea soggettiva alla quale l'aggravante di nuovo conio segnatamente si rivolge, ha rinvenuto in quest'ultima anche una tipica quanto biasimevole espressione del diritto penale d'autore, che «si carica [di] un

disobbedire alle leggi, in *DigDPen*, VII, Torino 1993, 301, L. Alesiani, *I reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano 2006, 141 ss., 183 ss., e spec. 195 ss., nonché, nella recentissima manualistica, e per tutti, R. Bartoli, *I delitti contro la sicurezza dello stato e contro l'ordine pubblico*, in R. Bartoli, M. Pelissero, S. Seminara, *op. cit*., 876 ss., e spec. 880.

[47] In questi termini, v. M. Passione, *op. cit*., 3.

[48] Così, tra i numerosi, e ribadendo il carattere «essenziale» di tale pubblicità ai fini della definizione dell'offesa al bene giuridico tutelato, cfr. V. Manzini, *op. cit.*, 179 (con rinvio al vol. IV, n. 942, I *b*), E. Contieri, *op. cit.*, 45 e 16, L. Violante, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *ED*, XXII, Milano 1972, 1001, G. De Vero, *op. cit*., 296, F. Schiaffo, *Istigazione ed apologia nei delitti contro l'ordine pubblico*, in *Delitti contro l'ordine pubblico*, a cura di S. Moccia, Napoli 2007, 198 s., A. Sereni, *Istigazione a disobbedire alle leggi*, in *Diritto penale. Omnia trattati giuridici*, cit., 3147, e nella manualistica, per tutti, G. Fiandaca, E. Musco, *Manuale diritto penale, Parte speciale*[6], I, Bologna 2021, 498.

[49] Cfr. in questo senso, già in sede di lavori preparatori del d.l. n. 48/2025, v. tra gli altri L. Pompili, *op. cit*., 2 ss., E. Grosso, *È compito della Repubblica. Note sul DDL Sicurezza (Audizione presso le Commissioni Affari costituzionale e Giustizia del Senato della Repubblica, sul disegno di legge A.S. n. 1236 […])*, in *giustiziainsieme.it* (4.11.2024), 2 ss., G.L. Gatta, *Il pacchetto sicurezza e gli insegnamenti, dimenticati, di Cesare Beccaria*, in *Sist. pen*., 2024 (11), 64-65, ed a decreto-legge emanato, L. Della Ragione, *op. cit*., 14, M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso*, in *DPP* 2025, 881, A. Martufi, *Il carcere ai tempi della "controriforma": D.L. sicurezza ed esecuzione penale*, *ivi*, 890, R. Bartoli, *I delitti*, cit., 886.

giudizio di disvalore al solo fine di colpire più pesantemente quella determinata categoria di soggetti»[50].

E tali censure, che non possono che condividersi, sembrano ulteriormente rafforzarsi in prospettiva funzionale. Sebbene, infatti, l'aggravante in questione ed il delitto dell'art. 415-bis Cp siano stai introdotti dal medesimo art. 26, e sebbene tali nova producano lo stesso effetto ostativo *in executivis*, come prevede l'art. 34 del d.l. n. 48/2025 (v. infra, sub art. 34), la nuova circostanza non sembra fungere – per lo meno in modo diretto – da presidio ante murario al neonato delitto di «Rivolta all'interno di un istituto penitenziario», come ci si sarebbe potuto attendere, considerato che essa non irrigidisce il trattamento penale di una istigazione «a delinquere» nel senso proprio dell'art. 414 Cp., ove il reato-fine avrebbe potuto essere costituito appunto da quello di nuovo conio, bensì quella di una istigazione più genericamente diretta a «disobbedire alle leggi».

[50] Così, R. Bartoli, *Di sicuro c'è solo questo*, cit., 855, ma v. anche, in precedenza, e sostanzialmente, F. Forzati, *op. cit*., 21.

OCCUPAZIONE ABUSIVA DI IMMOBILE ADIBITO A DOMICILIO E REINTEGRAZIONE NEL POSSESSO ("SGOMBERO"): TRA LUCI E OMBRE

di Oscar Calavita (Ricercatore in Diritto Processuale Penale, Università degli Studi di Torino)

Il contributo analizza la recente introduzione del delitto di occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui (art. 634-bis c.p.) e della correlata misura cautelare della reintegrazione nel possesso (art. 321-bis c.p.p.), alla luce dei principi costituzionali e sovranazionali rilevanti. L'indagine si concentra sul bilanciamento tra diritto di proprietà, inviolabilità del domicilio e diritto all'abitazione, evidenziando come la nuova fattispecie incriminatrice risulti, nel complesso, compatibile con tali parametri. Più problematico appare, invece, il versante processuale: la disciplina della reintegrazione nel possesso presenta rilevanti criticità sistematiche e applicative, con particolare riguardo al ruolo della polizia giudiziaria, all'assenza di adeguati rimedi impugnatori e alla compressione delle garanzie difensive. Il lavoro propone una lettura costituzionalmente e unionalmente orientata della normativa, segnalando al contempo la necessità di un intervento correttivo del legislatore o della Corte costituzionale.

This paper examines the newly introduced offence of unlawful occupation of a dwelling (Article 634-bis of the Italian Criminal Code) and the related precautionary measure of restoration of possession (Article 321-bis of the Italian Code of Criminal Procedure), in light of constitutional and supranational principles. The analysis focuses on the balance between the right to property, the inviolability of the home, and the right to housing, showing that the new criminal offence is, overall, compatible with these standards. By contrast, the procedural framework raises significant concerns: the regulation of restoration of possession is affected by structural and practical shortcomings, particularly regarding the powers of the police, the lack of effective remedies, and the compression of defence rights. The article advances a constitutionally and EU-consistent interpretation of the new provisions, while highlighting the need for legislative or constitutional review.

Occupazione arbitraria di immobile – reintegrazione nel possesso – sgombero
Unlawful occupation of a dwelling – restoration of possession – eviction

Art. 10 d.l. 11.4.2025 n. 48 conv. l. 9.6.2025 n. 80
Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale, per il contrasto dell'occupazione arbitraria di immobili destinati a domicilio altrui

3. Dopo l'articolo 321 del codice di procedura penale è inserito il seguente:
«Art. 321-bis (Reintegrazione nel possesso dell'immobile).
1. Su richiesta del pubblico ministero il giudice competente dispone con decreto motivato la reintegrazione nel possesso dell'immobile o delle sue pertinenze oggetto di occupazione arbitraria ai sensi dell'articolo 634-bis del codice penale. Prima dell'esercizio dell'azione penale, provvede il giudice per le indagini preliminari.
2. Nei casi in cui l'immobile occupato sia l'unica abitazione effettiva del denunciante, gli ufficiali di polizia giudiziaria che ricevono denuncia del reato di cui all'articolo 634-bis del codice penale, espletati i primi accertamenti volti a verificare la sussistenza dell'arbitrarietà dell'occupazione, si recano senza ritardo presso l'immobile del quale il denunziante dichiara di essere stato spossessato, al fine di svolgere le attività di cui all'articolo 55.

3. Gli ufficiali di polizia giudiziaria, ove sussistano fondati motivi per ritenere l'arbitrarietà dell'occupazione, ordinano all'occupante l'immediato rilascio dell'immobile e contestualmente reintegrano il denunciante nel possesso dell'immobile medesimo.
4. In caso di diniego dell'accesso, di resistenza, di rifiuto di eseguire l'ordine di rilascio o di assenza dell'occupante, gli ufficiali di polizia giudiziaria, ove sussistano fondati motivi per ritenere l'arbitrarietà dell'occupazione, dispongono coattivamente il rilascio dell'immobile e reintegrano il denunciante nel possesso del medesimo, previa autorizzazione del pubblico ministero, scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto, o per via telematica.
5. Gli ufficiali di polizia giudiziaria redigono verbale delle attività svolte, enunciando i motivi del provvedimento di rilascio dell'immobile. Copia del verbale è consegnata alla persona destinataria dell'ordine di rilascio.
6. Nelle quarantotto ore successive gli ufficiali di polizia giudiziaria trasmettono il verbale al pubblico ministero competente per il luogo in cui la reintegrazione del possesso è avvenuta; questi, se non dispone la restituzione dell'immobile al destinatario dell'ordine di rilascio, richiede al giudice la convalida e l'emissione di un decreto di reintegrazione nel possesso entro quarantotto ore dalla ricezione del verbale.
7. La reintegrazione nel possesso perde efficacia se non sono osservati i termini previsti dal comma 6 ovvero se il giudice non emette l'ordinanza di convalida entro dieci giorni dalla ricezione della richiesta di cui al medesimo comma 6. Copia dell'ordinanza e del decreto di cui al comma 6 è immediatamente notificata all'occupante».

Sommario: 1. Introduzione – 2. I principi costituzionali da bilanciare – 2.1. Il diritto di proprietà – 2.2. L'inviolabilità del domicilio – 2.3. Il diritto all'abitazione – 3. Occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui – 3.1. Le condotte di occupazione, detenzione e impedimento del rientro – 3.2. Il nodo delle vicende riguardanti il contratto di locazione – 3.3. La cessione ad altri dell'immobile occupato – 3.4. L'intermediazione nell'occupazione – 4. La reintegrazione nel possesso: *periculum* e *fumus* – 4.1. Il procedimento "ordinario" – 4.2. La procedura d'urgenza – 4.3. I "rimedi" – 4.4. Le vicende estintive – 5. Conclusioni

1. Il c.d. "decreto sicurezza" (d.l. 11.4.2025 n. 48, convertito senza modificazioni dalla l. 9.6.2025 n. 80) si inserisce in un preciso solco tracciato dalla maggioranza parlamentare e si pone «in linea con la politica generale del Governo in ambito securitario»[1]. Un incidere che ha suscitato una levata di scudi da parte della dottrina pressoché unanime[2], che non ha mancato di

[1] Camera dei Deputati, XIX Legislatura, *Analisi Tecnico Normativa del disegno di legge recante «Conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario»*, 11.4.2025, 12.
Vi è da evidenziare che il decreto in esame è stato oggetto di ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato ad opera dell'on. Riccardo Magi; ricorso che è stato dichiarato inammissibile da parte della Corte costituzionale con ordinanza n. 178 del 1.12.2025. Per un commento a quest'ultima sentenza v. L. Gibellini-B. Gambarin, *"Decreto sicurezza" e menomazione delle prerogative parlamentari: "l'eterno ritorno" delle declaratorie di inammissibilità in sede di conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato sollevato dal singolo membro delle Camere*, in *CP* 2026, 3, 764.
[2] AIPDP, *Sul "pacchetto sicurezza" varato con decreto legge*, 9.4.2025; A. Abukar Hayo, *L'ultimo pacchetto sicurezza non molto dissimile dai precedenti*, in *Pen. Dir. Proc*, 27.10.2025; A. Algostino, *Note per l'audizione sul disegno di legge n. 1236, "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario", innanzi agli Uffici di Presidenza delle Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia, Senato della Repubblica*, Audizione al Senato della Repubblica, 8.10.2024; V- Amendolagine, *Il nuovo reato di occupazione arbitraria di immobile altrui*, in *Immobili e proprietà*

stigmatizzare la deriva degli ultimi anni e di evidenziare il rischio di «rinascita di un diritto penale illiberale»[3]. Tuttavia, come è stato sottolineato, «non è detto che una "cattiva" politica-criminale sia sovrapponibile alla illegittimità costituzionale delle norme penali che esprime»[4] ed è pertanto fondamentale cercare di fornire, ove materialmente percorribile, una lettura

2025, 6, 386; ANM, *Nel decreto Sicurezza possibili profili di illegittimità costituzionale*, 14.4.2025; R. Bartoli, *Di sicuro c'è solo questo: si è tornati a incriminare l'esercizio di libertà. Breve introduzione al c.d. Decreto Sicurezza*, in *DPP* 2025, 7, 847; D. Bertaccini, *La politica poliziale nel decreto sicurezza: un pericoloso regresso dalla società aperta*, in *LP*, 23.1.2026; R. Cornelli, *La difesa dell'autorità come urgenza politico-criminale*, in *DPP*, 2025 7, 899; E. Dolcini, *Un Paese meno sicuro per effetto del decreto-legge sicurezza*, in *Sist. pen.*, 15.5.2025; E. Dolcini, *Sicurezza per decreto-legge?*, in *Sist. pen.*, 30.6.2025; F. Fasani, *Gli ulteriori arretramenti della tutela penale in materia di terrorismo e di incolumità pubblica*, in *LP*, 20.1.2026; G. Fiandaca, *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in *Sist. pen.*, 22.3.2025; S. Fiore, *La tutela penale del patrimonio nel decreto sicurezza. Lo stanco rito dell'*overciminalization, in *DPP* 2025, 7, 866; S. Fiore, *Verso una nuova incriminazione delle occupazioni abusive di immobili. Osservazioni a margine di recenti proposti di legge*, in *Sist. pen.*, 8.6.2023; G.M. Flick, *Costituzione o "sicurezza pubblica"?*, in *CP* 2023, 3, p.734; F. Forzati, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in *AP* 2023, 3; M. Galli, *Art. 15 (modifiche al codice penale in materia di esecuzione della pena e di misure cautelari nei confronti di donne incinte e madri di prole di età inferiore a un anno o a tre anni)*, in *LP*, 10.1.2026; G.L. Gatta, *Il Pacchetto Sicurezza e gli insegnamenti, dimenticati, di Cesare Beccaria*, in *Sist. pen.*, 2024, 11, 63; F. Gianfilippi, *Il Ddl Sicurezza e il carcere*, in *Giustizia insieme*, 29.10.2024; E. Grosso, *Audizione presso le Commissioni Affari costituzionale e Giustizia del Senato della Repubblica, sul disegno di legge A.S. n. 1236 recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario"*, Audizione al Senato della Repubblica, 22.10.2024; S. Lonati-C. Melzi d'Eril, *Il decreto-legge sicurezza (n. 48/2025): autoritratto involontario di una politica di oppressione*, in *Sist. pen.*, 11.6.2025; A. Maccanti, *La nuova disciplina penale dei derivati della canapa. Prima riflessioni sull'art. 18 D.L. 11.4.2025 N. 48*, in *LP*, 30.3.2026; V. Manes, *L'ossessione securitaria*, in *Diritto di difesa*, 24.3.2025; G. Martiello, *Modifica all'art. 415 e introduzione dell'art. 415*-bis *del codice penale, per il rafforzamento della sicurezza degli istituti penitenziari*, in *LP*, 13.4.2026; A. Martufi, *Il carcere ai tempi della "controriforma": D.L. sicurezza ed esecuzione penale*, in *DPP* 2025, 7, 889; A.F. Masiero, *Il potenziamento delle "garanzie funzionali" riservate ai servizi di informazion per la sicurezza. Considerazioni (critiche) attorno all'istituzionalizzazione di una (sempre più ampia) "licenza a delinquere"*, in *LP*, 29.1.2026; A. Milone, *La repressione del dissenso nel DL sicurezza e il diritto penale del nemico: alcune considerazioni*, in *Pen. Dir. Proc.*, 28.10.2025; A. Morrone, *Rovesciare la Costituzione performativa. "Sicurezza" in cambio della libertà*, in *Giustizia Insieme*, 4.6.2025; F. Palazzo, *Decreto sicurezza e questione carcerario*, in *Sist. pen.*, 1.5.2025; M. Papa, *Com'è che il diritto penale è diventato una favola?*, in *Sist. pen.*, 26.5.2025; B. Paterra, *La "ripenalizzazione" del blocco stradale nel "decreto sicurezza": la criminalizzazione del dissenso alla prova delle garanzie costituzionali*¸ in *LP*¸13.1.2026; M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in *Sist. pen.*, 27.5.2024; D. Perrone, *Il pugno o la carezza? Il contrasto all'accattonaggio sotto la (falsa) bandiera della dignità umana*, in *LP*, 17.1.2026; F. Petrelli, *Sicurezza, democrazia e Costituzione*, in *Sist. pen.*, 8.11.2024; L. Pompili, *Il dissenso nelle nuove fattispecie di reato e nelle aggravanti introdotto con il ddl sicurezza*, in *Pen. dir. proc.*, 15.10.2024; L. Ricci, *Confini esterni, confini interni, potere punitivo. La* crimmigration *nel decreto sicurezza 2025*, in *LP*, 3.4.2026; L. Risicato, *Dalla costituzione al Leviatano. La torsione illiberale del decreto "sicurezza" n. 48/2025*, in *RIDPP* 2025, 2, 474; L.S. Rossi, *A proposito del nuovo disegno di legge in materia di sicurezza*, in *Sist. pen.*, 2024, 3, 47; C. Ruga Riva, *La città e gli indesiderati: nuove forme di ostracismo giuridico*, in *DPP* 2025, 7, 873; M. Ruotolo, *Su alcune criticità costituzionali del cd. Pacchetto sicurezza (A.S. 12361)*, in *Sist. pen.*, 9.10.2024; A.F. Vigneri, *Dal D.d.l. al D.l. "Sicurezza". Prove tecniche di autoritarismo punitivo*, in *Giustizia insieme*, 11.4.2025; S. Vinciullo, *Il reato di occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui:* multiplicare praeter necessitatem (atque urgentiam)*?*, in *LP*, 15.1.2026; R. Zaccaria, *Disegno di Legge n. 2355 di conversione del Decreto Legge 11 aprile 2025, n. 48 recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica e altro*, Audizione alla Camera dei Deputati del 23.4.2025; S. Zirulia, *Il decreto sicurezza 2025 interrompe il processo di adeguamento del codice Rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, in *RIDPP* 2025, 1.

[3] E. Tidu, *La rinascita di un diritto penale illiberale? Il decreto-legge n. 92/2024 e il decreto-legge n. 48/2025: criticità e spunto per arginare la deriva securitaria*, in *AP* 2025, 2, 1. In termini, E. Dolcini, *Un Paese meno sicuro*, cit.; M. Pelissero, *La criminalizzazione del dissenso*, in *DPP* 2025, 7, 881.

[4] M. Gambardella, *Occupazione arbitraria di immobile e figure di "resistenza passiva" nel recente decreto-legge in materia di sicurezza pubblica*, in *Pen. Dir. Proc.*, 8.7.2025, 3.

costituzionalmente orientata della novella legislativa, al fine di evitare di focalizzarsi esclusivamente sulla *pars destruens*.
Tra le disposizioni discusse – che certamente non necessitavano il ricorso al decreto-legge[5] – vi sono la previsione della punibilità dell'occupazione abusiva di un immobile adibito a domicilio (art. 634-*bis* Cp) e la correlata introduzione dello sgombero (*rectius*: reintegrazione nel possesso dell'immobile) a titolo di misura cautelare (art. 321-*bis* Cpp). La *ratio* delle disposizioni si ricava chiaramente dalla *Relazione illustrativa*, nella quale è stabilito che «si potenziano gli strumenti di contrasto delle occupazioni abusive degli immobili previsti dal quadro normativo previgente»[6], così creando, per taluni, il «manifesto di uno "Stato di polizia", come tale incompatibile con i principi costituzionali»[7].
L'intervento riformatore si inserisce in un contesto sociale e politico segnato da una crescente emergenza abitativa, dalla proliferazione delle occupazioni abusive nei grandi centri urbani e dalla contestuale inadeguatezza degli strumenti (civilistici) preesistenti a garantire una tutela celere ed effettiva dei proprietari e degli aventi diritto legittimi[8].
In estrema sintesi, l'art. 634-*bis* Cp[9], con una cornice edittale piuttosto severa (che consente, tra l'altro, il ricorso alle intercettazioni e alla custodia cautelare in carcere), incrimina le

[5] Infatti, era stato approvato, il 18.9.2024, alla Camera dei Deputati, il disegno di legge presentato dai ministri Piantedosi, Nordio e Crosetto, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del per sonale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario», il cui art. 8 è sostanzialmente stato riprodotto nell'art. 10 d.l. 48/2025. Il ddl così approvato era stato trasmesso al Senato (atto Senato n. 1236) e la relazione era avvenuta il 27.3.2025. Sarebbe stato sufficiente, dunque, accelerare i lavori parlamentari sul punto. Sulla tematica v. G. Giostra, *È "necessario e urgente" rifondare il DL sicurezza*, in *Sist. pen.*, 29.4.2025; AIPDP, *Sul "pacchetto sicurezza"*, cit., 1; A. Abukar Hayo, *L'ultimo pacchetto sicurezza*, cit., 3; R. Bartoli, *Di sicuro c'è solo questo*, cit., 851; P. Bonetti, *Osservazioni costituzionali sul ddl (A.C. 2355) di conversione in legge del Decreto-Legge 11 aprile 2025, n. 48 recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, Audizione alla Camera dei Deputati del 22.4.2025, 2; E. Dolcini, *Sicurezza per decreto-legge*, cit.; C. Domenicali, *Il decreto-legge "sicurezza": questioni di metodo*, in *AIC-Osservatorio Costituzionale*, 6.5.2025; S. Fiore, *La tutela penale del patrimonio*, cit., 867; G.L. Gatta, *In vigore da sabato il decreto-legge sicurezza (d.l. 11 aprile 2025, n. 48): il testo in G.U.*, in *Sist. pen.*, 14.4.2025; M. Passione, *Note concernenti il Decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48 (Disegno di legge C. 2355) recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, non ché di vittima dell'usura e di ordinamento penitenziario*, Audizione alla Camera di Deputati del 22.4.2025, 1; I. Pellizzone, *Da disegno di legge pendente in Parlamento a decreto legge: la vicenda del "pacchetto sicurezza" come iperbole dell'abuso dell'art. 77 Cost.*, in *RIDPP* 2025, 1, 233.
Peraltro, il ddl AS 1236 era già stato oggetto di critiche da parte dell'AIPDP che, con comunicato del 3.10.2024, aveva segnalato «un ulteriore spostamento del baricentro delle riforme legislative verso un diritto penale d'autore». Al contrario, Camera dei Deputati, XIX Legislatura, *Analisi Tecnico Normativa*, cit., 2, incredibilmente ha sostenuto che «il ricorso alla decretazione d'urgenza si giustifica alla luce della necessità di approntare una immediata e più incisiva risposta sanzionatoria e dissuasiva nei confronti di gravi fenomeni delinquenziali che rappresentano una minaccia per l'ordine e per la sicurezza pubblica».
[6] Camera dei Deputati, XIX Legislatura, *Relazione illustrativa al disegno di legge recante «Conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*», 11.4.2025, 52.
[7] M. Grotto, *L' "occupazione arbitraria" di immobili*, in G. Losappio-A- Manna (a cura di), *Profili di (in)costituzionalità del decreto-sicurezza*, in *Sist. pen.*, 11.7.2025, 30.
[8] Secondo Camera dei Deputati, XIX Legislatura, *Relazione di minoranza sul disegno di legge recante «Conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, 4, l'art. 10 è «una disposizione, sulla carta, astrattamente neutra, ma che nel concreto è uno strumento di pressione politica contro le classi più povere che vedono violato il loro diritto alla casa e non tocca sul piano applicativo casi di macroscopica illegalità come per esempio quello di *Casapound* a Roma».
[9] Per S. Lonati-C. Melzi d'Eril, *Il decreto-legge sicurezza*, cit., «l'occupazione arbitraria di immobili era già una condotta illecita, ai sensi dell'art. 633 c.p., punita con la reclusione fino a tre anni. Quali sono le diverse esigenze di tutela che giustificano l'introduzione del nuovo reato rimangono tutt'ora da comprendere».

condotte di occupazione o detenzione senza titolo di un immobile destinato a domicilio altrui avvenuta con violenza o minaccia, ovvero con artifizi o raggiri; di cessione dell'immobile occupato; di impedimento del rientro del proprietario o del legittimo detentore nell'immobile; di "agevolazione" dell'occupazione. La misura del reintegro nel possesso, sul versante processuale, va a completare la tutela penalistica del domicilio, stabilendo che il giudice dispone con decreto motivato la restituzione dell'immobile alla persona spossessata. Tuttavia, la misura cautelare diviene ancora più incisiva qualora si tratti dell'unica abitazione effettiva del denunciante, dal momento che lo "sgombero" può essere disposto dalla polizia giudiziaria – previa autorizzazione del pubblico ministero – ed essere sottoposto alla convalida del giudice. Sulla base di questi presupposti, in assenza di prese di posizione della giurisprudenza sul punto, è opportuno prendere le mosse dai principi costituzionali che vengono in gioco, per poi fornire una lettura congiunta della disciplina penale sostanziale e processuale, al fine di poter trarre le conclusioni circa la (in)compatibilità costituzionale della disciplina dello sgombero.

2. Prima ancora di addentrarsi tra i principi costituzionali rilevanti, vi sono da considerare i presunti numeri delle occupazioni abusive di immobili adibiti a domicilio in Italia: 50.000 secondo l'«Atto di Sindacato Ispettivo n. 3-00452 del Senato della Repubblica»[10] riguardante l'edilizia pubblica e privata, poco meno di 32.000 per i dati di Federcasa-Nomisma in relazione alla sola edilizia residenziale pubblica (ERP)[11]. A fronte del circa 740.000 alloggi ERP[12] il tasso di occupazione abusiva degli immobili pubblici destinati ad abitazione si assesta a poco più del 4%, vale a dire una percentuale non irrisoria che giustifica l'introduzione della nuova fattispecie incriminatrice e della nuova misura cautelare.
Tuttavia, l'occupazione abusiva di immobili e lo sgombero si collocano al crocevia di una pluralità di valori giuridici fondamentali, tra loro potenzialmente confliggenti, che devono essere posti in bilanciamento, al fine di determinare se la compressione di uno è giustificata dalla tutela di un altro. Su questo punto, l'analisi tecnico normativa del d.d.l. di conversione del decreto legge si limita ad evidenziare, del tutto laconicamente e assertivamente, che «le disposizioni sono coerenti con le previsioni e i principi costituzionali»[13], senza tuttavia specificare quali previsioni e principi vengono in gioco. Supplendo a tale lacuna sul piano esegetico, non vi è dubbio che i principali diritti si rinvengono nell'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.), nel diritto di proprietà (art. 42 Cost.), nonché nel diritto all'abitazione[14]. Al formante interno, poi, deve necessariamente aggiungersi quello dell'Unione europea e quello

[10] Consultabile al link https://www.senato.it/show-doc?id=1376385&idoggetto=0&leg=19&tipodoc=Sindisp&utm (ultimo accesso 17.3.2026).
[11] Il dato numerico corrisponde al 4,7% del 65% dello stock ERP preso in considerazione dal report di Federcasa-Nomisma, curato da Luca Dondi e presentato al convegno Federcasa del 12.12.2024, consultabile al seguente link: https://www.federcasa.it/dms/file/open/?edbcc553-5f8d-4698-9ea2-1b2f4d5e70d4=&utm (ultimo accesso 17.3.2026)
[12] Report di Federcasa-Nomisma, curato da Luca Dondi e presentato al convegno Federcasa del 12.12.2024, consultabile al seguente link: https://www.federcasa.it/dms/file/open/?edbcc553-5f8d-4698-9ea2-1b2f4d5e70d4=&utm (ultimo accesso 17.3.2026).
[13] Camera dei Deputati, XIX Legislatura, *Analisi Tecnico Normativa*, cit., 19.
[14] Secondo G. Marchetti, *Il bilanciamento tra il diritto all'abitazione del locatario e il diritto di proprietà del locatore in tempo di emergenza sanitaria. Alcune riflessioni sulla sentenza n. 128/2021 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC* 2022, 1, 197, il diritto all'abitazione è ricavabile da diverse disposizioni costituzionali: dalla libertà di domicilio (art. 14 Cost.), dai diritti della famiglia (artt. 29-31 Cost.), dal diritto alla salute (art. 32 Cost.) e dal diritto al lavoro (artt. 4 e 35). La dottrina costituzionalistica maggioritaria nega che dal solo art. 47 Cost possa discendere l'esistenza di un diritto all'abitazione: D. Sorace, *A proposito di "proprietà dell'abitazione", "diritto all'abitazione" e "proprietà (civilistica) della casa"*, in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano 1977, 1035; U. Breccia, *Il diritto all'abitazione*, Milano 1980, 30; M. Ciocia, *Il diritto all'abitazione tra interessi privati e valori costituzionali*, Napoli 2009, 43.

del Consiglio d'Europa, dal momento che le disposizioni del primo e la giurisprudenza del secondo possiedono ormai primario rilievo nell'ordinamento nazionale. Pertanto, i riferimenti vanno al diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7 Carta di Nizza e art. 8 Cedu), al diritto di proprietà (art. 17 Carta di Nizza e art. 1 prot. 1 Cedu) e al diritto all'assistenza abitativa (art. 34 Carta di Nizza).
Il dato che emerge da una prima lettura congiunta delle disposizioni richiamate denota una chiara volontà della Costituzione italiana, della Carta di Nizza e della Cedu di tutelare la proprietà e l'abitazione, anche nelle forme prodromiche del risparmio finalizzato all'acquisto di quest'ultima, con previsione di possibili limitazioni nell'interesse generale (non del singolo) solo se previste dalla legge ed eventualmente disposte dall'autorità giudiziaria (non dal singolo). Il tutto, tenendo però in considerazione la finalità sociale che la proprietà e l'abitazione devono avere.

2.1. Sul versante interno, la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del delitto di invasione di terreni o edifici (art. 633 c.p.) con gli artt. 2, 3, 42 e 47 Cost., ha già disatteso profili di illegittimità, facendo prevalere la tutela del diritto di proprietà sulla sua funzione sociale. Più nello specifico, la Corte, anche in relazione all'invasione a scopo abitativo, ha rimarcato come la disciplina sia «non irragionevole e non lesiva dell'art. 42 Cost., non discendendo dallo stato di abbandono un automatico effetto estintivo dello *ius excludendi alios* riservato al titolare della situazione di attribuzione del bene, né, pertanto, della pretesa punitiva rivolta alla tutela di quel diritto»[15]. In altre parole, il mero disinteresse nei confronti di un immobile, anche letto alla luce dell'art. 47 Cost. e del dovere di solidarietà imposto dall'art. 2 Cost., non consente ad altri di appropriarsene illegalmente, dal momento che «il diritto di abitazione non comporta come mezzo indispensabile l'occupazione dell'edificio altrui»[16].
Gli stessi condivisibili principi, *mutatis mutandis* e per certi versi *a fortiori*, trovano cittadinanza anche con riferimento al nuovo delitto di occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui, dal momento che l'oggetto materiale del reato è persino più circoscritto rispetto alla generica invasione di terreni o edifici.
Anche la Corte di Giustizia e la Corte europea, pur non essendosi pronunciate in modo diretto sulla specifica fattispecie, avvalorano la tesi della legittimità dei nuovi meccanismi sanzionatori. Ancora recentemente, infatti, i Giudici del Lussemburgo non hanno mancato di riaffermare i principi espressi da una giurisprudenza ormai consolidata, precisando che, pur non essendo il diritto di proprietà un diritto assoluto, le sue limitazioni possono avvenire solo in presenza di un interesse generale e nel rispetto, oltre che dell'essenza del diritto stesso, dei principi di legalità e proporzionalità[17]. Del pari si esprimono anche i Giudici di Strasburgo, i quali hanno ricordato che il diritto di proprietà può essere compresso dall'autorità pubblica a condizione che sia rispettato il principio di legalità e che persegua un «*legitimate aim in the general interest*» e sia «*reasonably proportionate to the aim sought to be realised*»[18].
In altre parole, nell'ottica delle Corti sovranazionali, le limitazioni al diritto di proprietà devono avvenire ad opera dello Stato e nell'interesse della collettività, non già per illegittima iniziativa del singolo e a vantaggio dello stesso. Ne consegue che il nuovo delitto non è in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e con la Cedu.

[15] Corte cost. 27.2.2024 n. 28, §7.2., con nota di M. Caldironi, *Non è illegittimo il reato di invasione di terreni o edifici anche nel caso di edifici in stato di abbandono da più anni*, in *RIDPP* 2024, 2, 823.
[16] Corte cost. 27.2.2024 n. 28, §7.3.
[17] Da ultimo, C.G.UE, 30.4.2025, *Genzyński*, causa C-278/24, §97 ss. Prese di posizione analoghe sono avvenute anche dalla Grande Sezione. *Ex multis*, C.G.UE, Grande Sezione, 17.7.2025, *INTERZERO e a.*, causa C-254/23, §108; C.G.UE, Grande Sezione, 16.12.2020, *Consiglio/ K. Chrysostomides & Co. e a.*, C-597/18 P, §155.
[18] C. eur GC, 9.7.2025, *Ucraina e Paesi Bassi c. Russia*, ric n. 8019/16, 43800/14, 28525/20 e 11055/22, §1438.

2.2. I casi in cui lo spossessamento dell'immobile destinato ad abitazione è agito nei confronti di chi non ne è il proprietario non sono residuali; al contrario, anche alla luce dei dati forniti da Federcasa, è più frequente che ad essere privato della disponibilità della propria casa sia il legittimo detentore. Infatti, se statisticamente le occupazioni avvengono negli edifici di edilizia residenziale pubblica, ne consegue che il legittimo detentore può essere l'assegnatario della "casa popolare". Del pari, il legittimo detentore potrebbe essere il conduttore o il subconduttore di un contratto di locazione, il comodatario, l'assegnatario della casa familiare, il coniuge con diritto di abitazione o l'usufruttuario. In tutte queste situazioni, è evidente che non è il diritto di proprietà a venire leso, bensì l'inviolabilità del domicilio (art. 14 Cost.) o, nel lessico della Carta di Nizza (art. 7) e della Convenzione europea (art. 8), il diritto al rispetto della vita privata e familiare. Il "diritto al domicilio", però, potrebbe anche essere letto sotto un altro angolo visuale, ovverosia quello dell'occupante (presunto) abusivo che deve essere "sgomberato", il quale potrebbe avere interesse a far valere la sussistenza di un "domicilio di fatto"[19].
La Corte costituzionale ha già avuto modo di chiarire in più occasioni che l'inviolabilità del domicilio, inserendosi nel trittico dei diritti di libertà, rappresenta «una integrazione e una precisazione del fondamentale principio di inviolabilità della persona»[20], anche in considerazione del fatto che le garanzie previste dall'art. 13 Cost. per la limitazione della libertà personale sono espressamente richiamate dall'art. 14 Cost. Il domicilio, in altre parole, assume rilievo «come proiezione spaziale della persona, nella prospettiva di preservare da interferenze esterne comportamenti tenuti in un determinato ambiente»[21].
Da ciò consegue che eventuali limitazioni dell'inviolabilità del domicilio possono avvenire solo in presenza dei casi e dei modi previsti dalla legge e solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria. La punibilità dell'occupazione arbitraria del domicilio, allora, in quanto condotta che lede un diritto costituzionalmente garantito, non si pone in contrasto con l'art. 14 Cost., nel quale, al contrario, trova una giustificazione. Sotto questo punto di vista, pertanto, la scelta del legislatore può non essere condivisa da un punto di vista di opportunità politica, ma non si rinvengono profili di illegittimità[22].
La misura cautelare è anch'essa conforme a costituzione, quantomeno su un piano generale e formale, dal momento che la riserva di legge è rispettata e vi è l'atto motivato dell'autorità giudiziaria, se non altro postumo. L'autorizzazione di un giudice, sia essa preventiva o successiva, eleva le garanzie a tutela del cittadino che subisce lo sgombero rispetto a quanto richiesto dalla Corte costituzionale, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 103 d.P.R. 309/1990 per contrasto con l'art. 14 Cost., nella parte in cui non prevedeva un atto motivato del pubblico ministero a convalida della perquisizione autorizzata oralmente[23]. Per la Corte

[19] Su questo punto, la Corte europea ha già avuto modo di precisare che il diritto al rispetto della vita privata e familiare e, in particolare, del domicilio, trova applicazione a prescindere dalla legalità dell'occupazione di un immobile: «*in these circumstances, the applicants' houses in Batalova Vodenitsa are their "homes" within the meaning of Article 8. This classification is a matter of fact independent of the question of the lawfulness of the occupation under domestic law (see McCann v. the United Kingdom, no. 19009/04, § 46, 13 May 2008). It follows that the applicants' complaints concern their right under Article 8 to respect for their homes*» (C. eur., 24.4.2012, *Yordanova e altri c. Bulgaria*, ric. n. 25446/06, §103. In termini, C. eur., 22.10.2009, *Paulić c. Croazia, ric. n.* 3572/06).
[20] Corte cost. 26.5.2017 n. 122.
[21] Corte cost. 24.4.2002 n. 135, §2.1.
[22] Di diverso avviso S. Fiore, *La tutela penale del patrimonio*, cit., 867, secondo cui «il delitto previsto all'art. 634-bis c.p. offre un compendio quasi paradigmatico dei segni distintivi di una legislazione penale che si pone programmaticamente in contrasto con i principi di proporzionalità e sussidiarietà». In termini, M. Passione, *Note concernenti*, cit., 9.
[23] Corte cost. 26.11.2020 n. 252, § 4.3., la quale ha precisato che «la motivazione dell'atto è evidentemente

costituzionale, quindi, sarebbe bastevole un provvedimento del pubblico ministero per autorizzare la reintegrazione nel possesso di un immobile. Il legislatore, tuttavia, opportunamente e in linea con le previsioni delle giurisprudenze europee, ha richiesto l'atto motivato del giudice che procede o del G.i.p. Infatti, una lettura evolutiva degli artt. 13, 14 e 15 Cost. deve portare a intendere la locuzione «autorità giudiziaria» alla stregua di "autorità giurisdizionale"[24], vista l'ingerenza nella sfera più intima del cittadino.
Sul versante eurounitario, preso atto del fatto che l'inviolabilità del domicilio «costituisce un principio generale del diritto dell'Unione»[25] garantito dall'art. 7 Carta di Nizza[26], la Corte di Giustizia, richiamando anche la giurisprudenza della Corte europea, ha già avuto modo di precisare che le relative limitazioni[27] devono essere previamente autorizzate da un giudice o, in ogni caso, essere convalidate *ex post* da un organo giurisdizionale, con valutazioni da compiere in fatto e in diritto, sulla necessità, sulla proporzionalità[28] e sulla legittimità della misura e del suo svolgimento[29]. Il formante unionale, dunque, richiede l'autorizzazione o la convalida di un giudice per violare il domicilio (così come la segretezza delle comunicazioni[30]) e, avendo la Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati (art. 6 TUE) impone di interpretare la nozione costituzionale di «atto motivato dell'autorità giudiziaria» alla stregua di "atto motivato dell'autorità giurisdizionale". In questo quadro, la nuova misura può dirsi proporzionata – e pertanto compatibile con l'art. 7 Carta di Nizza – perché il sacrificio imposto all'occupante non eccede quanto necessario al perseguimento dello scopo legittimo consistente nella ricostituzione della legalità violata: l'interferenza è circoscritta al ripristino della disponibilità dell'immobile in favore del soggetto spossessato; è ancorata a un presupposto tipizzato dalla legge penale; è sottoposta al controllo di un giudice. L'unico nodo problematico ruota attorno alla sindacabilità circa i presupposti e le modalità esecutive della misura, che,

---

funzionale alla tutela della persona che subisce la perquisizione, la quale deve essere posta in grado di conoscere - così da poterle, all'occorrenza, anche contestare - le ragioni per quali è stata disposta una limitazione dei suoi diritti fondamentali alla libertà personale e domiciliare.
Un'autorizzazione telefonica - che, di per sé, non lascia alcuna traccia accessibile delle sue ragioni, né per l'interessato né per il giudice - non soddisfa tale requisito».

[24] Sul punto, in un solo *obiter dictum*, la Corte ha fatto riferimento a una riserva di giurisdizione: «la Costituzione, però, mentre riserva alla giurisdizione la più ampia interferenza pubblica nella sfera domiciliare (ispezioni, perquisizioni, sequestri), limita la competenza amministrativa alle immissioni che abbiano semplice natura ricognitiva, come " accertamenti " ed " ispezioni "» (Corte cost. 31.03.1987, n. 88, §3).

[25] C.G.UE, 18.6.2015, *Deutsche Bahn e a. c. Commissione*, C-583/13, §19.

[26] C.G.UE Grande Sezione, 18.12.2025, *Slagelse Almennyttige Boligselskab, Afdeling Schackenborgvænge*, C-417/23, §166.

[27] In tal senso, A. Barbieri, *I limiti di utilizzabilità dei messaggi crittografati scaricati da un server estero ed acquisiti mediante ordine europeo di indagine*, in *Giur. pen.* 2023, 2, 24; O. Calavita, *Criptofonini e ordine europeo di indagine penale (OEI): ancora zone d'ombra*, in *PPG* 2025, 4, 798; S. De Flammineis, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo telematico e intelligenza artificiale*, in *Sist. pen.*, 8 marzo 2024, 14; L. Filippi, *Le S.U. ammettono le prove francesi*, cit., 3; G. Fiorucci, *La vicenda dei criptofonini: le questioni aperte in attesa dell'imminente intervento delle Sezioni Unite*, in *Pen. dir. proc.*, 25.1.2024, 8; F. Giunchedi, *Sezioni unite e acquisizione di dati dalla piattaforma Sky-ECC: soluzioni formalmente ineccepibili, ma lesive dei diritti di difesa e del contraddittorio tecnico*, in questa *PPG* 2025, 1, 95-96; E. Lorenzetto, *L'acquisizione di comunicazioni digitali criptate nella fucina dell'ordine europeo di indagine penale*, in *CP* 2024, 1, 184. In giurisprudenza v. C.G.UE, Grande Sezione, 5.4.2022, *G.D. c. Irlanda*, C-140/20; C.G.UE, Grande Sezione, 2.3.2021, *H.K. (Prokuratuur)*, C-746/18. Ma v. anche C.G.UE, Grande Sezione, 30.4.2024, *EncroChat*, C-670/22.

[28] Sulla proporzionalità della misura, C.G.UE, Grande Sezione 18.12.2025, *Slagelse Almennyttige Boligselskab, Afdeling Schackenborgvænge*, C-417/23, § 172, ha precisato che bisogna tenere in considerazione se il domicilio della persona da sgomberare è stato stabilito legittimamente o illegittimamente, nonché «l'appartenenza delle persone interessate a un gruppo socialmente svantaggiato e le loro esigenze particolari».

[29] C.G.UE 5.3.2023, *Intermarché Casino Achats c. Commissione*, C-693/20, §46.

[30] C.G.UE 10.9.14, *Monika Kušionová c. SMART Capital a.s.*, C-34/13, §64, ha precisato che «la perdita dell'abitazione costituisce una delle più gravi violazioni al diritto al rispetto del domicilio».

come si vedrà, è ricavabile solo mediante una difficile interpretazione ortopedica dell'articolato normativo.
La nuova misura cautelare è in consonanza anche con la giurisprudenza della Corte europea, la quale ha posato i binari sui quali la Corte di Giustizia si è adagiata. Infatti, anche per i Giudici di Strasburgo è imprescindibile una previa autorizzazione giurisdizionale per limitare il diritto all'inviolabilità del domicilio, o quantomeno una convalida postuma, sempre di un giudice, che consenta di far valere motivi di merito e di (il)legittimità della misura. In particolare, le «*interferences*» devono essere previste dalla legge, perseguire uno scopo legittimo ed essere necessarie in una società democratica (nel rispetto del principio di proporzionalità)[31]. Sotto questi ultimi profili, lo sgombero persegue un legittimo scopo identificabile nella protezione dei diritti e delle libertà altrui, e segnatamente del diritto del proprietario o del legittimo detentore al rispetto del proprio domicilio. Esso, inoltre, soddisfa il requisito della necessità in una società democratica, essendo finalizzato a scongiurare la protrazione di una condotta lesiva all'altrui inviolabilità del domicilio.
Quanto alla fattispecie incriminatrice, infine, il diritto unionale e quello europeo non offrono argomenti che depongano in favore di una sua illegittimità. Al contrario, se l'art. 8 CEDU e l'art. 7 della Carta tutelano il domicilio anche come proiezione della vita privata e familiare, la previsione incriminatrice protegge proprio tali diritti. Al tempo stesso, il nuovo reato risponde a un interesse generale consistente nel preservare un ordinato assetto dei rapporti abitativi, escludendo che la disponibilità dell'abitazione possa essere acquisita o trasferita per iniziativa arbitraria del singolo, mediante violenza, minaccia, artifizi o raggiri, e nel prevenire le turbative dell'ordine pubblico che simili condotte sono idonee a generare. Ne consegue che la scelta di politica legislativa di incriminare tali condotte, si ribadisce non obbligata, è giuridicamente legittima, dal momento che è finalizzata alla tutela, oltreché del diritto di proprietà, dell'inviolabilità del domicilio.

2.3. Non è un mistero che il diritto all'abitazione[32] non sia sancito *expressis verbis* dalla nostra Costituzione. Tuttavia, dalla fine degli anni Ottanta – in particolare dal 1988-1989[33] – il Giudice delle leggi ne ha riconosciuto per via pretoria l'esistenza e ha posto l'accento sul ruolo sociale che l'abitazione riveste nella conduzione della vita umana, quale presupposto indispensabile per garantire agli individui un minimo livello di dignità umana. Più nello specifico, la Corte costituzionale, sin dalle prime decisioni adottate in tal senso[34], è stata costante nell'individuare nell'art. 2 Cost.[35] il fondamento del diritto, nel ribadire che «rientra fra i requisiti essenziali caratterizzanti la socialità cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione»[36], nell'attribuirne un carattere di inviolabilità[37], nonché nello stabilire che

[31] Con specifico riferimento all'Italia, v. C. eur. GC, 19.12.2024, *Grande Oriente c. Italia*, ric. n. 29550/17; C. eur. 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*, ric. n. 57278/11.
[32] Per un'approfondita analisi del diritto all'abitazione v. M. Tuozzo, *I fondamenti costituzionale del diritto all'abitare*, Napoli 2025.
[33] Corte cost. 25.2.1988 n. 217; Corte cost. 7.4.1988, n. 404; Corte cost. 20.12.1989 n. 559.
[34] In precedenza, infatti, la Corte costituzionale aveva escluso la rilevanza costituzionale del diritto all'abitazione: Corte cost. 18.12.1987 n. 571; Corte cost. 18.7.1984 n. 216; Corte cost. 14.3.1984 n. 74; Corte cost. 29.12.1983 n. 364.
[35] Corte cost. 20.12.1989 n. 559.
[36] Corte cost. 7.4.1988 n. 404.
[37] Corte cost. 9.3.2020 n. 44: «benché non espressamente previsto dalla Costituzione, tale diritto deve dunque ritenersi incluso nel catalogo dei diritti inviolabili (fra le altre, sentenze n. 161 del 2013, n. 61 del 2011 e n. 404 del 1988 e ordinanza n. 76 del 2010) e il suo oggetto, l'abitazione, deve considerarsi "bene di primaria importanza" (sentenza n. 166 del 2018; si vedano anche le sentenze n. 38 del 2016, n. 168 del 2014 e n. 209 del 2009)». In termini, Corte cost. 22.6.2021 n. 128; Corte cost. 22.4.2024 n. 67.

debba essere effettivamente tutelato[38]. E la garanzia del rispetto del diritto all'abitazione, per quanto «indubbiamente doveroso da parte della collettività intera»[39], è compito primario dello Stato, in tutte le sue articolazioni territoriali[40]. In particolar modo, la tutela del diritto in questione, compito al quale lo Stato «non può abdicare in nessun caso»[41], è principalmente, anche se non esclusivamente[42], attuata per mezzo dell'edilizia residenziale pubblica, la quale «è diretta ad assicurare in concreto il soddisfacimento di questo bisogno primario, perché serve a "garantire un'abitazione a soggetti economicamente deboli nel luogo ove è la sede dei loro interessi" (sentenza n. 176 del 2000), al fine di assicurare un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono di risorse sufficienti (art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), mediante un servizio pubblico deputato alla "provvista di alloggi per i lavoratori e le famiglie meno abbienti" (sentenza n. 168 del 2014)»[43].

Il diritto all'abitazione, per quanto potrebbe sembrare assoluto e non comprimibile, è stato in realtà posto in bilanciamento con altri beni costituzionali di pari rango, che evidentemente non possono venire arbitrariamente e sproporzionatamente compressi, neppure dal legislatore nazionale (ad eccezione, forse, del diritto «fondamentale» alla salute[44]). Si pensi, a titolo esemplificativo, al c.d. "blocco degli sfratti" operato con il decreto "Cura Italia" (d.l. 17.3.2020 n. 18) in pandemia, più volte prorogato, che, per tutelare il diritto all'abitazione, ha di fatto privato i creditori dei loro diritti (di proprietà *in primis*), con la conseguenza che la Corte costituzionale si è trovata costretta a dichiarare l'illegittimità della seconda proroga disposta con l'art. 13, comma 14, d.l. 31.12.2020 n. 183[45]. Analogamente, la Corte ha censurato la portata retroattiva, sempre in periodo di emergenza da Covid-19, dell'inefficacia dei pignoramenti immobiliari *ex* art. 555 Cpc aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore, dal momento che il bilanciamento di interessi in gioco è stato operato dal legislatore «in maniera manifestamente irragionevole, con la previsione, in danno del creditore, di una

[38] Corte cost. 3.1.2025 n. 1.
[39] Corte cost. 20.12.1989 n. 559.
[40] A titolo esemplificativo, Corte cost. 20.12.1989 n. 559, fa espresso riferimento ai Comuni.
[41] Corte cost. 25.2.1988 n. 217.
[42] Corte cost. 3.1.2025 n. 1, fa riferimento, ad esempio, ai contributi erogati per il pagamento del canone di locazione.
[43] Corte cost. 9.3.2020 n. 44. In termini, Corte cost. 8.1.2026 n. 1.
[44] V. Cavanna, *Vicenda Ilva e bilanciamento dei diritti fondamentali: nota alla sentenza della Corte Costituzionale n. 58/2018*, in *Ambiente&Sviluppo* 2018, 6, 385; D. Morana, *Il diritto fondamentale alla salute nel balancing test: spunti dalla giurisprudenza costituzionale sul caso ILVA*, in *La salute nelle valutazioni di impatto ambientale*, a cura di M. Di Folco–M. Mengozzi, Napoli 2020, 77; D. Morana, *La fondamentalità del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia*, in *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, a cura di D. Morana, Napoli 2020, 161; D. Morana, *Sulla fondamentalità perduta (e forse ritrovata) del diritto e dell'interesse della collettività alla salute: metamorfosi di una garanzia costituzionale, dal caso ILVA ai tempi della pandemia,* in *Consulta Online*, 30.4.2020; D. Morana, *Il fondamentale diritto alla salute nell'emergenza pandemica: princeps o tiranno?*, in *Quaderni costituzionali* 2022, 4, 858.
Di diverso avviso, Corte cost. 9.5.2013 n. 85, secondo cui «tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona».
[45] Secondo Corte cost. 22.6.2021 n. 128, «il bilanciamento sotteso alla temporanea sospensione delle procedure esecutive aventi ad oggetto l'abitazione principale è divenuto, nel tempo, irragionevole e sproporzionato». Per un commento alla sentenza v. G. Marchetti, *Il bilanciamento*, cit., 195; G. Parisi, *La sospensione dei processi esecutivi nel periodo di emergenza sanitaria: un difficile (e non sempre riuscito) bilanciamento dei doveri di solidarietà sociale con la tutela del diritto di agire* in executivis, in *Nomos*, 2021, 3.

sanzione processuale (l'inefficacia di "ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare") che, rispetto alla finalità perseguita, comprime il diritto del creditore procedente in misura eccessiva (art. 3, primo comma, Cost.), oltre che - come si è già rilevato - incompatibile con la garanzia costituzionale della tutela giurisdizionale»[46].

Muovendo da queste premesse, il diritto all'abitazione può venire in rilievo, al pari dell'inviolabilità del domicilio, secondo una duplice e contrapposta accezione: da un lato, quella dell'occupante, il quale potrebbe invocare la tutela di un bisogno abitativo effettivo che gli garantisca un minimo di dignità; dall'altro, quella del proprietario o del legittimo detentore spossessato, che può vedersi limitato, a seconda dei casi, il diritto all'abitazione, l'inviolabilità del domicilio e il diritto di proprietà o di godimento dell'immobile. È, dunque, proprio la compresenza di diritti e interessi di rango costituzionale a imporre un bilanciamento di interessi, che non può però risolversi nell'automatica prevalenza della pretesa abitativa di chi abbia acquisito la disponibilità dell'immobile in via di fatto, con violenza, minaccia, artifizi o raggiri. La scelta di incriminare l'occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui, pertanto, risulta pienamente giustificata poiché il giudizio di bilanciamento operato dal legislatore non può considerarsi irragionevole, dal momento che non vi è alcun obbligo costituzionalmente imposto di riconoscere prevalenza alla situazione di fatto creatasi *contra ius*; al contrario, ben può ritenersi meritevole di più intensa tutela la posizione di chi sia stato arbitrariamente privato della propria casa. Del resto, il diritto all'abitazione non conferisce un titolo per impossessarsi dell'altrui immobile destinato a domicilio (anche se libero da persone o cose), né può essere invocato per neutralizzare, in via unilaterale, pari diritti di rango costituzionale.

Ciò non significa, beninteso, che lo Stato possa limitarsi alla sola risposta repressiva e surrogare «la soluzione di un problema sociale con la sua attrazione nell'universo penale»[47]. Infatti, lo Stato, in tutte le sue articolazioni, deve farsi carico di garantire, soprattutto alle fasce di popolazione più vulnerabili, il primario bisogno abitativo. In altri termini, grava sul decisore pubblico l'onere di apprestare politiche abitative effettive e soluzioni ragionevoli per i soggetti economicamente e socialmente più fragili, tanto più nel settore dell'edilizia residenziale pubblica. In altri termini, lo Stato deve farsi carico, con gli strumenti propri dello Stato sociale, dei concreti problemi abitativi della popolazione, ma non per questo è tenuto ad abdicare alla tutela di quell'altra parte di popolazione che viene illegittimamente spossessata del proprio domicilio.

Nella stessa ottica, si comprende anche la ragionevolezza della previsione dello sgombero, quale reazione immediata all'occupazione dell'altrui abitazione. La risposta punitiva, infatti, non è da sola sufficiente a presidiare, in particolare, quelle situazioni in cui l'immobile occupato è l'unica soluzione abitativa della persona offesa. Su un piano generale e astratto, quindi, la rapida reintegrazione nel possesso non costituisce una indebita mortificazione del diritto all'abitazione dell'occupante, bensì il riflesso del diverso e prevalente peso che, nel caso concreto, assumono il domicilio, la sicurezza abitativa e la libertà personale del soggetto spossessato.

Sul versante unionale, il diritto «all'assistenza abitativa» è espressamente riconosciuto dall'art. 34 par. 3 Carta di Nizza, ma la giurisprudenza del Lussemburgo non ha ancora avuto modo di pronunciarsi sullo specifico tema delle limitazioni dello stesso dovute a occupazioni abusive. Deve, pertanto, ritenersi che tali principi debbano ricavarsi, *mutatis mutandis*, da quelli tratteggiati per la tutela del domicilio, dal momento che la traduzione italiana dell'art. 7 Carta

[46] Corte cost.4.4.2022 n. 87.

[47] A. Algostino, *L'incostituzionalità nell'anima di un disegno autoritario: note sul d.d.l. n. 1660 sulla sicurezza pubblica*, in *Costituzionalismo.it*, 2024, 2, 97.

di Nizza («domicilio») si fonda sull'omologo inglese «*home*», così come peraltro espressamente riconosciuto dalla stessa Corte di Giustizia[48] (eventualmente nella declinazione di «diritto all'alloggio»[49]). Di conseguenza, il diritto all'abitazione può essere compresso solo se le limitazioni sono previste dalla legge, rispettano il contenuto essenziale dei diritti e delle libertà e il principio di proporzionalità, rispondano a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o «all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui» (art. 52 Carta di Nizza).
Ancora una volta, quindi, il bisogno abitativo dell'occupante, pur meritevole di considerazione sul piano sociale, non è di per sé idoneo a legittimare l'acquisizione violenta o truffaldina dell'altrui immobile. In questa prospettiva, il diritto unionale non vieta agli Stati membri di ricorrere all'arsenale penalistico, con la conseguenza che non si rinvengono motivi di illegittimità della previsione del nuovo art. 634-*bis* Cp. Del pari, lo sgombero può ritenersi giustificato sul piano europeo, anzitutto perché assistito da una base legale espressa e da un controllo giurisdizionale, preventivo o quantomeno successivo, che, per mezzo di un'interpretazione adeguatrice della novella, consente di verificare in concreto la legittimità, la necessità e le modalità della misura. Inoltre, la finalità perseguita è pienamente legittima e si identifica nell'esigenza di «proteggere i diritti e le libertà altrui», quali sono il domicilio e/o l'abitazione e/o la proprietà di chi è stato spossessato dell'immobile. Quanto alla proporzionalità, la misura non sembra eccedere quanto necessario al perseguimento di tale scopo, dal momento che non paiono ravvisabili misure alternative egualmente efficaci e meno invasive: né il mero accertamento del fatto, né la sola prosecuzione del procedimento penale, né l'attesa della definizione del giudizio sarebbero idonei a ristabilire tempestivamente il godimento dell'abitazione in favore di chi ne sia stato arbitrariamente privato. Così come si sono dimostrati inefficaci gli strumenti di tutela civilistica, che comportano tempistiche assai dilatate e che presuppongono che i soggetti spossessati, spesso privi di risorse economiche, ricorrano a un legale per tutelare i propri diritti (con costi insostenibili, soprattutto per chi è di poco sopra la soglia reddituale per il gratuito patrocinio ma che, di fatto, è impossibilitato a remunerare l'avvocato e a pagare il contributo unificato e i diritti di cancelleria)[50].
Ad analoghe conclusioni si giunge se si guarda al versante del Consiglio d'Europa, la cui Corte ha avuto diverse occasioni per pronunciarsi in merito al diritto all'abitazione, il cui fondamento si rinviene nell'art. 8 Cedu. I Giudici di Strasburgo hanno, infatti, ritenuto che il diritto all'abitazione debba essere riconosciuto a prescindere dalla legittimità dell'occupazione di un immobile, a condizione però che la stessa possa dimostrare «*the existence of sufficient and continuous links with a specific place*»[51]. Nel caso che ci occupa, quindi, è verosimile ritenere che l'intervento punitivo dello Stato e la misura cautelare operino in un momento in cui non si è ancora creato uno stretto legame tra l'abitazione e l'abitante, il che già sarebbe sufficiente a sancire la legittimità dell'intervento legislativo. In ogni caso, pur qualora il proprietario si avveda a distanza di molto tempo che un proprio immobile adibito a domicilio è stato occupato e nonostante «*the loss of one's home is a most extreme form of interference with the right to respect for the home*»[52], il diritto in questione non è assoluto e può essere limitato al ricorrere

[48] C.G.UE, Grande Sezione, 24.6.2025, *GR Real*, C-351/23, §60; C.G.UE, 9.11.2023, *Všeobecná úverová banka*, C-598/21, §85; C.G.UE, 10.9.2014, *Kušionová*, C-34/13, §65.
[49] C.G.UE 27.2.2025, *AEON NEPREMIČNINE e a.*, C-674/23, §40; C.G.UE, Grande Sezione, 14.5.2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, C-924/19 e C-925/19, §296.
[50] Di diverso avviso S. Lonati-C. Melzi d'Eril, *Il decreto-legge sicurezza*, cit., secondo cui «il recupero dell'immobile era già possibile, con l'azione di reintegrazione nel possesso prevista dall'art. 1168 c.c., o con una richiesta di sequestro in sede penale e successiva istanza di restituzione dell'immobile al soggetto avente diritto, ovvero chi ne aveva il possesso legittimo».
[51] C. eur 23.10.2025, *Ayala Flores c. Italia*, ric. n. 16803/21, §85; C. eur. 14.3.2017, *Yevgeniy Zakharov c. Russia*, ric. n. 66610/10, §30; C. eur 22.10.2009, *Paulić c. Croazia, ric. n.* 3572/06.
[52] C. eur 13.5.2008, *McCann c. Regno Unito*, ric. n. 19009/04, §50.

dei più volte richiamati requisiti: legalità, scopo legittimo, proporzionalità e necessità in una società democratica. La legalità non è in dubbio; lo scopo legittimo consiste nella volontà dello Stato di «*re-establish the rule of law*» (chiaramente violata con un'occupazione abusiva) e prevenire disordini[53]; la proporzionalità è rispettata (non vi sono soluzioni meno invasive, almeno per quanto riguarda lo sgombero) ed è valutata da un giudice indipendente[54]. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui l'ente proprietario o gestore di un alloggio di edilizia residenziale pubblica si avveda dell'occupazione solo a distanza di mesi, nel momento in cui deve consegnare l'immobile a chi ne ha titolo secondo l'ordine di graduatoria. In queste situazioni, lo sgombero continua a rispondere a un'esigenza proporzionata, poiché mira sia a ripristinare la legalità violata sia a rendere nuovamente disponibile l'immobile per chi ne ha legittimamente titolo.

3. L'esatta perimetrazione della nozione di «immobile destinato a domicilio altrui» (o sue pertinenze[55]), prevista dall'art. 634-*bis* Cp[56], rappresenta il presupposto fondamentale per l'operatività del delitto in questione e, conseguentemente, della misura cautelare. Pare potersi escludere sin da subito che possano essere ritenuti immobili ad uso abitativo quelli abbandonati[57], per cui continuerà a trovare applicazione la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 633 Cp (invasione di terreni o edifici).
La lettura più semplicistica vorrebbe che i soli immobili accatastati come unità abitative, incluse le pertinenze, consentano di ricorrere all'arsenale penalistico. In questo elenco rientrerebbero, pertanto, tutti gli immobili che, per categoria catastale, risultano afferenti al gruppo A, ad eccezione dell'A/10 che è dedicato a uffici e studi privati, nonché tutti gli immobili destinati a pertinenza dell'abitazione principale. Si pensi a una casa indipendente (A/2) con garage (C/6): la casa è domicilio, mentre il garage pertinenza, ed entrambi costituiscono l'oggetto materiale del reato.
Per come è strutturata la norma, la destinazione a domicilio dell'immobile occupato deve essere data dal proprietario o dal legittimo detentore, ma ciò non comporta necessariamente che domicilio e dato catastale convergano. Si pensi, per fare un esempio del tutto verosimile, a un immobile non pertinenziale accatastato come C/6 (stalle, scuderie, rimesse, autorimesse) o C/2 (magazzini e locali di deposito), di fatto utilizzato per diversi anni come abitazione e provvisto di tutti i requisiti sostanziali per essere definito tale (cucina, camera da letto, bagno, aria condizionata ecc.). Sembra difficile dubitare che un immobile di tal fatta non possa essere considerato come «destinato a domicilio», dal momento che il proprietario/detentore ne ha dato un'incontrovertibile destinazione di fatto[58], per quanto probabilmente *praeter legem*.

---

[53] C. eur 21.4.2016, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, ric. n. 46577/15, §51. Più recentemente, C. eur 23.10.2025, *Ayala Flores c. Italia*, ric. n. 16803/21, §95.
[54] C. eur. 23.10.2025, *Ayala Flores c. Italia*, ric. n. 16803/21, §102. C. eur. 21.4.2016, *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*, ric. n. 46577/15, §53, precisa che la possibilità di verificare la proporzionalità della misura è un requisito imprescindibile.
[55] Secondo S. Fiore, *La tutela penale del patrimonio*, cit., 869, è «difficilmente comprensibile e del tutto irragionevole la estensione indifferenziata della incriminazione al fatto consistente nella occupazione delle pertinenze di un immobile».
[56] L. Risicato, *Dalla costituzione al Leviatano*, cit., 480, ritiene che «il nuovo art. 634-*bis* c.p. è del tutto superfluo per quanto riguarda l'ambito di operatività, irragionevole in alcuni passaggi logici ed esorbitante sul piano del trattamento sanzionatorio, creando un inquietante ibrido di tutela sospeso tra libertà morale e patrimonio».
[57] M. Gambardella, *Occupazione arbitraria*, cit. 3.
[58] P. Di Geronimo, Sub *art. 321*-bis *Cpp*, in L. Giuliani-G. Illuminati (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova 2025, 1466, ritiene che «il concetto di abitazione sembra alludere a una situazione di fatto – corrispondente al concetto privatistico del possesso – e non pare riportabile necessariamente ai concetti di residenza, dimora, domicilio, pur dovendosi ritenere che l'immobile deve essere il luogo di stabile ed abituale abitazione del soggetto che ne è stato indebitamente estromesso».

Un'interpretazione effettiva della locuzione in esame, finalizzata a garantire l'inviolabilità del domicilio, deve quindi fondarsi su una lettura sostanziale che prescinda dal mero dato formale e che guardi all'effettiva abitazione del soggetto passivo del reato[59], in linea con quanto previsto dalla Carta di Nizza e dalla Cedu.
In giurisprudenza si è sostenuto che la nozione di domicilio «va definita con criteri particolarmente rigorosi»[60] e che non può estendersi fino a farla «coincidere con un qualunque ambiente che tende a garantire intimità e riservatezza»[61]. Già le Sezioni Unite Prisco avevano specificato che il concetto di domicilio individua «un rapporto tra la persona ed un luogo, generalmente chiuso, in cui si svolge la vita privata, in modo anche da sottrarre chi lo occupa alle ingerenze esterne e da garantirgli quindi la riservatezza. Ma il rapporto tra la persona ed il luogo deve essere tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente»[62]. Successivamente, le Sezioni Unite D'Amico hanno tracciato le linee per definire i contorni della nozione di privata dimora, ritenendo elementi indefettibili: «a) utilizzazione del luogo per lo svolgimento di manifestazioni della vita privata (riposo, svago, alimentazione, studio, attività professionale e di lavoro in genere), in modo riservato ed al riparo da intrusioni esterne; b) durata apprezzabile del rapporto tra il luogo e la persona, in modo che tale rapporto sia caratterizzato da una certa stabilità e non da mera occasionalità; c) non accessibilità del luogo, da parte di terzi, senza il consenso del titolare»[63].
In entrambe le sentenze richiamate, il concetto di domicilio (e quello di privata dimora) abbraccia certamente quello di abitazione, ma è eccessivamente ampio.
Una lettura congiunta dell'art. 634-*bis* Cp e dell'art. 321-*bis* Cpp, infatti, impone nella materia *de qua*, come sopra rappresentato, di connotare il concetto di domicilio alla stregua di abitazione[64], inteso come luogo in cui la persona vive stabilmente o possa viverci[65], dal momento che l'art. 321-*bis* co. 2 Cpp prevede uno "sgombero ad iniziativa della polizia giudiziaria" qualora «l'immobile occupato sia l'unica abitazione effettiva del denunciante». Una lettura sistematica delle due disposizioni, in altre parole, denota una chiara volontà del legislatore di tutelare penalmente gli immobili "abitativi" e le rispettive pertinenze, non anche altre tipologie di immobili considerabili come domicilio, quali quelli destinati a luogo di lavoro[66].
Se l'immobile occupato coincide con l'unica abitazione del querelante, non sembrano porsi particolari problemi interpretativi. Le questioni si fanno invece più delicate qualora l'occupazione riguardi una seconda casa, un immobile temporaneamente sfitto oppure uno dei numerosi alloggi di edilizia residenziale pubblica facenti capo all'ente gestore o al Comune. Non è infrequente, infatti, che vengano occupate case popolari momentaneamente vuote, in

[59] Di diverso avviso R. Tecce, *La reintegra penale del possesso immobiliare*, in *PPG* 2025, 107.
[60] Cass. 29.5.2025 n. 20051.
[61] Cass. 3.11.2025 n. 35831.
[62] Cass. S.U. 28.3.2006 n. 26795.
[63] Cass. S.U. 23.3.2017 n. 31345.
[64] Così anche S. Vinciullo, *Il reato di occupazione arbitraria*, cit., 11.
[65] A. Cavaliere, *Contributo alla critica del d.d.l. sicurezza*, in *Critica del diritto* 2024, 2, 239, sembra abbracciare l'ipotesi per cui la fattispecie incriminatrice si applica anche agli immobili non attualmente abitati.
[66] In termini Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa. Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario (d.l. 11 aprile 2025, n. 48, convertito dalla legge 9 giugno 2025, n. 80)*, 23.6.2025, 29: «a tal proposito, nei primi commenti dottrinari si è sostenuto che il riferimento al domicilio altrui risulta essere riferito unicamente al concetto di abitazione ("non distinguendo tra abitazione principale o secondaria"), e non genericamente a un luogo di privata dimora, come può desumersi dall'art. 614 cod. pen., ove entrambe le nozioni sono presenti, in tal modo risultando più ristretta – si è precisato – rispetto a quella oggetto del delitto di violazione di domicilio, che punisce colui che si introduce «nell'abitazione altrui o in un altro luogo di privata dimora».

attesa di assegnazione; eppure, anche in tali ipotesi, non pare dubitabile che si tratti di immobili destinati a domicilio altrui, benché non siano destinati all'uso abitativo del proprietario[67]. L'ente gestore o il Comune, pur non utilizzando direttamente tali alloggi, ben possono, dunque, proporre querela in relazione a ciascun appartamento abusivamente occupato.
A conclusioni non diverse deve pervenirsi con riguardo al proprietario privato di più immobili a destinazione abitativa, dal piccolo risparmiatore sino alla grande impresa immobiliare, dal momento che l'assenza di un uso diretto dell'immobile da parte del proprietario non vale di per sé a escludere la destinazione abitativa del bene, né a giustificare una disparità di trattamento rispetto agli alloggi di ERP[68]. Peraltro, una lettura congiunta della fattispecie incriminatrice e della misura cautelare conferma ulteriormente tale conclusione. Infatti, se il riferimento al "domicilio altrui", di cui all'art. 634-*bis* Cp, fosse circoscritto solamente all'unica abitazione del querelante, il co. 1 dell'art. 321-*bis* Cpp finirebbe per rimanere sostanzialmente disapplicato poiché verrebbe sistematicamente assorbito dallo sgombero ad iniziativa della polizia giudiziaria (ipotesi speciale disciplinata dal comma 2). Proprio la distinzione tra le due previsioni mostra, invece, che il legislatore ha inteso costruire un sistema in cui si tutelano tutti i tipi di abitazione, con una particolare attenzione alle situazioni in cui l'immobile oggetto di spossessamento rappresenta l'unica casa della persona offesa.

3.1. Il nuovo reato presenta una pluralità di modalità di realizzazione del fatto tipico, che possono essere genericamente sintetizzate con le definizioni di "occupazione violenta", "occupazione truffaldina" e "intermediazione nell'occupazione"[69].
L'occupazione violenta e truffaldina, a sua volta, presenta tre differenti condotte, tutte accomunate dall'aver agito con violenza (anche contro le cose[70]) o minaccia ovvero con artifici o raggiri: occupazione, detenzione e impedimento nel rientro. L'occupazione denota lo spoglio iniziale del possesso dell'immobile ad opera dell'agente che si deve protrarre nel tempo, come nel caso di chi entra nell'appartamento vuoto, cambia la serratura, vi introduce i propri effetti personali o di chi approfitta dell'assenza del titolare per insediarsi nell'immobile e rimanervi. La detenzione è rappresentativa di una protrazione o conservazione della disponibilità materiale già acquisita senza che l'agente abbia concorso nell'occupazione; disponibilità che può essere stata ottenuta tanto legalmente (es. contratto di affitto o di comodato o per tolleranza del proprietario) quanto illegalmente (utilizzo di un immobile già occupato da altri). L'impedimento nel rientro, infine, opera tutte quelle volte in cui un soggetto, ancorché non occupante, impedisce a taluno di far rientro al proprio domicilio, vuoi agendo sull'immobile, vuoi sul legittimo proprietario/detentore, vuoi anche sulle forze dell'ordine intervenute[71].
È altresì necessario che le condotte citate siano sorrette da violenza o minaccia ovvero artifici o raggiri[72]. Per comprenderne la latitudine applicativa si può far riferimento alla giurisprudenza

[67] Per M. Gambardella, *Occupazione arbitraria*, cit. 4, vi potrebbe essere «una diversa soluzione interpretativa possibile: essa appare in grado di superare l'argomento testuale della modifica dell'art. 639-*bis* c.p. (nonché l'argomento sistematico) e far ritenere l'edificio occupato in modo arbitrario esclusivamente "privato"».
[68] C. Longari, *Delitto di occupazione abusiva di immobili*, in *PPG 2025*, 16, sostiene che «sono quindi protetti sia l'abitazione principale sia altre dimore potenziali del titolare (ad esempio seconde case, purché queste siano destinate ad uso abitativo e non semplici immobili commerciali o terreni)».
[69] Per S. Vinciullo, *Il reato di occupazione arbitraria*, cit., 8, le condotte sono disciplinate in modo «poco armonico e coerente».
[70] In tal senso anche L. Forte, *Reato di occupazione arbitraria di immobili destinato al domicilio altrui (art. 10)*, in *Pacchetto sicurezza: tutte la novità*, a cura di G. Spangher, Milano 2025, p. 85; C. Longari, *op. cit.*, 15.
[71] M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge*, cit.
[72] Secondo S. Fiore, *La tutela penale del patrimonio*, cit., 869, le condotte di occupazione truffaldina presentano un disvalore inferiore rispetto a quelle di occupazione violenta. Dello stesso avviso P. Bonetti, *Osservazioni costituzionali*, cit., 12; M. Passione, *Note concernenti*, cit., 9. In termini parzialmente concordanti M.

che si è creata in tema, rispettivamente, di violenza privata (art. 610 Cp) e di truffa (art. 640 Cp)[73]. Il concetto di violenza è estremamente generico e può certamente consistere, oltreché in violenza fisica alla persona, anche in violenza alle cose, come nel caso di sostituzione della serratura per impedire il rientro nell'immobile da parte di taluni[74]; quello di minaccia, dal canto suo, presuppone che sia idonea a causare un *metus* nel soggetto destinatario, ma non occorre che sia esplicita o verbale, «ben potendosi realizzare la fattispecie di cui all'art. 610 c.p. anche attraverso ulteriori comportamenti che siano comunque idonei a suscitare il timore di subire un danno ingiusto»[75]. Gli artifici e raggiri, nella prassi a volte utilizzati alla stregua di endiadi, consistono nella simulazione di circostanze inesistenti o nella dissimulazione di circostanze esistenti (artifici), ovvero in una manipolazione accorta e decettiva della realtà o del discorso, anche mediante il silenzio, idonea a orientare in modo fuorviante la rappresentazione dei fatti e, conseguentemente, le determinazioni del destinatario (raggiri) [76]. Si pensi al caso in cui un soggetto, fingendosi ufficiale giudiziario, mostri un falso ordine di rilascio per indurre la persona offesa a lasciare l'immobile.

3.2. Una tematica estremamente delicata riguarda l'applicabilità dell'art. 634-*bis* Cp alle abitazioni condotte in locazione od occupate con un titolo legittimante il possesso, dal momento che necessariamente si viaggia al confine tra il mero illecito civilistico e l'area del penalmente rilevante. Benché vi sia chi tende ad escludere tale possibilità[77], la struttura della fattispecie sembra, al contrario, idonea ad abbracciare talune ipotesi che potrebbero essere non infrequenti nella pratica[78]. Sul versante dell'occupazione, si pensi al caso del soggetto che, al fine di conseguire la disponibilità dell'immobile, esibisca al locatore false buste paga, una fideiussione contraffatta o referenze bancarie/patrimoniali inesistenti, laddove proprio tali artifizi abbiano assunto rilievo decisivo nella formazione del consenso del proprietario. Del pari, vi potrebbe essere chi, al fine di meglio posizionarsi in graduatoria per l'assegnazione di case popolari, rende false dichiarazioni nella modulistica da consegnare all'ente gestore.
In relazione alla detenzione senza titolo, invece, si pensi al conduttore che, cessato il contratto o in stato di morosità, non si limiti a permanere nell'immobile, ma trattenga la disponibilità del bene cambiando la serratura, o minacci il locatore affinché non presenti ricorso per finita

Gambardella, *Occupazione arbitraria*, cit. 5, secondo cui la pena è proporzionata per le condotte violente ma è sproporzionata per le condotte truffaldine. A ben vedere, però, l'ampia cornice edittale consente di modulare la pena a seconda della gravità del reato. Sarà compito del giudice, dunque, fare buon uso dei criteri di dosimetria della pena prescritti dall'art. 133 Cp e, di conseguenza, irrogare pene più severe per le fattispecie ritenute più gravi (violenza) e più miti per quelle ritenute di minore disvalore sociale (artifici o raggiri).

[73] Fa riferimento alla giurisprudenza in tema di truffa anche S. Vinciullo, *Il reato di occupazione arbitraria*, cit., 18.

[74] Cass. 6.10.2021 n. 1053 in tema di sostituzione della serratura di un'azienda agricola; Cass. 11.12.2019 n. 15633 in tema di sostituzione della serratura di uno studio professionale. Di diverso avviso S. Fiore, *La tutela penale del patrimonio*, cit., 869.

[75] Cass. 24.2.2017 n. 29261.

[76] Cass. 3.10.2023 n. 46209.

[77] V. Giglio, Mi casa no es tu casa*: il contrasto dell'occupazione arbitraria di immobili destinati a domicilio altrui nel DL Sicurezza*, in *Terzultima fermata*, 8.7.2025; V. Romeo, *La reintegrazione nel possesso dell'immobile: una nuova misura "ibrida" a tutela del diritto di domicilio*, in *DPP* 2025, 7, 1369.

[78] Evidenzia V. Amendolagine, *Il nuovo reato*, cit., 388, come «casa di abitazione dell'avente diritto - proprietario, per tale dovendo intendersi anche colui che ne è divenuto tale in qualità di erede del precedente titolare del diritto reale sulla *res* - il nudo proprietario, l'usufruttuario, il locatore, il concedente l'immobile in forza di un contratto di comodato successivamente venuto meno, e colui che vanta un diritto di abitazione sullo stesso immobile. Nel perimetro della norma che qui interessa scrutinare, non sembra potersi escludere neppure le restanti figure del concedente in *leasing* l'immobile destinato a domicilio altrui od in forza di contratto di *rent to buy* laddove dette figure contrattuali siano successivamente venute meno per una qualche ragione giuridicamente apprezzabile, ad esempio per inadempimento o nullità delle rispettive figure negoziali da parte del soggetto occupante l'immobile».

locazione o convalida di sfratto (con contestuale decreto ingiuntivo), ovvero ancora presenti false garanzie di futura solvibilità[79].
Interpretativamente ancor più denso di rilievi applicativi può essere il tema dell'esecuzione coattiva di uno sfratto esecutivo. Se il conduttore ottempera a seguito di precetto o del primo accesso dell'ufficiale giudiziario, *nulla quaestio*. Il quadro si complica, invece, se, a seguito del citato accesso, come spesso accade, il conduttore non abbandona l'immobile. Gli scenari possono essere multiformi, ma si prenda in considerazione il caso in cui Tizio, a seguito del primo accesso, non rilasci l'appartamento, senza tenere atteggiamenti intimidatori. Il mese successivo, allora, l'ufficiale giudiziario si presenta con la forza pubblica per l'esecuzione coattiva, ma questa volta Tizio minaccia e aggredisce sia l'ufficiale giudiziario sia la polizia. Non vi è dubbio che, nella prima situazione, non si è al cospetto di alcun illecito penale; nel secondo caso, invece, Tizio ha utilizzato minaccia e violenza per impedire il rientro del legittimo titolare/proprietario, con la conseguenza che non è peregrino sostenere che il delitto di resistenza a pubblico ufficiale concorra con quello di occupazione abusiva di immobile destinato a domicilio altrui, quantomeno nella forma tentata.

3.3. Una scelta del legislatore sicuramente infelice è quella della punibilità della condotta di cessione ad altri dell'immobile occupato, che nella maggior parte dei casi è destinata a concorrere con quella di occupazione o di detenzione abusiva[80]. Infatti, la logica imporrebbe che la cessione avvenga ad opera di chi ha occupato l'immobile, oppure ancora di chi lo detiene perché cedutogli da altri o perché convivente di chi ha materialmente proceduto con l'occupazione. Invero, è difficile immaginare che il cedente possa essere un soggetto diverso dall'occupante o dal detentore, dal momento che la condotta di cessione presuppone un dominio di fatto sulla *res*. Anche qualora vi sia un *dominus* che cede a più soggetti, in successione cronologica, un immobile occupato, in ogni caso, a monte, lo stesso deve aver quantomeno concorso nell'occupazione o nella detenzione abusiva. Si deve ritenere, dunque, che tutte le cessioni, successive all'occupazione o alla detenzione, siano condotte autonomamente punibili, pur avvinte dal vincolo della continuazione.
Tuttavia, una simile scelta incriminatrice presta il fianco ad alcune perplessità. Se, infatti, un soggetto ha già occupato l'immobile o comunque lo detiene senza titolo, agendo *uti dominus*, riesce difficile comprendere per quale ragione la successiva cessione debba integrare un autonomo fatto di reato, anziché rappresentare un *post factum* non punibile. E ciò, a maggior ragione, se si guarda il lato del cessionario, il quale, se consapevole dell'origine illecita dell'immobile, risponderà comunque quantomeno per detenzione senza titolo. La previsione della cessione come condotta autonoma rischia, dunque, di dar luogo a un'inutile duplicazione sanzionatoria.
Si deve peraltro notare come la norma punisca una sola parte del "rapporto contrattuale" (il cedente). La mancata previsione dell'incriminazione del cessionario sembra del tutto illogica, in quanto il disvalore di cedere o di acquisire un immobile occupato è esattamente il medesimo. Certo, si potrebbe sostenere che non necessariamente il cessionario è consapevole che l'immobile non è nella disponibilità del cedente, ma in simili situazioni soccorrerebbe la mancanza di dolo.
In conclusione, la scelta legislativa sulla specifica condotta in questione appare decisamente poco meditata e non condivisibile. Infatti, o si sceglieva di non incriminare autonomamente la

[79] Anche secondo L. Forte, *op. cit.*, 86 «la fattispecie di cui all'art. 634-*bis* c.p. appare configurabile anche in ipotesi in cui l'accesso all'immobile destinato a domicilio altrui sia avvenuta legittimamente, purché segua una permanenza indebita nello stesso, accompagnata da un'*interversio possessionis* ovvero da condotte violente o minacciose volte a escludere il legittimo titolare dal godimento del bene».
[80] Dello stesso avviso S. Fiore, *La tutela penale del patrimonio*, cit., 869.

cessione (scelta decisamente preferibile), oppure, se davvero la si fosse voluta tipizzare, avrebbe dovuto essere costruita in modo coerente, incriminando tanto il cedente quanto il cessionario consapevole.

3.4. Altra previsione chiaramente problematica[81] è quella che può essere sintetizzata nella formula dell'"intermediazione nell'occupazione dell'immobile", dal momento che non opera né in caso di cessione dell'immobile occupato, essendo una condotta tipizzata, né in caso di concorso di persone nel reato, essendo prevista un'espressa clausola di salvaguardia. Il punto centrale, però, è proprio quest'ultimo, in quanto il perimetro operativo dell'art. 110 Cp rischia di sovrapporsi con quello della condotta (*rectius*: condotte) in questione[82].
Tali condotte, consistenti nell'intromissione o nella cooperazione nell'occupazione dell'immobile, ovvero nella ricezione o corresponsione di denaro o altra utilità per l'occupazione, sembrano essere volte ad evitare il fenomeno delle associazioni a delinquere finalizzate a gestire di fatto immobili occupati. La *ratio* della disposizione, in altre parole, non è quella di rimpinguare la lista dei «reati di solidarietà»[83], bensì quella di evitare che taluni soggetti possano trarre un guadagno, in particolare, dalle condizioni di fragilità in cui versano alcune persone, disposte a corrispondere pagamenti a soggetti terzi per ottenere rapidamente un'abitazione. Certo è che, in ogni caso, la tecnica di *drafting* legislativo si è rivelata, per usare un eufemismo, pessima.

4. La reintegrazione nel possesso rappresenta una misura cautelare *sui generis*[84], con finalità prettamente ristorativa, che avrebbe necessitato di un capo ad essa interamente dedicato, anziché la mera interpolazione, senza alcun adattamento degli aspetti sistematici, di quello relativo al sequestro preventivo[85].
La finalità implicita, per certi versi, sembra essere la medesima del sequestro, vale a dire privare il soggetto destinatario della misura della disponibilità di una *res*, al fine di evitare l'aggravamento o la protrazione delle conseguenze del reato (*i.e.* la privazione della disponibilità dell'immobile al legittimo detentore/proprietario), ovvero l'agevolazione di altri reati (come l'intermediazione nell'occupazione dell'immobile); tuttavia, a differenza di quanto espressamente sancito dall'art. 321 Cpp, il neo introdotto sgombero rimane silente circa i *pericula*, richiedendo semplicemente, ai fini dell'operatività dell'istituto, che vi sia un'occupazione arbitraria ai sensi dell'art. 634-*bis* Cp. Tale presa di posizione del legislatore, non si sa quanto veramente meditata, presta il fianco a una lettura estremamente rigorosa che consente il ricorso alla reintegrazione nel possesso anche qualora non vi sia alcun rischio di protrazione o aggravamento del reato. Infatti, essendo l'occupazione un reato permanente, il *periculum* finisce per coincidere con il mero accertamento sommario dello stato di occupazione

[81] Per L. Risicato, *Dalla costituzione al Leviatano*, cit., 481, è «incredibile».
[82] Dello stesso avviso S. Fiore, *La tutela penale del patrimonio*, cit., 870; M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge*, cit.; V. Romeo, *La reintegrazione nel possesso*, cit. 1362.
[83] L'espressione è di A. Algostino, *Note per l'audizione*, cit., 5.
[84] Per V. Romeo, *La reintegrazione nel possesso*, cit., 1363, «la reintegrazione nel possesso dell'immobile, per tale ragione, sembrerebbe configurarsi come un'inedita misura "ibrida", recante in sé elementi sia dell'intervento cautelare reale che di quello personale».
[85] Secondo C. Santoriello, Sub *art. 321*-bis Cpp, in A. Gaito (a cura di), *Codice di Procedura Penale*, in *Onelegale*, è «difficile comprendere, tuttavia, la collocazione della norma in commento nel libro dedicato alle misure cautelari, né si vede quali ragioni abbiano indotto al legislatore ad affiancare la previsione a quella che detta la disciplina in tema di sequestro preventivo». Per A. Marandola, *I pochi interventi di natura processuale*, in *DPP* 2025, 7, 927, «la procedura mutua taluni caratteri dall'istituto dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare e altri elementi dalla convalida del sequestro preventivo urgente». Nello stesso senso L. Forte, *op. cit.*, 89.

abusiva dell'immobile, dal momento che il proprietario viene privato della disponibilità del bene e non ne può godere sino all'effettiva reintegrazione nel possesso[86].
Quanto al *fumus commissi delicti*, si deve necessariamente guardare alla giurisprudenza formatasi in tema misure cautelari reali, con la conseguenza che non sembrano richiesti i gravi indizi di colpevolezza richiamati dall'art. 273 Cpp per quelle personali, ma è sufficiente che il giudice accerti la riconducibilità della situazione di fatto alla fattispecie incriminatrice, tenendo conto, «in modo puntuale e coerente, delle concrete risultanze processuali e dell'effettiva situazione emergente dagli elementi forniti dalle parti»[87].
In definitiva, quindi, è estremamente probabile che la nuova misura cautelare trovi un'applicazione semi-automatica qualora venga fornita la prova – per il vero non diabolica – dell'arbitrarietà dell'occupazione, dal momento che il *periculum*, a differenza di quanto previsto in tema di sequestro preventivo, sembra essere parte integrante dell'occupazione. Il tutto, ovviamente, a meno che non sussista una causa di giustificazione, come lo stato di necessità abitativo[88], che, facendo venire meno l'antigiuridicità della condotta, impedisca l'operatività dell'istituto in esame. In altre parole, quindi, sembra esserci, quantomeno in sede cautelare, una sostanziale inversione dell'onere della prova[89]: qualora il pubblico ministero ritenga l'occupazione abusiva non coperta da una causa di giustificazione, sarà sufficiente dimostrare che quest'ultima sia effettivamente tale; al contrario, sarà onere dell'indagato dimostrare che ricorrono le stringenti condizioni richieste dalla giurisprudenza affinché possa dirsi operante lo stato di necessità.

4.1. La laconicità della disciplina ordinaria dello sgombero, oltre a suscitare perplessità in ordine alla tenuta costituzionale, è una rappresentazione icastica di come il legislatore abbia inteso relegarla, di fatto, a modalità secondaria e, al contempo, rafforzare quella d'urgenza.

---

[86] Secondo V. Romeo, *La reintegrazione nel possesso*, cit., 1365, «la peculiare caratterizzazione della misura induce a ritenere sempre sussistente il requisito del *periculum in mora* consistente nel rischio di prosecuzione nell'attività criminosa, vista e considerata la natura permanente del reato».
[87] Cass. 7.5.2025 n. 16964. Sul punto Corte di Cassazione, Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa*, cit., 34, ha precisato che «l'accertamento dei «fondati motivi», in concreto, non appare essere molto diverso da quello relativo alla verifica della sussistenza del *fumus commissi delicti*, presupposto per disporre il sequestro preventivo; pare opportuno, quindi, richiamare la più recente evoluzione giurisprudenziale secondo la quale tale verifica non è limitata all'astratta verifica della sussumibilità del fatto in un'ipotesi di reato, ma nella "esistenza di concreti e persuasivi elementi di fatto, quantomeno indiziari, indicativi della riconducibilità dell'evento alla condotta dell'indagato, pur se il compendio complessivo non deve necessariamente assurgere alla persuasività richiesta dall'art. 273 cod. proc. pen. per le misure cautelari personali».
[88] In tema di invasioni di terreni o edifici, ancora recentemente Cass. 21.10.2025 n. 34341, ha ribadito che «questa Corte ha affermato che l'abusiva occupazione di un bene immobile è scriminata dallo stato di necessità conseguente al pericolo di danno grave alla persona, che ben può consistere anche nella compromissione del diritto di abitazione ovvero di altri diritti fondamentali della persona riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost., sempre che ricorrano, per tutto il tempo dell'illecita occupazione, gli altri elementi costitutivi della scriminante, quali l'assoluta necessità della condotta e l'inevitabilità del pericolo; ne consegue che la stessa può essere invocata solo in relazione ad un pericolo attuale e transitorio e non per sopperire alla necessità di reperire un alloggio al fine di risolvere in via definitiva la propria esigenza abitativa». In termini, sull'applicabilità della scriminante dello stato di necessità anche all'art. 634-*bis* Cp, S. Zirulia, *Il decreto sicurezza*, cit.
[89] Vi è da evidenziare che, nel giudizio di merito, Cass. 9.10.2020 n. 35024, ha ritenuto che «ai fini del riconoscimento di una causa di giustificazione, l'imputato è gravato da un mero onere di allegazione, essendo tenuto a fornire le indicazioni e gli elementi necessari all'accertamento di fatti e circostanze altrimenti ignoti che siano in astratto idonei, ove riscontrati, a configurare in concreto la causa di giustificazione invocata, mentre incombe sulla pubblica accusa l'onere della "prova negativa", con la conseguenza che, nel dubbio sull'esistenza dell'esimente, il giudice deve giungere ad una pronuncia di assoluzione perché il fatto non costituisce reato, ex art. 530, comma 3, cod. proc. pen.».

L'attuale formulazione normativa prevede, infatti, che «su richiesta del pubblico ministero il giudice competente dispone con decreto motivato la reintegrazione nel possesso dell'immobile o delle sue pertinenze oggetto di occupazione arbitraria ai sensi dell'articolo 634-*bis* del codice penale. Prima dell'esercizio dell'azione penale, provvede il giudice per le indagini preliminari».
Le certezze riguardano l'autorità proponente (il pubblico ministero), quella decidente (il giudice che procede o il G.i.p.), le forme del provvedimento (decreto motivato) e i presupposti (occupazione arbitraria di immobile o sue pertinenze ai sensi dell'art. 634-*bis* Cp). Tuttavia, nulla è detto, nemmeno nelle NAttCpp, circa le modalità di consegna/notificazione del decreto né quelle di esecuzione[90]: è necessario invitare la persona a lasciare l'abitazione? Se l'indagato non è presente è opportuno attenderlo o cercare di rintracciarlo?
Per come strutturata, dunque, la nuova disciplina potrebbe prestare il fianco a questioni di costituzionalità, qualora si ritenesse esistente una tutela del domicilio di fatto acquisito *contra ius*, al pari di quanto già sostenuto dalla Corte europea in relazione al contiguo diritto all'abitazione. Così ragionando, e ritenendo non tassativa l'elencazione di ispezioni, perquisizioni e sequestri di cui all'art. 14 Cost., mancherebbero, almeno parzialmente, i modi previsti dalla legge per poter limitare un diritto costituzionalmente sorretto da doppia riserva di legge e di giurisdizione.

4.2. Il cuore pulsante della reintegrazione nel possesso risiede, senza dubbio, nella procedura d'urgenza, finalizzata a fornire una tutela immediata a coloro che sono stati privati della disponibilità della loro unica abitazione. Sotto questo punto di vista, non senza imprecisioni, il legislatore ha compiuto uno sforzo di tipizzazione sicuramente migliore dei modi con i quali è possibile procedere con lo sgombero, ma al contempo ha fornito alla polizia giudiziaria un potere decisorio decisamente troppo dilatato.
Il presupposto fondamentale continua a essere l'occupazione arbitraria di un immobile ai sensi dell'art. 634-*bis* Cp, a cui si aggiunge la circostanza che l'occupazione verte sull'unica abitazione del denunciante. Ricevuta la denuncia, la polizia giudiziaria è onerata di svolgere immediatamente i primi accertamenti volti a verificare la sussistenza dell'occupazione – che verosimilmente possono consistere nella presa visione di una visura catastale, di un contratto di locazione, di un provvedimento di assegnazione di una casa popolare – e recarsi «senza ritardo» presso l'immobile. L'utilizzo dell'avverbio di tempo in questione, unitamente al fatto che si tratta dell'unica abitazione del denunciante, sembra deporre a favore di una successione di avvenimenti che deve avere luogo senza soluzione di continuità, al fine di non frustrare le esigenze di tutela dettate dalla norma.
Una volta giunti sul luogo, gli ufficiali e agenti di polizia giudiziaria devono svolgere le attività di cui all'art. 55 Cpp[91]. In particolare, un ruolo primario assume la finalità di «assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale», al fine di verificare la «sussistenza del *fumus* degli elementi del reato di cui all'art. 634-*bis* c.p.»[92].

[90] P. Di Geronimo, *op. cit.*, 1466.
[91] Cass. 29.9.1994 n. 3974, aveva giustamente escluso che l'art. 55 Cp potesse fondare una base normativa idonea per procedere con uno sgombero: «deve considerarsi abnorme, e come tale è immediatamente ricorribile per cassazione, il provvedimento con il quale il p.m., quale capo della polizia giudiziaria ed allo scopo di impedire che un reato permanente venga portato ad ulteriori conseguenze, ordini, richiamandosi all'art. 55 c.p.p., lo sgombero di un immobile abusivamente occupato; ai fini del perseguimento dello scopo suddetto, infatti, possono essere utilizzati esclusivamente gli strumenti specificamente preveduti dalle norme processuali penali, tra i quali non rientra il provvedimento di sgombero, atto che è riservato all'autorità amministrativa e travalica le attribuzioni del p.m. e della polizia giudiziaria, salvo che non costituisca una ineliminabile modalità di attuazione del sequestro».
[92] A. Marandola, *Il pacchetto sicurezza e i piccoli ritocchi apportato al codice di rito penale*, in *Ius Penale*,

È questo, infatti, l'unico vero momento in cui il presunto occupante può esercitare un, pur menomato di quasi tutti i suoi contenuti fondamentali, diritto al contraddittorio e dimostrare che l'occupazione è, in realtà, legittima (es. producendo copia di un contratto di locazione, ancorché scaduto).
In questo frangente, gli ufficiali di polizia giudiziaria, stante la loro «ampia discrezionalità tecnico-operativa»[93], rivestono impropriamente una triplice figura, di natura marcatamente inquisitoria, di accusatore, difensore e giudice, dal momento che, se non si convincono della legittimità dell'occupazione, «ordinano l'immediato rilascio dell'immobile e contestualmente reintegrano il denunciante nel possesso dell'immobile medesimo»[94]. Il tutto, non solo in assenza di un provvedimento giurisdizionale, ma finanche senza un'autorizzazione del pubblico ministero. Una simile previsione può forse essere giustificata, nella mente del legislatore, se si guarda alla causa di non punibilità prevista dall'art. 634-*bis* Cp in caso di ottemperanza volontaria all'ordine di rilascio, ma ciò non toglie che quantomeno un'autorizzazione orale, successivamente confermata per iscritto, del pubblico ministero sarebbe stata opportuna, se non addirittura necessitata[95]. E ciò, a maggior ragione, se si considera che, del tutto incredibilmente, non è stato previsto per l'occupante, da ritenersi indagato a seguito di denuncia-querela, il diritto ad avvalersi di un difensore (di fiducia o d'ufficio) né di ricevere avviso in tal senso, in quanto l'art. 365 Cpp continua a fare riferimento ai soli atti di perquisizione o di sequestro e, di conseguenza, non può essere consegnata nemmeno l'informazione di garanzia (art. 369 Cpp). Sotto questo punto di vista, dunque, vi è un aperto, insanabile e lapalissiano contrasto con il diritto di difesa previsto dall'art. 24 comma 2 Cost.
L'intervento del titolare dell'accusa – e non del giudice, così richiesto dall'art. 321 co. 3-*bis* Cpp[96] – vi è nei casi in cui non sia possibile reintegrare il denunciante nel possesso dell'immobile, ossia qualora lo stesso neghi l'accesso all'immobile, opponga resistenza, rifiuti di eseguire l'ordine di rilascio o sia assente. Al ricorrere delle citate situazioni, la polizia giudiziaria, che ben può procedere con l'arresto facoltativo in flagranza, non può tuttavia eseguire coattivamente l'ordine di rilascio, dalla stessa impartito, senza una previa autorizzazione del pubblico ministero (scritta, oppure resa oralmente e confermata per iscritto o telematicamente)[97]. Il paradosso della disciplina è evidente: la polizia giudiziaria può arrestare l'occupante e metterlo a disposizione del pubblico ministero, ma non può ordinare lo sgombero, dovendo attendere, con il soggetto *in vinculis*, l'autorizzazione del titolare dell'accusa. Sarebbe allora opportuno che, nella prassi, la polizia giudiziaria proceda all'arresto solo a seguito di autorizzazione allo sgombero da parte del pubblico ministero. In ogni caso, permangono i medesimi dubbi di legittimità costituzionale della disciplina per violazione del

2.7.2025.
[93] A. Marandola, *Il pacchetto sicurezza*, cit.
[94] Sul punto, Senato della Repubblica, XIX Legislatura, *Proposte di questione pregiudiziale*, 3.6.2025, 3, sottolinea che «si attribuisce alla polizia giudiziaria, anziché all'autorità giudiziaria, un potere che inevitabilmente implica valutazioni in ordine alla sussistenza o meno di un diritto». Critica sul punto anche A. Marandola, *I pochi interventi di natura processuale*, cit., 928.
[95] In ogni caso, infatti, a seguito di denuncia deve essere aperto un fascicolo a modello 21 e successivamente richiesta l'archiviazione del pubblico ministero per sussistenza di una causa di non punibilità. Precludere al titolare dell'accusa di vagliare, sia pur sommariamente, un atto della polizia giudiziaria è una scelta del tutto priva di ragionevolezza.
[96] Evidenzia tale diversità di disciplina P. Di Geronimo, *op. cit.*, 1466.
[97] V. Romeo, *La reintegrazione nel possesso*, cit., 1360, sostiene che «sarebbe stato forse opportuno elidere qualsiasi spazio di discrezionalità della polizia giudiziaria (art. 381, comma 4, c.p.p.) e configurare come automatica l'applicazione della misura precautelare dell'arresto a seguito dell'allontanamento coattivo dall'abitazione liberata».

diritto di difesa in precedenza evidenziati, in quanto la figura del difensore è radicalmente annichilita.
L'unica interpretazione costituzionalmente orientata, in attesa di un necessitato intervento additivo della Corte costituzionale (o, ancor meglio, del legislatore), impone di ritenere il richiamo ai sequestri previsto dall'art. 365 Cpp come richiamo all'intero capo relativo al sequestro preventivo, che comprende anche la reintegrazione nel possesso, e non al solo sequestro preventivo in sé. Non vi è dubbio che una simile esegesi comporti uno sforzo ermeneutico estremo, in quanto disancorato dal dato testuale, ma diversamente ragionando si comprimerebbero, in modo parimenti estremo, le garanzie fondamentali minime dei cittadini.
Nell'un caso e nell'altro[98], gli ufficiali di polizia giudiziaria redigono verbale delle attività svolte, indicando i motivi dell'ordine di rilascio, consegnandolo alla persona interessata. Il "verbale motivato", da trasmettere al pubblico ministero entro quarantotto ore, è imprescindibile per consentire al pubblico ministero di adottare le sue determinazioni in merito a una possibile restituzione dell'immobile o richiedere al giudice «la convalida e l'emissione di un decreto di reintegrazione nel possesso» al giudice competente entro le successive quarantotto ore, il quale deve decidere entro i successivi dieci (termini espressamente dichiarati perentori). Da come è formulato l'art. 321-*bis* co. 6 Cpp, sembrerebbe che il pubblico ministero debba chiedere al giudice la convalida dell'ordine di rilascio della polizia giudiziaria e la contestuale emissione di un decreto di reintegrazione nel possesso. Tuttavia, una simile interpretazione letterale è del tutto insensata per due ordini di ragioni: il successivo comma 7 impone la notifica all'occupante dell'ordinanza del giudice e «del decreto di cui al comma 6», dal che si desume, *a contrario*, che l'emissione di un decreto di reintegrazione nel possesso sia demandata al pubblico ministero; la disciplina del sequestro preventivo prevede che sia l'organo dell'accusa a emettere un decreto di sequestro preventivo d'urgenza che deve essere convalidato da un giudice. Da tali considerazioni consegue che l'unica lettura sistematicamente sensata impone al pubblico ministero di adottare un decreto di sgombero, il quale deve successivamente essere convalidato dal giudice con ordinanza.
Qualora il giudice non convalidi la misura, oppure quando la stessa decada per mancato rispetto dei termini perentori, si pone il problema della restituzione dell'immobile, dal momento che potrebbero esservi situazioni nelle quali il denunciante non è il legittimo proprietario o detentore[99]. Al fine di evitare che vengano disposte restituzioni a chi non ne ha diritto, è ragionevole ritenere che il giudice, nel caso in cui abbia elementi a disposizione sufficienti per identificare il legittimo detentore o titolare dell'immobile, possa disporre la restituzione a quest'ultimo anziché al denunciante[100].
Diverso, invece, il caso in cui lo sgombero d'urgenza non venga convalidato perché l'immobile oggetto di occupazione abusiva non è l'unica abitazione effettiva del denunciante. In simili situazioni, deve ritenersi che il giudice possa non convalidare lo sgombero d'urgenza ma, se richiesto dal pubblico ministero, possa procedere ai sensi della procedura ordinari di cui al co. 1 dell'art. 321-*bis* Cpp. Se, ancora, il giudice ritiene che non vi siano i presupposti sostanziali per convalidare la misura – per esempio per mancanza del requisito della violenza – e che, quindi, si versi nell'ipotesi della più mite fattispecie di invasione di terreni o edifici (art. 633 Cp), non potrà certamente convalidare la reintegrazione nel possesso e reimmettervi il legittimo titolare; tuttavia, se richiesto dal pubblico ministero, non è da escludersi che possa non

[98] Secondo R. Tecce, *op. cit.*, 108, la procedura che segue «si applica nella sola ipotesi di reintegro coattivo, e non anche qualora l'occupante abbia spontaneamente lasciato l'immobile a seguito dell'ordine formulato in forza del comma 3 dell'art. 321-*bis* del c.p.p.».
[99] Pone in evidenza tale aspetto P. Di Geronimo, *op. cit.*, 1467.
[100] Così anche P. Di Geronimo, *op. cit.*, 1467.

convalidare lo sgombero e ordinare un sequestro preventivo dell'immobile, con attribuzione della custodia a chi legittimamente lo detiene[101].
È interessante notare, infine, che la convalida del decreto di sgombero sia fondamentale anche qualora l'occupante abbia adempiuto spontaneamente all'ordine di rilascio impartitogli dalla polizia giudiziaria senza che il pubblico ministero ne fosse notiziato. Ed è proprio questa la situazione che, più frequentemente, potrebbe comportare la restituzione dell'immobile al destinatario dell'ordine di rilascio. Ma, allora, se l'intervento del pubblico ministero è comunque necessitato, non si capisce proprio il motivo per cui lo stesso non sia stato previsto fin dall'inizio, anche al fine di evitare uno sgombero seguito da una restituzione dell'immobile senza richiesta di convalida.

4.3. Le criticità della nuova misura cautelare raggiungono il loro apice se solo si guarda ai possibili rimedi, da intendersi in senso lato come strumenti volti a contestare la legittimità della misura ovvero a chiederne la cessazione.
Non vi è traccia, infatti, di alcuna possibilità di riesame o di appello cautelare per il soggetto destinatario della misura, il quale risulta essere del tutto privo di un effettivo contraddittorio, anche solo postumo, sulla legittimità della misura[102]. La garanzia dell'intervento giurisdizionale, dunque, rimane sulla carta e non consente il concreto esercizio del diritto di difesa, di quello al giusto processo e, soprattutto, del diritto a un rimedio effettivo. La valutazione del giudice, infatti, senza la possibilità per l'indagato di argomentare le proprie ragioni, non consente certamente, come richiesto da *Brazzi c. Italia*, di «ottenere un controllo giurisdizionale effettivo, tanto in fatto come in diritto, della misura in questione e dello svolgimento della stessa»[103]. Ancora più nello specifico, guardando al versante unionale, la Corte di Giustizia ha in più occasioni puntualizzato che il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce «un principio generale del diritto dell'Unione sancito»[104]; che le misure adottate devono essere «oggetto di una reale ed effettiva ricezione da parte dell'interessato»[105]; che il diritto a un ricorso effettivo «è costituito da diversi elementi che comprendono, in particolare, i diritti della difesa, il principio della parità delle armi, il diritto di ricorso ad un giudice, nonché il diritto di farsi consigliare, difendere e rappresentare»[106]; che «la concessione del patrocinio a spese dello Stato è un aspetto del diritto a un ricorso effettivo espressamente garantito dall'articolo 47, terzo comma, della Carta»[107]; e che «l'effettività del ricorso giurisdizionale, garantito dall'articolo 47, primo comma, della Carta, presuppone che l'interessato possa conoscere la motivazione di una decisione adottata nei suoi confronti»[108].
Nello specifico tema delle violazioni di domicilio – dovute a perquisizioni – i Giudici del Lussemburgo hanno chiaramente evidenziato come «gli interessati possano ottenere un controllo giurisdizionale effettivo, tanto in fatto quanto in diritto, della misura controversa e del suo svolgimento» e come, quando un'operazione abbia già avuto luogo, «il ricorso o i ricorsi disponibili devono permettere di fornire all'interessato un rimedio adeguato»[109].

---

[101] Di diverso avviso P. Di Geronimo, *op. cit.*, 1467, secondo cui la soluzione di ricorrere al sequestro preventivo «non pare rispettosa del principio di economica processuale».
[102] Evidenzia M. Grotto, *L' "occupazione arbitraria" di immobili*, cit., 29 che «il rito civile è partecipato, quello penale è sommario e privo di un contraddittorio anche differito». Non può, infatti, considerarsi tale il contraddittorio che si ha innanzi la polizia giudiziaria.
[103] C. eur. 27.9.2018, *Brazzi c. Italia*, ric. n. 57278/11, §44.
[104] C.G.UE 3.7.2025, *Lita*, C-646/23, §58.
[105] C.G.UE 22.1.2026, *Hadenov*, C-453/24, §36.
[106] C.G.UE, Grande Sezione 17.3.2026, *Županijsko državno odvjetništvo*, C-8/24, §78.
[107] C.G.UE 8.5.2025, *Baralo*, C-530/23, §97.
[108] C.G.UE 20.3.2025, *Procureur de la République*, C-763/22, §54.
[109] C.G.UE 5.3.2023, *Intermarché Casino Achats c. Commissione*, C-693/20, §46.

Non vi è dubbio che la disciplina italiana sia in contrasto con la disciplina dell'Unione europea e che, di conseguenza, se ne debba fornire un'interpretazione, per quanto possibile, costituzionalmente e unionalmente orientata. La strada principale non può che essere quella del sollevamento di una questione di costituzionalità (o di una questione pregiudiziale) che estenda allo sgombero i rimedi previsti per il sequestro preventivo. Nelle more, si deve ritenere che tutti i riferimenti al sequestro preventivo operati dagli artt. 322 e 323 Cpp siano applicabili analogicamente, in ragione della collocazione sistematica del nuovo art. 321-*bis* Cpp e degli obblighi europei, anche allo sgombero[110], sebbene non si possa negare che una simile interpretazione rischi di porsi in contrasto con il principio generale di tassatività delle impugnazioni.

4.4. Altro tema rimasto nella penna del legislatore è quello delle vicende estintive o modificative della reintegrazione nel possesso dell'immobile. Anche sotto questo aspetto, il legislatore sembra essersi focalizzato esclusivamente sul primo intervento di sgombero, che rischia di assumere i contorni di una "condanna mascherata", in quanto non si tiene minimamente in considerazione l'ipotesi che il pubblico ministero e il giudice possano essere incorsi in un errore nell'adottare le rispettive determinazioni. Per fare un esempio, si pensi a Tizio, locatore in nero di un immobile, che, per sfrattare velocemente Caio, denuncia l'occupazione dell'immobile. Caio non riesce immediatamente a provare alla polizia giudiziaria, per testimoni o per il tramite di eventuali ricevute di eseguito bonifico, che in realtà possiede un titolo legittimante per rimanere all'interno dell'appartamento; qualche giorno dopo, e prima ancora che quest'ultimo venga di nuovo locato, Caio può dimostrare che, al contrario, deteneva l'immobile legittimamente. Per come strutturata, la norma non consente allo sgomberato di chiedere al G.i.p. la revoca del decreto di reintegrazione nel possesso.
Inoltre, a differenza di quanto previsto per il sequestro preventivo, l'art. 321-*bis* Cpp non disciplina il caso in cui siano pronunciati provvedimenti liberatori (ivi compresa l'archiviazione, ad eccezione di quella per la causa di non punibilità dell'art. 634-*bis* Cp) o di condanna. Nel primo caso, infatti, non si prevede la caducazione della misura e la restituzione dell'immobile; nel secondo, invece, non è stata immaginata una misura definitiva analoga alla confisca in relazione al sequestro preventivo, sicché deve ritenersi che rimarrà in piedi, a tempo indeterminato, la misura cautelare, in quanto, in caso contrario, verrebbe privata di contenuto la natura e la finalità del nuovo istituto. In ogni caso, anche a voler considerare la misura caducata o mancante dei requisiti dell'ultrattività, il proprietario dell'immobile è stato reintegrato nel possesso e, di conseguenza, in assenza di un provvedimento di segno opposto, il condannato non può riprendere la disponibilità dell'immobile da cui è stato allontanato.
Di nuovo, quindi, per ricondurre la misura nei binari della legittimità, non senza acrobazie interpretative, si deve necessariamente ritenere che gli istituti pensati per il sequestro preventivo siano estendibili anche alla reintegrazione nel possesso, e in particolare la perdita di efficacia del sequestro preventivo (art. 323 Cpp) e le vicende modificative dello stesso (art. 321 Cpp). In ogni caso, è pronosticabile, oltreché auspicabile, un intervento della Corte costituzionale che prenda posizione sul punto.

5. Le considerazioni svolte consentono di formulare un giudizio moderatamente positivo sulla nuova disciplina nel suo complesso[111], con differenziazioni di non secondo momento tra la parte sostanziale e quella processuale.

[110] Ritiene estendibile l'intera disciplina del sequestro preventivo alla reintegrazione nel possesso anche A. Marandola, *I pochi interventi di natura processuale*, cit., 928, nonché R. Tecce, *op. cit.*, 109.
[111] Ancor più favorevole M. Ronco, *Pacchetto sicurezza*, in *Centro Studi Livatino*, 28.4.2025, secondo il quale

Sul versante del diritto penale sostanziale, la scelta di incriminare l'occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui appare, in linea di principio, condivisibile e non costituzionalmente illegittima, dal momento che «non sembra sia punito il mero dissenso, o il disagio sociale in quanto tale»[112], ma è punita una grave violazione del diritto altrui al domicilio e all'abitazione, oltreché quello di proprietà. Sotto questo profilo, dunque, il nuovo art. 634-*bis* Cp presidia con la sanzione penale uno spazio nel quale l'ordinamento non è affatto tenuto a riconoscere prevalenza alla situazione di fatto creatasi *contra ius*. Né può sostenersi che il bisogno abitativo dell'occupante, pur meritevole di considerazione sul piano sociale e di cui lo Stato e gli enti territoriali devono farsi carico, sia di per sé idoneo a giustificare l'acquisizione violenta o truffaldina dell'altrui abitazione.

Da questo punto di vista, quindi, la fattispecie incriminatrice non presenta profili tali da imporne una radicale censura. Ciò non esclude, beninteso, che singoli segmenti della disposizione siano criticabili, ma tali criticità non compromettono la tenuta complessiva della disposizione. In definitiva, il nuovo reato è frutto di una scelta politico-criminale non obbligata, ma non per questo costituzionalmente o convenzionalmente illegittima.

Ben diverso è, invece, il giudizio che deve formularsi sulla misura cautelare della reintegrazione nel possesso. L'idea di approntare uno strumento rapido di restituzione dell'immobile a chi ne sia stato arbitrariamente spossessato è, in sé, ragionevole e persino opportuna, in particolar modo quando l'occupazione investe l'unica abitazione della persona offesa.

Il problema, però, è che una buona idea è stata tradotta in una disciplina processuale scritta male, lacunosa e, per alcuni passaggi, difficilmente compatibile con i principi costituzionali fondamentali e con le garanzie minime del giusto processo. La misura, infatti, è stata inserita nel sistema delle cautele reali senza un adeguato adattamento della relativa disciplina; il *periculum* coincide sostanzialmente con le modalità di manifestazione del fatto tipico, con il rischio di automatismi applicativi; la procedura ordinaria è stata regolata in modo ellittico; quella d'urgenza attribuisce alla polizia giudiziaria il ruolo di *dominus* di fatto dello sgombero; i rimedi risultano del tutto assenti; le vicende estintive e modificative sono state pressoché dimenticate; e, soprattutto, il ruolo del difensore è stato compresso in misura del tutto intollerabile. In altre parole, il vero *vulnus* della disciplina processuale non risiede nell'*an* della tutela anticipata, ma nel *quomodo* della sua costruzione normativa.

Il bilancio conclusivo è, dunque, a geometria variabile. La fattispecie incriminatrice risulta, nel complesso, ragionevole e costituzionalmente compatibile; la misura cautelare, in un iperuranio platonico, è parimenti condivisibile; ciò che non convince è la sua traduzione nella concreta disciplina processuale, dal momento che la formulazione normativa appare lacunosa, disorganica e, per più aspetti, difficilmente conciliabile con le esigenze minime del giusto processo e con la tutela dei diritti fondamentali del cittadino.

«sembra tutt'altro che incongrua la previsione di un mini-sistema di diritto sostanziale diretto a punire l'occupazione arbitraria di immobili destinati al domicilio altrui e processuale diretto a reintegrare gli aventi diritto nel possesso degli stessi (art. 10 Decreto). L'esperienza degli ultimi decenni rivela la preoccupante stabilizzazione di situazioni illecite ai danni di vittime incolpevoli derivante dall'occupazione violenta di immobili, organizzata da gruppi che, in spregio sistematico della legalità, vìolano le precedenze fissate dai pubblici uffici per l'assegnazione di abitazioni popolari».

[112] A. Abukar Hayo, *L'ultimo pacchetto sicurezza*, cit., 16.

IL DISSOLVIMENTO DELLE POSIZIONI DI GARANZIA NEL DIRITTO PENALE DEGLI APPALTI, TRA VECCHIE INCERTEZZE E AUSPICI FUTURI[*]

di Jacopo Della Valentina (Contrattista di ricerca in Diritto Penale, Università di Padova)

Nell'introdurre speciali figure di "debitori di sicurezza" – dal committente al CSE, dal RL all'appaltatore – il microsistema delineato agli artt. 88 ss. Tusl, in materia di organizzazioni complesse nei cantieri mobili, sembra dare luogo a irrisolvibili rebus processuali, intrecciando in modo, talora, inestricabile distinte sfere di responsabilità: dove conduce l'interazione tra due clausole generali quali l'art. 113 e l'art. 40 cpv. cp? La prima disposizione persegue una mera funzione di disciplina, o ha valenza autenticamente incriminatrice? La posizione di garanzia merita ritrovare prudente limitazione ai poteri impeditivi dell'evento, ovvero è ormai sdoganata la sua estensione ai poteri intermedi di segnalazione o di sorveglianza? E dove rinvenirla: forse all'interno delle stesse disposizioni da cui si traggono le regole cautelari nel giudizio colposo? Come, dunque, distinguerla da queste ultime? Tanto più, ove si consideri l'esistenza di regole cautelari "relazionali". Il predetto apparato normativo rappresenta un ottimo banco di prova, per chi intenda cimentarsi nella risoluzione dei quesiti sopra avanzati e, soprattutto, nella verifica della validità delle soluzioni proposte dalla dottrina. L'ipotesi, da verificare, è che il settore dei rischi interferenziali da lavorazione in appalto, pur da prevalente dottrina applicativamente assimilato ad altri contesti in cui opera la colpa in organizzazione – da quello societario a quello della protezione civile, passando per l'attività medica di èquipe – presenti in realtà alcune peculiarità sul piano interpretativo, meritevoli di essere adeguatamente approfondite al metro della corrispondente elaborazione giurisprudenziale.
By introducing specific roles of "safety debtors" – ranging from the client to the "CSE", from the "RL" to the contractor – the framework set out in Articles 88 et seq. of the TUSL, concerning complex organisations on mobile construction sites, appears to give rise to intractable procedural conundrums, sometimes inextricably intertwining distinct spheres of responsibility: where does the interaction between two clauses such as Article 113 and Article 40(c) of the Criminal Code lead? Does the first provision serve a purely regulatory function, or does it have genuine incriminating force? Should the security position be subject to prudent limitation to powers to prevent the event, or has its extension to intermediate powers of reporting or supervision now been accepted? And where might this be found: perhaps within the very provisions from which the precautionary rules in negligence proceedings are derived? How, then, can it be distinguished from the latter? All the more so when one considers the existence of "relational" precautionary rules. The aforementioned regulatory framework provides an excellent testing ground for those wishing to tackle the questions raised above and, above all, to verify the validity of the solutions proposed by legal doctrine. The hypothesis, which remains to be verified, is that the area of interference risks arising from subcontracted work, although in prevailing legal doctrine treated in the same way as other contexts in which organisational negligence applies – ranging from corporate matters to civil protection, including medical teamwork – actually presents certain distinctive features in terms of interpretation, which merit adequate examination in the light of the relevant case law.

Posizioni di garanzia – gestione del rischio – sicurezza sul lavoro

[*] Il presente lavoro è stato redatto in occasione della XX Edizione del Corso Internazionale di formazione in Diritto Penale – *La responsabilità come forma di imputazione: dolo, colpa, preterintenzione, rischio*, tenutosi il 3-4 ottobre 2025 presso l'Università degli Studi di Salerno e costituisce la versione rivista e più estesa del contributo destinato alla pubblicazione degli atti nella relativa Collana.

Security positions – risk management – workplace safety

Sommario: 1. Dal garante come "signore sul fatto" al garante come "gestore del rischio". - 2. Il diritto penale degli appalti come contesto di gemmazione di nuovi garanti. - 2.1. Il committente (e il responsabile dei lavori) e la "verifica della verifica". - 2.2. Il coordinamento "formalizzato" del CSE. - 3. La gestione del rischio e l'indagine sul *tipo* di rischio: dalla ricerca della posizione di garanzia alla ricerca della responsabilità per fatto proprio colpevole. - 4. Due notazioni controintuitive… ma non necessariamente in controtendenza.

1. Le organizzazioni complesse mal tollerano le categorie del diritto penale[1]: rimuovono i termini tra l'agire e l'omettere[2], non offrono punti fermi alla teorica del concorso di persone[3], "fluidificano" l'accertamento del coefficiente psichico colposo[4]. Nonché – al cospetto del disvalore d'evento – "polverizzano"[5] la posizione di garanzia.
La *baby-sitter* che da contratto prende in carico il fanciullo e successivamente si distrae, cagionandone la morte, o il bagnino che omette di accorrere al salvamento del bagnante inesperto, il quale affoga, non restituiscono che un ricordo sbiadito di tale figura dogmatica. Ad oggi, il cimentarsi nella ricostruzione dello statuto delle posizioni di garanzia – alla stregua di poteri "esaustivamente" ed "autonomamente" impeditivi dell'evento – che sorgano in seno alle attività organizzate pare una ricerca destinata a finire… in tempo perduto.
Un oblio – percepibile nel contesto d'elezione del reato omissivo improprio, colposamente causato da più cooperanti – figlio di Vaghezza e Giuridicità, endemiche alla clausola generale dell'art. 40 cpv. Cp.
Quanto alla prima, è noto che tra le fila di coloro che non hanno impedito l'evento, all'obbligato che ha «nelle mani»[6] il bene giuridico e che nondimeno rimane drammaticamente inerte si siano da tempo[7] aggiunti i titolari di poteri sollecitatori o di sorveglianza che abbiano (non necessariamente mediante omissione) scorrettamente adempiuto ai propri doveri. La *baby sitter* e il bagnino – interpreti eccellenti dell'omissione impropria sul piano della tipicità monosoggettiva, là dove è chiara la fonte dell'obbligo, così come chiaro è il nesso tra la non-azione e l'evento infausto – non riescono a illustrarci il perché il RSPP che "si scorda" di informare il datore circa una persistente situazione di pericolo all'interno dei locali aziendali, l'amministratore senza deleghe che non si sia opposto all'approvazione di una delibera illecita, il funzionario di protezione civile che abbia omesso la redazione della Carta di localizzazione dei pericoli da valanga debbano rispondere dell'infortunio del lavoratore, della bancarotta in cui sia incorsa la società, della slavina che seppellisce un hotel di montagna.

[1] V. Torre, *Organizzazioni complesse e reati colposi*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, tematici *ED* II 2021, spec. 892 ss.
[2] D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta nel reato omissivo improprio*, Pisa 2023, 147 ss.
[3] M. Papa, *Quale statuto condiviso per il concorso di persone nel reato?*, in *www.disCrimen.it*, 1.12.2022, 9 ss.
[4] D. Castronuovo, *I delitti di omicidio e lesioni*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, a cura di D. Castronuovo, Torino 2023, 341 ss.
[5] A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa 2022, *passim*.
[6] A. Fiorella, *Principi generali di diritto penale dell'impresa*, in *Il diritto penale dell'impresa*, a cura di L. Conti, Padova 2001, 44. Sulla equivalenza epistemologica tra "garante" e titolare di "poteri di signoria" sull'evento dannoso, F. Sgubbi, *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*, Padova 1975, 142; G. Fiandaca, *Il reato commissivo mediante omissione*, Milano 1979, 76.
[7] Il riferimento va, come evidente, anzitutto alla figura del RSPP, all'esito della sentenza *ThyssenKrupp*. Di recente, rimanendo nell'ambito del diritto penale del lavoro, sembra conoscere sorte comune il RLS, come evidenzia F. Contri, *Posizione di garanzia, nesso causale e tendenze evolutive. Rapsodiche considerazioni sulla responsabilità penale del RLS*, in *www.dpei.it*, 26.11.2024.

E ciononostante – poiché marcata è la percezione di un *fumus* di responsabilità che si avverte in capo a costoro, ingranaggi che per *malagestio* mandano "in tilt" l'intero sistema – ecco che sul palcoscenico del concorso di persone viene conferita a tali contegni una tipicità che non si spiega altrimenti, se non letta in combinato disposto e in certo senso "fatalmente" con condotte ascrivibili a soggetti ulteriori, ancorché riconducibili alla medesima organizzazione[8]. Altrimenti detto, ciò che, esaminato a prescindere dal contesto di appartenenza, potrebbe apparire insignificante (se non, al più, nelle vesti di una fattispecie omissiva propria) e remoto rispetto alla produzione dell'evento dannoso, riesaminato in chiave plurisoggettiva assume una valenza radicale e decisiva. Pur dovendosi rifuggire dalle tentazioni delle spiegazioni causali[9] – tanto apparentemente chiarificatrici quanto, a uno sguardo più attento, inapplicabili ai rapporti (non già tra condotta ed evento, bensì) intersubiettivi, tipici delle organizzazioni complesse – è proprio la dinamica "cooperativa" di queste ultime a far affiorare nuove figure di responsabili-non autenticamente "signori sul fatto". Allorquando – altrimenti detto – sia ravvisabile un «rapporto di interconnessione teleologica»[10], in presenza del quale l'impedimento dell'offesa sarà l'esito della combinazione di più ingranaggi che devono tra loro proficuamente combinarsi, evidente come le posizioni di garanzia, ridimensionate al metro di un più contenuto "dovere di competenza", all'interno delle organizzazioni complesse tracimino[11].

A tale opzione – alla opportunità, cioè, di ritenere rilevante rispetto alla determinazione dell'evento infausto anche un potere non autenticamente impeditivo del predetto evento – non

[8] Sulla declinazione "sociologica" di organizzazione e sui riflessi che ne derivano sulle condotte del singolo, F. Consulich, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino 2023, 365, nt. 96, nonché Id., Errare commune est - *Il concorrente colposo, il nuovo protagonista del diritto penale d'impresa (e non solo)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 28.3.2022. Sul necessario distinguo tra colpa di organizzazione e in organizzazione, di recente, A. Orsini, *La responsabilità da reato dell'ente tra colpa di organizzazione e colpa di reazione*, Torino 2024. Tra i lavori monografici più rilevanti e recenti relativi alla successione diacronica e all'alternanza sincronica delle posizioni di garanzia nei contesti organizzati, si segnala A. Provera, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia nel diritto penale*, Torino 2025.

[9] Sul punto, si vedano le osservazioni critiche di G. De Francesco, *Il concorso di persone e il dogma causale: rilievi critici e proposte alternative*, in *CP* 2012, 11, 3918 ss. e 3928 ss.; Id., *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, II, Torino 2001, 332 ss.

[10] Così G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa nel contesto delle organizzazioni complesse*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 3.2.2020, 6.

[11] Peraltro, va per inciso osservato come l'impiego del diritto penale entro i contesti organizzati abbia portato a parziale obsolescenza l'a sua volta notevole *querelle* che pendolarmente assegnava l'inesatto adempimento dell'agente al paradigma della azione ovvero della omissione (donde l'ulteriore, difficile, dialettica tra causalità attiva ed omissiva: sulla quale, in dottrina, *ex plurimis*, R. Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino 2010, *passim*; M. Donini, *La causalità omissiva e l'imputazione per "aumento del rischio"*, in *RIDPP* 1999, 76 ss.; F. Viganò, *Riflessioni sulla c.d. "causalità omissiva" in materia di responsabilità medica*, in *RIDPP* 2009, 1679 ss.). In proposito, è stato correttamente rilevato che «nello scenario delle posizioni di garanzia, il quale è tale da evocare, nell'attuale contesto dei fenomeni plurisoggettivi, un 'fascio' più ampio di alternative funzionali rispetto a quello proprio di un obbligo di agire maggiormente uniforme e 'standardizzato' […], il soggetto che venga ad assumerle è da ritenersi onerato di attribuzioni che non si esauriscono nell' *an* del dovere di assolverle, ma si sostanziano, altresì, ed anzi in via preminente, nel *quomodo* e nelle forme dell'adempimento […] ne consegue, in buona sostanza, che le 'azioni' non in linea con quanto richiesto dalle 'qualifiche' funzionali in cui dette posizioni s'inscrivono finiscono anch'esse col denotare la mancata osservanza, per l'appunto, dei poteri-doveri inerenti al ruolo proprio del relativo 'garante', in un rapporto sistematicamente del tutto affine e complementare rispetto ai momenti 'omissivi' degli adempimenti richiesti» (G. De Francesco, *Brevi riflessioni sulle posizioni di garanzia e sulla cooperazione colposa*, cit., 5). In termini analoghi, individua l'offuscamento della dicotomia azione-omissione e l'irrilevanza del paradigma causale quale coppia di conseguenze del consolidamento della posizione di garanzia – per così dire – "affievolita" nell'ambito delle organizzazioni complesse D. Brunelli, *Riflessioni sulla condotta*, cit., 162-166.

osta, come evidente, la congenita *vagueness*[12] della formula contenuta all'art. 40 cpv. Cp, il cui doveroso "aggiornamento concettuale"[13] veniva reso possibile nell'opera ermeneutica della giurisprudenza proprio grazie alle larghe maglie del dettato normativo[14].
Sicché, all'appello dei garanti da tempo non risponde più solo il super-uomo – del resto introvabile nelle organizzazioni complesse – capace di impedire l'evento, ma un agente purchessia chiamato a gestire un rischio. Un garante, pur mediato e (crono)logicamente distante[15] dalla produzione dell'evento, tenuto a interfacciarsi con il rischio – non rilevando più, lo si ribadisce, se un approccio scorretto sia avvenuto in forma omissiva o commissiva, essendo sufficiente che tale rischio risulti gestito non correttamente – all'interno di una propria area di competenza, il cui perimetro definisce limiti e confini della tipicità della sua responsabilità penale.
Un tale sviluppo – lo si accennava – appare riconducibile nell'esclusivo segno dell'art. 40 cpv. Cp, nonostante gli sforzi profusi in dottrina di recuperare una tipicità altrimenti evanescente affidandosi all'altrettanto tormentata clausola di cui all'art. 113 Cp in funzione incriminatrice[16].
Alla posizione – *in parte qua* – originariamente prevalente, scettica nell'intravedere in capo a tale disposizione una efficienza "fondativa" della tipicità con riguardo ai reati causali puri (il cui disvalore è tutto imperniato sull'evento, di conseguenza non avendo rilievo le modalità di causazione del medesimo) ha fatto gradualmente fronte la concezione che, consapevole, da un lato, del nesso che deve pur sempre avvincere la regola cautelare in ipotesi violata all'evento lesivo in quanto concretizzazione del rischio astrattamente sotteso alla prima e, d'altro lato, della prevedibilità che connota l'agire dei singoli in un contesto organizzato[17], attribuisce valenza tipizzante all'art. 113 Cp con riguardo alle condotte «dotate di pericolosità ancora *astratta* ed *indeterminata* rispetto al fatto colposo realizzato in cooperazione»[18]. Posizione, per vero, accolta (ancorché parzialmente distorta) in sede di legittimità proprio nella prospettiva – malcelata – di "elasticizzare" le posizioni di garanzia, conseguita non già confessando l'estensione ermeneutica dell'art. 40 cpv. Cp, bensì mediante il recupero dell'art. 113 Cp in funzione incriminatrice rispetto a regole cautelari c.d. «secondarie»[19] ovvero a *status* che

[12] D. Castronuovo, *La mappa dell'Impero. Clausole generali e decifrabilità della norma penale*, in *Dir. quest. pubbl.*, 2018, 2, 11 ss.
[13] Intervenuto, come noto, a partire da Cass. 21.12.2012 n. 49821, in *DeJure*, e quindi definitivamente affermatosi con Cass. S.U. 8.9.2014 n. 38343, in *DeJure*.
[14] Tra gli Autori che ritengono ammissibile una tale operazione, a partire dal contesto del diritto penale societario, A. Nisco, *Posizioni di garanzia e sicurezza sul lavoro. Note a margine delle Sezioni unite ThyssenKrupp*, in *Ordine pubblico e sicurezza nel governo della città*, a cura di F. Curi, Bologna 2016, 174. Per una critica, da ultimo, al criterio della "competenza per il rischio", A. Vallini, *Per una rilettura della disciplina penale delle "concause sopravvenute" in rapporto alle dinamiche degli infortuni sul lavoro*, in *La sicurezza sul lavoro tra individuo ed ente collettivo*, a cura di V. Mongillo, Torino 2026, 213.
[15] Sulla frequente valenza «distale» dell'addebito colposo nelle organizzazioni complesse, D. Castronuovo, *Gestione "organizzata" del rischio di calamità. Colpa "distale" e "prossimale" alla luce della sentenza della Cassazione sul disastro di Rigopiano*, in *AP* 2025, 3, 15.9.2025.
[16] Per tutti, L. Risicato, *Il concorso colposo tra vecchie e nuove incertezze*, in *RIDPP* 1998, 132 ss. Per una dettagliata ricostruzione delle posizioni dottrinali, di recente, M. Di Florio, *La cooperazione nel delitto colposo: una fattispecie con una (problematica) funzione incriminatrice*, in *AP* 2021, 1. In tema v., altresì, G. De Francesco, *Verso una lettura più articolata del fenomeno concorsuale: tra cause 'fondanti' ed ipotesi di esclusione della responsabilità dei compartecipi*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23.1.2023, spec. par. 2.
[17] L. Cornacchia, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in AA.VV., *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli 2011, 821 ss.
[18] Chiarissima, nei termini surriferiti, L. Risicato, voce *Cooperazione colposa*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, tematici *ED* II 2021, 330.
[19] L'espressione è di G. Cognetta, *La cooperazione nel delitto colposo*, in *RIDPP* 1980, 85 ss., che inscrive in tale categoria obblighi di natura cautelare aventi a oggetto il controllo dell'altrui comportamento, di fatto però sovrapponendo – come attentamente rilevato da L. Risicato, *Il concorso colposo*, cit., 166 – gli istituti della

delimiterebbero la competenza del singolo rispetto a un dato rischio[20]. Ci limitiamo a tale affresco: il dibattito è noto e affollarlo ulteriormente significherebbe inutilmente congestionarlo. Ci preme, però, evidenziare come il meritorio sforzo – declinato in termini di tangibile garantismo – di coniugare una posizione di garanzia restrittivamente intesa e l'incriminabilità di contributi non impeditivi tenda sovente a sfociare in proposte di difficile attuazione, là dove il percorso seguíto in giurisprudenza è ben più lineare[21] nel dilatare a chiare lettere la interpretazione di una disposizione che – *bon gré mal gré* – lo consente[22].
Grattacapi non meno assillanti – stavolta sul piano processuale – derivano dalla giuridicità, si diceva, di cui la posizione di garanzia è intrisa. Questo, perlomeno, di regola, considerata l'estrema disinvoltura con cui, negli ultimi tempi, il ruolo di garante viene ricavato dalla mera dimensione fattuale[23].
Tralasciando, ora, la tendenza giurisprudenziale al "*da mihi factum, dabo tibi* posizione di garanzia", va detto che altro fattore della semplificazione cui l'istituto in esame è stato sottoposto nella prassi applicativa risiede proprio nella difficoltà di reperimento di una norma giuridica *precipuamente* redatta al fine di individuare il dovere di agire. In altre parole, a fronte del genericissimo rinvio extra-penale ("obbligo giuridico") che la clausola generale di cui all'art. 40 cpv. Cp opera, può talora rivelarsi problematico l'isolamento di una disposizione che assolva con "dedizione" *esclusiva* a tale funzione[24], sovente palesandosi il rischio di una crasi tra posizione di garanzia e regola cautelare[25]: d'altronde, come efficacemente osservato, «[l]a colpa può considerarsi, per diverse ragioni, l'esatto equivalente di ciò che l'omissione rappresenta sul versante dell'elemento soggettivo del reato» [26].
Invero, la distinzione non potrebbe risultare più marcata, in via teorica: altro è la disposizione che fonda il *dovere* di agire, delimitando il novero dei potenziali soggetti attivi; altro è la disposizione che interessa il *potere*[27] e che delinea, alla stregua di regola modale, il *quomodo* dell'agire, mettendo a fuoco la componente normativa della colpa[28]. Cionondimeno, va detto

---

cooperazione colposa e della posizione di garanzia, pur movendo dall'encomiabile tentativo di valorizzare la funzione incriminatrice dell'art. 113 Cp.

[20] Un tanto a partire dai contesti di rilevanza della colpa *d'èquipe*, anche se – ci pare – tale impostazione avrebbe altresì progressivamente irrorato – alla stregua di "competenza per il rischio" – la maggior parte dei contesti organizzati. Sul punto, in particolare, L. Cornacchia, *Colpa* d'èquipe, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, tematici *ED* II 2021, spec. 49-50, il quale denuncia tale "ibridazione" tra art. 40 cpv. Cp e art. 113 Cp come fondativa di una ulteriore e indebita forma di tipicità, giacché «la compartimentazione delle sfere di competenza rappresenta in realtà il precipitato dell'esigenza di una concentrazione dell'impegno del singolo professionista sulla propria prestazione», posto che «ogni sanitario ha una posizione di garanzia (di protezione) sul paziente, ma non di controllo sugli altri professionisti, o di impedimento di illeciti altrui».

[21] Chiaramente, A. Gargani, *op. cit.*, 117: «a dividere teoria e prassi non è tanto la funzione svolta dall'art. 113 Cp […] ma, semmai, la diversa accezione o latitudine di *Garantenstellung*».

[22] *Infra*, par. 4.

[23] Per tutti, Cass. 7.2.2020 n. 9049, in *DeJure*, con note, tra gli altri, di S. De Blasis, *Precisa enucleazione della posizione di garanzia come criterio selettivo nel reato omissivo improprio*, in *DPP* 2021, 4, 460 ss. e S. Prandi, *Alla ricerca del fondamento: posizioni di garanzia fattuali tra vecchie e nuove perplessità*, in *DPP* 2021, 5, 654 ss.

[24] Per una concezione particolarmente "formale" dell'origine dell'obbligo di garanzia, F. Giunta, *La posizione di garanzia nel contesto della fattispecie omissiva impropria*, in *DPP* 1999, 620 ss.

[25] In questo senso, C.E. Paliero, *La causalità dell'omissione: formule concettuali e paradigmi prasseologici*, in *RIML*, 1992, 828.

[26] A. Massaro, *Omissione e colpa*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, tematici *ED* II 2021, 866.

[27] Sulla potenziale dicotomia tra *dovere* e *potere* di agire, in relazione all'istituto della posizione di garanzia, in particolare C. Paonessa, *Obbligo di impedire l'evento e fisiognomica del potere impeditivo*, in *Crim* 2012, 641 ss.

[28] Sul punto, F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*¸ Padova 1993, spec. 94 ss. Ancora, A. Gargani, Ubi culpa, ibi omissio. *La successione di garanti in attività inosservanti*, in *RTrimDPenEc* 1999, 637; I. Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino 1998, 118 ss.; M.

che la contiguità (talora persino "topografica") di formulazione normativa, unitamente alla analogia dei criteri di collegamento teleologico al bene tutelato[29], contamina la pur nitida differenziazione esistente sul piano dogmatico tra le due categorie. Con la conseguenza che ha progressivamente acquisito consensi la teorica che, sia pur rinnegando l'esistenza di una sovrapposizione o persino di un'interferenza tra regole cautelari e posizioni di garanzia, argomenta nel segno della «presupposizione [, e cioè che] l'obbligo giuridico costituisce base statica dell'illecito, piedistallo normativo su cui edificare le cautele della responsabilità colposa»[30].

A complicare ulteriormente il già faticoso processo di "separazione" delle due "fasi" concorre, dipoi, la già rammentata formulazione "ampia" con cui vengono delineate le disposizioni che, oggi, pacificamente configurano nuove posizioni di garanzia[31], postulando meri doveri di sorveglianza o sollecitazione, assai più simili – in concreto – all'incedere "modale" tipico delle regole cautelari.

Vaghezza e Giuridicità, insomma, sono destinate a reintrecciarsi.

Il punto, forse meno problematico in presenza di un dovere autenticamente impeditivo, viceversa, può ben cogliersi al cospetto di un agente che disponga di poteri soltanto mediati, capaci cioè di influire su di un processo complesso "soffocando" un rischio già creatosi o evitando di creare un nuovo rischio a carattere relazionale (si pensi, nuovamente, ai casi del RSPP o del funzionario della protezione civile). Evidente come, in tale evenienza, la norma di riferimento potrà prestarsi, al più, a fornire una regola cautelare, non già una posizione di garanzia, ove questa venga intesa siccome circoscritta ai poteri autenticamente impeditivi dell'evento. Sarà possibile, cioè, valutare se l'agente abbia tenuto una condotta difforme da quella normativamente prescritta (assunzione suscettibile di pesare in sede processuale solo ove correlata al tipo di evento concretamente intervenuto), il che però non è abbastanza per (anzi, non ha nulla a che vedere con l') affermare che il medesimo sia soggetto attivo dell'omissione impropria: in definitiva, dalla fattispecie risultante, per quanto integrata sul piano del momento normativo della colpa, sarebbe sottratta a monte la tipicità soggettiva, secondo quel «*meccanismo diabolico* che rischia di mangiarsi la responsabilità per fatto

---

Mantovani, *Il principio di affidamento*, Milano 1997, 139 ss.; A. Massaro, *op. cit.*, 873; A. Boido, *Le posizioni di garanzia*, in *Il reato. Struttura del fatto tipico*, a cura di M. Ronco, Bologna 2011, 339 ss.

[29] A. Gargani, Ubi culpa, ibi omissio, cit., 635. Non è un caso che i fattori summenzionati abbiano indotto copiose posizioni dottrinali ad affermare, da un lato, l'assorbimento delle regole cautelari nel prisma della posizione di garanzia (in tema, nella dottrina tedesca, W. Gallas, *Die Strafrecthliche Verantwortlichkeit der am Bau Beteiligten*, Heidelberg 1964, 32; nella dottrina italiana, F. Sgubbi, *op. cit.*, 161), da un altro lato, la coincidenza in concreto a fronte della eterogeneità sul piano astratto (G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano 1965, 101 ss.; V. Militello, *La colpevolezza nell'omissione: il dolo e la colpa nel fatto omissivo*, in *CP* 1998, 989 s.).

[30] L. Cornacchia, *Posizioni di garanzia nell'ambito della sicurezza agroalimentare*, in *CP* 2013, 10, 3717 s., il quale aggiunge: «[s]e dunque quella nota tendenza interpretativa "deviata" alla volatilizzazione dell'omissione nella colpa e viceversa, attraverso un curioso meccanismo di surroga reciproca dei rispettivi criteri, è certamente effetto della commistione tra definizione della posizione di garanzia e violazione della regola cautelare […] probabilmente è corretto ritenere che si tratti di due questioni distinte, ma connesse: la competenza per la prevenzione di determinati eventi (*rectius*, per la gestione dei rischi) non è altro che la dimensione astratta e statica (e il presupposto sul piano normativo) di ciò che in concreto si rimprovera per colpa». Per i presupposti dogmatici di tale ricostruzione, *amplius*, Id., *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 453 ss., là dove – pur movendosi dalle posizioni dottrinali che a ragione separano concettualmente posizione di garanzia e regole cautelari – ne giustifica nondimeno la salda interconnessione in termini di «progressione di concretizzazione», rinvenendo la norma che individuerebbe lo *status* corrispondente al dovere giuridico di corretta gestione in un'area di pre-tipicità, descritta dall'Autore quale «antigiuridicità pre-penale».

[31] D'altra parte, una certa ampiezza e fors'anche indeterminatezza pare altresì congenita alle regole cautelari, come attentamente rilevato da R. Blaiotta, *Legalità, determinatezza, colpa*, in *Crim* 2012, 375 ss. e R. Bartoli, *Fonti della colpa*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, tematici *ED* II 2021, spec. 536 ss.

proprio, prima ancora della responsabilità per fatto proprio colpevole»[32]. Sarebbe quindi proprio tale classe di casi a riabilitare l'art. 113 Cp da norma di disciplina a norma incriminatrice, dovendosi pur sempre esigere un "appiglio" cui agganciare la tipicità di una condotta monosoggettivamente anodina. Sennonché, come visto, la rilettura della *Garantenstellung* alla stregua di gestione del rischio sterilizza il dibattito sulla cooperazione colposa, interrotto a mezza via dalla riconduzione di poteri immediati e mediati in un unico contenitore.

D'altro canto, la sensazione è che lo sforzo ermeneutico di mantenere "fisicamente" distinte posizione di garanzia e regola cautelare – pur dettato da una meritevole aspirazione garantistica – rischi di rivelarsi uno stancante scontro coi mulini a vento, impattando contro una realtà che rifugge dalle costruzioni della teoria[33]. Tanto può rilevarsi chiaramente nella stessa giurisprudenza di legittimità la quale, pur fornendo apprezzabile prova dell'avvenuto recepimento della predetta dicotomia, non riesce a dissipare la matassa che aggroviglia regola cautelare e posizione di garanzia. Da ultimo, si veda la decisione sul disastro di Rigopiano che, ferma nel ribadire la distanza concettuale tra «dovere di diligenza» e «diligenza doverosa»[34], confermava la responsabilità dei funzionari del Servizio di protezione civile della Regione Abruzzo rinvenendo la *cautela* violata nell'art. 3 l. reg. 18.6.1992 n. 47[35]: la stessa norma – guarda caso – che fonda la *posizione di garanzia* dei ricorrenti, investendoli del dovere mediato – e mai esercitato – di redazione della CLPV (Carta di Localizzazione Probabile delle Valanghe).

Evidente come – innanzi alla vertigine di tanta discrepanza tra teoria (dicotomia) e prassi (sovrapposizione) – la via della gestione del rischio, illuminata da un criterio «così intuitiv[o] da risultare banale»[36], sia apparsa risolutiva. Nondimeno, le critiche al "gioco di ruolo" che il paradigma della competenza associata ad aree di rischio comporta e, in specie, alla sua valenza "sorpassante" rispetto a quesiti altrimenti – ci pare – irrisolvibili sono fioccate sul piano

---

[32] Un tanto, pur sempre aderendo, nel novero delle varie ricostruzioni dogmatiche sin qui proposte, all'orientamento richiamato *supra*, nt. 28. Il riferimento testuale è a M. Donini, *Prassi e cultura del reato colposo. La dialettica tra personalità della responsabilità penale e prevenzione generale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 13.5.2019, 13, con riguardo a una calzante definizione dell'impiego dell'art. 113 Cp in seno alla decisione sul terremoto de L'Aquila.

[33] Anche se, come visto, sembra avvicinarsi molto alla posizione sostenuta da L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., *passim*.

[34] Il tutto, in ossequio al «principio di personalità della responsabilità penale, invertendo definitivamente la tendenza, che prevaleva in passato, a desumere semplicisticamente la colpa dall'esistenza della posizione di garanzia» (Cass. 11.3.2025 n. 9906, par. 5.1., con commenti di F. Consulich, *Disastri evitabili e forme della colpa nell'organizzazione pubblica*, in *CP* 2025, 2715 ss. e D. Quaranta, *Il problema non è la caduta (della valanga), ma l'atterraggio (del sistema di prevenzione)*, in *www.sistemapenale.it*, 22.5.2025. In tema, v. altresì A. Provera, *op. cit.*, 55 ss. e, più in generale, 43-81, anche per una ricognizione della rilevanza della categoria del potere (*lato sensu*) impeditivo nella giurisprudenza più recente sui disastri. Diffusa la trattazione dei principali temi emersi nella corrispondente vicenda giurisprudenziale in AA.VV., *Disastri naturali e responsabilità penale. Cambiamento climatico, resilienza sociale e* just culture, Torino 2026, con particolare riferimento ai contributi contenuti nelle Sezioni Terza e Quarta del Volume.

[35] «1. Alla predisposizione della Carta di localizzazione dei pericoli da valanga provvede il Servizio per la protezione civile, che si avvale della collaborazione dell'Ispettorato regionale delle foreste, degli Ispettorati ripartimentali provinciali e delle strutture territoriali dello stato nonché dei servizi del Genio civile e delle Comunità montane, secondo criteri e metodi preventivamente concordati. 2. La relativa attività, di cui all'art. 2, è coordinata dal Comitato tecnico regionale per lo studio della neve e delle valanghe - Co.Re.Ne.Va. -, disciplinato dal successivo art. 4, al quale compete anche di formulare il parere di congruità sugli elaborati definitivi da sottoporre alla approvazione della Giunta regionale».

[36] D. Micheletti, *Il criterio della competenza sul fattore di rischio concretizzatosi nell'evento. L'abbrivio dell'imputazione colposa*, in *Crim* 2015, 515.

dogmatico, convergendo sul deficit di colpevolezza con cui lo stesso vulnererebbe il processo di accertamento della responsabilità penale[37].
A poco più di dieci anni dalla consacrazione del garante quale gestore del rischio ad opera delle Sezioni Unite, non pare dunque peregrina una valutazione di bilancio al metro della prassi giurisprudenziale, per soppesare se i costi abbiano effettivamente sovrastato i benefici.
Tra i variegati contesti che la realtà delle organizzazioni complesse offre – dalla protezione civile alla dimensione aziendale, dalla gestione del rischio ambientale alla colpa d'*èquipe* in ambito medico – il *case study* prescelto è quello delle lavorazioni in appalto. L'ambito – attenzionato tutto sommato sporadicamente dalla dottrina – si caratterizza, per contro, per una densissima produzione giurisprudenziale ad opera della Sezione Quarta della Cassazione, dedita a ricostruire – in ossequio al modello della *Garantenstellung* e facendosi strada attraverso una normativa fitta e di talora difficile coordinamento – le aree di rischio con cui i peculiari garanti governano il predetto microsistema. Il tutto, dando prova – lo anticipiamo sin d'ora – delle «virtù selettive»[38] che la imputazione fondata sul criterio della competenza assicura nel diritto penale degli appalti, rimasto forse in penombra rispetto ad altri settori in cui la stratificazione giurisprudenziale ha incoraggiato lo studio delle posizioni di garanzia.

2. L'apparato normativo regolatore della sicurezza nelle lavorazioni in appalto si presenta come un'autentica *enclave* nel macrosistema del TuSL, confermando la tendenza del legislatore a prediligere una disciplina capillare a protezione di soggetti che, per quanto titolari di un (piccolo) debito di sicurezza[39], vengono ancora ritenuti tra i più vulnerabili nel novero dei settori del rischio consentito.
Del resto, una disciplina di riferimento – peraltro distinta a seconda della tipologia di appalto prescelto[40] – si rendeva necessaria in ragione delle peculiari tipologie di rischio innescate dalle interferenze tra lavorazioni afferenti a distinti vertici. È bene precisarlo: si tratta di un apparato normativo "supplementare", giacché il rischio da lavorazione "classico" rimane affidato al controllo dei più noti debitori di sicurezza (al netto, come evidente, di forme di esercizio di funzioni in via fattuale, ai sensi dell'art. 299 TuSL) e dunque regolato attraverso la

[37] Per una "rassegna ragionata" delle criticità sottese a tale chiave di lettura, A. Gargani, *Posizioni di garanzia nelle organizzazioni complesse: problemi e prospettive*, in *RTrimDPenEc* 2017, 3-4, spec. 533 ss.
[38] V. Valentini, *Domatori del rischio extra-aziendale e diritto penale degli appalti. Le virtù selettive della imputazione (di eventi) per competenza (del risk management)*, in *www.lalegislazionepenale.eu*¸ 11.7.2025.
[39] D. Castronuovo, Profili *relazionali della colpa nel contesto della sicurezza sul lavoro. Autoresponsabilità o paternalismo penale?*, in *AP* 2019, 2, spec. 12 ss.
[40] Si usa distinguere tra appalti "interni" ed "esterni", rispettivamente regolati dall'art. 26 e dagli artt. 89 ss. TuSL, a seconda della circostanza per cui il committente sia altresì datore o meno. Nondimeno, la distinzione è parziale, ove si consideri come le disposizioni di cui al Titolo IV (artt. 89 ss.) siano specificamente formulate per i cantieri temporanei o mobili, introducendo così una disciplina speciale in ragione del tipo di lavorazione, non con riguardo ai rapporti esistenti tra lavoratori e committente (in tema, ampiamente, D. Piva, *Dagli obblighi alla responsabilità del datore di lavoro-committente negli appalti interni: interruzione del nesso di rischio e inesigibilità della condotta doverosa*, in *La sicurezza sul lavoro tra individuo ed ente collettivo*, a cura di V. Mongillo, Torino 2026, 192 ss.). Di conseguenza, può ben darsi il caso in cui il committente 'interno' abbia appaltato lavorazioni in un cantiere edile, dovendo, *ratione materiae*, riespandersi la disciplina di cui agli artt. 89 ss., come altresì confermato dalla Determinazione ANAC n. 3 del 2008. Per un quadro più dettagliato circa il frastagliato scenario, V. Valentini, *op. cit.*, 2-4; C. Lazzari, *L'art. 26 del d.lgs. n. 81/2008 e la disciplina dei cantieri temporanei o mobili, fra norma generale e norma speciale*, in *DSL* 2025, 1, 134 ss.; con particolare riguardo al ruolo del committente, P. Tullini, *Sicurezza del lavoro in appalto e ruolo del Committente: breve cronologia giuridica del principio di responsabilità*, in *DSL* 2025, 1, 153 ss. Per una traslazione delle problematiche in punto responsabilità sul piano della colpa di organizzazione dell'ente, pur sempre nel contesto degli appalti, v. da ultimo l'interessante lavoro di G. Morgante, *Catene di appalti e modelli di organizzazione e gestione della sicurezza sul lavoro: contenuti e limiti della traslazione dello statuto della responsabilità dalla persona fisica all'ente collettivo*, in *DSL* 2025, 2, spec. 8 ss.

documentazione e le procedure usuali. La sovrapposizione tra soggetti facenti capo a diverse "filiere" produttive fisiologicamente espone gli stessi a rischi altrimenti non palesabili: dalla regolamentazione dell'accesso al cantiere al coordinamento delle distinte fasi delle lavorazioni, dal transito di mezzi in spazi dedicati allo svolgimento di specifiche lavorazioni all'adeguata segnalazione di pericoli in spazi in uso ai dipendenti di altra azienda.
In tale, frastagliato, scenario prende cioè forma un peculiare *genus* di rischi, riconducibili a «una sovrapposizione di attività lavorativa tra lavoratori che rispondono a datori di lavoro diversi, sia in termini di contiguità fisica e di spazio, sia in termini di condivisione di attività lavorativa»[41] che, in quanto "trasversali", ricadono tanto sul datore – nelle vesti di appaltatore o subappaltatore –, quanto sul committente, a sua volta coadiuvato nelle fasi di progettazione ed esecuzione da un coordinatore per la progettazione (CSP) e da un coordinatore per l'esecuzione (CSE) ed eventualmente, specie ove depositario di conoscenze meramente "manageriali", sostituito dal responsabile dei lavori. Occorre comprendere le modalità con cui i predetti soggetti siano tenuti a "domare" le descritte interferenze.
In proposito, si assiste nella prassi giurisprudenziale al costante inquadramento dei medesimi quali garanti, investitura che puntualmente si accompagna alle storture evidenziate in apertura, da un lato sbiadendo la posizione di garanzia nella ricorrenza di doveri di mera "attivazione", d'altro lato consolidandosi una piena fungibilità tra "normativismo" della posizione di garanzia e "normativismo" della regola cautelare.
Prima facie, la giurisprudenza sulle lavorazioni in appalto non sembra dunque sottrarsi alle fondate critiche della dottrina preoccupata di raccordare l'omissione impropria ad adeguati standard in punto colpevolezza.
Un frutto che cade ben poco distante dall'albero.
In tal senso, basti rammentare come anche in tale settore potessero apprezzarsi i preludi delle Sezioni Unite del 2014 sulla rivisitazione della posizione di garanzia. Alla celebre sentenza *Lovison*[42] – nelle cui trame si apprendeva come l'istituto della posizione di garanzia costituisse «un classico inquadramento [che] deve essere arricchito con alcune considerazioni aggiuntive» – faceva infatti da contrappunto la meno nota sentenza *Gandolla*[43], ai sensi della quale lo stesso inquadramento «deve essere [ben più radicalmente!] rivisitato». Quanto al *bis in idem* esistente tra posizione di garanzia e regola cautelare, in materia sono ricorrenti le formule secondo cui «l'alta vigilanza […] lungi dal poter essere interpretata come una sorta di contrazione della *posizione di garanzia* indica piuttosto il *modo* in cui vanno adempiuti i doveri tipici»[44] o quelle per cui sul garante incomberebbe «l'obbligo di *gestire il rischio* di caduta dall'alto dei membri dell'equipaggio, tanto in applicazione delle generali *norme cautelari* dettate dal D.P.R. n. 547 del 1955, artt. 8 e 27, quanto in osservanza della specifica *regola cautelare* dettata con riferimento all'idoneità dei ponteggi»[45].
Estromesso dalle riunioni degli amministratori societari, dai locali aziendali del datore di lavoro, dalle reti di monitoraggio della protezione civile, l'obbligo di impedimento dell'evento sembra aver lasciato anche appalti e cantieri, cedendo il posto al più agile paradigma della gestione del rischio e al "normativismo condiviso" con il momento omissivo della colpa.

[41] A. Salvatore, *Il rischio interferenziale*, in *CP* 2018, 9, 2982.
[42] *Supra*, nt. 13.
[43] Cass. 28.5.2013 n. 37738, in *DeJure*. Di recente, peraltro, la stessa sentenza relativa al disastro di Rigopiano (citata alla nt. 34) richiama la giurisprudenza che, in materia di appalti, correla la posizione di garanzia ai poteri mediati (in particolare, rifacendosi a Cass. 1.2.2018 n. 9167, *ivi*).
[44] Per esempio Cass. 10.6.2021 n. 24915, in *DeJure* (corsivi nostri).
[45] Cass. 1.2.2018, cit. (corsivi nostri).

La ricostruzione degli statuti di due tra i garanti più coinvolti – quali il committente e il CSE – nelle responsabilità di cantiere può forse contribuire a far comprendere l'impatto che la "fluidificazione" delle categorie dogmatiche determina sulla responsabilità penale del singolo. Come vedremo, però, non sempre a un *minus* di dogmatica corrisponde un *minus* di garanzie.

2.1. Sebbene, all'interno della struttura organizzativa dell'appalto, il committente (specie ove non al contempo datore) appaia il soggetto più distante[46] dalla produzione dell'evento dannoso, va tuttavia detto che, per giurisprudenza costante, lo stesso assurge pacificamente a garante, trattandosi del «soggetto che normalmente concepisce, programma, progetta, finanzia l'opera»[47].
La «posizione di garanzia *ex lege*»[48] sorgerebbe, più specificamente, da una serie di verifiche cui il medesimo è tenuto nei confronti delle imprese affidatarie ed esecutrici (art. 90 co. 9 TuSL)[49] – donde la possibilità di una *culpa in eligendo* – e sull'operato del CSE (a sua volta, lo si vedrà, gravato da oneri di verifica), ciò esitando nella esigibilità, da parte del committente, di «controlli sostanziali ed incisivi su tutto quel che concerne i temi della prevenzione, della sicurezza del luogo di lavoro e della tutela della salute», per quanto, al tempo stesso, non «pressant[i] continu[i] e capillar[i]»[50].
Altrimenti detto, lo statuto del committente quale "alto garante" della sicurezza nelle lavorazioni in appalto emerge con riguardo, da un lato, a una serie di attività protocollari, strumentali all'instaurazione di un «percorso virtuoso sulle scelte organizzative»[51] tra tale figura e le controparti contrattuali[52], senz'altro utile, in via cautelativo-preventiva, a scoraggiare la creazione di prassi illegittime nelle lavorazioni, ma non certo suscettibile di impedire *tout-court* gli eventi infausti: un'attività preparatoria, la cui omissione innesca – ci pare – il *rischio* (un'impresa esecutrice inidonea) di un *rischio* (la produzione di un evento infausto a seguito di *malagestio* da parte della medesima impresa). D'altro lato, la verifica sull'operato del CSE – lungi pur'essa dall'integrare un potere-dovere di impedimento

[46] Diffusamente, D. Piva, *La responsabilità del "vertice" per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli 2011, *passim*.
[47] *Ex multis*, Cass. 21.4.2021 n. 26335; 22.5.2020 n. 15697; 14.12.2017 n. 5477; 13.2.2015 n. 22032; 28.11.2013 n. 1511; 28.5.2013 n. 37738, cit., in *DeJure*.
[48] Cass. 29.1.2021 n. 5802, in *DeJure*. In effetti, del ruolo di garante in capo a committente (o in suo luogo RL) e CSE la giurisprudenza non dubita (si tratta, poi, di comprendere se la legge strutturi o meno autentici obblighi di impedimento, secondo quanto osservato *infra*). Peraltro, va detto che a tale tendenza fanno altresì fronte orientamenti che, persino, tendono a rinvenire posizioni di garanzia in capo a figure atipiche quanto a poteri di sorveglianza/intervento: emblematica in tal senso è la figura del direttore dei lavori, incaricato di meri compiti di supervisione tecnica. In tema, v. l'interessante ricostruzione di S. Bonini, *Posizioni di garanzia «originarie» e «derivate» nel diritto penale del lavoro: i punti aperti in un microsistema costituzionalmente organico*, in *DSL* 2025, 2, spec. 174 s.
[49] Non diversamente dicasi per il comma 1, ai sensi del quale il committente, nelle fasi di progettazione dell'opera, deve attenersi ai principi e alle misure generali di tutela di cui all'art. 15 TuSL, dovere cui, di regola, adempirà per il tramite della nomina di un CSP e della conseguente redazione, per mezzo di quest'ultimo, del PSC. Più ampio, per contro, il ventaglio degli adempimenti nel caso di appalti interni (in ragione della duplice veste del committente-datore), *ex* art. 26 TuSL, ai sensi del quale lo stesso è tenuto a fornire agli appaltatori dettagliate informazioni sui rischi esistenti nell'ambiente in cui opereranno. Sulla posizione del committente negli appalti interni, di recente, D. Piva, *Dagli obblighi alla responsabilità del datore di lavoro-committente negli appalti interni: interruzione del nesso di rischio e inesigibilità della condotta doverosa*, in *DSL* 2025, 1, 213 ss.
[50] Cass. 12.2.2015 n. 14012, in *DeJure*; 7.12.2011 n. 14407, *ivi*.
[51] Cass. 31.10.2024 n. 42951, con nota di V. Torre, *La delimitazione delle sfere di competenza tra garanti nella catena degli appalti*, in *FI* 2025, 2, II, 58.
[52] Per un esempio di ritenuta *culpa in eligendo* in capo al committente, Cass. 29.1.2025 n. 3715, con nota di E. Lo Monte, *Verifica dell'idoneità tecnico-professionale del prestatore d'opera e responsabilità penale del committente nell'eziologia dell'evento*, in *CP* 2025, 5, 1636 ss.

dell'evento – per godere di autonomia funzionale deve circoscriversi a una "sovrintendenza" attuabile mediante confronti periodici con il medesimo. "Verificare" non equivale a "vigilare"[53]: diversamente opinando – esigendosi, cioè, dal committente una forma di controllo tale da sovrapporsi a quella del CSE – verrebbe meno la stessa necessità di quest'ultima figura, divenuta un ridondante "doppione" di funzioni di alta vigilanza. D'altronde, quanto osservato è agevolmente ricavabile dallo stesso dettato normativo. L'obbligo per il committente di nominare un CSE in presenza di più imprese esecutrici (art. 90 co. 4 TuSL) costituisce il chiaro riflesso del rapporto che lega le due figure: «nei cantieri mobili e temporanei [il] nominato coordinatore per la progettazione ed esecuzione dei lavori [deve] avere specifici requisiti, tali da assicurare una competenza tecnica, di cui il primo può essere privo»[54].
In definitiva, solo allorquando sia il CSE, rilevata una fonte di rischio illecito, a sollecitare (v. *infra*, par. 2.2.) un intervento da parte del committente, quale *dominus* contrattuale dell'appalto, e ciononostante questo non si attivi per impedire concretamente l'evento dannoso, potrà dirsi integrata un'autentica omissione impropria correlata a un obbligo di garanzia[55].
Nelle altre ipotesi, viceversa, ci si trova in presenza di meri obblighi – per così dire – di monitoraggio "alto e preventivo" che, se malgestiti, al più creano un rischio a impronta ancora embrionale o non intervengono su un rischio già a uno stadio più avanzato, ancorché non ancora «grave e imminente»[56]. Posizioni di garanzia «secondarie»[57] e, nondimeno, ritenute bastevoli a selezionare il committente che ne sia investito e che sia rimasto inerte quale soggetto attivo (o cooperante) dell'omissione impropria.

2.2. Rilevanza cruciale riveste, nei cantieri edili in cui operino più imprese (art. 90 co. 3 TuSL), la figura del CSE, quale soggetto dotato di peculiari requisiti professionali (art. 98 TuSL). Il CSE è un tecnico cui il committente si affida – e sul cui operato, come visto, deve pur sempre sovrintendere – affinché venga monitorata da vicino la sicurezza in cantiere, quanto ai rischi derivanti dalle interferenze tra imprese.
Una funzione – merita puntualizzarlo – condotta «in modo formalizzato» e che si estrinseca in un'«alta vigilanza» (meno, all'evidenza, di quella in capo al committente) ma che, ciononostante, implica che tale figura si cali nella realtà dell'appalto, curando il contatto e il confronto con quanti, viceversa, operano quotidianamente in cantiere. La condotta richiesta al CSE, in altri termini, si estrinseca in un raccordo tra "aree" manageriali e "aree" operative dell'organizzazione e, nei fatti, richiede una presenza *in loco* tramite sopralluoghi: egli

[53] V. Valentini, *Lavori in appalto*, in *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, cit., 439.
[54] Cass. 14.12.2017 n. 5477, in *DeJure*.
[55] Peraltro, a ben vedere, anche tale considerazione presenta margini di opinabilità, atteso che – se il pericolo è davvero imminente – allora il CSE è tenuto direttamente a intervenire sospendendo le lavorazioni. Con la conseguenza che, a contrario, là dove provveda alla mera segnalazione, il rischio è ancora latente, non ancora configurandosi – in quell'esatto frangente storico – un rischio che possa tradursi in danno da un momento all'altro.
[56] Tali condotte violerebbero, più specificamente, le c.d. cautele relazionali (ferma restando la consueta sovrapposizione tra queste e la posizione di garanzia), riferite al «coordinamento delle condotte di più persone in un medesimo contesto» e suscettibili di «getta[re] un ponte tra il primo e il secondo rischio, consentendo la risalita dell'imputazione a chi abbia creato il rischio generico» (F. Consulich, *Il concorso colposo*¸ cit., 166-169). In tema, fondamentale la tassonomia individuata da L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., 518 ss.
[57] Terminologia di D. Piva, *Legalità e sicurezza nei lavori in appalto. Qualità dell'impresa e gestione dei rischi interferenziali*, in *www.sistemapenale.it*, 31.7.2024, spec. 5, il quale distingue tra posizioni di garanzia «primarie» e «secondarie», ritenendo che nel novero delle prime rientrerebbero quelli afferenti la configurazione dell'ambiente di lavoro per il committente interno (art. 26 TuSL); il *risk assesment* sulla normativa applicabile e la valutazione e formalizzazione dei rischi interferenziali in termini di elaborazione documentale (per ragioni di carattere prettamente fattuale, ci pare tuttavia meno condivisibile la riconduzione di quest'ultima categoria nel novero dei poteri impeditivi diretti).

«identifica momenti topici delle lavorazioni […] Non può esimersi dal prevedere momenti di verifica della effettiva attuazione di quanto esplicato e previsto; ma anche queste azioni di verifica non possono essere quotidiane ed hanno una periodicità significativa e non burocratica»[58].

È con tale modalità operativa che il CSE adempie alla propria funzione (art. 92 TuSL), che secondo la giurisprudenza è suscettibile di integrare una posizione di garanzia: verificando la corretta applicazione del PSC e l'idoneità del POS in uso a ciascuna impresa esecutrice, eventualmente coordinandolo con il predetto documento (lett. *a* e *b*), organizzando la cooperazione e il coordinamento tra i datori di lavoro (lett. *c*) nonché tra i RSL (lett. *d*), contestando per iscritto alle imprese le irregolarità riscontrate per ciò che riguarda la violazioni dei loro doveri "tipici", e di quelle afferenti all'inosservanza del PSC, indi segnalando al committente le irregolarità riscontrate e proponendogli apposite modalità di intervento (lett. *e*); arrivando a poter sospendere, nel solo caso di pericolo grave e imminente, le singole lavorazioni (lett. *f*).

Il nutrito elenco di doveri ripropone quello che è ormai l'adagio di questo contributo: dove reperire la posizione di garanzia che la giurisprudenza così graniticamente attribuisce al CSE? Di certo non nei casi previsti dalle lett. *a*, *b*, *c* e *d*, a valenza eminentemente "protocollare" e preventiva, rispetto a cui l'evento infausto costituisce evenienza remota e non ancora latente. Così come, del pari, non nelle ipotesi di cui alla lett. *e*, le quali – pur ricollegandosi al momento, cronologicamente successivo, di riscontro di irregolarità da parte di terzi – si risolvono ancora in obblighi di segnalazione o, volendo, di rientro mediato e preventivo del fattore di rischio. Di contro, il solo caso di cui alla lett. *f* fonda un dovere concretamente impeditivo dell'evento che, peraltro, coincide con il corrispondente potere[59], riproponendo la consueta sovrapposizione tra posizione di garanzia e regola cautelare.

Peraltro, trattasi di circostanza peculiare, dettata dalle contingenze del caso concreto, dalla combinazione – quasi fatale – che ha determinato la coincidenza cronologica tra la visita in cantiere – come detto, effettuata per sopralluoghi e a campione – del CSE e il ricorrere della situazione di pericolo imminente. Una eventualità, in altri termini, tale per cui se anche il CSE, per ipotesi non gravato *ex lege* del predetto potere-dovere, vi si fosse imbattuto e se ne fosse disinteressato, avrebbe per certo integrato un'omissione di soccorso: il "salto di qualità" dal reato omissivo proprio al reato di evento commesso mediante omissione derivando dalla evidente sussistenza di un obbligo di *diretto* impedimento dell'evento. Il che, tuttavia, rende manifesto come la predetta disposizione fondi una posizione di garanzia rispetto a *tutti* i rischi presenti in cantiere, non potendosi per certo operare una differenziazione tra rischi delle singole lavorazioni e rischi interferenziali al cospetto di un pericolo «grave e imminente»[60].

Tuttavia, eccezion fatta per tale peculiare ipotesi di chiusura, fioccano i doveri giuridici – all'evenienza trasformabili in regole cautelari – di sorveglianza o sollecitazione, per certo privi di valenza impeditiva. Nel primo caso (lett. *a*-*d*), in quanto l'omessa (o non corretta)

[58] Cass. 27.9.2016 n. 3288, in *DeJure*. Analogamente, *ex multis*, Cass. 7.11.2013 n. 44977, *ivi*.

[59] C. Paonessa, *op. cit.*, 642.

[60] Della portata 'riassuntiva' e onnicomprensiva della predetta regola è consapevole la giurisprudenza, la quale ha chiarito: «un potere-dovere di intervento diretto è previsto per tale figura solo quando constati direttamente gravi pericoli» (Cass. 27.9.2016 n. 3288, cit.). Ancor più chiara Cass. 23.3.2021 n 14636, in *DeJure*: «la previsione di cui all'art. 92 lett. f) cit. non aggancia il potere inibitorio esclusivamente al rischio derivante dalle interferenze di diverse organizzazioni del lavoro, ma solo alla esistenza di un pericolo grave e imminente, purché direttamente riscontrato. Trattasi, dunque, di una vera e propria norma di chiusura che, al di là degli obblighi di alta vigilanza previamente indicati dalla lettera a alla lettera d, questi sì direttamente correlati al rischio di interferenze tra le diverse realtà lavorative, impone comunque al coordinatore un obbligo più generale di sospensione delle lavorazioni ogni qualvolta abbia contezza di una siffatta situazione di pericolo».

sorveglianza determina la creazione di un rischio nuovo, a valenza relazionale[61], sulle cui trame potranno essere tessute le ulteriori, decisive, azioni od omissioni che condurranno alla produzione dell'evento infausto; nel secondo caso (lett. *e*), in quanto la mancata interlocuzione con il committente approfondisce e "rimuove la sicura" a un rischio pronto a deflagrare in danno, con cadenze non dissimili dal contegno omissivo del RSPP nei confronti del datore di lavoro che, conseguentemente, non interviene per disinnescare la fonte di rischio.
Doveri giuridici di *concorrere a* impedire l'evento: non abbastanza, per quanti si attengano a una lettura rigorosa dell'art. 40 cpv. Cp, al fine di ritenere configurata una posizione di garanzia in capo al CSE.
Mettendo per un istante in disparte la faticosa *querelle*, occorre però interrogarsi sul senso di tale figura in materia di sicurezza. Davvero può ritenersi che, in assenza di obblighi di impedimento diretti, una grossolana omissione da parte del CSE possa rimanere priva di sanzione? O che, più correttamente, un inadempimento grave, il quale abbia senz'altro influito sulla causazione dell'evento infausto (ritorniamo al caso del CSE "smemorato" che non informi il committente circa le gravi carenze cautelari prodotte in cantiere), possa essere sanzionato con la inflizione di una pena oblazionabile (art. 301 TuSL)?
Occorrerebbe, cioè, considerare che per scongiurare il *camouflage* dell'obbligo di sorveglianza in posizione di garanzia non si pervenga a "travestire" un omicidio da contravvenzione. E tanto non significa abbandonarsi alle logiche di causalità presunta sovente addebitate alla giurisprudenza in caso di eventi prodotti da una diffusa *malagestio* organizzativa. Si tratta di cogliere un adeguato punto di bilanciamento tra dogmatica e realtà, tra legalità e imputazione colpevole che, come diremo a breve, forse proprio il paradigma della gestione del rischio riesce a raggiungere.

3. Rilevata la pervasività del paradigma della gestione del rischio a spese di una posizione di garanzia ormai destrutturata, il diritto penale degli appalti sembrerebbe esaurirsi in una sacca di pragmatismo, trovando ancor più credito le critiche dottrinali alla dilatazione di tipicità che soffre l'art. 40 cpv. Cp.
Nondimeno, la produzione giurisprudenziale in materia va segnalata – conferma ne sia l'elevato numero di pronunce di annullamento – per un marcato garantismo nell'applicazione della *Garantenstellung* mediante gestione del rischio. Si assiste, cioè, a un sapiente riequilibrio sul piano – talora inclinato – dei principi costituzionali, tale per cui il *minus* di legalità-tipicità prodotto dall'ingresso dei poteri mediati nel novero delle posizioni di garanzia viene compensato da un *plus* circa la imputazione per fatto proprio colpevole, realizzando così gli auspici di quella dottrina che incoraggiava il recepimento giurisprudenziale della redistribuzione "per ruoli" della responsabilità nelle organizzazioni complesse[62]. Elaborazione dogmatica, come noto, suscettibile di coniugare nel segno della gestione del rischio il rispetto del principio di colpevolezza con le esigenze di agevolazione sul piano probatorio-processuale.
Quanto descritto passa dallo sforzo interpretativo di notomizzare il *tipo* di rischio che il garante è tenuto a gestire nella propria area, che nello specifico settore degli appalti va circoscritto a quello avente carattere interferenziale. Va, infatti, pur sempre rammentato il ruolo "supplementare" dei predetti garanti, istituzionalizzati in ragione della peculiarità dei rischi cui

[61] *Supra*, nt. 56.
[62] Il riferimento va, ovviamente, a L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, cit., *passim*. Sulla necessità di armonizzare mediante strutture di *hub* sistemi preventivi diversi ma in concreto 'secanti', nel settore dei rischi interferenziali in appalto, A. Provera, *L'intreccio e la successione delle posizioni di garanzia*, cit., spec. 354 s. Ancora, in margine a recenti casi giurisprudenziali interessanti le organizzazioni complesse (disastro di Pioltello e bus di Avellino), Id., *Alla ricerca di una pelle di foca. Riflessioni sul proteiforme dovere di «alta organizzazione»*, in *www.indicepenaleonline.it*, 18.3.2026, *passim*.

le lavorazioni in appalto possono dar luce. Sicché, occorre distinguere il rischio "classico" dal rischio interferenziale, giacché solamente quest'ultimo – una volta altresì stabilita la connessione rispetto al tipo di evento verificatosi – potrà dare luogo alla responsabilità di committente, RL, CSP, CSE, appaltatore e subappaltatore.
Un compito non certo notarile, da condursi al lume di un costante «andirivieni dello sguardo tra premessa maggiore e fatto storico»[63].
Assume rilievo, in proposito, la partizione di matrice giurisprudenziale tra rischio «generico» e «specifico»[64], costituendo il primo oggetto dell'attenzione dell'interprete nell'ambito degli appalti, poiché afferente alla complessiva organizzazione[65] di cantiere; definendosi il secondo – ai nostri fini, irrilevante – «il negativo di quello affidato alle cure del coordinatore per l'esecuzione»[66]. Esemplificando, se un lavoratore riporta una caduta da un'impalcatura poiché non sorretto da cinture di sicurezza, con riferimento alla possibile responsabilità del CSE altro è se il cantiere non aveva in dotazione le cinture (rischio generico), altro è se il giorno dell'infortunio il singolo lavoratore non se ne fosse dotato (rischio specifico)[67]. Ancora, là dove il lavoratore sia rimasto folgorato da una scarica elettrica proveniente dai cavi dell'alta tensione sovrastanti il cantiere, del tutto evidente come si tratti di un rischio derivante dalla peculiare conformazione dell'ambiente di lavoro, che come tale gravita nell'area di competenza dei garanti dell'appalto[68]; dalla quale, viceversa, esulerebbe qualora la folgorazione sia stata causata dal contingente ed episodico utilizzo scorretto di un cavo elettrico a norma.
Ma – lo si anticipava – la scelta in concreto tra «generico» e «specifico» non può avvenire *per tabulas*. Non si tratta soltanto di verificare l'ontologia del rischio – la sua attinenza o meno alla lavorazione, all'area di cantiere, all'organizzazione di cantiere[69] – ma altresì la sua scaturigine in concreto, ben potendo un medesimo rischio essere innescato tanto da una fonte attinente alla realtà di cantiere, quanto da una specifica lavorazione, il cui controllo è rimesso ai garanti "usuali" (datore, dirigente, preposto).
Breve, ciò che astrattamente varrebbe a costituire un rischio generico, può in concreto manifestarsi alla stregua di rischio specifico, non potendosi prescindere da un'adeguata conoscenza del contesto in cui l'infortunio è avvenuto.
Pertanto, vero che il rischio specifico tende a derivare dalla violazione di regole richiedenti una competenza tecnica settoriale nella conoscenza delle procedure da adottarsi nelle singole lavorazioni o nell'utilizzazione di speciali tecniche o nell'uso di determinate macchine, vero altresì che l'alternativa tra «generico» e «specifico» non può essere rimessa esclusivamente al grado di "intuibilità" di un nesso tra rischio e danno (caduta dall'alto senza impalcatura/scavo non protetto/manovra di mezzi a contatto stretto con l'alta tensione-infortunio).

---

[63] Calzante ci pare l'espressione, cara agli esponenti dell'ermeneutica giuridica tedesca nella descrizione in concreto del procedimento interpretativo, rinvenibile in K. Engisch, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg 1963, 15.
[64] Più nel dettaglio, la giurisprudenza realizza tale indagine movendo dalla normativa di settore e, segnatamente, dall'Allegato XV al TuSL, là dove (punto 2.2.) vengono individuate distinte sottocategorie di rischi, tra cui a) quelli connessi all'area di cantiere (punto 2.2.1.); (b) quelli connessi all'organizzazione del cantiere (punto 2.2.2.); (c) quelli connessi alle lavorazioni (punto 2.2.3.), nei quali sono compresi (d) i rischi da interferenze, tutti suscettibili di rilevare – ove non adeguatamente governati – con riguardo alla responsabilità penale dei garanti degli appalti. I quali con questa, fondamentale, suddivisione dovranno pertanto di volta in volta confrontarsi, valutando la riconducibilità ad essa del rischio che in concreto sono chiamati a gestire.
[65] Sulla figura dell'organizzatore, soprattutto F. Consulich, *Il concorso colposo*, cit., 257 ss.
[66] Cass. 27.9.2016 n. 3288, cit.: ovviamente, il principio vale altresì per la figura del committente; la sentenza si riferisce al CSE in quanto tale era la qualifica del ricorrente.
[67] Cass. 10.6.2021 n. 24915, in *DeJure*.
[68] Cass. 5.9.2024 n. 33705, in *DeJure*; analogamente, 29.1.2021 n. 5802, *ivi*; 12.7.2021 n. 26335, *ivi*.
[69] Secondo quanto prescritto dalla tabella di cui alla nt. 64.

Qualunque *extraneus* affermerebbe che la caduta da altezze elevate senza protezioni espone a elevate possibilità di danno, ma si tratta di comprendere la *ragione* della caduta dall'alto. In tal senso, dunque, «la specificità del rischio non è data dalla maggiore o minore difficoltà di esecuzione della lavorazione ma dalla riconduzione di esso all'attività per la quale si è fatto ricorso alla ditta esecutrice o invece dalla sua inerenza alla conformazione generale del cantiere»[70]. Se in seno alla organizzazione della impresa esecutrice si assume la decisione di rimuovere le barriere di protezione dello scavo, obbligatorie a profondità superiori al metro e mezzo, per consentire agli operai di lavorare più agevolmente, altrimenti costretti in spazi troppo angusti, e una parete cede, dovranno risponderne il CSE e il committente, o semmai l'appaltatore, in veste di datore degli infortunati? Il rischio di seppellimento è senz'altro – di regola – «generico»[71]; nondimeno, a "convertirlo" in «specifico» è la contingenza del caso, l'estemporaneità della decisione che si inserisce nella organizzazione della singola impresa[72].
In definitiva, «ciò che connota la specificità o la genericità del rischio, così individuandone anche il garante, infatti, è la sua derivazione dall'interazione delle lavorazioni nel cantiere (o comunque nello spazio lavorativo ove operi più di un'impresa)»[73].

4. La gestione del rischio circoscrive le aree di competenza dei garanti e, ci sembra, vale altresì a contenerne le responsabilità. Dalla tipizzazione del rischio si distilla la tipizzazione delle condotte rilevanti, scongiurando il timore – ben compendiato nella formula delle posizioni di garanzia *omnibus*[74] – di gemmazione incontrollata di garanti che si era palesato all'indomani delle Sezioni Unite *ThyssenKrupp*.
Un timore fondato (prova ne sia la prassi giurisprudenziale degli ultimi dieci anni), ma difficilmente arginabile, posto che – con queste formule avevamo aperto – Vaghezza e Giuridicità non abbandonano l'art. 40 cpv. Cp.
Non possiamo infatti esimerci dal rilevare, in primo luogo, che la rettificazione della locuzione "obbligo giuridico di impedire" in "obbligo giuridico di *concorrere a* impedire" – di fatto determinata dalla tendenza applicativa degli ultimi tempi – non sembra operazione ermeneuticamente impossibile. Non torniamo a domandarci dove passi il confine tra analogia e interpretazione estensiva[75]: tuttavia, non può sottacersi come "impedire" costituisca l'azione perfettamente uguale e contraria al "cagionare". E, se il "cagionare" interviene allorquando sussista un disvalore di evento, potendosi connotare *omnimodo*, anche cioè per il tramite di più soggetti, non si vede perché, posto che anche il reato omissivo improprio fissa il proprio baricentro sull'evento, l'equivalente "non impedire" non possa del pari realizzarsi in ogni modo, anche per esecuzione frazionata di più soggetti titolari di poteri impeditivi mediati.
In secondo luogo, nemmeno lo strenuo tentativo di districare regole cautelari e posizione di garanzia va esente da controindicazioni: isolata quest'ultima, in mancanza di altre fonti scritte che individuino il *quomodo* delle cautele, il rischio che incombe (e che, nondimeno, notoriamente non costituisce un *vulnus* di legalità sanzionabile) è un ritorno alla colpa generica, anche improvviso e postumo[76], donde la proliferazione di profili di negligenza o imprudenza

[70] Ancora Cass. 27.9.2016 n. 3288, cit.
[71] Rinvenendosi altresì al punto 2.2.3. del citato Allegato XV.
[72] Cass. 29.8.2019 n. 45317, in *DeJure*; 27.9.2016 n. 3288, cit.
[73] Cass. 10.12.2020 n. 14179, in *DeJure*.
[74] C.E. Paliero, *Le posizioni di garanzia*, in *Riscrivere il Codice penale. I fondamenti*, a cura di UCPI, Pisa 2014, 72.
[75] M. Vogliotti, *Dove passa il confine? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, Torino 2011, nonché, più di recente, G. Caruso, *A proposito di «confine violato» nel diritto penale liberale. Tra teoria dell'interpretazione e regole di giudizio*, in *Resp. civ. prev.* 2025, 1, 6 ss.
[76] Essendo consolidata la pur non condivisibile massima (il cui contenuto veniva già criticato da M. Gallo, voce *Colpa penale (diritto vigente)*, in *ED*, VII, 1960, 638) secondo cui «nei procedimenti per reati colposi, il

che, prima o dopo, coglieranno in fallo anche il garante più diligente e prudente[77]. Tanto meglio – ci pare – ammettere una disposizione "polivalente", ma ben definita e suscettibile di prestarsi a un duplice accertamento, scisso tra imputazione oggettiva e soggettiva[78].
In definitiva, accettare la polverizzazione della posizione di garanzia non pare integrare la peggiore eresia dogmatica, bensì risponde a un dato di realtà, consentendo l'imputazione di condotte (pur non corrispondenti a poteri pienamente impeditivi ma) gravemente colpevoli e al contempo scongiurando forme di deriva verso la responsabilità oggettiva. D'altra parte, le stesse posizioni dottrinali che con maggiore raffinatezza si sono approcciate al problema, prima o dopo, abbisognano di una piccola nota di pragmatismo, che possiamo qui soltanto accennare: là dove si è proposta la *teoria dell'organizzatore* come colui che, interagendo con terzi, viola cautele relazionali innescando un peculiare tipo di rischio destinato a deflagrare a seguito dell'azione di un altro soggetto, il disagio di fronte all'inerzia non sorretta da posizione di garanzia ha indotto a una sistematica rilettura della omissione in commissione, risolvendo mediante eliminazione il problema dell'art. 40 cpv. Cp[79]. Analogamente, la teoria che sostiene la tipicità di poteri non direttamente impeditivi affidandosi alla costruzione del concorso di persone, secondo il modello della fattispecie plurisoggettiva eventuale[80], finisce per allargare la nozione di "posizione di garanzia", affidandosi a un parametro – quello di *strumentalità*[81] – che, per quanto realistico, fatica forse a rinvenire un addentellato normativo; non a caso, del resto, la teoria in parola non ha sinora trovato accoglimento in giurisprudenza[82].
Incoraggiare l'estensione applicativa di un paradigma "riassuntivo" potrebbe apparire controintuitivo – giacché le spinte centrifughe dalle categorie dogmatiche sovente sottacciono striscianti contrazioni garantistiche –; tuttavia, tale opzione è animata da intenti non diversi da quelli sottesi alle teorie sopra accennate, mirando a riportare il reato omissivo improprio derivante da cooperazione colposa entro gli argini della responsabilità per fatto proprio colpevole. L'esperienza giurisprudenziale del diritto penale degli appalti suggerisce che un compromesso è raggiungibile: adeguatamente tipizzando le categorie di rischio da raccordare a ciascun garante, la conseguente individuazione dei potenziali soggetti attivi, in punto tipicità, non costituisce una procedura fine a se stessa, bensì consente di estromettere *ab imis* dal novero dei possibili imputati soggetti che, altrimenti, dovrebbero far valere la propria estraneità al fatto

mutamento dell'imputazione, e la relativa condanna, per colpa generica a fronte dell'originaria formulazione per colpa specifica non comporta mutamento del fatto e non viola il principio di correlazione tra accusa e sentenza, qualora l'imputato abbia avuto la concreta possibilità di apprestare in modo completo la sua difesa in relazione ad ogni possibile profilo dell'addebito» (*ex multis*, per un caso relativo alle lavorazioni in appalto, Cass. 14.3.2022 n. 8442, in *DeJure*).

[77] In tema, *amplius*, A. Savarino, *Posizione di garanzia datoriale e gestione del rischio lavorativo tra ambiente interno ed esterno all'impresa: profili penali*, in *DSL* 2024, 2, 231 ss.

[78] Chiaro esempio, in tal senso, è fornito dalla già citata (nt. 34) sentenza relativa al disastro di Rigopiano, là dove, in particolare, distingue nitidamente, sul piano teorico, tra «dovere di diligenza» e «diligenza doverosa», distinzione essenziale recepita dalla dottrina e, segnatamente, da D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano 2009, 182 ss. e 284 ss.

[79] Chiara l'esemplificazione offerta da F. Consulich, *Il concorso colposo*, cit., 406-407, relativa al caso di colui che, assunto il ruolo di garante per essersi offerto di guidare verso valle degli escursionisti incontrati lungo il percorso, tenga una condotta commissiva poiché avrebbe male esercitato la propria attività di garante, per esempio marciando a velocità eccessiva o avendo illuminato scarsamente il tragitto.

[80] Diffusamente, A. Gargani, *Impedimento plurisoggettivo*, cit., *passim*.

[81] V., in particolare, G. De Francesco, *Il concorso di persone e il dogma causale*, cit., spec. 3918 ss.

[82] Tuttavia, v. T. Padovani, *Plurisoggettività nel reato e come reato*, Pisa 2015, 173: «D'altra parte, se non si comincia da qualche parte a gettare il seme, non si può sperare che la pianta cresca. Certamente quest'idea della strumentalità consente di fornire un criterio di ricerca a certe soluzioni […] che potrebbero essere ben più plausibilmente impostate alla luce della teoria della strumentalità».

sui terreni, notoriamente cedevoli, della concretizzazione del rischio e della prevedibilità della colpa.
La gestione del rischio non eccellerà in dogmaticità, eppure ridistribuisce le responsabilità in capo ai garanti nel segno dell'art. 27 Cost., «scongiura[ndo] automatismi sanzionatori a tappeto [e] riesuma[ndo] il moribondo principio di affidamento»[83].
A ciò è però pregiudiziale un'applicazione razionale del criterio.
Come il garante governa il rischio, così anche la giurisprudenza è chiamata a governare un paradigma di spiccata valenza pratica, ma volubile a seconda dell'utilizzo che se ne intenda fare. Se il "cagionare l'espansione delle posizioni di garanzia" costituisse una fattispecie di parte speciale, la giurisprudenza ne sarebbe potenziale soggetto attivo: sta dunque, stavolta, a quest'ultima – come ha efficacemente dimostrato nel settore degli appalti – farsi garante del rischio, per sottrarsi alla severa imputazione da parte della dottrina.

[83] V. Valentini, *Domatori del rischio*, cit., 20.

GLI IRRESPONSABILI: SULLA CRISI DELLO SPAZIO PUBBLICO DEMOCRATICO, TRA POLITICA E DIRITTO

di Giovannangelo De Francesco

Lo scritto si sofferma sulle degenerazioni del confronto pubblico democratico, indotte dalla mancanza di un atteggiamento responsabile – da parte dei detentori del potere – riguardo ai processi comunicativi e decisionali afferenti ai propri disegni politici. In proposito, viene sottolineato, tuttavia, come la tendenza a prescindere da un serio e motivato ragguaglio circa le basi giustificative di tali messaggi o programmi non possa implicare, se non in casi limite, delle conseguenze giuridicamente rilevanti. Dopo alcuni rilievi circa le differenze tra il predetto canone della responsabilità nelle scelte politiche e la nozione di 'verità' elaborata dai più moderni pensatori, l'analisi prosegue confrontandosi criticamente con alcune tendenze volte a postulare, ora l'esistenza di diritti alla verità, ora un' intrinseca connessione tra fiducia e diritto. Ne deriverebbe, in ultima analisi, l'esigenza di privilegiare un percorso di 'educazione sociale' a scelte responsabili, per quanto difficile ed impegnativo esso possa apparire nell' attuale temperie postdemocratica. Nella parte finale dell' indagine, si pone in evidenza come, viceversa, proprio in un settore – ossia quello delle violazioni del diritto internazionale – dove il profilo giuridico della reazione appare legittimo e doveroso, si assista ad una colpevole rinuncia a perseguire gli autori di tali violazioni: e ciò, nonostante che negli ultimi tempi il carattere 'individuale' della decisione di darvi corso sia venuto ad accentuarsi, considerata la presenza, all'interno della comunità sociale, di un evidente disinteresse, e talora di un fermo dissenso nei confronti di gesti sconsiderati dei *leader* di turno. Lo scritto si conclude con alcune osservazioni dedicate al ruolo degli intellettuali nel fronteggiare le tendenze involutive nella conduzione del dialogo democratico.
This article focuses on the degeneration of democratic public debate brought about by the lack of a responsible attitude—on the part of those who hold power—towards the communicative and decision-making processes underlying their political agendas. In this regard, it is emphasised, however, that the tendency to dispense with a serious and reasoned account of the justificatory grounds of such messages or programmes cannot, save in exceptional cases, give rise to legally relevant consequences. After some preliminary remarks on the differences between the aforementioned principle of responsibility in political decision-making and the notion of "truth" developed by modern thinkers, the analysis proceeds through a critical engagement with certain trends aimed, alternatively, at postulating the existence of rights to truth or an intrinsic connection between trust and law. Ultimately, this would suggest the need to favour a process of "social education" towards responsible choices, however difficult and demanding such a path may seem in the present post-democratic climate. In the final part of the inquiry, it is highlighted how, conversely, precisely in one field—namely that of violations of international law—where a legal response appears both legitimate and necessary, there is a culpable reluctance to prosecute those responsible for such breaches. This persists despite the fact that, in recent times, the "individual" character of the decision to engage in such conduct has become more pronounced, given the evident indifference within society, and at times firm dissent, towards the reckless actions of contemporary leaders. The article concludes with some observations on the role of intellectuals in confronting regressive tendencies in the conduct of democratic dialogue.

Responsabilità politica; Dibattito pubblico; Verità e diritto; Violazioni del diritto internazionale
Political Responsibility; Public Discourse; Truth and Law; International Law Violations

Sommario: 1. L'alterazione dei processi comunicativi e deliberativi nel contesto politico attuale. – 2. 'Verità' e atteggiamenti responsabili: tra falsità oggettiva e soggettiva. – 3. Le differenti teorie sulla verità a cospetto dell'esigenza di scelte responsabili. - 4. Due recenti tendenze dottrinali: 'legge della fiducia' e 'diritti alla verità'. – 5. Aspetti problematici di tali tendenze: il diritto come possibile garanzia di libertà (anche) di scelte politiche 'inaffidabili'. Importanza dell'educazione sociale ad un discorso pubblico trasparente. – 6. La prospettiva inversa: il tradimento del diritto-dovere di perseguire i responsabili di crimini internazionali. Riverberi sul futuro delle esperienze demoliberali. – 6. Quale ruolo per gli intellettuali? Una lezione memorabile, nel segno della responsabilità.

1. Chi guardi con occhio disincantato alle caratteristiche salienti dell'attuale contesto sociale e politico-istituzionale, non può non rimanere impressionato dal crescente disinteresse – quando non proprio dalla disinvolta noncuranza – nei confronti di quel precetto deontologico che, per echeggiare il monito di un illustre pensatore, potremmo anche qui ricondurre sotto il diagramma etico-giuridico del 'principio responsabilità[1].

Le parole, i gesti, i proclami, le iniziative che vengono a connotare – sia a livello interno, che nei rapporti interstatuali – il modo di porsi dei 'decisori pubblici' di turno, si accompagnano invero, sempre più spesso, alla mancanza di una riflessione consapevole sulle conseguenze di simili scelte e del senso di 'responsabilità', per l'appunto, che dovrebbe accompagnare il fatto di adoperarsi per promuoverle ed implementarle.

Non si tratta soltanto, da questo punto di vista, di registrare alcune gravi carenze o distorsioni nell'esercizio dei pubblici poteri, o di censurare il progressivo venir meno di una rigorosa 'separazione' tra le relative funzioni, o di lamentare l'invadenza di partiti e 'gruppi di pressione' sempre meno sensibili alle esigenze della collettività. O meglio: se è pur vero che tali fattori contribuiscono, nel loro insieme, a corrompere ed alterare gli assetti delle moderne democrazie, non può tuttavia negarsi come la tendenza appena accennata assuma una fisionomia che travalica le logiche interne agli sviluppi ora richiamati.

Consideriamo anzitutto il momento formativo delle decisioni, con la relativa indicazione dei problemi, delle esigenze, degli obiettivi che dovrebbero giustificarle. Complice la capacità d'influenza dei *social-media*, si tende sovente a presentare determinate iniziative come assolutamente necessarie ed improrogabili, stigmatizzando già in partenza – con toni imperiosi e perfino allarmati – l'idea stessa di farne oggetto di ulteriori discussioni. Anche se i dati (reali) a disposizione ne dimostrassero l'inconsistenza, una verifica al riguardo viene ritenuta secondaria rispetto alla finalità di attirare comunque il consenso su simili iniziative, almeno da parte di coloro che appaiano maggiormente condizionabili dalla carica emotiva del messaggio ricevuto.

E già qui viene chiaramente a delinearsi quell'aspetto involutivo evocato in apertura. Vero è che anche in tempi meno recenti le tecniche di ricerca del consenso avevano assunto una crescente importanza nelle dinamiche del confronto politico; e tuttavia, chi ne abbia avuto esperienza è ben conscio del fatto che, almeno per molte questioni, venivano ad essere rispettati (sia pure, magari, amplificandone la portata) determinati fatti o circostanze suscettibili di fornire un sostegno alle proprie ragioni. Nel clima attuale, viceversa, tali condizioni sono

[1] Pur se nell'ambito di una diversa prospettiva, cfr. la classica opera di H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un' etica per la civiltà tecnologica*, a cura di P.P. Portinaro, Torino 2009, spec. 117 ss., 121 ss., 129 ss., nonché Id., *Sull' orlo dell'abisso. Conversazioni sul rapporto tra uomo e natura*, a cura di P. Becchi, Torino 2020, spec. 114 s.

destinate a retrocedere sino al limite dell'irrilevanza: ad assumere rilievo preponderante è l'ossessione e la 'tirannide' del risultato, di fronte alla quale non suona – per l'appunto – neanche come un pur flebile richiamo l'appello all' '(auto)responsabilità' nel momento di coinvolgere in determinati giudizi o programmi quanti potranno (ed anzi, dovranno spesso) sottostare alle relative conseguenze. Per di più, il tutto risulta frequentemente accompagnato dal ricorso ad aggressioni verbali volte a screditare e denigrare le altrui tendenze od opinioni: con lo scopo evidente di rimarcare, in nome del ripudio di atteggiamenti ipocriti o falsamente 'perbenisti' (dovuti alla tanto deprecata *woke-culture*), la 'mala fede' di coloro che ardiscano sconfessare e persino mettere in dubbio la fondatezza delle proprie dichiarazioni.
Ma, guardando adesso agli sviluppi successivi a simili prese di posizione, non meno sconcertante si rivela l'atteggiamento tenuto di fronte all'accusa di aver travisato i fatti o di avere ecceduto negli stessi 'toni' utilizzati. In particolare, non appena ci si debba misurare con il 'disonore' che potrebbe derivare da eventuali smentite, ecco che ci si premura di ritorcere sugli avversari la colpa di avere essi stessi alterato e distorto la portata di quanto affermato; ancora una volta, peraltro, si ha cura di evitare di scendere 'nel merito' delle questioni, privilegiando, piuttosto, l'esternazione del più vivo stupore e rincrescimento (per non dire risentimento) per essere stati fatti segno delle più deplorevoli e pretestuose illazioni.

2. I rilievi sinora svolti potrebbero a prima vista far supporre che il tema centrale che ne è alla base sia rappresentato, a conti fatti, dal rispetto dovuto a quel postulato della 'verità' e della necessaria educazione alla medesima che, nell' odierna letteratura sociologica, giuspolitica, e giuridico-filosofica ha ricevuto, anche (ed anzi, soprattutto) in tempi recenti, una particolare attenzione da parte di studiosi particolarmente sensibili e culturalmente impegnati. E tuttavia, pur non potendo negarsi la rilevanza di una simile tematica, è bene premettere alcuni chiarimenti in grado di porre in risalto le peculiarità del problema qui esaminato.
Significativa in proposito può rivelarsi una riflessione che muova da un parallelismo con la problematica concernente la rilevanza penale della 'falsità' della prova dichiarativa. A tale riguardo, e ritornando nuovamente sull' argomento, si è opportunamente rimarcata[2] la differenza esistente tra 'attendibilità' di una dichiarazione (testimoniale) e la 'falsità' di quest'ultima. L'attendibilità concerne invero la corrispondenza di quanto riferito con la realtà dei fatti; la falsità riguarda invece la divergenza tra quanto affermato e la rappresentazione soggettiva in ordine alle circostanze riferite. Il testimone, insomma, non può considerarsi autore di una dichiarazione falsa, se supponeva che questa fosse rispondente alla realtà (il che non significa che tale dichiarazione sia per ciò stesso attendibile, laddove si possa ritenere ch' egli, in buona fede, sia tuttavia incorso in errore).
Ebbene, muovendo da tali premesse, a dover essere criticato, all'interno dello scenario dal quale abbiamo preso le mosse, è appunto l'obiettivo di guadagnare consensi prescindendo da una seria verifica delle circostanze atte a supportare le proprie affermazioni. Sarebbe, viceversa, eccessivo (e perfino inappropriato, come avremo modo di constatare) pretendere che alla base di tali affermazioni debba sussistere sempre una 'verità' oggettivamente incontestabile. I programmi e le scelte a livello (*lato sensu*) politico implicano, per loro stessa natura, analisi e valutazioni circa i dati disponibili non sempre idonee a tradursi in 'evidenze' assolutamente definitive. Non di rado, del resto, tali scelte comportano la formulazione di giudizi 'predittivi', come tali affidati ad una certa interpretazione di determinate vicende o situazioni in rapporto ad ulteriori sviluppi non ancora verificatisi; cosicché, proprio in ragione del fatto che tali sviluppi – a causa dei possibili mutamenti nelle tendenze e nei bisogni della

[2] Cfr. T. Padovani, *Menzogna e diritto penale*, Pisa 2014, 70 ss. e A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, Parte Speciale*, II, *Delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano 2000, 122 s.

collettività – non si prestano a venire calcolati con precisione infallibile, sarebbe, questa volta, un sopruso inaccettabile quello di esigerne in ogni caso una rappresentazione oggettivamente certa e 'veritiera' ed, in quanto tale, insuscettibile di smentite. Il dato maggiormente preoccupante – ed anzi, socialmente intollerabile - riguarda, insomma, non tanto – per usare una locuzione ben nota alla scienza della politica[3]- l'eventuale mancanza di 'fatticità' nell'oggetto dei processi comunicativi, quanto piuttosto, come si diceva, di quell'atteggiamento coscientemente 'responsabile' del quale la 'falsità' di cui si è detto poco sopra rappresenta l'antitesi speculare.

3. Con tutto ciò, non intendiamo trascurare la circostanza che la stessa nozione di 'verità' – sulla quale, beninteso, non è nostro compito (né potrebbe esserlo, dato che ne mancherebbero le forze) intrattenersi in questa sede – appare da sempre fortemente controversa, e che essa ha conosciuto anche in tempi recenti delle chiavi di lettura volte ad escluderne una dimensione uniforme; in particolare, è andata affermandosi[4] l' idea secondo la quale detta nozione dovrebbe venire declinata avendo maggior riguardo ai 'contesti' in cui essa venga richiamata, cosicché, ad es., la 'verità' nel campo delle scienze naturali o con riguardo ad accadimenti del passato non potrebbe essere trasposta *sic et simpliciter* nell'ambito 'normativo' proprio dell'etica, del diritto, o della politica.
Certo: è difficile negare – ammoniva Hannah Arendt[5]– l'esistenza di verità 'di fatto' assolutamente "irrecusabili": essendo tali, come ribadisce Domenico Pulitanò[6], quelle caratterizzate dall' "oggettiva durezza" delle circostanze su cui si fondano, e, di conseguenza, dalla radicale impossibilità di farne oggetto di possibili contestazioni.
Per altro verso, tuttavia, muovendosi nel solco della corrente 'pragmatista', un filosofo come Richard Rorty[7] è giunto a valorizzare, in una visione attenta al pluralismo democratico, il richiamo, piuttosto che al paradigma della verità, a quello basato sulla possibilità di 'giustificare' determinate credenze di fronte agli altri membri della comunità.
In certa misura intermedia tra le differenti scelte campo può considerarsi, d'altronde, l'impostazione originaria dei seguaci del pensiero liberale, in particolare di quello che a ragione può considerarsi il relativo capostipite; così, anche di recente si è fatto osservare[8] come la professione di fede nel libero scambio delle opinioni e dunque nel rispetto delle diverse tendenze espresse dai membri della comunità costituisse, per Stuart Mill[9], il percorso migliore per l' individuazione – pur sempre – di una soluzione corrispondente a 'verità'. Tale convinzione, tuttavia, veniva espressa in periodo storico in cui la sfera pubblica era caratterizzata dal predominio di una particolare categoria di 'interlocutori', ossia quella dei

[3] V. F. D'agostini, M. Ferrera, *La verità al potere. Sei diritti aletici*, Torino 2019, 116.
[4] In proposito, cfr. la panoramica offerta da F. D' Agostini, *L' uso scettico della verità*, in *"Verità" del precetto e della sanzione penale alla prova del processo*, a cura di G. Forti, G. Varraso, M. Caputo, Napoli 2014, 37 ss., 41, la quale, peraltro, nel soffermarsi sulla posizione - considerata emblematica della corrente cui si si allude nel testo - di M. P. Lynch (di cui viene qui citata l'opera *La verità e i suoi nemici*, a cura di S. Moriggi, Milano 2007), conclude nel senso ch'essa non riuscirebbe, in realtà, a sfuggire del tutto ad una nozione omogenea di verità. Sulle varie correnti di pensiero cfr. anche, tra gli altri, G. Volpe, *Teorie della verità*, Milano 2026, 87 ss. e *passim*.

[5] Cfr. H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Milano 1999, 13, 601 ss., 611.
[6] D. Pulitano', *Cura della verità e diritto penale*, in *"Verità" del precetto*, cit., 74 s.
[7] R. Rorty, *Il pragmatismo, Davidson e la verità*, in *Scritti filosofici*, I, a cura di A.G. Gargani, Roma-Bari 1994, 169 ss. Sulle concezioni di questo influente pensatore v., ampiamente, G. Fornero, *Protagonisti e Testi della Filosofia*, vol. D, tomo 2, Torino 2000, 455 ss.; M. P. Lynch, *La verità*, cit., 94 ss., 146 ss.; J. P. Murphy, *Il pragmatismo*, Bologna 1997, 161 ss.
[8] Cfr. F. D'Agostini, M. Ferrera, *La verità*, cit., 114 ss. In proposito, cfr. la vasta analisi di J. Rauch, *La Costituzione della Conoscenza. In difesa della verità*, Roma 2022, 232 ss.
[9] V. J. Stuart Mill, *Saggio sulla libertà*, Pref. G. Giorello, M. Mondadori, Milano 1984, 75 ss.

soggetti appartenenti ai ceti sociali dell' aristocrazia o dell'alta borghesia, con esclusione delle classi popolari e più in generale di quanti non potessero vantare una base culturale adeguata a sviluppare un discorso volto a identificare le ragioni più convincenti[10]: tali dovendo considerarsi, per l'appunto, come sottolineava lo stesso Stuart Mill, quelle destinate, per lo meno, ad accrescere le "probabilità di vittoria della verità"[11]. Il progressivo avvento della 'società di massa', unito allo sviluppo imponente delle risorse della tecnica, farà sì, viceversa, com'è stato ulteriormente precisato[12], che "la frammentazione e la parcellizzazione delle percezioni individuali della realtà" renda oggi difficile – grazie anche al potere delle reti digitali di "*creare* fatti alternativi e di renderli virali" - "confidare nella capacità del libero mercato delle idee di smascherare il falso". E d'altronde, proprio in considerazione di simili rischi, ha assunto una particolare importanza l'elaborazione di determinate 'regole del discorso' ad opera di pensatori come Paul Grice[13], Jürgen Habermas[14] e Karl-Otto Apel[15], i quali, pur con le debite differenze, hanno insistito sul rispetto di un principio di 'veridicità' nel rapporto tra i soggetti implicati nella comunicazione: un principio, in altri termini, volto a garantire che quest'ultima abbia ad oggetto dei contenuti sui quali gli interlocutori abbiano maturato una credenza razionalmente fondata ed immune, pertanto, da arbitrarie omissioni o manipolazioni (quali quelle, ad es., condizionate da logiche di potere, od influenzate da interessi di carattere personale).
Orbene, e nonostante che il dibattito in materia si presenti particolarmente ricco ed articolato, a noi sembra, tuttavia, che le diverse concezioni appena ricordate possano sfociare in una prospettiva unitaria, laddove si proceda a valutarne le interazioni con l'ulteriore profilo della 'responsabilità' al quale si è fatto più volte riferimento. Vogliamo dire che atteggiamenti come quello, ad es., di negare od occultare 'fatti' oggettivamente inoppugnabili (come la persecuzione di oppositori politici ribellatasi ad un regime autoritario), o di formulare giudizi carenti di qualsiasi verifica in ordine alla portata o agli effetti di certe situazioni (si pensi al fatto di proclamare 'alla cieca' che una detassazione generalizzata produrrà ricchezza e benessere per tutti, ovvero di affermare con ostentata sicumera che pene altissime per tutti i reati risolveranno il problema della criminalità) possono essere riportati allo schema unitario di quell' uso 'irresponsabile' dello strumento comunicativo che ne inficia la compatibilità con la dimensione di un confronto democraticamente e razionalmente condotto.

4. Giunti a questo punto, non si può fare a meno di rivolgere una più specifica attenzione ai riverberi di quanto osservato sulle tematiche di tipo giuridico che interferiscono (pur sempre) con le strutture di potere e con le dinamiche sul piano politico-sociale proprie delle democrazie del nostro tempo.
Al proposito, può risultare utile muovere anzitutto dalla recente valorizzazione di quella che è stata definita, con espressione indubbiamente evocativa, come "legge della fiducia"[16]. Alla

[10] Cfr. F. D'agostini, M. Ferrera, *La verità*, cit., 115.
[11] Così J. Stuart Mill, *Saggio*, cit., 80.
[12] V. F. D' Agostini, M. Ferrera, *La verità*, cit., 116. Sui fenomeni indicati dagli Autori svolge un esame approfondito J. Rauch, *La Costituzione della Conoscenza*, cit. 159 ss. Anticipatore sotto molteplici profili degli sviluppi in materia è il contributo fondamentale di J. Habermas, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari-Roma 2025, 238 ss. e *passim*.
[13] Si veda P. Grice, *Logica e conversazione. Saggi su intenzione, significato e comunicazione*, Bologna 1993, 55 ss.
[14] J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, I, *Razionalità nell'azione e razionalizzazione sociale*, I, Bologna 1997, 157 ss., 178 ss., 405 ss., 418 ss.
[15] Cfr. K.-Otto Apel, *Etica della comunicazione*, Milano, 2006, 28 ss., 52 ss., 72 ss.
[16] Cfr. T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma 2021, 57 ss., 88 ss. e *passim*. In argomento cfr. le osservazioni di D. Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, in *Tra principi di diritto penale e teoria del*

base dell'ordine giuridico – si osserva – prima ancora della dimensione dell' 'obbligo' e dell'eventuale sanzione, deve presupporsi, pena la mancanza di 'effettività'[17],un 'ordine sociale' fondato sulla condivisione di determinate aspettative e sul conseguente affidamento nel loro reciproco rispetto da parte di tutti i soggetti che della comunità fanno parte: "senza stabilità dell'ordine sociale" – si precisa ulteriormente – "a cominciare dalla permanenza del significato delle parole" alla base dei processi comunicativi, "non può esserci alcun ordine giuridico", dato che a questo è connaturato "un elemento di relazione fiduciaria", onde il riconoscimento che "il dover essere del diritto appartiene al suo stesso essere"[18]; e del resto – per concludere - sarebbe difficile spiegare "perché un uomo che è capace di fidarsi e di ispirare fiducia al di fuori del diritto debba all'improvviso smettere di ispirarne quando agisce come soggetto giuridico"[19]. In ultima analisi, potremmo sintetizzare una siffatta impostazione affermando che in base ad essa funzioni del diritto e 'legge della fiducia' debbono vedere le prime strettamente dipendenti dalla seconda, essendo il diritto destinato ad inverare quelle stesse esigenze, per così dire, della 'ragion pratica' sottese alle relazioni sociali, e sulle quali si fonda la concorde accettazione di determinate regole di condotta.
Lo sforzo di instaurare un collegamento (ed anzi, una ancor più profonda interazione) con la prospettiva giuridica è ravvisabile, d'altronde, in un'ulteriore tendenza (già in precedenza ricordata) sviluppatasi in concomitanza temporale con la corrente di pensiero or ora delineata. I seguaci di tale indirizzo – che pure sottolineano ripetutamente[20] l'importanza della "fiducia sociale" come garanzia della convivenza democratica – mirano soprattutto ad accreditare l'idea secondo la quale un sistema politicamente evoluto dovrebbe contemplare il rispetto di fondamenti "diritti aletici", ossia diritti alla verità, variamente caratterizzati[21], ma in ogni caso tali da richiedere un uso corretto, coscienzioso, e verificabile, delle risorse cognitive alla base dei processi decisionali e delle relative forme di comunicazione ai soggetti interessati. Si tratterebbe, insomma, di attivare meccanismi di controllo sull'uso dei poteri informativi e deliberativi a disposizione (soprattutto) dei soggetti pubblici, in modo da impedire il più possibile la trasmissione di dati falsi, manipolati, edulcorati, o comunque tali da occultare od ostacolare la conoscenza delle ragioni sottese alle scelte di volta in volta operate: il tutto, reso appunto (giuridicamente) efficace garantendo ai relativi destinatari che, in caso di trasgressione di simili regole di comportamento, possa aver luogo l'applicazione di sanzioni adeguate, e per di più funzionali, sia pure indirettamente, ad una più intensa tutela di ulteriori, fondamentali diritti pur già presenti all'interno dei relativi ordinamenti (quali quelli riguardanti, ad es., la sfera della *privacy*, o l'interesse a non vedersi esposti a possibili trattamenti discriminatori).

5. Orbene, e pur riconoscendo il merito scientifico di simili teorizzazioni, non è tuttavia possibile trascurare un aspetto problematico cui gli stessi artefici delle medesime non mancano di accennare. Così, da un lato si fa notare[22] come, malgrado l'importanza di una "cultura giuridica" al passo coi tempi, l'obiettivo di "una rinnovata etica pubblica" si giochi essenzialmente sul terreno dell' "intreccio tra costume, morale e politica", dovendosi escludere, pertanto, che il diritto (ed a maggiore ragione il diritto penale) possa automaticamente (e

reato. *Per Giovannangelo De Francesco*, a cura di A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino, A. Vallini, Pisa 2022, 58
[17] T. Greco, *La legge della fiducia*, cit., 100, 105.
[18] Ancora T. Greco, *La legge della fiducia*, cit., 98 – 100.
[19] Cfr. T. Greco, *La legge della fiducia*, 113.
[20] V. F. D' Agostini, M. Ferrera, *La verità*, cit., 36, 124.
[21] Cfr. F. D' Agostini, M. Ferrera, *La verità*, cit., IX s., 44 ss., 97 ss., pur precisando che il termine 'aletico', nell'ottica prescelta dagli Autori, deve considerarsi più appropriato rispetto a quello riferito alla 'verità'.
[22] Si veda T. Greco, *La legge della fiducia*, cit. 159.

legittimamente) intervenire in virtù della sua pur acclarata corrispondenza con tendenze e aspettative socialmente condivise; mentre si osserva, dall'altro[23], che "intervenire con strumenti dissuasivi nella sfera dell'informazione è questione delicatissima", considerato il rapporto di tensione con i principi democratici di più o meno gravi limitazioni delle libertà politiche o del "mercato delle idee", anche laddove sotto l'usbergo di tali libertà abbiano luogo delle dichiarazioni – e di poi, sovente, prese delle decisioni – coscientemente difformi dalla realtà dei fatti o comunque carenti delle necessarie verifiche circa la loro fondatezza o la loro attitudine a giustificare determinate scelte o indirizzi.
Simili rilievi lasciano dunque trasparire il dato di fondo secondo il quale i comportamenti ora ricordati non sempre – ed anzi raramente - potranno sottostare ad una risposta giuridicamente rilevante, almeno finché essi non trasmodino nello svolgimento di attività (come quelle, ad es., di carattere fraudolento, o di contenuto diffamatorio, o concretanti falsità ideologiche in atti pubblici, etc.) tali da esulare in maniera evidente dalla sfera del pur vasto campo delle libertà civili e politiche[24].
Dichiarazioni, proposte, iniziative politicamente 'irresponsabili' (nell'accezione più volte chiarita) concernenti, in ipotesi, la materia economica, finanziaria, sanitaria, della giustizia, della 'sicurezza', del lavoro, dell'immigrazione, dell'ambiente, e così via dicendo, non potranno avere, insomma, altra conseguenza se non quella di veder scemare, eventualmente, l'ampiezza dei consensi e delle possibilità di successo nelle competizioni elettorali; una conseguenza, peraltro, tutt'altro che scontata, se è vero, come l'esperienza insegna, che il 'gradimento' da parte dell'elettorato potrebbe risultarne, non soltanto confermato, ma perfino accresciuto (com'era del resto nelle intenzioni perseguite), grazie al clima di progressiva assuefazione a messaggi e proposte 'ad effetto' rivolti ad un'opinione pubblica sempre meno sensibile (ed anzi, sempre più 'diseducata') ad una razionalità discorsiva esigente e politicamente matura.
Ma allora, stando a simili rilievi, si dovrebbe riconoscere come, in realtà, la rilevanza attribuita, ora alla tutela giuridica della verità, ora alla c.d. legge della fiducia come fondamento e espressione diretta dello stesso ordine giuridico, difficilmente possa conciliarsi con il fatto che proprio i comportamenti ora ricordati risultino, al contrario, espressione di veri propri diritti (oltre tutto, costituzionalmente garantiti), malgrado essi possano apparire contrastanti con quelle regole di correttezza, di affidabilità, e di 'moralità' nei rapporti sociali e politici che dovrebbero caratterizzare la vita della comunità.
Alla fine del percorso, non sembra esservi, insomma, altra soluzione se non quella di contrastare le tendenze involutive sinora illustrate mediante un' opera (certamente difficile ed impegnativa) di educazione *sociale* – e politica insieme – in grado di affrancarsi da quella deriva 'postdemocratica' che (sia pur senza varcare i confini del lecito) inibisce lo svolgimento di un 'discorso pubblico' trasparente e basato su presupposti ed affermazioni verificabili: un discorso, in altri termini, che – pur quando possa rivelarsi difforme da 'contenuti di verità' oggettivamente inconfutabili – venga ad ispirarsi, per l'appunto, al rispetto di quel 'principio-responsabilità' destinato ad operare anche (ed anzi soprattutto) nei confronti dei detentori del potere nel loro dialogo costante con coloro che di quel potere li abbiano democraticamente investiti. Potremmo ben ripetere, da questo punto di vista, con Hannah Arendt – in quell'opera senza tempo che è rappresentata da *Vita activa*[25] – che le "tenebre" che rischiano di avvolgere i destini e la vita stessa della comunità potranno dileguarsi soltanto laddove si sia disposti ad

[23] Cfr. F. D' Agostini, M. Ferrera, *La verità*, cit., 106.
[24] F. D' Agostini, M. Ferrera, *La verità*, cit., 106, ridimensionando, tuttavia, sia pur entro certi limiti, la rilevanza di simili eccessi.
[25] Cfr. H. Arendt, Vita activa. *La condizione umana*, Milano 2017, 255 s.

entrare in sintonia con "la sfera luminosa che protegge lo spazio pubblico", dove le "promesse" e gli impegni da parte di ciascuno possano fungere da "isole di sicurezza" perché - e purché – ottemperino alle regole imposte dal "codice morale" dovuto alla "presenza e all'agire degli altri" .

6. Giunti a questo punto, ed ampliando ulteriormente lo sguardo, non si può fare a meno di ricordare, tuttavia, come proprio negli ultimi tempi si sia andata diffondendo una tendenza che sarebbe ben difficile ricondurre al piano delle manifestazioni finora brevemente illustrate.
A tale riguardo, e a dispetto del limitato interesse da parte dei cultori (soprattutto) di materie penalistiche, è dato invero ravvisare il manifestarsi di sviluppi particolarmente inquietanti proprio nell'ottica dei risvolti sotto il profilo giuridico delle iniziative e delle decisioni adottate. Intendiamo alludere, in particolare, alla condizione – francamente intollerabile – di frequente 'impunità' di cui godono attualmente alcuni soggetti ai vertici del potere, relativamente alle scelte inerenti alla politica internazionale: là dove, con un singolare 'cambio di paradigma', a venire sottratti ad una responsabilità giuridicamente rilevante sono (anche) i comportamenti che, a differenza di quelli più volte richiamati, dovrebbero, viceversa, sottostare ad una risposta di tipo sanzionatorio. Grande è lo sgomento suscitato, a tale proposito, dall'imponente ricorso, sotto il vessillo dell'interesse alla propria 'sicurezza', al compimento di atti di ostilità sul piano militare, tali da integrare, addirittura, nei casi più gravi, gli estremi di vere e proprie guerre di aggressione (variamente intrecciate alla perpetrazione di crimini di guerra o contro l'umanità)[26]. Un fenomeno, per vero, che si è venuto estendendo, in evidente dispregio di principi di diritto internazionale ormai da tempo riconosciuti, nonostante che proprio negli ultimi decenni abbia trovato ascolto la richiesta di intervenire contro la violazione di tali principi mediante la creazione di tribunali penali internazionali, prima a competenza limitata, e di poi a carattere universale e permanente, com'è avvenuto con l'istituzione della Corte Penale Internazionale[27].
Ai nostri fini, una simile evoluzione viene ad assumere, d'altronde, una portata ancor più rilevante e significativa, considerando il fatto che anche nel contesto internazionale, in misura maggiore che non in passato, sembra assumere un ruolo preminente proprio quella dimensione 'individuale' della responsabilità di cui si è tenuto conto finora nel mostrare la crisi del relativo principio nell' ambito dei rapporti interni allo Stato.
Per comprendere meglio di che si tratta, è necessario premettere come, secondo autorevoli voci della dottrina (non solo penalistica), il ricorso alla giustizia internazionale, che da Norimberga in poi si è tradotto nel chiamare a rispondere i singoli individui (e non anche gli Stati di appartenenza o intere collettività) risulterebbe viziato dalla circostanza che i crimini di cui si è detto, in particolare quelli perpetrati nella seconda metà del secolo scorso, hanno spesso coinvolto larghi strati della popolazione, mostratisi consenzienti e attivamente partecipi alle iniziative rivolte contro i diritti umani dei 'nemici' di turno: di modo che, e per dirla in breve, la scelta di perseguire singoli soggetti responsabili risulterebbe dissonante (sia in termini di

[26] Cfr., tra gli altri, E. Maculan, *Il crimine di aggressione*, in E. Amati, P. Caroli, M. Costi, E. Fronza, E. Maculan, A. Pizzuti, A. Vallini, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino 2025, 474 ss.; C. Meloni, *Giustizia universale? Tra gli Stati e la Corte penale internazionale: bilancio di una promessa*, Bologna 2024, 43 ss. e *passim*; A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *RIDPP* 2023, 97 ss., 104 ss.

[27] Su tali vicende, oltre alla già citata *Introduzione al diritto penale internazionale*, si può leggere, tra i primissimi contributi italiani in materia, il volume su *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, a cura di A.Cassese, M. Chiavario, e G.A. De Francesco, Torino 2005.

efficacia, che nell' ottica 'personalistica' del giudizio e della sanzione penale) rispetto al carattere 'massivo' e indifferenziato dell'aggressione ad opera di intere comunità'[28].
Sennonché, come si è appena accennato, le più recenti vicende appaiono destinate, a ben guardare, a distanziarsi non poco dalla fisionomia dei contesti storico-politici sui quali fanno leva le concezioni in esame. Ed invero, le operazioni militari di cui si è detto poco sopra sono state decise ed attuate per iniziativa di soggetti posti al vertice dello Stato, nonostante, questa volta, la presenza, all'interno della comunità sociale, di un evidente disinteresse, per non dire, spesse volte, di una dichiarata avversione nei confronti del compimento di simili 'gesti di forza'; e ciò, tanto più laddove questi ultimi, come pure è accaduto, abbiano avuto luogo in un contesto politico tuttora permeato dei valori e dei modelli di convivenza propri degli ordinamenti tradizionalmente democratici. In un contesto del genere, la 'copertura' di cui continuano spesso a godere i detentori del potere non può non apparire, allora, ancor più discutibile sotto il profilo, non solo politico, ma anche giuridico – e giuridico-penale, in particolare -. Il fatto stesso, insomma, che venga a 'stagliarsi' in forma ancor più chiara e manifesta la dimensione individuale di simili decisioni dovrebbe comportare un sostegno ben più risoluto ed energico ai tentativi – in ispecie quelli intrapresi dalla Corte Penale Internazionale – di sottoporre a giudizio i soggetti responsabili delle relative violazioni. Un sostegno che, purtroppo (è il caso di ricordarlo), è ben lungi dal venire condiviso dal nostro Paese, come appare altresì confermato dal deplorevole abbandono di quel progetto di un 'codice' dei crimini internazionali, nel quale non erano in pochi a ravvisare le basi per un intervento più efficace contro la diffusa impunità di simili delitti.
Una volta messo da parte, con il pretesto di un 'supplemento di riflessione'[29], un programma ritenuto troppo audace e politicamente 'azzardato', le forze attualmente al potere mostrano, piuttosto, di voler insistere nella propria azione repressiva nei confronti dei (soli) 'nemici interni' dello Stato: come testimonia il ricorso, ora a campagne mediatiche volte a fomentare l'ostilità e la 'rabbia sociale' verso certe 'tipologie' di soggetti devianti, ed ora all'approvazione di testi normativi che, con l'intento di dare un seguito a simili proclami, vengono caricati di un groviglio imponente di misure penali e di polizia sulla cui stessa efficacia a livello politico-criminale è lecito nutrire le più ampie riserve.
Ma non dovrebbe allora sorprendere che, lungi dal venire rimossi, i fattori di crisi che scuotono i sistemi attuali rischino in tal modo di perpetuarsi e di stabilizzarsi: con l'aggravante che le stesse tendenze involutive sul piano internazionale - in un mondo sempre più interconnesso e avviato ad un destino 'globale' – aprono la strada ad un ulteriore indebolimento di quella complessiva 'coscienza democratica' di cui già si avverte il progressivo declino nell'esperienza delle società contemporanee.
7. Nel porre termine a queste brevi considerazioni, non appare fuori luogo dedicare almeno un cenno alle effettive possibilità d'intervento da parte dei c.d. 'addetti ai lavori' nel promuovere una cultura della responsabilità volta ad arginare la temperie involutiva finora delineata.

[28] V., per tutti, M. Damaška, *L'incerta identità delle Corti penali internazionali*, in *Criminalia* 2006, 13 ss., cui s'ispira G. Fiandaca, *Gli obiettivi della giustizia penale internazionale: tra punizione e riconciliazione*, in *La mediazione penale nel diritto italiano e nel diritto internazionale*, a cura di F. Palazzo, R. Bartoli, Firenze 2011, 105 ss.
[29] Cfr. A. Vallini, *Il codice a pezzi*, cit., 92 s. Sull'esigenza di una legge interna in materia cfr. pure E. Fronza, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in *Introduzione*, cit., 74 ss.; C. Meloni, *Giustizia universale?*, cit., 14 ss.

A tale riguardo, è fin troppo noto come, da parte di studiosi della statura di Norberto Bobbio[30] o di Zigmunt Bauman[31], si sia lamentata, riguardo alla categoria degli 'intellettuali', una progressiva 'decadenza' o difficoltà di adeguarsi alle sfide più importanti della modernità. Ebbene, al fine di riattivarne la funzione e la capacità di contribuire al progetto ora menzionato, a noi sembra che sia comunque indispensabile quella che potrebbe definirsi un'azione 'corale', ossia tale da ricomprendere i cultori di tutte le discipline influenti sull'obiettivo segnalato. Data l'importanza della posta in gioco, sarebbe altresì necessario che tale compito venisse svolto, non già nel chiuso di cenacoli ristretti, o in occasione di solenni adunanze congressuali, quanto piuttosto a contatto diretto con gli stessi membri della comunità; soltanto a questa condizione, si potrebbe invero sperare che, all'interno di un dialogo volto a mettere in guardia da opinioni non sufficientemente argomentate, possa maturare un interesse comune, non tanto alla conoscenza della 'verità' (che potrebbe invero risultare 'soggettivamente' falsa e dunque sintomo di incoerenza e spregiudicatezza), quanto invece all' affidabilità e alla 'responsabilità', per l'appunto, di coloro che, nel formulare tali opinioni, sottopongano i motivi che le sorreggono al giudizio dei relativi destinatari.
Per concludere con le parole di Norberto Bobbio[32]: il ruolo degli intellettuali, per risultare efficace come strumento di critica e di progresso, non dovrebbe riguardare la prassi della "politica ordinaria", quanto piuttosto, una "politica della cultura" tesa a promuovere "decisioni secondo ragione". Il che equivale ad affermare – prosegue l'Autore – che, accanto al "dovere di coerenza di fronte a se stessi", "l'intellettuale ha il dovere di illuminare l'opinione pubblica sui pericoli che minacciano" tutti quei valori (non ultimo quello di un corretto dialogo democratico, giusta la stessa visione del regime omonimo come una 'casa di vetro'[33]) ai quali "la società civile non può rinunciare".

[30] N. Bobbio, *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea*, Roma 1993, là dove, peraltro, l'illustre Autore dedica il suo maggior impegno teorico alla *pars construens* della missione spettante agli 'uomini di cultura'.
[31] Z. Bauman, *La decadenza degli intellettuali. Da legislatori a interpreti*, Torino 1992, il quale prospetta una visione fortemente pessimistica, pur con un'apertura finale verso il ritorno di condizioni favorevoli a un "necessario riscatto" (ivi, 215 ss.).
[32] Cfr. N. Bobbio, *Il dubbio e la scelta*, cit., 70 – 73.
[33] Sul requisito della "visibilità" nei sistemi democratici cfr. lo stesso N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Torino 1999, 339 ss.

ECCESSO PRETERINTENZIONALE. IL SUPERAMENTO DOLOSO DEI LIMITI SCRIMINANTI QUALIFICATO DA DIFETTO DI VOLONTÀ DELL'EVENTO

di Alberto Gargani (Professore ordinario di Diritto penale, Università di Pisa)

Nello scritto si analizzano alcune ipotesi di eccesso volontario nelle cause di giustificazione caratterizzate dal difetto di volontà dell'evento cagionato. Si tratta di casi che nel diritto vivente vengono ricondotti alla sfera di responsabilità a titolo di dolo, ma che, ad un più attento esame, risultano irriducibili a tale coefficiente soggettivo di imputazione. Scopo del contributo è quello di dimostrare la necessità di enucleare una figura di "eccesso preterintenzionale" idonea, da un lato, a superare le forme di "oggettivizzazione" del dolo ravvisabili nella prassi applicativa in tema di superamento volontario dei limiti scriminanti, dall'altro, ad estendere il principio di colpevolezza ad un ambito di casi che risente di precomprensioni di ordine ideologico-eticizzante.
The paper analyses some hypotheses of voluntary excess in the causes of justification characterised by the lack of will of the event caused. In living law, these cases are brought back to the realm of responsibility by intent, but once more examined, they are irreducible to the subjective coefficient of imputation. The aim of the contribution is to demonstrate the need to enucleate a figure of "preterintentional excess" suitable, on the one hand, to overcome the forms of "objectification" of intent that can be identified in the application practice in cases of voluntary exceeding of the justifying limits, on the other hand, to use the concept of guilt in different situations in various ways, depending on prior understandings of ideological-ethical nature.

Eccesso, Dolo, Limiti scriminanti, Preterintenzione
Excess, Intent, Justifying limits, Beyond intent

Sommario: 1. Premessa. – 2. Eccesso doloso. – 2.1. Eccesso volontario e reato doloso: profili differenziali e corollari. – 2.2. Eccesso volontario e responsabilità a titolo di dolo per l'evento cagionato: un binomio indissolubile? – 2.3. L'indebita applicazione dell'art. 55 co. 1 Cp, nonostante il superamento cosciente e volontario dei limiti della scriminante. – 3. Superamento volontario dei limiti dell'agire lecito in difetto di volontà dell'evento. – 4. L'eccesso preterintenzionale dai limiti della scriminante. – 4.1. Esemplificazioni in tema di eccesso preterintenzionale. – 4.2. Osservazioni sull'eccesso preterintenzionale. – 5. Eccesso doloso "aberrante". – 6. Considerazioni conclusive.

1. È noto che, dal punto di vista oggettivo, l'eccesso dai limiti della causa di giustificazione sia configurabile ogniqualvolta il soggetto attivo realizzi il fatto tipico tenendo una condotta che travalica i limiti di una data scriminante, i cui elementi costitutivi siano parzialmente esistenti nel caso di specie [1].
Secondo un'ormai consolidata – e, pressoché, unanime – impostazione, dal punto di vista soggettivo nel nostro ordinamento penale sono distinguibili tre tipologie di superamento dei limiti di una causa di giustificazione: l'eccesso *doloso*, l'eccesso *colposo* e l'eccesso *incolpevole*[2].

[1] Cfr. G. De Francesco, *Diritto penale. Principi, reato, forme di manifestazione*[2], Torino 2022, 361 ss.
[2] V., ad es., v. F. Mantovani, *Diritto penale*[11]. *Parte generale*, Padova 2020, 302; secondo una recente presa di

Con quest'ultima denominazione si suole indicare l'ipotesi in cui il travalicamento dei confini di una determinata scriminante si verifichi senza che sia possibile muovere alcun rimprovero all'autore del fatto penalmente rilevante "eccedente", o perché predetto travalicamento non si realizzi in forma dolosa o colposa, o perché, pur essendo colposo, l'eccesso sia scusato ai sensi dell'art. 55 co. 2 Cp, in riferimento ai casi di c.d. legittima difesa domiciliare (artt. 52 commi 2, 3 e 4 Cp)[3].

L'*eccesso colposo*, espressamente disciplinato all'art. 55 Cp, si realizza, invece, allorquando «*nel commettere alcuno dei fatti preveduti dagli articoli 51, 52, 53 e 54, si eccedono colposamente i limiti stabiliti dalla legge o dall'ordine dell'Autorità ovvero imposti dalla necessità*»; in tal caso, trovano applicazione le disposizioni concernenti i delitti colposi, se il fatto è preveduto dalla legge come delitto colposo[4]; dal punto di vista eziologico, si distingue, tradizionalmente, a seconda che il superamento colposo dei limiti della scriminante dipenda da un'erronea rappresentazione (c.d. eccesso nel fine) oppure da un errore in fase di esecuzione (c.d. eccesso nel mezzo)[5].

Infine, con l'espressione – di creazione giurisprudenziale e dottrinale – "*eccesso doloso o volontario"* si è soliti identificare l'ipotesi in cui il travalicamento dei confini della causa di giustificazione, suscettibile di integrazione nel caso di specie, si realizzi in forma cosciente e volontaria: in dottrina e in giurisprudenza si ritiene, pressoché unanimemente che, in tale eventualità, l'autore debba rispondere del reato commesso a titolo di dolo[6].

Se quella poc'anzi delineata può considerarsi la "tripartizione" tradizionale delle forme di eccesso configurabili nel nostro ordinamento, si può rilevare che, dal punto di vista dell'elemento psicologico sotteso al superamento dei confini della causa di giustificazione, in chiave 'trasversale' è possibile distinguere due fondamentali forme di manifestazione: l'eccesso *incosciente e involontario,* da un lato; l'eccesso *cosciente e volontario*, dall'altro.

La *prima* tipologia comprende i casi in cui si travalichino inconsapevolmente e involontariamente i limiti di una determinata scriminante obbiettivamente esistente.

Tale situazione può verificarsi:

a) perché, ignorando l'esistenza della causa di giustificazione o ritenendola per errore inesistente (art. 59 co. 1 Cp), se ne superino obbiettivamente i limiti, realizzando un fatto tipico, antigiuridico e – a seconda dei casi – colpevole (doloso o colposo) o incolpevole; in queste ipotesi, sul piano del coefficiente psichico reale, l'eccesso non assume alcun rilievo: l'agente non si rappresenta e non vuole – *rectius*, non può rappresentarsi e non può volere – il carattere "eccessivo" del fatto;

b) perché, pur rappresentandosi la sussistenza in concreto di una causa di giustificazione (prevista dall'ordinamento), per un errore motivo (c.d. "eccesso nel fine") o per un errore-inabilità (c.d. "eccesso nel mezzo"), dovuto o meno a colpa, si travalicano inconsapevolmente e involontariamente i confini della scriminante obbiettivamente esistente, realizzando un fatto previsto espressamente come delitto colposo (art. 55 co. 1 Cp) oppure incolpevole;

c) perché, pur rappresentandosi l'astratta possibilità che i limiti della scriminante (di cui si percepisca la sussistenza in concreto) possano essere superati, a causa di un'erronea

posizione dottrinale, «l'analisi fenomenologica delle scriminanti ammette tre tipologie di eccesso: doloso, colposo e incolpevole» (F. Diamanti, v. *Eccesso colposo*, in *Reato colposo*, a cura di M. Donini, *ED, I tematici*, II, Milano 2021, 450).

[3] Per tutti, v. l'accurata indagine di D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare. Dalla giustificazione alla scusa fra modelli presuntivi e tensioni soggettive*, Torino 2020, 156 ss.; 258 ss.;

[4] *Ex multis*, v. F. Diamanti, v. *Eccesso colposo*, *cit.*, 439 ss.; C.F. Grosso, v. *Eccesso colposo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Roma 1989, 1 ss.; P. Siracusano, *Eccesso colposo,* in *DigDPen.*, IV, Torino 1990, 180 ss.

[5] V., per tutti, T. Padovani, *Diritto penale*[14], Milano 2025, 229.

[6] *Ex multis*, v. G. Marinucci, E. Dolcini, G. Gatta, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*[14], Milano 2025, 331;

rappresentazione del decorso causale[7], si escluda in concreto tale eventualità, realizzando colposamente un delitto (c.d. eccesso colposo "cosciente" o con previsione) oppure un fatto incolpevole.
La *seconda* forma di manifestazione include, invece, i casi in cui l'agente, consapevole della sussistenza in concreto dei presupposti di una causa di giustificazione, ne superi coscientemente e volontariamente i limiti, con la volontà di realizzare un determinato fatto criminoso.
Orbene, in base alla *summa divisio* prospettata, è possibile osservare come la figura abitualmente denominata come "eccesso doloso (o volontario)" sia suscettibile di essere integrata in due distinte ipotesi:
i) quando l'agente abbia la coscienza e volontà del fatto tipico, ma non sia consapevole del carattere "eccessivo" di quest'ultimo, o perché non si rappresenta la sussistenza di una causa di giustificazione (o quest'ultima non viene correttamente prefigurata) o perché, pur rappresentandosi la situazione scriminante, non si rende conto di superarne i limiti (cosicché l'eccessività non trova riscontro sul piano psicologico, bensì soltanto sul piano oggettivo);
ii) quando l'agente si rappresenti e voglia il fatto tipico e sia al contempo consapevole dell'eccessività di quest'ultimo (ossia che il fatto voluto si pone al di là del confine di liceità).
Nel caso di coscienza e volontà dell'eccessività del fatto, all'agente si rimprovera «di avere causato l'evento rappresentato-e-voluto consapevole della sua fuoriuscita dai limiti consentiti della causa di giustificazione»[8]; si suppone, infatti, «che l'agente si sia rappresentato esattamente la situazione scriminante, abbia pienamente controllato i mezzi esecutivi e abbia consapevolmente e volontariamente realizzato un fatto antigiuridico che eccede i limiti della causa di giustificazione»[9].
Scopo di questa indagine è quello di verificare se, nel nostro sistema penale, siano configurabili alcune tipologie soggettive di superamento volontario dei limiti scriminanti (nel duplice senso poc'anzi precisato), finora indebitamente pretermesse o non differenziate dall'"eccesso doloso" – e meritevoli, invece, di distinta considerazione sul piano dogmatico e sistematico.
Dopo aver dato preliminarmente e sinteticamente conto degli sviluppi che l'eccesso doloso fattispecie registra sul piano teorico e prasseologico, si valuterà, dunque, la possibilità di estrapolare da tale figura alcune ipotesi di superamento volontario dei limiti scriminanti, rimaste finora in ombra a causa di un approccio rigido e radicalmente polarizzato (dolo/colpa).

2. Il travalicamento doloso si configura, dunque, allorquando il soggetto supera (coscientemente o meno) i confini dell'agire scriminato fissati dal legislatore, realizzando con coscienza e volontà un determinato fatto tipico[10].
Il dolo sotteso a questa forma di eccesso può assumere carattere *intenzionale*, *diretto* od *eventuale*, a seconda che l'evento ultroneo effettivamente cagionato:
a) costituisca l'obbiettivo dell'agente (come nel caso del soggetto aggredito a mani nude da una persona, consapevole o meno del livello di pericolo che sta correndo e della possibilità di difendersi in altro modo, al fine di vendicarsi impugni un'arma, uccidendo deliberatamente l'aggressore);
b) sia previsto e voluto dal medesimo quale conseguenza certa o altamente probabile del proprio comportamento (come nell'ipotesi in cui il soggetto inseguito da un assalitore

[7] Cfr. G.A De Francesco, *Diritto penale, cit.,* 428 ss.
[8] M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*[3], I, Milano 2004, 582.
[9] G. Marinucci, E. Dolcini, G. Gatta, *Manuale di Diritto Penale, cit.,* 331.
[10] In giurisprudenza, v., ad es., Cass. I 24.6.2013 n. 27595.

disarmato, faccia uso dell'arma con l'intento di fermarlo, sparando al corpo e rappresentandosi l'elevata probabilità di cagionarne la morte);
c) ovvero quale possibile esito della propria condotta (come nell'ipotesi in cui il soggetto, in stato di alterazione emotiva, reagisca all'aggressione a mani nude colpendo due volte con un coltello l'assalitore all'addome, rappresentandosi l'eventualità di cagionarne la morte per dissanguamento, poi sopravvenuta)[11].
In tutti e tre i casi il fatto tipico è, dunque, previsto e voluto dall'autore della condotta eccedente obbiettivamente i limiti della scriminante.
Secondo una consolidata impostazione giurisprudenziale[12] e dottrinale[13], l'eccesso volontario comporta la responsabilità per il corrispondente reato doloso: dell'evento eccessivo cagionato si deve, dunque, rispondere a titolo di dolo. Si è osservato che si tratta di un'ipotesi di eccesso che non viene espressamente presa in considerazione da parte del codice penale, in quanto, in ambito delittuoso, quella dolosa rappresenta la forma ordinaria di responsabilità penale[14]: si ritiene, pertanto, che l'eccesso doloso debba essere «trattato in base ai principi generali come un qualunque caso di responsabilità dolosa»[15].
Si è precisato che la responsabilità a titolo di dolo deve riconoscersi anche in caso di errore sul divieto in ordine all'ambito di applicazione della causa di giustificazione obbiettivamente esistente e, cioè, «non soltanto quando l'agente fosse consapevole del carattere esagerato o ultroneo rispetto ai presupposti a lui noti della scriminante (valutazione di mero fatto), ma anche quando l'agente abbia voluto l'evento causato ritenendo più ampi i confini legislativi della causa di giustificazione (irrilevanza dell'errore di diritto penale o errore sul divieto, art. 5 c.p.)»[16].
Nel rilevare che quello doloso è un eccesso rispetto «ai fini dell'agire» e non rispetto ai mezzi, in dottrina si sottolinea come predetta forma di superamento dei limiti scriminanti presupponga la coincidenza tra quanto voluto dall'agente e quanto da lui realizzato e, cioè, il difetto di errori in fase esecutiva[17].
In dottrina, sono state opportunamente sottolineate le difficoltà che l'individuazione del confine tra eccesso colposo ed eccesso doloso pone a livello ermeneutico ed applicativo[18]: si pensi, ad es., alle criticità poste dalla distinzione in concreto tra eccessi connotati da dolo eventuale e quelli contrassegnati da colpa cosciente[19]. Secondo la S.C., in tema di legittima

[11] Nella prassi, l'ipotesi di eccesso con dolo eventuale comporta particolari difficoltà di distinzione rispetto a quella dell'eccesso colposo "cosciente".
[12] *Ex multis,* v. Cass. V 15.11.2021 n.4857.
[13] F. Mantovani, *Diritto penale, cit.,*302; nel senso che, in caso di eccesso doloso, il soggetto debba rispondere del reato commesso a titolo di dolo, v., altresì, G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte Generale*[8], Bologna 2019, 279; C.F. Grosso, v. *Eccesso colposo, cit.,* 1.
[14] Cfr. S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, *Manuale di diritto penale. Parte generale*[2], Bologna 2017, 571.
[15] P. Siracusano, *Eccesso colposo, cit.,* 182, secondo il quale «esiste una larga concordanza di opinioni in dottrina circa l'identificazione degli estremi dell'eccesso doloso: che sarebbe (da considerare) tale in quanto si oltrepassano, con piena consapevolezza e volontà, i limiti di una causa di giustificazione, valutata correttamente nei suoi presupposti fattuali dall'agente».
[16] M. Romano, *Commentario, cit.,* 584, il quale formula il seguente esempio: «Così, quando F abbia preso a pugni il ragazzino che gli stava rubando alcune albicocche dall'albero, verserà in eccesso doloso in legittima difesa sia che fosse consapevole della sufficienza, per difendere i suoi beni, di una reazione meno violenta, sia che ritenesse il suo comportamento autorizzato dall'ordinamento».
[17] V. G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, cit.,* 279.
[18] V., ad es., G. Marinucci, E. Dolcini, G. Gatta, *Manuale, cit.,* 331.
[19] V., ad es., F. Macrì, *Uno studio comparatistico dell'eccesso di difesa domiciliare nel nuovo art. 55 co. 2 c.p.,* in *DPenCont* 2019, 38 ss., il quale, tenuto conto della problematicità, sotto il profilo applicativo, della netta distinzione tra eccesso difensivo doloso/cosciente, da un lato, ed eccesso difensivo colposo/incosciente, dall'altro,

difesa si fuoriesce dall'eccesso colposo e si concretizza il travalicamento doloso «tutte le volte in cui i limiti della necessità della difesa vengano superati in conseguenza di una scelta cosciente e volontaria, così trasformando la reazione in uno strumento di aggressione»[20].
Avuto riguardo alla prassi, si è rilevato che «la volontarietà dell'evento, in quanto contrassegna la gran parte delle forme in cui l'eccesso può presentarsi, non è a riguardo indicazione sufficiente»[21]. In tal senso, si ritiene preferibile l'orientamento giurisprudenziale volto a valorizzare «la diversità del 'movente' che assiste la volontaria produzione dell'evento lesivo» e che qualifica l'eccesso come colposo allorquando «l'agente si colloca comunque in una prospettiva di autotutela" e si riscontri un errore evitabile circa l'entità del pericolo ovvero l'adeguatezza dello strumento reattivo e come doloso laddove la reazione assuma una connotazione punitiva, «rispetto alla quale la situazione di pericolo degrada da 'causale' a 'pretesto', o di semplice 'ritorsione' (…) ovvero se risulta la chiara volontà dell'agente di portare la reazione ad un effetto ulteriore rispetto a quello giustificato dall'attualità del pericolo»[22].
Come è stato osservato in dottrina, «quello della distinzione tra eccesso colposo e doloso (…) è probabilmente uno degli ambiti in cui fa inevitabilmente ingresso in sede penale la dimensione psico-dinamica del dolo come *animus nocendi* (…), con tutte le difficoltà probatorie che comporta l'accertamento di un dato sostanzialmente affettivo-emozionale»[23].

2.2. Negli ultimi anni, in dottrina si è consolidato un orientamento volto a rimarcare le significative differenze fattuali, strutturali e di disvalore intercorrenti tra eccesso doloso e reato doloso posto in essere in un contesto di assoluta illiceità e, di riflesso, la rigidità e l'iniquità della disciplina codicistica che, anche dal punto di vista del trattamento sanzionatorio, non attribuisce alcun autonomo rilievo all'ipotesi di superamento volontario dei limiti della scriminante. A tal riguardo, occorre, peraltro, precisare che siffatto orientamento circoscrive l'ambito di mitigazione del trattamento sanzionatorio ai casi in cui l'agente sia consapevole di trovarsi in presenza di una situazione scriminante.
Ci si è chiesti se, in tali ipotesi, l'aggredito possa davvero «essere del tutto equiparato a un sicario o a un assassino qualsiasi»[24] o se non sia, invece, necessario porre in evidenza le significative differenze che, in punto di antigiuridicità e di colpevolezza, intercorrono tra eccesso doloso e reato doloso posto in essere in una situazione di assoluta illiceità.
Ciò che differenzia il primo dal secondo è, infatti, il c.d. "contesto di liceità": tenuto conto della particolarità delle circostanze (ad es., il pericolo attuale di un'offesa ingiusta) in cui l'agente si è mosso e di cui era a conoscenza, si ritiene che il reato commesso in presenza di una c.d. scriminante incompleta (ad es., la legittima difesa, di cui non sia rispettato il limite della necessità difensiva o della proporzione) non possa essere considerato alla stessa stregua di un reato posto in essere nel radicale difetto di una causa di giustificazione (assenza assoluta). In effetti, come è stato osservato, «chi reagisce uccidendo davanti a un pericolo generato da un'aggressione ingiusta realizza un'offesa che, anche se caratterizzata da eccesso doloso, non

propone una differente suddivisione delle tipologie soggettive di eccesso difensivo, articolata nel modo seguente: 1. Eccesso intenzionale. 2. Eccesso non intenzionale colpevole. 3. Eccesso non intenzionale incolpevole.
[20] Cass. III 27.4.2018 n.30910; Cass. IV 13.2.2019 n. 9643.
[21] G. De Vero, *Le cause di giustificazione. Profili generali*, in *La legge penale, il reato, il reo, la persona offesa*, a cura di G. De Vero, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino 2010, 312, il quale critica le pronunce che, ai fini della prova del dolo, si limitano a richiedere la «consapevolezza e volontarietà» ovvero la "determinazione" della realizzazione (v., ad es., Cass. I 25.10.2005 n. 45425).
[22] G. De Vero, *Le cause di giustificazione, cit.*, 312.
[23] G. De Vero, *Le cause di giustificazione, cit.*, 312.
[24] F. Diamanti, v. *Eccesso colposo, cit.*, nt. 58, 451.

è strutturalmente uguale a quella di chi elimina un essere umano in un qualsiasi altro contesto»[25].
Alla luce della differenza di disvalore oggettivo[26] e soggettivo che l'eccesso volontario presenta rispetto all'illecito doloso realizzato in un contesto di assoluta illiceità, la vigente disciplina codicistica viene ritenuta palesemente inadeguata[27].
In questa direzione, si criticano il rigore e la rigidità palesati dal codice Rocco in tema di eccesso doloso, la scarsa duttilità dei meccanismi sanzionatori e il livellamento della risposta punitiva rispetto al reato doloso[28].
In prospettiva di riforma, tenuto conto della parziale compensazione del disvalore di evento[29], si auspica l'introduzione di una nuova fattispecie di eccesso volontario[30], con una risposta sanzionatoria differenziata rispetto al reato doloso, in ossequio ai principi di uguaglianza e di ragionevolezza[31]. Nonostante in altri ordinamenti (ad es., Portogallo, Svezia, Slovenia) si estendano all'eccesso doloso i medesimi benefici sanzionatori previsti per l'eccesso colposo[32] e in Germania l'ampia scusante di cui al § 33 StGB (*Überschreitung der Notwehr*) sia suscettibile di trovare applicazione anche alle ipotesi di superamento doloso dei limiti della legittima difesa[33], in dottrina si reputa preferibile optare a favore della previsione di una circostanza attenuante *ad hoc*, sulla falsariga dell'impostazione adottata dal codice penale spagnolo (modello della c.d. scriminante incompleta)[34].
Per certi versi, si tratterebbe di un ritorno all'antico, considerato che già l'art. 50 Cp 1889 assegnava un generale rilievo attenuante al riconoscimento di situazioni di travalicamento (volontario o colposo) dei limiti scriminanti[35].

---

[25] F. Diamanti, *Scriminanti incomplete e giudizi controfattuali. Contributo a uno studio sull'imputazione dell'illecito penale*, Torino 2019, 86.
[26] Come osservato da D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare, cit.,* 167, l'art. 55 Cp «non rende adeguato rilievo alla circostanza che, sia in caso di superamento colposo che in quello di travalicamento doloso, il fatto di reato viene commesso in presenza di almeno alcuni dei presupposti per la giustificazione della condotta e dunque in condizione di minor disvalore oggettivo».
[27] Come rilevato da F. Cingari, *Legittima difesa. Dal modello unitario ai modelli differenziati di autotutela,* Torino 2025, 111, «l'unico strumento a disposizione del giudice per adeguare il trattamento sanzionatorio del fatto difensivo commesso in eccesso doloso al suo reale contenuto di disvalore attualmente è rappresentato dalla circostanza attenuante comune dell'art. 62 n. 2 c.p., applicabile al fatto commesso in stato d'ira determinato dal fatto ingiusto altrui».
[28] V. F. Cingari, *Legittima difesa, cit*., 110.
[29] Nel senso che la «parziale giustificazione, sotto il profilo oggettivo, del fatto commesso in eccesso» sia riferibile anche all'ipotesi dell'eccesso doloso, v. V. Masarone, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo,* in *RIDPP* 2004, 1056 ss.
[30] V. A. Cadoppi, *La legittima difesa domiciliare (cd. "sproporzionata" o "allargata"): molto fumo e poco arrosto,* in *DPP* 2006, 436; sulla necessità di differenziare la disciplina dell'eccesso doloso di legittima difesa, v. F.P. Gabrielli, *Eccesso doloso ed eccesso colposo nella legittima difesa,* in *GP* 1949, II, 702 ss.
[31] V. V. Masarone, *Riflessioni, cit*., 1056 ss.; come osservato in dottrina, «l'esigenza di differenziare il trattamento sanzionatorio dell'eccesso doloso di legittima difesa da quello del fatto doloso non difensivo assume particolare rilievo con riferimento alle ipotesi (contigue all'eccesso colposo) di eccesso di legittima difesa commesso con dolo eventuale, nelle quali l'aggredito accetta il rischio di realizzare una reazione difensiva eccessiva per salvare il bene ingiustamente aggredito» (F. Cingari, *La legittima difesa, cit.,* 111).
[32] Cfr. F. Diamanti, *Eccesso colposo, cit.*, nt. 58, 451.
[33] Secondo F. Cingari, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa,* in *AP* 2018, 14, «la scusante prevista dal codice penale tedesco appare eccessivamente ampia, visto che ricomprenderebbe anche le ipotesi di eccesso doloso, rispetto alle quali in realtà più che la previsione di una scusante potrebbe risultare adeguata l'introduzione di una circostanza attenuante».
[34] Sulla necessità di prevedere una diminuzione di pena, v. D. Piva, *Le componenti impulsive della condotta. Tra imputabilità, (pre)colpevolezza e pena,* Napoli 2020, 300 ss.
[35] V. D. Notaro, *La legittima difesa domiciliare, cit.*,42 ss.; come rilevato da B. Rossi, *Osservazioni a Cass. Pen., Sez. Sez. IV, 19 luglio 2017,* in *CP* 2018, 1235, «l'art. 50 del codice Zanardelli del 1889 dopo aver sancito all'art.

Infine, pur escludendosi che la scusante di cui all'art. 55 co. 2 Cp possa estendersi all'ipotesi di superamento volontario dei limiti della legittima difesa domiciliare[36], si osserva che «il fatto doloso commesso in eccesso doloso è connotato da un disvalore di azione inferiore rispetto a quello del fatto doloso non difensivo, in quanto la situazione di pericolo attuale che ha determinato il fatto difensivo altera il processo motivazionale e dunque incide sul grado di colpevolezza per il fatto, che risulta non equiparabile a quella del fatto doloso non difensivo»[37].
Da qui l'esigenza di una diversa e più razionale disciplina, da configurare in termini di colpevolezza attenuata[38], tenuto conto del fatto che anche l'eccesso doloso nella legittima difesa domiciliare può essere condizionato dalla medesima, peculiare, situazione di vulnerabilità o di grave turbamento emotivo che, in ambito colposo, giustifica l'applicazione della scusante di cui all'art. 55 co. 2 Cp.
Nell'insieme, alla base dell'orientamento in esame si pone la condivisibile necessità di valorizzare il peculiare quadroall'interno del quale si iscrive il travalicamento volontario dei limiti scriminanti: il "contesto di liceità" nel quale l'autore del fatto doloso eccedente ha agito.

2.3. Dato conto degli sviluppi più significativi dell'elaborazione dottrinale interna in materia di eccesso volontario, è giunto il momento di mettere in evidenza un aspetto finora rimasto, per molti versi, in ombra.
Ciò che, nel silenzio del codice penale in merito all'ipotesi del travalicamento volontario, merita di essere riconsiderata è la ricorrente affermazione secondo cui, «per i principi che regolano l'imputazione dolosa nel nostro ordinamento»[39], il superamento doloso dei limiti scriminanti comporterebbe -in ogni caso- la comune responsabilità a titolo di dolo per il delitto commesso (omicidio, lesioni personali gravi o gravissime, ecc.).
Ebbene, scopo della presente indagine è, per l'appunto, quello di verificare se l'eccesso volontario implichi *ex se* l'imputazione del fatto a titolo di dolo o se sussista una tipologia di casi in cui l'evento cagionato debba essere ascritto all'autore della condotta eccedente ad altro titolo.
Ciò che si intende accertare è se, in taluni casi abitualmente ricondotti all'ambito dell'eccesso doloso, dell'evento cagionato si possa e si debba rispondere per un delitto diverso da quello punito in forma dolosa.
Si può escludere *a priori* l'eventualità che in chi supera i limiti della scriminante, con la coscienza e volontà di realizzare un determinato fatto tipico, possa fare difetto la rappresentazione e volontà dell'evento effettivamente cagionato?

---

49 la non punibilità del fatto commesso per disposizione della legge e ordine dell'Autorità competente, per legittima difesa o per stato di necessità, regolava l'eccesso in una di predette cause di giustificazione, stabilendo che: "colui che, commettendo un fatto nelle circostanze prevedute nell'articolo precedente, ha ecceduto i limiti imposti dalla legge, dall'Autorità o dalla necessità, è punito con la detenzione per un tempo non inferiore a sei anni, ove la pena stabilita per il reato commesso sia l'ergastolo, e negli altri casi con la pena stabilita per il reato medesimo ridotto a misura non inferiore ad un sesto e non superiore alla metà, sostituita la detenzione alla reclusione e l'interdizione temporanea dai pubblici uffici all'interdizione perpetua».

[36] V., ad es., M. Pelissero, *La legittima difesa triplicata. Il piano inclinato delle garanzie e il rimpianto per il codice Rocco*, in *Osservatorio costituzionale* 2019, 122 s., secondo il quale «in quest'ipotesi non si giustificherebbe la *ratio* dell'esimente (sul condizionamento emotivo prevale un atteggiamento aggressivo-vendicativo che mal si concilia con la non punibilità); significherebbe giustificare azioni non necessitate che, pur essendo occasionate da un'aggressione, sono motivate da puro risentimento o ritorsione»; in giurisprudenza, v. Cass. V 6.6.2019 n. 28336; Cass. V 14.2.2017 n. 12274.

[37] F. Cingari, *Legittima difesa, cit*., 110.

[38] V. D. Piva, Contradictio in adiecto *e* tamquam non esset *nella riforma della difesa legittima domiciliare: dai moniti della dottrina alle conferme della giurisprudenza*, in *AP* 2020, 6.

[39] V. M. Romano, *Commentario, cit.*, 582.

A tale quesito, soprattutto in giurisprudenza, si risponderebbe in senso affermativo, sul presupposto secondo cui alla dolosità dell'eccesso debba corrispondere un identico titolo di responsabilità per l'evento cagionato.
A ben vedere, si tratta di un "automatismo" che affonda le proprie radici nella logica del principio secondo cui «*versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*».
L'assunto secondo cui il passaggio volontario da un contesto lecito di base ad uno illecito porterebbe con sé la necessità di attrarre nel coefficiente di imputazione doloso qualunque sviluppo causale della condotta eccedente evoca, infatti, il modello del c.d. *dolus generalis*, ritenuto sussistente a prescindere dal tipo di evento realizzato e dalla sua effettiva volizione da parte dell'agente.
In singolare continuità con la c.d. "*doctrina Bartoli",* si persevera ancora oggi nel presumere che il soggetto attivo sia consapevole della tendenza oggettiva dell'azione (eccedente) a realizzare l'evento e, dunque, agisca con dolo: si pensi, ad esempio, al caso di atti di violenza, posti in essere dall'aggredito, che sfocino in conseguenze più gravi di quelle volute[40].
L'impostazione adottata nella prassi in materia di eccesso doloso risente, altresì, della perdurante influenza della risalente categoria del c.d. dolo indiretto: la tesi secondo cui l'eccesso doloso comporterebbe in ogni caso la necessità di imputare per dolo l'evento realizzato risulta, infatti, debitrice dell'idea secondo cui la volontà di eccedere finisce per riverberare il proprio disvalore sull'intero fatto delittuoso, legittimando l'imputazione dolosa dell'evento: nella volontà della causa risiederebbe indirettamente la volontà dell'effetto che di regola consegue alla causa[41].
Com'è possibile costatare, in tema di eccesso doloso il diritto vivente ricalca risalenti moduli imputativi connotati dall'oggettivizzazione del coefficiente doloso, indotta dalla particolare problematicità che la prova del dolo sotteso all'eccesso comporta nella prassi. La persistente adesione alla vischiosa logica del "*versari in re illicita*" si traduce in esiti giudiziari affetti da cieco rigorismo e da sommarietà punitiva.
Per quale mai ragione l'agente che ecceda volontariamente i limiti della causa di giustificazione (nella consapevolezza o meno della situazione scriminante) dovrebbe, infatti, rispondere del delitto di omicidio volontario anche quando sia dimostrato il difetto di dolo omicidiario o, comunque, non siano provate oltre ogni ragionevole dubbio la coscienza e la volontà dell'evento effettivamente cagionato?
A ben vedere, alla base della "livellante" impostazione in esame non si pongono soltanto esigenze di semplificazione probatoria, bensì anche precomprensioni e valutazioni di natura extragiuridica: la propensione all'affermazione di un'indistinta e livellante responsabilità dolosa conseguente all'eccesso volontario è riconducibile, infatti, anche a ragioni eticizzanti, che trascendono il piano tecnico-giuridico.
Pur riconoscendosi che sia occasionato da una situazione di pericolo obbiettivamente esistente, il travalicamento doloso – e, soprattutto, quello intenzionale – dei limiti scriminanti viene, infatti, considerato l'indice di un atteggiamento «aggressivo-vendicativo»[42], come tale non

[40] V., per tutti, G. P. Demuro, *Il dolo, I, Svolgimento storico del concetto*, Milano 2007, 109 ss. ; come è stato osservato a proposito della *doctrina* di Bartolo da Sassoferrato, «l'autore che pone in essere una condotta violenta deve essere conscio delle eventuali conseguenze più gravi che la sua azione oggettivamente può essere idonea a produrre; vi sono, pertanto, atti di violenza che naturalmente possono sfociare in eventi ulteriori che per il loro legame con la condotta pregressa non possono non essere state oggetto di rappresentazione da parte del soggetto che si è deciso ad agire in tal senso. Se, infatti, da un'azione criminosa deriva una conseguenza "naturale", perché prevedibile, si dovrà ugualmente ravvisare anche per l'evento aggravatore l'esistenza del dolo» (R. Orlandi, *Sviamento del decorso causale e imputazione del reato. Riflessioni sul rapporto tra rischio e dolo*, in *www.lalegislazionepenale.eu* (26.11.2024), nt. 6, 3).
[41] Per ulteriori approfondimenti, v. G.P. Demuro, *Il dolo, I, cit.,* 109 ss.; 134 ss.
[42] Cfr. M. Pelissero, *La legittima difesa triplicata, cit.,* 123.

meritevole di autonoma e differenziata considerazione rispetto al reato doloso (commesso in contesto *ab origine* illecito). Significativa, in questo senso, la risalente osservazione dottrinale secondo cui, nel caso di eccesso doloso nella legittima difesa, si avrebbe «un fine difensivo associato ad un proposito delittuoso»[43].
Da tempo si ritiene, inoltre, che quando, avendo piena coscienza dei limiti o della necessità entro i quali si è autorizzati ad agire, si superino volontariamente tali limiti, con i mezzi posti in essere, si debba rispondere a titolo di dolo per quel di più che si è cagionato[44].
Nel timore che, nei casi di eccesso doloso, la causa di giustificazione sia usata come pretesto per commettere un atto illecito deliberato (ad es., un atto di violenza non necessario), motivato da puro risentimento o ritorsione[45], si finisce per attrarre nel raggio della responsabilità dolosa qualunque risultato cagionato dall'agente che ecceda volontariamente i limiti scriminanti.
In definitiva, la tesi secondo cui dell'evento non voluto cagionato nell'ambito di un eccesso doloso si dovrebbe in ogni caso rispondere a titolo di dolo si pone in patente contraddizione con i principi di uguaglianza, di colpevolezza e di proporzionalità sanzionatoria.
Siamo di fronte ad un'ipotesi "occulta" – e inosservata – di responsabilità oggettiva, che merita di essere messa in luce ed "estirpata", attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata.

2.4. Se, da un lato, con l'imputazione a titolo di dolo dell'evento cagionato da chi ecceda volontariamente i limiti scriminanti in difetto di coscienza e volontà del risultato offensivo si finisce per dilatare indebitamente l'ambito della responsabilità dolosa, dall'altro, non mancano esempi di ingiustificata applicazione dell'art.55 Cp, indotta dalla ritenuta eccessività del carico sanzionatorio derivante dal riconoscimento del carattere doloso dell'eccesso.
Emblematica di quest'ultima, opinabile, tendenza è la sentenza emessa nel 2012 dalla S.C. nel caso "Aldrovandi"[46].

Quattro appartenenti alle forze dell'ordine erano stati accusati e, quindi, condannati, per aver cagionato per colpa la morte di un giovane in stato di alterazione psichica, nell'atto di contrastarne la condotta aggressiva, ingaggiando una colluttazione violenta con predetto giovane che aveva ecceduto i limiti del legittimo intervento (con uso reiterato di manganelli e calci); i quattro agenti avevano omesso di prestare le prime cure e di richiedere l'immediato intervento di personale sanitario e avevano tenuto il giovane ormai agonizzante e ammanettato in posizione prona, schiacciandolo a terra.

La discutibile qualificazione del fatto in termini di eccesso colposo dai limiti della causa di giustificazione di cui all'art. 53 Cp è la diretta conseguenza dell'inespressa valutazione di eccessività delle conseguenze sanzionatorie che sarebbero derivate dall'unica opzione alternativa ritenuta praticabile nel caso di specie: l'eccesso doloso.
L'apparente difetto di previsione di figure di eccesso poste in posizione intermedia tra superamento volontario e travalicamento colposo e idonee a ricomprendere gli eccessi volontari qualificati dal difetto di volizione dell'evento cagionato, finisce, dunque, per

[43] V. F. P. Gabrielli, *Eccesso doloso ed eccesso colposo, cit.,*702.
[44] Cfr. G. Bettiol, *Diritto penale*, Palermo, 1945, 223; a proposito dell'eccesso doloso nella legittima difesa, si era ritenuto che il dolo consistesse nella coscienza di offendere oltre i limiti della necessità un bene giuridico altrui: v. G. B. Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1911, 330.
[45] Cfr. M. Pelissero, *La legittima difesa triplicata*, cit.,123, a proposito del difetto di meritevolezza dell'estensione della scusante all'eccesso doloso nella legittima difesa domiciliare.
[46] V. Cass. IV 21 giugno 2012, n.36280; per un commento, v. E. D'Ippolito, *La sentenza "Aldrovandi": un eccesso di errori non troppo colposi*, in *CP* 2013, 3042 ss.

provocare forzature e distorsioni applicative, aventi ad oggetto non soltanto il delitto doloso cagionato dalla condotta eccedente, ma anche l'art. 55 Cp.

3. Le peculiari ipotesi di "eccesso" che, avuto riguardo all'evento cagionato, sono indebitamente ricondotte all'ambito della responsabilità a titolo di dolo – e, talora, come si è visto, imputate a titolo di colpa (ai sensi dell'art. 55 Cp) – sono, dunque, figure di superamento doloso dei limiti della causa di giustificazione qualificate dal difetto di coscienza e volontà dell'evento cagionato dalla condotta "eccedente".
Si tratta di fattispecie la cui rilevanza pratica non può essere sottovalutata: in non pochi casi, la sussistenza in concreto dei presupposti di una causa di giustificazione può, infatti, incidere significativamente sulla condotta dolosa dell'agente e sui suoi esiti, in termini di ridotta controllabilità degli sviluppi causali o di alterazione dei poteri di controllo, a causa dello stato di turbamento emotivo o di concitazione.
Il dato che qualifica dal punto di vista morfologico la peculiare tipologia di eccessi volontari in esame è costituito dal fatto che mentre nei casi di superamento propriamente doloso dei limiti scriminanti l'agente ha, di regola, il pieno controllo dei mezzi esecutivi e vuole il fatto eccessivo realizzato, cosicché, come osservato in dottrina, nessuna rilevanza può «assumere la dinamica concreta della vicenda che ha condotto al superamento dei limiti imposti»[47], viceversa, nelle peculiari ipotesi di eccesso volontario in esame, per un errore nell'uso dei mezzi di esecuzione o per un'altra causa, l'agente finisce per cagionare un evento diverso o più grave di quello voluto.
Siffatte ipotesi sono qualificate dalla divergenza tra quanto previsto e voluto dall'agente e quanto dal medesimo obbiettivamente cagionato: gli eccessi dolosi qualificati dal difetto di volontà dell'evento presuppongono, dunque, la sussistenza di un errore-inabilità.
A tal proposito, occorre, peraltro, distinguere a seconda che il risultato non voluto:
a) costituisca la *progressione offensiva* della condotta dolosa di base, risultando *più grave* di quello voluto dall'agente;
b) oppure sia semplicemente *diverso* da quello voluto.
Mentre nel primo caso, è configurabile un'ipotesi di "*eccesso preterintenzionale"*; nel secondo, viene integrata una peculiare ipotesi di "*eccesso doloso aberrante*", ossia una figura complessa, i cui elementi costitutivi sono rappresentati dal superamento volontario dei limiti scriminanti e dall'*aberratio delicti* (art. 83 Cp).

4. Gli eccessi dolosi qualificati dal difetto di volontà dell'evento sono, in primo luogo, sussumibili all'interno di una categoria – quella dell'*eccesso preterintenzionale* od *oltre l'intenzione* – che, pur non trovando espresso riconoscimento nel codice penale, è desumibile dagli artt. 42 e 43 Cp e ribadisce la disciplina generale in materia di delitto preterintenzionale[48].
La figura cui si fa riferimento è destinata a ricomprendere le ipotesi in cui il superamento volontario dei limiti scriminanti sottende il dolo di percosse o di lesioni personali e si traduce nella causazione di un evento più grave di quello voluto.
Ad assumere rilevanza nell'ambito dell'eccesso preterintenzionale sono, dunque, le ipotesi di superamento volontario dei limiti della scriminante che integrino gli estremi dell'art. 584 Cp (omicidio preterintenzionale) o dell'art. 593-*ter* co. 2 Cp (interruzione di gravidanza non consensuale, provocata con azioni dirette a provocare lesioni alla donna).

[47] G.A. De Francesco, *Diritto penale, cit.*, 361 s.
[48] In tema di responsabilità preterintenzionale, *ex multis*, v. G.P. Demuro, *La combinazione dolo-colpa. Un modello generalizzabile a partire dalla preterintenzione,* in *RIDPP* 2020, 543 ss.

Si tratta di ipotesi di eccesso doloso che, ad oggi, nel diritto vivente sono, invece, pacificamente ricondotte rispettivamente all'art. 575 Cp e all'art. 593-*ter* co. 1 Cp, sol perché l'agente travalica volontariamente i limiti scriminanti.
Il coefficiente soggettivo di imputazione dell'evento non voluto cagionato nel contesto di un eccesso doloso è, evidentemente, irriducibile a quello del reato doloso.
Non solo. Nel caso dell'omicidio, la differenza di trattamento sanzionatorio è particolarmente rilevante: mentre all'eccesso doloso si applica la pena della reclusione non inferiore ad anni ventuno, nell'ipotesi di eccesso preterintenzionale, la pena comminata sarebbe quella della reclusione da dieci a diciotto anni.

4.1. Il superamento "oltre l'intenzione" dei limiti scriminanti trova le sue forme di manifestazioni più frequenti e lineari nell'ambito della legittima difesa (art. 52 Cp), in riferimento alla volontaria inosservanza dei limiti della reazione difensiva (necessità; proporzione).

Il proprietario di un fondo agricolo raggiunge e colpisce con un badile il ladro che gli ha appena sottratto alcune mele, allo scopo di cagionargli gravi lesioni. Il ladro cade al suolo battendo violentemente la testa. Predetta condotta contribuisce a causarne la morte per ipertensione endocranica, trattandosi di soggetto affetto da patologia cerebrale.
Tizio, il cui portafoglio è stato appena sottratto da Mevio con violenza in un parcheggio, si pone all'inseguimento del rapinatore con il proprio scooter investendolo alla velocità di 15 kmh e colpendolo all'addome, allo scopo di cagionargli gravi lesioni: in conseguenza dello shock emorragico conseguente alla lacerazione dell'aorta addominale, il rapinatore decede poche ore dopo in ospedale.
Caio, esperto di arti marziali, viene aggredito da Terenzio, il quale lo spintona e minaccia di colpirlo con un sasso. Pur potendo limitarsi a neutralizzare la minaccia, immobilizzando l'aggressore, Caio, allo scopo di dare una lezione all'aggressore, decide di sferrare un pugno violentissimo al volto e un calcio allo stomaco, in conseguenza dei quali Terenzio cade all'indietro, batte la testa sul marciapiede e muore.
Sempronio insegue in auto una giovane tossicodipendente, al terzo mese di gravidanza, che gli ha appena sottratto un paio di occhiali da sole e la investe alla velocità di 10 kmh allo scopo di cagionarle lesioni gravi o gravissime. Il distacco della placenta e i gravi traumi addominali conseguenti all'investimento provocano l'interruzione della gravidanza.

Il travalicamento preterintenzionale dei limiti scriminanti può, altresì, riguardare la fattispecie di cui all'art. 53 Cp (uso legittimo delle armi).

Durante un inseguimento che è possibile portare a termine con successo senza fare uso dell'arma, un agente di polizia spara in direzione di un fuggitivo disarmato che non costituisce un pericolo immediato per la vita o l'incolumità altrui, con l'intento di ferirlo gravemente e di "dargli una lezione", ma, per un errore di mira, ne attinge parti vitali, finendo per ucciderlo.
A seguito di segnalazione della presenza di un uomo in stato di agitazione che schiamazza in strada alle tre del mattino, una pattuglia di polizia viene inviata sul posto. All'arrivo i quattro agenti ingaggiano una violenta colluttazione con un uomo in stato di semi-ubriachezza che li aveva aggrediti a colpi di karate: gli agenti hanno la meglio e immobilizzano l'aggressore, schiacciandolo con le proprie ginocchia sull'asfalto. In conseguenza dell'asfissia da posizione (arresto cardio-respiratorio), il giovane decede pochi minuti dopo.

Anche la scriminante di cui all'art 50 Cp (consenso dell'avente diritto) può divenire il contesto di manifestazione dell'eccesso preterintenzionale, ogni qual volta l'agente, pur avendo ottenuto il consenso per ledere un diritto disponibile altrui, superi intenzionalmente i limiti del consenso stesso.

Durante una ripresa cinematografica, un attore, Tizio, acconsente a essere schiaffeggiato realisticamente dal collega Mevio in una scena. Mevio, che nutre da tempo rancore nei confronti di Mevio, approfitta della situazione per colpire Tizio con un pugno violento, che provoca la caduta di quest'ultimo e la precipitazione nel sottoscala, con trauma cerebrale da cui consegue la morte.

L'eccesso oltre l'intenzione può, inoltre, concretizzarsi nell'ambito dell'adempimento del dovere (art. 51 Cp).

Un agente di polizia riceve l'ordine legittimo di fermare un pericoloso latitante che sta fuggendo a piedi. L'agente raggiunge il latitante, che, per sottrarsi alla cattura, cerca di colpire il pubblico ufficiale con un sasso. Indispettito da questo comportamento, l'agente fa uso della propria arma allo scopo, punitivo, di cagionare lesioni gravi o gravissime al latitante ma, per la concitazione, finisce per attingere il torace di quest'ultimo, che decede poche ore dopo a seguito di emorragia interna.
Un agente di polizia penitenziaria sta scortando un detenuto che improvvisamente inizia a urlare e a opporre una resistenza passiva. Pur avendo il dovere di condurre il detenuto in cella e di usare una forza minima e proporzionata per sollevarlo o trascinarlo, l'agente, irritato dal comportamento dal detenuto, decide volontariamente di colpirlo con un calcio violento alle costole e un colpo di manganello alla testa "per dargli una lezione" e sottometterlo, facendo uso di una violenza non necessaria in rapporto all'adempimento del dovere di scorta. A causa del colpo subìto, il detenuto subisce la rottura della milza e muore poche ore dopo.

Il travalicamento preterintenzionale può, altresì, manifestarsi in relazione all'esercizio di un diritto (art. 51 Cp).

Caio, meccanico, ha riparato l'auto di Mevio. Avvedendosi del fatto che il cliente cerca di portare via l'auto dall'officina senza pagare la riparazione, il meccanico si avvale del diritto di ritenzione (art. 2756 Cc), impedendo fisicamente che l'auto lasci l'officina. Il meccanico afferra il cliente per un braccio per fermarlo, in attesa dell'arrivo delle forze dell'ordine. Il meccanico, furioso perché il cliente lo insulta, decide volontariamente di "fargliela pagare". Invece di limitarsi a fermarlo, gli sferra un pugno violento al viso per atterrarlo, consapevole che tale forza non è necessaria per impedire l'allontanamento dell'auto e del proprietario. L'intenzione è quella di ferire (dolo di lesioni), abusando del contesto di esercizio del proprio diritto. A causa del pugno ricevuto, il cliente cade all'indietro, batte la nuca contro il bordo del marciapiede e muore.

Il superamento oltre l'intenzione può, infine, manifestarsi nel contesto dello stato di necessità (art. 54 Cp).

In un cinema affollato si sviluppa un incendio. Tizio vede l'unica uscita di sicurezza ostruita dall'anziano Caio, che è rimasto paralizzato dal terrore e blocca il passaggio. Tizio, consapevole del fatto che, per farsi spazio sarebbe sufficiente limitarsi a spostare Caio, in preda alla rabbia perché questi gli "intralcia" la fuga, decide volontariamente di colpirlo con un pugno

violentissimo al volto per "punirlo" dell'ostacolo. A causa del pugno subito, Caio cade, batte la tempia contro lo stipite della porta e muore sul colpo.

4.2. Dato conto di alcune esemplificazioni, deve essere, a questo punto, affrontato il profilo della rilevanza della peculiare figura di eccesso in esame. Alla tesi della configurabilità dell'eccesso preterintenzionale si potrebbe, infatti, obbiettare il difetto di previsione espressa da parte del legislatore di predetta fattispecie, in accordo a quanto previsto dall'art. 42 co. 2 Cp, in riferimento al delitto preterintenzionale (e al delitto colposo).
In effetti, la condizione dell'espressa previsione risulta rispettata soltanto con riferimento all'ipotesi dell'eccesso colposo (art. 55 Cp).
Un simile argomento finirebbe, però, per provare troppo. Come è stato osservato da autorevole dottrina (e ribadito in giurisprudenza)[49], «l'art. 55, poiché non fa che ribadire la disciplina generale in materia di colpa, desumibile dagli artt. 42, 43 e 47, è norma superflua»[50]; ed ancora: «la disposizione sull'eccesso colposo non dice nulla di più rispetto a quanto si può ricavare dagli artt. 42 e 43 in tema di colpa. Perciò l'enumerazione dei casi di eccesso colposo si deve considerare non tassativa, ma esemplificativa»[51].
Il fatto che l'art. 55 Cp sia una «una norma sostanzialmente inutile poiché si potrebbe giungere ai medesimi risultati in termini di disciplina semplicemente argomentando in base ai principi generali in tema di responsabilità colposa»[52], induce, dunque, a ritenere che anche per quel che concerne l'eccesso preterintenzionale non sia necessaria una previsione *ad hoc*, potendo la legittimazione applicativa di tale fattispecie desumersi dalle norme di cui agli artt. 42 e 43 Cp in tema di delitto preterintenzionale.
Se si ritenesse, invece, che l'art. 55 Cp non sia una disposizione superflua e svolga, anzi, un'autonoma funzione sistematico-disciplinare e che, dunque, la mancata previsione espressa – *ex* art. 42 Cp – osti alla legittimazione dell'eccesso preterintenzionale, si porrebbe, allora, un evidente problema di legittimità costituzionale, in conseguenza dell'irragionevole disparità di disciplina che caratterizzerebbe due tipologie di casi meritevoli – *ex* artt. 3 e 27 Cost. – di essere considerati in modo omogeneo dal punto di vista del criterio di imputazione della responsabilità. In base all'interpretazione dominante nel diritto vivente, mentre colui il quale realizzi un fatto che integri gli estremi dell'omicidio preterintenzionale in un contesto *ab origine* illecito deve rispondere del fatto cagionato ai sensi dell'art. 584 Cp, chi cagioni il medesimo evento "oltre l'intenzione", in un contesto *ab origine* lecito – e, cioè, superando volontariamente i limiti di una causa di giustificazione pur sempre esistente – dovrebbe, invece, rispondere del delitto di omicidio volontario: un'evidente e irragionevole disparità di trattamento.
Dato conto del profilo della rilevanza, è opportuno precisare che, aldilà della diversità di contesto, il criterio di imputazione della responsabilità nel caso di eccesso "oltre l'intenzione"

[49] Nel senso l'eccesso di cui all'art. 55 Cp sia una «forma di responsabilità strutturalmente colposa», benché meramente ricognitiva di principi già presenti nell'ordinamento (e tratti dagli artt. 43 e 47 Cp), v. Cass. V 2.2.2018 n. 15713; Cass. III, 27.4.2018 n. 30910; Cass. Sez. IV 19.7.2017 n. 52120; Cass. V 13.2.2014 n. 11806.
[50] F. Mantovani, *Diritto penale, cit.*, 302.
[51] A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*[9], Milano 2020, 508.
[52] Così F. Consulich, *L'antigiuridicità e le cause di giustificazione*, in *Il sistema penale*, a cura di C. E. Paliero, Torino 2024, 345, secondo il quale «a sostegno della tesi per cui l'art. 55 sarebbe sostanzialmente inutile militano alcune considerazioni: aa) Per quanto non sia previsto l'eccesso doloso, esso non pone problemi in termini di disciplina, poiché sussiste sicuramente la responsabilità dolosa in caso in cui consapevolmente si superino i limiti di una causa di giustificazione pur esistente nella realtà (Cass. Sez. V, 6 giugno 2019, n.28336; Cass. Sez. V 14 febbraio 2017, n.12274); bb) analogamente, non è in dubbio che colui che ecceda i limiti della causa di giustificazione ma in modo non rimproverabile non vada incontro ad alcuna conseguenza anche se l'art. 55 sul punto tace».

non presenta difformità o tratti autonomi e distinti rispetto al delitto preterintenzionale realizzato in contesto illecito.

Le controversie giurisprudenziali in ordine alla caratterizzazione di tale forma di responsabilità[53] sono, dunque, destinate ad estendersi e a valere anche per quanto concerne il coefficiente di imputazione dell'evento più grave di quello voluto che l'agente abbia cagionato nel travalicare volontariamente i limiti scriminanti[54]. Sul punto, non si può fare altro, dunque, che rinviare all'ampio e articolato dibattito in materia (anche per quel che concerne la sperequazione sanzionatoria di cui all'art. 584 Cp)[55], osservando che, al di là delle differenze di impostazione ermeneutica *de lege lata*, l'eventuale (ed auspicabile) espunzione della responsabilità preterintenzionale dal nostro ordinamento, nel caso di omicidio oltre l'intenzione comporterebbe il passaggio ad una figura di eccesso di natura complessa, data dal concorso formale del delitto di percosse o lesioni e del delitto di omicidio colposo (o di aborto colposo).

In questa sede è, peraltro, opportuno ritornare al già richiamato orientamento dottrinale incline, *de jure condendo*, all'attenuazione del trattamento sanzionatorio a favore del soggetto che ecceda volontariamente i limiti scriminanti (e di cui si rappresenti effettivamente e correttamente la sussistenza), per sottolineare che la medesima istanza si pone vieppiù in riferimento all'eccesso preterintenzionale: le differenze strutturali e fattuali che intercorrono tra eccesso doloso e reato doloso non difensivo sono, infatti, assai inferiori a quelle ravvisabili tra eccesso preterintenzionale e reato doloso (in considerazione del difetto, nel primo, di volontà dell'evento più grave cagionato). *A fortiori*, dunque, il contesto *ab origine lecito* sotteso all'eccesso preterintenzionale renderebbe opportuno un intervento legislativo volto a differenziarne *in melius* la disciplina sanzionatoria rispetto a quella contemplata agli artt. 584 e 593-*ter* Cp.

Un'ultima osservazione, sempre in prospettiva di riforma. Nel caso in cui nella prassi dovesse prevalere la tesi secondo cui, dal punto di vista strutturale, la preterintenzione sarebbe qualificabile come "dolo misto a colpa", potrebbe porsi l'esigenza di valutare se, avuto riguardo ai principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost., non sia necessario estendere la scusante attualmente prevista all'art. 55 co. 2 Cp (per l'eccesso colposo in legittima difesa domiciliare) all'omologa ipotesi di eccesso preterintenzionale, limitatamente all'imputazione dell'evento non voluto (ferma restando, dunque, la punibilità del tentativo – o del delitto – di percosse o lesioni). La scusante dovrebbe trovare applicazione ogni qual volta, la morte del soggetto passivo (o l'interruzione della gravidanza), pur essendo prevedibile in concreto dall'agente che abbia superato volontariamente i limiti della legittima difesa domiciliare, sia la conseguenza di uno sviluppo causale condizionato dalla minorata difesa o dallo stato di grave turbamento derivante dalla situazione di pericolo in atto[56].

---

[53] Sul punto, v. G. Ponteprino, *Elemento soggettivo nell'omicidio preterintenzionale: anatomia di un contrasto giurisprudenziale*, in *DPP* 2024, 45 ss.

[54] Nel senso che l'elemento psicologico del delitto di omicidio preterintenzionale sia una combinazione di dolo, per il reato di percosse o di lesioni, e di colpa in concreto, per l'evento mortale, v. Cass., V 13.12.2023 n.36402; Cass. V 10.11.2023 n.49667.

[55] *Ex multis*, v. Canestrari, *Colpa e preterintenzione*, in *ED, Il reato colposo, I tematici*, I, 2021, 93 ss.; F. Consulich, *Colpevolezza e rischio illecito: la Cassazione alla prova dell'imputazione preterintenzionale*, in *CP* 2024, 2487 ss.; M.L. Mattheudakis, *Forme miste dolo-colpa*, in *ED, Il reato colposo, I tematici*, I, 2021, 556 ss.; G. Ponteprino, *Preterintenzione e* culpa in re illicita. *La costruzione di uno statuto differenziato quale argine allo strisciante riconoscimento della responsabilità oggettiva*, in *www.lalegislazionepenale.eu* (9.3.2024).

[56] Predetta scusante dovrebbe trovare applicazione anche in caso di espunzione del delitto preterintenzionale e di conseguente passaggio ad una figura complessa di eccesso (delitto doloso di base in concorso con delitto colposo); sui criteri di accertamento della condotta colposa in caso di errore sulla causa di giustificazione, v. D. Perrone, *L'errore nella legittima difesa: dal criterio del 'difensore modello' al giudizio* 'ad personam'?, in

Si pensi, ad es., al caso in cui Tizio, anziano proprietario di una villa, sorprenda Caio, ladro armato di cacciavite che dopo aver sottratto alcuni gioielli, tenti di darsi alla fuga con la refurtiva. Armato di una mazza da baseball e in stato di grave alterazione emotiva, Tizio insegue e colpisce con violenza Caio alle braccia allo scopo di bloccarlo e di recuperare la refurtiva e, quindi, alla schiena per "fargliela pagare", volendo provocargli lesioni serie. Il colpo, sebbene non mirato a organi vitali, rompe una costola che perfora un polmone: Caio muore dopo l'arrivo in ospedale.

5. Si tratta, a questo punto, di prendere in esame le ipotesi di eccesso doloso qualificato dal difetto di volizione dell'evento cagionato che sono configurabili nel sistema al di là dell'eccesso preterintenzionale.
A ben vedere tali ipotesi sono individuabili all'interno di un più ampio fenomeno che potremmo indicare come "*eccesso doloso aberrante*". Con tale espressione si intendono contrassegnare i casi in cui, per un errore nei mezzi di esecuzione o per altra causa, nel superare volontariamente i limiti scriminanti l'agente cagioni:
a) un *evento diverso* da quello voluto;
b) l'offesa 'eccedente' a *persona diversa* da quella che si voleva offendere.
Nell'ipotesi sub lett. a) rientrano, per l'appunto, le ipotesi che andiamo ricercando, ossia le fattispecie di eccesso doloso qualificate dal difetto di volizione dell'evento e, al contempo, non riconducibili all'eccesso preterintenzionale. Ad assumere rilievo sono i casi in cui, a causa di un errore nei mezzi di esecuzione o per altra causa, colui che superi volontariamente i limiti scriminanti finisca per cagionare un evento *diverso* da quello voluto, di cui il medesimo è chiamato a rispondere "a titolo di colpa", ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 83 Cp[57]. Eccesso doloso ed *aberratio delicti* rappresentano, dunque, gli elementi costitutivi di questa figura complessa.

Tizio, commerciante, subisce un tentativo di rapina da parte di Caio, che imbraccia una pistola giocattolo facilmente riconoscibile come tale. Il commerciante, pur essendo pienamente consapevole dell'innocuità dell'arma imbracciata da Caio, mosso da intento punitivo, decide di sparare con il proprio revolver per ferire Caio all'addome, ben sapendo che, per neutralizzare la rapina, sarebbe sufficiente minacciarlo con l'arma o colpirlo agli arti inferiori. Il proiettile esploso da Tizio colpisce un tubo del gas, provocando un'esplosione, da cui deriva un incendio.

A seconda dei casi, l'autore del fatto "eccedente" dovrà, dunque, rispondere ora "a titolo di colpa" del delitto realizzato, *ex* art. 83 co. 1 Cp (qualora, nonostante la sussistenza dell'eccesso doloso, non sussistano gli estremi del tentativo del delitto preso di mira); ora di tentativo del delitto doloso, che si voleva realizzare eccedendo i limiti scriminanti, in concorso con il delitto colposo cagionato, *ex* art. 83 co. 2 Cp; ora, infine, di concorso del delitto doloso e di quello colposo effettivamente integrati nell'eccesso doloso aberrante, *ex* art. 83 co. 2 Cp.
L'*aberratio delicti* conseguente ad eccesso doloso si differenzia dall'eccesso preterintenzionale in quanto il reato diverso da quello voluto cagionato dall'agente risulta, in questo caso, estraneo alla omogenea progressione offensiva innescata dalla condotta dolosa di base.

www.lalegislazionepenale.eu (2.9.2019).
[57] In tema di *aberratio delicti*, v., per tutti, G.A. De Francesco, Aberratio. *Teleologismo e dommatica nella ricostruzione delle figure di divergenza nell'esecuzione del reato*, Torino 1998, 106 ss.; 120 ss.; 131 ss.; 153 ss.

Un'ipotesi "speciale" della figura in esame è rappresentata dall'eccesso doloso – realizzato con atti non diretti a percuotere o a cagionare lesioni personali – da cui derivi, in forma involontaria, la morte o le lesioni personali di una persona, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 586 Cp[58].
L'istanza di attenuazione del trattamento sanzionatorio attualmente previsto per l'eccesso doloso, che abbiamo già ritenuto riferibile all'eccesso preterintenzionale, merita di essere presa in considerazione anche per le ipotesi di superamento volontario dei limiti scriminanti che integrino gli estremi dell'art. 83 Cp.
Analogamente a quanto già osservato in riferimento all'eccesso preterintenzionale rispetto al reato doloso, in prospettiva di riforma si pone, infatti, l'esigenza di differenziare il regime sanzionatorio previsto per gli eccessi dolosi qualificati dall'*aberratio delicti* da quello contemplato per le ipotesi di *aberratio delicti* in ambito illecito, in considerazione delle significative differenze di contesto, mediante la previsione di una circostanza attenuante *ad* hoc; nella stessa direzione, si potrebbe valutare se non sia preferibile che la circostanza aggravante di cui all'art. 586 Cp sia applicata esclusivamente alle ipotesi di *aberratio delicti* che si siano concretizzate in un contesto *ab origine* illecito.
Infine, *de jure condendo*, alla luce dei principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost., potrebbe rivelarsi necessario estendere la scusante attualmente prevista all'art. 55 co. 2 Cp (in tema di legittima difesa domiciliare) all'omologa ipotesi di eccesso doloso qualificato da *aberratio delicti*, con la conseguente esclusione di colpevolezza nel caso di mono-offensività e la sola punibilità del tentativo o del reato consumato volontariamente realizzato, nel caso di bi-offensività. Predetta scusante potrebbe trovare applicazione ogni qual volta il reato diverso da quello voluto – pur risultando prevedibile in concreto dall'agente che abbia superato volontariamente i limiti della

[58] Per mere esigenze di completezza, si precisa che l'*aberratio delicti* qualificata dal superamento volontario dei limiti scriminanti deve essere distinta dall'ulteriore caso di eccesso doloso aberrante, sopra individuato *sub* lett. b), inerente (non già alla causazione di un evento diverso da quello voluto, bensì) all'offesa di una persona diversa da quella alla quale la condotta dolosa – ed eccedente – di base era diretta. Eccesso doloso ed *aberratio ictus* rappresentano, dunque, gli elementi costitutivi di questa seconda figura complessa (in tema di *aberratio ictus*, v. l'ampia ed approfondita indagine di G.A. De Francesco, Aberratio, *cit.*,40 ss.; 106 ss.): si pensi, ad es., al caso in cui un agente di polizia stia inseguendo uno spacciatore in fuga, sorpreso nell'atto di cedere ad altri sostanze stupefacenti. Riconosciuto nello spacciatore l'amante della moglie, l'agente decide di usare in chiave punitiva la propria arma e di sparare in direzione dello spacciatore, con l'intento di colpirlo alla schiena e di cagionargli lesioni gravissime. A causa del movimento concitato dello spacciatore, l'agente manca il bersaglio e ferisce gravemente un passante innocente). Occorre, peraltro, precisare che in dottrina e in giurisprudenza si registrano opinioni divergenti in ordine alla qualificazione dell'ipotesi in cui gli atti diretti a ledere e a percuotere siano rivolti ad una persona diversa da quella che, in conseguenza di tali atti, subisce effettivamente l'evento più grave, non voluto (morte); per un significativo caso giurisprudenziale, v. Cass. V 11.12.2018, n.13192. Mentre secondo alcuni sarebbe configurabile un'ipotesi di c.d. "omicidio preterintenzionale aberrante", secondo altri, sarebbe integrata un'ipotesi di concorso formale tra il delitto di percosse o lesioni e quello di omicidio colposo, *ex* art.83 Cp; per ulteriori approfondimenti, v. M. Lanzi, *Preterintenzione e reato aberrante, tra vecchi paradigmi e nuove esigenze di tutela,* in Criminalia, 2019, 611 ss. A seconda dei casi, l'autore del fatto "eccedente" dovrà, dunque, rispondere, *ex* art. 82 co. 1 Cp, a titolo di dolo del delitto realizzato in danno della vittima occasionale, allorquando a subire il danno 'eccedente' sia stata esclusivamente quest'ultima; ora, *ex* art. 82 co. 2 Cp, di concorso tra il delitto doloso – realizzato eccedendo i limiti scriminanti – e il delitto colposo cagionato, allorquando oltre che la vittima occasionale sia offesa anche quella designata. La peculiare figura di *aberratio ictus* in esame deve, a sua volta, essere distinta dalla fattispecie nota come "*legittima difesa aberrante*": con quest'ultima espressione si è soliti indicare la situazione che si verifica allorquando, per errore nei mezzi di esecuzione (ad es., errore di mira) o altra causa, a subire l'offesa realizzata in presenza degli estremi della legittima difesa, sia una persona diversa dall'aggressore, ossia un estraneo (e*x multis,* v. A. Nappi, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano 2010, 584). Mentre nella "*legittima difesa aberrante*" il danno subìto dal terzo estraneo è illecito – ma sarebbe stato lecito qualora a subirlo fosse stato l'aggressore – nel peculiare caso di eccesso doloso aberrante in esame il danno patito dal terzo sarebbe stato sproporzionato o non necessario anche in difetto dell'errore-inabilità e, cioè, anche se a subirlo fosse stato l'aggressore, cosicché, in base all'attuale disciplina, l'agente dovrebbe rispondere a titolo di dolo dell'evento lesivo – ed eccedente – cagionato in danno di persona diversa dall'aggressore.

legittima difesa domiciliare – sia la conseguenza di uno sviluppo causale nel quale abbia assunto un rilievo preponderante il *deficit* dei poteri di controllo della reazione difensiva indotto dallo stato di elevata alterazione o di concitazione emotiva provocato dall'altrui intrusione nel domicilio privato.

6. Scopo di questa indagine era quello di dimostrare come la ricorrente affermazione secondo cui in caso di eccesso doloso l'agente debba rispondere a titolo di dolo del reato commesso non risulti sempre fondata.
Come si è cercato di evidenziare, una simile conclusione finisce, infatti, per porre sullo stesso piano – e sussumere nella medesima disciplina – ipotesi che, date le evidenti e rilevanti differenze strutturali e di disvalore, dovrebbero essere sottoposte a distinte criteriologie imputative e a differenziate discipline sanzionatorie.
In definitiva, si tratta di prendere atto che all'interno di quell'"involucro" unitario, oggi viene denominato "eccesso doloso", sono, invero, comprese due tipologie di fattispecie irriducibili, in verità, alla sfera di responsabilità a titolo di dolo: l'eccesso preterintenzionale e l'eccesso doloso qualificato da *aberratio delicti.*
L'emancipazione dogmatica e sistematica di tali figure dall'indistinto e livellante contenitore in cui sono indebitamente confinate, può contribuire, da un lato, a ridurre l'eccessiva "distanza" che oggi, dal punto di vista probatorio e sanzionatorio, separa il travalicamento doloso dei limiti della causa di giustificazione da quello colposo, dall'altro, a superare le vischiose precomprensioni di matrice "moralistico-eticizzante" che hanno finora fatto sì che tali peculiari forme di eccesso doloso rimanessero "costrette" entro anacronistici e inammissibili moduli di imputazione, incentrati sull'oggettivizzazione del coefficiente psichico (*dolus generalis* e *dolo indiretto)*.
Una maggiore scansione e differenziazione delle soluzioni disciplinari prospettabili in tema di "eccesso doloso" potrebbe, in questo senso, risultare consentanea ad esigenze di razionalizzazione dei nessi di imputazione e di riequilibrio dei livelli di responsabilità, evitando le forzature e le rigidità derivanti dalla "manicheistica" e riduttiva distinzione tra superamento volontario e involontario dei limiti scriminanti.
In definitiva, una più ampia e articolata visione "plurale" dell'eccesso nelle cause di giustificazione si rivela idonea a recepire istanze di "realismo" imputativo e di proporzione sanzionatoria e, al contempo, funzionale all'ulteriore estensione dell'ambito di applicazione del principio di colpevolezza.

PROFILI PENALISTICI DELLE CRIPTOVALUTE*

di Antonio Gullo e Giorgio Ardizzone (Professore Ordinario di Diritto Penale, Università LUISS Guido Carli; Dottorando di ricerca in Diritto Penale, Università Unitelma Sapienza-IUSS Pavia)

Il contributo esamina i principali profili penalistici connessi alla diffusione delle criptovalute, muovendo dalla constatazione che l'innovazione tecnologica nel mercato dei capitali ha determinato una profonda trasformazione delle forme di circolazione del valore e, con essa, l'emersione di nuovi problemi anche sul versante sanzionatorio. Dopo un breve *excursus* sulle diverse aree di possibile rilevanza penale delle valute digitali, l'indagine si concentra su tre snodi applicativi che si sono imposti con maggiore evidenza nella prassi. In primo luogo, l'articolo affronta il tema dell'autoriciclaggio, soffermandosi sulla possibilità di qualificare l'acquisto di moneta virtuale come impiego in attività finanziaria o speculativa e sulla rilevanza, ai fini dell'ostacolo all'identificazione della provenienza delittuosa, delle caratteristiche della tecnologia *blockchain*. Si evidenzia in particolare come l'orientamento giurisprudenziale, pur ormai consolidato nel senso della natura speculativa dell'acquisto di valute virtuali e della tendenziale configurabilità *in re ipsa* dell'ostacolo, presenti profili problematici, specialmente con riguardo agli *stablecoins* e alle operazioni effettuate tramite intermediari soggetti a obblighi di identificazione. In secondo luogo, il lavoro analizza il rapporto tra l'abusivismo finanziario *ex* art. 166 TUF e la nuova disciplina introdotta dal d.lgs. 129/2024 in attuazione del Regolamento MiCA, mettendo in luce le persistenti incertezze circa la qualificazione delle criptovalute come prodotti finanziari e le possibili irragionevolezze del diverso trattamento sanzionatorio che ne conseguono. Infine, il contributo si sofferma sugli abusi di mercato e sull'illecito di ostacolo, sottolineando i rapporti con le altre fattispecie già in vigore nell'ambito del diritto penale dell'economia.

This contribution examines the main criminal law issues arising from the increasing diffusion of cryptocurrencies, starting from the premise that technological innovation in capital markets has profoundly transformed the circulation of value and, with it, has generated new challenges also on the sanctioning side. Following a brief overview of the different areas in which digital currencies may acquire criminal relevance, the analysis focuses on three key issues that have emerged most prominently in practice. First, the article addresses the offence of self-laundering, with particular attention to whether the acquisition of virtual currency may be qualified as an investment in financial or speculative activities, and to the role played – within the requirement of hindering the identification of the illicit origin – by the characteristics of blockchain technology. In this respect, it is highlighted that the prevailing case law, although now settled in qualifying such transactions as speculative and in presuming, to a significant extent, the existence of the hindering element, still raises critical concerns, especially with regard to stablecoins and transactions carried out through intermediaries subject to customer due diligence obligations. Secondly, the paper analyses the relationship between the offence of unauthorised financial activity under Article 166 of the Consolidated Financial Act (TUF) and the new framework introduced by Legislative Decree No. 129/2024 implementing the MiCA Regulation, shedding light on the persisting uncertainties concerning the classification of cryptocurrencies as financial products and on the potential inconsistencies in the applicable sanctioning regimes. Finally, the contribution examines market abuse offences and the offence

*Il presente contributo è frutto della riflessione e del lavoro congiunto dei due Autori. Tuttavia, il paragrafo 2 è attribuibile ad A. Gullo, mentre il paragrafo 4 è attribuibile a G. Ardizzone. I paragrafi 1, 3, 3.1 e 5 sono riferibili a entrambi.

of obstruction of supervisory authorities, highlighting their interaction with other existing offences within the field of economic criminal law.

Criptovalute, riciclaggio, abusivismo
Cryptocurrencies, Money Laundering, Unauthorised Financial Activity

Sommario: 1. Criptovalute e responsabilità penale: un'introduzione. – 2. Autoriciclaggio e criptovalute. – 3. Le ipotesi di abusivismo. – 3.1. La normativa applicabile all'offerta abusiva di criptovalute dopo il d.lgs. 129/2024. – 4. Gli abusi di mercato e l'illecito di ostacolo. – 5. Riflessioni conclusive.

1. L'innovazione digitale che ha caratterizzato il mercato dei capitali negli ultimi anni ha aperto scenari inediti anche nella circolazione del valore, imponendo al diritto penale di confrontarsi con lo sviluppo di servizi e prodotti nuovi, come le criptovalute. La caratteristica principale che accomuna i diversi tipi di valute virtuali (e le altre cripto-attività, di cui le prime costituiscono una *species*[1]) è quella di essere emesse e scambiate tramite l'utilizzo della tecnologia *blockchain*, fondata cioè su un registro distribuito in cui gli stessi partecipanti al sistema validano e si fanno garanti delle operazioni, in assenza di un'autorità centrale[2].
La nascita di tale fenomeno si fa convenzionalmente risalire al 2009, con la creazione del *Bitcoin*, la più nota criptovaluta generata tramite un processo cd. di *mining* digitale in assenza di un emittente centrale e il cui valore dipende unicamente dall'incontro tra domanda e offerta. Tali proprietà non sono necessariamente comuni a ogni valuta virtuale: alcune basano il loro valore sull'andamento di una valuta ufficiale (come *Tether*, che replica 1:1 il valore del dollaro) o su un paniere di beni (è il caso del progetto *Libra* di Facebook, poi non andato in porto, che si proponeva di introdurre una nuova moneta privata il cui valore sarebbe stato garantito da una riserva di attività reali a basso rischio e alta liquidità, come depositi bancari e titoli di Stato a breve termine).
Queste ultime, cd. *stablecoins*, oltre ad avere un emittente centrale, si caratterizzano quindi per un tasso di volatilità meno elevato ma, per i rischi che possono porre alla stabilità finanziaria e alla sovranità monetaria degli Stati, sono state oggetto di una disciplina *ad hoc* nel Regolamento MiCA, che distingue a seconda che la criptovaluta sia agganciata unicamente al valore di una moneta fiat (cd. *E-Money Token* o *EMT*) o a un *asset* reale o combinazione di beni, comprese altre valute ufficiali (cd. *Asset-Referenced Token* o *ART*)[3]. I "gettoni" non inquadrabili in nessuna di queste due definizioni possono, a determinate condizioni, rientrare nella categoria residuale di *token* diversi dagli *EMT* e *ART*, con conseguenze pure rilevanti sul versante sanzionatorio.
Ora, dal 2009, la diffusione e l'utilizzo di tali strumenti si è notevolmente diffusa: un rapporto del 2023 dell'*FCA* stima che ne esistano oggi oltre 20,000[4]. L'impiego di criptovalute sul

[1] Anche nell'ambito disciplina privatistica, già prima della regolazione europea era in verità sorto un dibattito circa la qualificazione di tali strumenti: v. F. Annunziata, *Speak, If You Can: What Are You? An Alternative Approach to the Qualification of Tokens and Initial Coin Offerings*, in *Bocconi Legal Studies Research Paper No.* 2636561 2019, 3 ss.; R. Lener, *Criptoattività e cripto valute alla luce degli ultimi orientamenti comunitari*, in *GC* 2023, 376 ss.
[2] Sul funzionamento di tale tecnologia con riferimento alle criptovalute, in prospettiva penalistica, già L. Picotti, *Profili penali del cyberlaundering: le nuove tecniche di riciclaggio*, in *RTDPE* 2018, 600 ss.
[3] Per questa tassonomia ripresa dal Regolamento MiCA, si rinvia a F. Annunziata, *La disciplina europea del mercato delle cripto-attività*, in *RS* 2023, 935 ss.; Id., *Tassonomia delle cripto-attività e mercato dei capitali. Primi spunti per un confronto USA-UE*, in *GC* 2024, 905 ss.; R. Piselli, *Le cripto-attività. Le tipiche e le altre*, in *Le cripto-attività. La legislazione europea a disciplina del nuovo mercato*, a cura di A. Nuzzo, Roma 2025, 17 ss.
[4] Si veda il rapporto dell'Autorità di Vigilanza inglese sui mercati disponibile a questo link:

mercato dei capitali, inteso sia come strumento di raccolta del risparmio nell'ambito delle cd. *Initial Coin Offerings* (in sintesi, operazioni poste in essere al fine di raccolta di capitali ove una società, invece di emettere strumenti finanziari tradizionali, si finanzia emettendo una criptovaluta[5]), sia come spinta alla creazione di piattaforme *ad hoc* per lo scambio di *token*, ha dunque fatto sorgere una domanda di tutela dei consumatori e degli investitori alla quale la recente regolamentazione ha cercato di dare risposta. Anche al di fuori del mercato mobiliare, la diffusione di simili strumenti ha imposto la necessità di gestire determinati rischi che, sul versante penalistico, possono essere declinati vuoi come tutela contro le frodi e falsificazione di mezzi di pagamento diversi dal contante (almeno laddove la criptovaluta sia utilizzata come mezzo di pagamento), vuoi come bisogno di garantire la tracciabilità dei flussi finanziari in ottica di prevenzione dei delitti di riciclaggio in senso lato, considerata anche la peculiarità della citata tecnologia a registro distribuito[6].

Sono dunque numerose le fattispecie criminose, rilevanti dal nostro angolo visuale, suscettibili di avere come oggetto materiale una valuta virtuale. Prima di concentrare l'attenzione sui temi che si sono imposti con maggior frequenza nella prassi, conviene allora fornire uno schizzo dei diversi ambiti in cui tali *token* possono venire in rilievo, seguendo l'evoluzione normativa degli ultimi anni.

Una prima categoria sulla quale concentrare l'attenzione riguarda figure tradizionali, il cui oggetto materiale può occasionalmente riguardare le criptovalute e la cui possibile applicazione dipende dall'interpretazione data agli elementi in questione. Il riferimento è, ad esempio, ai delitti di furto o appropriazione indebita: nella prima ipotesi, la rilevanza dell'impossessamento al fine di trarre profitto di una valuta virtuale o delle chiavi crittografiche di un portafoglio digitale dipende dalla lettura del concetto di "cosa mobile", esteso dalla più recente giurisprudenza di legittimità nel senso di farvi rientrare, come noto, anche i *file* presenti su computer o *smartphone*[7]. Si tratta di un percorso ermeneutico non condivisibile che traveste da interpretazione estensiva quella che, a ben vedere, è una vera e propria analogia *in malam partem*, come tale vietata[8]. D'altronde, non solo nella manualistica si evidenzia come la "corporeità" sia una delle note distintive del concetto di cosa[9] ma il legislatore si è sempre

---

https://www.fca.org.uk/investsmart/crypto-basics?

[5] Si tratta peraltro di una prassi diffusa da tempo, tanto che già nel 2017 ESMA aveva pubblicato un documento sottolineandone i rischi per gli investitori: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma71-99-649_press_release_ico_statements.pdf. Per riferimenti più puntuali alla disciplina di settore, si veda C. Sandei, *L'offerta iniziale di cripto-attività*, Torino 2022 e, nella manualistica, F. Annunziata, *La disciplina del mercato dei capitali*, Torino 2023, 512 s.

[6] Per un approfondimento sul tema, anche con riferimento specifico al funzionamento della tecnologia *blockchain*, cfr. G. Soana, *The anti money laundering regulation of crypto-assets in Europe*, Padova 2024.

[7] Il riferimento è a Cass. 7.11.2019 (dep. 10.4.2020) n. 11959 con note di N. Pisani, *La nozione di "cosa mobile" agli effetti penali e i files informatici: il significato letterale come argine all'applicazione analogica delle norme penali*, in *DPP* 2020, 651 ss.; A. Scarcella, *Dato informatico, nozione penale di cosa mobile ed appropriazione indebita*, in *CP* 2021, 556 ss.; C. Pagella, *La Cassazione sulla riconducibilità dei file al concetto di "cosa mobile" oggetto di appropriazione indebita: un caso di analogia in malam partem?*, in *www.sistemapenale.it*, 4.3.2021. Per la ricostruzione dei diversi orientamenti sul punto, v. anche C. Colucci, *I dati informatici come "cosa mobile" oggetto di furto o appropriazione indebita*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2023, 877 ss. spec. 881 ss.

[8] Concorde anche L. Picotti, *Diritto penale, tecnologie informatiche ed intelligenza artificiale: uno sguardo d'insieme*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 62, che afferma, riferendosi all'aggravante di cui al comma 3 dell'art. 640-*ter* Cp (che menziona il "furto o indebito utilizzo dell'identità digitale"), che «il "furto di dati" appare essere una nozione atecnica sul piano giuridico, non essendovi alcuna sottrazione di "cosa" mobile». Dava per scontato che non potesse essere oggetto di furto il *software* o altro programma del computer in virtù della atipicità della «sottrazione-impossessamento di entità incorporali» già F. Sgubbi, voce *Patrimonio (reati contro il)*, in *ED*, XXXII, Milano 1982, 368 ss., spec. 370.

[9] L'orientamento in verità è sempre stato pacifico in dottrina: v. già C. Pedrazzi, voce *Appropriazione indebita*,

mostrato consapevole della diversità tra le due realtà qui in esame, tenuto conto che, ove ha ritenuto, ha proceduto espressamente ad ampliare l'ambito oggettivo di applicazione del furto – con l'equiparazione dell'energia elettrica alla *res* – o ha inserito apposite fattispecie calibrate sulle nuove realtà tecnologiche, come avvenuto in materia di danneggiamento[10]. Nondimeno, la giurisprudenza ha altresì ritenuto configurabile il delitto di appropriazione indebita di *Bitcoin* in quanto «costituito da dati informatici», confermando così l'approccio espansivo sopra richiamato[11]. Rimane il fatto che si è in presenza di un orientamento in fase di consolidamento nel panorama applicativo, del quale occorre dunque attendere l'evoluzione.

Da queste ipotesi vanno invece tenute distinte altre fattispecie, come l'estorsione – specialmente se attuata tramite le modalità informatiche descritte dal terzo comma dell'art. 629 Cp – in cui può accadere che venga richiesto un "riscatto" in *Bitcoin* o altra valuta virtuale. In questi casi tuttavia l'elemento costitutivo del profitto non pone problemi riguardo la possibilità di includere al suo interno pagamenti effettuati secondo le modalità sopra richiamate. Trattandosi di fenomeni che possono solo occasionalmente riguardare questi particolari strumenti e che comunque non sembrano porre particolari problemi interpretativi, non saranno oggetto di ulteriore approfondimento.

Spostando invece l'attenzione sui menzionati delitti di riciclaggio, conviene subito ricordare che la prima definizione di valuta virtuale è stata introdotta nel d.lgs. 21.11. 2007 n. 231 in attuazione della IV Direttiva estendendo altresì agli *exchanger* gli obblighi previsti dal citato testo unico (ossia, coloro che prestano il servizio di conversione di criptovalute in monete fiat o viceversa)[12]. In particolare, l'art. 1 co. 2 lett. q del menzionato decreto definiva la valuta

---

in *ED*, II, Milano 1958, 840, per cui: «*Cosa* è soltanto il bene materiale, corporeo […]. Non sono cose, invece, i beni immateriali: un nome, un'idea, un'invenzione, un'opera letteraria o musicale non sono oggetti idonei di appropriazione».

Nella manualistica tale concetto è reso con l'espressione che individua le cose in "*res corporales* o *quae tangi possunt"*: cfr. C. Giordanengo, *Delitti contro il patrimonio*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte Speciale, I*, Milano 2016, 381; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, II, Bologna 2023, 28. V. anche le argomentazioni di F. Mantovani, voce *Furto*, in *DigDPen*, Torino 1991, 366 ss., per cui la «*fisicità* della cosa resta […] requisito imprescindibile per salvaguardare l'"omogeneità" della categoria dei delitti patrimoniali e la tassatività degli stessi». Si tratta dunque di una scelta ermeneutica in forte tensione con il divieto di analogia, volta in sostanza ad "aggiungere", nella descrizione del fatto tipico, un oggetto materiale non previsto poiché difficilmente riconducibile al significato letterale dell'elemento nel quale lo si vorrebbe sussumere. Denunciava questo metodo di «interpretazione additiva» volto ad aggirare il divieto di analogia, seppur in relazione ad altre fattispecie, già G. Contento, *Interpretazione estensiva e analogia*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli 1991, 15.

[10] Anche prima dell'introduzione dell'art. 635-*bis* Cp una parte della giurisprudenza era peraltro ricorsa a una interpretazione "estensiva", forzando il dato normativo: cfr. Pret. di Torino 23.10.1989, in *DirInf* 1990, 620; T. Firenze 27.1.1986, in *DirInformInf*, 1986, 962, con nota critica di L. Picotti, *La rilevanza penale degli atti di "sabotaggio" ad impianti di elaborazione di dati*. Ancora prima, cfr. T. Torino 12.12.1983, in *DirAut*, 1986, 513 che ha ritenuto integrata la violenza sulle cose per il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni in virtù del «danneggiamento di un programma per elaboratore». Anche Cass. S.U. 9.10.1996 (dep. 13.12.1996) n. 1282 ha ritenuto che vi fosse continuità normativa tra il delitto di cui all'art. 635 Cp e il nuovo danneggiamento informatico, valutando dunque corretta la precedente interpretazione della giurisprudenza di merito. Critico da subito in dottrina era anche A. Lanzi, *Sviluppo e prospettive nella disciplina dei computer crimes*, in *IP* 1992, 527 ss. Per una ricostruzione oggi di tale evoluzione, v. pure A. Cappellini, *I delitti contro l'integrità dei dati, dei programmi e dei sistemi informatici*, in *Cybercrime*, a cura di A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, cit., 809 ss., spec. 815 ss.

[11] Così infatti Cass. 20.3.2025 (dep. 29.5.2025) n. 20138. V. pure J. Della Torre, *Cripto-attività e giustizia penale*, Padova 2026, 183, critico rispetto a tale impostazione proprio per l'assenza di una «consistenza tangibile» di tali strumenti, che ritiene al più configurabile, ricorrendone i presupposti, il delitto di cui all'art. 640-*ter* Cp.

[12] Per una più puntuale rassegna degli obblighi gravanti su tali soggetti all'indomani delle modifiche normative citate, v. G.P. Accinni, *Profili di rilevanza penale delle "criptovalute" (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *AP* 2018, 20 ss. Più in generale sull'evoluzione della normativa di settore con

virtuale come «la rappresentazione digitale di valore, non emessa né garantita da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente». A questa definizione, che qualificava come unica finalità del *token* quella di essere utilizzato «come mezzo di scambio», il d.lgs. 4.10.2019 n. 125 – sempre in attuazione della successiva Direttiva AML – ha aggiunto anche la «finalità di investimento», estendendo al contempo gli obblighi antiriciclaggio anche ai *wallet providers*, ossia i soggetti che offrono servizi di cambio o di gestione e salvaguardia delle chiavi crittografiche necessarie per accedere al portafoglio virtuale su cui le criptovalute sono custodite[13]. Anticipando dunque temi che verranno approfonditi in seguito, appare già importante segnalare come la prima definizione legale di tali strumenti, almeno per come modificata nel 2019, contemplava due diverse finalità alternative per le quali le valute virtuali potevano essere acquistate, ossia il "mezzo di scambio" e "la finalità di investimento". La precisazione è rilevante sia per la configurabilità, ad esempio, dell'autoriciclaggio, che presuppone l'impiego dei proventi criminosi in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, sia per la possibile integrazione dell'abusivismo finanziario *ex* art. 166 TUF, che dal 2017 ha come oggetto materiale i "prodotti finanziari"[14]. È dunque significativo che il d.lgs. 231/2007 annoverasse anche la finalità di investimento tra i possibili utilizzi delle valute virtuali.

Il panorama legislativo ha però, come noto, subito un'evoluzione negli ultimi anni. In particolare, il d.lgs. 8.11.2021 n. 184, in attuazione della Dir. 2019/713/UE relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti, ha introdotto una nuova definizione di valuta virtuale valida agli effetti della legge penale. Oggi, tale strumento è definito come «una rappresentazione di valore digitale che non è emess[o] o garantit[o] da una banca centrale o da un ente pubblico, non è legat[o] necessariamente a una valuta legalmente istituita e non possiede lo status giuridico di valuta o denaro, ma è accettat[o] da persone fisiche o giuridiche come mezzo di scambio, e che può essere trasferit[o], memorizzat[o] e scambiat[o] elettronicamente»[15]. Come dunque si può notare, scompare il riferimento all'utilizzo per finalità di investimento. Di recente, al fine di recepire le indicazioni del pacchetto di regolamentazione europeo relativo alle cripto-attività, il d.lgs. 27.12.2024 n. 204 ha poi abrogato la precedente definizione contenuta nel d.lgs. 231/2007, lasciando in vigore solo quella prevista dal decreto citato relativo alla tutela contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dal contante. Lo stesso d.lgs. n. 204 ha invece inserito una nuova lettera m-*bis*, che definisce per rinvio al Regolamento MiCA la più ampia nozione di "cripto-attività", ossia qualsiasi «rappresentazione digitale di un valore o di un diritto che può essere trasferito e memorizzato elettronicamente, utilizzando la tecnologia a registro distribuito o una tecnologia analoga»[16]. Nella definizione di valuta virtuale oggi in vigore agli effetti della legge penale, manca quindi il riferimento alla possibile funzione di investimento delle criptovalute.

Tornando al d.lgs. 184/2021, è poi necessario soffermare l'attenzione sul delitto di indebito utilizzo e falsificazione di strumenti di pagamento diversi dal contante *ex* art. 493-*ter* Cp e sulla

specifico riferimento ai *crypto-asset*, v. J. Della Torre, *op. cit.*, 162 ss.

[13] Su tale estensione, v. pure G.P. Accinni, *Cybersecurity e criptovalute. Profili di rilevanza penale dopo la quinta direttiva*, in *www.sistemapenale.it* 15.5.2020, 223; M. Croce, *Cyberlaundering e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della distributed economy*, in *www.sistemapenale.it*, 27.4.2021, 134 e 145 ss.; M. Giuca, *Criptovalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio*, in *DPenCont* 2021, 161 ss.

[14] V. *infra*, par. 2 e 3.

[15] A commento v. G.J. Sicignano, *Recenti innovazioni in tema di frodi e falsificazioni di strumenti di pagamento diversi dai contanti*, in *www.sistemapenale*.it, 9.9 2022, 7 ss.

[16] Sul cambiamento nella strategia di definizione già nella proposta di Regolamento MiCA, v. G. Soana, *Obblighi di prevenzione del riciclaggio e cripto-attività. Interventi regolativi ed opportunità regolamentari*, in *Il Mulino – Rivisteweb* 2022, 473 ss.

nuova aggravante prevista per il delitto di frode informatica. Con riferimento alla prima fattispecie, è bene sin da subito precisare che la valuta virtuale, almeno nella sistematica del decreto, è trattata come una *species* degli strumenti di pagamento, definiti come «dispositivo, oggetto o record protetto immateriale o materiale, o una loro combinazione, diverso dalla moneta a corso legale, che, da solo o unitamente a una procedura o a una serie di procedure, permette al titolare o all'utente di trasferire denaro o valore monetario, anche attraverso mezzi di scambio digitali». La norma citata punisce dunque chi, al fine di trarne profitto per sé o per altri, utilizza indebitamente o falsifica anche criptovalute, nonché chi «possiede, cede o acquisisce tali strumenti o documenti di provenienza illecita o comunque falsificati o alterati», o ordini di pagamento prodotti con essi. Nondimeno, è pure stato osservato in dottrina come tale delitto sia di difficile applicazione nei casi in cui il suo oggetto materiale sia riferito alle valute virtuali, almeno con riferimento alle prime due tipologie di condotte: a causa infatti dell'utilizzo della tecnologia a registro distribuito cui si è accennato, appare arduo immaginare una falsificazione di *Bitcoin* o altri *token* simili, e ciò sembra del resto confermato dall'assenza di giurisprudenza relativa a casi di questo tenore[17]. Piuttosto, sembrerebbe maggiormente ipotizzabile l'indebito utilizzo, almeno laddove sia posto in essere dal soggetto detentore delle chiavi crittografiche in assenza del consenso del titolare del portafoglio digitale.

Per quanto riguarda invece la frode informatica, come si è accennato il decreto citato ha introdotto una nuova aggravante a effetto speciale integrata laddove l'alterazione o l'intervento senza diritto su un sistema informatico produca un trasferimento di «denaro, di valore monetario o di valuta virtuale». La norma non sembra porre particolari difficoltà interpretative e comunque equipara il trasferimento di criptovalute a quello di denaro sostanzialmente in qualsiasi forma[18]. Appare poi appena il caso di notare come, anche in questo caso, la prassi non sembri restituire riscontri in punto di sua applicazione.

Spostandoci al di fuori del codice penale, va invece sottolineato come la giurisprudenza abbia fatto larga applicazione del menzionato art. 166 TUF, relativo all'abusivismo finanziario, nelle ipotesi di offerta al pubblico di criptovalute senza rispettare le regole di condotta poste dal testo unico citato circa la promozione o il collocamento a distanza di prodotti finanziari[19]. In questo caso, vengono in rilievo le definizioni tecniche previste dalla legislazione di settore, peraltro recentemente oggetto di un nuovo innesto a opera del d.lgs. 5.9.2024 n. 129 in attuazione del già richiamato Regolamento MiCA che, tra l'altro, ha inserito un nuovo delitto di abusivismo relativo specificamente alle cripto-attività[20]. Si tratta dunque di comprendere se il delitto

[17] Così G.J. Sicignano, *op. cit.*, 20 s., che ritiene non configurabile anche l'indebito utilizzo poiché difetterebbe l'intestazione formale del portafogli digitale. V. pure J. Della Torre, *op. cit.*, 178, ad avviso del quale la rilevanza applicativa della disposizione sarebbe infatti confinata alla terza tipologia di condotta incriminata relativa al possesso o all'acquisizione di cripto-attività di provenienza illecita. Cfr. anche R.M. Vadalà, *La fattispecie penale tra economia digitale e diritto europeo*, Torino 2025, 181, che ritiene comunque fondata la scelta d'incriminazione poiché terrebbe «in conto la varietà delle soluzioni tecniche che possono essere riferibili, in particolare in una prospettiva evolutiva non preventivabile, allo stesso variegato universo dei *virtual assets*».

[18] V. però anche J. Della Torre, *op. cit.*, 182 s., che ritiene la nuova disposizione idonea ad «abbracciare una serie di fenomeni criminosi particolarmente insidiosi», quali le ipotesi in cui «le criptovalute vengono acquisite tramite attività di *hacking* o tecniche di *phishing* rivolte contro i singoli utenti o fornitori di servizi». Lo stesso Autore (184 ss.) giudica peraltro non condivisibile aver previsto in queste ipotesi una mera circostanza aggravante soggetta al giudizio di bilanciamento, che lascia peraltro irrisolta la ricostruzione dei rapporti con la fattispecie di cui all'art. 493-*ter* Cp. *Amplius* sui rapporti con quest'ultima fattispecie, cfr. anche R.M. Vadalà, *La fattispecie penale*, cit., 219 ss.

[19] V. *infra*, par. 3.

[20] Su cui v. già le osservazioni di J. Della Torre, G. Ponteprino, *Commento al d.lgs. 129 del 2024 di attuazione del Regolamento UE sui mercati delle cripto-attività. Le novità sul versante penalistico e amministrativo punitivo*, in *www.lalegislazionepenale.eu* 18.2.2025, 16 ss.; R.M. Vadalà, *Abusivismo in cripto-attività: dubbi sulle tecniche di tipizzazione del diritto penale "permeabile"*, in *DPP* 2025, 1088 ss.

previsto dal TUF possa conservare oggi una sua sfera di operatività dopo la recente modifica normativa e se, come si è accennato, le valute virtuali possano ancora essere qualificate come "prodotti finanziari".
Lo stesso decreto legislativo da ultimo citato ha poi previsto una corposa serie di illeciti amministrativi punitivi, modellati *in toto* su fattispecie penali già esistenti e che sanzionano, tra le altre cose, gli abusi di mercato aventi ad oggetto cripto-attività e le condotte di ostacolo a Banca d'Italia o Consob poste in essere dagli emittenti di valute virtuali o CASP (ossia, prestatori di servizi per le cripto-attività) che, ai sensi del Regolamento MiCA, sono oggi soggetti a vigilanza[21].
Sempre nell'ambito della legislazione complementare, vanno poi menzionate alcune norme del TUB, relative all'abusiva attività di emissione di moneta elettronica (art. 131-*bis* TUB) e abusiva attività finanziaria (art. 132 TUB), delle quali il Tribunale di Milano ha fatto applicazione nel caso cd. *OneCoin*[22]. Si trattava di una *Initial Coin Offering* con finalità fraudolente, ossia un'operazione posta in essere al fine di raccolta di capitali ove una società, invece di emettere strumenti finanziari tradizionali, si finanziava emettendo una cripto-valuta presentata come particolarmente redditizia agli investitori. Nondimeno, l'applicazione delle fattispecie citate desta qualche perplessità, considerata la differenza, anche a livello normativo, tra moneta elettronica e criptovaluta, nonché l'assenza di un'attività consistente nella concessione di finanziamenti al pubblico senza autorizzazione capace di integrare il delitto di abusivismo previsto dal TUB[23]. È infatti recente la sentenza della Corte d'Appello di Milano che ha ritenuto infondate entrambe le contestazioni proprio sulla base dei rilievi qui in sintesi richiamati[24], restando dunque i delitti in questione di difficile configurazione in quest'ambito.
Da ultimo, le valute virtuali hanno acquistato rilevanza con l'entrata in vigore del decreto legislativo di recepimento della Dir. 2024/1226/UE, relativa alle sanzioni per la violazione delle misure restrittive adottate dall'Unione[25]. Sono state infatti previste nuove fattispecie criminose volte a intercettare i comportamenti di chi, tra le altre cose, mette a disposizione fondi od omette di congelare diversi *asset* di cui il soggetto destinatario della misura è titolare. Le norme di nuova introduzione, all'interno dell'ampia definizione di "fondi", richiamano anche le cripto-attività disciplinate dal Regolamento MiCA, attribuendo così rilevanza penale anche a simili comportamenti qualora abbiano oggetto valute virtuali[26].
Si è visto dunque come il panorama normativo sia particolarmente frastagliato, con numerose fattispecie o famiglie di reato che possono venire in rilievo tenuto conto del loro oggetto materiale, e stratificato, considerato l'ingente numero di provvedimenti normativi europei e nazionali che hanno tentato di regolare il fenomeno negli ultimi anni. Prendendo dunque spunto

[21] Cfr. J. Della Torre, G. Ponteprino, *op. cit.*, 25 ss.; G. Ardizzone, *I profili sanzionatori del Regolamento MiCA*, in *AP* 2025, 19 ss.
[22] T. Milano 5.4.2023, n. 5116.
[23] Si può infatti notare la differenza tra la definizione di moneta elettronica *ex* art. 1, co. 2, lett. h-*ter* TUB, anch'essa di derivazione europea, con quella relativa agli effetti della legge penale delle valute virtuali o dei *crypto-assets* ai sensi del Regolamento MiCA. Anche per F. Di Vizio, *Moderni abusivismi e criptovalute. Tra il mito della completa disintermediazione e la realtà dei nuovi intermediari*, in *Discrimen*, 2022, 34 s. i due delitti non sembrano prospettabili, almeno in astratto, posto che, da un lato, gli «operatori professionali in valute virtuali non erogano finanziamenti», non risultando così violata la riserva di attività di cui all'art. 106 TUB e, dall'altro, «l'assenza di valore legale delle valute virtuali preclude la configurabilità delle fattispecie di abusivismo di cui gli artt. 131-*bis* e 131-*ter* TUB».
[24] App. Milano 13.6.2024, n. 1879.
[25] Cfr. le modifiche al codice penale introdotte dal d.lgs. 30.12.2025 n. 211, entrato in vigore il 24.1.2026.
[26] Così infatti l'art. 2 co.1 lett. *c* n. 8 d.lgs. 211/2025 citato, che ricalca il testo della Dir. 2024/1226/UE. Cfr. sul punto anche J. Della Torre, *op. cit.*, 150 ss.

dalle questioni che più si sono imposte nella prassi applicativa, il contributo avrà ad oggetto tre diversi profili di indagine.
In particolare, il primo riguarda la rilevanza delle criptovalute in relazione al delitto di autoriciclaggio: l'attenzione si concentrerà sulla possibile qualificazione di attività finanziaria o speculativa della condotta di acquisto dei *token* e sull'integrazione dell'ostacolo all'identificazione della provenienza criminosa dei fondi utilizzati. Ci si soffermerà poi, come si è accennato, sul dibattito che ha interessato il delitto di abusivismo finanziario *ex* art. 166 TUF e sulla nuova fattispecie introdotta con il d.lgs. 129/2024. Infine, si tratterà brevemente delle nuove figure di abusi di mercato e dell'illecito di ostacolo che, pur avendo qualifica formalmente amministrativa, è agevole ricondurre nell'alveo della nozione di "materia penale" cui la Corte EDU ci ha ormai abituato, considerato l'elevato livello di afflittività delle sanzioni e la loro pacifica finalità punitiva[27].

2. Conviene dunque iniziare con un'analisi più approfondita dei temi sopra accennati relativi al delitto di autoriciclaggio. Innanzi tutto, occorre sottolineare come non sorga qui un problema interpretativo con riferimento all'oggetto materiale previsto dalla norma: se infatti per il furto si pongono le questioni evidenziate in punto di nozione di "cosa mobile", la criptovaluta sembra poter rientrare pacificamente nel concetto di "altra utilità" contemplato dalla fattispecie[28]. Piuttosto, i problemi maggiori affrontati dalla giurisprudenza, come pure si è accennato, hanno riguardato la qualificazione dell'acquisto di valuta virtuale come impiego in attività finanziaria o speculativa e l'integrazione dell'ostacolo tramite lo sfruttamento della tecnologia *blockchain* che, come verrà approfondito, può effettivamente garantire l'anonimato dell'operazione.
Relativamente alla prima questione, è utile partire sottolineando come la Corte di Cassazione abbia dapprima qualificato come finanziaria l'attività di utilizzo di un servizio di cambiavalute, in un caso concreto avente ad oggetto un intermediario professionale[29]. L'ipotesi con cui la Suprema Corte si è confrontata non poneva all'epoca particolari problemi, poiché l'attività professionale di cambiavalute, originariamente richiamata dall'art. 106 TUB, è tendenzialmente ricondotta alla nozione di attività finanziaria insieme alla concessione di finanziamenti e alla prestazione di servizi di pagamento[30]. Occorre segnalare, sotto questo profilo, che nonostante il d.lgs. 231/2007 inquadrasse gli *exchanger* tra gli operatori *non* finanziari prima delle modifiche attuative del Regolamento MiCA, il previgente comma 8-*bis*

[27] Già dalla sentenza della C. eur. GC, 21.2.1984, *Öztürk c. Germania* è stato infatti ben chiaro il centrale ruolo della funzione dell'illecito tra i cd. *Engel criteria* per definire i contorni della materia penale convenzionale; profilo colto a suo tempo già da C.E. Paliero, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale"*, in *RIDPP* 1985, 894 ss. Per una ricostruzione più recente, limitandoci ai contributi monografici, cfr. Fr. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, 26 ss.; L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 57 ss. e 211 ss.
[28] Nello stesso senso anche E. Basile, *Crypto assets e responsabilità penale*, in *Reati in materia bancaria e finanziaria* a cura di F. Consulich, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero, Torino 2024, 462. Del resto, la sostituzione a "denaro e valori" di "denaro, beni e altra utilità", operata già con la riforma del riciclaggio del 1990, permette di ricomprendere ogni «entità patrimonialmente apprezzabile»: cfr. G. Pecorella, *Circolazione del denaro e riciclaggio*, in *RIDPP* 1991, 1227. Secondo J. Della Torre, *op. cit*., 230, le criptovalute potrebbero anche rientrare nella nozione di "beni", anche se l'Autore ritiene non potrebbe comunque negarsi, in via residuale, la loro riconduzione alla clausola di chiusura rappresentata dalle "altre utilità".
[29] Cass. 7.10.2021 (dep. 25.1.2022) n. 2868, con note di G. Soana, *Autoriciclaggio mediante criptovalute*, in *DirInt* 2022, 40 ss. e G.J. Sicignano, *L'utilizzo di moneta virtuale a scopo di autoriciclaggio*, in *DPP* 2022, 1096 ss.
[30] Conclude nel senso che non esista dubbio sulla natura finanziaria dell'attività di cambiavalute anche G.J. Sicignano, *ult. op. cit*., 1102, differenziando però, ai fini del riciclaggio, l'ipotesi di trasferimento di proventi illeciti per finalità di investimento in criptovalute da quella di mero acquisto di valuta virtuale.

dell'art. 17-*bis* d.lgs. 13.8.2010 n. 141 parificava tale attività a quella dei cambiavalute tradizionali, imponendo l'obbligo di iscrizione in una sezione speciale di un apposito registro disciplinato dal TUB avente ad oggetto gli "agenti in attività finanziaria" e mediatori creditizi. Oggi, a seguito del d.lgs. 129/2024, sono invece soggetti alla disciplina per i prestatori di servizi per le cripto-attività ai sensi del MiCAR, rimanendo incerto il loro inquadramento nell'ambito delle attività aventi natura finanziaria.

Perplessità ancora maggiori possono poi sorgere dal riconoscere tale carattere alle operazioni di mero acquisto diretto o tra privati di valute virtuali, tema che impone di confrontarsi direttamente con la natura di tali strumenti, piuttosto che guardare all'attività posta in essere.

In questi casi, risulta in effetti più arduo inquadrare tali condotte nell'ambito di un'attività finanziaria, anche perché nella normativa settoriale relativa all'antiriciclaggio è stata abrogata la definizione che faceva riferimento alla finalità di investimento quale utilizzo della criptovaluta e, nell'unica definizione legale vigente agli effetti della legge penale, difetta tale richiamo. Nondimeno, va segnalato che un'interpretazione di questo tenore risulta possibile mutuando gli approdi cui la giurisprudenza è giunta in materia di abusivismo, qualificando le valute virtuali come prodotti finanziari[31]. Anticipando sin d'ora temi che verranno di seguito approfonditi, si può infatti già affermare che l'attività finanziaria dovrebbe comprendere unicamente quelle operazioni che comportino: i) l'impiego di capitali; ii) una aspettativa di rendimento; iii) un rischio correlato alla remunerazione del capitale investito[32]. Si tratta di caratteristiche che possono effettivamente ricorrere specialmente quando si acquistano criptovalute connotate da un alto tasso di volatilità (come i *Bitcoin*); e in effetti, come appena ricordato, la giurisprudenza in materia di abusivismo è granitica nel qualificare simili valute come "prodotti finanziari", *genus* di cui fanno parte gli strumenti finanziari e ogni altro «investimento di natura finanziaria»[33].

Va tuttavia precisato come la finalità di investimento non riesca da sola a restituire l'utilità di questi particolari *token*, che possono anche essere impiegati come mezzo di scambio[34]. Inoltre, non pare corretto accogliere una soluzione che faccia leva unicamente sulle motivazioni soggettive dell'agente. Più convincente risulta quindi l'interpretazione, oggi maggioritaria anche in giurisprudenza, che qualifica l'acquisto di valute virtuali come attività speculativa[35]. Si tratta infatti, come pure è stato notato in dottrina[36], di una linea ermeneutica maggiormente coerente sia con il fenomeno delle criptovalute sia con l'indirizzo estensivo che la Corte di Cassazione ha adottato nell'interpretazione della locuzione richiamata, suscettibile di farvi ricomprendere anche il gioco d'azzardo[37]. Nonostante dunque alcune voci contrarie, scettiche

---

[31] Si veda la giurisprudenza citata *infra*, par. 3.

[32] F. Annunziata, *La disciplina del mercato dei capitali*, cit., 376; R. Costi, *Il mercato mobiliare*, Torino 2024, 11 ss.

[33] Si tratta della definizione fornita dall'art. 1 co. 1 lett. *u*, TUF.

[34] Come pure si vedrà, si consideri già da ora che la disciplina di settore esclude che possano essere considerati strumenti finanziari gli strumenti di pagamento e si è tendenzialmente concordi nel ritenere che essi non possano nemmeno essere inquadrabili come prodotti finanziari: cfr. R. Costi, *op. cit.*, 10. Dalla polifunzionalità della valuta virtuale deriva dunque il dibattito sul tema, che inevitabilmente si riflette anche sulle categorie penalistiche.

[35] Cfr. Cass. 7.7.2022 (dep. 13.7.2022) n. 27023; Cass. 28.10.2022 (dep. 20.1.2023) n. 2585. Non prende posizione esplicita sul tema ma ritiene comunque astrattamente configurabile il delitto in caso di acquisto di criptovalute, Cass. 31.5.2023 (dep. 30.6.2023) n. 28279.

[36] G. Soana, *Criptoriciclaggio: un orientamento che si consolida*, in *DirInt* 2022, 753 s., che pure fa riferimento, da un lato, all'elevata volatilità di alcune criptovalute come il *Bitcoin*, che ne renderebbe impossibile l'utilizzo come mezzo di scambio e, dall'altro, alla presa di posizione delle istituzioni europee che pure hanno smesso di riferirsi a tali strumenti come "valute" adottando, nelle definizioni positive, il più neutro termine "*asset*".

[37] Cass. 19.6.2019 (dep. 14.10.2019) n. 42052; Cass. 27.6.2023 (dep. 14.7.2023) n. 30642. Sul punto, con osservazioni però critiche sul richiamato indirizzo, volendo A. Gullo, *La disciplina antiriciclaggio nel codice penale: gli artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter.1*, in *Reati in materia bancaria e finanziaria* a cura di F. Consulich,

sulla possibile natura speculativa della mera attività di sostituzione di denaro con valute virtuali[38], va dunque sottolineato come l'interpretazione assolutamente pacifica in seno alla Corte di legittimità sia quella di qualificare come tale anche solo l'attività di cambio, facendo leva sia sulla già richiamata elevata volatilità del valore di tali strumenti, sia sulla lettura estensiva consolidata di "attività speculativa".
Piuttosto, quali scenari futuribili, occorre prospettare l'eventualità di acquisto di *E-Money Token* o *Asset-Referenced Token*, ossia *stablecoins* che, pur essendo emesse tramite tecnologia DLT, sono caratterizzate, per quel che qui interessa, dall'avere un valore stabile, poiché ancorato a un sottostante reale o a una moneta fiat. In questi casi, sembra venir meno l'intento di ricavare profitto o il rischio di perdite che può invece connotare le attività di investimento in altri tipi criptovalute, escludendo di conseguenza anche la possibilità di qualificare l'operazione come finanziaria o speculativa ai fini dell'autoriciclaggio[39].
Con riferimento alla seconda problematica, ossia l'integrazione dell'estremo dell'ostacolo, l'indirizzo del tutto prevalente in giurisprudenza è quello di considerare le valute virtuali in sé come strumenti concretamente idonei a rendere più difficoltosa l'identificazione della provenienza delittuosa dei fondi utilizzati[40]. Tale sostanziale presunzione, correttamente avversata in dottrina[41], trova le sue ragioni nel particolare funzionamento della tecnologia *blockchain*. Il sistema su cui si basa il funzionamento del registro distribuito – cd. *permissionless* – permette infatti di ricostruire la tracciabilità dell'operazione (è possibile cioè seguire il flusso di denaro utilizzato per la compravendita, in ipotesi, di *Bitcoin*) ma garantisce un alto grado di anonimato perché assicura la dissimulazione del beneficiario, non consentendo di risalire all'identità del soggetto che ha effettuato l'acquisto. Sulla base di questi elementi di fatto, c'è anche chi ha sottolineato come la norma faccia riferimento all'ostacolo riferito all'identificazione del provento criminoso e non al soggetto che pone in essere la condotta: dalla pseudonimia del titolare del portafoglio digitale non potrebbe dunque conseguire

cit., 400 s.

[38] M. Naddeo, *Nuove frontiere del risparmio, Bitcoin exchange e rischio penale*, in *DPP* 2019, 107; G. J. Sicignano, *L'utilizzo di moneta virtuale*, cit., 1103.

[39] A conclusioni simili giungeva già G. Soana, *Criptoriciclaggio*, cit., 755 s. Anche E. Basile, *op. cit.*, 463 riconosce il possibile carattere speculativo dell'acquisto di criptovalute, anche se ritiene di potervi rinvenire altresì carattere "economico" sulla base della «economicità di un valore spendibile come mezzo di pagamento» e sull'assoggettamento a «tassazione dei proventi ricavati dal possesso di cripto-attività». L'orientamento non convince fino in fondo, restando preferibile inquadrare nell'ambito delle attività "economiche" solamente quelle aventi le caratteristiche descritte dall'art. 2082 Cc.

[40] Cfr. soprattutto Cass. 28.10.2022 n. 2585, cit., che fa leva sul «potenziale alto grado di anonimato, senza previsione di alcun di alcun controllo sulla provenienza del denaro convertito in moneta virtuale» e sull'«uso del *dark* e *deep web*», che consentirebbe, «anche attraverso l'utilizzo di tecniche crittografate, un elevato livello di riservatezza, con sostanziale impossibilità di individuare sia l'utente che l'oggetto delle compravendite virtuali»; Cass. 7.7.2022 n. 27023, cit., che richiama poi le stesse modalità d'acquisto delle criptovalute, che si presterebbero «ad agevolare condotte illecite, in quanto […] è possibile garantire un alto grado di anonimato (sistema cd. *permissionless*), senza previsione di alcun controllo sull'ingresso di nuovi "nodi" e sulla provenienza del denaro convertito (si è anche sottolineato come sia ormai noto il vasto numero di criptovalute utilizzate nel *dark web*, proprio per le loro peculiari caratteristiche, e che alcune di esse, attraverso l'uso di tecniche crittografiche avanzate, garantiscono un elevato livello di *privacy* sia in relazione alla persona dell'utente sia in relazione all'oggetto delle compravendite)». Con riferimento alla nozione di ostacolo, sia nuovamente consentito il rinvio, anche per la dovuta bibliografia, a A. Gullo, *op. cit*., 401 ss.

[41] Riconosce la possibile idoneità dissimulatoria delle operazioni in *crypto-assets* ma critica l'automatismo cui giunge la giurisprudenza, E. Basile, *op. cit*., 465. Cfr. però anche J. Della Torre, *op. cit*., 231 s., che pure richiama alcune condotte («frazionamento sistematico delle transazioni; impiego di *mixer* o *tumblers* e il ricorso a protocolli *second layers*») idonee di per sé a «ritardare l'attività investigativa», per cui almeno laddove la rete o il *token* siano «concepiti sin dall'origine per assicurare un elevato grado di opacità […] l'idoneità dissimulatoria delle operazioni sarebbe *in re ipsa*».

l'integrazione della fattispecie criminosa, posta la sicura tracciabilità dell'operazione[42]. E ciò sarebbe tanto più imperativo con riferimento all'art. 648-*ter*.1 Cp, in cui è espressamente prevista, come noto, una clausola rafforzata, relativamente all'ostacolo, rispetto agli altri delitti di riciclaggio. Altri adottano invece una soluzione mediana, distinguendo opportunamente l'ipotesi di acquisto diretto da quella in cui l'agente si rivolga a un *exchanger* o cambiavalute centralizzato: in questi casi, infatti, l'intermediario ha l'obbligo di verificare l'identità del proprio cliente, e sarebbe quindi necessario un *quid pluris* di insidiosità per ritenere integrata l'idoneità della condotta al nascondimento della provenienza illecita del bene investito, come l'utilizzo di un'identità falsa[43].
Per concludere dunque su questo primo profilo, si può affermare che la giurisprudenza è oggi pacifica nel qualificare l'acquisto di criptovalute come attività speculativa e nel ritenere *in re ipsa* integrato l'ostacolo. Nondimeno, qualche perplessità può sorgere in relazione al tipo di valuta virtuale che si intende acquistare (venendo meno il carattere speculativo dell'operazione ove l'attività abbia ad oggetto i cd. *stablecoins*) e sulla effettiva capacità di occultamento nei casi in cui ci si rivolga a un intermediario autorizzato in assenza di ulteriori accorgimenti volti a mascherare la propria identità.

3. Venendo dunque al secondo tema che ci si propone di affrontare, conviene anche qui partire dal dato per cui, come si è accennato, la giurisprudenza è consolidata nel qualificare l'attività di offerta al pubblico di valute virtuali in assenza di autorizzazione come abusivismo finanziario *ex* art. 166 co.1 lett. *c* TUF, che punisce l'attività di offerta fuori sede ovvero promozione o collocazione a distanza di prodotti finanziari, strumenti finanziari e servizi o attività di investimento[44]. La questione attiene quindi alla qualificazione delle criptovalute come "prodotti finanziari" e, in considerazione delle novità normative di recente introduzione dopo l'entrata in vigore del Regolamento MiCA, appare opportuno ricostruire in sintesi il dibattito formatosi sul punto prima del d.lgs. 129/2024.
Occorre dunque partire dalle definizioni presenti nel TUF di "strumenti" e "prodotti" finanziari, alle quali occorre riconoscere funzione integrativa del precetto penale[45]. L'art. 1, co. 2, del TUF definisce i primi attraverso il rinvio a un catalogo tendenzialmente chiuso, riportato in

[42] V. in particolare G.J. Sicignano, *L'utilizzo di moneta virtuale*, cit., 1100 s. *Contra*, R.M. Vadalà, *La fattispecie penale*, cit., 280, secondo la quale «la scissione tra provenienza oggettiva e soggettiva, con assegnazione all'art. 648-*bis* c.p. solo della prima, non ha un fondamento legale».
[43] Così G. Soana, *Criptoriciclaggio*, cit., 756 s.
[44] Si confronta per prima con la questione Cass. 17.9.2020 (dep. 25.9.2020) n. 26807, annotata da M. Arbotti, *La vendita "on line" di moneta virtuale "Bitcoin" pubblicizzata quale forma di investimento per i risparmiatori è attività soggetta agli adempimenti previsti dalla normativa in materia di strumenti finanziari,* in *www.dirittodiinternet.it* 8.1.2021; R.M. Vadalà, *La dimensione finanziaria delle valute virtuali. Profili assiologici di tutela penale,* in *GI* 2021, 2255 ss. e F. Consulich, *Il diritto penale nell'età del cripto-oro. Gli elementi normativi della fattispecie di abusivismo finanziario tra monete virtuali e investimenti reali*, in *GC* 2022, 929 ss. La soluzione accolta è stata poi ripresa, *ex multis*, da Cass. 10.11.2021 (dep. 30.11.2021) n. 44337; Cass. 17.5.2023 (dep. 14.9.2023) n. 37767; Cass. 16.5.2024 (dep. 19.7.2024) n. 29649; Cass. 3.6.2025 (dep. 17.6.2025) n. 22651.
[45] Così anche F. Consulich, *Nella wunderkammer del legislatore penale contemporaneo: monete virtuali che causano danni reali*, in *DPP* 2022, 157. Tale tecnica normativa è del resto coerente con l'approccio del legislatore in questo settore: come notava già C. Pedrazzi, voce *Mercati finanziari (disciplina penale)*, in *DigDPen*., Torino 1993, 657: «la sanzione repressiva interviene a sostegno di un'organizzazione pubblicistica dei mercati stessi, che senza vincolare l'iniziativa degli operatori la incanala in un quadro istituzionale volto a prevenire disfunzioni patologiche e a salvaguardare gli interessi in gioco. Poiché ovviamente tale organizzazione attinge le proprie strutture in massima parte dal diritto amministrativo, residua alla disciplina penale una funzione accessoria e servente, di sottolineatura e rafforzamento». Su tale funzione del diritto penale oggi in questo settore, v. anche le riflessioni di F. Mucciarelli, *Supervisione finanziaria e sistema sanzionatorio: la prospettiva penalistica*, in *RS* 2023, 164 ss.

un'apposita Sezione di un Allegato al Testo Unico. La norma chiarisce poi, grazie alle modifiche effettuate con il d.l. 17.3.2023 n. 25, in attuazione del cd. Regolamento Pilota, che possono essere strumenti finanziari anche quelli «emessi tramite tecnologia a registro distribuito». Da tale dato normativo, si può quindi ricavare un importante indicazione: la qualifica non dipende cioè dal mezzo tecnologico utilizzato ma piuttosto dalla possibilità di ricondurre il *token* a uno degli elementi tassativamente indicati nel catalogo cui il TUF rinvia. Si tratta poi di una nozione valida in tutta l'UE: l'elenco citato è infatti fortemente influenzato dalla disciplina recata da MiFID e MiFID II, il cui tratto comune sta nella «idoneità dello strumento a formare oggetto di negoziazione sul mercato dei capitali»[46]. Ne deriva che anche la criptovaluta può essere qualificata come "strumento finanziario", a condizione che sia riconducibile a una di tali categorie *tassative* normativamente individuate. Per quel che rileva ai nostri fini, la giurisprudenza in tema di abusivismo ha finora escluso tale qualificazione anche se, come si vedrà a breve, la disciplina MiCAR lascia ancora aperta questa possibilità. Va tuttavia sottolineato come la stessa norma del TUF richiamata disponga chiaramente che «gli strumenti di pagamento non sono strumenti finanziari». Considerata dunque sia la previgente definizione contenuta nel d.lgs. 231/2007, sia soprattutto quella tuttora valida agli effetti della legge penale che inquadra le valute virtuali come *species* del più ampio *genus* di strumenti di pagamento diversi dal contante, appare in effetti arduo ricondurre tale tipologia di *token* agli strumenti finanziari, almeno per quanto attiene ai profili penalistici.
Un discorso parzialmente diverso vale invece per la nozione di "prodotti finanziari", che comprende, come si è accennato, sia gli strumenti finanziari sia ogni altro «investimento di natura finanziaria». A differenza della prima definizione, tale qualifica ha carattere unicamente nazionale e non trova riscontro nella disciplina europea. Nell'ambito del mercato mobiliare, è funzionale a estendere gli obblighi previsti dagli artt. 91 ss. TUF in materia di offerta al pubblico e raccolta del risparmio, con la finalità di fornire una tutela agli investitori più ad ampio spettro di quella imposta a livello unionale, che ha ad oggetto solo gli strumenti che ricadono nell'ambito di applicazione del Regolamento Prospetto[47]. Trattandosi dunque di una nozione "aperta", la giurisprudenza ha individuato quegli "indici di finanziarietà" cui si è accennato prima, che devono ricorrere congiuntamente affinché un qualsiasi prodotto possa qualificarsi come "finanziario" e far scattare di conseguenza gli obblighi a tutela dell'investitore a cui presidio è posta la fattispecie di abusivismo[48]. Se dunque si può tendenzialmente escludere che la criptovaluta rientri, agli effetti della legge penale, nella nozione di "strumento finanziario", la giurisprudenza è invece consolidata nel riconoscere la sussistenza del delitto di abusivismo in caso di offerte al pubblico di valute virtuali in assenza delle prescritte autorizzazioni, qualificando tali *token* come prodotti finanziari. Tale indirizzo interpretativo fa in realtà leva soprattutto sulle *modalità* dell'offerta, per cui occorrerebbe l'adempimento degli obblighi citati ogniqualvolta la vendita di *Bitcoin* o strumenti simili venga

[46] Cit. da F. Annunziata, *La disciplina del mercato dei capitali*, cit., 98.
[47] R. Costi, *op. cit.*, 11.
[48] In particolare, si rammenta qui come l'investimento abbia natura finanziaria quando comporta: i) l'impiego di capitale; ii) una aspettativa di rendimento; iii) un rischio correlato alla remunerazione del capitale investito. Nella dottrina civilistica, contrario a ritenere le criptovalute prodotti finanziari era già F. Annunziata, *Tassonomia delle cripto-attività*, cit., 924. Critica tale classificazione anche G. Schneider, *Le cripto-attività quali prodotti finanziari: il fine giustifica i mezzi?*, in *GC* 2023, 971, che ritiene come «non siano conformi al requisito del "rendimento" finanziario operazioni in cui la redditività si manifesti per effetto del mutamento dell'oggetto dell'investimento e, pertanto, dell'aumento del valore del bene in sé nel corso del tempo», dovendo il rendimento piuttosto costituire «elemento intrinseco dell'operazione stessa direttamente derivante dall'instaurazione di un rapporto con un soggetto terzo – l'offerente – e dalla sua etero-gestione». In relazione alla funzione di investimento per i profili penali legati all'abusivismo, v. anche R.M. Vadalà, *La funzione d'investimento e le valute virtuali: scenari di repressione penale*, in *DirInt* 2022, 119 ss.

presentata come una proposta di investimento, tramite la pubblicizzazione di informazioni volte a far aderire i risparmiatori all'iniziativa e la prospettazione di guadagni futuri. A ben vedere, dunque, la Corte di Cassazione non si è concentrata tanto sulla natura intrinseca, sul modo d'essere delle criptovalute, quanto piuttosto sulla loro funzione nel caso concreto, ossia sulla causa reale per cui sono offerte facendo appello al pubblico risparmio[49]. In dottrina, c'è chi ha fatto notare come una simile operazione rischiasse di distaccarsi troppo dai dati legali allora esistenti (la definizione di valuta virtuale essenzialmente come mezzo di scambio e la qualifica di *exchanger* e *wallet providers* come operatori *non* finanziari all'interno del d.lgs. 231/2007)[50]. L'opinione maggioritaria, anche in questa ipotesi, si è comunque conformata alla conclusione raggiunta in seno alla Corte di legittimità sottolineando come, da un lato, la nozione "ampia" di prodotto finanziario impedisse di invocare un ricorso all'analogia *in malam partem* e, dall'altro, come le classificazioni contenute in un preciso *corpus* normativo (nel caso in questione, antiriciclaggio) avessero valore, per così dire, settoriale, potendo venire in rilievo unicamente nell'ambito del «perimetro del testo di legge che le cont[engono]»[51].

Ad ogni modo, l'entrata in vigore del Regolamento MiCA e il nuovo d.lgs. 129/2024 impongono di confrontarci con l'evoluzione che ha caratterizzato il settore. In particolare, in attuazione della normativa europea, è recentemente entrato in vigore un nuovo delitto di abusivismo, che sanziona la violazione di alcuni obblighi contenuti nel MiCAR. La norma di nuova introduzione punisce infatti quattro diverse condotte:

a) l'offerta al pubblico o l'ammissione alla negoziazione di un *ART* in assenza dell'autorizzazione (art. 30 co. 1 lett. *a* d.lgs. 129/2024). La norma riguarda dunque quella particolare categoria di *stablecoins* il cui valore è agganciato a un paniere di beni o a un diverso *asset* reale, come ad esempio *Pax Gold*, collegato a quello dell'oro[52]. La norma, peraltro, sanziona la sola violazione dell'art. 16 par. 1 lett. *a* MiCAR, ossia l'offerta o ammissione abusiva effettuata da un ente diverso da quello creditizio – menzionato alla lett. b della disposizione citata –, la cui violazione della normativa di settore integra di conseguenza solo un illecito amministrativo;

b) l'emissione di *EMT* da parte di soggetti diversi da enti creditizi o istituti di moneta elettronica autorizzati (art. 30 co. 1 lett. *c* d.lgs. 129/2024); e c) l'offerta al pubblico o l'ammissione alla negoziazione di tale strumento in assenza del consenso scritto da parte dell'emittente (art. 30 co. 1 lett. *d* d.lgs. 129/2024). Con riferimento dunque agli *stablecoins* così qualificabili, poiché

---

[49] Coglie tale profilo, in chiave critica, anche M. Guastadisegni, *Criptovaluta e prodotto finanziario: l'eterno ritorno della causa negoziale*, in *Danno e resp*. 2022, 506. Nel senso comunque che si dovrebbe guardare alla funzione che la criptovaluta assolve nel caso concreto piuttosto alle modalità di presentazione dell'offerta, M. Cian, *Noterelle su finanziarietà e non finanziarietà nei crypto-assets: la Suprema Corte sulla natura del servizio di exchange*, in *BBTC* 2023, 6. Sostanzialmente dello stesso avviso anche R. Compostella, L. Cipriani, *Reimpiego in bitcoin di denaro proveniente da reato e autoriciclaggio: una soluzione (troppo) semplice per una realtà (molto) complessa*, in *BBTC* 2024, 196, che ritengono che la qualificazione del *token* come prodotto finanziario «non potrà che dipendere, di volta in volta, dalla funzione svolta dalla valuta virtuale e dallo specifico ambito di riferimento». Nella dottrina penalistica, sembra dirsi favorevole a una lettura simile F. Dalaiti, *Cripto-valute e abusivismo finanziario: cripto-analogia o interpretazione estensiva*, in *www.sistemapenale.it* 21.9.2021, 63 s., che ritiene doversi «sondare la reale natura dell'offerta e le effettive intenzioni che muovono l'acquirente», escludendo così ogni automatismo.

[50] Così N. Recchia, *La tutela del corretto svolgimento dell'attività di intermediazione*, in *I reati in materia bancaria e finanziaria*, a cura di F. Consulich, cit., 34.

[51] In questo senso si esprime F. Consulich, *Nella wunderkammer*, cit., 155. Concorde con questa linea interpretativa anche A. Quattrocchi, *La natura proteiforme delle criptovalute al crocevia della tutela penale del mercato finanziario*, in *GI* 2022, 1217.

[52] Per una rassegna delle più note valute virtuali, tra cui quella appena citata, e per il loro inquadramento giuridico, si veda M. Lehmann, F. Schinerl, *The Concept of Financial Instruments: Drawing the Borderline between MiFID and MiCAR*, in *EBI Working Paper* n. 171 2024, 29 ss, spec. 33 per quanto attiene a *Pax Gold*.

aventi come sottostante altra moneta fiat, è punita sia l'offerta abusiva sia la violazione della riserva di attività con riferimento alla loro emissione;
d) la prestazione di servizi per cripto-attività senza autorizzazione (art. 30 co. 1 lett. *b* d.lgs. 129/2024). L'elenco delle attività che ricadono in tale definizione è simile a quello previsto dal TUF per i servizi di investimento ma contiene alcune specificità dovute alle caratteristiche tecniche dei *token*, come la custodia delle chiavi crittografiche[53]. Anche in questa ipotesi è dunque prevista un'autorizzazione da parte dell'Autorità di Vigilanza competente all'esito di una procedura disciplinata dall'art. 63 MiCAR, sempre volta alla tutela del consumatore/investitore che deve poter fare affidamento sul prestatore di servizi[54].
Come si può notare, infine, non è sanzionata penalmente la violazione della disciplina di settore relativa all'offerta al pubblico di un *token* diverso da *EMT* o *ART*, per la quale non è richiesta un'autorizzazione ed è sufficiente osservare la normativa sulla redazione di un documento informativo (cd. *White Paper*), che svolge una funzione simile a quella del prospetto per gli strumenti finanziari tradizionali[55]. Appare pure il caso di sottolineare come la pena detentiva prevista per questo delitto sia pari alla metà di quella prevista dall'art. 166 TUF[56].

3.1 Dall'inquadramento di un fatto nell'una o nell'altra fattispecie dipende quindi l'applicazione di un trattamento sanzionatorio notevolmente diverso. Diventa dunque fondamentale comprendere se la nuova disciplina europea, anche per come se ne è data attuazione nell'ordinamento nazionale, consenta di continuare a ritenere le cripto-valute "prodotti finanziari" ovvero se la tutela penale debba rimanere in queste ipotesi appannaggio esclusivo del nuovo delitto di abusivismo di cui all'art. 30 d.lgs. 129/2024.
Ora, in primo luogo, l'art. 2 del MiCAR esclude dal suo ambito di applicazione le cripto-attività (*genus* in cui sono ricomprese anche le criptovalute) che si qualificano come strumenti finanziari. La normativa europea si fonda quindi su una bipartizione: qualora il *token* si qualifichi come strumento finanziario, si applicherà la disciplina MiFID; altrimenti, troverà

[53] Cfr. Art. 3 par. 1 punto 16 MiCAR per l'elenco puntuale delle diverse attività ricadenti nella definizione.
[54] Peraltro, l'autorizzazione non è necessaria per enti creditizi, depositari centrali di titoli, imprese di investimento, gestori del mercato, istituti di moneta elettronica e società di gestione di un OICVM (art. 59 par. 1 lett. *b* MiCAR). La violazione della disciplina di settore da parte di tali enti integrerà di conseguenza solo illecito amministrativo. Coglie tale profilo anche J. Della Torre, *op. cit.*, 207, che ritiene irragionevole tale disparità di trattamento. I gestori di FIA devono invece essere autorizzati *ex* art. 60 del Regolamento citato.
[55] Piuttosto, sembra rilevante che la notifica del *White Paper* all'Autorità di Vigilanza debba contenere la precisa indicazione del motivo per cui la cripto-attività non è uno strumento finanziario, un *ART* o un *EMT* (art. 8 par. 4 MiCAR), proprio al fine di evitare vuoti di tutela. Tutte le violazioni degli artt. 4-14 del Regolamento (richiamate dall'art. 111 par. 1 lett. *a* sono comunque sanzionate in via amministrativa dall'art. 31 d.lgs. 129/2024: cfr. J. Della Torre, G. Ponteprino, *op. cit.*, 25 ss.
[56] La norma di nuova introduzione punisce la condotta abusiva con la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni, a fronte della forbice edittale uno-otto anni prevista per il delitto del TUF a seguito del generale raddoppio di pena introdotto per numerose disposizioni a seguito dei *crack* finanziari dei primi anni Duemila dall'art. 39 della l. 28 dicembre 2005, n. 262 (su cui, volendo, anche A. Gullo, *Gli interventi sul sistema sanzionatorio*, in *La tutela del risparmio nella riforma dell'ordinamento finanziario* a cura di L. De Angelis, N. Rondinone, Torino 2008, 587 ss.). È appena il caso di notare come non si possa ritenere tacitamente abrogata la norma con riferimento alla fattispecie del TUF sulla scorta di un recente intervento delle Sezioni Unite che ha avuto ad oggetto l'abusiva attività finanziaria *ex* art. 132 TUB: il "ritorno" alla originaria cornice edittale sei mesi-quattro anni è stato infatti frutto, secondo l'interpretazione dei giudici di legittimità, della integrale riscrittura della norma a opera dell'art. 8 d.lgs. 141/2010. Al contrario, le modifiche del 2017 e del 2022 all'art. 166 TUF, pur avendone allargato il perimetro di operatività, non permettono di giungere alle medesime conclusioni anche per il delitto di abusivismo finanziario. Cfr. Cass. S.U. 23.2.2023 (dep. 27.4.2023) n. 17615, con nota di E. Basile, *Tutela del risparmio e abusivismo finanziario: "lascia o raddoppia"? Per le Sezioni Unite è abrogato l'incremento sanzionatorio del 2005*, in *DPP* 2023, 2730 ss.

applicazione, in via residuale, la disciplina MiCAR[57]. Sul piano sanzionatorio, la differenza ha un certo rilievo: le fattispecie a tutela dell'investitore sono infatti più severe nel primo caso, come avviene per le ipotesi di abusi di mercato, che costituiscono delitti solo quando hanno ad oggetto strumenti finanziari. Va poi ricordato che l'approccio europeo si fonda su un principio cd. di *neutralità tecnologica*: è cioè ininfluente ai fini classificatori l'utilizzo o meno del registro distribuito; ciò che conta è unicamente la possibilità di ricondurre il *token* a una delle categorie che si qualificano come strumenti finanziari. L'operazione, invero, non è semplicissima, anche se sono stati recentemente pubblicati degli Orientamenti dall'ESMA sulle condizioni e criteri per la qualificazione di *crypto-assets* come valori mobiliari o strumenti finanziari di altro tipo[58].

A livello nazionale, la situazione è complicata ulteriormente dalla nozione di prodotto finanziario, assente nel panorama eurounitario, e al cui interno la giurisprudenza consolidata sussume pacificamente le criptovalute presentate come mezzo di investimento. Il d.lgs. 129/2024, nell'adeguare l'ordinamento interno ha dunque tentato un'opera di coordinamento: oltre alla nuova fattispecie *ad hoc* per l'abusivismo, ha poi avuto cura di precisare che «la disciplina del TUF avente a oggetto i *prodotti finanziari* non si applica alle cripto-attività che rientrano nell'ambito di applicazione» del Regolamento MiCA[59]. Il quadro risulta dunque ulteriormente articolato, e necessita di essere ricostruito come segue.

Qualora la criptovaluta rientri nell'ambito applicativo del MiCAR, e non sia cioè uno strumento finanziario, la nuova norma citata impone di ritenere che questa *non* possa qualificarsi nemmeno alla stregua di prodotto finanziario secondo la definizione esistente a livello nazionale. Ciò rende necessario, di conseguenza, comprendere quali valute virtuali siano soggette a regolamentazione da parte del recente atto di diritto derivato. Un primo punto fermo può essere rappresentato dalle cd. *stablecoins*: tali *token* aventi valore stabile sono infatti qualificabili come *EMT* o *ART* e la loro offerta al pubblico o negoziazione in violazione della disciplina di settore integra il nuovo delitto di abusivismo previsto dall'art. 30 comma 1 lett. *a* o *d* d.lgs. 129/2024. Non si tratta, in questa ipotesi, di un'interpretazione particolarmente ardita: già prima delle modifiche normative, si poteva infatti essere abbastanza d'accordo nel non qualificare tali strumenti come "prodotti finanziari", considerata l'assenza degli indici di finanziarietà che caratterizza il loro acquisto.

Maggiori problemi sorgono invece con riferimento alle criptovalute suscettibili di essere qualificate come "*token* diversi da un *EMT* o *ART*", categoria residuale astrattamente suscettibile di ricomprendere anche le valute virtuali non agganciate a valori reali o monete fiat e quindi connotate da un alto tasso di volatilità che si prestano a essere considerate come mezzo di investimento di natura finanziaria. Si tratta, peraltro, del caso che più si è posto nella prassi, in cui l'offerente abusivo prospetta ai risparmiatori l'acquisto di *Bitcoin* o *crypto-assets* simili. In queste ipotesi, occorre comprendere quando e a che condizioni si possa applicare il Regolamento europeo, anche considerato che il nuovo delitto di abusivismo *non* prevede una

[57] V. per tutti F. Annunziata, *La disciplina europea del mercato delle cripto-attività*, cit., 937 ss.

[58] V. gli Orientamenti dell'Autorità europea sulle condizioni e sui criteri per la qualificazione delle cripto-attività come strumenti finanziari: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2025-03/ESMA75453128700-1323_Guidelines_on_the_conditions_and_criteria_for_the_qualification_of_CAs_as_FIs_IT.pdf. I chiari riflessi di una simile tecnica sulla tenuta della legalità penale sono del resto già stati oggetto di puntuale analisi: v. D. Notaro, *Autorità indipendenti e norma penale. La crisi del principio di legalità nello Stato policentrico*, Torino 2010, spec. 285 ss.

[59] Così l'art. 39 d.lgs. 129/2024. V. anche C.E. Paliero, *Nuove prospettive degli abusi di mercato?*, in *La crisi finanziaria: banche, regolatori, sanzioni*, Milano 2010, 69 ss., che pure criticava già la scelta di affidare a fonti secondarie il compito di definire in via esemplificativa le condotte manipolative e le prassi di mercato ammesse per la manipolazione di mercato.

fattispecie *ad hoc* per l'offerta abusiva al pubblico di tali *token* diversi da *EMT* o *ART*, non essendo prevista in questo caso alcuna autorizzazione.
Sul punto, è bene precisare che il Regolamento MiCA «*non* disciplina le cripto-attività in sé considerate ma il *mercato* di tali cripto-attività»[60]. Ciò significa che, ove manchi un emittente centrale come nel caso del *Bitcoin*, il Regolamento potrà trovare applicazione limitatamente alla parte relativa alla *prestazione di servizi* ma *non* agli obblighi che caratterizzano l'emittente, compresa la normativa per l'offerta al pubblico del *token*. La soluzione è confermata anche dal *Considerando 22* del MiCAR, secondo il quale, in assenza di un emittente identificabile, si potrà applicare unicamente la disciplina prevista in tema di prestazioni di servizi per la cripto-attività, naturalmente ove il servizio abbia ad oggetto tale tipologia di *crypto-asset*[61].
In tali ipotesi, dunque, il Regolamento MiCA non disciplina l'offerta al pubblico; trattandosi di materia «al di fuori dell'ambito di applicazione» della normativa citata, potrebbe continuare a trovare applicazione l'indirizzo giurisprudenziale che qualifica queste particolari criptovalute come prodotti finanziari ove vengano presentate con modalità tali da rappresentare una proposta di investimento, ampliando la portata applicativa delle norme del TUF. Al contrario, nel caso in cui a essere offerto ai risparmiatori non sia direttamente il *Bitcoin* ma più in generale servizi per le cripto-attività (prestazioni di custodia e amministrazione delle chiavi crittografiche, esecuzioni di ordini, gestione del portafoglio, ecc.) aventi ad oggetto questa tipologia di *token*, si dovrebbe rientrare nuovamente nell'ambito del Regolamento europeo e troverebbe applicazione, se del caso, non il delitto di abusivismo *ex* art. 166 TUF ma il nuovo e meno grave delitto di cui all'art. 30 lett. *b* d.lgs. 129/2024, che punisce la prestazione di servizi per le cripto-attività in assenza della prescritta autorizzazione.
In quest'ultima ipotesi, infatti, sono già numerose le delibere della Consob che ingiungono di porre termine all'offerta abusiva di *servizi* per cripto-attività, tendenzialmente aventi ad oggetto siti *web* che permettono, dietro versamento di denaro, di impartire ordini di acquisto o vendita di valute virtuali[62]. Tali delibere richiamano infatti le norme MiCAR e non TUF, che potrebbero invece trovare applicazione solo ove sia offerta al pubblico direttamente una criptovaluta non rientrante nel perimetro di applicazione delle norme europee (per riportare un caso effettivamente accaduto, l'offerta di *Bitcoin* su *Facebook*) e *non* un servizio per l'attività di compravendita del *crypto-asset*.
Tirando dunque le fila, e cercando di semplificare il più possibile l'elevato tasso di tecnicismo che connota la materia, a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 129/2024 la rilevanza penale delle condotte abusive aventi ad oggetto criptovalute sembra potersi ricostruire come segue:
a) ove l'offerta al pubblico abbia ad oggetto uno *stablecoin*, troverà applicazione il nuovo delitto di abusivismo *ex* art. 30 decreto citato;
b) alla stessa conclusione si deve pervenire ove l'offerta al pubblico abbia ad oggetto non una *valuta* virtuale ma un *servizio* per le cripto-attività, a prescindere dalla natura della criptovaluta, se *stablecoin* o meno;

---

[60] Cit. da F. Annunziata, *La disciplina del mercato dei capitali*, cit., 516.
[61] Si riporta qui, per la parte di interesse, il testo del *Considerando*: «Qualora le cripto-attività non abbiano un emittente identificabile, esse non dovrebbero rientrare nell'ambito di applicazione dei titoli II, III o IV del presente regolamento. I prestatori di servizi per le cripto-attività che prestano servizi in relazione a tali cripto-attività dovrebbero tuttavia rientrare nell'ambito di applicazione del presente regolamento». Cfr. anche J. Della Torre, *op. cit*., 97 s., che pure riconosce come, ad esempio, il *Bitcoin* sia escluso dalle regole relative all'offerta al pubblico e all'ammissione alla negoziazione proprio per «l'assenza di un centro di imputazione giuridicamente responsabile», restando tuttavia applicabile la disciplina di vigilanza e regolazione sui CASP che offrano servizi aventi ad oggetto tale particolare *token*.
[62] Cfr., *ex multis*, Delibera 12.2.2025 n. 23422, in Bollettino Consob 2.1/25; Delibera 4.3.2025 n. 23455, in Bollettino Consob 3.1/25.

c) rimane invece possibile l'integrazione dell'art. 166 TUF in caso di condotte che abbiano ad oggetto l'offerta con finalità di investimento di criptovalute non disciplinate dal MiCAR anche solo limitatamente alla materia *de qua*, come ad esempio il *Bitcoin* e altri strumenti per i quali non sia possibile identificare un emittente cui applicare gli obblighi previsti dalla nuova normativa;
d) ove invece tale emittente sia identificabile, e si rientri dunque nuovamente nell'ambito del Regolamento citato, la violazione delle norme relative all'offerta al pubblico come la mancata o incompleta pubblicazione del *White Paper* sarà sanzionata solo in via amministrativa dall'art. 31 d.lgs. 129/2024, che richiama in via mediata le diverse norme relative all'offerta al pubblico di *token* diversi da *EMT* o *ART* (artt. da 4 a 14 MICAR). Anche questa conclusione sembra suffragata da una recente delibera Consob, che ha infatti fatto riferimento a tali disposizioni per imporre la immediata cessazione dell'offerta abusiva di una criptovaluta rientrante nella definizione di "*token other than*" ma che presentava un emittente centrale offerente cui rivolgere l'ordine[63].
È chiaro dunque come la razionalità complessiva del sistema riposi, per le criptovalute diverse dagli *stablecoin,* sulla possibilità di individuare un diverso e maggiore disvalore nelle ipotesi di offerta al pubblico di *token* per i quali non sia individuabile un emittente centrale: in questo caso, infatti, dovrebbe trovare applicazione l'art. 166 TUF, che prevede come massimo edittale otto anni di reclusione; ove invece l'emittente sia individuabile, l'offerta abusiva sembrerebbe essere punita solo con un illecito amministrativo che, ancorché severo (fino a settecentomila euro se l'autore della violazione è una persona fisica), non raggiunge certo un grado comparabile di afflittività e stigma.
In verità, non sembra che tra le due ipotesi possa rinvenirsi una diversa offensività tale da poter giustificare una simile disparità di trattamento: non si vede, insomma, perché chi offre abusivamente *Bitcoin* dovrebbe rischiare di andare incontro a una severa pena detentiva mentre chi promette lauti guadagni offrendo in violazione della normativa una altrettanto volatile criptovaluta di propria emissione dovrebbe essere punito solo in via amministrativa.
Nondimeno, l'analisi del quadro normativo, di spiccata complessità anche per la presenza della nozione, tutta italiana, di "prodotto finanziario", sembrerebbe orientare verso questa soluzione: il richiamato art. 39 d.lgs. 129/2024, nel disporre che «la disciplina del TUF avente a oggetto i prodotti finanziari non si applica alle cripto-attività che rientrano nell'ambito di applicazione» del Regolamento MiCA, lascia supporre che, *a contrario,* ove la valuta virtuale non sia disciplinata dalla normativa europea questa possa qualificarsi come prodotto finanziario; il citato *Considerando* 22 del MiCAR esclude dall'ambito di applicazione della normativa sull'offerta al pubblico i *token* privi di emittente centrale; ed ecco che quest'ultimi possono tornare a integrare l'oggetto materiale del delitto di cui all'art. 166 TUF, con quel che ne consegue in punto di ragionevolezza del diverso (e quindi, sproporzionato[64]) trattamento sanzionatorio.

[63] Cfr. Delibera 4.3.2025 n. 23460, in cui l'Autorità di Vigilanza richiama infatti l'art. 4 par. 1 MiCAR e l'art. 94 par. 1 lett. *u* del medesimo Regolamento per la parte in cui permette, «qualora vi sia motivo di presumere che […] una persona stia offrendo cripto-attività o chiedendo l'ammissione alla negoziazione di cripto-attività diverse dai *token* collegati ad attività o dai *token* di moneta elettronica senza aver notificato un *White Paper* sulle cripto-attività conformemente all'articolo 8, di ordinare la cessazione immediata dell'attività senza preavviso».
[64] Al di là dei profili di proporzionalità cd. *cardinale* (ossia, tra illecito e sanzione in sé), pare qui profilarsi un macroscopico caso di (s)proporzionalità cd. *ordinale*, ossia di incoerenza delle scelte di politica criminale per cui si sono previste sanzioni sensibilmente diverse per fatti dallo stesso disvalore. A prescindere dunque dai recenti passi compiuti dalla Corte Costituzionale circa il progressivo "spogliarsi" dal bisogno di un *tertium comparationis*, si tratta di profili che potrebbero certamente finire sotto la lente della Consulta. *Amplius* sul tema, v. per tutti F. Viganò, *La proporzionalità della pena*, Torino 2021, spec. 160 ss.

Deve peraltro evidenziarsi che, in ogni caso, la risposta sanzionatoria che pare delinearsi per i *token* senza un emittente centrale risulti affetta da irragionevolezza pure avuto riguardo a quella (da uno a quattro anni) prevista dal decreto legislativo qui in esame per l'offerta al pubblico di *stablecoin* (differenza di trattamento che risiede nella fortemente criticabile scelta del legislatore della tutela del risparmio, nel 2005, di operare un raddoppio "cieco" delle sanzioni penali e una quintuplicazione di quelle amministrative contenuti in taluni corpi normativi, tra cui il testo unico finanziario)[65].
Va pure sottolineato come la Corte di Cassazione, nella più recente sentenza in cui il tema è venuto in rilievo, abbia continuato a dare per scontato l'integrazione del delitto di abusivismo, senza prendere in considerazione altre possibilità anche a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. 129/2024 e senza interrogarsi sulla eccessività del trattamento sanzionatorio in confronto a quello previsto dall'illecito di cui all'art. 31 del decreto citato[66]. Nonostante dunque si possa avanzare più di un dubbio circa la tenuta complessiva del sistema con riferimento all'offerta abusiva, con finalità di investimento, di criptovalute prive di un emittente centrale, occorre in ogni caso registrare come l'attuale *trend* giurisprudenziale rimanga pressoché invariato.

4. Proseguendo nel solco sin qui tracciato, occorre concentrare da ultimo l'attenzione su alcuni degli illeciti amministrativi punitivi di nuova introduzione, relativi, come si è accennato, agli abusi di mercato aventi ad oggetto criptovalute e all'ostacolo all'Autorità di Vigilanza nel sistema di attuazione del MiCAR. Il punto di partenza, di ordine generale, è la natura "sostanzialmente penale" delle misure previste: la severità delle sanzioni e la finalità repressiva collocano questi illeciti nella *matière pénale* ai sensi dei criteri *Engel*, con tutte le ricadute garantistiche che ne conseguono[67].
Anche all'interno degli illeciti di *market abuse* si ritrova la dicotomia strumento finanziario/*crypto-assets*: solo nel caso (come si è visto, remoto) in cui la criptovaluta fosse inquadrata nella prima categoria, troveranno applicazione le norme sanzionatorie TUF, il cui oggetto materiale è in questo caso confinato ai soli "strumenti" e non anche ai "prodotti" finanziari[68]. Nelle ipotesi dunque in cui la valuta virtuale sia ammessa alla negoziazione in una piattaforma *ad hoc* per lo scambio di *crypto-assets*, verranno in rilievo gli illeciti amministrativi di nuova introduzione, anch'essi previsti dal d.lgs. 129/2024.

---

[65] L'art. 6, comma 3, d.lgs. n. 72 del 2015 ha poi ripristinato l'originaria forbice edittale per le sanzioni pecuniarie. Lo stesso articolo aveva poi previsto una problematica disciplina transitoria che negava la retroattività *in mitius*, su cui è dovuta intervenire la Corte costituzionale: cfr. C. Cost., 20.2.2019, n. 63, con nota di M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Consulta*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 2.4.2019.
[66] Cfr. Cass. 25.11.2025 (dep. 12.12.2025) n. 1576.
[67] Si consideri che gli illeciti amministrativi previsti per gli abusi di mercato relativi a *crypto-assets* prevedono, come si vedrà, la medesima sanzione di quelli previsti dal TUF per gli strumenti finanziari, cui la Corte di Strasburgo ha riconosciuto natura sostanzialmente penale già in C. eur., 4.3.2014, *Grande Stevens c. Italia* e che sono ormai parametro di riferimento per la categoria a livello nazionale. Definisce gli artt. 187-*bis* e 187-*ter* TUF come «*idealtipo* di illecito amministrativo di ultima generazione», A.F. Tripodi, *Gli illeciti amministrativi in materia di abusi di mercato*, in *I reati in materia bancaria e finanziaria*, a cura di F. Consulich, cit., 227. Anche per quanto attiene alle altre sanzioni in materia, v. da ultimo C. Eur., 11.9.2025, *Mereghetti c. Italia* e, in dottrina, M. Donini, *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria. Aspetti problematici del rapporto tra sanzioni penali e amministrative*, in *RTDPE* 2023, 23 ss.
[68] Per una ricostruzione dell'oggetto materiale, anche in relazione all'evoluzione circa le sedi di negoziazione rilevanti per l'integrazione del delitto, v. da ultimo D. Guidi, *Abuso di informazioni privilegiate. Modelli di configurazione dell'illecito e prospettive evolutive*, Torino 2024, 168 ss. e, nella manualistica, S. Seminara, *Diritto penale commerciale*, Vol. III, Torino 2022, 59 ss.

La normativa MiCAR replica la struttura portante del MAR, adattandola però all'oggetto digitale[69]. Con riferimento all'*insider trading*, anche in questo caso infatti il sistema poggia sulla nozione di "informazione privilegiata", che deve essere sfruttata in senso lato sul mercato perché sia integrato l'illecito[70]. Nondimeno, vi sono appunto alcune diversità, che si giustificano sulla base delle differenti caratteristiche dei *token* ricadenti nel perimetro del Regolamento MiCA. Da un punto di vista oggettivo, l'informazione potrà riguardare, oltre a emittente, prodotto od ordine impartito da un cliente, anche gli offerenti e coloro che chiedono l'ammissione alla negoziazione[71]. In relazione ai profili soggettivi, già il MAR individuava quali primi destinatari dei divieti di abuso i membri degli organi di amministrazione o controllo o partecipanti al capitale degli enti che l'informazione può riguardare, ovvero chi ha accesso a tale informazione in ragione dell'esercizio di un'attività lavorativa, professione o funzione o del suo coinvolgimento in attività criminali[72]. MiCAR aggiunge a queste categorie anche coloro che ne vengano a conoscenza a causa del loro ruolo nella tecnologia DLT: si tratta, in primo luogo, dei *miners*, che svolgono la funzione di convalidare le operazioni e che per questo sono tendenzialmente "ricompensati" proprio in valute virtuali. Naturalmente, in quanto prestatori di servizi, rientrano nell'ambito soggettivo di applicazione anche i già citati *wallet providers*, ossia coloro che detengono le chiavi crittografiche dei portafogli digitali dei consumatori[73].

Principio generale, così come per la regolamentazione in materia di strumenti finanziari, è l'obbligo di divulgazione al pubblico dell'informazione privilegiata e, specularmente, il divieto di abuso.

Già la violazione dell'obbligo di *disclosure* è sanzionata, come avviene nel TUF, in via amministrativa[74]. A differenza invece di quanto previsto per gli strumenti finanziari, le condotte di abuso dell'informazione (*trading*, *tipping* e *tuyautage*) non integrano alcuna nuova fattispecie di reato, ma il sistema di *enforcement* poggia unicamente su sanzioni pecuniarie e interdittive irrogabili dall'Autorità di Vigilanza, il cui importo è peraltro identico a quello previsto dagli illeciti amministrativi di abuso di mercato previsti dal TUF (sanzione fino a

[69] Così anche M. Maugeri, *Cripto-attività e abusi di mercato*, in *Il Mulino – Rivisteweb* 2022, 425.

[70] Limitandoci in questa sede all'essenziale, cfr. S. Seminara, *Disclose or abstain? La nozione di informazione privilegiata tra obblighi di comunicazione al pubblico e divieti di insider trading: riflessioni sulla determinatezza delle fattispecie sanzionatorie*, in *BBTC* 2008, 333 ss.; A.F. Tripodi, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova 2012, 221 ss.; F. D'Alessandro, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino 2014, 113 ss.; E. Amati, *L'abuso o comunicazione illecita di informazioni privilegiate*, in *Reati in materia bancaria e finanziaria* a cura di F. Consulich, cit., 166 ss.; D. Guidi, *op. cit*, 221 ss.

[71] Cfr. art. 87 MiCAR. Preme poi sottolineare che la nozione non fa più riferimento all'investitore ragionevole ma al "possessore di cripto-attività" ragionevole: la differenza non è casuale poiché la decisione di negoziare tali strumenti potrebbe *ragionevolmente* dipendere da informazioni che non incidono su alcun valore reale dell'attività sottostante, ma che, per le peculiarità dei mercati digitali e in particolare degli *utility token*, risultano comunque idonee a orientare la scelta di acquisto o vendita, includendo dunque anche dati di natura puramente speculativa o irrazionale: in questo senso M. Maugeri, *op. cit.*, 429, che ritiene quindi ci sia un ampliamento della nozione di informazione privilegiata con riferimento ai *crypto-assets*. In relazione all'evoluzione della figura dell'investitore ragionevole al cospetto delle nuove tecnologie, v. pure F. Consulich, Il *nastro di Möbius. Intelligenza artificiale e imputazione penale nelle nuove forme di abuso di mercato*, in *BBTC* 2018, 207.

[72] Per un primo commento all'allora nuova nozione eurounitaria, v. F. Consulich, F. Mucciarelli, *Informazione e tutela penale dei mercati finanziari nello specchio della normativa eurounitaria sui mercati finanziari*, in *Le Società* 2016, 179 ss.

[73] Nello stesso senso, M. Maugeri, *op. cit.*, 418.

[74] Cfr. art. 193 TUF in relazione agli obblighi previsti dall'art. 114 e 114-*bis* del medesimo testo unico e art. 32, comma 1, d.lgs. 129/2024 in relazione all'art. 88 MiCAR. La costruzione di tali norme non brilla per la tecnica normativa utilizzata, profilo in realtà comune ai diversi illeciti amministrativi di settore: v. già F. Mucciarelli, *Gli illeciti amministrativi degli artt. 187-bis, 187-ter e 187-ter.1 TUF dopo la riforma all'insegna della tecnica del rinvio*, in *Le Società* 2019, 579.

cinque milioni di euro, aumentabile fino al triplo del profitto conseguito, cui possono aggiungersi, tra le altre cose, la revoca o sospensione dell'autorizzazione a operare come prestatore di servizi per cripto-attività e l'interdizione dall'esercizio di funzioni di gestione nei prestatori di tali servizi o dalla negoziazione per conto proprio fino a tre anni)[75].
Lo stesso può dirsi per l'illecito di manipolazione di mercato, le cui peculiarità sono piuttosto da ricercarsi nelle relative modalità commissive legate alle nuove piattaforme di negoziazione, il cui carattere decentralizzato favorisce o quantomeno rende più semplice la diffusione di condotte elusive dei meccanismi di controllo, in particolare attraverso l'impiego di algoritmi di *trading* automatizzato o particolari tecniche di *wash trading* e *spoofing* più difficilmente riconducibili a un centro decisionale individuabile[76]. Tale frammentazione dei punti di accesso e la possibile anonimizzazione dei soggetti coinvolti rendono infatti più ardua l'attribuzione soggettiva della condotta manipolativa e hanno imposto un parziale ripensamento degli strumenti di vigilanza, affinché le Autorità possano efficacemente presidiare anche gli spazi digitali non intermediati dai tradizionali operatori finanziari.
Non a caso, l'art. 92 del Regolamento MiCA ha previsto anche in questi casi l'adozione di dispositivi, sistemi e procedure efficaci a prevenire e segnalare tempestivamente le condotte di abuso in capo a «chiunque predisponga o esegua a titolo professionale operazioni in cripto-attività». Da richiamare qui la differenza rispetto al MAR, che impone invece tale obbligo ai gestori della sede di negoziazione: il motivo risiede ancora una volta nel carattere decentralizzato che caratterizza il mercato "cripto" e che dunque rende possibile l'assenza di una simile figura.
Così riassunti in breve i punti salienti della disciplina, sul lato sanzionatorio conviene differenziare la posizione di enti e persone fisiche a seconda che la violazione della disciplina di settore riguardi o meno una condotta di *insider trading* o manipolazione di mercato ovvero si risolva nell'inadempimento dell'obbligo di *disclosure* o mancata adozione dei sistemi di prevenzione e rilevamento degli abusi. Nel primo caso, le sanzioni amministrative citate possono essere irrogate direttamente nei confronti sia delle persone fisiche che degli enti. Questi ultimi, peraltro, ne rispondono secondo i criteri di imputazione di cui al d.lgs. 231/2001: sempre replicando la struttura del TUF, l'art. 34 d.lgs. 129/2024 richiama infatti gli elementi costitutivi della responsabilità da reato affinché la persona giuridica possa essere ritenuta responsabile.
Al contrario, per le altre due tipologie di violazione il decreto citato individua quale primo responsabile l'ente; la persona fisica potrà essere sanzionata solo quando ricorrono le condizioni poste dall'art. 36 che, sempre sulla falsariga del TUF, prevede che possano essere ritenuti responsabili i «soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione o controllo e del personale delle società e degli enti nei confronti dei quali sono accertate le violazioni, quando l'inosservanza è conseguenza della violazione di doveri propri o dell'organo di appartenenza e la condotta ha inciso in modo rilevante sulla complessiva organizzazione o sui profili di rischio aziendali, ovvero ha provocato un grave pregiudizio per la tutela dei

[75] L'elevata incidenza di simili misure sulle libertà personali è particolarmente evidenziata da F. Viganò, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *RIDPP* 2020, 1812.
[76] In relazione alle nuove tecniche di manipolazione operativa, spesso poste in essere tramite l'IA, v. pure F. Consulich, *Intelligenza artificiale e mercati finanziari*, in *Reati in materia bancaria e finanziaria* a cura di F. Consulich, cit., 259 ss.; A.F. Tripodi, *Abusi di mercato e trading algoritmico*, in *Il diritto nell'era digitale*, a cura di R. Giordano, A. Panzarola, A. Police, S. Preziosi, M. Proto, Milano 2022, 745 ss. A commento della nuova recente aggravante per il delitto di cui all'art. 185 TUF proprio in relazione all'utilizzo di sistemi di intelligenza artificiale, v. F. Mucciarelli, *Intelligenza artificiale e condotte manipolative su strumenti finanziari: una nuova aggravante con effetto attenuante*, in *www.sistemapenale.it*, 17.10.2025, che sottolinea il mancato coordinamento con gli effetti dell'art. 39 l. 28 dicembre 2005 n. 262 in relazione al raddoppio dell'originaria cornice edittale.

possessori di cripto-attività o per la tutela della stabilità finanziaria, l'integrità dei mercati finanziari e il regolare funzionamento del sistema dei pagamenti»[77].

Questi ultimi criteri di imputazione sono poi validi anche per il nuovo illecito amministrativo di ostacolo alle funzioni dell'Autorità di Vigilanza. La norma si inserisce all'interno di un panorama normativo in verità già particolarmente frammentato: alla fattispecie generale di cui all'art. 2638 Cc, si affiancano infatti anche le due figure sussidiarie di cui agli artt. 170-*bis* TUF (reato) e 187-*quinquiesdecies* TUF (illecito amministrativo), limitatamente alle condotte relative all'attività di vigilanza di Consob e Banca d'Italia, oltre ad altre norme settoriali che vengono in rilievo con riferimento ad altre Autorità[78]. Ebbene, l'art. 35 d.lgs. 129/2024 punisce l'omessa collaborazione o il mancato seguito dato a indagini, ispezioni o richieste, *incluse* (dice la norma) quelle effettuate ai sensi dell'art. 94 par. 3 Regolamento MiCA, che si riferiscono cioè all'attività ispettiva esercitata in materia di abusi di mercato. In considerazione del dato letterale, che sembrerebbe punire con tale illecito amministrativo *ogni* condotta di omessa collaborazione, tra cui *anche* quelle aventi ad oggetto l'attività di vigilanza sulle cripto-attività, la disposizione citata suscita in effetti qualche perplessità per il mancato coordinamento con le altre fattispecie summenzionate, in più punti sovrapponibili[79]. Manca infatti – come invece presente nei due illeciti del TUF – una clausola di riserva che faccia chiarezza sul punto. In chiave sistematica, sembra potersi sostenere, in primo luogo, che le norme del testo unico citato non dovrebbero poter trovare applicazione laddove l'oggetto dell'attività di vigilanza riguardi una cripto-attività: la soluzione è infatti da preferirsi sulla base dell'esclusione dall'ambito del MiCAR degli strumenti finanziari e, nell'ordinamento interno, dal d.lgs. 129/2024 dei prodotti finanziari. Qualora dunque l'attività di vigilanza riguardasse tali *token*, dovrebbero trovare applicazione le norme previste dal testo unico della finanza; ove invece si trattasse di un *crypto-asset* (comprese le criptovalute), si applicherebbe invece l'illecito di nuova introduzione.

Piuttosto, problemi maggiori sembrano riguardare il delitto previsto dal codice civile, che prevede anche l'ostacolo come oggetto del dolo specifico o come evento del reato[80]. Ebbene,

---

[77] La norma ricalca l'art. 190-*bis* TUF, che prevede la medesima regola per la maggior parte delle sanzioni amministrative del sistema finanziario. Peraltro, secondo M. Donini, *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria*, cit., 38 s. far dipendere l'illiceità della condotta da criteri così elastici sarebbe incompatibile con il principio di legalità, almeno laddove si valutasse tale regola «secondo i parametri delle norme penali».

[78] Cfr. *ex multis* A.F. Tripodi, sub *Art. 2638 c.c.*, *Ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca-Galgano. Disposizioni penali in materia di società, consorzi e altri enti privati*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2018, 619 ss.; L. Cornacchia, *L'ostacolo all'Autorità di vigilanza*, in *Reati in materia bancaria e finanziaria*, a cura di F. Consulich, cit., 327 ss. Nella manualistica, v. pure S. Seminara, *Diritto penale commerciale,* Vol. II, Torino 2021, 168 ss.; A. Rossi, *Illeciti relativi al controllo ed alle funzioni di vigilanza*, in F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, I, Milano 2022, 333 ss.; E. Amati, N. Mazzacuva, *Diritto penale dell'economia*, Padova 2023, 142 ss.

[79] V. anche J. Della Torre, G. Ponteprino, *op. cit.*, 32, che concentrano l'analisi sulle condotte di omessa collaborazione relative alla vigilanza sugli abusi di mercato. Occorre comunque tener presente che l'art. 35 d.lgs. 129/2024, come si è visto, richiama *anche* il mancato seguito a un indagine relativa a ipotesi di *market abuse* ma non esaurisce in ciò solo la sua portata precettiva, essendo piuttosto suscettibile di ricomprendere anche gli altri ambiti soggetti alla supervisione delle Autorità indipendenti (emissione, offerta al pubblico, prestazione di servizi, ecc.).

[80] Sui contorni di tali definizioni, oltre i riferimenti citati *supra*, nota 78, v. anche A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 272, in relazione alla necessaria idoneità decettiva della condotta per la fattispecie a dolo specifico e E. Pietrocarlo, *I "labili" confini del concetto di ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *RDC* 2021, 540 ss.; L. Foffani, *Società*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. Palazzo, C.E. Paliero, Padova 2007, 2558 circa la nozione di "ostacolo". V. pure F. Consulich, *Il caso Antonveneta: abuso di informazioni privilegiate e ostacolo alle funzioni di vigilanza*, in *Casi di diritto penale dell'economia, I. Impresa e mercato (Cirio, Parmalat, Antonveneta, Bnl-Unipol),* a cura di L. Foffani, D. Castronuovo, Bologna 2015, 164, per il quale l'ostacolo potrebbe anche essere inteso, più che come evento, come aggettivo della stessa condotta tipica.

nelle ipotesi in cui l'"omessa collaborazione" o il "mancato seguito alle indagini o richieste" di Banca d'Italia o Consob fosse posto in essere al fine di ostacolarne l'esercizio delle funzioni o integrasse effettivamente un ostacolo alla loro attività di supervisione, a rigore sembrerebbero integrate entrambe le fattispecie, essendo l'art. 2638 Cc una norma generale, suscettibile di applicarsi a ogni contesto sottoposto a vigilanza. Nondimeno, in queste ipotesi deve ritenersi che il delitto codicistico assorba l'illecito amministrativo, così come – seppur in virtù della clausola di riserva – non si fa concorrere il reato citato con gli altri illeciti di ostacolo previsti dal TUF[81]. In breve, è come se l'art. 35 d.lgs. 129/2024 fosse stato pensato (maldestramente) per assolvere nel settore delle cripto-attività alle funzioni svolte dall'art. 187-*quinquiesdecies* TUF nel campo finanziario, ponendosi come fattispecie sussidiaria rispetto al più grave delitto di ostacolo. Di conseguenza, anche in assenza della clausola di riserva, sembra comunque potersi pervenire alla conclusione per cui, qualora la medesima condotta integri anche il reato di cui all'art. 2638 Cc, si applicherà solamente quest'ultimo e non il relativo illecito amministrativo[82].

Un'ultima notazione su questo tema. La previsione impone infatti di collaborare anche alla società o persona fisica responsabile di una precedente violazione e che, proprio per l'effetto della propria condotta collaborativa, potrebbe vedersi irrogata una pena o un'altra sanzione sostanzialmente penale. Sul punto, è noto il dibattito che ha interessato l'art. 187-*quinquiesdecies* del TUF relativamente al diritto al silenzio, che ha condotto a una dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale anche a seguito di un intervento della Corte di Giustizia UE[83]. Nonostante dunque ad oggi non siano chiari i confini del *nemo tenetur se detegere* specialmente in queste situazioni[84] (in particolare, si discute se il diritto a non

[81] In ordine al concorso tra le diverse norme, v. anche M. Gambardella, *Condotte economiche e responsabilità penale*, Torino 2020, 166 ss.; M. Donini, *Il nodo gordiano della vigilanza bancaria*, cit., 53 ss.

[82] Secondo J. Della Torre, *op. cit*., 211, il delitto di cui all'art. 2638 Cc, co. 1, sarebbe invece speciale per specificazione relativamente al connotato fraudolento delle condotte e quindi prevalente sull'illecito amministrativo; al contrario, quest'ultimo dovrebbe prevalere sul delitto di cui all'art. 2638 Cc, co. 2, perché a sua volta speciale in relazione all'oggetto dell'attività di vigilanza, ossia le cripto-attività non finanziarie. Ci sembra, tuttavia, che tale ultimo elemento specializzante sia in realtà presente anche con riferimento al delitto di ostacolo previsto dal primo comma della disposizione codicistica: non si può dunque farlo valere solo in un caso e non nell'altro, via che se percorsa porterebbe però a sostenere la specialità bilaterale tra l'art. 35 d.lgs. 129/2024 e l'art. 2638, primo comma, c.c., con l'indesiderabile conseguenza di far concorrere le due fattispecie. Per evitare un simile effetto, è dunque preferibile ritenere che la condotta di ostacolo rappresenti un *quid pluris* rispetto alla semplice «omessa collaborazione o mancato seguito nell'ambito di un'indagine, ispezione o richiesta», in modo speculare alla «mancata cooperazione» di cui all'art. 187-*quinquiesdecies* TUF relativamente all'attività di vigilanza finanziaria. In tal modo, anche in assenza della clausola di riserva, dovrebbe prevalere il reato per le condotte che cagionino altresì un ostacolo, evitandosi così il concorso formale di illeciti.

[83] Il riferimento è a C.G. UE, 2.2.2021, C-489/19, *D.B. c. Consob* e C. cost., 13.4.2021, n. 84. A commento del caso v., tra gli altri, G.L. Gatta, *"Nemo tenetur se detegere" e procedimento amministrativo davanti alla Consob per l'accertamento dell'abuso di informazioni privilegiate: la Cassazione solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-quinquiesdecies T.U.F.*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it* 27.4.2018; G. Lasagni, *La Corte di Giustizia riconosce il diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi punitivi (e la Corte costituzionale conferma)*, in *GC* 2021, 1179 ss.; E. Basile, *La Corte di Giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi "punitivi"*, in *www.sistemapenale.it* 3.2.2021; C. Bonzano, *Diritto al silenzio e matière pénale*, in *DPP* 2022, 47 ss.; S. Schiavone, *Il diritto al silenzio nello spazio giuridico europeo: osmosi delle garanzie se la sanzione amministrativa è "punitiva"*, in *DPP* 2023, 412 ss. Si confronta con la questione, nel più generale ambito del procedimento Consob, anche D. Guidi, *Poteri della Consob ed estensione delle garanzie "penalistiche" al procedimento sanzionatorio amministrativo: verso un nuovo punto di equilibrio?*, in *RTDPE* 2023, 443 ss.

[84] V. in particolare G. Lasagni, *Banking Supervision and Criminal Investigation*, Cham 2019, 257 ss.; E. Amati, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino 2023, 95 ss. e, in relazione al delitto codicistico di ostacolo, 205 ss. Con riferimento alla disposizione in commento, v. pure J. Della Torre, *op. cit*., 212 s. Si interrogava sulla compatibilità

collaborare per l'autore della violazione contenga anche un diritto a non consegnare documenti[85]) e posto che il comportamento dell'interessato non potrà consistere in condotte ingiustificatamente dilatorie, come il rifiuto di presentarsi a un'audizione, pare comunque potersi ricavare un insegnamento *minimo* per cui, non potendosi costringere il trasgressore a deporre contro sé stesso, alcune condotte astrattamente sussumibili nell'illecito citato dovrebbero in ogni caso andare esenti da sanzione. È il caso, ad esempio, della persona fisica che, sentita in audizione, si rifiuti di rispondere a una domanda palesemente autoincriminante.

5. Il quadro che emerge da questa rapida ricognizione è dunque quello di un sistema ancora *in fieri*, nel quale la disciplina delle cripto-attività si colloca all'incrocio fra le opposte esigenze di non disincentivare l'innovazione che fa respirare il mercato dei capitali e fornire al contempo una tutela "forte" agli investitori e ai risparmiatori che decidono di acquistare o utilizzare le criptovalute.
Le soluzioni prescelte, tendenzialmente dettate dalla necessità di "inseguire" di volta in volta il progresso tecnologico, hanno portato alla costruzione di una struttura particolarmente stratificata, che l'interprete è chiamato a ricondurre a sistema.
Da questo punto di vista, le questioni affrontate – in particolare per quanto attiene alle offerte abusive di valute virtuali e alle nuove forme di abuso di mercato e all'illecito di ostacolo – mostrano come il diritto penale in questo settore continui a caratterizzarsi come strumento di *enforcement* delle "regole del gioco"[86], essendo per lo più posto a presidio della disciplina regolatoria sottostante[87]. La linea di demarcazione del rischio consentito, il cui superamento integra dunque il reato[88], risente tuttavia di una opacità di fondo. L'elevatissimo tasso di tecnicismo della materia contribuisce infatti non poco a rendere più sfumato lo stesso confine

dell'art. 2638 (e 2625) c.c. con il *nemo tenetur*, risolvendo comunque in senso positivo la questione, anche D. Tassinari, *Nemo tenetur se detegere. La libertà dalle autoincriminazioni nella struttura del reato*, Bologna 2012, 374 ss., spec. 382. Anche la giurisprudenza di legittimità pare in effetti orientata in tal senso: cfr. Cass. 8.4.2025 (dep. 28.7.2025) n. 27569, concernente tuttavia una ipotesi di mendacio volta a non far emergere la responsabilità penale degli imputati per aggiotaggio. Con riferimento tuttavia al delitto previsto dal primo comma della disposizione, una parte della dottrina ritiene comunque irrilevanti le condotte di mero silenzio, facendo leva sia sulla lettera della norma, che si riferisce a un "occultamento tramite mezzi fraudolenti", sia a un raffronto con la fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 2638 Cc: cfr. M. Zannotti, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni di vigilanza (art. 2638 c.c.)*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di A. Giarda, S. Seminara, Padova 2002, 586; A. Nisco, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza*, in *RTDPE* 2013, 257 s. Appare comunque il caso di sottolineare come la giurisprudenza sia orientata a riconoscere rilevanza penale al mero silenzio anche in queste ipotesi: cfr. Cass. 20.10.2022 (dep. 7.3.2023) n. 9623 con osservazioni, in relazione alla rilevanza del silenzio, di E. Pietrocarlo, *L'ostacolo all'esercizio delle funzioni delle autorità pubbliche di vigilanza: condivisibili conferme e "punti oscuri" nella recente giurisprudenza di Cassazione*, in *AP* 2023, 15 ss.

[85] V. in particolare C. eur., 4.10.2022, *De Legé v. Paesi Bassi*, che ha posto notevoli limiti sul punto.

[86] L'espressione è naturalmente di C. Pedrazzi, voce *Mercati finanziari (disciplina penale)*, cit., 654. Cfr. anche T. Padovani, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *RIDPP* 1995, 638 ss., che riprende tale impostazione in relazione agli abusi di mercato.

[87] Attuali sul punto le considerazioni di F. Bricola, *Profili penali della disciplina del mercato finanziario*, in *Banca e borsa* 1990, 40, che, individuando nel risparmio *ex* 47 Cost. il bene finale tutelato dal delitto di abusivismo bancario, si diceva favorevole a una «proposta diretta a mantenere la trasgressione a pericolo presunto a livello di illecito amministrativo e a costruire, accanto ad essa, una fattispecie caratterizzata dal pericolo concreto, sanzionata penalmente […]» che contenga elementi ulteriori al mero difetto dell'autorizzazione, quali la mancanza dei suoi «presupposti oggettivi e soggettivi», evitando così un eccessivo arretramento della tutela penale. Nello stesso senso si era espresso A. Fiorella, *Intermediazione del credito e reati bancari (primi riflessi in prospettiva di riforma)*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano 1984, 270 s. Anche per quel che riguarda le criptovalute, la rilevanza penale dell'abusivismo è invece sempre ancorata alla violazione formale della disciplina di settore, e gli stessi illeciti amministrativi, pure per la massima parte così costruiti, raggiungono in ogni caso un livello di afflittività quantomeno comparabile a quello delle sanzioni penali.

[88] Il riferimento è a F. Sgubbi, *Il risparmio come oggetto di tutela penale*, in *GC* 2005, 344.

tra lecito e illecito, o quantomeno l'individuazione di un trattamento sanzionatorio più o meno severo. Emblematico l'esempio dell'abusivismo: la sovrapposizione (apparente) degli artt. 166 TUF e 30 d.lgs. 129/2024 deriva dall'incerto statuto delle criptovalute già sul versante privatistico, riflettendosi l'inquadramento del *token* nell'una o nell'altra categoria direttamente sulla configurabilità della fattispecie. In particolare, si è visto come sia possibile ritenere applicabile la prima norma nei casi in cui l'offerta della valuta virtuale, presentata come mezzo di investimento, fuoriesca dal perimetro applicativo delle norme MiCAR. Ove invece si offra al pubblico uno *stablecoin* senza autorizzazione ovvero si offra la prestazione di servizi per criptovalute, potrà trovare applicazione il meno grave delitto di nuova introduzione, come del resto sembrano testimoniare le prime decisioni della Consob che si sono confrontate con la questione[89]. Se tale soluzione sembra restituire un certo ordine al sistema, non può però sottacersi come l'applicabilità o meno del Regolamento circa le offerte di *crypto-assets* non qualificabili come *stablecoin* (e quindi la possibile qualificazione di tali criptovalute come prodotto finanziario) dipenda dalla possibilità di identificare per esse un emittente, con la censurabile conseguenza per cui dall'esito di tale indagine deriva l'applicazione alternativa del grave delitto previsto dal TUF o di una mera sanzione amministrativa, come sembrano peraltro confermare le recenti decisioni della Consob e della Corte di Cassazione[90].

Sempre rimanendo nell'ambito della tutela del mercato delle valute virtuali, anche i nuovi illeciti amministrativi punitivi sembrano seguire il medesimo schema, osservabile già dalla tecnica normativa con la quale sono stati redatti. Il massiccio ricorso al rinvio al regolamento europeo per l'individuazione del precetto continua a configurarsi, per utilizzare un'espressione di cui si è già fatto uso in materia di sanzioni amministrative per abusi di mercato, come una «pratica diffusa quanto discutibile»[91], che rende in effetti difficoltosa l'attività di interpretazione. Se non altro, si è condivisibilmente evitata la costruzione di un altro doppio binario, non essendosi replicata in questo settore la stessa duplicazione punitiva ancora vigente in materia di abusi di mercato aventi ad oggetto strumenti finanziari tradizionali[92]. Una simile opzione avrebbe inevitabilmente riprodotto le questioni di compatibilità con il *ne bis in idem* convenzionale, ricreando le tensioni già note nel sistema *market abuse*[93]. A ciò si aggiunga che il legislatore ha comunque introdotto una nuova ipotesi di ostacolo all'Autorità di vigilanza, che si inserisce nella già nutrita selva di illeciti di simile tenore, nel cui ambito potrebbero riproporsi i problemi connessi al *nemo tenetur se detegere*, già affrontati proprio con riferimento all'art. 187-*quinquiesdecies* TUF.

Su questo versante, si continua in effetti a fare uso di sanzioni punitive prive del *nomen* "pena", sottratte al pacchetto di garanzie forti tradizionalmente riservate al penale, virando così su una più comoda tutela amministrativa ma particolarmente temibile per gli attori del mercato mobiliare, perché coniuga elevatissime sanzioni pecuniarie con misure interdittive e meccanismi cd. di *naming and shaming* (ossia, la pubblicazione del provvedimento che accerta la violazione), che possono avere come effetto pratico quello di rendere sostanzialmente impossibile la prosecuzione della propria attività lavorativa[94]. Senza dunque voler aprire

[89] V. *supra*, par. 3.1.

[90] V. sempre *supra*, note 63 e 66.

[91] Cit. da F. Mucciarelli, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina*, in *DPenCont*, 2018, 9. Con riferimento in particolare al nuovo delitto di abusivismo di cui all'art. 30 d.lgs. 129/2024, v. anche R.M. Vadalà, *La fattispecie penale*, cit., 343, secondo la quale un simile rinvio a catena mette «a rischio la conoscibilità del precetto».

[92] Su cui si rinvia per tutti a A.F. Tripodi, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi. Profili di sostenibilità del cumulo sanzionatorio nel quadro dell'ordinamento multilivello*, Torino 2022.

[93] Per un riassunto anche delle diverse soluzioni prospettate in dottrina circa il suo superamento, sia consentito il rinvio a A. Gullo, *Materia penale e ne bis in idem: un'introduzione*, in *DPenCont* 2025, 1 ss.

[94] Sottolinea come l'incidenza sul diritto al lavoro quale garantito dall'art. 4 Cost. possa rientrare in una lettura

un'altra parentesi, sia sufficiente sottolineare come il punto di equilibrio tra efficienza e garanzie in questo particolare frangente sia effettivamente difficile da ricercare[95].
Con riferimento invece al delitto di autoriciclaggio, va comunque osservato che anche in quest'ambito le caratteristiche tecniche delle criptovalute possano incidere sulla valutazione degli elementi costitutivi del reato. La giurisprudenza ha infatti ricondotto l'acquisto di valute virtuali nell'alveo delle attività finanziarie o, più frequentemente, speculative, valorizzando l'elevata volatilità dei *token* e la possibilità di conseguire un rendimento, mentre rimane controversa la sussumibilità degli *stablecoin* in tale nozione, data la sensibilmente minore componente di rischio/rendimento. Analoga attenzione è stata dedicata al profilo dell'ostacolo, che la giurisprudenza ritiene in genere integrato, secondo cadenze criticabili, *in re ipsa* in ragione della pseudonimia tipica delle operazioni su *blockchain*, pur con qualche dubbio nei casi in cui l'acquisto avvenga tramite intermediari soggetti a obblighi di identificazione.
Per concludere, si è visto come la disciplina delle criptovalute costituisca un banco di prova emblematico della capacità del diritto penale di adattarsi a fenomeni tecnologici che è comunque chiamato a regolare facendo uso delle sue categorie tradizionali. Rimanendo dunque sul versante sanzionatorio, dovremo in effetti attendere l'utilizzo che la prassi farà degli strumenti già in vigore, come avvenuto in materia di autoriciclaggio e abusivismo finanziario, e di quelli di nuova introduzione, come gli abusi di mercato, l'illecito di ostacolo e la nuova fattispecie di "cripto-abusivismo", al fine di saggiare correttamente il grado di maturità dell'ordinamento di fronte alle nuove sfide del mercato digitale.

ampia della "libertà personale", F. Mucciarelli, *Sanzioni e attività d'impresa: qualche nota*, in *La pena, ancora fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta, Milano 2018, 1170.

[95] Per un quadro sul punto in relazione anche agli aspetti processuali, v. pure A. Pisaneschi, P. Luccarelli, E. Bindi, *Le sanzioni della Banca d'Italia e della Consob*, in *GC* 2021, 553 ss.

LA MANCATA CONSEGNA DI ALMASRI FRA OBBLIGHI DI COOPERAZIONE CON LA CPI E RESPONSABILITÀ PENALI MINISTERIALI

di Paola Maggio (Professoressa Ordinaria di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Palermo)

La mancata consegna di Almasri alla Corte Penale Internazionale e la sua conseguente espulsione hanno originato ipotesi di reati ministeriali a danno di esponenti del governo (art. 96 Cost.) e il deferimento dell'Italia all'Assemblea degli Stati parti per violazione degli obblighi di cooperazione derivanti dagli artt. 86 e 90 dello Statuto di Roma. Di fronte alla richiesta della CPI di arresto urgente e consegna del presunto carceriere libico, le autorità politiche coinvolte hanno interpretato in modo restrittivo le fonti interne, privilegiando asserite "ragioni di Stato". L'attenzione della Corte di Appello e della Procura generale si è focalizzata sul difetto dei presupposti dell'arresto urgente e sul mancato intervento del Ministro della giustizia per giungere a una decisione sull'irritualità della consegna. In un contesto che ha segnato l'indebolimento ulteriore della funzione della CPI e prodotto un grave danno all'immagine per l'Italia, è sorto un conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato e un vaglio di costituzionalità investe il ruolo del Ministro nelle procedure di consegna. Il procedimento penale intentato ai danni di esponenti del governo per la mancata consegna e il rimpatrio del presunto carceriere libico si è risolto con l'archiviazione per la Presidente del Consiglio e con il diniego della autorizzazione a procedere contro i ministri per reati commessi nell'esercizio delle funzioni. L'avviso di conclusione delle indagini per la Capo di gabinetto del Ministero della giustizia in ordine alle false informazioni al pubblico ministero sulla vicenda Almasri fa sorgere dubbi sulla dilatazione analogica dell'art. 371 bis c.p. e determina interrogativi sull'estensione della causa di improcedibilità per i reati posti in essere dal terzo, quando connessi funzionalmente agli illeciti coperti dalla garanzia ministeriale. Messa a confronto con consegne similari della CPI alla Germania, tempestivamente eseguite, tutta la vicenda appare segnata dalla mancata attuazione dello Statuto di Roma, dalla violazione dell'obbligo di cooperazione con la Corte, dallo svilimento della giurisdizione penale internazionale, divenuta teatro pedagogico incapace di produrre riconciliazione, e laboratorio di verità compromesso dalla ragion di Stato. Motivi poco palesati (e anzi occultati) di realpolitik hanno tarato l'interesse pubblico alla mancata consegna di Almasri sulla volontà governativa di mantenere relazioni con la Libia, paese strategico di contenimento della immigrazione, dimostrando anche da questa angolazione il mancato raggiungimento dell'equiparazione della materia dei reati ministeriali con i meccanismi della giustizia comune.

The failure to surrender Almasri to the International Criminal Court (ICC) and his subsequent expulsion have given rise to allegations of ministerial offences involving government officials (Art. 96 of the Constitution), leading to Italy's referral to the Assembly of States Parties for breaching cooperation obligations under Articles 86 and 90 of the Rome Statute. Faced with an urgent request for arrest and surrender issued by the ICC against the alleged Libyan detention facility commander, the political authorities involved adopted a restrictive interpretation of domestic legal sources, prioritizing purported raison d'État. The Court of Appeal and the Prosecutor General's Office focused on the absence of prerequisites for urgent arrest and the lack of intervention by the Minister of Justice to conclude that the surrender was affected by procedural irregularity. In a context that further undermined the ICC's mandate and caused significant reputational damage to Italy, a conflict of attribution arose between State branches, while a constitutional review now scrutinizes the Minister's role in surrender procedures. Criminal proceedings initiated against government members for the failure to surrender and the repatriation of the alleged Libyan detention facility commander resulted in

the discontinuance of proceedings for the Prime Minister and the refusal to grant authorization for prosecution against Ministers for offences committed in the discharge of ministerial duties. The notice of completion of investigations served on the Head of Cabinet of the Ministry of Justice regarding false statements made to the public prosecutor in the Almasri case raises concerns about the extension by analogy of Art. 371-bis of the Criminal Code. It further prompts questions regarding the scope of procedural bars to prosecution for crimes committed by third parties when functionally linked to offences covered by ministerial immunity. When compared to similar surrenders requested by the ICC and executed by Germany, the entire affair appears marred by the failure to implement the Rome Statute, the breach of the duty to cooperate with the Court, and the debasement of international criminal jurisdiction. The latter has been reduced to a "pedagogical theatre" incapable of fostering reconciliation — a "laboratory of truth" compromised by raison d'État. Understated — and indeed deliberately concealed — realpolitik considerations subordinated the public interest in surrender to the government's political will to maintain relations with Libya, a strategic partner for migration containment. This further demonstrates the failure to align the legal framework of ministerial offences with the mechanisms of ordinary criminal justice.

Corte Penale Internazionale (CPI) – Procedura di consegna - Inottemperanza agli obblighi di cooperazione
International Criminal Court (ICC), Surrender procedure, Breach of cooperation obligations

> Sommario: 1. Un caso politico e un groviglio giuridico multilivello. – 2. Dal rimpatrio alla notizia di reato: gli strascichi penali interni. – 3. Consegna, arresto urgente, limitazione della libertà nelle fonti interne e sovranazionali. – 4. L'inottemperanza "all'italiana". – 5. Gli obblighi di cooperazione e di consultazione della CPI, canoni ermeneutici della vicenda cautelare e dei suoi esiti internazionali. – 6. La cooperazione possibile: uno sguardo altrove. – 7. Divieto di analogia e (im)procedibilità nei confronti del concorrente nel reato ministeriale. – 8. La connessione "avvinta" dalla funzione e i bilanciamenti fra accertamento processuale e ragione di Stato.

1. L'inottemperanza italiana dell'ordine di arresto emesso dalla Corte penale internazionale nei confronti di Osama Almasry Njeem (anche noto come Osama Elmasry o Njeem Osama Almasri), oltre ad avere originato una crisi istituzionale con l'organismo internazionale, ha fatto sorgere presunte responsabilità penali in capo ai vertici del governo italiano, prodotto conflitti di attribuzione fra esecutivo e magistratura, rappresentato un punto focale di incrocio fra interessi geopolitici, tensioni interne libiche, controversie politiche nazionali e questioni di giustizia internazionale.
Per tentare di districare i nodi principali della vicenda, bisogna chiarire che Almasri è un cittadino libico, capo della polizia giudiziaria di Tripoli e direttore del carcere di Mitiga, una prigione gestita dalla *Deterrence Agency for Combating Terrorism and Organized Crime* (RADA), milizia affiliata al governo di unità nazionale libico riconosciuto dall'ONU.
Ai suoi danni, il 18 gennaio 2025, la Camera preliminare I della Corte Penale Internazionale[1], rispondendo a una richiesta formulata dal *Prosecutor* il 2 ottobre 2024, ha emesso a maggioranza dei componenti un mandato di arresto per crimini contro l'umanità e crimini di guerra previsti dagli artt. 7 e 8 dello Statuto di Roma: torture, violenze sessuali, omicidi e

[1] https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/0902ebd180a94249.pdf

trattamenti inumani commessi nel carcere di Mitiga tra febbraio 2015 e l'ottobre del 2024[2]. Dal provvedimento emergono (*alleged crimes*) i fondati motivi per ritenere che egli abbia commesso i crimini contestati nel mandato, in conformità allo *standard* «*reasonable grounds to believe that person has committed a crime within the jurisdiction of the Court*» richiesto dall'art. 58 StCPI (Statuto della Corte Penale Internazionale) nel contesto di un atto d'accusa che individua il soggetto ricercato, gli elementi utili alla sua identificazione, i reati di competenza della Corte giustificativi dell'arresto e la concisa esposizione dei fatti sussunti nelle diverse fattispecie incriminatrici, unitamente al titolo dell'imputazione soggettiva. I «*reasonable grounds to believe*» nel sistema della CPI rappresentano uno *standard* inferiore rispetto ai «*substantial grounds to believe*» richiesti dall'art. 61 StCPI per la conferma delle accuse da parte della Camera preliminare (una sorta di rinvio a giudizio), oltre che, ovviamente, rispetto alla prova «*beyond any reasonable doubt*», che definisce la regola del giudizio di merito[3].

In base alla contestazione Almasri avrebbe rivestito una posizione di comando effettivo sul carcere di Mitiga, documentata dall'organizzazione dei turni di guardia ed emissione di ordini, dal potere decisionale sulla sistemazione dei detenuti e dall'esercizio di potere disciplinare nei confronti delle guardie disobbedienti. Egli figura in via alternativa e/o cumulativa, ai sensi dell'art. 25 par. 3, come autore diretto o coautore (*perpetrator/co-perpetrator*); mandante/istigatore (*ordering/soliciting*); complice.

Almasri è stato arrestato dalla Digos di Torino il 19 gennaio 2025, dopo essere entrato in Italia per assistere a una partita di calcio. L'arresto è avvenuto in esecuzione del mandato della CPI tramite il sistema di allerta Interpol (*red notice*). Il 21 gennaio 2025, dopo sole 3 ore dalla decisione della Corte d'Appello di Roma che dichiarava irrituale l'arresto, Almasri è stato rilasciato, rimpatriato in Libia con un volo di Stato italiano a seguito di un provvedimento di espulsione del ministro Piantedosi e, infine, accolto come un eroe al ritorno in patria.

Il caso politico con strascichi giudiziari interni e internazionali è culminato, il 4-5 novembre 2025, su ordine della Procura generale libica, con l'arresto a Tripoli del presunto autore di reati internazionali nel contesto di quello che è stato presentato all'opinione pubblica come un ridimensionamento (reale o apparente?) della milizia Rada coinvolta nella lotta all'immigrazione illegale, di cui egli è un elemento di spicco. Le indagini libiche hanno fatto riferimento a dichiarazioni di *ex* detenuti che accusano Almasri di aver personalmente eseguito sevizie, causando in almeno un caso la morte di un prigioniero, con violazioni dei diritti umani in un contesto di detenzione arbitraria che non avrebbe risparmiato abusi su migranti e oppositori politici.

Il recente provvedimento limitativo libico va collocato nel quadro internazionale mutato sia a seguito della missione ONU in Libia che aveva chiesto l'arresto di Almasri o il suo trasferimento alla Corte Penale Internazionale (CPI), sia per effetto del deposito il 12 maggio 2025 da parte del Governo libico di una dichiarazione di accettazione della competenza della

[2] Il mandato contesta l'imprigionamento in violazione di norme fondamentali del diritto internazionale [art. 7 (1)(e)]; l'offesa alla dignità personale (art. 8(2) (c) (ii) e i trattamenti crudeli (Art. 8 (2) (c) (i); i trattamenti umilianti e degradanti, commessi nell'ambito di un conflitto armato non internazionale contro persone che non partecipano direttamente alle ostilità [art. 8 lett. c) par. ii)]; la tortura (art. 8 (2) (c) (i); la violenza sessuale [art. 7 (1)(g) e 8(2)(e)(vi)]; lo stupro [artt. 7 (1)(g) e 8 (2) (c) (i)]; l'omicidio consumato [artt. 7 (1)(a) e 8(2)(c)(i)]; la persecuzione contro un gruppo o una collettività dotati di propria identità, per ragioni di ordine politico, razziale, nazionale, etnico, culturale, religioso o di genere [art. 7 (1)(h)]

[3] È sufficiente che la tesi dell'accusa sia plausibile e ragionevole, anche se esistono altre spiegazioni alternative possibili (si veda CPI, 2.5. 2001, Al Bashir, § 1, *referring*). In dottrina M. Miraglia, *L'iter procedurale conseguente alla richiesta della Corte penale internazionale per la consegna di una persona*, in *questa rivista* 2013, n. 3, 784; Id., *Diritto di difesa e giurisdizione penale internazionale*, Torino 2011, 12-13.

CPI per i crimini commessi nel Paese dal 2011 al 2027[4], sia, infine, a ragione del pronunciamento della Camera preliminare della Corte dell'Aja per la violazione da parte dell'Italia degli obblighi internazionali di cooperazione sanciti dall'art. 87 par. 7 dello Statuto di Roma[5], a causa del rimpatrio del soggetto.
L'arresto in Libia ha rivitalizzato il principio di complementarietà che regola i rapporti fra giurisdizione nazionale e CPI[6], e ha inciso pure sulle esigenze cautelari poste alla base della richiesta della CPI *ex* art. 58 (1) lett. *b)* StCPI, che si fondavano sulla necessità di garantire la comparizione di Almasri davanti alla Corte, essendo al momento di emissione del mandato internazionale – gennaio 2025– ritenute improbabili tanto la consegna volontaria dell'accusato, quanto la cooperazione spontanea delle autorità libiche nella consegna del ricercato e nell'assunzione di autonome iniziative di repressione dei reati ipotizzati[7].
Il contesto nel quale si è proceduto all'arresto di Almasri in Libia, ancor più caratterizzato da regolamenti di conti tra milizie libiche pro-Dbeibah, presenta ricadute interne, in quanto i servizi segreti italiani, nel corso dell'indagine del Tribunale dei ministri, anticipando una linea di difesa sulla quale si sarebbe in seguito attestato il governo Meloni, hanno sostenuto che il rimpatrio di Almasri era imposto dall'esigenza di non mettere a rischio la «collaborazione molto proficua» in campo giudiziario fra l'Aise e la Rada per il contrasto ai «traffici di esseri umani, oli combustibili e stupefacenti, o attività terroristiche»[8].
Una «ragion di stato» racchiusa in «motivi di ordine pubblico e di sicurezza nazionale», più impliciti che espressi, almeno nelle battute iniziali della vicenda, che hanno preso il sopravvento sull'obbligo di consegna e di cooperazione con la CPI, mutilando le sue potenzialità di accertamento.

2. La mancata consegna di Almasri e la sua espulsione con rimpatrio su volo di Stato hanno dato luogo non semplicemente a una contestazione in termini di diritto e di politica internazionali, ma anche in termini di criminalizzazione dell'operato del Governo.
A seguito della presentazione in data 23 gennaio 2025 di una denuncia da parte dell'Avv. Luigi Li Gotti, il 28 gennaio 2025, la Procura di Roma ha comunicato l'iscrizione nel registro delle notizie di reato del Presidente del Consiglio Giorgia Meloni, del Ministro dell'Interno Matteo Piantedosi, del Ministro della Giustizia Carlo Nordio e del Sottosegretario Alfredo Mantovano per le ipotesi di favoreggiamento personale e peculato per l'uso dell'aereo di Stato.
Il caso penale internazionale si è spostato così sul fronte penale nazionale con inevitabile eco mediatica e letture tecnico-politiche contrapposte, come dimostrano i comunicati pubblicati

[4] Si veda il comunicato stampa della CPI del 15 maggio 2025 (https://unipd-centrodirittiumani.it/it/notizie/corte-penale-internazionale-la-libia-accetta-la-giurisdizione-sui-presunti-crimini-commessi-dal-2011-alla-fine-del-2027).
[5] International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, 17.10. 2025, leggibile in *www.sistemapenale.it*, 21.10.2025 (*https://www.sistemapenale.it/it/scheda/per-la-corte-penale-internazionale-litalia-ha-violato-gli-obblighi-di-cooperazione-per-via-della-mancata-consegna-del-libico-almasri-allaia*).
[6] C. Meloni, *Giustizia internazionale? Tra gli Stati e la Corte penale universale*, Bologna 2024, 63, segnala criticamente recenti scelte del procuratore della CPI di adattamento del principio, tutte a vantaggio delle giurisdizioni penali nazionali.
[7] Ciò si lega al fatto che soltanto eccezionalmente il processo può celebrarsi a distanza e attraverso l'uso di collegamento, dato che l'art. 63 StCPI, rubricato *Trial in the presence of the accused*, prevede, quale regola generale, che «*The accused shall be present during the trial*».
[8] Si veda la deposizione resa dal generale Giovanni Caravelli, capo dell'Aise, al Tribunale dei ministri (31.8. 2025) che asseriva l'esistenza di un mandato pendente in Libia per Almasri. La Relazione del Tribunale di Roma, Collegio per i reati ministeriali, 1.8. 2025, Presidente dott.ssa Cialoni, Giudici dott.ssa Casari – dott.ssa Cerulli è riportata in *https://www.giurisprudenzapenale.com/2025/08/06/caso-almasri-la-relazione-del-tribunale-dei-ministri-con-cui-si-chiede-lautorizzazione-a-procedere-nei-confronti-di-carlo-nordio-matteo-piantedosi-e-alfredo-mantovano/*.

dall'Associazione Nazionale Magistrati e dall'Unione delle Camere Penali Italiane sulle conseguenze per la *premier* e i ministri[9].
Per l'ANM la comunicazione di iscrizione da parte della Procura della Repubblica, prevista dall'art. 6 co. 1 della l. cost. n. 1/89, ha costituito un atto dovuto che impone al PM, ricevuta la denuncia nei confronti di un ministro, e omessa ogni indagine, di trasmettere, entro il termine di quindici giorni, gli atti al Tribunale dei Ministri, dandone immediata comunicazione ai soggetti interessati affinché questi possano presentare memorie al collegio o chiedere di essere ascoltati. Il comunicato delle Camere penali, per contro, ha ribadito come tale obbligo sorga solo a fronte di una notizia "qualificata" e non in presenza di qualunque esposto, denuncia o querela, rifacendosi ad autorevole giurisprudenza[10] e alle recenti modifiche legislative dell'art. 335 Cpp, secondo cui *condicio sine qua non* dell'iscrizione è «un fatto, determinato e non inverosimile riconducibile in ipotesi a una fattispecie incriminatrice» e per il quale "risultino" "indizi" a carico "della persona cui il reato è attribuito"[11]. A ulteriore conforto di tale tesi le Camere penali hanno richiamato la "circolare Pignatone" del 2 ottobre 2017, che escludeva iscrizioni automatiche basate su una lettura meccanica della normativa volta ad «attribuire impropriamente alla polizia giudiziaria – o addirittura al privato denunciante – il potere di disporre in ordine alle iscrizioni», attivando nello specifico le competenze del Tribunale dei ministri per l'avvio delle attività di indagine. Di tutta evidenza le conseguenze sull'operato del Governo e le commistioni fra scelte politiche e criminalizzazione delle medesime.
Il 1° agosto 2025, il Tribunale di Roma (collegio per i reati ministeriali) ha disposto, ai sensi dell'art. 8 l. Cost. n. 1/89, la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica di Roma affinché ne curasse l'immediata rimessione al Presidente della Camera dei Deputati, per l'avvio della procedura prevista dall'art. 9 per il rilascio dell'autorizzazione a procedere nei confronti di Carlo Nordio, Matteo Piantedosi e Alfredo Mantovano (indagati il primo del reato di cui all'art. 328 co. 1 c.p., tutti del reato di cui agli artt. 110, 378 c.p., il secondo e il terzo del reato di cui agli artt. 110, 314 c.p.).
Considerata la natura ministeriale, la Camera dei Deputati è stata chiamata a valutare la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 9 l. cost. citata per l'eventuale rilascio dell'autorizzazione a procedere[12]. Nella prospettiva del Tribunale dei Ministri, il ministro Nordio si sarebbe reso responsabile di omissione aggravata di atti d'ufficio (art. 328 c.p.) per indebito rifiuto di dare corso alle richieste urgenti CPI del 18 gennaio 2025, violando gli obblighi di cooperazione internazionale e rimanendo inerte nella trasmissione degli atti alla Procura Generale. A Nordio, Piantedosi e Mantovano è stato anche contestato il favoreggiamento personale (art. 378 c.p.) per aver scientemente agevolato la sottrazione di

[9] Leggibili entrambi su *https://www.giurisprudenzapenale.com/2025/01/29/caso-almasri-e-vertici-del-governo-indagati-i-comunicati-della-associazione-nazionale-magistrati-e-dellunione-delle-camere-penali-italiane/*.
[10] Cass. sez. un., n. 40538, Lattanzi, in *ANPP* 2010, 1. Altresì Cass. sez. VI, 3.5. 2021, n. 16781, C. C., in *CP* 2021, 2340: in tema di reati ministeriali, l'obbligo del Procuratore della Repubblica di trasmettere gli atti al collegio previsto dall'art. 7 l. Cost. n. 1 del 1989, ed il conseguente divieto di compiere indagini, non consegue automaticamente all'acquisizione di una *notitia criminis* riferita ad un Ministro, ma presuppone che si accerti preliminarmente l'attinenza del comportamento illecito allo svolgimento del *munus publicum* ricoperto. Criticano le voci contrarie (O. Mazza, *Atto dovuto? No, quella di Lo Voi è stata una scelta*, in *Il Dubbio* 30.1. 2025 e P. Borgna, *Essere indipendenti vuole dire essere responsabili. I magistrati ci riflettano*, in *Huffingtonpost* 31.1. 2025).
[11] Sui nuovi presupposti della iscrizione F. Cassiba, *Le indagini preliminari fra innovazione e continuità*, in *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di D. Castronuovo, M. Donini, E. M. Mancuso, G. Varraso, Milano 2023, 610.
[12] Cfr. ancora la Relazione del Tribunale di Roma, Collegio per i reati ministeriali, 1.8. 2025, cit. Sui poteri dell'organo politico in relazione a quelli della magistratura, A. Scalfati, *Ministri, per l'udienza preliminare è competente il giudice ordinario*, in *DG.* 2002, fasc. 19, 46.

Almasri alle investigazioni CPI: Nordio mediante contegno attendista e accordo sull'espulsione, Piantedosi e Mantovano mediante decreto di espulsione e organizzazione del volo CAI. A questi ultimi è stato altresì riferito il peculato (art. 314 c.p.) per distrazione di aereo di Stato e carburante, disposti non per reali esigenze di sicurezza ma per fine illecito.
Il Tribunale dei ministri ha ritenuto sussistente la piena consapevolezza degli indagati, qualificando il decreto di espulsione di Almasri come viziato da palese irrazionalità e concludendo per la violazione degli obblighi internazionali di arresto ed estradizione derivanti dallo Statuto di Roma, verosimilmente motivata dal timore di ritorsioni contro interessi italiani in Libia.
A rilevare è il c.d. protocollo Minniti, un *memorandum* Italia-Libia del 2017, "*Memorandum* d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana", firmato il 2 febbraio 2017. I finanziamenti italiani alla Guardia costiera libica giovano in quel contesto a milizie locali che non sempre hanno come scopo l'interesse dei migranti; i centri di accoglienza locali sono teatro di gravi violazioni dei diritti umani in uno scenario contrassegnato da violenze, ricatti e vendette.
Il 3 agosto 2025 è stata resa nota l'archiviazione per Giorgia Meloni in difetto di elementi dimostrativi acquisiti nel corso delle indagini utili a formulare una ragionevole previsione di condanna limitatamente alla posizione della Presidente del Consiglio, tanto per il reato di peculato quanto per quello di favoreggiamento, nella fase ideativa o preparatoria dei reati.
Il 9 ottobre 2025, la Camera dei Deputati ha respinto la richiesta ai danni dei ministri, dopo il parere negativo della Giunta per le autorizzazioni, con l'effetto giuridico automatico dell'improcedibilità nei confronti dei tre membri del governo, in conformità all'art. 96 Cost.
Nel settembre del 2025 un'ulteriore ipotesi di reato (connesso?) è stata profilata dalla procura romana ai danni di Giusi Bartolozzi. Quest'ultima, capo di gabinetto di Nordio, si sarebbe resa responsabile dell'art. 371 *bis* Cp (false informazioni al pubblico ministero o al procuratore della Corte penale internazionale), per le presunte dichiarazioni "mendaci" e inattendibili rese al Tribunale dei Ministri in ordine a una bozza di provvedimento, preparata dal Dipartimento Affari di Giustizia, che avrebbe potuto evitare la scarcerazione di Almasri, dalla stessa non sottoposta al ministro. Una versione "intrinsecamente contraddittoria" quella fornita dalla Bartolozzi, secondo le conclusioni del Tribunale dei Ministri, data la frequenza di contatti e di scambi di informazione fra i due e la logica insostenibilità di una facoltà, che la stessa si sarebbe autoarrogata, di sottrarre al ministro un elemento tecnico da valutare.
A ottobre, la Corte d'appello di Roma ha sollevato una questione di legittimità costituzionale incentrata sul ruolo del Ministro della Giustizia nell'applicazione dello Statuto della CPI[13], mentre la Giunta per le autorizzazioni della Camera ha dato il via libera al conflitto di attribuzioni davanti alla Consulta con riguardo al coinvolgimento della capo di gabinetto. Quest'ultima decisione è passata all'Ufficio di presidenza di Montecitorio che dovrà stabilire se seguire o meno il parere, non vincolante, della Giunta. Dopodiché, sarà l'Aula a esprimere il parere finale a fine marzo. Punto cardine, in quest'ultimo caso, la "connessione teleologica" rispetto ai reati ascritti ai Ministri Nordio e Piantedosi e al Sottosegretario Mantovano con un'azione di protezione nei confronti dell'esponente di governo che creerebbe un rapporto di strumentalità tra le condotte, necessitando l'estensione dell'autorizzazione a procedere a vantaggio del "terzo laico". In base alla lettura della maggioranza, limitare la guarentigia solo

[13] L'ordinanza della C. Appello, Roma, sez. IV, 30.10.2025, leggibile in *giurisprudenzapenale.com*, si incentra sullo stallo procedimentale legato all' assenza di trasmissione della richiesta da parte del Ministro che bloccherebbe l'attività del giudice, subordinando l'esercizio della giurisdizione a una scelta politica discrezionale. Da tale paralisi è derivata l'inottemperanza degli obblighi internazionali verso la CPI e la violazione del principio di soggezione del giudice alla sola legge.

ai ministri svuoterebbe il principio di unitarietà del giudizio che si impone rispetto ai tratti della vicenda, permettendo di aggirare la tutela costituzionale attraverso contestazioni separate di reati satellite ai danni di comuni cittadini o pubblici ufficiali non protetti dalla immunità[14]. Se le condizioni che bloccano l'azione penale quando il Ministro agisce nell'esercizio delle sue funzioni hanno natura oggettiva (riguardano cioè la condotta in sé, non la persona), escludere i co-imputati da questa garanzia significherebbe creare una disparità di trattamento ingiustificata, trasformando la protezione ministeriale da strumento istituzionale a privilegio personale contro la magistratura[15]. Per converso, come sostenuto dai parlamentari delle opposizioni, estendere l'improcedibilità anche ai co-indagati coinvolti nello stesso reato o in reati diversi da quelli riferiti al Ministro potrebbe creare lasciapassare estensivi per condotte delittuose sviluppatesi nel circolo di reati ministeriali improcedibili[16].

3. Secondo l'art. 89 dello Statuto di Roma, ogni Stato parte deve adempiere alle richieste della CPI per l'arresto e la consegna di individui ricercati. Questa cooperazione è essenziale considerato che l'art. 63 dello Statuto prevede la presenza dell'imputato nel procedimento internazionale che lo riguarda, eccettuato l'allontanamento temporaneo per comportamento perturbatore, ma anche in tal caso l'imputato continua a seguire il processo tramite mezzi tecnologici[17].
L'adeguamento italiano allo Statuto di Roma deriva da due leggi fondamentali: la l. 12 luglio 1999 n. 232 che si è limitata a ratificare lo Statuto e a disciplinare in modo essenziale l'obbligo di cooperazione, trasmissione delle richieste e autorità competenti (artt. 1-3), lasciando sul campo numerose lacune su procedure esecutive; la l. 20 dicembre 2012, n. 237 che ha operato alcuni aggiustamenti e dettato maggiori dettagli procedurali.
L'obbligo cooperativo può concretizzarsi in varie attività quali, per esempio, l'identificazione e la localizzazione di persone e beni, l'assunzione e produzione di elementi di prova, il trasferimento temporaneo di detenuti, l'esame di luoghi, l'esecuzione di perquisizioni e confische, la trasmissione di documenti e fascicoli, la protezione di vittime e testimoni, l'individuazione, il congelamento e la confisca dei proventi di reato, nonché in base all'art. 93 dello Statuto di Roma in «ogni altra forma di assistenza non vietata dalla legislazione dello Stato richiesto volta ad agevolare l'inchiesta e l'azione giudiziaria relative ai reati di competenza della Corte».
La l. 20 dicembre 2012, n. 237 (art. 1) ha riprodotto l'obbligo di cooperazione dell'art. 1 l. n. 232/1999, ma lo ha ampliato con regole specifiche su immunità (art. 6), consegna (Capo II, artt. 11-14), esecuzione pene detentive (artt. 15-18) e regime del 41-*bis* (art. 19), abrogando parzialmente le norme generiche del 1999. Le attribuzioni al Ministro della giustizia (art. 2) hanno rafforzato il ruolo già accennato nella l. n. 232/1999 con trasmissione sistematica al

[14] Fonti giornalistiche sembrano confermare l'assunto: V. Piccolillo, *Bartolozzi su Almasri, la giornata al lavoro e la scelta di Bongiorno come avvocata: «Come sto? Al top»*, in *Corriere della sera* 10.9.2025.
[15] Si rinvia a L. Masera, *Immunità della politica e diritti fondamentali. I limiti all' irresponsabilità,* Torino 2020, 87. Sul necessario superamento delle immunità da parte della CPI cfr. P. De Sena, *Intervento*, in *Immunità costituzionali e crimini internazionali*, a cura di A. Bardusco, M. Cartabia, M. Frulli, G. E. Vigevani, Milano 2008, 61 ss.; M. Frulli, *Immunità e crimini internazionali: l'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospettati di gravi crimini internazionali*, Torino 2007, 30 ss.
[16] Cfr. ancora le comunicazioni del Presidente della Giunta per le autorizzazioni (seguito del 4 novembre 2025) in merito a una richiesta di elevazione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato, 6 ss.
[17] Cfr. W. Schabas, V. Caruana, *Sub art. 63*, in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, München/Oxford/Baden-Baden 2021, 1848; si veda A. Procaccino, *La centralità del mandato d'arresto nel procedimento dinanzi alla Corte penale internazionale e l'esito del caso Almasri: interpretare e riformare*, in www.sistemapenale.it , 17.6.2025, 60.

Procuratore generale della Corte d'appello di Roma e hanno disegnato una procedura di dettaglio con garanzie (artt. 11-14), che ha cercato di superare le regole generiche della l. n. 232/1999.
Questa evoluzione interna ha attuato lo Statuto di Roma nel rispetto dei principi costituzionali alla luce dell'obbligo generale di cooperazione dell'Italia con la Corte penale internazionale (art. 1 l. n. 232/1999 che impegna lo Stato a dare esecuzione alle decisioni della Corte, nei limiti dei principi fondamentali dell'ordinamento, fungendo da clausola di salvaguardia costituzionale: in particolare artt. 2, 10, 11, 24, 25, 27, 111 Cost.), ma tradisce i numerosi condizionamenti derivanti dallo iato fra la giurisdizione internazionale e l'ordinamento nazionale[18].
Il ventaglio di attività procedurali impone di districarsi fra diversi livelli di fonti (internazionale, unionale e nazionale); diversi modelli di cooperazione (modelli rogatoriali-estradizionali, modelli basati sul "mutuo riconoscimento", quali gli strumenti operanti nell'ambito dell'UE, modelli ibridi, come quelli relativi alla cooperazione con le Corti penali internazionali); diversi attori (organi politici e organi giurisdizionali), con il risultato evidente nella vicenda Almasri di originare spesso profili di equivocità.
La normativa nazionale disciplina la procedura di consegna alla Corte della persona colpita da mandato di arresto, coordinando lo Statuto di Roma con le garanzie interne in materia di libertà personale (artt. 13 e 24 Cost. e una serie di richiami al codice di procedura penale, in particolare su arresto, misure cautelari e procedimento incidentale). È previsto che possano essere applicate misure cautelari, inclusa la custodia in carcere, anche in via anticipata rispetto alla formale richiesta di consegna, sulla base del mandato di arresto o di richieste provvisorie della Corte, sempre con controllo giurisdizionale della Corte d'appello di Roma. La legge disciplina altresì le procedure per l'esecuzione sul territorio italiano delle pene inflitte dalla Corte, secondo quanto previsto dallo Statuto (in particolare artt. 103 ss. Statuto di Roma), adattandole al sistema penitenziario e alle regole interne sull'esecuzione delle pene. L'Italia può accettare l'esecuzione di pene detentive disposte dalla Corte internazionale, assicurando il rispetto delle condizioni stabilite nello Statuto e nel diritto interno (artt. 27 Cost. e norme sull'ordinamento penitenziario).
Le modalità di consegna sono disciplinate nello specifico nel Capo II della l. n. 237/2012.
Quando la CPI emette un mandato di arresto (art. 58 Statuto) o una sentenza definitiva di condanna, il Procuratore generale presso la Corte di appello di Roma chiede l'applicazione della custodia cautelare in carcere. La decisione avviene con ordinanza ricorribile in Cassazione (art. 719 Cpp). Entro tre giorni dall'esecuzione, il Presidente della Corte d'appello identifica la persona e verifica l'eventuale consenso alla consegna.
Conformemente all'art. 59 (4) dello Statuto, le autorità italiane non hanno discrezionalità nell'applicare la misura. Il giudice non può verificare né i fondati motivi per ritenere che la persona abbia commesso il crimine (art. 58 (1) lett. *a)* Statuto) né le condizioni di applicabilità. L'art. 11 (3), in conformità con l'art. 59 (3) dello Statuto, consente alla persona di richiedere la libertà provvisoria. La Corte d'appello decide con ordinanza dopo comunicazione alla CPI, potendo imporre il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia, il divieto o l'obbligo di dimora.
La Corte d'appello può richiedere informazioni *ex* art. 91 (2) lett. *c)* dello Statuto, arricchendo così la propria valutazione discrezionale sul *quantum* probatorio. Sono disciplinate quattro ipotesi di diniego (art. 13 (3): assenza di mandato d'arresto o sentenza definitiva dalla CPI;

[18] V. Fanchiotti, *Le inadeguatezze della normativa per l'adeguamento allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale*, in *Dir. pen. proc.* 2013, 731; C. Alfin, *La legge italiana di adeguamento allo statuto della Corte penale internazionale: un risultato parziale*, in *Cintern* 2013, 368 ss.

mancata corrispondenza d'identità della persona; richiesta della CPI contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico nazionale; esistenza di sentenza irrevocabile italiana per lo stesso fatto e persona (*ne bis in idem*, ai sensi dell'art. 89 (2) dello Statuto).
La custodia può essere revocata (art. 12) in quattro ipotesi: decorso un anno senza pronuncia sulla consegna; nel caso di pronuncia negativa sulla consegna; decorsi 20 giorni dal consenso senza decreto ministeriale; decorsi 15 giorni dalla data fissata senza presa in consegna da parte della CPI.
L'art. 14 l. n. 237 del 2012 disciplina la custodia cautelare provvisoria su istanza della CPI anche prima della formale richiesta di consegna (artt. 59 (1) e 92 Statuto), revocabile se entro 30 giorni non arriva la richiesta di consegna.
Il legislatore italiano ha limitato la discrezionalità del Ministro degli esteri (a differenza delle estradizioni *ex* art. 708 Cpp) e analogamente prescrive che il Ministro della giustizia, ricevuto il verbale di consenso o la decisione giudiziaria favorevole, deve provvedere con decreto alla consegna. Nel contesto nazionale di adeguamento allo Statuto di Roma, quest'ultimo ministro appare come l'organo competente per i rapporti con la Corte: egli riceve le richieste, vi dà seguito e presenta alla Corte gli atti e le istanze necessari, anche d'intesa con altri ministri interessati (art. 2, l. n. 232/1999). La richiesta della Corte è poi trasmessa per l'esecuzione al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, mentre la Corte d'appello di Roma è designata come giudice competente per le decisioni giudiziarie connesse all'assistenza e alla consegna.
Il Ministro della giustizia è quindi identificato, secondo l'art. 2 l. n. 237 del 2012, come soggetto cui sono attribuiti rapporti di cooperazione tra lo Stato italiano e la Corte penale internazionale.
La vicenda Almasri mostra nondimeno le difficoltà di sottrarsi del tutto dalla "disintermediazione" politica e al contempo esprime la palese incrinatura dell'obbligo di cooperazione giudiziaria[19], canone ermeneutico tanto centrale quanto disatteso[20] dalla mancata consegna.
L'art. 14 della l. n. 237/2012 chiarisce anche che quando la richiesta della Corte penale internazionale ha per oggetto la consegna di una persona nei confronti della quale è stato emesso un mandato di arresto ai sensi dell'articolo 58 dello Statuto ovvero una sentenza di condanna a pena detentiva, il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, ricevuti gli atti, chiede alla medesima Corte d'appello l'applicazione della misura della custodia cautelare nei confronti della persona della quale è richiesta la consegna.
Nel sistema di cooperazione con la CPI, il Ministro della giustizia svolge dunque un ruolo esecutivo – distinto dalle valutazioni di merito proprie dell'estradizione che in ogni caso devono avere delle basi giuridiche[21]– e limita la verifica lui spettante alla dimensione formale-

[19] M. Castellaneta, *La cooperazione tra stati e tribunali penali internazionali*, Bari 2002, 340 ss.
[20] Di «interpretazione nella cooperazione giudiziaria» parla T. Epidendio, *Cosa può insegnare il caso Almasri: il problema dell'interpretazione nella cooperazione giudiziaria*, in www.questionegiustizia.it, 28.11. 2025.
[21] Cass. sez. I, 3.3. 2003, n. 19678, Figini, in *CED Cass.* n. 225745. Come precisa Cons. Stato, sez. IV, 18.3. 2013, n. 1576, in *Foro amm. CDS* 2013, 3, 697, «il provvedimento con il quale il Ministro della Giustizia, all'esito dello speciale procedimento previsto dal codice di procedura penale, concede l'estradizione è un provvedimento di alta amministrazione, come tale caratterizzato da ampia discrezionalità, ma non sottratto al sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute dall'autorità politico amministrativa in ordine alla concessione in concreto dell'estradizione, per la quale l'autorità giudiziaria ha già valutato la sussistenza dei relativi presupposti». Non è discutibile però che una giustificazione non solo politica di quella decisione fosse comunque necessaria, perché per decidere su una richiesta d'estradizione, «la valutazione del Ministro della Giustizia, lungi dall'ancorarsi a mere considerazioni di "opportunità politica", deve conseguire a parametri oggettivi». E questa giurisprudenza è certamente rilevante, perché, come s'è detto, il provvedimento del ministro che nega l'estradizione è impugnabile dallo stato richiedente con ricorso al giudice amministrativo.

strutturale dell'atto e non al merito del suo contenuto o a vizi sostanziali che potranno certamente essere denunciati dal destinatario della misura cautelare nel rispetto degli strumenti e delle procedure garantite tanto dallo Statuto della CPI, quanto dalla stessa l. n. 237/2012.
Dalle pieghe della l. n. 237/2012 filtra pure la valenza del mutuo riconoscimento che consente contatti diretti fra Corte e autorità giudiziarie nazionali[22]: l'art. 13 co. 4 l. n. 237 del 2012 rimette le questioni sulla giurisdizione (*admissibility*) alla difesa del ricercato nel corso dell'udienza sulla consegna in Corte d'Appello. In quella sede davanti all'eccezione difensiva non manifestamente infondata, la Corte d'Appello sospende il procedimento e gli atti vengono trasmessi al Ministro per l'inoltro alla CPI.
L'art. 59 (4) StCPI limita altresì il controllo giurisdizionale escludendo che il giudice nazionale possa rimettere in discussione i presupposti cognitivi e funzionali del mandato, mentre la l. n. 237/2012 riduce i motivi di rifiuto ai soli casi, di stretta lettura, indicati dall'art. 13 co. 3, e alla salvaguardia dei diritti fondamentali richiamati dall'art. 1, inclusa – in termini comunque poco selettivi – la doppia incriminazione, intesa come semplice punibilità del fatto in entrambi gli ordinamenti[23].
Il sindacato che residua a livello nazionale muove dagli artt. 87, 91 e 92 dello Statuto ove sono fissati requisiti formali e documentali delle richieste della CPI, la cui eventuale inosservanza può essere oggetto di rilievi da parte del Ministro (ad es. la mancata traduzione del mandato in una lingua ufficiale dello Stato di esecuzione *ex* art. 87, par. 2). Tali irregolarità non possono ad ogni modo giustificare un rifiuto secco della cooperazione, imponendo piuttosto l'attivazione di consultazioni tempestive con la Corte, secondo il modello dialogico previsto dagli artt. 91 e 97 che nel caso Almasri appare apertamente disatteso[24]. L'art. 97 StCPI in particolare prescrive di gestire attraverso consultazioni con la CPI ogni difficoltà idonea a ostacolare o impedire l'esecuzione, comprese carenze informative, problemi di identificazione della persona o conflitti con altri obblighi convenzionali. Conta a proposito anche la disponibilità manifestata dalla Corte al Ministro (risultante dal *press release* del 22 gennaio 2025) a risolvere in modo dialogico ogni eventuale problema sugli atti trasmessi.
In questo quadro composito, la clausola di consultazione del Ministro con altri uffici *ex* art. 2 non fonda una discrezionalità politica, ma rinvia piuttosto e soltanto alle esigenze operative connesse alle varie forme di cooperazione elencate dall'art. 93 dello Statuto. Sembrerebbe impedito ogni controllo tecnico sulla motivazione del mandato, come invece preteso *ex post* nell'informativa ministeriale del 5 febbraio, senza peraltro che fossero avviate le consultazioni con la CPI previste dall'art. 97 dello Statuto[25].
Se all'obbligo di rispondere alle richieste di arresto e di consegna di persone ricercate dalla Corte (art. 89 dello Statuto di Roma), gli Stati aderenti come l'Italia sono senza dubbio tenuti, nel rispetto delle disposizioni del capitolo IX dello Statuto e della propria normativa nazionale (per l'Italia la l. n. 237/2012), diversa è la posizione, va precisato, della Libia che non è Stato

[22] M. Caianiello, *L'adozione di un metodo obsoleto, pur con qualche ammodernamento*, in *questa rivista* 2013, n. 3, 817 s.; M. Caianiello - C. Meloni, *Caso Almasri: una discutibile interpretazione della legge di cooperazione dell'Italia con la CPI ha portato alla scarcerazione del primo ricercato arrestato sul suolo europeo nell'ambito delle indagini in Libia*, in www.sistemapenale.it, 24.1.2025, 3 ss.
[23] Si rinvia a R. Piccirillo, *Il caso Almasri, come e perché l'Italia ha mancato la prima occasione utile per cooperare con la corte penale internazionale nella consegna di un ricercato per crimini di guerra e contro l'umanità*, in *CP* 2025, 1460.
[24] Lo afferma con nitidezza P. De Sena, *Caso Almasri.: Nordio si è comportato in Parlamento come "l'avvocato che cerca di sottrarre alla giustizia il proprio assistito",* in *Articolo 21.org*, 5. 2. 2025. Invoca il principio di buona fede nella esecuzione degli obblighi convenzionali per risolvere i presunti vizi del mandato, L. Poltronieri Rossetti, *L'Italia e l'obbligo di cooperazione con la Corte penale internazionale: riflessioni attorno al caso Almasri*, in *Rivista AIC* 2024, fasc. 4, 19.
[25] A. Di Martino, *La decisione ministeriale*, in *www.questionegiustizia.it*, 5.2. 2025.

parte dello Statuto di Roma né aveva accettato al tempo della richiesta la giurisdizione della Corte Penale Internazionale, in conformità all'art. 13 lett. *b)* dello stesso Statuto.
Proprio per queste ragioni la competenza della Camera preliminare con riguardo al provvedimento restrittivo ai danni di Almasri si era fondata *ab origine* su un *referral* del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, identificato nella Risoluzione n. 1970 del 2011. Secondo la maggioranza dei giudici internazionali, sussistevano sufficienti elementi di collegamento tra la situazione contemplata nella Risoluzione 1970/2011 (relativa alla rivolta contro Gaddafi e alla crisi tra *Libyan National Army e Government of National Accord*) e il contesto in cui furono commessi i crimini indicati nel mandato di arresto, fino almeno al 2 ottobre 2024. Non suscita sorpresa, pertanto, la *Dissenting opinion* della giudice Liera (spesso richiamata nelle linee difensive successive degli esponenti del Governo italiano) la quale, pur riconoscendo la continuità storica del conflitto libico, aveva ritenuto insufficiente il nesso giuridico tra i fatti contestati e la situazione del 2011, sottolineando che le Forze Speciali di Deterrenza non possono trarre origine necessaria da quella crisi ed evidenziando l'opportunità di un aggiornamento esplicito del *referral*[26], nonché l'insufficienza dei *reports* periodici al Consiglio di Sicurezza a rappresentare un consenso implicito e "protrarre nel tempo" la giurisdizione della CPI sugli Stati non parte.
Il sistema normativo della CPI – che come detto assegna la competenza esclusiva alla Corte a decidere sulla propria giurisdizione (questioni pregiudiziali sulla competenza della Corte e procedibilità) – in ogni caso esclude sia l'iniziativa officiosa sia un ruolo decisionale autonomo del Ministro su questi profili, rendendo giuridicamente irrilevante il richiamo degli esponenti dell'esecutivo italiano alla *dissenting opinion* nel mandato della CPI, al fine di giustificare l'inerzia ministeriale nel caso Almasri[27].

4. Chiarita la cornice multilivello, appare più semplice scomporre e ricomporre le tipologie di disposizioni rilevanti nel caso Almasri che impongono anzitutto di guardare al mandato d'arresto emesso ai sensi dell'art. 58 dello Statuto di Roma dalla Camera preliminare della Corte penale internazionale e adottato su richiesta del Procuratore generale della Corte quando sussistano fondati motivi per ritenere che una persona abbia commesso un reato rientrante nella competenza della Corte stessa e che l'arresto risulti necessario. A livello interno, tale richiesta di arresto della CPI ha originato un *iter* articolato sul quale si sono appuntate le principali criticità. L'art. 2 l. n. 237/2012 stabilisce infatti che la domanda proveniente dalla Corte penale internazionale debba essere indirizzata al Ministro della giustizia, il quale, ai sensi dell'art. 4 della medesima legge, è chiamato a darvi corso trasmettendola al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma. Quest'ultimo, ricevuti gli atti, è tenuto a richiedere alla Corte d'appello l'applicazione della misura cautelare della custodia nei confronti della persona di cui è stata domandata la consegna, secondo quanto disposto dall'art. 11 della l. n. 237/2012.
Lo Statuto di Roma contempla pure un'altra misura di carattere urgente e provvisorio, *ex* art. 92, autorizzando la Corte penale internazionale a invocare la limitazione, anche prima della presentazione formale della istanza di consegna e della relativa documentazione giustificativa. La peculiarità di questo istituto risiede nelle modalità di trasmissione ed esecuzione della richiesta. Come prevede l'art. 87 dello Statuto, la domanda di arresto provvisorio può essere veicolata attraverso Interpol, consentendo così un'esecuzione immediata da parte della polizia giudiziaria nazionale. Trattandosi tuttavia di una misura eseguita su iniziativa degli organi di polizia, diviene necessaria la successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria. Di qui la controversa applicazione dell'art. 716 Cpp, norma interna dettata originariamente in materia di

[26]In analogia con il caso della Repubblica Centroafricana: CAR I del 2002 aggiornato con CAR II.
[27] È la tesi di R. Piccirillo, *Il caso Almasri*, 1461 ss.

estradizione, ma richiamata dall'art. 3 della l. n. 237/2012, per estensione analogica al procedimento di consegna alla Corte penale internazionale.
L'applicazione provvisoria della misura cautelare è disciplinata dall'art. 14 l. n. 237/2012. Tale disposizione opera specificamente nel contesto delineato dall'art. 92 dello Statuto, ossia nell'ipotesi in cui la Corte penale internazionale abbia richiesto e ottenuto l'arresto provvisorio da parte della polizia italiana.
Al di là delle modalità di esecuzione che possono variare anche in riferimento alla legislazione dello Stato richiedente, il sottostante obbligo di provvedere immediatamente all'arresto e alla consegna non muta di contenuto cogente[28].
Il Ministro della Giustizia italiano ha appreso informalmente il 19 gennaio, tramite *e-mail* di un funzionario Interpol a un dirigente del suo Dipartimento, dell'arresto a Torino del generale libico da parte della DIGOS. Il giorno dopo, 20 gennaio, il Procuratore Generale di Roma ha trasmesso gli atti della CPI al Ministro, nonostante l'arresto fosse già eseguito.
Il 21 gennaio la Corte d'appello di Roma è stata chiamata a pronunciarsi sulla richiesta di scarcerazione dal difensore di Almasri, previo parere del Procuratore generale. Quest'ultimo, ricevuti gli atti dal collega torinese (competente per territorio, essendo l'arresto avvenuto nel suo distretto), ha sollevato dubbi sulla legittimità dell'esecuzione da parte della polizia giudiziaria sulla base della *red notice* Interpol emessa dalla Corte penale internazionale. Nell'ottica della Procura generale si sarebbe trattato di un arresto *irrituale* perché effettuato senza il preventivo coinvolgimento del Ministro della giustizia, imposto dal più volte citato art. 2 l. n. 237/2012, che attribuisce al Ministro la competenza esclusiva sui rapporti di cooperazione tra lo Stato italiano e la Corte penale internazionale. In sostanza, nonostante il Ministro fosse stato informato tempestivamente (il 20 gennaio 2025, dopo che la Questura di Torino aveva trasmesso gli atti il 19 gennaio), non erano state assunte iniziative ministeriali, per cui bisognava disporre la scarcerazione.
La Corte d'appello di Roma condivideva l'impostazione dell'accusa e, con un provvedimento interinale, senza neppure procedere all'identificazione dell'arrestato (rimasto a Torino), dichiarava il non luogo a provvedere sulla convalida e disponeva l'immediata scarcerazione. A detta dei giudici di appello la restrizione sarebbe stata eseguita, sostanzialmente, applicando l'art. 716 Cpp, norma propria delle procedure estradizionali che disciplina l'arresto provvisorio d'urgenza da parte della polizia giudiziaria e che consente l'arresto quando sia stata presentata domanda e ricorrano le condizioni dell'art. 715 co. 2 Cpp (esistenza di un provvedimento restrittivo, intenzione di richiedere l'estradizione, descrizione dei fatti e del reato, pericolo di fuga).
Previsione, tuttavia, non applicabile alle procedure di consegna alla Corte penale internazionale perché l'art. 11 della l. n. 237/2012 non prevede espressamente l'arresto di iniziativa della polizia giudiziaria, configurandosi sul punto come disciplina esaustiva.
Da un canto dunque l'applicabilità dell'art. 2, che attribuirebbe al Ministro la competenza esclusiva ed impedirebbe restrizioni della libertà senza la preventiva interlocuzione con la Procura generale di Roma; dall'altro, la non invocabilità dell'art. 3 della l. n. 237/2012, che richiama le disposizioni codicistiche sull'estradizione (compresi i titoli II, III e IV del libro XI Cpp, dove si colloca l'art. 716) applicabili solo «ove non diversamente disposto dalla presente legge e dallo Statuto»: a detta della Corte d'Appello, in sintesi, il silenzio dell'art. 11 sull'arresto di iniziativa corrisponderebbe a una precisa scelta legislativa, secondo il principio *ubi lex voluit dixit; ubi noluit tacuit*.

[28] Lo afferma chiaramente C. Meloni, *La Corte penale internazionale apre una procedura contro l'Italia per la mancata consegna del ricercato Osama Almasri, arrestato in Italia su mandato della Cpi e rilasciato,* in *RIDPP* 2025, 675.

Soluzione, questa, criticata tecnicamente da molti commentatori[29], anzitutto quanto alla scelta dell'irritualità alle alternative decisorie sulla convalida[30], nonché alle modalità del rito cartolare d'appello, alla portata attribuita alle disposizioni in materia di estradizione, allo schema dell'arresto eseguito sulla base della *red notice*, alla superfluità della disciplina autonoma dell'arresto d'urgenza *ex* art. 11[31]. Il timore comune di queste letture individuava nell'esegesi della Corte di appello una possibile paralisi dell'esecuzione dei mandati di arresto della CPI sul territorio italiano[32].

Intorno alla possibilità della polizia di agire d'ufficio in emergenza per rischio di fuga o per converso attendere l'*iter* ministeriale, si sono dunque contrapposte due interpretazioni.

La lettura della Corte d'appello che esclude ogni iniziativa autonoma della polizia e considera la l. n. 237/2012 una disciplina speciale e autosufficiente – con i suoi tre passaggi obbligatori (ricezione atti dal Ministro, trasmissione a PG Roma, richiesta cautelare alla Corte) e l'esclusività del ruolo ministeriale *ex* art. 2 – e non ammette deroghe né rinvii al codice di rito *ex* art. 3, se non per vere lacune, assegnando una prevalenza della forma rigida strettamente ancorata al tenore testuale delle disposizioni nonché rendendo illegittimo qualsiasi arresto *on the spot* fuori da questo schema[33].

La tesi pragmatica che ha avvalorato invece il potere d'iniziativa della polizia, valorizzato il rinvio esplicito dell'art. 3 L. 237/2012 al Libro XI Cpp (incluso l'art. 716 per urgenze) che consente arresti immediati con coinvolgimento *ex* post del Ministro per sanare il vizio procedurale. Tale seconda visione privilegia la sostanza contro l'impunità per crimini internazionali, evita paradossi irragionevoli come ritardi per probabile fuga e si fonda sugli obblighi costituzionali (art. 117 Cost.) derivanti dallo Statuto di Roma, dove la forma deve cedere al dovere ineludibile di esecuzione[34].

Un punto cruciale della questione risiede nella distinzione strutturale tra *estradizione* e *consegna* alla CPI, presente nello Statuto e resa evidente dall'informativa del 5 febbraio 2025 del Ministro della giustizia, il quale ha rifiutato di dare seguito alla richiesta della Corte ritenendo che la legge di cooperazione non gli attribuisse un ruolo meramente notarile[35].

In realtà, come ampiamente chiarito, lo Statuto di Roma e la legge di cooperazione[36] sembrano ridurre al minimo la discrezionalità governativa e i motivi di rifiuto: l'uso del termine

---

[29] M. Caianiello - C. Meloni, *Caso Almasri: una discutibile interpretazione*, cit.; V. Bolici - A. Di Martino, *La pagliuzza e la trave: il caso Almasri*, in *www.questionegiustizia.it*, 25.1. 2025; M. Chiavario, *L'eclissi del diritto. L'amarezza e lo sconcerto*, in *Avvenire*, 23.1. 2025; A. Nappi, *Fare chiarezza sul caso Almasri*, in www.questionegiustizia.it, 3.2. 2025; K. Gavrysh, *Un po' di chiarezza sulla mancata consegna di Osama Elmasry Njeem alla Corte penale internazionale*, in *SIDIBlog*, 24.1. 2025; L. Parsi, La *Corte d'appello di Roma ordina la scarcerazione di Al Masri: alcune riflessioni sull'esecuzione da parte delle autorità italiane dei mandati di arresto emessi dalla Corte Penale Internazionale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 25.1.2025; L. Poltronieri Rossetti, *The failure to arrest and surrender Osama Elmasry Njeem: That Awful Mess in Rome*, in https://www.ejiltalk.org/, 27.1. 2025; G. Vanacore, *La scarcerazione del generale libico Elmasri. Nota critica alla interpretazione resa dalla Corte di appello di Roma sull'art. 11 della legge di cooperazione tra l'Italia e la Corte penale internazionale*, in *www.sistemapenale.it*, 27.1. 2025;

[30] Pure pronunciandosi favorevolmente sottolinea il problematico ricorso alla irritualità G. Colaiacovo, *L'art. 716 Cpp non è applicabile alla procedura cautelare per la consegna di una persona ricercata dalla Corte penale internazionale. Un appunto in controtendenza sul caso Almasri*, in *RPDProc.*, 10.2.2025. Assai più critici i toni di C. Tarfusser, *Il caso Al-Masri, ovvero come distruggere la già ridotta credibilità di un Paese*, in *questa rivista*, 13.2.2025, 6.

[31] Una sintesi delle critiche in R. Piccirillo, *Il caso Almasry*, cit., 1463.

[32] C. Tarfusser, *op. cit*., 5.

[33] Corte app. Roma, sez. IV penale, Ord. 21.1. 2025, in materia di consegna *ex* lege 237/2012, cit., 3.

[34] M. Caianello, c. Meloni, *Caso Almasri*, cit.; P. Dubolino, *Caso Almasri*: unicuique suum, in *RP* 2025, 201; L. Parsi, La *Corte d'appello di Roma,* cit.

[35] V. il Resoconto stenografico della seduta della Camera dei deputati del 5.2. 2025, 3.

[36] Richiamava da subito a una interpretazione sistematica dello statuto e della legge M. Miraglia, *Il procedimento*

"consegna" (*surrender/remise*), anziché "estradizione", segnala il carattere vincolato dell'adempimento da parte dello Stato, concepito come "braccio operativo" della Corte a seguito di una cessione di sovranità giurisdizionale e a ragione della alterità della procedura innescata dalla CPI rispetto alle forme " ordinarie" di cooperazione giudiziaria[37].
Gli artt. 4 e 11 l. n. 237/2012 non contemplano margini decisionali del Ministro nell'inoltro delle richieste, e l'art. 13 co. 7 usa il verbo "provvede" – non "decide nel merito" – per qualificare l'atto conclusivo della consegna. In questa direzione la funzione di trasmissione del Ministro, prevista dall'art. 4, va calata nel contesto dei doveri di cooperazione con l'organo giurisdizionale internazionale – canone ermeneutico centrale della vicenda – ed egli dovrebbe dare seguito, in via doverosa e sollecita, alle richieste di consegna. L'applicazione residuale delle norme sull'estradizione impone altrettanti adattamenti improntati alla massima semplificazione, poiché esse sono pensate per rapporti orizzontali tra Stati, mentre la CPI opera su un piano gerarchicamente sovraordinato, una cooperazione verticale appunto, finalizzata alla repressione dei crimini internazionali[38].
Subordinare l'arresto immediato (previsto dall'art. 92 dello Statuto per i casi urgenti) alla previa intercessione del Ministro attribuirebbe all'esecutivo un anomalo potere di *screening* cautelare, tale da vanificare l'obbligo di tempestiva cooperazione previsto dallo Statuto di Roma.
Non sembra del resto potersi porre in dubbio la possibilità di utilizzo da parte della CPI della *red notice* Interpol, prevista dall'art. 87 (1) lett. *b)*, per favorire arresti urgenti, praticato anche nelle estradizioni "ordinarie" fondate su reciprocità e cortesia internazionale, come confermato dall'art. 696 Cpp, norma omologa all'art. 3 della l. n. 237/2012[39].
Infatti, pure nei casi in cui un trattato di cooperazione non disciplini espressamente l'arresto urgente[40] (come nel trattato UE-USA del 2003), continua ad applicarsi l'art. 716 Cpp, grazie alla clausola di rinvio generale dell'art. 696 Cpp che fa salva solo l'eventuale diversa regolazione convenzionale: poiché la l. n. 237/2012 sulla cooperazione con la CPI non contiene una disciplina alternativa, ma semplicemente tace sull'arresto urgente, le regole codicistiche restano pienamente operative[41]. Un'ulteriore conferma di ciò sarebbe fornita dal caso Abedini[42], in cui la polizia ha proceduto all'arresto e al trattenimento sulla base di una *red notice* statunitense, seguita dalla richiesta di mantenimento del Ministro, proprio in applicazione dell'art. 716 Cpp.
Non potrebbe pertanto logicamente legittimarsi una lettura riduttiva derivante dalle norme estradizionali rispetto a contenuti di un obbligo estensivo di realizzazione dell'arresto richiesto dalla CPI.

---

di consegna, in *questa rivista* 2013, n. 3, 811.
[37] A. Di Martino, *La decisione*, cit., 2. Nello stesso senso, in sede di primo commento alla legge n. 237 del 2013, C. Pividori, *La legge italiana di adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *Rivista AIC* 2014, n. 1, 7; adesivamente C. Tarfusser, *Il caso Al-Masri*, cit., 7 e A. Nappi, *Caso Almasri: il governo in parlamento*, in *www.sistemapenale.it*, 7.2. 2025, 1.
[38] C. Ragni, *Il coordinamento delle norme procedurali interne con la specificità degli obblighi previsti dallo Statuto*, in *questa rivista* 2013, n. 3, 751 ss.
[39] Sulla funzione sussidiaria e integratrice delle norme codicistiche rispetto alle previsioni internazionali vedi G. Barrocu, *sub art. 696* Cpp, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso- V. Grevi- L. Giuliani, G. Illuminati, Milano 2025, 3210.
[40] Converge sulla esattezza dell'arresto su *red notice* C. Tarfusser, *Il caso Almasri*, cit., 3.
[41] Cfr. M. Caianiello - C. Meloni, op. cit.; concorda G. Lambrini, *Errori ed orrori nella vicenda Almasri: il ruolo del Ministro della giustizia e i limiti della ragion di Stato*, in *Rivista AIC*, 1. 4. 2025, 47.
[42] Ricostruzioni in G. Colaiacovo, *Il caso Abedini e i poteri cautelari del Ministro della giustizia nel procedimento di estradizione passiva*, in *RPDProc*, 13.1. 2025; A. Nappi, *Caso Abedini: cronaca di un'estradizione negata*, in *www.sistemapenale.it*, 20. 1. 2025.

Altrettanto chiaro risulta che, una volta convalidato l'arresto provvisorio, il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma sia tenuto a richiedere, ai sensi dell'art. 11 l. n. 237/2012, l'applicazione provvisoria della misura cautelare anche qualora la richiesta formale di consegna non sia ancora pervenuta. In tal modo, l'art. 14 l. n. 237/2012 vale a integrare e adattare al contesto della cooperazione internazionale penale le disposizioni previste dall'art. 716 Cpp in materia di estradizione, garantendo la continuità della restrizione della libertà personale nelle more del perfezionamento del procedimento di consegna.
Quanto ai confini del controllo che l'autorità giudiziaria nazionale può esercitare sui provvedimenti della Corte penale internazionale, come detto, l'art. 59 (4) dello Statuto, interpretato in coordinamento con l'art. 58 (1) lettere *a)* e *b)*, chiarisce espressamente che l'autorità nazionale richiesta non è in alcun caso abilitata a verificare né la necessità dell'arresto né il fondamento probatorio della richiesta. Anche tale preclusione risponde all'esigenza di salvaguardare l'autonomia e l'effettività della giurisdizione penale internazionale, in modo da impedire che il vaglio dei giudici interni possa trasformarsi in un ostacolo all'esercizio delle funzioni della Corte, paralizzandone l'azione.
Ciò è puntualmente avvenuto poiché a seguito del non luogo a provvedere della Corte romana, il 21 gennaio 2025, Almasri è stato rimpatriato a bordo di un aereo di Stato, che era stato predisposto addirittura la stessa mattina, prima della scarcerazione, fatto anche quest'ultimo ricondotto «tra quelle iniziative a carattere preventivo, e quindi aperte ad ogni possibile scenario […]»[43]. A rilento sono emersi (non espliciti ma eloquenti) argomenti di sicurezza nazionale richiamati nel provvedimento di espulsione del Ministro Piantedosi: «dati i profili di pericolosità riconducibili al soggetto e per i rischi che la sua permanenza in Italia avrebbe comportato, soprattutto con riguardo a valutazioni concernenti la sicurezza dei cittadini italiani e degli interessi del nostro Paese all'estero, in scenari di rilevante valore strategico, ma, al contempo, di enorme complessità e delicatezza», trattandosi di situazioni che implicano profili di «tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico di tale rilevanza»[44].
Nel complesso considerati, il silenzio del Ministro della giustizia, l'operato del Procuratore generale e della Corte di Appello, il provvedimento di espulsione del Ministro dell'Interno hanno finito per svilire la portata delle disposizioni dello Statuto posto a base della l. n. 237/2012 (e, in via sussidiaria, delle norme codicistiche), trascurando: *a)* il dovere degli Stati di dare immediata esecuzione alle richieste di arresto e consegna *ex* art. 59 Statuto; *b)* il dovere di piena cooperazione nelle indagini e nei procedimenti (art. 86[45]); *c)* l'obbligo di predisporre meccanismi di arresto provvisorio d'urgenza in attesa della richiesta formale di consegna (art. 92)[46].
Guardando anche agli sviluppi successivi, l'interpretazione restrittiva adottata dalle autorità italiane, in contrasto con il dato letterale, con la *ratio* politico-giuridica internazionale e con la logica dello Statuto istitutivo della Corte, è parsa pure violativa dell'art. 31, par. 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati, nonché in frizione con gli obblighi derivanti dalla Convenzione contro la tortura[47], dalla quale pure sarebbe possibile inferire indicazioni utili per l'estradizione e l'arresto[48].

---

[43] Si veda l'informativa alla Camera del Ministro Piantedosi, Resoconto stenografico 422, seduta di mercoledì 5.2. 2025, 11.
[44] Ancora l'informativa alla Camera del Ministro Piantedosi, loc. cit.
[45] Sul contenuto dell'obbligo e sulla necessaria diligenza statale nell' adempierlo C. Kreß, K. Prost, *Artt. 86- 88,* in K. Ambos (ed.), *Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, cit., 2455 ss., 2493 ss.
[46] V. Bolici – A. Di Martino, *La pagliuzza e la trave*, cit.
[47] M. Caianiello - C. Meloni, *op. cit.,* 3.
[48] Secondo A. Procaccino, *La centralità*, cit., 90 ss., anziché rifiutare la consegna senza alternative, si poteva estradare o processare in Italia, applicando alternativamente l'art. 4 della l. 110/2017, che prevede l'estradizione

5. Le tensioni tra diritto interno e obblighi internazionali racchiusi nella vicenda Almasri hanno prodotto numerose altre conseguenze negative. Al danno all'immagine dell'Italia, paese distintosi in passato per l'azione politico-culturale che aveva condotto alla firma dello Statuto[49] di Roma, va aggiunto il grave *vulnus* alla giustizia per le vittime, tratto centrale della giurisdizione internazionale, derivante dalla situazione di stallo seguita al mancato arresto del generale libico[50], tanto da indurre ad avanzare contro il nostro Paese anche un ricorso davanti alla Corte europea dei diritti dell'Uomo per mancata cooperazione nelle indagini con la CPI[51].
Il 17 ottobre 2025, la Camera preliminare I della Corte penale internazionale ha ritenuto sussistente la violazione da parte dell'Italia degli obblighi di cooperazione sanciti dall'art. 87 par. 7 Statuto di Roma[52], rimandando a un secondo momento la decisione sul deferimento dello Stato all'Assemblea degli Stati parti (*Assembly of States Parties*, ASP) ovvero al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (*United Nations Security Council*, UNSC), sempre ai sensi dell'art. 87 dello Statuto. Il 26 gennaio del 2026 è intervenuta la pronuncia di deferimento del nostro Paese all'Assemblea degli Stati parti[53].
Nel confermare la sussistenza dello specifico obbligo di esecuzione[54], si è dato conto che l'Italia non ha agito con dovuta diligenza né utilizzato tutti i mezzi ragionevoli per eseguire la richiesta di arresto, con ciò respingendo le motivazioni nazionali, tra le quali spiccano l'illegittimità dell'arresto da parte della polizia giudiziaria (ai sensi della l. n. 237/2012), una presunta richiesta di estradizione libica concorrente (non notificata come previsto dall'art. 90 Statuto di Roma) e l'esistenza di incongruenze formali nel mandato (errori tipografici corretti successivamente, mancata traduzione).
Punti focali dell'inadempimento contestato all'Italia dalla CPI sono la violazione dell'obbligo di consultazione con la Corte (art. 97 Statuto di Roma) e l'invocazione astratta di motivi di sicurezza nazionale senza giustificazioni valide, impedendo in questo modo alla CPI di esercitare le sue funzioni.
Il metodo della consultazione con la CPI avrebbe dovuto essere senz'altro seguito rispetto ai rilievi, formulati solo *ex post* dal Ministro al Parlamento, sulla precisione delle date di commissione dei crimini all'interno del provvedimento originario; rilievi che, alla prova del

---

per reati di tortura, come norma speciale rispetto alla procedura ordinaria di consegna alla CPI, ovvero attivare un procedimento penale in Italia per tortura *ex* art. 7 co. 5 c.p., usando il mandato CPI come "informazione" ai sensi dell'art. 6 della Convenzione ONU. Questo avrebbe permesso di applicare misure cautelari ed, eventualmente, di sollevare un'eccezione di improcedibilità davanti alla CPI invocando il principio di complementarità (art. 19 Statuto di Roma) o il *ne bis in idem* (artt. 17 e 20).

[49] G. Conso, *La Corte Penale Internazionale: ratifica dello statuto istitutivo da parte degli Stati nel quadro di un nuovo ordinamento federale mondiale fondato sulla teoria dell'accordo*, in *TRom* 2000, fasc. 3, 1094 ss.; G. Vassalli, *Statuto di Roma: Note sull'istituzione di una Corte penale internazionale*, in *RISPI* 1999, Vol. 66, n. 1 (261) 9 ss.

[50] C. De Marziis, *Il diritto alla riparazione delle vittime di gravi illeciti internazionali: a margine del caso "Congo c. Uganda" - The Right to Reparation of Victims of Serious Violations of International Law: The "Congo v. Uganda" Case*, in *DUDI* 2024, 165 ss.

[51] La proposizione del caso è sintetizzata da M. Bause, *Italy to answer to European Court of Human Rights after failure to surrender suspected Libyan torturer to the ICC Survivor of Almasri's abuse at detention site files complaint* (https://www.ecchr.eu/pressemitteilung/italy-to-answer-to-european-court-of-human-rights-after-failure-to-surrender-suspected-libyan-torturer-to-the-icc/, 14.10.2025).

[52] International Criminal Court, Pre-Trial Chamber, 17.10. 2025, cit.; valuta la sussistenza della violazione C. Meloni, *La Corte penale internazionale*, cit., 674 ss.

[53] La decisione (*Pre Trial Chamber 1: Decision to refer Italy's non-compliance with a request for cooperation to the Assembly of States Parties*, 26.1. 2026), assunta a maggioranza con un' opinioni dissenziente (Motoc) e concorrente (Liera), è leggibile in *www.sistemapenale.it*, 28.1. 2026.

[54] International Criminal Court, Pre-Trial Chamber I, 17.10. 2025, loc. cit.

confronto tra il mandato del 18 gennaio 2025 e la versione corretta del 24 gennaio 2025, si riducono sostanzialmente a una sola modifica significativa nel paragrafo 100 delle conclusioni (2015, anziché 2011 come data iniziale), a fronte di poche altre correzioni meramente formali[55].
Il fatto che non siano state mai dimostrate le presunte gravi difformità e che il Procuratore della Corte penale internazionale qualifichi tali variazioni come "*minor corrections*" facilmente emendabili tramite l'imposta consultazione dialogica, conferma che non si tratterebbe di vizi radicali del mandato, ma piuttosto di mere irregolarità rettificabili entro il circuito cooperativo previsto dallo Statuto[56].
Trincerarsi dietro baluardi formali per non dare esecuzione al mandato è apparso alla CPI poco convincente, seppure abbia rappresentato una strategia utile e idonea (data anche la sovrapposizione con la procedura estradizionale interna) a fornire più di un *commodus discessus* argomentativo.
Tutta la vicenda, ponendosi in una prospettiva *ex post*, avrebbe potuto svilupparsi diversamente anche in assenza di intervento ministeriale: l'arresto sulla base della *red notice* e dell'informativa di Torino, già corredato dal mandato e dalla richiesta di arresto provvisorio, poteva essere convalidato *ex* art. 716 Cpp, senza necessità di impulso ministeriale, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte di appello romana[57] nell'interpretare in modo rigido i tre passaggi imposti dalla legge attuativa[58].
L'arresto urgente, istituto interno di attuazione dell'art. 92 StCPI, permette la restrizione prima che pervenga la richiesta formale di consegna (artt. 87, 92 StCPI); una volta convalidato l'arresto, il Procuratore generale di Roma avrebbe dovuto chiedere la misura cautelare provvisoria ai fini della consegna (art. 14 l. 237/2012), competenza per cui la legge, come detto, non prescrive un previo *nulla osta* ministeriale. La richiesta sarebbe quindi stata valutata dalla Corte di appello in base agli artt. 58 e 59 StCPI, che impediscono un sindacato su gravità e necessità della cautela.
In nessun caso, dunque, il canale ministeriale sarebbe stato necessario per trasmettere gli atti, intervenendo solo in snodi puntuali (consenso alla consegna, eccezioni di giurisdizione, decreto finale e comunicazione dell'esecuzione della misura). Né, va ribadito, la mancata richiesta ministeriale di mantenimento della misura cautelare avrebbe potuto incidere sulla possibilità di procedere, in seguito alla cessazione della restrizione dopo dieci giorni, da parte del Procuratore

[55] https://www.icc-cpi.int/.
[56] La Public redacted version of the Prosecution's request for a finding of non-compliance under article 87(7) against the Republic of Italy for the release of Osama Elmasry/Almasri Njeem, 25.2. 2025, è leggibile in *www.sistemapenale.it*, 26.2. 2025, 12, con nota di M. Crippa, *Caso Elmasry: il procuratore della CPI chiede di accertare la violazione degli obblighi di cooperazione da parte dell'Italia per il mancato arresto*.
[57] Per R. Piccirillo, *Il Caso Almasri*, 1466 e A. Nappi, *Caso Almasri*, cit., 2: la Corte d'appello di Roma, che aveva ricevuto gli atti dalla Questura di Torino, avrebbe potuto convalidare il fermo a norma dell'art. 716 Cpp e il Procuratore generale avrebbe dovuto richiedere l'applicazione provvisoria della misura cautelare a norma dell'art. 14 l. n. 237/2012; concorda M. Chiavario, *L'eclissi del diritto. L'amarezza e lo sconcer*to, ne *L'Avvenire*, 23.1. 2025, 1 e 14, che invoca, l'applicabilità dell'art. 716 Cpp, considerando incomplete le previsioni della legge n. 237 del 2012, come già chiarito in M. Chiavario – A. Perduca, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Torino 2022, 281; *contra*, G. Colaiacovo, *L'art. 716 non è applicabile*, cit., 2, secondo cui l'applicazione estensiva della previsione codicistica amplificherebbe i poteri *de libertate* del ministro in spregio dei postulati della cooperazione internazionale.
[58] Corte app. pen. Roma, sez. IV, ord., 21.1. 2025 n. 11, cit., ribadisce in questi termini la scansione: «1. ricezione degli atti da parte del ministro della giustizia, "al quale compete di ricevere le richieste provenienti dalla corte e di darvi seguito" (art. 2 (1); 2. trasmissione degli atti dal ministro della giustizia alla procura generale presso la corte d'appello di Roma ("il procuratore generale presso la corte d'appello di Roma, ricevuti gli atti, ... omissis) art. 11 (1); 3. richiesta del procuratore generale alla corte d'appello, per l'applicazione della misura cautelare ("ricevuti gli atti, chiede alla medesima corte d'appello l'applicazione de/la misura della custodia cautelare") art. 11 (1)».

generale anche a fronte dell'inerzia politica[59], replicando lo schema del rapporto di autonomia tra art. 390 ss. Cpp e art. 291 ss. Cpp nel contesto dell'art. 716 Cpp, ove pure si distingue una fase intesa alla verifica di legittimità della restrizione urgente o d'iniziativa da una fase intesa all'emissione della misura.
Il titolo cautelare poteva resistere e persistere[60], come ribadito dal Procuratore Kahn, nella richiesta di constatazione dell'infrazione dell'art. 87 par. 7 StCPI[61] e riconosciuto dalla CPI nel deferimento successivo[62].
Anche ammesso che la Corte d'appello di Roma avesse fatto bene a non convalidare l'arresto del 19 gennaio 2025, sulla base di una lettura restrittiva della l. n. 237/2012, il Ministero della giustizia avrebbe comunque dovuto rispondere alla richiesta del Procuratore generale del 20 gennaio 2025. La trasmissione – che gli artt. 4 e 11 l. 237/2012 impongono al Ministro – avrebbe consentito alla Corte d'appello di Roma di disporre nuovamente la detenzione cautelare di Almasri[63], ai sensi dell'art. 11 l. n. 237/2012, e di adempiere così al dovere di cooperazione[64] dell'Italia verso la Corte.
Nella condivisibile prospettiva della CPI, i contrasti o i difetti di coordinamento tra i poteri italiani coinvolti (esecutivo e giurisdizionale) non possono giustificare l'omessa cooperazione né la mancata informazione della CPI sulla prospettiva di espulsione del generale, che ritornato in Libia e favorito dalla sua rete di protezione, poteva presumibilmente pregiudicare le indagini e mettere a rischio vittime e testimoni[65].
In questa direzione, sulla base della gravità e molteplicità delle violazioni, del livello politico delle scelte e del mancato riconoscimento di responsabilità nazionali[66], il nostro Paese, non avendo eseguito correttamente la richiesta della Corte per l'arresto e la consegna di Almasri mentre si trovava sul territorio nazionale e, soprattutto, non avendo avviato le necessarie consultazioni con la CPI per risolvere le presunte erroneità legate al mandato di arresto e alla

[59] Pone l'accento sul ruolo del Procuratore generale A. Nappi, *Fare chiarezza sul caso Almasri*, in *www.questionegiustizia.it*, 3.2. 2025.
[60] Convergono sul punto con motivazioni differenti C. Meloni - M. Caianello, *Caso Almasri: una discutibile interpretazione*, cit., 3 ss.; G. Vanacore, *La scarcerazione del generale libico Elmasry*, 2; K. Gavrysh, *Un po' di chiarezza*, cit., 5.
[61] Leggibile integralmente in *https://www.sistemapenale.it/it/notizie/caso-elmasry-il-procuratore-della-cpi-chiede-di-accertare-la-violazione-degli-obblighi-di-cooperazione-da-parte-dellitalia-per-il-mancato-arresto*.
[62] Cfr. *Pre Trial Chamber 1: Decision to refer Italy's non-compliance with a request for cooperation to the Assembly of States Parties*, 26.1. 2026), cit., 7.

[63] F.P.Garzone, *Perché è stato rilasciato il capo della polizia libica accusato di tortura. Motivazioni giuridiche del provvedimento e sua inevitabilit*à, in *RP* 2025, 1 ss., ritiene che la Corte di appello avrebbe comunque potuto disporre la misura custodiale richiesta dalla Corte Penale Internazionale qualora, *medio tempore*, al netto di ogni valutazione giuridica e politica di competenza, il Ministro della Giustizia ne avesse fatto istanza al Procuratore Generale della Repubblica e questi ne avesse, conseguentemente, richiesto l'applicazione alla Corte d'appello di Roma.
[64] B. Broomhall, C. Kreß, *Implementing Cooperation Duties under the Rome Statute: A Comparative Synthesis*, in C. Kreß *et al. (*Eds.*), The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. II: *Constitutional Issues, Cooperation andEnforcement*, Baden-Baden/Ripa di Fagnano Alto 2005, 525 ss. V. anche M. Castellaneta, *La cooperazione tra Stati e tribunali penali internazionali*, cit., 22; E. Zanetti, "*La cooperazione con la Corte penale internazionale nella legge italiana di adeguamento* (l. n. 237 del 2012)", in *PPG* 2013, 81 ss.
[65] P. Sansonetti, *Almasri è libero*?, ne *L'unità*, 4.12.2025, adombra la possibilità che il generale libico non sia realmente detenuto.
[66] La Camera (a maggioranza, con il dissenso della giudice Flores Liera) ha chiesto all'Italia, entro il 31 ottobre 2025, informazioni su eventuali procedimenti interni rilevanti e sul loro possibile impatto sulla futura cooperazione nelle richieste di arresto e consegna, prima di decidere se deferire l'inadempimento all'Assemblea degli Stati parti o al Consiglio di sicurezza ONU.

richiesta concorrente di estradizione, è venuto meno agli obblighi derivanti dallo Statuto, impedendo all'organo di giustizia di esercitare le proprie funzioni.
Le argomentazioni italiane sono state ritenute contraddittorie e prive di giustificazione sia per l'assenza di previo coinvolgimento del Ministro sia per la concorrente richiesta libica di estradizione, comunicata tardivamente e comunque non sfociata in una vera procedura estradizionale. Gli addotti "errori" nel mandato di arresto sono stati qualificati dalla Corte penale internazionale come meri refusi tipografici, non idonei a incidere sulla validità del mandato né sulla responsabilità individuale di Almasri; irrilevante altresì la presenza di un voto dissenziente interno alla Corte[67]. Particolarmente censurata la scelta di espellere il soggetto in Libia, pur ritenuto pericoloso per gravi crimini nello stesso Paese, senza informare tempestivamente la stessa Corte penale internazionale.
L'atto d'accusa di ottobre della CPI ai danni dell'Italia ha contestato, nello specifico, pure l'affermazione del Ministro dell'Interno di procedere all'espulsione «per motivi di ordine pubblico e di sicurezza nazionale», evocando un possibile stato di necessità, ai sensi dell'articolo 25 del progetto sugli illeciti internazionali della Commissione di diritto internazionale.
La Corte internazionale ha respinto tale ulteriore argomento osservando che «le questioni di diritto interno non possono essere invocate da uno Stato Parte per giustificare la non conformità» e, nel punto 54, la decisione ha formulato la propria conclusione con parole di singolare severità: «L'Italia non ha agito con la dovuta diligenza e non ha utilizzato tutti i mezzi ragionevoli a sua disposizione per ottemperare alla richiesta di cooperazione»[68].
Si tratta di un monito rigoroso, all'interno del quale l'inadempimento delle regole di cooperazione non costituirebbe un semplice errore procedurale, ma un comportamento che compromette la capacità stessa della Corte di assicurare la giustizia internazionale e la supremazia degli obblighi collaborativi previsti dallo Statuto di Roma sul diritto interno, con conseguente invito a riesaminare le proprie procedure e a rafforzare il coordinamento tra Ministeri e magistratura per evitare un grave danno reputazionale all'Italia, Paese tradizionalmente baricentrico nel progetto della Corte penale internazionale e nella promozione del diritto penale internazionale dei diritti umani.
Tenuta ferma tale censura di inadempimento degli obblighi internazionali, il 26 gennaio 2026 la Camera penale ha rinviato l'Italia all'Assemblea degli stati parti attraverso il Presidente della Corte, in conformità all'art. 109 (4) del Regolamento[69].
Fra i diversi elementi problematici nella posizione nostrana si situa l'atteggiamento dell'Italia di subordinare la cooperazione a considerazioni relative agli interessi di sicurezza nazionale, alla propria posizione geopolitica e alla legislazione costituzionale e interna. In riferimento all'art. 88 dello Statuto infatti gli stati parti devono garantire procedure disponibili nel diritto nazionale per tutte le forme di cooperazione; non possono essere invocate questioni di diritto interno per giustificare il mancato rispetto di tali obblighi. Soprattutto, il *referral* mette in discussione le spiegazioni concrete fornite dal nostro Paese sull'impatto che i procedimenti interni in corso potrebbero avere sulla futura cooperazione in materia di arresto e consegna di sospettati.

[67] L'opinione parzialmente dissenziente della giudice Maria del Socorro Flores Liera riteneva insussistenti ragioni idonee a ritardare il deferimento dell'Italia all'ASP (*https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180cd01a1.pdf*).
[68] Si veda ancora il punto 54 della decisione CPI 17.10.2025.
[69] *Pre Trial Chamber 1: Decision to refer Italy's non-compliance with a request for cooperation to the Assembly of States Parties*, 26.1. 2026, cit., 4.

Insoddisfacente la comunicazione relativa alla improcedibilità sancita dal Parlamento italiano dell'azione proposta contro due Ministri e un Sottosegretario in base alla presunta salvaguardia di interessi costituzionalmente rilevanti dello Stato, così come la possibilità teorico astratta di una revisione della l. n. 237/2012, senza chiarire se e quando tale revisione avverrà.
Un altro aspetto critico evidenziato dalla maggioranza dei giudici internazionali nel gennaio del 2026 è che l'Italia non sembra essere stata completamente trasparente nella fornitura di informazioni alla Corte, con alcuni elementi contraddetti da altri dati disponibili. L'Italia non ha neppure dimostrato di volere collaborare in via successiva con la CPI come per esempio aveva fatto il governo sudafricano, in un caso nel quale aveva ritirato l'appello contro una sentenza interna che stabiliva l'obbligo di cooperare con la Corte[70].
Il limite opposto dal nostro Paese a un reale dialogo con la CPI, considerando gli ostacoli e le barriere sollevate in relazione al proprio diritto interno e tenendo conto della formulazione ambigua delle assicurazioni fornite, non rende possibile rispondere affermativamente alla domanda cruciale sul comportamento adempiente futuro del nostro Paese di fronte a una situazione simile, nella quale si chiedessero arresto e consegna di sospettati ricercati dalla Corte penale internazionale.
In sintesi, la gestione politica confusa del caso, le sovrapposizioni e gli svincolamenti pilateschi fra ministero e procura generale, la risposta nazionale di sostanziale deresponsabilizzazione di tutti gli attori politici coinvolti appaiono alla CPI tanto più deludenti perché riguardano la prima richiesta di cooperazione "ordinaria" per l'Italia che non ha neppure coinvolto complesse questioni sulle immunità dei capi di Stato.
Il deferimento appare tanto più grave perché si colloca in un clima di ossequio traballante e incerto del diritto internazionale che trascende la vicenda, segnato dalla crisi del multilateralismo, dalla diffidenza verso la giurisdizione internazionale[71] e da scelte di *realpolitik*, di cui sono indici sia gli attacchi politici alla Corte sia lo stallo interno sull'attuazione piena dello Statuto di Roma.
Un precedente tale da incoraggiare altri Stati a non cooperare, da minare la fiducia posta alla base delle relazioni giuridiche internazionali[72] e da riproporre i doppi *standard* di condotta già riscontrati quando emergono figure istituzionali di spicco, con differenze di trattamento e selettività basate su interessi geopolitici (nel caso di specie, gli accordi migratori con la Libia).

6. La vicenda Almasri si è rivelata intricata giuridicamente e divisiva politicamente, tale da disattendere l'ermeneutica *Court friendly*[73], dalla quale, oltre al discredito internazionale sulla

[70] La *Pre Trial Chamber 1: Decision to refer Italy's non-compliance with a request for cooperation to the Assembly of States Parties*, 26.1. 2026, cit., 7, fa espresso richiamo alla Decisione *ex* art. 87 co. 7 Statuto di Roma, sulla mancata compliance del Sud Africa in ordine alla richiesta di arresto e Consegna di Omar Al-Bashir, 6 .7. 2017, ICC-02/05-01/09-302 ('South Africa Decision'), par. 136-137.
[71] Si pensi da ultimo all'adozione, da parte degli Stati Uniti, di sanzioni nei confronti di giudici e procuratori della Corte Penale Internazionale, imposte per l'esercizio delle loro funzioni nel perseguire i responsabili di crimini internazionali, che ha provocato una reazione severa di molti giuristi: *https://www.sistemapenale.it/it/documenti/sanzioni-statunitensi-un-appello-di-oltre-300-giuristi-al-parlamento-europeo-a-difesa-della-corte-penale-internazionale-e-dei-suoi-giudici.*
[72] Sulla componente essenziale fiduciaria del diritto posta a base anche delle relazioni giuridiche internazionali e del mantenimento della pace cfr., per tutti, T. Greco, *Critica della ragione bellica*, Roma Bari 2025, 44, Id., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma Bari 2021, 88 ss., 99; esalta il contenuto indisponibile del diritto alla pace A. Ruggeri, *La pace come bene assoluto, indisponibile, non bilanciabile, il diritto fondamentale a goderne e il dovere di preservarla a ogni costo*, in *https://giurcost.org, 27.2. 2022*, II.
[73] I. Caracciolo, *Dal diritto penale internazionale al diritto internazionale penale. Il rafforzamento delle garanzie giurisdizionali*, Napoli 2000, 226 ss.

defezione italiana, sono scaturite dure condanne da parte di ONG[74] e organizzazioni per i diritti umani, fra queste *Human Rights Watch*[75] e *Amnesty International*[76].
Lo scalpore mediatico si è di nuovo riacceso a seguito della decisione della Germania di consegnare alla CPI un cittadino libico sospettato di torture: Khaled Mohamed Ali El Hishri[77], anche egli comandante del carcere Mitiga e, anche egli, accusato di aver commesso omicidi, torture, stupri e abusi a danno dei detenuti, tra cui principalmente persone migranti[78], quasi a rimarcare – comparativamente – la necessaria e preziosa collaborazione di altri Stati parti e, tra questi, di quelli fondatori, quale presidio efficace della giurisdizione della CPI.
Va precisato che dal 2002, i procuratori tedeschi possono esercitare la giurisdizione universale in base al VStGB (*Völkerstrafgesetzbuch*), avviando indagini e procedimenti penali per genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Nel 2024 il VStGB è stato modificato, in particolare riguardo alla violenza sessuale, che costituisce una modalità sia di commissione dei crimini contro l'umanità sia dei crimini di guerra. Inoltre, l'orientamento sessuale delle vittime è stato aggiunto come motivo di persecuzione, per colmare la lacuna punitiva esistente.
La regolamentazione, pilastro normativo su cui poggia l'impegno della Germania nel perseguire i crimini più atroci che colpiscono la coscienza dell'umanità, entrata in vigore il 30 giugno 2002, è nata dalla necessità di allineare l'ordinamento nazionale tedesco allo Statuto di Roma. In forza delle disposizioni interne, la magistratura tedesca ha il potere di indagare e processare i responsabili di crimini gravissimi ovunque siano stati commessi nel mondo, indipendentemente dalla nazionalità del colpevole o delle vittime. Il VStGB ha reso la Germania un "tribunale senza frontiere" per garantire che chi si macchi di atrocità internazionali non possa trovare rifugio o impunità in quel Paese, ma dando allo stesso tempo attuazione agli arresti imposti dalla CPI. Se la normativa interna puntuale ha contribuito a fare della Germania un Paese europeo *global enforcer* della giustizia penale internazionale, come dimostrano i numerosi processi contro funzionari siriani e membri di altre organizzazioni responsabili di crimini internazionali[79], altrettanto avvertito si mostra in quel Paese l'obbligo di cooperazione con la richiesta della CPI.
Da questa angolazione, sembra profilarsi una responsabilità politica aggiuntiva per l'Italia, dimostratasi pure incapace di attuazione interna del Codice dei crimini di guerra a partire dalle fattispecie dello Statuto[80].

---

[74] *https://www.fidh.org/en/issues/international-justice/international-criminal-court-icc/italy-s-failure-to-surrender-libyan-suspect-to-the-icc-is-a-breach-of.*

[75] *https://www.dire.it/29-01-2025/1119622-caso-almasri-human-rights-watch-bacchetta-litalia-larresto-dei-criminali-di-guerra-e-un-obbligo/*

[76] Cfr. l'intervista di Riccardo Noury, responsabile per l'Italia il 22.1.2025 https://www.repubblica.it/cronaca/2025/01/22/news/almasri_generale_libico_scarcerato_intervista_riccardo_noury-423953567/.

[77] La sintesi è della redazione di *www.questionegiustizia.com*, 4.11.2025, *I casi Al Buti e Almasri: due ministri, due governi a confronto.*

[78] Sintesi in *https://www.dire.it/02-12-2025/1200640-la-germania-ha-consegnato-aja-un-cittadino-libico-sospettato-di-torture/.*

[79] V. Bergmann, F. Blenk, N. Cojger, *Desecration of Corpses in Relation to § 8(1) no. 9 German Code of Crimes Against International Law (VStGB): The Judgment of the German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) of July* 27, 2017–3 StR 57/17, in *German Law Journal*, 17.3. 2021. Una visione di insieme in T. Darge, *Kriegsverbrechen im nationalen und internationalen Recht. Unter besonderer Berücksichtigung des Bestimmtheitsgrundsatzes, Völkerstrafrechts und der Kriegsverbrechen*, Wiesbaden 2010, 29 ss.

[80] Lo stadio di avanzamento dei lavori del Progetto Palazzo-Pocar con la relazione di accompagnamento, in *wwwsistemapenale.it*, 31.5.2022 aveva fatto ben sperare: https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1680273319_commissione- palazzo-pocar-articolato-31mag22-copia.pdf. Tentativi precedenti da parte delle Commissioni Pranzetti (1998), La Greca-Lattanzi (1999), Conforti (2002) e Scandurra (2002). Tra le iniziative parlamentari il progetto di legge n. 2724 (Kessler) 9.5. 2002; il

Oltre all'inadempimento *lato sensu* del dovere di cooperazione, il permanente *deficit* legislativo interno impedisce di tracciare eventuali priorità della giurisdizione domestica rispetto a quella complementare della Corte[81], che sarebbe chiamata in presenza di una legislazione nazionale a intervenire solo in caso di incapacità o indisponibilità dello Stato Parte a perseguire i crimini internazionali[82].
Nell'attuazione del diritto penale internazionale, nelle leggi penali nazionali e nella loro applicazione da parte dei tribunali, l'obiettivo primario in Germania sembra quello di non lasciare lacune di punibilità e quindi dare agli autori la possibilità di sottrarsi alla loro responsabilità penale, anche se si attendono ancora sviluppi giurisprudenziali capaci di meglio definire gli ambiti dell'intervento statale tedesco[83].
Insomma, le indicazioni comparatistiche e le inottemperanze nazionali sembrano amplificare l'elevato danno all'immagine dell'Italia, ribadito sia nella decisione della CPI del 17 ottobre 2025 che ha ritenuto la violazione, e sia nel successivo *referral* del 26 gennaio 2026 all'ASP .
Si è consapevoli che le misure atte a garantire l'adempimento degli obblighi di cooperazione in astratto di varia natura (per esempio, di censura o di pressione politica), nella prassi si limitino spesso a dichiarazioni formali e pressioni diplomatiche[84].
La visione realistica dei precedenti del CdS[85], che ha un potere di adottare misure vincolanti ai sensi del Capitolo VII della Carta ONU (es. sanzioni economiche o embargo) di debole esecuzione, a causa della paralisi politica del Consiglio di Sicurezza ONU e della mancanza di poteri sanzionatori diretti dell'ASP, induce a prevedere limitate conseguenze effettuali ai danni del nostro Paese.
Ma l'intervenuto deferimento all'organo delle Nazioni Unite che ha responsabilità per la pace e la sicurezza internazionale, costituisce comunque una conseguenza politica assai grave per l'Italia e per la sua storia rispetto alla CPI: una storia che ci aveva indotto, in un passato neppure tanto remoto, a guardare alla Corte de l'Aja quale «autentico fiore all'occhiello della civiltà giuridica» e a riconoscerla come l'«espressione più compiuta della giustizia sovranazionale»[86].

---

progetto di legge n. 1638 (Iovene) 24.7. 2002.

[81] La conferenza di Kampala ha consentito una sostanziale integrazione del concetto iniziale di complementarietà, negativo, legato all'inabilità o non volontà delle autorità nazionali, con quello, positivo, di auspicabile assistenza fra gli Stati parti alfine di adeguare i loro sistemi statali e sviluppare le capacità interne, così da rendere possibile, a livello nazionale, il perseguimento di crimini di competenza della CPI (RC/Res. 1.). Sulla cooperazione, è stato ribadito l'obbligo degli Stati parti di cooperare e di porre in essere, a livello nazionale, le misure necessarie ad attuare lo statuto nella legislazione interna e ogni altra misura diretta ad assicurare la cooperazione e l'assistenza richieste dalla CPI (RC/Declaration 2/2010 e ASP/2010 Res. 2)

[82] Critica l'inadempimento legislativo italiano anche seguito del vanificarsi della commissione di studio Palazzo-Pocar istituita *ad hoc* A. Vallini, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di legge organica sui crimini internazionali*, in *RIDPP* 2023, 91 ss.

[83] H. Farthofer, *Die Umsetzung von internationalem Strafrecht vor nationalen Gerichten*, in *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft* 2025, n. 5, 638.

[84] Cfr. C. Beaucillon, *Research Handbook on Unilateral and Extraterritorial Sanctions"*, Cheltenham 2021, 1 ss. Sul vuoto lasciato dall'ONU con un Consiglio di Sicurezza bloccato dai veti e sui tentativi degli Stati (soprattutto USA e UE) di colmare questa mancanza con sanzioni unilaterali, creando però conflitti di legalità internazionale; T. J. Biersteker- S.E. Eckert- M. Tourinho (Eds.) *Targeted Sanctions: The Impacts and Effectiveness of United Nations Action*, Cambridge 2016, ove si evidenzia che meno del 25% dei regimi sanzionatori ottiene i risultati sperati.

[85] J. Governa, *Il Caso Al-Bashir avanti la Corte Penale Internazionale. Il riferimento della Giordania all'Assemblea degli Stati Parte e al Consiglio di Sicurezza,* in *www.giurisprudenzapenaleweb*, 2018, 2.

[86] Sono rispettivamente le parole di G. Conso, *Un sogno che si avvera: la Corte Criminale Permanente*, in *Dir. uomo* 2001, 2-3, 5 e di M. Miraglia, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, cit., 2011, 1.

Nondimeno, nell'attuale clima generale di crisi e di addomesticamento del diritto internazionale[87], residua l'auspicio che il *referral* serva ad aumentare le pressioni internazionali sul nostro Paese "costringendolo" a rivedere al più presto le leggi interne, onde evitare ulteriore isolamento e perdita di credibilità.

7. Tra le vicende penali gemmate dal rimpatrio di Almasri va annoverata la decisione della Procura di Roma di iscrivere nel registro degli indagati la Capo di gabinetto del Ministero della Giustizia Giusi Bartolozzi con l'accusa di aver reso false informazioni (art. 371 *bis* c.p.) nel corso della sua testimonianza al Tribunale dei ministri. Da poco sono intervenute la conclusione delle indagini e la richiesta della difesa di spostare la competenza a Perugia ai sensi dell'art. 11 c.p.p.[88]
Dopo essersi interrogati a monte sulla stessa possibilità di ipotizzare la fattispecie in riferimento al destinatario delle dichiarazioni della Bartolozzi rese al tribunale dei ministri[89], va valutata la possibile estensione della causa di improcedibilità.
Ed invero, la disposizione di cui all'art. 371 prevede l'incriminazione, secondo l'inequivoco dato testuale, solamente in caso di false informazioni al pubblico ministero, il che ha indotto a escludere in ossequio al divieto di analogia in materia penale previsto dall'art. 14 delle Preleggi che tale reato possa essere configurato, allorquando le dichiarazioni mendaci siano per esempio rilasciate alla polizia giudiziaria[90]. Milita in questa direzione pure l'estensione del delitto di false informazioni al pubblico ministero alle attività della Corte penale internazionale avvenuta con la l. 20 dicembre 2012, n. 237.
Una disposizione che, se da un canto, segna un punto a vantaggio del divieto di analogia per le dichiarazioni davanti al Collegio per i reati ministeriali, dall'altro lato, ancora una volta, fa emergere il l'obbligo di adattamento interno allo Statuto di Roma anche in termini di responsabilizzazione di tutti gli attori coinvolti nelle richieste della Corte.
La scelta della Procura di agire nei confronti della Bartolozzi va poi posta a raffronto con l'art. 5 della l. Cost. n. 1/1989, secondo cui l'autorizzazione a procedere prevista dall'articolo 96 Cost. va chiesta anche nei confronti di persone che non sono membri delle Camere e con l'art. 4 co. 2 della l. n. 219/1989, che fa espresso riferimento alla possibilità che l'autorizzazione a procedere venga richiesta, ed eventualmente negata, nei confronti di soggetti che non siano né ministri, né parlamentari (c.d. imputati laici)[91]. Spetta alla Camera di competenza decidere, tra tali soggetti, quelli per cui si può procedere e quelli per cui invece l'autorizzazione a procedere vada negata per aver «agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico» (art. 9 co. 3 l. Cost. 1/1989). Tutto ciò presuppone che la Camera sia messa in condizione di operare tale distinzione e quindi

[87] Ancora C. Meloni, *Giustizia universale?*, cit., 117 ss.; altresì M. Flores, M. Fronza, *Caos. La giustizia penale sotto attacco*, Roma-Bari 2025, 123 ss. Una visione di riaffermazione delle regole giuridiche per ricomporre la frammentazione della comunità internazionale che passa anche dall'effettività dei poteri sanzionatori dell'Onu in P. De Sena, *Ricomposizione della comunità internazionale e ruolo del diritto,* in A. Schiavone, P. De Sena, C. Salvi, *L'Ordine del mondo. Regole giuridiche e* società planetaria, Torino 2025, 230.
[88] La notizia è stata diffusa da https://www.adnkronos.com/cronaca/caso-almasri-la-difesa-di-bartolozzi-chiede-la-trasmissione-del-fascicolo-a-perugia_2GoncGlDpS4UO95sJEUaeA.
[89] A. Peccioli, *I delitti di false dichiarazioni nel processo*, in *Trattato di diritto penale*, Parte speciale, *Reati contro l'amministrazione della giustizia*, a cura di P. Pisa, Milano 2009, 113; nega interpretazioni analogiche, G. Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino 2006, 114-115.
[90] Cass. pen., sez. V, ord., 19 ottobre 2010 n. 37306, M., in *CED Cass*. n. 248641; Trib. pen., sent. XI, Milano, 12 aprile 2007 , in *Il Merito*, speciale, 2007, fasc. 5, 49.
[91] Fra i precedenti v. ad esempio la richiesta di autorizzazione a procedere formulata nei confronti dell'allora Ministro delle politiche agricole Gianni Alemanno, nonché di Callisto Tanzi e Romano Bernardoni per l'ipotizzato reato di finanziamento illecito ai partiti.

che la richiesta di autorizzazione a procedere formulata dal Tribunale dei ministri involga anche "laici" concorrenti nella fattispecie penale ipotizzata[92].
Da questo punto di vista l'intento della Procura di Roma, a livello sostanziale e temporale, è parso volto a separare la posizione processuale di Bartolozzi rispetto a quella degli altri membri del Governo (Nordio, Piantedosi, Mantovano).
Se ai danni della componente governativa sono stati ipotizzati i reati di omissione di atti d'ufficio, favoreggiamento e peculato, alla Bartolozzi è stato contestato di aver fornito una versione inattendibile e mendace dei fatti nell'affermazione di non aver sottoposto, di propria iniziativa, al Ministro il provvedimento – predisposto dagli Uffici – di conferma dell'arresto di Almasri disposto dalla Corte penale internazionale. Un'autonoma ipotesi di reato, quindi, non attratta dall'autorizzazione a procedere prevista dall'art. 96 Cost., con sorti processuali separate, nonostante appaia innegabile che il rinvio a giudizio della sola Capo di gabinetto farebbe riemergere la necessità di audire i membri del Governo, i quali si troverebbero comunque coinvolti nella vicenda, con inevitabili strascichi mediatici e possibili conseguenze politiche. Il Ministro della giustizia, da parte sua, nel ribadire piena e incondizionata solidarietà alla Capo di gabinetto, si è assunto l'intera responsabilità politica e giuridica della vicenda smentendo l'ipotesi accusatoria tesa ad accreditare un ruolo autonomo della Bartolozzi[93] e sottolineando il legame fra le condotte.
La questione involge bilanciamenti complessi con problemi di equità sostanziale fra le azioni dei ministri e quelle correlate dei laici, oltre alla comprensione dell'effettivo nesso fra le fattispecie contestate: se da un canto è pressante l'esigenza di salvaguardia dei membri la compagine governativa rispetto a invasioni giudiziarie, di contro salvacondotti estesi e diffusi per soggetti laici rispetto a reati non strettamente avvinti a quelli ministeriali potrebbero rivelarsi odiosi. Il meccanismo autorizzatorio (art. 96 Cost e l. cost. n. 1 del 1989), misto di procedibilità e proseguibilità[94], non disegna una procedura volta a tutelare il Ministro come persona fisica, ma in quanto organo titolare di funzioni costituzionalmente rilevanti, al fine di preservare l'equilibrio tra poteri ed evitare che l'iniziativa giudiziaria incida indebitamente sul libero esercizio delle funzioni governative. Non si tratta, cioè, di un privilegio personale, ma della tutela dell'istituzione e della separazione dei poteri[95].
Le immunità funzionali sarebbero cause di esclusione della sanzione penale a monte e l'autorizzazione a procedere non muterebbe la natura della disposizione di cui al citato art. 9 co. 3, la cui sussistenza comporta il diniego[96].
L'art. 9 co. 3 l. cost. cit. prevede infatti che la camera competente possa negare l'autorizzazione, a maggioranza assoluta dei suoi componenti, «ove reputi, con valutazione insindacabile, che l'accusato abbia agito per la *tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante* ovvero per il *perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio delle funzioni di governo*» [97].
Notazioni scivolose già nella loro riferibilità alle figure istituzionali per cui sono state concepite. Per perseguimento di un *preminente interesse pubblico* si intende in particolare

[92] Affronta approfonditamente la *quaestio* O. Bruno, *Reati ministeriali e posizione del coimputato: incertezze tra le righe di una disciplina da "rivedere"*, in *PPG* 2019, 483.
[93] Caso Almasri, *Nordio difende Bartolozzi: "Eseguiva i miei ordini"*, in *La Repubblica*, 7.8. 2025.
[94] M. Arcuri, *Autorizzazione a procedere e autorizzazione ad acta*, in *Dig. disc. pen.* agg. 2005, 1157 ss.
[95] D. Carcano, *Reati ministeriali: necessità di una legge che chiarisca competenze e disciplina da applicare*, in *CP* 1994, 2720; D. Manzione, *Reati ministeriali e giudizio penale, ovvero della giurisdizione dimezzata*, *ivi* 1991, 210.
[96] Secondo F. Bellagamba, *Sulla natura giuridica delle immunità*, in *IP* 2001, 1265 ss., tutte le immunità funzionali sarebbero cause di esclusione della sanzione.
[97] Cfr. L. Carlassare, *sub* art. 96, in *Commentario della Costituzione*, Bologna 1994, 451.

quello che, pur potendo non essere *costituzionalmente rilevante*, come nella prima fattispecie, abbia una centralità tale da doversi ritenere preminente e ricompreso nell'esercizio della funzione di governo: mentre nell'interesse pubblico, l'interesse dello stato-ente e/o stato-comunità perseguito dal Ministro inquisito non può non essere che costituzionalmente e permanentemente rilevante, nella seconda ipotesi giustificatrice l'interesse perseguito dal Ministro deve essere talmente importante da dover essere ritenuto preminente[98].
Si tratta di locuzioni plurivoche[99], sottoposte condivisibilmente a critica da chi ha rimarcato come la formula dei *preminenti interessi pubblici* nell'esercizio della funzione di governo «sembra decisamente fuor di luogo oltre che insignificante sul piano logico, dal momento che tutta l'attività di "esercizio della funzione di governo", per definizione, deve perseguire sempre "preminenti interessi pubblici"»[100].
E appare altrettanto evidente che un'interpretazione estensiva della formula potrebbe tradursi in un'immunità di fatto[101], con il riconoscimento di una pretesa intoccabilità per chi governa[102].
Meglio sarebbe forse guardare ai parametri dell'art. 9 l. cost. n. 1/1989 non quale riflesso della natura sostanziale della prerogativa, né quali cause di giustificazione, ma piuttosto quali linee guida atte a orientare la valutazione parlamentare sulla concessione dell'autorizzazione a procedere[103]. Ipotesi eccezionali che fanno scaturire il comportamento illegittimo da un'esigenza superiore e imprevedibile che consente, attraverso un giudizio di bilanciamento parlamentare, alla pretesa punitiva di soccombere[104].
Non è semplice né scontato ricondurre la condotta della Bartolozzi e le false informazioni nella peculiare forma di immunità disegnata dall'art. 96 Cost., modificato dalla l. cost. 16 gennaio 1989 n. 1, che consente al Parlamento, in nome della *ragion di Stato*, di impedire un normale giudizio per i reati ministeriali per motivi di mera opportunità politica.
Il vaglio sull'esistenza di tali condizioni richiede necessariamente una valutazione del fatto contestato e della sua illiceità[105] alla luce dei presupposti normativi, senza sovrapporsi o alterare la qualificazione giuridica operata dalla magistratura, né tradire la *ratio* equiparatrice della riforma del 1989 ai meccanismi della giustizia comune[106]. Ciò impone una motivazione del sindacato parlamentare di diniego di autorizzazione sulla sussistenza «dell'interesse

---

[98] E. Furno, *Lineamenti della responsabilità penale ministeriale*, Padova 1997. Si veda *con diversità di accenti* anche A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa,* in *Enc. giur*., XV, Roma 1989, 7.
[99] Per L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, in *questa rivista* 1989, 469 ss., l'interesse dello Stato costituzionalmente rilevante attiene a beni protetti direttamente ed esplicitamente in Costituzione (sicurezza interna ed esterna); l'interesse pubblico preminente riguarda beni tutelati indirettamente o implicitamente (es. approvvigionamento energetico), anche non costituzionalmente previsti ma collegati ai valori della vita dello Stato da un rapporto di condizionamento necessario, tale che il loro pregiudizio si traduca in quello dei secondi; C. Murgia, *La giustizia politica in Italia e in Francia*, Milano 1990, 166, include tra gli interessi costituzionalmente rilevanti le condotte a tutela dell'integrità dello Stato, la difesa della patria minacciata, l'asilo a stranieri perseguitati politicamente e la salvaguardia dell'incolumità di cittadini italiani all'estero.
[100] Acutamente G. Tranchina, *Autorizzazione a procedere per reati ministeriali (agg.)*, in *Dig. pen*., Torino 1990, 484
[101] R. Orlandi, *Doveri e divieti ministeriali*, cit., 751; Id., *Aspetti processuali dell'autorizzazione a procedere*, Torino 1994; Id., *Le immunità nel diritto processuale penale*, in *Le immunità nel diritto interno e comparato* : atti del Convegno di Perugia, 25-27.5 2006, a cura di M. Angelini, M. Oliviero, Torino 2014, 195 ss.
[102] Lo osserva P. Veronesi, *I reati ministeriali ieri e oggi sotto la lente ("a latere" del caso Almasri)*, in *Gcost.* 2024, 2876, come atteggiamento diffuso presso la classe politica.
[103] M. Montagna, *Condizioni di procedibilità*, in *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, vol. III, (Trattato *di procedura penale diretto* da G. Spangher), Torino 2009, 166 ss.
[104] A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa,* cit., 6.
[105] M. Luciani, *Chi decide delle garanzie costituzionali della politica,* in *questa rivista* 2012, 747.
[106] L. Pace, *Reati ministeriali e conflitto di attribuzione. Una inammissibilità tutt'altro che scontata,* in *GC* 2016, 1654.

qualificato a fronte del quale l'ordinamento stima recessive le esigenze di giustizia del caso concreto»[107].

Per far sì che l'interesse possa essere attratto, per riprendere una formula efficace, nella ragion di Stato (che scrimina) contrapposta alla ragion di Governo (che non scrimina)[108], la verifica volta a concedere (in questo caso anche estensivamente) l'improcedibilità non dovrebbe essere asservita alle ragioni di parte – di una maggioranza, e quindi, in definitiva, di una parte politica – ma porsi piuttosto a tutela di tutti, risultando frutto di una scelta *super partes*[109].

Spesso le indicazioni astratte sull'interesse pubblico sono invece state applicate in concreto solo in esito a un giudizio politico, in cui la cifra discrezionale rimane notevolissima: basti pensare agli esiti antitetici in base alle maggioranze di governo delle autorizzazioni richieste ai danni del ministro Salvini[110] per comprendere come in sede di votazione assembleare l'elemento dirimente sia spesso costituito dal mero calcolo politico e non dalla ragion di Stato.

Qualche lume ulteriore potrebbe derivare dal parallelismo con la disciplina sul segreto di Stato. Il combinato disposto degli artt. 4 DPCM 8 aprile 2008 e art. 204 co. 1-*bis* Cpp impedisce di scriminare o nascondere condotte gravi come omicidi o sequestri, in deroga alle garanzie funzionali[111], vietando di invocare la ragion di Stato per occultare fatti non autorizzabili, come illeciti commessi da agenti dei servizi di sicurezza. Tale divieto riflette il principio supercostituzionale della dignità umana – fine ultimo dell'ordinamento e collante del nucleo duro dei precetti costituzionali – che sottrae beni supremi (vita, libertà, integrità fisica) ai bilanciamenti di sicurezza nazionale.

Allo stesso modo, negare l'autorizzazione a procedere per reati ministeriali contro la vita, riduzione in schiavitù, tortura o trattamenti inumani o degradanti comporterebbe una violazione delle garanzie convenzionali, non essendo ammesse deroghe neppure in caso di pericolo per la vita della nazione. Ne consegue l'inapplicabilità dell'art. 9 co. 3 a tali fattispecie e ai reati che, pur astrattamente esclusi, abbiano concretamente comportato trattamenti inumani o degradanti.

---

[107]Come chiarito dalla Consulta nella sent. n. 87/2012, § 5.1 del "considerato in diritto" e sent. n. 88/2012, § 3.1 del "considerato in diritto"((in *www.giurcost.org.* con nota di E. Furno, *Le nuove sentenze gemelle sui reati ministeriali. Un finale di partita?*); G. Ferri, *Le norme sui reati ministeriali e il «coinvolgimento» del parlamento in caso di archiviazione «anomala»*, in *Rivista AIC*
2010, 3 ss.). L'importanza del passaggio è evidenziata da A. Carminati, *La Corte costituzionale decide i conflitti 'Berlusconi' e 'Mastella' in materia di reati ministeriali e 'taglia i ponti' tra le camere e l'autorità giudiziaria,* in *Rivista AIC* 2012, n. 2, 15.

[108] S. Cassese, *Corti senza poteri: la ragion di stato a difesa di tutti*, ne *Il quotidiano del Sud*, 8.2. 2025, ravvisa nello specifico la ragion di stato nella tutela di un interesse collettivo derivante dai rapporti con la Libia, per la prevenzione del terrorismo e la tutela delle fonti energia.

[109] La contrapposizione fra ragion di stato e ragion di governo sembra distinguere fra interesse politico obiettivamente apprezzabile (interesse dello Stato costituzionalmente rilevante, o preminente interesse pubblico), e motivo scelto da una contingente linea politica del Governo. Una distinzione coerente con il senso che dovrebbe avere una valutazione politica tale da paralizzare il corso normale della giustizia penale in relazione a una notizia di reato: D. Pulitanò, *La responsabilità penale dei ministri tra giustizia e politica*, in *DPP* 2020, 729.

[110]L. Masera, *Immunità della politica*, cit., 154; A. Diddi *L'affaire Diciotti quarant'anni dopo il caso Lockheed: è sindacabile la negata autorizzazione parlamentare alla procedibilità del reato?* in *CDir* 2018, fasc.2, 84 ss. Quadri aggiornati in C. Padrin, *Al crocevia tra politica e giurisdizione: la responsabilità ministeriale nei modelli italiano e francese alla prova di alcuni recenti casi*, in *www.federalismi.it* 2025, fasc. 18, 98 ss.; L. Magi, *La portata dell'obbligo di soccorso in mare ai sensi della Convenzione SAR: le sezioni unite sul caso 'Diciotti'* [Nota a ordinanza: Cass. sez. un., 6.3. 2025, n. 5992], in *DUDI* 2025, n. 2, 525 ss.

[111] Sul riconoscimento di una specifica esimente per i reati compiuti dagli agenti dei servizi nello svolgimento delle loro funzioni con la l. 3.8. 2007, n. 124, T.F. Giupponi, *Servizi di informazione e segreto di Stato nella legge n. 124/2007*, in *Forum Quad. cost*. 2008, 1 ss.; M. Caianiello-T.F. Giupponi-G. Guccione-A. Morrone-R Orlandi-M. Panzavolta-G. Sapienza-F. Sommovigo, *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, a cura di G. Illuminati, Torino 2010.

Può dirsi che i diritti fondamentali costituiscono un limite alla ragion di Stato, anche in materia di immunità[112].
Una conferma proviene dalla condanna della Corte EDU per l'impunità per torture o maltrattamenti e dall'art. 13 co. 4 Cost., che impone di punire ogni violenza su persone private della libertà[113].
In sintesi, la ragion di Stato non può giustificare violazioni gravi dei valori fondanti, né un eventuale segreto opposto dal ministro in casi del genere potrebbe bloccare la magistratura, specie riguardo a informazioni già pubbliche[114].
Difficoltà ermeneutiche investono, oltre al contenuto-presupposto dell'"interesse pubblico", anche la natura giuridica – oggettiva o soggettiva – riferita alle cause che escludono la procedibilità, con dirette ripercussioni sull'estensione ai compartecipi nell'illecito ministeriale: come si comprende, attribuire infatti ai requisiti che inibiscono l'esercizio dell'azione penale veste *oggettiva* ed escludere i coimputati dalla stessa guarentigia implicherebbe trattamenti arbitrari capaci di trasformare il ruolo ministeriale in privilegio[115].
Sull'estensione a soggetti diversi dai Ministri dell'autorizzazione a procedere il testo costituzionale (art. 96 Cost., novellato dalla l. n. 1/1989; artt. 5 e 8, l. n. 1/1989) appare *prima facie* restrittivo, in quanto i concorrenti non possono essere sottratti alla giustizia, non esercitando essi la funzione di Governo[116]. La configurazione quali cause di giustificazione oggettive sembra del pari smentita dall'art. 4 co. 2 l. n. 219/1989 che consente in effetti di riferirle solo ad alcuni concorrenti legittimando differenziazioni personali, ma allo stesso tempo fermarsi a una tale lettura farebbe emergere dubbi di costituzionalità per la violazione del principio di uguaglianza[117].
Si è per questo sottolineato che i parametri operano un contemperamento tra valori costituzionali[118], eliminando l'antigiuridicità in base ai tratti tipici delle cause di giustificazione[119]. L'art. 9 co. 3 configurerebbe addirittura due nuove scriminanti, analoghe all'art. 51 c.p.[120] e le delibere parlamentari, formalmente autorizzazioni a procedere, avrebbero natura sostanziale di decisioni sull'esistenza di cause di liceità, equivalenti a sentenze inoppugnabili di proscioglimento, configurando una deroga penetrante alla separazione dei poteri. Cause di giustificazione *extra ordinem*, limitatamente estensibili ad alcuni correi pure in difetto di condizioni soggettive[121].

---

[112] M. Delmas Marty, *Raisonner la raison d'État. Vers une Europe des droits de l'homme*, Parigi 1989.
[113] Corte EDU, 23.2. 2016, Nasr e Ghali c. Italia, §272; secondo Corte EDU, 7.4. 2015, Cestaro c. Italia, §§ 205-208, ritiene imprescrittibile l'azione penale in materia di tortura o di maltrattamenti non potendo trovare spazio l'amnistia e la grazia, la sospensione condizionale dell'esecuzione della pena, l'indulto.
[114] *Ex plurimis* A. Pace, *L'apposizione del segreto di Stato nei principi costituzionali e nella legge n. 124 del 2007*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; sui limiti di opponibilità del segreto, C. Bonzano, voce *Segreto. Tutela processuale del segreto di Stato*, in Enc. Giur. Treccani, Agg., IX, Roma 2002, 6.

[115] O. Bruno, *op. cit*., 483.
[116] Critica la mancata ricomprensione fra le esimenti F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale dei procedimenti per i reati presidenziali e ministeriali*, in *Boll. inf. cost. parl.* 1989, 2, 104.
[117] A. Ciancio, *sub art. 96 Cost.*, in *Comm. alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco-A. Celotto-M. Olivetti, Torino 2006, 1879.
[118] L. Elia, *Le nuove regole sui reati ministeriali*, cit., 471 e 473 s., nt. 22, si chiede: «può essere ancora considerata antigiuridica una condotta adottata per la tutela di valori costituzionalmente significativi? Essa sarà piuttosto illegale, ma pur sempre conforme ad una fonte del diritto superiore alla legge». A. D'Andrea, *Dalla Commissione parlamentare per i giudizi di accusa alla nuova disciplina in tema di reati ministeriali*, in *QCost* 1990, 160
[119] P.P. Dell'Anno, *Il procedimento per i reati ministeriali*, Milano 2001, 241 ss.
[120] Ancora F. Posteraro, *Considerazioni critiche sulla riforma costituzionale*, cit., 103 ss.
[121] In base all'insegnamento di A. Cerri, *Giudizio e procedimento di accusa*, cit., 7. Ritiene che si sia di fronte a una disposizione *lato sensu* scriminante ed estensibile ai correi V. Plantamura, *Cassandra Crossing:*

Non è mancato il richiamo a uno «stato di necessità politico-costituzionale», distinguendo il profilo formale (condizione di procedibilità che si configura come *species* autonoma) da quello sostanziale (liceità della condotta ministeriale)[122].
In una prospettazione sulle scriminanti invocabili nella vicenda specifica, come alternativa giuridica alla spiegazione politica della ragion di Stato, si è ravvisato uno stato di necessità[123] desumibile in via interpretativa dall'art. 697 co. 1-*bis*, Cpp, secondo cui «Il Ministro della giustizia non dà corso alla domanda di estradizione quando questa può compromettere la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato». Sebbene questa disposizione non sia però richiamata dalla l. n. 237 del 2012 (che peraltro fa rinvio alle altre norme del nostro codice) non consentendo, in virtù dell'esclusione da parte della Convenzione di Vienna del 1969, di interpretare i Trattati internazionali alla luce di normative statali, essa rivestirebbe il valore di causa di giustificazione che opera anche in ambito internazionale, per diritto consuetudinario, e come tale non sarebbe bisognevole di essere richiamata dalle disposizioni che adeguano il nostro ordinamento al Trattato di Roma (la l. n. 237 del 2012)[124].
Va comunque osservato che lo stato di necessità non è stato eccepito e palesato all'origine dagli attori ministeriali. Probabilmente perché non sussisteva o non era stato veramente alla base delle repentine decisioni prese. Se così fosse, saremmo di fronte a un fatto "non giustificabile" in termini tecnici. Risulta singolare che la difesa degli imputati abbia per la prima volta sollevato l'argomento dello stato di necessità nel luglio 2025 (memoria 30 luglio 2025). Troppo tardi forse per essere credibile e, in effetti, la versione non è stata recepita dal Tribunale dei Ministri ed è stata altresì smentita dalla CPI nel severo giudizio sull'inottemperanza italiana all'ordine di arresto di Almasri[125], nonché nella decisione di deferimento dell'Italia agli Stati parti del 26 gennaio 2026 ove vengono criticati il riferimento generico alla salvaguardia di "interessi dello Stato costituzionalmente rilevanti" e di un "interesse pubblico preminente", unitamente alla mancata indicazione della reale ricaduta del conflitto di attribuzioni o della seconda indagine riguardante l'alto funzionario del Ministero della Giustizia"[126].
Come a significare che le belle parole sulla capacità dei sistemi nazionali di allinearsi ai *decisa* della Corte devono essere seguite dai fatti e che lo stato di necessità va sempre circostanziato e dimostrato, non solo retoricamente addotto a giustificazione della mancata *compliance* internazionale.
Pure da altra prospettiva incentrata all'essenza *soggettiva* eliminativa dell'antigiuridicità potrebbero rinvenirsi argomenti per ritenere l'accertamento della circostanza esimente estintivo dell'azione per tutti i concorrenti, in forza della *vis espansiva* della medesima *ex* art. 59 c.p.[127]
Ci si rende però conto che né i parametri «cause politiche di non procedibilità», *species* autonoma rispetto alle condizioni di procedibilità[128], né l'art. 9 co. 3, né l'art. 4 co. 2 l. n. 219/1989 offrano elementi realmente illuminanti per stabilire la natura nettamente *oggettiva* o

---

gestione/diffusione dell'epidemia e stato di necessità governativo, in *La giustizia ai tempi del coronavirus*, a cura di M. Caterini- S. Muleo, Pisa 2020, 161 ss., spec., 169.
[122] A. Ciancio, *Il reato ministeriale. Percorsi di depoliticizzazione*, Milano 2000, 268 ss.
[123] È la tesi di M. Donini, *Come è stato esfiltrato Almasri: la fuga del torturatore libico*, ne *L'Unità*, 25.2. 2025; concorda P. Dubolino, *Caso Almasri*, cit., 202, ravvisando nell'art. 697 Cpp, l' espressione dell'antico brocardo *salus Rei Pubblicae suprema lex esto*".
[124] Ancora M. Donini, *Come è stato esfiltrato Almasri: la fuga del torturatore libico*, cit.
[125] *Supra*, § 5, in cui si sintetizza il giudizio della CPI.
[126] *Pre Trial Chamber 1: Decision to refer Italy's non-compliance with a request for cooperation to the Assembly of States Parties*, 26.1. 2026, cit., 5.
[127] A. Ciancio, *sub art. 96 Cost.*, cit., 1879. Sembra propendere per la tesi anche O. Bruno, *op. cit*., 483.
[128] A. Toschi, *sub art. 8 l. 16 gennaio 1989, n. 1*, in *questa rivista* 1989, 504; O. Bruno, *Reati ministeriali*, cit., 477

soggettiva dei medesimi, tant'è che a essi si affiancano le letture mediante tendenti a collocarli in una connotazione ibrida[129].
A prescindere dalle configurazioni astratte, prevale la sensazione che privare il terzo laico di una garanzia riconosciuta ai compartecipi politici possa innescare una lesione del fondamentale principio di uguaglianza, allorché consente alla Camera, in occasione dell'apprezzamento delle circostanze cui è chiamata, di «operare indebite discriminazioni personali»[130].
E nella stessa direzione orientata dal *favor* per il laico milita una lettura attualizzata della ragionevole previsione di condanna, formula filtro potenziata dal d.lgs. n. 150 del 2022 al servizio dell'*in dubio sine iudicio* e del contenimento dei danni da attività processuale successivi[131].
In effetti, una volta svuotate dall'improcedibilità le sovrastanti fattispecie ministeriali, mantenere in piedi il sottostante reato connesso, dimostrarne la totale autonomia rispetto alle prime, potrebbe presentare tratti di innegabile problematicità.

8. La persona a capo dell'*entourage* ministeriale non è stata chiamata a rispondere degli stessi reati ministeriali per i quali l'autorizzazione a procedere è stata negata, bensì risulta indagata per avere realizzato un reato connesso (le false informazioni al pubblico ministero) che presenta un indubbio legame con quelli contestati ai componenti la compagine governativa.
Per ricondurre il presunto mendacio istruttorio della Bartolozzi nel novero della garanzia riferita a scelte d'azione politica in situazioni eccezionali ai confini della legalità formale, è necessario un accostamento di tale condotta a quella funzionale ministeriale per la quale è intervenuta l'improcedibilità. Va detto che la qualificazione come ministeriale del reato, spettante in prima istanza all'autorità giudiziaria, può lasciare spazio a una autonoma valutazione dell'organo parlamentare[132].
La decisione del Tribunale dei Ministri che qualifica i fatti dubbi come reati ministeriali, con effetti sui coimputati, non pregiudica cioè il diritto della Camera di competenza di essere informata al fine di valutare la natura ministeriale o meno del reato oggetto di indagine e, ove non condivida la conclusione negativa del Tribunale dei ministri, di sollevare (come puntualmente avvenuto) contro i giudici conflitto di attribuzione davanti alla Corte costituzionale, per essere stata menomata, per effetto della decisione giudiziaria, del potere a essa riconosciuto di valutare se il Ministro e gli altri soggetti coinvolti hanno agito in nome di un superiore interesse pubblico.
Nel caso Almasri, anche per ragioni legate alla tempistica spezzettata del coinvolgimento della Capo di gabinetto, la Giunta per le autorizzazioni a procedere non ha ritenuto di chiedere come consentito alla Procura di Roma, in un'ottica di leale collaborazione, d'integrare la richiesta di autorizzazione a procedere, estendendola alla stessa Bartolozzi. Scelta, questa, che avrebbe obbligato la Procura a motivare le ragioni del disallineamento tra le motivazioni della richiesta di autorizzazione relativa ai reati ministeriali, in cui, come detto, il ruolo della Bartolozzi appare rilevante e il dispositivo della stessa in cui non v'è cenno al capo di gabinetto ministeriale. In un precedente del settembre 2010[133], per contro, la richiesta di autorizzazione

[129] A. Toschi, *sub art. 11 l. 16 gennaio 1989, n. 1,* in *questa rivista* 1989, 513.
[130] Concordano A. Ciancio, *Il reato ministeriale*, cit., 270 s.; O Bruno, *Reati ministeriali*, cit., 483.
[131] Sia consentito rinviare a P. Maggio, *La «ragionevole probabilità di condanna»: un parametro al servizio dell'in dubio sine iudicio e del contenimento dei danni da attività processuale*, in *PPG* 2025, 422 ss.
[132] Con diversità di accenti ritengono che il potere di qualificazione spetti pure all'organo politico: Corte cost., 24.7. 2009, n. 241 e Corte cost., 12.4. 2012, n. 87 e n. 88, cit.; una disamina delle differenti variabili in R. Aprati, *Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per "usurpazione" e per "menomazione" fra giudici ordinari e assemblee parlamentari*, in *DPP* 2012, 49.
[133] Cass. sez. VI, 12.12. dicembre 2011, n. 45986, Lunardi, in *CED Cass*, 251275.

a procedere era stata rimandata indietro e non era stata presa in considerazione dalla Camera, finché non integrata in tal senso rispetto al laico coinvolto nella fattispecie ministeriale.
Altrettanto importante appare valorizzare le *chance* difensive del soggetto terzo coinvolto nel reato ministeriale sin dal frammento che prelude alla decisione sulla autorizzazione: la scarna disciplina legislativa sul margine di intervento del compartecipe nell'illecito del Ministro in questo frangente procedurale non è d'aiuto, perché ove si ritenesse che la pronuncia sull'autorizzazione a procedere si estenda all'estraneo alla compagine governativa, dovrebbe essergli consentita pure in questa sede una interlocuzione difensiva tesa a riferire in ordine alla sua posizione, quantomeno nelle forme del deposito di memorie scritte[134].
In assenza di intervento realizzato in sede di rilascio o diniego nello specifico della autorizzazione, la difesa della Capo di gabinetto, soggetto terzo, sarà prevalentemente affidata nel corso del procedimento che la riguarda alla impossibilità di ricondurre la condotta nel novero dell'art. 371-*bis* c.p.p. nonché all'eccezione sul difetto di autorizzazione a procedere e sarà inevitabilmente destinata ad avvantaggiarsi degli argomenti più politici che tecnici emersi nel corso del dibattito parlamentare[135].
In sede di proposizione del conflitto di attribuzione i parlamentari di maggioranza hanno sottolineato il coinvolgimento peculiare della Bartolozzi a partire dalle motivazioni della richiesta di autorizzazione a procedere nei confronti dei tre membri del Governo, ove il suo nominativo ricorre ben sedici volte, denunciando la strumentalità della scelta d'accusa di ascrivere anche temporalmente una autonoma fattispecie di reato, senza dover chiedere l'autorizzazione, in vista del (prevedibile) omologo rifiuto del Parlamento per i membri del Governo.
In quest'ottica, separare ciò che nella realtà dei fatti appare parte di una complessa vicenda gestita in modo unitario, sostenere la intrinseca natura individuale delle false informazioni rendendo illecito il reato "connesso" alla vicenda Almasri (e non "commesso in concorso" con il Ministro), implicherebbe una sottovalutazione del nesso finalistico e consequenziale che lega questo reato all'omissione di atti d'ufficio contestata al Ministro della Giustizia, giacché presupporrebbe proprio la decisione della capo di gabinetto di non sottoporre il provvedimento di conferma dell'arresto all'esponente del governo.
Se «teleologicamente connesse» ai reati contestati al Guardasigilli Carlo Nordio, in quanto rese per proteggere il ministro, le false informazioni della Bartolozzi vivrebbero un rapporto di strumentalità tale da imporre la trasmissione degli atti alla Camera dei deputati per l'attivazione della autorizzazione a procedere e, per conseguenza, limitare la guarentigia ai soli co-indagati concorrenti nel medesimo reato del ministro è equivalso a svuotare di significato il principio di unitarietà del giudizio funzionale, aprendo la strada a elusioni della tutela costituzionale legata alla improcedibilità attraverso contestazioni meramente strumentali di reati satellite[136].
La visione dei parlamentari di maggioranza è stata puntualmente ripresa dalla Giunta per le autorizzazioni nelle comunicazioni relative al conflitto di attribuzione[137] che, non a caso, ha proposto una lettura estensiva della connessione teleologica, *ex* art. 12 co. 1 lett. *c)* Cpp tra il reato contestato alla dott.ssa Bartolozzi (false informazioni al PM, art. 371-*bis* c.p.) e i reati attribuiti al Ministro. Detto in estrema sintesi: le dichiarazioni ritenute mendaci della Bartolozzi

[134] O. Bruno, *Reati ministeriali*, cit., 473.
[135] V. *infra*, § 7.
[136] Si veda la ricostruzione del dibattito sul sito *https://www.camera.it/leg19/824?tipo=C&anno=2025&mese=11&giorno=04&view=&commissione=17&pagina=data.20251104.com17.bollettino.sede00010.tit00010#data.20251104.com17.bollettino.sede00010.tit00010.*
[137] Si vedano le comunicazioni del Presidente della Giunta per le autorizzazioni del 28 ottobre 2025, cit., 8 *(https://documenti.camera.it/leg19/resoconti/commissioni/bollettini/pdf/2025/10/28/leg.19.bol0574.data20251028.pdf).*

riguarderebbero i medesimi fatti oggetto delle contestazioni al Ministro Nordio (rifiuto di atti d'ufficio e favoreggiamento personale); il Ministro sarebbe stato costantemente informato dalla Bartolozzi sull'andamento della vicenda Almasri; le presunte falsità in sede "istruttoria" sarebbero state poste in essere al fine di proteggere Nordio dalle conseguenze penali, costituendo un reato mezzo per preservare l'autore del reato ministeriale[138].

Per estendere la garanzia a chi opera in stretta collaborazione con il Ministro, anche se non co-indagato o concorrente nel medesimo reato, la relazione posta alla base del conflitto di attribuzione[139] ha invocato una applicazione dell'art. 96 Cost. uniforme per tutti i soggetti coinvolti in una vicenda unitaria di rilevanza ministeriale, così da porre rimedio a contestazioni artificiose che spezzano il nesso fra reato ministeriale e reato comune e svuotano la *ratio* della norma costituzionale. Anche in base a una lettura costituzionalmente orientata[140], l'art. 9 l. cost. n. 1/1989, nel prevedere il diniego motivato a maggioranza assoluta per tutela di interessi costituzionali, coprirebbe potenzialmente l'intera vicenda ministeriale, includendo i concorrenti[141].

Prospetticamente contrapposti gli argomenti dei parlamentari di minoranza che, nel negare le ragioni del conflitto di attribuzioni, hanno sottolineato come il caso Bartolozzi esorbiti dall'ambito oggettivo e soggettivo del filtro parlamentare *ex* art. 96 Cost., novellato dalla l. cost. n. 1/1989. Non sarebbe cioè possibile estendere a terzi e alla Bartolozzi le garanzie – tra cui l'autorizzazione parlamentare a procedere – riservate al Presidente del Consiglio e ai Ministri per reati commessi nell'esercizio delle funzioni, che costituiscono deroga eccezionale e tassativa ai principi di eguaglianza (art. 3 Cost.) e parità davanti alla giurisdizione (art. 101 Cost.) finalizzata alla tutela di prerogative parlamentari o di governo[142].

La possibilità che le Camere deliberino su richieste di autorizzazione anche per co-indagati "laici" è da quest'angolazione riferita solo ai casi di concorso nel reato *ex* art. 110 Cp (art. 11 co. 1 l. cost. n. 1/1989; art. 4 co. 2 l. n. 219/1989; art. 18-*ter* co. 9 Reg. Camera; art. 135-*bis* co. 9 Reg. Senato), cioè ai casi in cui il terzo sia coautore o compartecipe del medesimo reato funzionale ministeriale, non di reato distinto seppur connesso.

Principio, questo, confermato dalla giurisprudenza secondo cui le norme sul codice di procedura penale (es. connessione)[143] non estendono la disciplina speciale oltre i limiti della l.

---

[138] Ancora le comunicazioni del Presidente della Giunta per le autorizzazioni in merito a una richiesta di elevazione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato nei confronti del Collegio per i reati ministeriali di Roma, cit., 7 ss.

[139] V. comunicazioni del Presidente della Giunta per le autorizzazioni, cit., 8.

[140] Corte cost., 23. 11.1994, n. 403, in www.giurcost.org, ha interpretato estensivamente il senso dell'autorizzazione a procedere *ex* art. 96 Cost. e dell'autorizzazione *ad acta* anche nei confronti dei concorrenti non ministri né parlamentari nel reato ministeriale, desumibile dal testo dell'art. 5 l. cost. n. 1/1989 e art. 4 co. 2, l. n. 219/1989; conferme in Corte cost., n. 87 del 2012, cit., n. 88 del 2012.

[141] R. Orlandi, *Doveri e divieti nei procedimenti per reati ministeriali*, in *questa rivista* 2012, n. 3-4, 751 ss.

[142] Corte cost., sent. n. 87 del 2012, cit. C. Pansini, *Incompatibilità del collegio per i reati ministeriali e udienza preliminare*, in *IP* 2000, 211, sottolinea lo stretto nesso con la funzione: «la formula, adottata dal legislatore costituzionale per esemplificare i parametri valutativi alla luce dei quali va negata l'autorizzazione a procedere, sembra individuare delle vere e proprie "scriminanti", giustificative dell'operato del ministro inquisito», a differenza della autorizzazione necessaria per sottoporre a procedimento penale o ad atti di coercizione i membri del parlamento (artt. 68 Cost. e 10, l. n. 1 del 1989), collegata alla condizione soggettiva di parlamentare che richiede la verifica della mancanza di un *fumus persecutionis*.

[143] Cass. sez. I, 11.12. 1995, n. 5581, Confl. comp.GIP Trib.Roma e coll.reati minist.Trib.Roma in proc. Leccesi.in *CED Cass.* n. 2023061, concentrava la connessione rilevante in quella contemplata nell'art. 12 lett. *a)* ritenendo che la *vis attractiva* prevista, in favore del collegio per i reati ministeriali, in relazione a reati commessi da soggetti comuni in concorso con ministri, non si estenda in forza della eccezionalità ai fatti per i quali il concorso medesimo non sia stato ipotizzato nell'imputazione.

cost. n. 1/1989, che opera limitatamente al concorso nel reato ministeriale *ex* art. 12, lett. *a)* Cpp, escludendo le ipotesi di connessione (es. teleologica, art. 12 lett. *c)* Cpp.
La lettura patrocinata dalla minoranza guarda in chiave autonoma alle false informazioni al P.M. attribuite alla Bartolozzi rispetto al rifiuto di atti d'ufficio e al favoreggiamento personale riferiti a Nordio per diversità di fattispecie e tempi, negando sia il concorso sia la natura funzionale del comportamento. La mancata richiesta di autorizzazione sarebbe in quest'ottica conforme alla Costituzione ed estendere l'improcedibilità a reati connessi violerebbe la separazione dei poteri (artt. 104 e 112 Cost.) e introdurrebbe controlli politici su scelte giudiziarie, creando a sua volta precedenti distorsivi per l'azione penale e la parità dei cittadini davanti alla giustizia.
Le diversità abissali di vedute fra maggioranza e opposizione rendono opportuno recuperare la *ratio* della connessione[144], volta a garantire l'unitarietà dell'accertamento giudiziale e a evitare contrasti di giudicati tra plessi giurisdizionali diversi che si pone in modo peculiare dinnanzi a un organo giurisdizionale *ad hoc* tarato sulla guarentigia per i reati ministeriali: se da un lato il filtro parlamentare non può essere eluso attraverso una "separazione artificiosa dei procedimenti" che escluda la tutela nei confronti del terzo, allo stesso tempo vanno evitate, in base a una visione costituzionalmente orientata, frizioni con il principio di uguaglianza.
La giurisprudenza di legittimità [145] ha ritenuto che, ai sensi dell'art. 96 Cost. e dell'art. 1 l. n. 1 del 1989, fra gli elementi che caratterizzano la categoria dei «reati ministeriali» rientrano la particolare qualificazione giuridica soggettiva dell'autore del reato nel momento in cui questo è commesso e il rapporto di connessione fra la condotta integratrice dell'illecito e le funzioni esercitate dal ministro. Tale rapporto sussiste tutte le volte in cui l'atto o la condotta siano comunque riferibili alla competenza funzionale del soggetto, mentre sono esclusi dalla categoria in questione i reati in cui sia ravvisabile un mero rapporto di occasionalità tra la condotta illecita del ministro e l'esercizio delle funzioni[146]. Si deve trattare di azioni poste in essere per proteggere fini o interessi pubblici collegati alle stesse, tanto che proprio in essi si rinvenga «lo scopo, la ragione, la spinta al compimento dell'atto»[147]: comportamenti suscettibili, pertanto, di una giustificazione politica che solo il Parlamento potrebbe valutare e affermare[148], escludendo la antigiuridicità in forza della "necessità"[149].
Ciò che rileva è accertare che l'autore del reato, commesso in concorso o rispetto al quale sussista il vincolo connettivo, abbia avuto presente l'oggettiva finalizzazione della sua condotta alla commissione o all'occultamento di un altro reato[150], non essendo richiesta invece una identità tra l'autore del reato occasionato e quello occasionante[151].

---

[144] Cfr. G. M. Baccari, *La cognizione e la competenza del giudice*, Milano 2011.
[145] Cass. sez. V, 5.5 2011, n. 18888, Castelli, in *CP* 2011, 3404, ss., con nota di O. Mazza, *La separazione dei poteri va garantita anche nei reati commessi da esponenti del governo, ivi,* (nel caso di specie era stato sollevato conflitto di attribuzione tra poteri dello stato, ritenendo non spettante alla camera di appartenenza deliberare sulla natura ministeriale del reato, ai fini dell'esercizio della prerogativa di cui all'art. 96 Cost., avendo vissuto il comportamento in esame, dedotto come lesivo dell'onore e della reputazione di un deputato, un nesso di mera occasionalità con l'esercizio delle funzioni proprie del ministro).
[146] Cass. sez. VI, 20.5. 1998, n. 8854, De Michelis, in *CED Cass.* n.; Cass. sez. V, 18.6. 2014, n. 34546, C., *ivi*, 264271.
[147] L. Carlassare, *Reato ministeriale e funzione del Parlamento nel procedimento d'accusa,* in *GC* 1979, *Processo Lockheed,* Suppl. al n. 10, 272.
[148] V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale,* II, Padova 1984, 465, che definisce tale tesi eccessivamente restrittiva e contraddetta dalla prassi. Segnala il rischio che una tale prospettazione porti a individuare il reato e subito escluderlo G. Zabrebelsky, *Procedimenti e giudizi di accusa*, in *Enc. dir.,* XXXV, Milano 1986, 902.
[149] L. Carlassare, *Reato ministeriale*, cit., 272, 282 ss. Tale visione trova sostanzialmente nella "necessità" la causa di esclusione dell'antigiuridicità.
[150] Cass. sez. II, 16.10. 2019, n. 44678, Berneschi, 3407, in *CED Cass.* n. 278000.
[151] Cass. sez un., 22.10, 2017, n. 53390, G., in *CED Cass.* n. 271223, chiarisce che ai fini della connessione non

In tale prospettiva, se le false informazioni della capo di gabinetto fossero finalizzate ad occultare il reato ministeriale, sarebbe plausibile ritenere che pure al soggetto laico debba riferirsi l'improcedibilità legata qui agli effetti della connessione. Poiché i parametri dell'art. 9 co. 3 l. cost. 1/1989 (tutela di interesse costituzionalmente rilevante; preminente interesse pubblico) configurano cause di giustificazione con *vis espansiva ex* art. 59 c.p., l'esclusione dei coimputati, anche se indiretti, violerebbe l'uguaglianza sostanziale in riferimento a un mendacio funzionalmente orientato a celare il reato ministeriale. L'ipotizzata falsità è riferita all'essere Bartolozzi indagabile già prima delle informazioni al p.m., o meglio al tribunale dei ministri, con una protezione dei possibili interessi costituzionali da riferire a quanto reso in sede di interrogatorio della Capo di Gabinetto.
In un clima generale, segnato dalla peggiore crisi di identità del diritto internazionale degli ultimi anni e dal consumarsi mediante il conflitto di attribuzione dell'ennesima frattura tra magistratura e politica, la vicenda Almasri può dirsi solo apparentemente chiusa dal Parlamento con il diniego dell'autorizzazione a procedere e con la garanzia di impunità riservata ai ministri indagati.
Molteplici interrogativi restano aperti con coloriture politiche che sopravanzano di gran lunga le geometria tecniche degli istituti, a partire dal dubbio sulla esistenza del preminente interesse pubblico che ha condotto alla liberazione e al rimpatrio[152] sino alla discussa natura dell'improcedibilità riferita ai ministri e alla impervia estensione ai concorrenti.
Ragioni poco palesate (o meglio grossolanamente occultate) di *realpolitik* rischiano di restituire della disciplina speciale dei reati ministeriali il senso di privilegio ingiustificato, piuttosto che di ragionevole deroga al principio di uguaglianza [153], dimostrando ulteriormente la mancata equiparazione della materia in questione ai meccanismi della giustizia comune[154].
L'analisi della vicenda Almasri rivela un'altra crepa nel sistema della giustizia internazionale e della Corte. Sia che si adotti la lente dell'espressivismo pedagogico del rito[155], sia che ci si attesti sulla posizione più cauta e funzionalista che guarda alle Corti internazionali come «giganti senza gambe e senza braccia»[156], emergono difetti di legittimazione che interrogano sull'efficacia stessa del processo come veicolo di messaggi normativi.
Ci si trova di fronte a un fallimento comunicativo bidimensionale: dal primo punto di vista, il processo stenta a porsi come "teatro" produttivo anche di forme riconciliazione; dal secondo punto di vista, smarrisce il suo valore di "laboratorio di verità" plausibile, perché la ragione di Stato impedisce l'accertamento dei fatti.
Il messaggio sociale trasmesso appare frammentato e scoraggiante: l'*iter* giudiziario non è riuscito a produrre una narrazione corale e condivisa; al contrario, ha evidenziato una frattura

è necessaria l'identità soggettiva tra gli autori, essendo sufficiente la sussistenza di un nesso finalistico consapevole tra le condotte, purché il reato "mezzo" sia funzionalmente orientato a realizzare o celare il reato "fine". In tema, M. Alesci, *Il reato continuato alla prova del tempo, tra dimensione soggettiva e oggettiva. "Fine" e "mezzo" nel contesto del "medesimo disegno criminoso"*, in *GP* 2024, fasc. 2, 93 ss.; P. Troisi, *Connessione teleologica e "naturalità" del giudice*, in *AP* 2018, n. 1, 167 ss.

[152] Cfr. G. Labrini, *Errori ed orrori*, cit., 54 ss.

[153] Monito costantemente presente nelle analisi di R. Orlandi, *Autorizzazione a procedere*, cit., 35.

[154] L. Pace, *Reati ministeriali e conflitto di attribuzione. Una inammissibilità tutt'altro che scontata,* in *GC* 2016, 1654.

[155] M. Osiel, *Mass Atrocity, Collective Memory, and the Law*, New Brunswick 1997; R. Sloane, *The Expressive Capacity of International Punishment*, in *Stanford Journal of International Law* 2007, vol. 43 , n. 1, 71 ss.; C. Stahn, *Justice as Message: Expressivist Foundations of International Criminal Justice*, Oxford 2020.

[156] La visione di M. Damaska, *What Is the Point of International Criminal Justice?*, in *Chicago-Kent Law Review* 2008, vol. 83, n. 1, 329 ss., è focalizzata sui limiti funzionali delle corti e sulla protezione della verità processuale. Cfr. altresì S. Vasiliev, *Crises and Critiques of International Criminal Justice*, in K.J. Heller et al. (Eds.) *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford 2020, 626 ss.

tra la proclamazione dei diritti (nelle corti internazionali) e la loro concreta applicazione nei contesti nazionali.
Le regole di cooperazione con la Corte, ai sensi dello Statuto di Roma, e gli obblighi da esso derivanti, non possono essere disgiunti dalle finalità dell'istituzione stessa, «mirata al perseguimento di un obiettivo globalmente condiviso, ossia quello della repressione dei crimini internazionali» e «delle particolari garanzie che il sistema di giustizia penale internazionale offre in tema di tutela dei diritti dell'imputato»[157].
Attraverso la intricata vicenda in analisi si percepisce tutta l'asimmetria della risposta giuridica, in cui la pedagogia della norma si scontra con l'impenetrabilità delle ragioni di Stato, lasciando il pubblico nazionale e internazionale in una condizione di scontentezza e di incertezza sulla reale tenuta delle garanzie individuali e sull'effettività della risposta penale internazionale.
Altrettanto insoddisfacente appare l'esito, ove si sposti l'attenzione sull'obiettivo minimo dell'accertamento rigoroso della verità processuale e della responsabilità individuale.
Nel complesso, il "servizio di verità", cuore della legittimità delle Corti, si è mostrato in questo caso assai cedevole all'eccezionalità politica.

[157] Lo aveva osservato C. Ragni, *op. cit.*, 751, puntualmente ripreso da C. Meloni, *I rapporti fra l'ordinamento italiano e la Corte penale internazionale alla luce del caso Almasri*, in *QCost* 2025, 423.

NUOVE FRONTIERE DI "GESTIONE" DELLA TRANSNAZIONALITÀ OLTRE L'EPPO: IL REGOLAMENTO UE 2024/3011 SUL TRASFERIMENTO DEI PROCEDIMENTI PENALI[*]

di Annalisa Mangiaracina (Professoressa ordinaria di Diritto processuale penale, Università degli Studi di Palermo)

Il contributo affronta alcune questioni legate al recente Regolamento sul trasferimento dei procedimenti penali, il quale si pone l'obiettivo ambizioso di prevenire fenomeni di *bis in idem* a livello transnazionale. In particolare, evidenziata l'insufficienza degli strumenti normativi messi in campo tanto nella "grande", quanto nella "piccola" Europa, analizza le principali innovazioni del testo europeo sul versante dei criteri dettati per il trasferimento e della tutela apprestata nei confronti degli indagati e delle vittime nelle diverse fasi – dalla richiesta fino alla decisione dello Stato richiesto – in cui si articola il procedimento. Il lavoro si sofferma quindi sulle implicazioni del trasferimento riguardo all'utilizzazione delle prove nello Stato richiesto, evidenziando l'affinità con quanto previsto nel Regolamento EPPO. Pur non celandosi il valore aggiunto della nuova regolamentazione, l'analisi non manca di porre in luce alcune "ombre" che si addensano sul versante della effettività delle garanzie nei riguardi dei soggetti coinvolti dal trasferimento, istituto, quest'ultimo, dalle molteplici implicazioni.
The paper addresses a number of issues relating to the recent Regulation on the transfer of criminal proceedings, which sets itself the ambitious goal of preventing double jeopardy at a transnational level. In particular, having highlighted the inadequacy of the regulatory instruments in place in both 'great' and 'small' Europe, it analyses the main innovations of the European text regarding the criteria laid down for transfer and the safeguards provided for suspects and victims at the various stages – from the request to the decision of the requested State – of the proceedings. The study then focuses on the implications of the transfer regarding the use of evidence in the requested State, highlighting the similarities with the provisions of the EPPO Regulation. Whilst the added value of the new regulation is undeniable, the analysis does not fail to highlight certain 'shadows' looming over the effectiveness of the safeguards for those involved in the transfer, a phenomenon with multiple implications.

Trasferimento di procedimenti; criteri; rimedi giurisdizionali
Transfer of proceedings; criteria; jurisdictional remedies

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Il trasferimento di procedimenti nel codice di rito. – 3. Il Regolamento 2024/3011: notazioni preliminari. – 4. Le implicazioni del trasferimento sul versante interno. – 5. I criteri per la richiesta di trasferimento. – 6. La tutela dei diritti degli indagati e delle vittime. – 7. Il controllo giurisdizionale. – 8. L'utilizzabilità delle prove.

1. Dal 1° gennaio 2027 il quadro normativo europeo sarà arricchito da un nuovo strumento di cooperazione giudiziaria: il Regolamento sul trasferimento dei procedimenti penali[1]. La

[*] Testo, con l'aggiunta di note, della relazione svolta al convegno «La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea. Itinerari, criticità, prospettive» (Taranto, 13-14.11.2025) e destinata alla pubblicazione nel volume *La cooperazione giudiziaria penale nell'Unione europea. Itinerari, criticità, prospettive* - Atti del Convegno, Taranto, Dipartimento Jonico dell'Università di Bari Aldo Moro-13-14.11.2025, a cura di N. Triggiani-L. Pulito, di prossima pubblicazione. *Si ringraziano i Curatori per aver acconsentito alla pubblicazione anticipata del testo.*
[1] Il Regolamento sul trasferimento dei procedimenti penali nello spazio giudiziario europeo, adottato il 27.11.2024, è entrato in vigore il 18.12.2024. Questo non si applica alle decisioni di riassegnare, riunire o separare

preoccupazione, nell'accostarsi al testo, è che da quella data potrà prendere avvio una stagione di "nomadismo" dei procedimenti penali, in virtù di criteri per il trasferimento in taluni casi stravaganti o, addirittura, anacronistici, con un indagato/imputato al quale finalmente sono riconosciute garanzie informative e poteri di controllo giurisdizionale che però, a un esame meno in superficie, rischiano di rivelarsi un mero abbaglio.

Il trasferimento, come osservato dalla dottrina[2], «accoglie in sé il principio della distribuzione della giurisdizione penale, quale strumento di soluzione preventiva dei conflitti di competenza internazionale, contribuendo a realizzare, pur nella riconosciuta assenza della unicità di un criterio di designazione del giudice competente, un obiettivo politico e giuridico di grande rilevanza, come l'introduzione del principio del *ne bis in idem* a livello internazionale». A tale riguardo, nel considerando n. 4 del citato Regolamento si legge che «occorre sviluppare ulteriormente la cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri per potenziare l'efficiente e corretta amministrazione della giustizia penale all'interno dello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia e per assicurare che l'indagine o il perseguimento di reati siano svolti dallo Stato membro più adatto. In particolare, l'esistenza di norme comuni per gli Stati membri sul trasferimento dei procedimenti penali potrebbe contribuire a prevenire inutili procedimenti penali paralleli in diversi Stati membri riguardanti gli stessi fatti e la stessa persona, da cui potrebbe derivare una violazione del principio del *ne bis in idem*».

Un obiettivo – quello di prevenire il *bis in idem* – certamente ambizioso che ci conduce per un sentiero accidentato, nel quale vengono in gioco diversi valori: principio di determinatezza, obbligatorietà dell'azione penale, precostituzione del giudice[3], diritto a un ricorso effettivo. Forse questo spiega perché il trasferimento sia sempre stato trattato dagli Stati come una sorta di "figlio di un dio minore", se messo in relazione con altri strumenti di cooperazione giudiziaria sperimentati con maggiore successo. L'attuale sistema si caratterizza infatti per una frammentazione dell'intelaiatura normativa e l'insufficienza dei meccanismi messi in campo nell'ambito tanto della "grande", quanto della "piccola" Europa [4].

Sul primo versante, va certamente richiamata la Convenzione del Consiglio d'Europa sul trasferimento dei procedimenti in materia penale del 1972[5], che, pur prevedendo condizioni specifiche per il trasferimento e il riconoscimento di diritti procedurali, sconta un numero esiguo di ratifiche, con l'Italia grande assente. Un altro strumento è costituito dalla Convenzione di assistenza giudiziaria del 1959[6]: in particolare, l'art. 21 consente di richiedere

---

i casi in relazione ai quali la Procura europea ha esercitato la propria competenza, ai sensi del Regolamento 2017/1939 (considerando n. 12). Per un commento al testo v. A. Damato, *Il trasferimento dei procedimenti penali nella disciplina del regolamento (UE) 2024/3011*, in *rivista.eurojus.it*, n. 3, 2025; X. Gordo Alarcòn, *Il Regolamento europeo sul trasferimento dei procedimenti penali: verso un'armonizzazione della disciplina*, in *PPG* 2025, n. 3, 1241 ss.

[2] In questi termini G. De Amicis, *Sul trasferimento dei procedimenti penali*, in *DPP* 2010, n. 10, 1249.

[3] L. Luparia Donati, *La litispendenza internazionale. Tra* ne bis in idem *europeo e processo penale italiano*, Milano 2012, 125 ss.

[4] Al riguardo v. l'ampia analisi condotta da Eurojust, *Report on the Transfer of Proceedings in the European Union*, 18.1.2023, in *https://www.eurojust.europa.eu/publication/eurojust-report-transfer-proceedings-european-union*, 4 ss. Nella letteratura, appare interessante, anche per gli spunti *de lege ferenda*, il volume di A. Hernandèz Lopez, *Conflicts of Criminal Jurisdiction and Transfer of Proceedings within the European Union*, Torino 2022.

[5] L'art. 8 prevede i casi in cui può essere chiesto il trasferimento, non elencati secondo un ordine di priorità, alcuni di natura oggettiva, altri invece presuppongono una valutazione da parte dello Stato richiedente.

[6] Assume rilievo anche la Convenzione stabilita dal Consiglio conformemente all'articolo 34 del Trattato sull'Unione europea, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, firmata a Bruxelles il 29.5.2000. In particolare, l'art. 6 § 2 prevede che: «ogni denuncia di uno Stato membro diretta a ottenere che si promuovano procedimenti dinanzi ai giudici di altro Stato membro ai sensi dell'articolo 21 della Convenzione europea di assistenza giudiziaria e dell'articolo 42 del trattato Benelux può essere oggetto

ad altra parte aderente alla Convenzione l'instaurazione di un procedimento penale[7]. Tuttavia, la procedura di trasferimento resta per lo più fuori da ogni regolamentazione. Entrambi i testi, in ossequio all'art. 33 § 1, sono destinati a essere sostituiti, a decorrere dall'1.2.2027, nei rapporti con gli Stati membri vincolati dal Regolamento.
Sul fronte della "piccola" Europa, occorre menzionare la decisione quadro 2009/948/GAI, del 30.9.2009, sulla «prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione dei procedimenti penali»[8], la quale fissa un procedimento di consultazione obbligatorio tra le autorità giudiziarie competenti[9] quando siano condotti dei "procedimenti paralleli" in diversi Stati nei confronti della stessa persona e per il medesimo fatto[10]. La decisione, però, non regola il successivo trasferimento di procedimenti che potrebbe avvenire dopo che è stato raggiunto l'accordo sull'individuazione dello Stato più idoneo per procedere[11]. Altre basi giuridiche della cooperazione in questo settore sono rinvenibili nelle leggi nazionali o in specifici accordi bilaterali o multilaterali[12] che, conformemente all'art. 33 § 2, potranno continuare comunque a regolare i rapporti tra Stati, anche dopo l'entrata in vigore del Regolamento.

---

di comunicazioni dirette tra le autorità giudiziarie competenti».

[7] C.M. Paolucci, *Trasferimento dei procedimenti penali*, in *Cooperazione giudiziaria penale*, a cura di A. Marandola, Milano 2018, 546 s., precisa come la denuncia ai fini di procedimento penale si riferisca a persona che avendo commesso un reato nel paese richiedente, trova rifugio nel territorio dello Stato richiesto e non può essere estradata. Tuttavia, la prassi si è evoluta nel senso di ricorrere a tale strumento ogni qualvolta si ritenga che il trasferimento risponda a una più corretta amministrazione della giustizia.

[8] In argomento C. Amalfitano, *La risoluzione dei conflitti di giurisdizione in materia penale*, in *DPP* 2009, n. 10, 1293 ss.; V. Mezzolla, *Conflitti di giurisdizione in materia penale: la decisione quadro 2009/948/GAI e il d.lgs. 15.2.2016, n 29*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 30.1.2017; P.P. Paulesu, *Conflitti di giurisdizione*, in *Manuale di procedura penale europea*[6], a cura di R.E. Kostoris, Milano 2025, 649 ss. La decisione quadro è stata implementata in Italia con il d.lgs. 15.2.2016 n. 29. Alcuni profili critici della disciplina sono messi in luce da L. Kalb, *Procedimenti «paralleli» e giurisdizione «concordata»: il nuovo quadro normativo sul trasferimento dei procedimenti penali nello spazio europeo e in quello internazionale*, in *www.archiviopenale.it*, 7.5.2018, *speciale Riforme*, 10. In particolare, secondo l'Autore, la previsione di un elenco di criteri non tassativo, in uno alla mancata partecipazione della difesa nel procedimento per l'individuazione dello Stato dove concentrare l'esercizio della funzione giurisdizionale, suscita perplessità sulla tenuta costituzionale del sistema.

[9] Il carattere "obbligatorio" riguarda sia lo scambio di informazioni (v. art. 5, rubricato «Obbligo di prendere contatto») sia la fase di consultazione, finalizzata a «pervenire ad un consenso su una soluzione efficace volta ad evitare le conseguenze negative derivanti da tali procedimenti paralleli» al fine di giungere ad una «concentrazione dei procedimenti penali in un unico Stato membro» (cfr. art. 10). Questa si sostanzia nello scambio di informazioni «sui provvedimenti procedurali importanti che hanno adottato nei procedimenti», purché da questo non possa derivarne un «pregiudizio a interessi nazionali essenziali in materia di sicurezza» o possa «compromettere la sicurezza di una persona» (cfr. art. 10 § 3). A differenza di quanto previsto per la fase dello scambio di informazioni, non sono contemplati, in questa sede, limiti temporali per la definizione della procedura, né viene assegnato agli Stati coinvolti nella procedura l'onere di fissarli. Per questa sottolineatura v. V. Mezzolla, *op. cit.*, 7.

[10] S. Buzzelli, *Procedimenti paralleli, spazio di giustizia, Unione europea: il contesto normativo e gli aspetti problematici*, in *www.archiviopenale.it*, 2012, n. 1, 3 s.

[11] Sui criteri da adottare si rivelano utili le linee guida di Eurojust, *Guidelines for deciding 'which jurisdiction should prosecute'*, 13.12.2016, in *https://www.eurojust.europa.eu/publication/guidelines-deciding-which-jurisdiction-should-prosecute*.

[12] C. M. Paolucci, *op. cit.*, 347 ss. L'art. 33 § 2 – come modificato dalla «Rettifica del regolamento (UE) 2024/3011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 novembre 2024, sul trasferimento dei procedimenti penali», in *GUUE*, L, 31.10.2025 – prevede, infatti, che: «in aggiunta al presente regolamento, a partire dal 1° febbraio 2027 gli Stati membri possono concludere o continuare ad applicare accordi o intese bilaterali o multilaterali con altri Stati membri solo laddove tali accordi o intese consentano di rafforzare ulteriormente gli obiettivi del presente regolamento e contribuiscano a semplificare o agevolare ulteriormente le procedure di trasferimento dei procedimenti penali e a condizione che sia rispettato il livello delle misure di salvaguardia di cui al presente regolamento».

2. Nel nostro codice di rito, il trasferimento dei procedimenti penali è stato disciplinato soltanto nel 2017: in occasione della riforma che ha interessato la materia dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere contenuta nel libro XI, è stato inserito un apposito titolo IV-*bis* a esso dedicato[13]. L'art 746-*bis* Cpp, al co. 1, da un canto, esordisce con una clausola di salvezza relativa alle «disposizioni speciali in materia di conflitti di giurisdizione con le autorità giudiziarie degli Stati membri dell'Unione europea» e, dall'altro, pone come condizione per l'operatività della relativa disciplina la circostanza che, tanto il trasferimento quanto l'assunzione del procedimento, siano previsti «dalle convenzioni internazionali». In sostanza, le norme interne si applicano se esistano convenzioni in materia e queste non dispongano diversamente[14].

L'analisi della normativa interna – dalla prospettiva del trasferimento all'estero di procedimenti pendenti in Italia, *ex* art. 746-*quater* Cpp – può costituire, pur nella sua "essenzialità", un utile punto di riferimento prima di esaminare alcuni dei principali profili del Regolamento, anche per comprendere quali adattamenti potranno essere necessari a livello nazionale, nonostante l'obbligatorietà dello strumento giuridico prescelto.

In caso di trasferimento all'estero (*ex* art. 746-*quater* co. 1 Cpp), l'iniziativa spetta al pubblico ministero, quale soggetto titolare dell'attività investigativa, previa consultazione con l'autorità competente straniera. L'organo inquirente dovrà però (co. 2)[15] darne comunicazione al Ministro della giustizia il quale potrà paralizzare il trasferimento, esercitando un potere di veto, laddove l'esecuzione possa compromettere, in prima battuta, la sicurezza, la sovranità o altri interessi essenziali dello Stato, nonché nell'ipotesi di un processo che non assicuri il rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento, ovvero quando vi sia motivo di ritenere che l'indagato potrà essere sottoposto ad atti persecutori o discriminatori, a trattamenti disumani o degradanti, o comunque ad atti che configurano la violazione di uno dei diritti fondamentali della persona[16].

Il legislatore detta poi alcuni criteri – non rigidamente elencati secondo un ordine di priorità – che governano la decisione con riferimento alla valutazione sull'esistenza, o meno, di più stretti legami territoriali con il fatto ovvero con le fonti di prova. Si tratta, in particolare, di criteri già indicati in fonti pattizie – ad esempio, la Convenzione sul trasferimento del 1972 (art. 8) – quali il luogo: in cui è avvenuta la maggior parte dell'azione, dell'omissione o dell'evento (lett. *a*);

---

[13] Un rinvio alla disciplina codicistica, ancorché non si sia tecnicamente in presenza di un "trasferimento", è previsto all'art. 19 del d.lgs. 2.2.2021 n. 9, recante «Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2017/1939 del Consiglio, del 12 ottobre 2017, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata sull'istituzione della Procura europea». Questo, rubricato «assunzione di procedimenti della Procura europea», prevede che quando, in conseguenza delle determinazioni assunte dal Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, ai sensi dell'art. 18, sono trasferiti nello Stato procedimenti relativi a indagini condotte da procuratori europei delegati di altri Stati, si applicano le disposizioni di cui all'art. 746-*ter* commi 3, 4, 5, 6 e 7 Cpp quali l'utilizzabilità delle prove già acquisite se non contrastanti con i principi fondamentali dell'ordinamento (comma 7) o il computo del 'presofferto' in sede cautelare estera (comma 6) o, ancora, il mantenimento di efficacia della querela già presentata (comma 4 c.p.p.). La stessa disciplina viene in considerazione anche nei casi in cui i procedimenti di indagine sono trasferiti nello Stato in forza di provvedimenti assunti dalle camere permanenti della Procura europea, ai sensi degli articoli 26, § 5, e 36, §§ 3 e 4. Al riguardo v. N. Galantini, *Giurisdizione e competenza nella disciplina della procura europea: una sintesi della complessa disciplina di fonte regolamentare*, in *www.milanlawreview*, 2022, vol. 3, n. 1, 43.

[14] Ritiene che si configuri una cessione "prudente" della giurisdizione a favore di altro Stato N. Cascini, *Il conflitto di giurisdizione tra Stati membri dell'Unione europea*, in *www.archiviopenale.it*, 2018, n. 3, 17.

[15] M. Chiavario-M. Perduca, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Torino 2022, 270.

[16] L. Kalb, sub *art. 746*-quater *Cpp*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di L. Giuliani-G. Illuminati, Milano 2025, 3359, sottolinea come la disciplina non preveda alcun rimedio nell'ipotesi di inosservanza dei controlli che spettano tanto al pubblico ministero quanto al ministro.

in cui si è verificata la maggior parte delle conseguenze dannose (lett. *b*); in cui si trova il maggior numero di persone offese, di testimoni o delle fonti di prova (lett. *c*); in cui risiede, dimora, è domiciliato ovvero si trova l'indagato (lett. *e*). Un ulteriore criterio è costituito, poi, dalla previsione relativa alla «impossibilità di procedere ad estradizione dell'indagato che ha trovato rifugio nello Stato richiesto» (art. 746-*bis* co. 3 lett. *d* Cpp), così da evitare forme di impunità.
Ai fini del trasferimento, la nostra disciplina prevede un limite rappresentato dall'avvenuto esercizio dell'azione penale (art. 746-*bis* co. 2 Cpp). Ne consegue che il procedimento interno, se il trasferimento sia andato a buon fine, si chiuderà con un decreto di archiviazione pronunciato dal giudice per le indagini preliminari, il quale eserciterà «un potere di controllo in ordine al rispetto dei criteri di stretto collegamento territoriale – con il fatto o con le fonti di prova – di cui all'art. 746-*bis*, comma 3, c.p.p.» [17]. Tuttavia, non si applicano, per espressa previsione, le ulteriori scansioni e garanzie di cui agli artt. 408, 409 e 410 Cpp. Semplicemente, il decreto è comunicato alla persona offesa che abbia dichiarato di volere essere informata: avviso, questo, fine a sé stesso considerato che è preclusa l'opposizione, *ex* art. 410 Cpp.
Rimane, a salvaguardia della potestà punitiva dello Stato, la possibilità di una "riapertura delle indagini", ai sensi dell'art 414 Cpp, della quale occorre dare comunicazione allo Stato estero. La condizione, infatti, non è quella tipica della sopravvenuta esigenza di svolgere nuove investigazioni, ma attiene al mancato esercizio dell'azione penale nello Stato estero entro il termine convenuto all'atto del trasferimento, sempre che «la decisione assunta nello Stato estero non determini il divieto di un secondo giudizio». In sostanza, ci troviamo al cospetto di una condizione di procedibilità "atipica" la cui sussistenza dovrà essere vagliata, sul piano sia dell'*idem* sia del *factum*, ancora una volta dal giudice per le indagini preliminari, nonostante l'assenza di una disciplina di dettaglio sul punto.

3. Posta questa premessa, è tempo di passare all'analisi del Regolamento, la cui base giuridica è rinvenibile nell'art. 82 § 1, secondo comma, lett. *b* e *d* del TrFUE, dove si afferma la competenza dell'Unione europea per stabilire misure intese a facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e a prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri. Può essere utile, prima di esaminare alcuni dei profili selezionati per il presente intervento, delineare delle coordinate di riferimento.
Anzitutto, il trasferimento, come recita l'art. 1, riguarda i "procedimenti penali", espressione con la quale – diversamente da quanto prevede sul tema la nostra disciplina codicistica – si intende fare riferimento non soltanto alla fase delle indagini preliminari, ma anche al giudizio. Ciò emerge con chiarezza dall'art. 17 § 2 co. 3 del Regolamento, dove si accenna all'ipotesi in cui la richiesta di trasferimento «sia emessa dopo la conclusione dell'indagine penale e dopo la formulazione dei capi di accusa nei confronti dell'indagato o dell'imputato o la sua incriminazione».
Nel testo poi non vi sono limiti quanto alla tipologia di reati per i quali può essere chiesto il trasferimento, seppure è indubbio che debba trattarsi di fattispecie di matrice transnazionale: categoria "fluida" rispetto alla quale non può dirsi ancora realizzata una piena armonizzazione a livello europeo, soprattutto in questo ambito. Dovrebbe poi trattarsi di reati con un apprezzabile disvalore. Un richiamo alla proporzionalità è stato inserito all'art. 5 § 1 dove si afferma che la richiesta di trasferimento può essere emessa solo se l'autorità richiedente ritiene che l'obiettivo di un'efficiente e corretta amministrazione della giustizia, compresa la

[17] Così E. De Amicis, *Lineamenti della riforma del libro XI del codice di procedura penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 19.4.2019, 27.

proporzionalità, possa essere meglio conseguito conducendo il procedimento in altro Stato. Una proporzionalità che sembra fuori contesto, a meno che non si voglia leggere la norma in raccordo con le informazioni che la richiesta di trasferimento deve contenere (art. 8) e, nello specifico, nella parte in cui richiama la valutazione "dell'impatto" che questo fenomeno potrà avere sui diritti dell'indagato/imputato/vittima sulla base delle informazioni in possesso dell'autorità richiedente, comprese, «se del caso», le "opinioni" da essi espresse riguardo al trasferimento o le proposte avanzate a che questo fosse effettuato (§ 2 lett. *c*)[18]. Nell'esaminare la disciplina non va dimenticato che il trasferimento di un procedimento penale non è un fenomeno "neutro", per l'indagato in prima battuta, oltre che per la persona offesa: cambia il foro e cambiano le regole processuali (in termini, ad esempio, di accesso ai procedimenti speciali, di meccanismi di collaborazione…); peraltro, neppure sembrano esservi limiti quanto al numero di volte in cui uno stesso procedimento può essere oggetto di trasferimento.
Il Regolamento sembra poi evocare una nozione "pura" di procedimento penale e non anche quella di matrice "engeliana": ma, se l'obiettivo finale è quello di evitare fenomeni di *bis in idem*, è da domandarsi se non vi sia di contro il rischio di una loro amplificazione. Lasciando da parte questo interrogativo, è tempo di toccare i punti del Regolamento che, in questa prima fase di studio, meritano un approfondimento.

4. Ai sensi dell'art. 4 del testo in esame, ogni Stato membro che, in forza del diritto nazionale, è competente a esercitare l'azione penale per un reato ha la facoltà e non anche l'obbligo – come testimonia il "può" – ai fini dell'applicazione del Regolamento, di rinunciare all'avvio del procedimento penale, sospenderlo o interromperlo al fine appunto di consentire il relativo trasferimento. La norma, concepita per i sistemi giuridici in cui vige il principio di obbligatorietà dell'azione penale, fornisce allo Stato richiedente che ha la giurisdizione originaria una base giuridica in forza della quale rinunciare all'avvio del procedimento penale o, successivamente, sospenderlo o interromperlo, a favore dello Stato membro più adatto a esercitare l'azione penale e ciò anche quando, secondo il suo diritto nazionale, avrebbe l'obbligo di promuoverla.
Sul versante del nostro sistema, il potere di rinunciare alla giurisdizione, richiamando una pronuncia risalente della Corte costituzionale[19], «in sé considerato, o, per altro verso, di stabilire che determinate condizioni concorrano perché l'azione penale possa essere promossa o proseguita» non è vietato da alcun principio costituzionale o precluso al legislatore ordinario. E infatti non mancano «significativi esempi della disponibilità dell'ordinamento alla cooperazione tra Stati» anche in materia penale.
È da evidenziare che, nel considerando n. 12 della decisione quadro del 2009 sul conflitto di giurisdizioni, si erano già gettate le basi per una rilettura in chiave europea dell'art. 112 Cost., in particolare, laddove si afferma che «nello spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia, il principio di obbligatorietà dell'azione penale che informa il diritto processuale di vari Stati membri, dovrebbe essere inteso e applicato in modo da ritenerlo soddisfatto quando ogni Stato membro garantisce l'azione penale in relazione ad un determinato reato». Del resto, come è stato evidenziato, ciò che si realizza è una sorta di "delega per rappresentanza" dell'azione penale «ad altra giurisdizione, sulla base di elementi obiettivi che indicano tale giurisdizione (…), come quella più appropriata a decidere il caso»[20].

[18] Nel considerando si afferma che l'autorità richiedente dovrebbe valutare se il trasferimento possa conseguire l'obiettivo di un'efficiente e corretta amministrazione della giustizia, compreso se esso sia proporzionato e adeguato allo scopo del procedimento in questione.
[19] C. cost., 12.10.1990 n. 446, in *CP* 1991, 1000 ss., con il commento di L. Salazar, *Nuovo riconoscimento da parte del giudice delle leggi del principio* La loi suit le drapeau.
[20] Cfr. E. De Amicis, *Lineamenti della riforma del libro XI del codice di procedura penale*, cit., 26.

Sgombrato il campo da possibili obiezioni sul versante dell'art. 112 Cost., la cui inderogabilità appare sempre più "precaria" anche nel contesto nazionale, occorre comprendere come il nostro sistema debba adattarsi. Per la fase del giudizio, occorrerebbe configurare una nuova fattispecie sospensiva dell'azione penale, con sospensione dei termini di prescrizione, per i casi in cui sia emessa la richiesta di trasferimento, non potendo farsi ricorso all'istituto dell'interruzione, proprio del processo civile[21]. Ciò consentirebbe di continuare a compiere, pur dopo la trasmissione, "atti o misure procedurali" attinenti al procedimento penale (art. 9 § 1).
È poi da domandarsi cosa accada nel momento in cui pervenga la decisione motivata di accettazione del trasferimento o quella definitiva sul ricorso giurisdizionale presentato dall'indagato/imputato o dalla vittima. Da questa visuale, il Regolamento, all'art. 21 – dedicato agli effetti del trasferimento nello Stato richiedente – richiama la sospensione o l'interruzione, a meno che non sia già stata disposta al momento della richiesta di trasferimento. Immaginando i possibili epiloghi decisori, anche sulla falsariga di quanto previsto in altri strumenti normativi – *in primis* il d.lgs. 29/2016 – il giudice dovrà dichiarare la sopravvenuta improcedibilità in virtù del riconoscimento del difetto di giurisdizione *sub specie* del provvedimento di archiviazione, qualora il procedimento sia pendente in fase investigativa; se, invece, sia già stata esercitata l'azione penale, occorrerà dichiarare l'improcedibilità ai sensi dell'art. 425 Cpp in udienza preliminare o dell'art. 529 Cpp nella fase del giudizio. Con riferimento alla declaratoria di improcedibilità, com'è noto, la giurisprudenza di legittimità[22], in forza dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 111 Cost., ha ritenuto impugnabile anche la sentenza processuale ove la pronuncia sulla giurisdizione non possa dare luogo a conflitto, poiché altrimenti tale sentenza rimarrebbe priva di qualsiasi controllo di legittimità. Deve, pertanto, ritenersi che sia ammesso eccezionalmente il ricorso per cassazione nel caso in cui la decisione sulla competenza o sulla giurisdizione non possa dare luogo a conflitto. Tale ultima ipotesi ricorre nel caso in cui, come nella fattispecie in concreto analizzata, il giudice italiano rinunci alla giurisdizione a favore di una autorità straniera, essendo del tutto impossibile un conflitto di giurisdizione[23].
Potrebbe però verificarsi che il trasferimento, pur inizialmente accettato dallo Stato richiesto, non vada a buon fine. Ai sensi del § 5 dell'art. 21, l'autorità richiedente può proseguire o riaprire il procedimento penale se l'autorità richiesta la informa della propria decisione di interrompere il procedimento per i fatti che hanno portato all'accettazione del trasferimento; a meno che tale pronuncia, ai sensi del diritto dello Stato richiesto, precluda definitamente l'esercizio dell'azione penale e sia stata presa a seguito di una decisione nel merito del caso, estinguendo pertanto ulteriori procedimenti penali per gli stessi fatti nello Stato richiesto.
Come anticipato, una fattispecie di riapertura delle indagini "atipica" è prevista dal codice di rito per i casi di archiviazione in conseguenza del trasferimento del procedimento, con il

[21] Camera dei Deputati, *Elementi per la verifica di conformità dei progetti di atti legislativi dell'UE al principio di sussidiarietà. Proposta di Regolamento sul trasferimento dei procedimenti penali*, Dossier n. 21, 6.6.2023, 3, dove si afferma che «potrebbe risultare utile acquisire le valutazioni del Governo in merito all'applicazione della disposizione nell'ordinamento italiano, alla luce del principio di obbligatorietà dell'azione penale di cui all'articolo 112 della Costituzione. La norma sembrerebbe, in particolare, configurare un nuovo caso di sospensione, giacché l'istituto dell'interruzione è noto nel processo civile ma non nel processo penale. Andrebbe chiarito al riguardo come la sospensione disposta da un'autorità richiedente italiana, ai sensi del regolamento in esame si intrecci con la disciplina della prescrizione e con la relativa sospensione e interruzione (artt. 150 e 160 Cp). Ciò anche alla luce del fatto che l'art. 20, paragrafo, della proposta (cfr. *infra*) sembra riferirsi agli atti interruttivi o sospensivi della prescrizione prima del trasferimento della giurisdizione e non dopo nello Stato richiesto».
[22] N. Galantini, *Diritti e conflitti di giurisdizione (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 29)*, in *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, a cura di F. Ruggieri, Torino 2017, 122 s.
[23] Cass. 20.9.2023 n. 4307, in *CEDCass*, m. 285704; Cass. 15.4.2009 n. 20223, *ivi*, m. 244889.

necessario vaglio da parte del giudice per le indagini preliminari. Situazione applicabile al caso di specie in cui il trasferimento del procedimento è considerato come una rinuncia alla giurisdizione sottoposta a condizione "risolutiva".
Le problematiche riguardano l'accertamento da compiersi sulla eventuale natura di merito del provvedimento adottato dallo Stato richiesto, stante le complessità legate alla valutazione sull'efficacia preclusiva e sulla nozione di *idem factum*: il vaglio sull'eventuale riapertura andrebbe effettuato nel contraddittorio tra le parti interessate. Una soluzione potrebbe essere quella di utilizzare il modello, sia pure "affievolito" sul piano della dialettica, di cui all'art. 127 Cpp.

5. Le maggiori criticità si coagulano sull'art. 5: in questa sede sono infatti indicati i criteri per avviare la richiesta di trasferimento del procedimento in favore dello Stato "meglio attrezzato" a realizzare l'obiettivo di un'efficiente e corretta amministrazione della giustizia[24].
Questi criteri, sposando una scelta già compiuta in altri strumenti, non sono elencati seguendo un ordine gerarchico; ebbene, se il vantaggio è quello di consentire un approccio dinamico, orientato alle peculiarità del singolo caso, di contro, vi è il rischio di favorire una lettura in chiave "domestica" degli stessi. Come ben evidenziato dalla dottrina[25], la mancanza di una gerarchia «rivela il difetto di una chiara presa di posizione, da parte delle istituzioni dell'Unione, circa il valore che gli interessi, che stanno dietro quei criteri, devono giocare nell'individuazione del Paese più adeguato a indagare e perseguire reati».
È da dire che molti dei criteri codificati non presentano carattere di novità perché già rinvenibili in altri testi: così se «il reato è stato commesso, in tutto o in parte, nel territorio dello Stato richiesto», formula che evoca l'art. 6 Cp, «o la maggior parte degli effetti del reato o una parte sostanziale del danno che fanno parte degli elementi costitutivi del reato si è verificata nel territorio di tale Stato» (lett. *a*). In questo caso, l'opportunità del trasferimento del procedimento è dovuta alla circostanza che la maggior parte delle prove da raccogliere (deposizioni delle vittime o dei testimoni, pareri degli esperti) si trova nello Stato richiesto. Inoltre, l'avvio di un successivo procedimento per danni risulta facilitato se anche il procedimento sottostante che stabilisce la responsabilità penale si svolge nello stesso Stato membro (considerando n. 25).
Analogamente, la facilitazione nella raccolta delle prove e la successiva ammissibilità di esse, è alla base del criterio fondato sul fatto che la maggior parte delle prove pertinenti ai fini dell'indagine si trova o la maggior parte dei testimoni pertinenti risiede in tale Stato (lett. *e*). A tale riguardo, nel considerando n. 29 del Regolamento si afferma che, prima di prendere in considerazione il trasferimento del procedimento, l'autorità richiedente «è incoraggiata» ad avvalersi degli strumenti di reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie che consentono di ottenere prove da altri Stati membri, «come la direttiva 2014/11/UE» sull'ordine europeo di indagine penale, dando così indicazioni sulla relazione intercorrente tra la disciplina da esso stabilita e quella, in particolare, della direttiva in questione. Nel prossimo futuro, occorrerà poi tenere conto anche del Regolamento sulla "*e-evidence*" [26], considerato che ormai

[24] Sull'esclusione di un contrasto con l'art. 25 co. 1 Cost., che assicura il diritto al giudice naturale "precostituito per legge", per carenza di criteri predeterminati per la risoluzione di conflitti di giurisdizione, riguardo alla decisione quadro 2009/948/GAI, v. V. Mezzolla, *op. cit.*, la quale richiama C. cost., 27.6.1973 n. 96, in *GCos* 1973, 975, con nota di P. Petta, *La Costituzione e la Convenzione sullo* status *delle truppe N.A.T.O.*
[25] S. Ruggeri, *Azione penale e cultura della giurisdizione: la lezione di metodo di Enrico Marzaduri*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 6.6.2025, 16. In termini critici sulla mancanza di un ordine gerarchico v. X. Gordo Alarcòn, *op. cit.*, 1241.
[26] Regolamento n. 1543, del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12.7.2023, relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione

un ruolo preponderante nei processi, tanto più di matrice transnazionale, è assunto dalla categoria della prova elettronica. Proprio i meccanismi in atto a livello europeo per procedere all'acquisizione delle prove dimostrano come questo criterio sia, di fatto, privo di attualità.
La normativa prende in considerazione anche la salvaguardia dei diritti degli indagati/imputati e delle vittime: in questa direzione si pongono i criteri di cui alle lett. *h*, se uno o più indagati o imputati stanno scontando o devono scontare una pena privativa della libertà personale nello Stato richiesto (con l'obiettivo di favorirne la partecipazione al processo); lett. *i*, se l'esecuzione della pena nello Stato richiesto può migliorare le prospettive di riabilitazione sociale della persona condannata oppure sussistono altri motivi per cui l'esecuzione della pena nello Stato richiesto sarebbe più opportuna; lett. *j*, se una o più vittime hanno la cittadinanza dello Stato richiesto o vi risiedono.
Un gruppo ulteriore di criteri risponde invece all'esigenza di evitare l'impunità di una persona indagata o imputata oggetto di un mandato d'arresto europeo: è il caso di uno o più indagati che, pur non essendo cittadini o residenti dello Stato richiesto, si trovano in questo Stato, il quale ne rifiuta la consegna allo Stato richiedente sulla base dei motivi facoltativi previsti dall'art. 4, punti 2, 3 e 7 della decisione quadro 2002/584/GAI sul mandato d'arresto europeo.
L'art. 5 § 2 richiama invece criteri legati – secondo il considerando – all'esigenza di prevenire procedimenti penali paralleli o multipli condotti in diversi Stati membri per gli stessi fatti e per la stessa persona, nonché di favorire una più efficace lotta alla criminalità organizzata transfrontaliera. Si tratta delle ipotesi in cui nello Stato richiesto è in corso un procedimento penale per fatti identici o parzialmente identici o per altri fatti contro l'indagato o l'imputato (lett. *f*), nonché per fatti identici, parzialmente identici o "connessi" contro altre persone (lett. *g*). Il tenore della disposizione pone qualche perplessità nella parte in cui si riferisce a fatti "parzialmente" identici o, ancora, "connessi": quest'ultimo parametro, in particolare, non manca già di porre questioni problematiche a livello nazionale. Se l'obiettivo è quello di evitare trasferimenti "parziali", che potrebbero pregiudicare l'esercizio del diritto di difesa, occorrerebbe comunque chiarire la valenza europea del termine "connessione".
L'ultimo criterio enunciato all'art. 5 § 2 considera l'ipotesi in cui le autorità competenti degli Stati membri abbiano raggiunto un consenso sulla concentrazione dei procedimenti penali in un unico Stato membro (lett. *k*). La disposizione richiama la decisione quadro 2009/948/GAI sui conflitti di giurisdizione, in tal modo effettuando un esplicito raccordo tra le relative discipline: al riguardo, non va però dimenticato che il consenso, secondo la disciplina prevista in quel testo, è raggiunto senza alcuna partecipazione da parte dell'indagato.
In questo ambito, forse è arrivato il momento di fissare un ordine di priorità, trascendendo da logiche "nazionalistiche" e privilegiando, tra i diversi criteri, quelli che stabiliscono un legame effettivo tra «fatto, giurisdizione e soggetto nei cui confronti, in forza del *fumus delicti*, si avvia e svolge l'indagine penale e sarà poi avviato il processo»[27].

---

di pene detentive a seguito di procedimenti penali (applicabile dal 18.8.2026). Al Regolamento si affianca la Direttiva UE 2023/1544, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12.7.2023, recante norme armonizzate sulla designazione di stabilimenti designati e sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove elettroniche nei procedimenti penali (da attuare entro il 18.2.2026). Nell'ambito di una vasta bibliografia sul tema, v., tra i tanti, i contributi pubblicati in *Eucrim*, n. 2, 2023, dedicato alla *Electronic evidence*.

[27] In questo senso S. Ruggeri, *op. cit.*, 17, secondo il quale il criterio guida dovrebbe essere rappresentato dai valori essenziali della giustizia penale europea e del modello costituzionale di giusto processo penale, tra i quali sono da annoverare – oltre all'effettività del diritto di difesa e al principio di affidamento – il diritto alla predeterminazione legale del giudice, la presunzione d'innocenza e il divieto di discriminazione fra i cittadini dell'Unione.

6. Per ovviare ai limiti in punto di garanzie difensive denunciati da più parti con riguardo alla decisione quadro sul conflitto di giurisdizioni, il Regolamento prevede un coinvolgimento – già nella fase che precede la richiesta di trasferimento – della persona sottoposta a indagini, dell'imputato e della vittima (artt. 6 e 7), i quali peraltro possono farsi parti attive nel sollecitare la richiesta di trasferimento.
La lettura del testo mostra però come tutto il sistema di protezione sia concepito con riferimento a procedimenti in cui sia noto l'autore del reato; di contro, come segnalato nel Report di *Eurojust*, il trasferimento potrebbe avere luogo anche nel caso di procedimento a carico di ignoti.
Al di là della presa in considerazione già da parte dell'autorità richiedente degli interessi legittimi dei soggetti prima richiamati, compresi gli aspetti legati alla giustizia riparativa (esclusa, com'è noto, in alcuni paesi per certe tipologie di reato), è previsto che debba essere data voce alle parti interessate. A tal fine, queste devono essere avvisate e messe nelle condizioni di esprimere "un'opinione" (termine improprio) in merito: in questa fase dovrebbe essere garantita l'assistenza di un difensore. Non mancano le deroghe al dovere di informazione se ciò "comprometta la riservatezza dell'indagine" o pregiudichi "in altro modo un'indagine"[28]. A tal fine, il considerando n. 31 fa riferimento alla necessità di salvaguardare un interesse pubblico importante, come evitare di pregiudicare un'operazione di infiltrazione in corso o di danneggiare gravemente la sicurezza dello Stato membro in cui è avviato il procedimento.
Questa "opinione", della quale l'autorità richiedente tiene conto nel decidere se avviare la procedura per il trasferimento, è pure trasmessa all'autorità richiesta unitamente alla istanza di trasferimento (art. 8 § 3). Se prendiamo in considerazione il momento successivo del ricorso giurisdizionale avverso la decisione favorevole al trasferimento, appare chiaro come l' "opinione" espressa dovrà incidere sul profilo dei criteri adottati, censura non più proponibile *ex post* davanti allo Stato che abbia accettato il trasferimento.
I diritti di informazione si applicano dal momento in cui gli indagati sono messi a conoscenza del loro *status*: ciò richiederà di aggiornare il contenuto dell'informazione sul diritto di difesa *ex* art. 369-*bis* Cpp. Rimane sullo sfondo il tema dell'accesso agli atti, soprattutto se la conoscenza avviene al momento della notifica dell'informazione di garanzia *ex* art. 369 Cpp. Dobbiamo inoltre interrogarci sulle possibili conseguenze a fronte della violazione di questo diritto al contraddittorio. Occorrerebbe prevedere un rimedio sul piano interno, attivabile soltanto avverso il provvedimento – decreto di archiviazione o sentenza – che definisca il procedimento (prima che la richiesta sia accettata dovremmo avere una mera ordinanza sospensiva, non sembrando concepibile, per la fase del "giudizio", una sentenza di non doversi procedere come quella oggi fissata per l'assente, *ex* art. 420-*quater* Cpp).

7. Nell'attuale panorama, il tema dei rimedi giurisdizionali – al centro di un rinnovato interesse della Corte di giustizia[29] sia pure su altri versanti – rivela non poche criticità. Secondo il già richiamato Report di *Eurojust* sul trasferimento di procedimenti, nella maggior parte degli Stati membri non esistono rimedi, neppure quando la disciplina prevede una consultazione delle parti nella procedura per il trasferimento. In alcuni Stati i rimedi, laddove previsti, sono accessibili solo all'indagato, o alla vittima o a entrambi, indipendentemente dal loro ruolo consultivo durante il procedimento.

[28] L'obbligo di informazione viene meno altresì quando la richiesta di trasferimento consegue alla proposta della vittima ovvero dell'indagato o dell'imputato, nonché, nel caso di questi ultimi, quando non sia stato possibile rintracciarli o raggiungerli.
[29] Numerose sono le pronunce intervenute, ad esempio, nel contesto delle attività della Procura europea. Al riguardo, volendo v. A. Mangiaracina, *Postfazione*, in *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, a cura di L. Bernardini-C. De Caro, Torino 2025, 405 ss.

Il Regolamento segna un decisivo cambio di passo, diremmo obbligato. Così, avverso la decisione di accettazione della richiesta di trasferimento (non è censurabile quella che la rifiuti), che dev'essere corredata da motivazione, è previsto il ricorso dinnanzi a un organo giurisdizionale nello Stato richiesto da parte sia degli indagati/imputati, sia delle vittime. Per rendere effettivo questo diritto, occorre consentire (art. 17 § 3) a questi soggetti il diritto di accedere a tutti i documenti relativi al trasferimento che hanno costituito la base per la decisione di accettazione e che sono necessari per l'esercizio effettivo del diritto a un ricorso[30]. L'accesso, esercitato secondo le procedure del diritto dello Stato richiesto, può essere limitato – fatto salvo il diritto nazionale – qualora comprometta la riservatezza di un'indagine o pregiudichi in altro modo l'indagine o la sicurezza della persona. Profilo, questo, che andrebbe meglio scandagliato.
Il ricorso attivabile nello Stato richiesto dà luogo a un riesame della decisione basato esclusivamente sui motivi di rifiuto declinati come obbligatori (così segnando un'inversione di tendenza rispetto ad altri e più recenti strumenti) e facoltativi all'art. 12 del Regolamento[31]. Nella proposta della Commissione, la distinzione è ricondotta al fatto che i motivi obbligatori di rifiuto «si riferiscono alle situazioni in cui il perseguimento dei fatti alla base del procedimento penale oggetto del trasferimento non sarebbe possibile nello Stato richiesto», quelli facoltativi «riguardano altre situazioni che possono costituire un ostacolo all'assunzione del procedimento penale» (privilegi, immunità…), attribuendo all'autorità richiesta la flessibilità di rifiutare il trasferimento quando non sia ritenuto nell'interesse di un'efficiente e corretta amministrazione della giustizia.
Ebbene, se l'autorità richiesta abbia esercitato il suo «potere discrezionale» il riesame è limitato a valutare se questa abbia «manifestamente travalicato i limiti» di siffatto potere (art. 17 § 2 co. 1). A destare perplessità, sul piano dell'effettività del controllo giurisdizionale, è la valutazione di cui all'art. 12 § 2 lett. *b*, ancorata all'interesse (ritenuto sussistente) dello Stato richiesto all'efficiente e corretta amministrazione della giustizia. Formula estremamente vaga che si ripercuote sul contenuto del ricorso stesso e sulla sua specificità. Ai sensi della norma in esame restano comunque impregiudicati i ricorsi giurisdizionali disponibili conformemente al diritto nazionale (art. art. 17 § 2 co. 6), sede nella quale dovrebbero aprirsi margini per una verifica sui criteri adottati per il trasferimento.
Pur constatando che il Regolamento compie significativi passi in avanti, al contempo, riporta alla ribalta i temi della *dual defence* e del diritto al gratuito patrocinio[32]: su entrambi sembra però essersi affievolito l'interesse da parte delle istituzioni europee. Il rischio è quello di aprire il varco a una giustizia "transnazionale" con un sistema di tutela "variabile" in ragione soprattutto delle condizioni economiche dell'imputato.

8. Il Regolamento stabilisce che qualsiasi atto compiuto ai fini del procedimento penale o dell'istruzione della causa dalle autorità competenti dello Stato richiedente assume il medesimo valore nello Stato richiesto, come se fosse stato validamente compiuto dalle autorità competenti

[30] Una sollecitazione in questa direzione, rispetto al testo della Proposta, era venuta da ECBA, *Opinione ECBA su alcuni punti chiave della Proposta di regolamento sul trasferimento dei procedimenti COM (2023) 185 definitivo - 2023/0093 (COD)*, 1.3.2024, *in https://www.ecba.org/content/index.php/publications/statements-and-press-releases/904-ecba-opinion-on-proposal-for-a-regulation-on-the-transfer-of-proceedings-com-2023-185-final-2023-0093-cod*, 3 s.
[31] Sui motivi di rifiuto v. le considerazioni di A. Rosanò, *La prossima tappa nell'applicazione del reciproco riconoscimento alla materia penale: la proposta di regolamento sul trasferimento dei procedimenti penali*, in *aisdue.eu*, 20.6.2023, n. 7, 144 ss.
[32] Sul tema del *legal aid* in prospettiva nazionale ed europea, di recente, v. il volume di E. Grisonich, Legal aid *e procedimento penale*, Milano 2025.

di questo Stato (una sorta di "*mutual trust* probatoria"), purché non vi sia contrasto con i principi fondamentali di diritto dello Stato richiesto (art. 22 § 2 co. 1). La norma riprende sostanzialmente la regola della equivalenza degli atti, già enunciata all'art. 26 della Convenzione del 1972, nonché nell'originaria Proposta di decisione quadro del 2009 sul trasferimento di procedimenti[33], con la specificazione sul rispetto dei principi fondamentali di diritto dello Stato richiesto. Inoltre, in senso analogo ai testi appena richiamati, si occupa della prescrizione. In proposito, sancisce che qualsiasi atto di interruzione o di sospensione della prescrizione validamente compiuto nello Stato richiedente produce i medesimi effetti nello Stato richiesto, «a condizione che l'atto in questione abbia tali effetti a norma del diritto nazionale di questo Stato» (art. 22 § 2 co. 2). In sostanza, come risulta dal considerando del Regolamento (n. 58), il legislatore europeo non ha inteso pregiudicare la durata del termine di prescrizione nello Stato richiesto, secondo quanto previsto dal suo diritto nazionale.
Quanto alle prove trasferite dall'autorità richiedente, esse non possono essere escluse dal procedimento penale nello Stato richiesto per il solo motivo che sono state raccolte in un altro Stato, ma possono essere utilizzate, purché la loro ammissibilità sia conforme al diritto nazionale, inclusi i principi fondamentali del diritto di tale Stato. È in ogni caso fatto salvo il potere dell'organo giurisdizionale di merito nella valutazione di tali prove (art. 22 § 5). Riecheggia il contenuto dell'unica previsione dedicata alla materia dell'ammissibilità delle prove inserita nel Regolamento EPPO (art. 37), sulla quale non si è mancato di sollevare delle critiche[34].
In un contesto in profonda trasformazione, nel quale vi è una tendenza all'espansione della giurisdizione "nazionale" e dove peraltro l'implementazione della direttiva c.d. Salduz mostra qualche crepa (è il caso di Francia e Belgio)[35], affrontare il tema del trasferimento dei procedimenti penali nella sua ampia "traiettoria" richiede particolare cautela, persino nel c.d. spazio giudiziario comune europeo. Tanti, troppi i valori in gioco.

[33] L'iniziativa, del 12.9.2009, è stata presentata nel giugno 2009 dai seguenti Stati membri: Belgio, Bulgaria, Repubblica Ceca, Danimarca, Estonia, Grecia, Spagna, Francia, Lituania, Lettonia, Ungheria, Paesi Bassi, Romania, Slovenia, Repubblica slovacca e Svezia. La proposta, all'art. 17 § 2, prevedeva la regola di salvaguardia della "compatibilità", con il diritto dello Stato membro "ricevente", di qualsiasi atto (anche di natura "istruttoria") compiuto nel procedimento avviato nello Stato membro dell'autorità "trasferente", compatibilità che automaticamente ne determinava la "stessa validità" nell'altro Stato membro. Siffatta regola era connotata da finalità "conservative" analoghe a quelle sottese alle (sostanzialmente) corrispondenti disposizioni contenute nell'art. 8 § 1 dell'Accordo del 6.11.1990 e, soprattutto, nell'art. 26 § 1 della Convenzione del 15.5.1972. In questi termini G. De Amicis, *Sul trasferimento dei procedimenti penali*, cit., 1253.
[34] Cfr., volendo, A. Mangiaracina, *Dalle indagini all'ammissione della prova in giudizio*, in *L'attuazione della Procura europea. I nuovi assetti nello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, a cura di G. Di Paolo-L.Pressacco-R. Belfiore-T. Rafaraci, Napoli 2022, 219 ss. Sul tema v., anche, V. Sirello, *Indagini transfrontaliere dell'EPPO e ammissione della prova: verso nuovi divieti probatori?*, in *Sfide attuali e tendenze future del diritto processuale penale europeo*, cit., 135 ss. e, più di recente, M. Caianiello-I. Neroni Rezende, *Rethinking Article 37 of the EPPO Regulation: toward a coherent EU approach to evidence admissibility and exclusion, in Strengthening the Future of the European Public Prosecutor's Office*, a cura di D. Brodowski-S. Trautmann, Baden-Baden 2026, 139 ss.
[35] Su questo profilo v. le interessanti considerazioni di S. Quattrocolo, *Su MAE e diritti fondamentali ritorna in auge Melloni: la Corte di Giustizia segna ancora una volta la vecchia strada, che la Cassazione è costretta a seguire*…, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 18.7.2025.

MODIFICHE ALLA LEGGE 26 LUGLIO 1975 N. 354 IN MATERIA DI CONCESSIONE DEI BENEFICI AI DETENUTI E INTERNATI

di Gianfranco Martiello (Professore associato di diritto penale, Università degli Studi di Firenze)

Sommario: 1. La previsione della lettera *a*, tra finalità politico-criminali e reali prospettive applicative. – 2. La previsione amministrativa della lettera *b*.

1. Strettamente collegato alle innovazioni contenute nell'art. 26 del d.l. n. 48/2025 – che, come si ricorderà, ha inserito nel codice penale il delitto di «Rivolta all'interno di un istituto penitenziario» (art. 415-bis) e dotato la figura criminosa dell'art. 415 di una precipua aggravante "penitenziaria" – appare il disposto dell'art. 34 lett. a del medesimo decreto d'urgenza. Tale previsione normativa, infatti, provvede ad includere entrambe tali fattispecie di nuovo conio nell'elenco di quelle che, in sede di esecuzione, producono in capo al detenuto o all'internato che le abbia commesse gli effetti «ostativi» contemplati dall'art. 4-bis co. 1-ter Op.

Siffatta ulteriore e graffiante propaggine sanzionatoria della quale il novellatore ha voluto munire le anzidette previsioni criminose degli artt. 415 co. 2 e 415-bis Cp non poteva che trovare un'accoglienza assai critica in dottrina, considerato che, come a suo tempo riferito, quest'ultima aveva già vivacemente censurato, prima ancora, proprio l'introduzione in sé di tali due *nova* legislativi (v. retro, sub art. 26). Ed invero, coerentemente con la posizione in tale sede assunta, la quasi totalità di coloro che si sono poi espressi sulla previsione normativa dell'art. 34 lett. a ha riconosciuto in essa l'espressione di una rinnovata «vigorìa autoritaria»[1], latrice di un «vero e proprio surplus di afflittività del trattamento sanzionatorio minacciato, [che] oper[a] in funzione squisitamente deterrente»[2]. In sostanza, ci si troverebbe difronte ad una «norma particolarmente infelice e rivelatrice di una volontà politica di esasperato repressivismo della violenza in carcere»[3], la quale, in prospettiva funzionale, potrebbe addirittura «finir[e] con l'aggravare la già drammatica situazione di sovraffollamento che sta inesorabilmente affliggendo le carceri italiane», le quali avrebbero bisogno, «più che di dure risposte repressive, di ascolto della realtà, di quella presenza dello Stato che si concretizza di una maggiore azione di assistenza, di prevenzione e di recupero, in favore della realtà della detenzione che è stata, al contrario, irresponsabilmente abbandonata al suo destino»[4].

Non v'è dubbio che la disposizione qui in commento sia intesa a produrre «un complessivo effetto intimidatorio» sui detenuti[5], a sua volta funzionalmente inteso a salvaguardare quella sorta di "ordine pubblico penitenziario" a favore del quale il legislatore della novella ha profuso, come segnalato, vistosi sforzi. Non è certo un caso, difatti, che ad attivare i rigori dell'ostatività siano questa volta due ipotesi criminose – appunto quelle degli artt. 415 co. 2 e 415-bis Cp – espressamente destinate ad avere una ambientazione carceraria, che risulta senz'altro eccentrica rispetto a quella per così dire "ordinaria" nella quale sono destinate ad

[1] Cfr. in questi termini V. Manes, *L'ossessione securitaria*, in *dirittodidifesa.eu* (14.3.2025), 4.

[2] V. segnatamente A. Martufi, *Il carcere ai tempi della "controriforma": D.L. sicurezza ed esecuzione penale*, in *DPP* 2025, 890.

[3] Così, F. Palazzo, *Decreto sicurezza e questione carceraria*, in *sistemapenale.it* (1.5.2025), 6.

[4] In questi termini si è espressa la delibera del 30 settembre 2024 assunta dalla Giunta dell'Unione delle Camere Penali Italiane (UCPI) a proposito del d.d.l. AC n. 1660, spec. 3.

[5] L'espressione è di F. Fiorentin, *Reato commesso in detenzione, effetti negativi su tutti i benefici*, in *GD* 2025 (17), 55.

operare, quanto meno di norma, le altre fattispecie incriminatrici contemplate dal richiamato art. 4-bis co. 1-ter Op.
Ciò vero, non è detto, però, che alle intenzioni (iper)sanzionatorie del legislatore corrisponda poi, sul versante applicativo, una congruente realtà pratica. A tale riguardo, occorre infatti ricordare che, come ben noto, il comma 1-ter dell'art. 4-bis Op ha introdotto nel sistema delle ostatività penitenziarie quella di così detta «seconda fascia», la quale – giova soltanto ciò qui evidenziare – subordina la concessione di certi benefici ed alternative carcerarie alla circostanza che «non vi siano elementi tali da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva» del detenuto o dell'internato. La previsione, difatti, è chiaramente intesa ad impedire che soggetti ancora collegati a tali e pericolosi ambienti criminali possano sfruttare l'eventuale riconoscimento di uno spazio di libertà (ad esempio: lavoro esterno, permessi premio, liberazione condizionale, ecc.) per ritessere, in realtà, i precedenti legami malavitosi[6]. Tanto ricordato, non appare allora del tutto peregrina l'osservazione di chi ha puntualizzato come la tendenziale separatezza che il legislatore ha introdotto tra i membri di tali associazioni ed il resto della popolazione detenuta, principalmente attuata per mezzo dei così detti «circuiti di alta sicurezza», induca a «pensare che eventuali condotte di "disobbedienza" punibile saranno più verosimilmente poste in essere da reclusi comuni»[7]: il che, per vero, sembra confermato anche dalla percezione – sebbene superficiale – di buona parte dei fenomeni di rivolta carceraria riscontrati nel nostro Paese. Ma solo il tempo, chiaramente, potrà fornire risposte certe.

2. Di tenore assai diverso risulta, invece, la lettera b dell'art. 34 in commento, la quale contiene una norma emendativa della legge sull'ordinamento penitenziario di carattere amministrativo, finalizzata, almeno nelle intenzioni, ad accelerare l'ammissione del detenuto o dell'internato al lavoro in convenzione. La novella qui in rilievo, infatti, inserisce nel procedimento di stipula delle predette convenzioni con soggetti pubblici o privati o con cooperative sociali, disciplinato dall'art. 20 Op, un espresso termine decisorio di «sessanta giorni dal ricevimento della proposta» entro il quale il Dipartimento dell'amministrazione penitenziaria deve esprimersi nel merito della proposta stessa, dettando eventualmente le prescrizioni all'uopo ritenute necessarie: il che si pone come passaggio indispensabile per la definitiva approvazione della proposta stessa.
Almeno in linea di principio, tale innovazione non può che salutarsi favorevolmente, mirando essa «a dare certezza sui tempi del perfezionamento della convenzione con gli enti coinvolti nel processo lavorativo in ambito penitenziario, con riflessi anche sulle opportunità di lavoro offerte ai detenuti e internati»[8]. Tale finalità, infatti, non può che apprezzarsi, tanto più ove si

[6] Su tale regime ostativo, sia sufficiente in questa sede il rinvio, per tutti, a V. Manca, *Regime ostativo ai benefici penitenziari. Evoluzione del "doppio binario" e prassi applicative*, Milano 2020, 185 ss., ed a O. Bruno, *Art. 4-bis*, in *Commentario alla disciplina penitenziaria*, a cura di A. Scalfati, Pisa 2025, 179 ss., nonché, nella più recente manualistica penitenziaria, quello a C. Fiorio, *Il "doppio binario" penitenziario*, in F. Fiorentin, C. Fiorio, *Diritto penitenziario e giustizia riparativa*, Piacenza 2023, 285 ss. ed a P. Corvi, *I regimi differenziati*, in *Manuale di diritto penitenziario*[2], a cura di G. Forti, F. Giunta, G. Varraso, Milano 2024, 272 ss.
[7] Cfr. A. Martufi, *op. cit.*, 890. Di contrario avviso risulta, invece, F. Palazzo, *op. cit.*, 6, che così argomenta: «Oltre tutto, si può presumere che la loro ostatività sia difficile da superare, posto che i reati di rivolta carceraria o di istigazione a disobbedire alle leggi ben potranno essere commessi da soggetti privi di qualsiasi collegamento con la criminalità organizzata: così che non sarà facile ipotizzare quella condizione di insussistenza di collegamenti criminosi richiesta per essere ammessi ai benefici penitenziari».
[8] Cfr., in questo senso, il «*Disegno di legge presentato dal ministro dell'interno (Piantedosi), dal ministro della giustizia (Nordio) e dal ministro della difesa (Crosetto). Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*», presentato il 22 gennaio 2024 (A.C. n. 1660), 22.

consideri che l'attività lavorativa come noto costituisce – insieme probabilmente all'istruzione – la principale, se non la più significativa componente del trattamento penitenziario (art. 15 Op), funzionale alla futura riammissione in società del detenuto e dell'internato[9]. Ma certo è, d'altra parte, che dalla previsione normativa *de qua* non si deve pretendere più di quanto essa è in grado fisiologicamente di offrire. Agendo "a valle" del procedimento, infatti, appare evidente come, di per sé, essa non possa giocoforza lenire il grave problema che affligge "a monte" il lavoro carcerario in convenzione, ossia la cronica insufficienza numerica dei soggetti esterni disposti ad offrilo[10], ai quali – ad onore del vero – si rivolgono comunque le misure di stimolo, anche fiscale, contenute nei successivi artt. 35 e 36 del decreto in esame (v. infra, sub artt. 35 e 36).

Su di un profilo, tuttavia, il legislatore avrebbe forse potuto dimostrarsi più risoluto ed efficace. Come è stato prontamente rilevato, infatti, il suddetto termine di novanta giorni riconosciuto al D.A.P. per pronunciarsi sulle convenzioni di inserimento lavorativo non risulta presidiato da alcuna sanzione, e si presenta, quindi, come meramente ordinatorio. Considerata la farraginosità dell'agire amministrativo, il carico di lavoro e la carenza di personale che da tempo affligge la Pubblica amministrazione, tale natura ordinatoria ha fatto preconizzare in dottrina che dall'imposizione di un siffatto argine temporale «difficilmente potrà derivare qualche reale impulso all'approvazione di accordi [con] i datori di lavoro esterni»[11]: ma sarebbe un vero peccato se, considerata la delicatezza della materia, anche questo termine dovesse con il tempo auto-annoverarsi tra quelli rivelatisi "canzonatori", dei quali, malauguratamente, il nostro ordinamento è già sin troppo ricco.

[9] Al riguardo, v. per tutti, anche in prospettiva storico-evolutiva, M. Pavarini, *La nuova disciplina del lavoro carcerario nella riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Il carcere "riformato"*, a cura di F. Bricola, Bologna 1977, 105 ss., A. Diddi, *Manuale di diritto penitenziario*[3], Pisa 2022, 209 ss., nonché G. Forti, *Il trattamento*, in *Manuale di diritto penitenziario*[2], a cura di G. Forti ecc., cit., 102 ss.

[10] Sul problematico tema, v. ampiamente G. Caputo, *Carcere senza fabbrica: povertà, lavoro forzato e* welfare, Pisa 2020, 197 ss. e G. Chiola, *Il sistema carcerario italiano. Profili costituzionali*, Torino 2020, 140 ss.

[11] C0sì, A. Martufi, *op. cit.*, 898. Rileva inoltre F. Fiorentin, *op. cit.*, 56, che siffatto termine, in quanto di natura non perentoria, viepiù «non provoca alcuna conseguenza né la formazione del silenzio-assenso».

ARRESTO DA PARTE DELLA POLIZIA GIUDIZIARIA E CONSEGNA ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE. NOTE A MARGINE DEL CASO ALMASRI

di Marco Pittiruti (Professore associato di Diritto processuale penale, Università di Teramo)

Prendendo le mosse dalla nota pronuncia della Corte d'appello di Roma nel caso Almasri, il contributo analizza il tema delle limitazioni alla libertà personale nell'ambito del procedimento di consegna alla Corte penale internazionale. Il fulcro della riflessione si concentra sulla lacuna normativa che si registra nella l. n. 237/2012, la quale, a differenza della disciplina codicistica in tema di estradizione passiva, non prevede espressamente il potere di arresto d'iniziativa della polizia giudiziaria. Facendo leva sul principio di tassatività delle restrizioni della libertà personale e sull'incompatibilità strutturale tra l'art. 716 c.p.p. e il procedimento di *traditio* alla Corte penale internazionale, si sottolinea la necessità di un intervento legislativo *ad hoc*, non potendosi consentire che le pur doverose esigenze di cooperazione internazionale giustifichino l'erosione di garanzie fondamentali dell'individuo.
Starting from the well-known ruling of the Rome Court of Appeal in the Almasri case, this article examines the limitations on personal liberty within the framework of surrender proceedings to the International Criminal Court (ICC). The core of the analysis focuses on the legislative gap found in Law no. 237/2012, which, unlike the rules set forth in the Code of Criminal Procedure regarding passive extradition, does not explicitly provide the judicial police with the power to carry out autonomous arrests. Drawing upon the principle that restrictions on personal liberty must be strictly defined and the structural incompatibility between Article 716 of the Italian Code of Criminal Procedure and the *traditio* procedure to the ICC, the author emphasizes the urgent need for a specific legislative intervention, as it cannot be permitted that the necessary requirements of international cooperation justify the erosion of fundamental individual guarantees.

Corte Penale Internazionale, Libertà personale, Arresto d'iniziativa della polizia giudiziaria
International Criminal Court, Personal freedom, *Ex officio* arrest by judicial police

Sommario: 1. Forma e sostanza. – 2. La limitazione provvisoria della libertà personale nello Statuto di Roma... – 3. (segue)… e nella legge italiana di adeguamento alle disposizioni dello Statuto. – 4. L'ordinanza della Corte d'appello di Roma nel caso Almasri. – 5. L'applicabilità dell'art. 716 Cpp nella procedura di *traditio* alla Corte Penale Internazionale.

1. Tra le numerose critiche rivolte alla pronuncia della Corte d'appello di Roma che ha ordinato la scarcerazione di Osema Almasri Habish Najeem, ve n'è una che, alle orecchie del processualpenalista, suona stonata. Si allude al rimprovero, mosso ai giudici romani, di aver fatto prevalere la forma sulla sostanza, vale a dire di aver privilegiato l'osservanza delle regole procedurali a scapito della necessità di «garantire l'impianto assiologico fondamentale del nostro ordinamento»[1]. Un «cieco rispetto»[2] delle regole tale da produrre, quale unico risultato possibile, «l'impunità del colpevole»[3].

[1] In questi termini G. Labrini, *Errori ed orrori nella vicenda Almasri: il ruolo del Ministro di giustizia e i limiti della ragion di Stato*, in *Oss. cost.* 2025, n. 2, 50.
[2] *Ibidem*.
[3] *Ibidem*.

Dinanzi a un'argomentazione di tal guisa, sarebbe troppo facile limitarsi a replicare che, in uno Stato di diritto, le forme hanno anzitutto un irrinunciabile valore di garanzia[4]. Liquidare frettolosamente la questione, invero, equivarrebbe a sottovalutarla; per converso, la necessità di un approfondimento pare doverosa, se solo si consideri che una certa insofferenza per le regole procedurali (e per i diritti fondamentali che tali regole presidiano) non è appannaggio esclusivo di parte della dottrina, ma si rinviene persino nelle stanze della Corte costituzionale. Lo dimostra quella recente pronuncia che, in nome di un presunto «diritto all'accertamento giudiziale […] [quale] volto processuale del dovere di salvaguardia della dignità» della vittima, ha sacrificato il diritto partecipativo dell'imputato al proprio processo, pure funzionale all'esercizio dell'autodifesa[5].
Ecco allora che la vicenda Almasri offre lo spunto per tornare a riflettere sui *naturalia* del processo penale, a partire dal principio di tassatività delle restrizioni alla libertà personale. Tenendo conto che simile principio, com'è persino ovvio, deve operare in qualsiasi procedimento e nei confronti di qualunque soggetto, senza che la gravità dell'addebito mosso possa in alcun modo legittimare approcci di tipo recessivo sul versante della tutela dei diritti fondamentali.

2. La *traditio* dell'individuo rappresenta l'«architrave del sistema»[6] edificato dallo Statuto di Roma istitutivo della Corte penale internazionale[7]. Quel sistema, invero, esclude la possibilità di procedere *in absentia*: pertanto, la previsione di un meccanismo finalizzato alla comparizione dell'interessato dinanzi alla Corte è indefettibile per il funzionamento stesso dell'istituzione.

A questo proposito, l'art. 58 § 1 lett. *a*) dello Statuto di Roma stabilisce che la Camera preliminare può emettere un mandato d'arresto qualora vi siano «fondati motivi» per ritenere che una persona abbia commesso un reato di competenza della Corte. Inoltre, l'arresto della persona deve essere considerato necessario per fronteggiare un triplice ordine di esigenze: *a*) garantire la comparizione della persona al processo; *b*) evitare che la persona ostacoli le indagini o il procedimento; *c*) impedire la reiterazione del medesimo reato o la commissione di «un crimine connesso che ricade sotto la giurisdizione della Corte o che avviene nelle stesse circostanze» (art. 58 § 1 lett. *b*)[8].

Ai sensi del § 5 della medesima disposizione, sulla base del mandato d'arresto, la Corte può formulare due diverse tipologie di richieste in ordine alla libertà personale dell'interessato: l'arresto e la consegna, oppure il fermo.

[4] Cfr. E. Amodio, *Estetica della giustizia penale*. *Prassi, media,* fiction, Milano 2016, 22 ss.
[5] C. cost., 27.9.23 n. 192, in *G.U.*, 2.11.23, n. 44.
[6] Così A. Procaccino, *La centralità del mandato d'arresto nel procedimento dinanzi alla Corte penale internazionale e l'esito del caso Almasri: interpretare e riformare*, in *Sist. pen.* 2025, n. 6, 60.
[7] Lo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998, è stato ratificato dall'Italia con la Legge 12 luglio 1999, n. 232, *Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale, con atto finale ed allegati, adottato dalla Conferenza diplomatica delle Nazioni Unite a Roma il 17 luglio 1998*, in *G.U.*, 19.7.99, n. 167. Sulla Corte penale internazionale, in chiave monografica, M. Miraglia, *Diritto di difesa e giustizia penale internazionale*, Torino 2011, *passim*, nonché, più di recente, M. Bolognari, *Studio sulla funzione d'accusa nel sistema della Corte penale internazionale*, Torino 2023, 47 ss.
[8] Per un'analisi dei contenuti dell'*arrest warrant*, v. G. Iuzzolino, F. Gandini, *La procedura di arresto. L'emissione del* warrant of arrest, in AA.VV., *La Corte penale internazionale. Organi – Competenza – Reati – Processo*, coord. da G. Lattanzi, V. Monetti, Milano 2006, 979 ss., nonché T. Luzi, *La libertà personale*, *ivi*, 1067 ss.

La richiesta di arresto e consegna è disciplinata dall'art. 89 dello Statuto[9]. Per quanto qui d'interesse, la domanda può essere presentata per iscritto – corredata, tra l'altro, da copia del mandato d'arresto – a qualsiasi Stato nel cui territorio è suscettibile di trovarsi la persona ricercata.
Per converso, ai sensi dell'art. 92 dello Statuto, il fermo (*provisional arrest* nella versione inglese) può essere sollecitato, «in caso di emergenza», anche prima della trasmissione del mandato. In quest'ultima ipotesi, nella documentazione a corredo della domanda si dichiara che farà seguito una richiesta di consegna; se quest'ultima non interviene entro sessanta giorni dal fermo[10], l'interessato può essere rimesso in libertà.

L'art. 59 dello Statuto si fa carico di disciplinare per sommi capi la procedura di arresto nello Stato che ha ricevuto la richiesta di arresto e consegna oppure quella di fermo. In entrambi i casi, lo Stato in questione «prende immediatamente provvedimenti per fare arrestare la persona di cui trattasi» secondo le regole poste dalla legislazione interna e dallo Statuto. Quanto alla verifica demandata alle autorità dello Stato richiesto, però, l'art. 59 § 2 dello Statuto non brilla per chiarezza, limitandosi a demandare alla Parte richiesta un accertamento, da condurre secondo le regole dettate dalla legislazione interna, circa l'identità del ricercato, la regolarità della procedura e il rispetto dei diritti dell'interessato.
Da rilevare, infine, che l'art. 59 § 3 dello Statuto stabilisce una presunzione relativa di adeguatezza[11] della sola misura cautelare della custodia in carcere, giacché la libertà provvisoria può essere concessa soltanto se ricorrono «circostanze urgenti ed eccezionali» tali da giustificarla e se sussistono garanzie tali da permettere allo Stato di detenzione di adempiere all'obbligo di consegna previsto dall'art. 86 dello Statuto[12].

3. La l. 20.12.2012 n. 237[13], nell'implementare la procedura di cooperazione con la Corte penale internazionale[14], ha assegnato un ruolo centrale al Ministro della giustizia[15]. Quest'ultimo, infatti, cura in via esclusiva i rapporti con la Corte, ricevendone le richieste (art. 2 l. n. 237/2012) e trasmettendole al procuratore generale presso la corte d'appello perché vi dia esecuzione (art. 4 l. n. 237/2012)[16].

---

[9] Per un commento alla previsione, v. F. Gandini, G. Iuzzolino, *L'esecuzione del mandato d'arresto e la consegna alla Corte delle persone ricercate*, in AA.VV., *La Corte penale internazionale*, cit., 1435 ss., nonché V. Fanchiotti, *Struttura della Corte e fase delle indagini*, in Id. (a cura di), *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*, Torino 2014, 129-130.
[10] Il termine è stabilito dall'art. 188 delle Regole procedurali e di ammissibilità delle prove.
[11] Per una panoramica critica, a livello monografico, sulle presunzioni in materia cautelare, v. F. Centorame, *Presunzioni di pericolosità e coercizione cautelare*, Torino 2016. Volendo, cfr. anche M. Pittiruti, *Adeguatezza "presunta" della custodia in carcere: illusioni garantistiche della giurisprudenza*, in *Giur. it.* 2012, 173 ss.
[12] L'evidente sfavore verso la libertà provvisoria è confermato, altresì, dall'art. 59 § 5 dello Statuto, ai sensi del quale la Camera preliminare della Corte va informata di qualsiasi richiesta di scarcerazione e formula raccomandazioni all'autorità competente dello Stato di detenzione, la quale è tenuta a tenerne «pienamente conto […], comprese, se del caso, quelle vertenti sulle misure atte ad impedire l'evasione della persona».
[13] Legge 20 dicembre 2012, n. 237, *Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale*, in *G.U.*, 8.1.13, n. 6. Per un'analisi, v. E. Zanetti, *La cooperazione con la Corte penale internazionale nella legge italiana di adeguamento (l. n. 237 del 2012)*, in *PPG* 2013, n. 4, 81 ss., nonché M. Miraglia, *La cooperazione con la Corte penale internazionale e l'ordinamento italiano*, in V. Fanchiotti (a cura di), *La Corte penale internazionale*, cit., 180 ss.
[14] V., sul tema, M. Chiavario, A. Perduca, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Torino 2022, 274 ss.
[15] Cfr., per una critica alla scelta legislativa, M. Caianiello, *L'adozione di un metodo obsoleto, pur con qualche ammodernamento*, in *LP* 2013, 817, a parere del quale sarebbe stato preferibile, «semmai in via complementare rispetto alla richiesta attraverso il Ministro della giustizia, il contatto diretto tra la Corte e l'autorità giudiziaria nazionale».
[16] Sul ruolo del Ministro della Giustizia nei rapporti di cooperazione con la Corte penale internazionale, v. C.

Se la richiesta della Corte penale internazionale ha per oggetto la consegna di una persona nei cui confronti è stato emesso un mandato d'arresto, il procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, ricevuti gli atti, chiede a quest'ultima l'applicazione della custodia cautelare in carcere[17]. L'interessato può comunque domandare la «libertà provvisoria» (art. 11 co. 3 l. n. 237/2012); in quel caso, tenuto conto del pericolo di fuga e se necessario per assicurare la consegna, può essere imposto il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria oppure il divieto o l'obbligo di dimora.

È prevista, altresì, l'applicazione della custodia cautelare in carcere in via provvisoria (art. 14 l. n. 237/2012), allorché la Corte penale internazionale ne faccia domanda ai sensi degli artt. 59 § 1 e 92 dello Statuto, ovverosia qualora essa richieda il *provisional arrest* dell'interessato. In siffatta ipotesi, il Ministro comunica immediatamente alla Corte penale internazionale[18] l'avvenuta esecuzione della misura cautelare, la quale è revocata se entro trenta giorni[19] dalla comunicazione non perviene la richiesta di consegna corredata dalla relativa documentazione.

Nulla prevede, invece, la l. n. 237/2012 quanto alla possibilità per la polizia giudiziaria di arrestare il ricercato[20]. Sul punto, si registra un'evidente difformità rispetto alla disciplina codicistica dettata in tema di estradizione passiva: in quel settore, invero, nei casi di urgenza, è possibile procedere all'arresto della persona di cui lo Stato estero ha chiesto la cattura provvisoria, arresto soggetto alla convalida da parte del presidente della corte d'appello del medesimo luogo ove l'arresto è avvenuto (art. 716 Cpp)[21].

4. Seppure l'articolato della l. n. 237/2012 non preveda alcun riferimento al potere di limitare la libertà personale da parte della polizia giudiziaria, la Divisione Investigazioni Generali ed Operazioni Speciali della Questura di Torino ha proceduto all'arresto di Almasri, segnalato

---

Amalfitano, *Un primo, parziale adeguamento allo Statuto della Corte penale internazionale*, in *LP* 2013, 727; C. Ragni, *Assistenza giudiziaria e obblighi di consegna*, *ivi*, 743 ss.; nonché, B. Piattoli, *Modelli e formanti della cooperazione con la Corte penale internazionale*, *ivi*, 758 ss.

[17] In dottrina, si è evidenziato che l'art. 11 l. n. 237/2012 impone un «doppio automatismo»: da un lato, il Procuratore generale è esonerato dal ponderare la necessità di applicare una misura cautelare, giacché il quesito è già stato risolto in senso affermativo dagli organi della Corte penale internazionale; dall'altro lato, il Procuratore chiede la misura cautelare più afflittiva, senza poter soppesare l'adeguatezza di misure diverse. Cfr. M. Miraglia, *Consegna e misure limitative della libertà personale*, in *LP* 2013, 788 ss.

[18] Cfr. M. Miraglia, *Applicazione provvisoria della misura cautelare*, in *LP* 2013, 813 ss.

[19] Termine, dunque, inferiore a quello previsto dall'art. 188 delle Regole procedurali e di ammissibilità delle prove.

[20] Lo evidenzia V. Fanchiotti, *Le inadeguatezze della normativa per l'adeguamento allo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale*, in *DPP* 2013, 738.

Va rimarcato che l'arresto da parte della polizia giudiziaria era stato espressamente previsto dal Progetto di legge C 2724, Kesser e altri, XIV legislatura, mai giunto ad approvazione parlamentare e consultabile al *link* https://leg14.camera.it/_dati/leg14/lavori/stampati/sk3000/articola/2724.htm. Segnatamente, l'art. 97 del Progetto, rubricato "Arresto da parte della polizia giudiziaria", stabiliva che, nei casi di urgenza, la polizia giudiziaria potesse «procedere all'arresto della persona nei confronti della quale la Corte penale internazionale ha formulato una domanda di applicazione di una misura cautelare coercitiva», qualora la Corte medesima avesse comunicato che nei confronti della persona era stato emesso provvedimento restrittivo della libertà personale e che intendeva presentare richiesta di consegna, nonché avesse fornito la descrizione dei fatti, la specificazione del reato e gli elementi sufficienti per l'esatta identificazione della persona. A seguito dell'arresto, era prevista la necessità di informare «immediatamente il Ministro della giustizia e al più presto, e comunque non oltre quarantotto ore», porre l'arrestato a disposizione del presidente della corte di appello del distretto in cui è avvenuto l'arresto, mediante la trasmissione del relativo verbale. Il Presidente della corte di appello, entro quarantotto ore dalla ricezione del verbale dell'arresto, avrebbe potuto disporre la liberazione dell'arrestato, ovvero convalidare l'arresto e disporre l'applicazione di una misura coercitiva.

[21] Per un'analisi in merito alla tutela della libertà personale nel procedimento d'estradizione passiva, sia consentito rinviare a M. Pittiruti, Traditio *all'estero e controlli in Cassazione*, Torino 2023, 123 ss.

nella banca dati Interpol quale destinatario di mandato di arresto emesso dalla Corte penale internazionale. Ciò, all'evidenza, ritenendo applicabile anche nella materia *de qua* l'art. 716 Cpp in ragione del rinvio operato dall'art. 3 co. 1 l. n. 237/2012, ai sensi del quale «in materia di consegna, di cooperazione e di esecuzione di pene si osservano, se non diversamente disposto dalla presente legge e dallo statuto, le norme contenute nel libro undicesimo, titoli II, III e IV, del codice di procedura penale».

Tale ricostruzione, tuttavia, non è stata condivisa dalla Corte d'appello di Roma, la quale ha evidenziato l'«irritualità» dell'arresto, dichiarando, al contempo, il «non luogo a provvedere» sulla convalida.

Ripercorrendo, sia pur sinteticamente, il percorso argomentativo dei giudici romani, questi ultimi hanno esordito negato che la polizia giudiziaria possa procedere all'arresto di un soggetto colpito da mandato d'arresto emesso dalla Corte penale internazionale, poiché tale limitazione della libertà personale non è espressamente prevista dalla l. n. 237/2012. Difatti, quest'ultima contempla soltanto l'applicazione della misura cautelare *ex* art. 11 dello Statuto quando la Corte penale internazionale ha emesso un mandato d'arresto (o una sentenza di condanna a pena detentiva), oppure l'applicazione provvisoria della misura cautelare, ai sensi dell'art. 14 dello Statuto, prima che la richiesta di *traditio* sia pervenuta.

In entrambi i casi, è prevista un'interlocuzione, ritenuta «prodromica e irrinunciabile», tra Ministro della Giustizia e Procura generale presso la Corte d'appello di Roma. Più in dettaglio, a parere dei giudici romani, la l. n. 237/2012 traccerebbe un procedimento trifasico, composto da *a*) ricezione degli atti da parte del Ministro della giustizia; *b*) trasmissione degli atti da parte del Ministro alla Procura generale presso la Corte d'appello di Roma, passaggio omesso nella vicenda *de qua*; *c*) richiesta del procuratore generale finalizzata all'applicazione di una misura cautelare.

Né vi sarebbe spazio alcuno per applicare l'art. 716 Cpp facendo leva sull'art. 3 co. 1 l. n. 237/2012, disposizione di chiusura che richiama le regole dettate dal codice di rito in materia d'estradizione. Nella prospettiva patrocinata dalla Corte d'appello di Roma, infatti, poiché la procedura di applicazione della misura cautelare è stata dalla l. n. 237/2012 specificamente scandita in tutti i suoi passaggi, deve accedersi al principio secondo cui *ubi lex voluit dixit*: in assenza di disposizioni precipuamente dedicate al tema dell'arresto ad opera della polizia giudiziaria, un siffatto potere va recisamente escluso.

5. Proprio sulla questione relativa all'applicabilità dell'art. 716 Cpp alla procedura di *traditio* di un individuo alla Corte penale internazionale si è concentrata l'attenzione degli interpreti.
Una prima linea di pensiero, largamente maggioritaria, ha rinvenuto nell'art. 3 co. 1 l. n. 232/1999 il fondamento normativo necessario per dare luogo all'applicabilità dell'art. 716 Cpp e, per tale via, ammettere la possibilità di un arresto del ricercato ad opera della polizia giudiziaria[22]. In questa prospettiva, sarebbe dirimente la circostanza che la l. n. 237/2012 si è

[22] In questo senso, con varietà di accenti, V. Bolici, A. Di Martino, *La pagliuzza e la trave: il caso «Almasri»*, in www.questionegiustizia.it, 25.1.25; M. Caianiello, C. Meloni, *Caso Almasri: una discutibile interpretazione della Legge di cooperazione dell'Italia con la CPI ha portato alla scarcerazione del primo ricercato arrestato sul suolo europeo nell'ambito delle indagini in Libia*, in www.sistemapenale.it, 24.1.25; M. Chiavario, *Amarezza e sconcerto per Almasri libero*, in www.avvenire.it, 23.1.25; P. Dubolino, *Caso Almasri:* unicuique suum, in *RP* 2025, 201; A. Nappi, *Fare chiarezza sul caso Almasri*, in www.questionegiustizia.it, 3.2.25; Id., *Caso Almasri: il governo in Parlamento*, in www.sistemapenale.it, 7.2.25; L. Parsi, *Un volo di Stato chiude il caso Almasri?*, in www.giustiziainsieme.it, 25.1.25; R. Piccirillo, *Il caso Almasry. Come e perché l'Italia ha mancato la prima occasione utile per cooperare con la Corte penale internazionale nella consegna di un ricercato per crimini di guerra e contro l'umanità*, in *CP* 2025, 1456; C. Tarfusser, *Il caso Almasri ovvero come distruggere la, già ridotta, credibilità di un Paese*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13.2.25; G. Vanacore, *La scarcerazione del generale libico Elmasry. Nota critica alla interpretazione resa dalla Corte di appello di Roma sull'art.11 della*

limitata a disciplinare le modalità applicative della misura cautelare, senza fissare alcun divieto di arresto provvisorio[23]: di qui, la possibilità di colmare la lacuna legislativa valorizzando l'art. 3 co. 1 l. n. 237/2012. Simile interpretazione sarebbe imposta, altresì, dalla necessità di evitare una conclusione illogica, vale a dire che «l'ordinamento italiano preved[e] la possibilità di intervento su iniziativa della polizia giudiziaria per reati comuni e non per i crimini internazionali puniti dallo Statuto di Roma, che sono per definizione connotati da una eccezionale gravità»[24].

In prospettiva diametralmente opposta, però, si è evidenziato che l'art. 716 Cpp è «previsione tipica del diritto dell'estradizione che, pertanto, non può essere trasposta in altri settori dell'ordinamento, governati da logiche e principi affatto diversi»[25]. Ciò in quanto, in materia d'estradizione, al Ministro della giustizia sono assegnati significativi poteri in merito alla libertà del consegnando: basti pensare che la misura coercitiva va revocata se il Ministro della giustizia non ne chiede il mantenimento entro dieci giorni dalla convalida (art. 716 co. 4 Cpp). All'opposto, nei rapporti con la Corte penale internazionale, al Ministro è affidata una diversa e peculiare funzione di collegamento con la Corte medesima, incompatibile con qualsivoglia potere *de libertate*. Di conseguenza, non potendosi affidare all'interprete il compito di dissezionare l'art. 716 Cpp, selezionando in qual misura esso possa trovare applicazione nella diversa sede dei rapporti con la Corte penale internazionale, si è ipotizzata un'incompatibilità strutturale tra la disposizione in esame e il procedimento disciplinato dalla l. n. 237/2012.

La conclusione pare corretta. In effetti, l'art. 716 Cpp descrive un procedimento coerente con i poteri affidati al Ministro di giustizia in materia d'estradizione, primo fra tutti quello di non dare corso alla domanda di estradizione quando quest'ultima può compromettere la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato (art. 697 co. 1-*bis* Cpp); poteri, viceversa, assenti nei rapporti con la Corte penale internazionale[26].

Ma v'è di più. A ben vedere, l'art. 716 Cpp pare presentare ulteriori e altrettanto seri punto d'attrito con le disposizioni dello Statuto di Roma e della l. n. 237/2012.

Va detto, anzitutto, che dallo Statuto di Roma non si evince affatto la volontà di prevedere l'applicazione di una misura precautelare analoga a quella disciplinata dall'art. 716 Cpp. Come si è già avuto modo di chiarire, invero, lo Statuto di Roma contempla due sole tipologie di restrizioni della libertà personale: 1) quella di cui all'art. 91, che può essere definita richiesta di arresto e consegna, speculare all'art. 11 l. n. 237/2012; 2) quella disciplinata dall'art. 92, la quale, nonostante la rubrica "*Fermo*", difficilmente è assimilabile a una vera e propria misura precautelare, avendo piuttosto le sembianze di una cautela "anticipata" in attesa della richiesta di consegna e dei documenti giustificativi, corrispondente, a livello interno, all'art. 14 l. n. 237/2012[27].

Legge di cooperazione tra l'Italia e la Corte penale internazionale, in www.sistemapenale.it, 27.1.25.

[23] Cfr. M. Chiavario, *Amarezza e sconcerto per Almasri libero*, cit.

[24] Così L. Parsi, *Un volo di Stato chiude il caso Almasri?*, cit.

[25] In questi termini G. Colaiacovo, *L'art. 716 c.p.p. non è applicabile alla procedura cautelare per la consegna di una persona ricercata dalla Corte penale internazionale. Un appunto in controtendenza sul caso Almasri*, in www.penaledp.it, 10.2.25. Cfr. anche, nel medesimo senso, Id., *La privazione della libertà personale in esecuzione di un mandato d'arresto della Corte penale internazionale*, in *DPP* 2025, 1188 ss.

[26] Cfr. A. Ciavola, *Arresto e consegna nel sistema della Corte penale internazionale*, in A. Cassese, M. Chiavario, G. De Francesco (a cura di), *Problemi attuali della giustizia penale internazionale*, Torino 2005, 438, a parere della quale, rispetto al modello dell'estradizione, «nella cooperazione con la Corte penale il ruolo decisionale del potere esecutivo risulta per lo più svuotato di contenuto».

[27] *Contra* A. Ciavola, *Arresto e consegna nel sistema della Corte penale internazionale*, cit., 453, secondo cui, «se ricorrono le condizioni indicate dall'art. 92 dello Statuto, pure la polizia giudiziaria può procedere all'arresto della persona nei cui confronti la Corte penale ha formulato una domanda di arresto provvisorio».

Volendo tracciare un parallelo tra le due tipologie di provvedimenti restrittivi della libertà personale in discorso e le misure cautelari previste a livello codicistico in materia d'estradizione, risulta tutto sommato agevole affiancare la prima alla misura coercitiva applicabile a richiesta del Ministro della giustizia a seguito della ricezione della domanda di estradizione (art. 714 Cpp) e la seconda all'applicazione provvisoria di misure cautelari prima che la richiesta di *traditio* sia pervenuta (art. 715 Cpp). Resta senza esito, invece, la ricerca nello Statuto di Roma di una disposizione dai contorni analoghi a quella di cui all'art. 716 Cpp.
Dunque, se è vero che la previsione di un'ipotesi di arresto da parte della polizia giudiziaria nel corpo della l. n. 237/2012 avrebbe certamente aumentato la possibilità di un buon esito della cooperazione, è altrettanto vero che appare nondimeno arduo sostenere che la l. n. 237/2012 presenti una lacuna, rispetto al testo convenzionale, alla quale è indispensabile porre rimedio per via interpretativa.
Non basta. Ai sensi dell'art. 716 co. 2 Cpp, l'estradando sottoposto ad arresto è messo a disposizione del presidente della corte d'appello nel cui distretto l'arresto è avvenuto. Sul punto, è sufficiente rimarcare che la regola in discorso certamente non può trovare applicazione in materia di *traditio* alla Corte penale internazionale, giacché l'art. 11 l. n. 237/2012 radica inderogabilmente la competenza territoriale nella Corte d'appello di Roma[28].
Infine, a militare nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 716 Cpp alla procedura di consegna alla Corte penale internazionale sta il comma 5 della previsione *de qua*, ai sensi del quale, in virtù del richiamo all'art. 715 co. 6, Cpp, la misura cautelare è revocata se entro quaranta giorni dalla comunicazione allo Stato estero, curata dal Ministro della giustizia, non è pervenuta la domanda di estradizione. L'art. 14 co. 3 l. n. 237/2012 prevede, tuttavia, il diverso termine di trenta giorni.
Alla luce di quanto sin qui rilevato, è evidente che, per applicare l'art. 716 Cpp in caso di richieste di *traditio* provenienti dalla Corte penale internazionale, l'interprete sarebbe tenuto ad adoperare adattamenti tali da creare una vera e propria previsione di nuovo conio.
E questa – ecco il punto – appare essere un'opzione ermeneutica scorretta in una materia presidiata dall'art. 13 co. 3 Cost.[29].
Come noto, ai sensi di tale ultima disposizione, l'autorità di pubblica sicurezza può adottare provvedimenti provvisori con i quali limitare la libertà personale, ma unicamente se indicati tassativamente dalla legge. Pertanto, va escluso che il richiamo operato dall'art. 3 l. n. 237/2012 possa giustificare restrizioni alla libertà personale ulteriori rispetto a quelle ivi espressamente previste; tanto più considerando che una disciplina relativa alle limitazioni della libertà personale è già stata tratteggiata dal legislatore negli artt. 11 e 14 l. n. 237/2012.
Del resto, l'obbligo di cooperare con la Corte penale internazionale – chiaramente enunciato dall'art. 1 l. n. 237/2012 – deve pur sempre avvenire, come rimarcato dall'*explicit* della medesima disposizione, «nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano». Se così è, non convince la tesi secondo cui la Corte d'appello di Roma avrebbe

[28] Una limitata eccezione alla regola si rinviene soltanto nell'art. 4 co. 5 l. n. 237/2012, ai sensi del quale «le citazioni e le altre notificazioni richieste dalla Corte penale internazionale sono direttamente eseguite dal procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma ovvero, quando sussistano motivate ragioni, sono trasmesse al procuratore della Repubblica presso il tribunale del luogo in cui devono essere eseguite […]».
L'indubbia attribuzione alla Corte d'appello di Roma della competenza ad applicare le misure cautelari nelle procedure di cooperazione con la Corte penale internazionale non significa, naturalmente, che l'esito decisorio del «non luogo a provvedere», prescelto dai giudici romani nella vicenda Almasri, fosse corretto: in presenza di un arresto illegittimo, i giudici romani avrebbero dovuto, per converso, optare per la non convalida. Cfr. O. Mazza, *Atto dovuto? No, quella di Lo Voi è stata una scelta*, ne www.ildubbio.news, 30.1.25.

[29] *Contra* M. Miraglia, *La "custodia cautelare provvisoria*", cit., 815-816, secondo cui, alla luce dell'art. 3, comma 1, l. n. 237/2012, deve ritenersi applicabile l'art. 716 Cpp, «con esclusione dei commi 4 e 5 del medesimo articolo, riferiti, evidentemente, alle forme della procedura di estradizione passiva […]».

teorizzato «un divieto che non c'è […] di arresto provvisorio ad opera della Polizia»[30]. Al contrario, l'art. 13 Cost. impone che un potere d'arresto analogo a quello di cui all'art. 716 Cpp vada previsto e disciplinato analiticamente dal legislatore; in assenza di una disciplina siffatta, nessuna limitazione della libertà personale può dirsi consentita.

Senza dubbio la soluzione è *tranchant* e lascia inappagati sotto il profilo della mancata cooperazione con la Corte penale internazionale. Nondimeno, l'art. 13 co. 3 Cost. non consente esiti ricostruttivi diversi: dunque, un intervento da parte del legislatore s'impone.

Infine, resta da evidenziare – con una punta di amarezza – che nella vicenda da cui si sono prese le mosse un esito diverso era possibile: a prescindere dalla (dubbia) legittimità dell'arresto operato dalla Divisione Investigazioni Generali ed Operazioni Speciali della Questura di Torino, nulla ostava a che il Ministro della giustizia desse comunque tempestivamente corso alla richiesta della Corte penale internazionale, trasmettendo, ai sensi dell'art. 11 l. n. 237/2012, gli atti al procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma; una volta ricevuti tali atti, quest'ultimo avrebbe potuto (*rectius* dovuto) richiedere alla medesima Corte d'appello l'applicazione della misura della custodia cautelare nei confronti di Almasri.

[30] In questi termini M. Chiavario, *Amarezza e sconcerto per Almasri libero*, cit.; nello stesso senso T. Epidendio, *Cosa può insegnare il caso Almasri: il problema dell'interpretazione nella cooperazione giudiziaria*, in www.questionegiustizia.it, 28.11.25, secondo cui «la legge italiana di esecuzione secondaria non regola diversamente, rispetto all'art. 716 c.p.p., l'arresto d'urgenza da parte della polizia, più semplicemente, non se ne occupa affatto, ragion per cui non può che operare la norma codicistica».

CONFINI ESTERNI, CONFINI INTERNI, POTERE PUNITIVO. LA *CRIMMIGRATION* NEL DECRETO SICUREZZA 2025

di Laura Ricci (Ricercatrice post-doc, Università di Corsica Pasquale Paoli)

L'articolo affronta criticamente l'espansione delle dinamiche *crimmigratorie* – penale migratorio, *immigrazionizzazione* del diritto penale, privazione amministrativa della libertà personale - operata attraverso il Decreto Sicurezza 2025. In particolare, il lavoro analizza alcune previsioni contenute nel decreto situandole all'interno di tali dinamiche. Si sofferma dunque, in primo luogo, sulla riforma della revoca della cittadinanza (art. 9) e sul nuovo reato di "rivolta" nei centri di permanenza per il rimpatrio (CPR) e negli *hotspot* (art. 27). Secondariamente, analizza l'estensione dei reati connessi alla polizia del mare (art. 29) e propone un'interpretazione *interlegale* delle nuove fattispecie. Infine, si sofferma brevemente su ulteriori misure quali le restrizioni all'accesso alle schede SIM (art. 32).
This article critically examines the expansion of crimmigration dynamics - namely migration-related criminal law, the immigrationization of criminal law, and the administrative deprivation of personal liberty - within the Italian legal system through the so-called Decreto Sicurezza 2025. It thus analyses selected provisions of the Decree by situating them within these dynamics. First, it examines the reform of citizenship revocation. Second, it discusses the new offence of "revolt" in migrants' detention centers (CPR) and hotspots. Third, it analyzes the extension of maritime policing offences, advancing an interlegal interpretation aimed at limiting the expansion of criminal liability in the context of border control at sea and preventing interference with search and rescue operations. Finally, it highlights additional measures - such as restrictions on access to SIM cards - as part of a broader strategy of indirect criminalization and social marginalization of irregularized migrants.

Crimmigrazione; Revoca della cittadinanza; Rivolte nei centri di detenzione per migranti (CPR) e negli hotspot; Detenzione amministrativa; Criminalizzazione delle attività di ricerca e soccorso
Crimmigration; Citizenship revocation; Revolt in migrants' detention centers (CPR) and hotspots; Administrative Detention; Criminalization of Search and Rescue activities.

SOMMARIO: 1. Prologo: confini esterni, frontiere, confini interni. – 2. Confini e potere punitivo: le dinamiche della *crimmigration* – 2.1. Segue: scopi dichiarati ed effetti pseudo-reali della *crimmigration* – 2.2. Segue: le tendenze recenti della *crimmigration* e la pretesa funzione performativa del penale migratorio - 3. La *crimmigration* e il decreto-legge n. 48 del 2025 – 4. Le modifiche in materia di revoca della cittadinanza e i presupposti applicativi dell'istituto. - 4.1. Cittadini e cittadine per merito ovvero dell'*immigrazionizzazione* del penale e della cittadinanza. – 4.2. *Segue*. Quali rapporti tra pena e revoca della cittadinanza? - 5. Il decreto sicurezza e il *penale migratorio* 'oggettivamente' allargato e 'soggettivamente' ristretto: il delitto di rivolta nei CPR e negli *hotspot* – 5.1. segue. Gli elementi differenziali rispetto al delitto di rivolta in istituto penitenziario – 5.1.1 Le persone "trattenute" nei CPR – 5.1.2 Le persone "ospitate" e le persone "trattenute" negli *hotspot* – 5.1.3. Prime osservazioni intermedie - 5.2. I luoghi e i modi dei trattenimenti – 5.3. Resistenza passiva e atti illegittimi/arbitrari: criticità specifiche dei centri chiusi. – 5.4. Possibili significati, prospettive di (in)efficacia general e special-preventiva, riconducibilità al *penale migratorio* del delitto di rivolta - 6. Il decreto sicurezza

e il *penale migratorio* 'soggettivamente' e 'oggettivamente' allargato: le modifiche in materia di "polizia del mare" – 6.1. L'ampliamento del raggio di azione dei delitti legati alla disobbedienza in navigazione e i rapporti con le attività di *search and rescue* - 7. Il decreto sicurezza e le ulteriori tendenze espansive della *crimmigration*.

1. Nel 2050, scrive il giornalista e reporter Gabriele Del Grande, «tutti i centri di prima accoglienza delle isole frontaliere di Lampedusa, Lesvos e Fuerteventura saranno caduti in disuso e al loro posto ci piace immaginare che sorgeranno musei nazionali dell'immigrazione, come oggi a Ellis Island, negli USA. Vi accorreranno ogni anno milioni di visitatori da ogni parte del mondo per rendere omaggio ai propri avi. Quei tre milioni e mezzo di immigrati illegali che nei tre decenni a cavallo tra il XX e il XXI secolo salparono clandestinamente dalle coste nordafricane, turche e albanesi e, navigando a bordo dei barconi della morte lungo le pericolosissime rotte del contrabbando, entrarono senza visto in Europa»[1]. Per quella data, secondo questa previsione, il regime dei visti d'ingresso sarà cessato e i confini avranno finalmente dismesso le loro attuali funzioni selettive[2]. Oramai obsoleti, saranno soltanto un simbolo del recente passato: l'epoca attuale nella quale, conformemente a una tendenza globale, i paesi europei affidano ad essi il compito di distribuire iniquamente il diritto alla mobilità[3] e all'appartenenza[4].
A uno sguardo contemporaneo, questa profezia pare invero decisamente utopica. Lungi dall'obsolescenza, i confini oggi dominano, in maggiore o minore misura, le esperienze di vita di una porzione di popolazione mondiale. Cifra distintiva dell'età contemporanea è, difatti, la costante presenza di milioni di persone, provenienti soprattutto da Asia, Africa e Caraibi[5], che

[1] G. Del Grande, *Il secolo mobile. Storia dell'immigrazione illegale in Europa*, Milano 2023, 6.
[2] I confini esterni dell'UE restano in realtà aperti per alcune categorie «the *bona fide* migrant epitomised by tourists and businessmen, while filtering out the mala fide migrants, usually the terrorists and the poor». Da qui la parziale inadeguatezza dell'espressione *Fortress Europe* nel catturare «the complexity of the border and its transformation into a filtering device» e la necessità di considerare questi ultimi «as polysemantic categories of inquiry» così da evitare «the fallacy of truth claims based on simple dichotomies of inside/outside», S. Mantu, *The Boundaries of EU Citizenship. Reflections on Borders, Citizenship and Sovereignty*, in P.E. Minderhoud- S.A. Mantu-K.M. Zwaan (eds.), *Caught In Between Borders: Citizens, Migrants and Humans.* Liber Amicorum *in honour of prof. dr. Elspeth Guild*, Tilburg 2019, 155. L'A. riprende questa riflessione dagli studi di Elspeth Guild (es. E. Guild, *Equivocal Claims? Ambivalent Controls? Labour Migration Regimes in the European Union*, in Ead.-S. Mantu (eds.), *Constructing and Imagining Labour Migration. Perspectives of Control from Five Continents[1]*, London 2010-2016, 201-228).
[3] «Se la libera circolazione delle persone viene concepita come un bene limitato (una risorsa che non può essere redistribuita senza limitazioni), significa che può essere appropriata su base esclusiva (escludendo altri potenziali beneficiari dal suo godimento). I confini sono lo strumento che rende possibile questo rapporto di appropriazione», E. Rigo, *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'Unione allargata*, Roma 2007, 130.
[4] Sul senso di questa appartenenza (*membership*) occorre però intendersi: non si tratta dell'appartenenza per come percepita da chi vi si vorrebbe escluso, perché per vero le migrazioni sfidano da tempo quel (preteso) paradigma della comunità territoriale etnica, "di sangue", ridisegnando il significato stesso di comunità (v. ad es. S. Mezzadra, *Movements of migration within and beyond citizenship*, in *Citizenship Studies* 2022, 577–583). Si utilizza qui "appartenenza", *membership* (termine chiave della teoria politica dei *border studies*, la cui definizione è peraltro controversa, v. A. McNevin-N. De Genova-J. Eckert-N. Sharma, *Membership*, in N. De Genova-M. Tazzioli (Coor.), *Minor keywords of political theory: Migration as a critical standpoint, A collaborative project of collective writing*, in *EPC: Politics and Space* 2022, 787 e ss.) per indicare uno *status* non precario capace di garantire visibilità, riconoscimento sociale e politico e dignità: *status* tendenzialmente (ma, si vedrà, non sempre necessariamente) equivalente al possesso dei diritti propri della cittadinanza nazionale.
[5] Sono queste le zone del mondo ove si trova la maggior parte dei paesi per i quali si richiede un visto d'ingresso da parte del sistema Schengen, v. Annex I (la cd Blacklist di Schengen) del Regolamento (UE) 2018/1806 del *Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, che adotta l'elenco dei paesi terzi i cui cittadini devono essere in possesso del visto all'atto dell'attraversamento delle frontiere esterne e l'elenco dei paesi terzi i*

quei confini tentano quotidianamente di varcare, subiscono senza sopravvivervi, indossano senza speranza di emancipazione da un'eteorimposta subalternità[6].
La prima manifestazione di questo "dominio esistenziale" avviene in una fase molto remota rispetto all'attraversamento della frontiera. Inclini ad estroflettersi, i confini si esprimono ben oltre le delimitazioni geografiche della sovranità statale per selezionare, a monte, tanto i candidati e le candidate a oltrepassarle "legalmente", quanto i condannati e le condannate all'irregolarità e, dunque, alle rotte del contrabbando di persone[7]. Al contempo, grazie a questa virtualità extraterritoriale, i confini permettono ai paesi europei di creare spazi di deroga agli obblighi internazionali e convenzionali, spazi "privi di diritto"[8], e delegare così ad alcune nazioni extraeuropee il "lavoro sporco"[9].

---

cui cittadini sono esenti da tale obbligo. L'intento di «contrastare la mobilità dei ceti popolari delle ex colonie africane, asiatiche e caraibiche» risale al momento stesso in cui l'accordo di Schengen fu sottoscritto; 25 anni dopo, nei primi anni duemila, l'operazione di «sbiancamento» della frontiera europea così intrapresa con quell'accordo aveva dato i suoi frutti: in quegli anni, infatti, «tolti gli *expat* bianchi dei paesi ricchi euro-atlantici, ormai un lavoratore immigrato su due era est-europeo o latinoamericano», G. Del Grande, *op. cit.*, 435. Il dibattito circa la selettività e lo "sbiancamento della frontiera" si è poi riacceso dopo la crisi dei rifugiati ucraini del 2021-22 dinanzi alla quale l'Unione Europea ha attivato per la prima volta un meccanismo di protezione temporanea, mentre niente di analogo era avvenuto rispetto ai rifugiati siriani e, più di recente, ai potenziali rifugiati palestinesi, in argomento E. Basheva-D.V. Kochenov, *The True Show Of Unity: Supremacy Rule Of Law At The Service Of Eurowhiteness Solidarity*, DI Working Papers 2026, 10 ss.; V. Corcordel, *A Decolonial Agenda for EU Migration and Asylum Law*, in *EJML* 2024, 474–501; Ead., *Europe's Refugee 'Crises' and the Colonial Legacies in EU Migration and Asylum Law*, in H. Eklund (eds.), *Colonialism and the EU Legal Order*, Cambridge 2025, 177 ss.; H. Kundani, *Eurowhiteness: Culture, Empire and Race in the European Project*, London 2023, 106 ss.

[6] L'espressione è mutuata dal celebre testo della critica postcoloniale di G.C. Spivak, *Can the subaltern speak?*, in C. Nelson-L. Grossberg (eds), *Marxism and the Interpretation of Culture*, London 1988, 24 ss.

[7] L'ufficio visti opera come uno «strumento di flessibilizzazione estroversa dei confini lineari statali» che anticipa temporalmente i controlli rispetto al momento del tentativo di attraversamento della frontiera «attribuendo rilievo agli status individuali degli stranieri richiedenti». Gli addetti alle rappresentanze diplomatiche e consolari, responsabili per il rilascio, godono di un margine decisamente ampio di discrezionalità, in ragione, non solo dei paesi in cui si opera, ma anche delle condizioni personali del richiedente. In questo modo, l'obbligo del visto attribuisce rilievo, sulla base del reddito, della posizione sociale, della possibilità di influire sulla decisione tramite rapporti personali, agli status dei richiedenti, trasformando tali status in «confini immateriali che determinano la possibilità di accesso a un territorio». Nel caso del visto per motivi di lavoro, inoltre, i profili di discriminazione si accentuano, posto che il sistema delle quote privilegiate riserva la possibilità di ottenere il visto a cittadini/e di determinati paesi di origine, così da premiare i governi di quei paesi che cooperano nel contrasto ai movimenti immigratori illegali. Di conseguenza, chi non rientra in determinate categorie socioeconomiche, oppure non è cittadino/a di un determinato paese, può vedere sfumata, indipendentemente dalla propria volontà, la possibilità di ottenere un titolo di ingresso legale, P. Cutitta, *Confini territoriali e sovraterritoriali dei controlli dell'immigrazione*, in *Ragion pratica* 2009, 405-406. In argomento v. poi, *ex multis*, D. Bigo-E. Guild, *Le visa Schengen: expression d'une stratégie de "police" à distance*, in *Cultures & Conflits* 2003, 19-33.

[8] S. Ganthy-D.V. Kochenov, *EU Lawlessness Law*, in *Columbia Journal of European Law* 2024, 78 ss.; D. Marcheva, *The External Components in the EU Comprehensive Approach to Migration and Asylum: a Pathway to Lawless Zones*, in *EJML* 2025, 407-434.

[9] Nel caso italiano, dopo la rovinosa esperienza dei cd respingimenti collettivi (censurata con la nota sentenza G. eur. GC, 23.2.2012, *Hirsi Jamaa c. Italia*, per violazione dell'art. 4 Prot. 4 della Cedu), a seguito del noto Memorandum di intesa Italia-Libia del 2017, a tale pratica si è sostituita «quella dei respingimenti "per delega", conseguenti all'istituzione di un modello di controllo delle frontiere esternalizzato per il controllo extraterritoriale della migrazione», E. Valentini, *La coercizione clandestina: la libertà personale dello straniero in arrivo*, in *Revista italo-spagnola de Derecho Procesual*, 2, 2023, 9. Anche quest'ultima pratica è stata a sua volta sottoposta al vaglio della C. eur (*S.S. e altri c. Italia*, ricorso n. 21660/18, sul quale v. V. Moreno-Lax, *The Architecture of Functional Jurisdiction: Unpacking Contactless Control - On Public Powers*, S.S. and Others v. Italy, *and the "Operational Model"*, in *German Law Journal* 2020, 385–416; A. Fazzini, *Il caso* S.S. and Others v. Italy *nel quadro dell'esternalizzazione delle frontiere in Libia: osservazioni sui possibili scenari al vaglio della Corte di Strasburgo*, in *DIC* 2020, 87 ss). La sentenza, emessa il maggio scorso, ha però respinto il ricorso perché irricevibile: la Corte ha infatti ritenuto non sussistenti i criteri per riconoscere l'esercizio della giurisdizione

Per altro verso, poi, i confini "inseguono" chi li varca. Su costoro imprimono un contrassegno di alterità ed esplicano così i propri effetti anche all'interno delle frontiere esterne e interne dell'UE. In questo opposto moto di introflessione, disegnano invisibili linee di demarcazione funzionali a costruire posizioni subalterne e, dunque, stabilire gerarchie umane. La gamma di sfumature di tale subalternità è ampia e spazia da forme di vera e propria esclusione[10] a forme di appartenenza più o meno attenuata, per lo più difettose, quasi sempre precarie.
Difettose perché quelle forme sono inidonee a garantire una piena equiparazione ai cittadini e alle cittadine: anche nel caso in cui si sia raggiunto lo *status* in assoluto più prossimo a costoro, ovvero quello di soggiornante di lungo periodo[11], ai titolari e alle titolari di tale permesso di soggiorno non sono comunque concessi i diritti politici. D'altra parte, sono poi forme di appartenenza precarie perché tendenzialmente vincolate alla sussistenza dei requisiti sui quali si fonda il titolo di ingresso e/o soggiorno. Sono, quindi, forme di appartenenza subordinate, in senso lato, alla prova dell'esistenza e del perdurare di un "merito" e, di contro, all'assenza di comportamenti disturbanti, non necessariamente penalmente rilevanti, in conseguenza dei quali può addirittura esser messa in discussione, in alcuni casi, la cittadinanza che non sia stata acquisita per nascita[12].
Lo scarto qualitativo tra frontiere e confini è, pertanto, notevole in ragione del ruolo che questi ultimi assumono nel costruire barriere giuridiche all'ingresso e all'appartenenza. Nell'imporre un accesso motivato, doviziosamente documentato nei suoi presupposti e autorizzato dalle autorità[13], il confine agisce addirittura fino al punto di determinare vere e proprie «finzioni di non ingresso»: situazioni nelle quali la frontiera è a tutti gli effetti varcata, ma la presenza della persona finisce per essere, purtuttavia, in certa misura giuridicamente non valorizzabile[14].

---

extraterritoriale da parte dello stato italiano ai fini dell'articolo 1 della Convenzione (per un commento v. I. Mann, S.S. and Others v. Italy*: Killing by Omission, Confirmed by Design*, in *EJIL:Talk!,* 19.6.2025). Per una recente rassegna della giurisprudenza europea in materia di respingimenti collettivi v., poi, K. Allison, *Pushbacks as a Breach of Fundamental Human Rights: a Convergence of the Approaches of European Courts Reflections on the Developments in the Case Law of the CJEU and the EctHR*, in *EJML* 2025, 225–258). Sulle pratiche di *outsourcing/externalisation* del controllo dell'immigrazione la letteratura è decisamente vasta, si v., ad es., B. Frelik-I.M. Kysel-J. Podkul, *The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants*, in *JMHS* 2016, 190-220 e, da ultimo, S. Singler, *Outsourcing Crimmigration Control. Digital Borders, the IOM, and Biometric Statehood*, Oxford 2025, *passim*. Infine, sulla responsabilità statuale per violazioni extraterritoriali dei diritti umani, v. F. De Vittor, *Responsabilità degli Stati e dell'Unione europea nella conclusione e nell'esecuzione di 'accordi'*, in *DUDI* 2018, 5 ss.; più di recente, G. Raimondo, *Invisible Crimes: Accountability for Crimes Against Migrants in Libya*, in *EJML* 2023, 328-357; T. Ashraf, *State Complicity in Aiding and Assisting Extraterritorial Human Rights Violations The Case of Informal Externalisation of Asylum Controls*, in *EJML* 2025, 20–40.

[10] Emblematico il caso della baraccopoli pugliese di Borgo Mezzanone che conta quasi 5000 abitanti (v. Il Post, *La più grande baraccopoli d'Europa sta diventando una città*, ultima consultazione gennaio 2026), molti dei quali e delle quali - così la cronaca - da diversi anni, non lasciano quel luogo (nemmeno per ricevere cure mediche) per il timore di ricevere un ordine di espulsione.

[11] Art. 9 TuImm

[12] V. *infra*, par. 4-4.2.

[13] «[…] l'Italia, in armonia con gli obblighi assunti con l'adesione a specifici accordi internazionali, consentirà l'ingresso nel proprio territorio allo straniero che dimostri di essere in possesso di idonea documentazione atta a confermare lo scopo e le condizioni del soggiorno, nonché la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno e, fatta eccezione per i permessi di soggiorno per motivi di lavoro, anche per il ritorno nel Paese di provenienza», Art. 4, III co. TuImm.

[14] Tale essendo, cioè, la finzione «in virtù della quale si ritiene lo straniero, pur fisicamente presente alla frontiera, ancora in limine, ovvero, non "giuridicamente" presente sul territorio statale fintantoché le autorità non ne abbiano formalmente autorizzato l'ingresso», F. Rondine, *Thiam c. Italia: la Corte Edu e le zone di transito aeroportuali italiane tra finzioni giuridiche e prassi* extra legem, in *Ordine internazionale e diritti umani* 2022, 1351. In generale, sulle *non-entry fictions* o *fictions of non-entry*, v., Ead, *Between physical and legal borders: the fiction of non-entry and its impact on fundamental rights of migrants at the borders between EU law and the ECHR*, in

Facile intuire le conseguenze di queste finzioni in termini di tutela dei diritti fondamentali, soprattutto dell'inviolabilità della libertà personale.
D'altra parte, in virtù della loro natura polivalente, i confini vivono poi delle diverse e ulteriori dimensioni operative appena evocate: quelle di meta-confini extraterritoriali[15], da un lato, quelle di ostacoli interni alla piena appartenenza – ovvero all'accesso ai diritti sociali e civili[16], alla residenza, alle cure sanitarie, al perseguimento delle proprie aspirazioni di vita e lavorative, all'esercizio dei diritti politici, - dall'altro. Tanto nel loro sovrapporsi alla frontiera, quanto in (quasi) tutte queste loro vicende ulteriori, essi "possono contare" sul fondamentale (sebbene spesso solo simbolico/apparente) supporto, diretto o indiretto, del potere punitivo.

2. Quest'ultimo, in certa misura, li "scorta", li potenzia, li arma. Nel farlo, però, il più delle volte si trasfigura: mantiene il suo tono minaccioso, ma perde la sua parte garantistica. Ciò accade perché, nel diventare, in apparenza, un'"arma spuntata"[17], cede al fedele compagno di

Cahiers de l'EDEM, Special Issue, August 2022, 50 ss; E. Asoni, *Stranieri né fuori né dentro: l'immaginario geografico della* entry fiction*, dall'imperialismo statunitense al diritto d'asilo dell'Unione Europea*, in *Rivista geografica italiana* 2025, 5-23; K. Soderstrom, *An Analysis Of The Fiction Of Non-Entry As Appears In The Screening Regulation*, ECRE Commentary, September 2022; rispetto al contesto tedesco, Ead., *Flexible borders: The fiction of non-entry and asylum seekers in Germany*, in *CONREP Blog*, 17.7.2019.

[15] L'espressione riprende, in traduzione, quella utilizzata da V. Moreno-Lax, *Meta-Borders and the Rule of Law: From Externalisation to 'Responsibilisation' in Systems of Contactless Control*, in *Netherlands International Law Review* 2024, 21–57.

[16] L'art. 41 TuImm prevede «la piena equiparazione dei cittadini extra UE ai cittadini italiani "*ai fini della fruizione delle provvidenze e delle prestazioni, anche economiche di assistenza sociale*", condizionandola alla titolarità di un "***permesso di soggiorno di durata non inferiore ad un anno***". La limitazione collegata alla durata del permesso può non apparire sempre ragionevole, perché uno straniero potrebbe trovarsi ad essere titolare di un permesso breve pur dopo una lunga permanenza in Italia», o magari a non avere titolo alcuno, Servizio Antidiscriminazione ASGI (a cura di A. Guariso), *Stranieri e accesso alle prestazioni sociali e ai servizi. Normativa nazionale ed europea*, luglio 2020, 9-12.

[17] Di questo avviso, *inter alios*, G.L. Gatta, *La criminalizzazione della 'clandestinità' fra scelte nazionali e contesto europeo*, in *RIDPP* 2015, 195. A fondare questo giudizio è, principalmente, il fatto che, per gli illeciti del TuImm, a soggettività ristretta, di più frequente commissione (quelli di cui agli artt. 10 *bis* e 14, co 5 *ter* TuImm), non è (più) comminata la pena detentiva. La seconda fattispecie (l'inottemperanza all'ordine di allontanamento), introdotta nel 2002 con la legge cd Bossi-Fini (l. 30 luglio 2002, n. 189), aveva inizialmente la veste di reato contravvenzionale punito con l'arresto da sei mesi a un anno ed era corredata da una «del tutto irragionevole misura pre-cautelare» (ragione per la quale la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 223 del 15 luglio 2004, ne ha dichiarato l'incostituzionalità). Il legislatore ha reagito alla censura trasformando la fattispecie in delitto, punito con la reclusione da uno a quattro anni. Nel 2011 la C.G.UE, con la celebre sentenza *El Dridi* (C.G.UE, sent. 28 aprile 2011, *Hassen El Dridi*, Causa C-61/11 PPU) ha poi sancito l'inapplicabilità di questa norma «considerando la pena detentiva in contrasto con il principio dell'effetto utile nell'applicazione della c.d. direttiva rimpatri», sicché il legislatore ha dovuto eliminare la previsione della pena detentiva conferendo alla disposizione la sua fisionomia attuale (con d.l. 23 giugno 2011 convertito in legge dalla legge 2 agosto 2011, n. 129). Segnatamente, nella citata sentenza *El Dridi* (e in altre successive sentenze: C.G.UE, sent. 6 dicembre 2011, *Alexandre Achughbabian*, Causa C-329/11, commentata da R. Raffaelli, *La direttiva rimpatri e il reato di ingresso e soggiorno irregolare francese: principi ed effetti della sentenza Achughbabian nell'ordinamento italiano*, in *DIC*, 2011, 73-79; C.G.UE, sent. 6 dicembre 2012, *Md Sagor*, Causa C-430/11, per un commento v. A. Caputo, *La contravvenzione di soggiorno illegale dello straniero davanti alla Corte di giustizia. Nota a C. giust. UE, Sez. I, 6/12/2012, n. C-430/11, Sagor*, in *CP* 2013, 1775-1792) la Corte ha affermato che «la Direttiva c.d. "rimpatri" (2008/115/CE - *Direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 dicembre 2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare*) non impedisce agli Stati di compiere scelte di incriminazione; l'unico vincolo è che la disciplina penale eventualmente introdotta non comprometta l'applicazione delle norme contenute nella Direttiva», il che equivale a dire che «non si può anteporre all'esecuzione del rimpatrio un procedimento penale, perché in questo modo si rallenterebbero i tempi di allontanamento. Le pene detentive, segnatamente in ragione delle loro condizioni e modalità di applicazione, rischiano di compromettere la realizzazione dell'obbiettivo perseguito dalla Direttiva, ossia l'instaurazione di una politica efficace di allontanamento e rimpatrio», così, F. Curi, *Il diritto*

strada - il diritto amministrativo - il suo peggior armamentario, spogliato tuttavia di alcune delle garanzie che gli sarebbero proprie. E dunque, mentre simbolicamente rafforza l'escludente e marginalizzante disciplina amministrativa – quella che, come ricordato, ammette sul territorio solo laddove vi sia una motivazione – in contemporanea da quest'ultima si fa sovvertire e vicariare.

Questi i tratti di fondo caratterizzanti il prodotto dell'interazione tra diritto penale e diritto (amministrativo) dell'immigrazione, che va sotto il nome, almeno a partire dal 2006, di *crimmigration*[18]. L'espressione, com'è noto, designa il sottosistema punitivo nel quale «*immigration law has absorbed theories, methods, and perceptions of the criminal justice system, while at the same time it has explicitly rejected procedural and normative safeguards*»[19]. Si tratta, pertanto, di un insieme di dispositivi giuridici che trae dal diritto dell'immigrazione «l'obiettivo di fondo dichiarato (l'esclusione dello straniero indesiderabile), i precetti (la complessa trama delle regole su ingresso e soggiorno regolari), nonché i mezzi giuridici essenziali e le relative procedure» e che, invece, dal diritto penale, riprende «un certo tono generale improntato a deterrenza e stigmatizzazione sociale, quale conseguenza del diffuso ricorso alla minaccia di sanzioni penali, ma che del diritto penale classico riproduce assai meno fedelmente gli aspetti garantistici»[20].

Animano tale sistema, essenzialmente, tre dinamiche strettamente interconnesse e reciprocamente interferenti: la criminalizzazione delle condotte legate alla migrazione (cd "penale migratorio")[21]; l'«*immigrazionizzazione*»[22] del diritto penale e del diritto delle misure di prevenzione; infine, l'appropriazione da parte del diritto amministrativo di una misura che tradizionalmente appartiene alla sfera penale, ovvero la privazione della libertà personale.

La prima dinamica è sottesa alla previsione di fattispecie penali indirizzate verso coloro che entrano o permangono in assenza dei requisiti necessari a legittimare l'accesso e/o il soggiorno di non-cittadini/e[23], giacché, come ricordato, ingresso e presenza (e quindi mobilità e appartenenza) devono essere sempre sorrette da presupposti legittimanti stabiliti dal paese di ricezione, altrimenti il mero *esserci* diviene elemento problematico, finanche penalmente rilevante. Ancora, queste fattispecie guardano alla persona straniera che non ottemperi a un ordine di allontanamento[24] o violi il divieto di reintrodursi nel territorio[25]. Tratto ricorrente, in

---

penale speciale del testo unico dell'immigrazione, in F. Curi-F. Martelloni-A. Sbraccia-E. Valentini (a cura di), *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*[2], Torino 2021, 150. In argomento cfr. anche, *ex multis*, L. Masera-F. Viganò, *ADDIO ARTICOLO 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi (C-61/11 PPU) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 4.5.2011; C. Favilli, *Il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore di fronte alla Corte di Giustizia*, in *DPP* 2011, 904 ss.

[18] Espressione coniata, com'è noto, dalla studiosa Juliet Stumpf, cfr. J. Stumpf, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power*, in *American University Law Review* 2006, 367 ss.; Ead, *Crimmigration: encountering the Leviathan*, in S. Pickering-J. Ham (eds.), *The Routledge handbook on crime and international migration*, Abingdon-New York 2014, 237 ss.

[19] E. Di Molfetta-J. Brouwer, *Unravelling the "crimmigration knot": Penal subjectivities, punishment and the censure machine*, in *Criminology & Criminal Justice* 2022, 302–318.

[20] A. Spena, *La* crimmigration *e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2017, 513.

[21] Parla di «penalizzazione del migratorio», A. Spena, *Il «gelo metallico dello Stato»: per una critica della crimmigration come nuda forza*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* 2019, 449.

[22] J.A. Brandariz, *Criminalization or Instrumentalism? New Trends in the Field of Border Criminology*, in *Theoretical Criminology* 2022, 293.

[23] Art. 10 *bis* Tuimm.

[24] Art. 14, co. 5 *ter* Tuimm.

[25] Fattispecie di cui all'art. 13, commi 13 e 13 *bis* TuImm, per cui è prevista la pena detentiva, le quali puniscono il reingresso illegale nel territorio dello stato a seguito di espulsione amministrativa ovvero giudiziale, semplice o reiterato (art. 13), cui, in seguito, si sono aggiunte due fattispecie speculari, quelle di cui ai commi 2 *ter* e 2 *quater*

molte di queste fattispecie, è che si configuri una sorta di "fuga del penale da sé stesso"[26], dovuta alla fenomenale forza di gravità che l'espulsione (*rectius* il tentativo – peraltro, talvolta, già in partenza destinato al fallimento - di addivenire all'espulsione) esercita sul sistema[27]. Gli effetti collaterali di questa fuga si sostanziano, peraltro, nel degradarsi di alcune garanzie fondamentali: in particolare, giurisdizione, diritto di difesa, rieducazione.

Questo primo segmento della *crimmigration* conosce, poi, diverse tendenze espansive. Non soltanto vengono cioè punite le condotte di illecito ingresso o reingresso/illecita permanenza sul territorio, ma anche quelle che ad essa fanno da corredo, come l'utilizzo di documenti falsi o contraffatti[28]. D'altra parte, il penale migratorio si fa "allargato" anche sotto il profilo soggettivo, giacché ricomprende in sé le ipotesi tese a criminalizzare, direttamente o indirettamente, le condotte di coloro che offrono un ausilio all'attraversamento o alla presenza in violazione della disciplina dell'immigrazione[29]; ovvero le condotte di coloro che a costoro

---

dell'art. 10 TuImm (inserite dal decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con Legge 1° dicembre 2018, n. 132) che puniscono, invece, la violazione del divieto di reingresso a seguito di respingimento differito semplice o reiterato, in argomento, cfr. F. Curi, *op.cit.*, 151-152.

[26] «[P]aradoxical as it may appear, the most relevant reason to be worried about here is not just that illegal immigrants are subjected to criminal law, but, on the contrary, that they are not really subjected to it: that their criminalization is functional precisely to taking them away from criminal law (from its rules and principles) and subjecting them to non-penal, administrative, ''purely preventive'' power», A. Spena, Iniuria Migrandi: *Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy* 2014, 650.

[27] Nel nostro ordinamento, dove l'espulsione assume natura proteiforme pena sostitutiva, misura alternativa, misura di sicurezza, misura di prevenzione, misura amministrativa, si registra una vera e propria «ossessione» per questo istituto. Tale ossessione è però «inversamente proporzionale alle effettive possibilità di darvi seguito empirico», E. Valentini, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero,* in F. Curi-F. Martelloni-A. Sbraccia-E. Valentini (a cura di), *op.cit.*, 203.

[28] Art. 5, co. 8 *bis* TuImm che punisce tanto la contraffazione quanto l'uso del documento falso. Sulla previsione è stata peraltro chiamata a pronunciarsi di recente la Corte Costituzionale: secondo il Gip del Tribunale di Vicenza, rilevato che il codice penale, nel disciplinare in via generale i reati di falso, prevede una riduzione della pena per chi si sia limitato a fare uso di un documento da altri falsificato, il diverso e più grave trattamento dell'uso del documento falso da parte dell'articolo 5, comma 8 *bis* avrebbe violato il principio di eguaglianza, con conseguente pregiudizio alla funzione rieducativa della pena. La Corte ha ritenuto la questione non fondata osservando, peraltro, che «la condotta di contraffazione o alterazione di un documento al fine di ottenere un permesso di soggiorno costituisce, a ben guardare, condotta preparatoria rispetto a quella di presentazione del documento da parte dell'interessato alle autorità di polizia, essendo proprio quest'ultima condotta (che integra l'ipotesi criminosa di "utilizzazione" prevista dalla disposizione all'esame) a creare un immediato pericolo per il bene giuridico protetto. E ciò in quanto è soltanto mediante tale condotta che si determina la possibilità di rilascio di un titolo di soggiorno in assenza delle condizioni previste dalla legge, con conseguente pregiudizio all'interesse all'ordinata gestione dei flussi migratori, cui la disposizione censurata intende offrire tutela», C. Cost., sent. n. 27 del 11.2.2025, par. 4.3. Non si dimentichi, tra le altre condotte "accessorie" anche quella punita dall'art. 6, co. 3 TuImm (inottemperanza all'ordine di esibizione dei documenti), disposizione però inapplicabile, secondo le Sezioni Unite (Cass. S.U., 24.2.2010, n. 16453, in *www.penalecontemporaneo.it*, 27.4.2011), alla persona irregolare rispetto all'esibizione del documento di soggiorno.

[29] Si tratta della fattispecie di trasporto di stranieri irregolari ed altri atti diretti a procurarne l'ingresso di cui all'art. 12, I co., TuImm (anche per un'attenta ricostruzione storica, v. per tutti/e, S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra* overcriminalisation *e tutela dei diritti fondamentali*, Torino 2023, 83 e ss.), che incrimina condotte tendenzialmente (ma non integralmente) riconducibili a quelle di *smuggling* di cui al cd Protocollo di Palermo del 2000 e, più tardi, del cd *Facilitators Package* (combinazione tra la direttiva 2002/90/CE e la decisione quadro 2002/946/GAI) (sui rapporti tra queste fonti, v. V. Mitsilegas, *'The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law'*, in *New Journal of European Criminal Law* 2019, 68-85). L'art. 12 TuImm ha di recente subito una censura di parziale incostituzionalità (v. C. Cost. 10 marzo 2022, n. 63, par. 4.2., in *www.sistemapenale.it*, 23.3.2023, con scheda di S. Zirulia, *La Corte costituzionale sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: illegittima l'aggravante che parifica il trattamento sanzionatorio dei trafficanti a quello di coloro che prestano un aiuto per finalità solidaristiche*; v. poi i commenti di A. Ciervo, *L'irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle*

offrono un alloggio[30] oppure, ancora, un impiego[31]. Su tutte svetta il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, cui, a partire dal 2023, si è affiancato il delitto di «Morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina»: una forma di favoreggiamento aggravato dagli eventi morte o lesioni gravi o gravissime delle persone di cui si effettua il trasporto o si facilita l'ingresso, suscettibile di trovare applicazione anche quando gli eventi nefasti si verificano al di fuori del territorio dello Stato, se la condotta è diretta a procurarvi l'ingresso illegale[32].
Ancora, con l'avvento della cd politica dei porti chiusi[33], il nostro ordinamento ha poi riscoperto i divieti di navigazione e le relative sanzioni, settore a lungo rimasto di esclusivo appannaggio del diritto della navigazione. Nella costellazione delle fattispecie tese a colpire le condotte di ausilio all'attraversamento della frontiera si è così aggiunta, nel 2019, la previsione, ora non più formalmente, ma solo sostanzialmente, penale[34], dell'illecito di inottemperanza al divieto di navigazione nel mare territoriale, indirettamente rivolto a ostacolare le attività di sbarco di persone migranti.
Quanto, poi, alla seconda dinamica *crimmigratoria*, essa comporta l'uso di misure e procedure amministrative in continuità con la sfera penale o di prevenzione, a suo completamento (*rectius* sovvertimento). Tale dinamica involge, perciò, i meccanismi in virtù dei quali, alla commissione di alcuni reati comuni ovvero al rappresentare una minaccia per la sicurezza e l'ordine pubblico, può conseguire o direttamente la ricezione di un ordine di espulsione[35] o il divieto di accesso al territorio con conseguente respingimento alla frontiera[36] ovvero, indirettamente, la perdita del titolo di soggiorno[37], la revoca della protezione internazionale e

prese con il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, in *Osservatorio AIC* 2022, 314 ss. e di A. Spena, *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. 63/2022)*, in *DIC* 2022, 238 e ss.). Dalla stessa vicenda dalla quale si è originata la pronuncia di legittimità ha altresì preso avvio un ricorso dinanzi alla Corte di Giustizia EU: Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 3 giugno 2025, C-460/23, *Kinsa*, per un commento v. S. Zirulia, *Per la Corte di Giustizia Ue la carta dei diritti fondamentali osta alla criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare del figlio minorenne o di altri minori di cui l'agente è affidatario corte di giustizia dell'unione europea, grande camera, 3 giugno 2025, Kinsa (c-460/23)* in *SP* 2025, 165 ss.

[30] Art. 12, co. 5 TuImm.

[31] Art. 22, co. 12 TuImm, rispetto al quale v. A. di Martino, *L'intervento penale in materia d'immigrazione e i suoi limiti (per un'introduzione)*, in E. Rosi-F. Rocchi (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale un approccio interdisciplinare. Atti del III Seminario della Sezione Giovani Penalisti. Prato, 11 novembre 2011*, Napoli 2013, 10-13.

[32] Art. 12 *bis* TuImm, si tratta del cd reato di scafismo, introdotto all'alba del naufragio di Cutro dal Decreto-legge 10 marzo 2023, n. 20 convertito, con modificazioni, dalla L. 5 maggio 2023, n. 50, per un primo commento v. L. Masera, *Le disposizioni penali del d.l. 20/2023. Ancora un insensato inasprimento delle sanzioni in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, in *www.questionegiustizia.it*, 3.4.2023.

[33] Che ha visto i suoi albori con l'adozione del codice di condotta per le ONG (avvenuta subito dopo l'adozione del Memorandum Italia-Libia del 2017), in argomento F. Ferri, *Il Codice di condotta per le Ong e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *DUDI* 2018, 189–198.

[34] Sent. cost. 105/2025, v. più diffusamente *infra*, par. 6 e ss.

[35] V. es. art. 13, I co TuImm. V. poi *infra*, 4.2.

[36] Art. 4, co. 3 TuImm.

[37] Art. 5, co. 5 *quater* TuImm.

dello *status* di rifugiato[38], la revoca della cittadinanza[39] e quindi, a cascata, l'emissione di un ordine di allontanamento, nonché la potenziale espulsione preceduta dall'altrettanto potenziale privazione della libertà personale all'interno dei CPR.
Simile forma di privazione della libertà personale deve, infine, ricondursi alla terza e ultima dinamica *crimmigratoria*, contraddistinta dall'utilizzo di una misura tipicamente associata al riconoscimento, in via definitiva, di una responsabilità penale, ovvero, al più, alla sussistenza di esigenze cautelari, in funzione di dispositivo di governo delle migrazioni[40]. La terza dinamica, dunque, è quella che determina l'utilizzo della privazione della libertà personale da parte del diritto amministrativo dell'immigrazione[41]. Da essa prendono così vita forme di detenzione, trattenimento, isolamento che evocano la forma "campo"[42] e assolvono, sulla carta, a diverse funzioni, almeno in parte, logicamente consequenziali agli scopi dichiarati dalla

[38] Cfr. per la revoca dello *status* di rifugiato l'art. 13, che si richiama all'art. 12, del d.lgs. 19.11.2007 n. 251; per la revoca della protezione sussidiaria, l'art. 18 dello stesso decreto, che rinvia alle cause ostative al riconoscimento della protezione di cui all'art. 16. Gli artt. 12 e 10, da un lato, e 16, dall'altro, prevedono requisiti analoghi tra i quali, non solo la commissione di gravi crimini internazionali e l'aver commesso un reato grave da intendersi come un reato non inferiore nel minimo a 4 anni o superiore nel massimo a 10 secondo la legge italiana, ma anche il fatto che il soggetto «costituisca un pericolo per l'ordine e la sicurezza pubblica» perché condannato con sentenza definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lett. *a* Cpp.
[39] Si tratta dell'istituto di cui all'art. 10 *bis* della legge 5.2.1992 n. 91 su cui ci si soffermerà ampiamente *infra*, par. 4 e ss. Si noti che, peraltro, che il legame tra diritto dell'immigrazione – di cui si da qui un'accezione ampia, in ricomprendendovi anche la disciplina della cittadinanza – e diritto penale incidere già sull'ottenimento della cittadinanza stessa. L'art. 6 della stessa legge preclude, invero, la possibilità di acquisto della cittadinanza per coniugio (art. 5) in caso di condanna per alcuni delitti.
[40] Il che è pacificamente ammesso, già da tempo, anche all'interno della Cedu del 1950, all'art. 5.1 (f), lo sottolineano, L. Marin-A. Spena, *Introduction: The Criminalization of Migration and European (Dis)Integration*, in *EJML* 2016, 148.
[41] Il trattenimento delle persone migranti, si è osservato, rappresenta un *unicum* perché è l'«unica forma di privazione prolungata della libertà personale che prescinde dalla violazione di norme penali», così E. Rigo, *Spazi di trattenimento e spazi di esclusione. Note a margine di materiali di ricerca sulla detenzione amministrativa dei migranti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2017, 475. Sul tema della *administrative detention* (*rétention administrative*) la letteratura internazionale è decisamente ampia; si veda, ad esempio, M. Bosworth, *Inside Immigration Detention*, Oxford 2014, *passim*; D. Wilsher, *Immigration detention. Law, history, politics*, Cambridge 2012, *passim*; L.K. Cheliotis, *Immigration detention around Europe*, in *European Journal of Criminology*, 10(6), 2013, 690-691; S. Clément, *L'internement administratif des étrangers en situation irrégulière*, Paris 2011, *passim*; G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights. Rethinking Territorial Sovereignity*, The Hague 2010, *passim*; J. Grote, *The use of detention and alternatives to detention in Germany*, Study by the German National Contact Point for the European Migration Network (EMN), Working Paper n. 59, Federal Office for Migration and Refugees, 2014, *passim.*
[42] E. Rigo, *Spazi di trattenimento e spazi di esclusione* (…), cit., 475. La evocano, ma si tratta di letture che non devono fuorviare. Invero, benché numerose riflessioni teoriche, muovendo dalle premesse poste dalla filosofia agambiana, abbiano «esplorato le potenzialità euristiche della "forma campo", provando ad interpretare i centri per migranti come esemplificazione di una struttura istituzionale all'interno della quale masse crescenti di individui possono essere catturate in assenza di garanzie giuridiche», l'accostamento resta «puramente retorico» perché «la detenzione amministrativa dei migranti non si manifesta come apertura di uno spazio di puro vuoto giuridico nel quadro dello Stato di diritto, essendo al contrario prevista dall'ordinamento giuridico e strettamente regolata nelle sue modalità esecutive» così G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia: storia, diritto, politica*, in *Democrazia e Diritto* 2011, 6, il quale, sul punto, richiama altresì osservazioni dello stesso segno formulate in precedenza da G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights* (…), cit., 28. Per una meditata rielaborazione del pensiero agambiano, intessuta nell'articolazione di una ben nota, pioneristica, censura d'incostituzionalità della disciplina degli ex CIE si veda A. di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *DIC* 2014, 18-19, lavoro nel quale l'Autore riprende e dilata le riflessioni contenute nel precedente *pamphlet* Id, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale, Un pamphlet*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 11.5.2012, nonché nel contributo Id, *I "C.I.E.", le fonti e l'articolo 1 della Costituzione*, in AA.VV. (a cura di), *Libertà dal carcere - Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, Torino 2013, 109 ss.

normativa dell'immigrazione multilivello. Tuttavia, tali privazioni tendono anche a rivelare una natura preventivo-punitiva: aspetto che si avrà modo di tematizzare ampiamente nel prosieguo della trattazione.

2.1. La penalità gioca (o comunque sembrerebbe giocare) un ruolo di primo piano tanto nelle politiche migratorie di attraversamento della frontiera quanto in quelle che governano la presenza e la permanenza sul territorio. Sul come, tuttavia, si atteggi in queste vesti, occorre formulare qualche precisazione.
La prima: il penale migratorio rivolto contro la persona migrante/straniera si connota per un carattere indirettamente razzializzante[43] perché si rivolge, anche solo simbolicamente, prevalentemente (se non esclusivamente), a una precisa componente di stranieri e straniere, largamente sovrastimata nella percezione popolare e nel discorso pubblico. Le fattispecie soggettivamente ristrette del TuImm, soprattutto quelle tese a criminalizzare l'illecito ingresso o l'illecita permanenza, in astratto operative rispetto a tutte e tutti i non cittadini europee ed europei[44], si accaniscono soprattutto, se non esclusivamente, già in astratto[45], su coloro che varcano la frontiera in modo "vistoso". All'interno di tale insieme vanno ricomprese anche le persone che richiedono forme di protezione internazionale, giacché, com'è noto, presupposto per la presentazione di una domanda di asilo è soltanto il raggiungimento del territorio e non anche l'ingresso regolare[46]. Queste ultime, non a caso, rappresentano una componente dei flussi migratori ad oggi particolarmente invisa ai governi delle nazioni europee[47].
Ebbene, il carattere razzializzante risiede in ciò: questo attraversamento vistoso è appannaggio di coloro cui è precluso l'accesso tramite i canali di ingresso regolare, ovvero coloro che: 1)

[43] A. Hochman, *Racialization: a Defense of the Concept*, in *Ethnic and Racial Studies* 2019, 1245-1262.
[44] Art. 1 TuImm.
[45] Vale peraltro la pena ricordare che la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* TuImm prevede pene pecuniarie elevatissime e non è peraltro oblazionabile. Questi profili sono ritenuti da autorevole dottrina indici inequivocabili di una torsione verso il penale d'autore, nella misura in cui, in virtù del detto contesto normativo, solo una precisa categoria di soggetti (*Tätertypen*) può esserne autrice, segnatamente quella del «poor coming from non-visa-exempt countries», sicchè «[t]he impression of a criminal stigma on illegal immigrants […] works, then, both as a presupposition (a grounding reason) and as an effect of the criminalization of illegal immigration. By criminalizing the very fact of irregularly entering the state's territory, the social stigma of being ''criminals'' is attached to certain categories of persons» v. A. Spena, Iniuria migrandi (…), cit., 649. Sottolinea, peraltro, F. Curi, *op. cit.*, 147, «l'estremo simbolismo di questa fattispecie, in ragione del grave stato di indigenza in cui generalmente versano i destinatari, ai quali è impossibile adempiere, anche qualora il giudice si limitasse a infliggere la misura minima della pena»; del resto, è vero che, in caso di insolvibilità, il giudice di pace può convertirla in lavoro di pubblica utilità o nella permanenza domiciliare (art. 55, d.lgs. n. 274 del 2000) ma tale opzione è difatti impraticabile perché lo svolgimento dell'attività lavorativa richiederebbe comunque la residenza sul territorio nazionale.
[46] Lo rimarca, ad esempio, G. Famiglietti, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Torino 2021, 102.
[47] Storicamente, almeno a partire dal 1967, anno del Protocollo relativo allo *status* di rifugiato che impose l'applicazione della Convenzione di Ginevra del 1951 «senza limitazione geografica alcuna» (art. 1, comma 3 del Protocollo), l'obbligo di garantire il diritto d'asilo e quello ad esso correlato di garantire un esame della domanda rappresentano gli unici limiti forti e invalicabili di rango sovranazionale alla chiusura dei confini nonché, a cascata, ai tentativi di instaurare politiche migratorie di respingimento: «refugees (and some others) hold a trump card on migration control. Under international law, refugees are entitled to arrive of their own initiative, may not be penalized for unlawful arrival or presence, and must be protected for the duration of risk in their home country», J.C. Hathaway-T. Gammeltoft-Hansen, *Non-Refoulement In A World Of Cooperative Deterrence*, Michigan Law, University of Michigan, Law And Economics Research Paper Series, Paper No. 14-016, August 2014, 2. I richiedenti e le richiedenti inceppano così i meccanismi di selezione dei confini, imponendo alle nazioni di lasciare brecce indesiderate. Sebbene non sempre tali obblighi internazionali riescano poi a funzionare nella prassi, ed anzi, ad oggi, risultino viepiù depotenziati, essi rappresentano comunque fastidiosi vincoli per il potere costituito che, non a caso, cerca costantemente di eroderli.

provengono da paesi rispetto ai quali non vige l'esenzione dal possesso del visto d'ingresso[48] e 2) non sono nelle condizioni di soddisfare i requisiti fondamentalmente economici imposti a monte per il rilascio di quest'ultimo[49]. Essenzialmente, dunque, si tratta di coloro che 1) provengono, per lo più, dai territori delle ex colonie delle potenze europee[50] e, spesso, sono altresì molto visibili per questioni legate, banalmente, al colore della pelle o a (presunte o effettive) tradizioni culturali e religiose e 2) non fanno parte delle *élites particolarmente benestanti* di quelle nazioni che, al contrario, possono garantirsi canali di accesso regolari.
In ogni caso, si tratta di un insieme di persone che, oltre a non rappresentare affatto la componente maggioritaria dei flussi "in entrata"[51], subisce uno stigma (anche penale) principalmente in conseguenza di una condizione esistenziale dipendente tanto da equilibri geopolitici e geoeconomici postcoloniali (la fortuna, del resto, è un fatto di geografia), tanto dalla malasorte di non appartenere a un gruppo sociale particolarmente agiato[52]. Due fattori sui quali, oltretutto, quelle persone non possono influire. Il loro ingresso vistoso, da cui discende l'attribuzione della (s)qualifica di irregolari, fa sì che a costoro si rivolgano tanto le fattispecie che guardano all'attraversamento quanto quelle che guardano alla permanenza: la (potenziale) penalizzazione li e le accompagna; pertanto, l'eventuale raggiungimento di una posizione regolare risulta l'obiettivo più ambito, al punto di indurre ad accettare anche condizioni lavorative degradanti pur di restare (e magari poter, in seconda battuta, proseguire il proprio viaggio verso altre più ambite mete europee).
La seconda precisazione, invece, è la seguente. Quando si rivolge a costoro, il penale migratorio incontra numerosi limiti di operatività. Questi limiti interessano prevalentemente, ma non solo, la fattispecie "generale" di cui all'art. 10 *bis* TuImm. Si tratta, per un verso, di limiti giuridici, spesso promananti dagli obblighi internazionali[53] (che, perciò, non a caso, si

[48] V. *supra* nt. 5 e *infra* nt. 52.
[49] V. *supra*, note nn. 4 e 6.
[50] Si prenda, ad esempio, la classifica delle nazionalità di provenienza più rappresentate negli sbarchi avvenuti sulle coste italiane nel 2025 (nazionalità dichiarate allo sbarco), riportate dal Cruscotto statistico giornaliero del 23.12.2025 (reperibile sul sito del ministero dell'interno). Nelle prime tre posizioni si trovano, in ordine, 3 ex colonie inglesi: Bangladesh, Egitto e Pakistan; a seguire, Eritrea, Sudan, Somalia ed Etiopia, ovvero 3 ex colonie italiane e un'altra ex colonia britannica; seguono ancora due ex colonie francesi, Tunisia e Algeria, e l'Iran (non propriamente un'ex colonia ma comunque una nazione che ha conosciuto anch'essa una massiccia e prolungata influenza russa e britannica) e, infine, a chiusura: Guinea (ex colonia francese), Siria (non propriamente una ex colonia, ma nazione comunque a lungo sottoposta al dominio francese attraverso il *Mandat pour la Syrie et le Liban* delle Nazioni Unite successivo alla prima guerra mondiale), Nigeria (ex colonia britannica), Mali e Marocco (ex colonie francesi).
[51] M. Ambrosini, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Bari 2020, *passim*; Id, *I fenomeni migratori, oltre gli stereotipi e le rappresentazioni ansiogene*, in *www.questionegiustizia.it*, 26.6.2024, 1 e ss.
[52] Particolarmente giacché i dati mostrano che non è la componente che vive in povertà assoluta a emigrare ma persone della classe media che comunque non riescono ad accedere ai canali regolari ma possono permettersi comunque un esborso monetario non trascurabile. Sul punto, per tutti e tutte, M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*[3], Bologna 2026, 23-58.
[53] Non solo questi limiti escludono di applicare la fattispecie alla persona richiedente protezione – giacché il suo ingresso e la sua permanenza non violano affatto la disciplina dell'immigrazione – (ma si tratta cionondimeno, di un aspetto problematico, perché la presentazione della domanda sospende eventualmente il procedimento penale per reato di clandestinità, così in base all'art. 10 *bis*, co. 6 TuImm, ma non ne impedisce la denuncia, v. ad es. il caso deciso da Cass. 10.6.2021 n. 27353, commentato da E. Valentini, *Reato di clandestinità e domanda di protezione internazionale: i possibili incroci tra rito penale e procedura d'asilo*, in *AdiM Blog*, agosto 2021) ma anche, ad esempio, alle vittime di tratta (*trafficking*), attraverso il rinvio operato, dallo stesso comma 6, all'art. 18 TuImm (il limite alla loro incriminazione discende, naturalmente, dagli strumenti internazionali v. ad es. il preambolo n. 14 della *Directive 2011/36/EU of the European Parliament and of the Council of 5 April 2011 on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, and replacing Council Framework Decision 2002/629/JHA* e l'art. 26 della *Council of Europe Convention on Action against Trafficking*

tenta anche di eludere a monte, con l'estroflessione dei confini). Per altro verso, sono poi limiti intrinsecamente legati alla sua natura "ancillare" e subvalente rispetto alle misure amministrative. Sono cioè limiti dettati dal fatto che, nella maggior parte dei casi, trattandosi di fattispecie che coprono lo stesso ambito di operatività delle misure amministrative – respingimento[54] ed espulsione –, da queste ultime vengono di fatto anticipate[55], salvo comunque rafforzarle (più o meno simbolicamente) anche "a valle", assicurando una reazione penale all'inosservanza tanto dell'ordine di allontanamento quanto dei divieti di reingresso.
D'altro canto, si tratta poi anche di limiti concreti, legati a una sostanziale inefficienza general-preventiva. Dal lato della dissuasione all'ingresso, infatti, si vorrebbe attribuire a questo diritto penale una forza espressiva transfrontaliera che difficilmente potrà garantire: la minaccia nazionale di una sanzione penale può davvero efficacemente arginare il desiderio di perseguire soggettive aspirazioni di vita che nemmeno la consapevolezza di viaggi potenzialmente letali ha saputo dissuadere?[56] Quanto, invece, alla dissuasione alla permanenza priva di un titolo legittimante, difficile convincersi che la minaccia di una sanzione penale possa indurre un allontanamento spontaneo, anche perché quel che si prescrive è, sostanzialmente, di fare ritorno ai paesi di provenienza e di transito e non, invece, di allontanarsi per raggiungere altre più ambite destinazioni europee.
Piuttosto, allora, se la permanenza si fa prevalentemente legata al rappresentare un'utilità economica, armare questa logica dello strumento penale non può che tradursi nell'ulteriore incentivo ad accettare impieghi particolarmente degradanti, se non vere e proprie forme di sfruttamento, nella speranza di non perdere il proprio titolo di soggiorno o di regolarizzare *ex post* la propria presenza[57]. Oppure, nella peggiore delle ipotesi, a vivere di nascondimento e

in Human Beings, Warsaw, del 2005 che contiene, quest'ultimo, la cd *non punishment clause*). Inoltre, secondo una certa lettura, tuttavia non condivisa dalla giurisprudenza interna, dovrebbe escludersi l'applicabilità anche alle persone oggetto di *smuggling*; vi propende, ad es., A. di Martino, *L'intervento penale in materia d'immigrazione e i suoi limiti* (…), cit., 19.

[54] Quest'ultimo «identifica la risposta - che sulla carta dovrebbe essere subitanea - al tentativo di ingresso (il respingimento immediato, di cui al primo comma dell'art. 10 T.U.I.) o all'intervenuto ingresso irregolare nel territorio dello Stato da parte del non cittadino sprovvisto dei requisiti per entrare in Italia (il respingimento differito, che dovrebbe realizzarsi "subito dopo" l'arrivo sul suolo nazionale, o a seguito di un approdo che sia stato reso necessario da esigenze di pubblico soccorso, come tipicamente avviene dopo i salvataggi in mare: art. 10 comma 2 T.U.I.). I presupposti del respingimento - in entrambe le due diverse declinazioni - sono gli stessi dell'espulsione prefettizia volta a colpire l'ingresso e il soggiorno irregolari (di cui all'art. 13 comma 2 lett. a e b T.U.I). Tuttavia, l'operatività dell'istituto è interamente affidata all'autorità di pubblica sicurezza, sulla carta chiamata alla massima rapidità di emissione ed esecuzione (in forma coattiva) del provvedimento», così E. Valentini, *La coercizione clandestina*, cit., 8. C0m'è noto, attraverso il d.l. 4 ottobre 113 del 2018, conv., con modif., in l. 1° dicembre 2018 n. 132, vi è stato un adeguamento del regime giuridico del respingimento differito a quello dell'espulsione (sul punto, R. Cherchi, *Respingimento alla frontiera e respingimento differito: presupposti, tipologie ed effetti*, in *DIC* 2019, 77). Si noti che è lo stesso art. 10 *bis*, co. 2 TuImm a escludere l'applicabilità del cd reato di clandestinità alla persona straniera destinataria del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1 ovvero alla persona straniera identificata durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale.

[55] Già lo osservava, all'indomani dell'introduzione del reato, L. Masera, *"Terra bruciata attorno al clandestino": tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti*, in O. Mazza-F. Viganò (a cura di), *Il pacchetto sicurezza 2009*, Torino 2009, 27 ss.

[56] In termini non del tutto dissimili, confortati da un solido apparato statistico v., di recente, A. Cavaliere, *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *SP* 2022, 47.

[57] «[…] the core of the Italian mechanism of immigration control comprises the police who manage 'illegality' rather than controlling, punishing, or expelling illegal migrants», inoltre «[u]nlawful legal status is often a cyclical condition for undocumented migrants in Italy. Law 189/2002 links a residence permit with a work contract […], with two main consequences: on the one hand, migrant workers cannot risk losing their job and are, therefore, forced to be obedient, disciplined workers […]; on the other hand, they may lose their residence permit but still remain and look for a way to regularize their position. Note that amnesties are frequent in Italy, and in southern

illegalità. Se ne trae che, se questo diritto penale altro non rappresenta (o comunque dovrebbe rappresentare) il "braccio armato" di una politica di *othering*[58], tesa, cioè, seppur in maniera indiretta, a costruire posizioni economicamente e socialmente subalterne, finisce esso stesso per divenire strumento di produzione di subalternità.

Per questa via, tale diritto penale prende evidentemente commiato dai suoi supposti legittimi compiti istituzionali (ammesso che in questo specifico ambito essi esistano)[59], sicché, anche laddove si aderisca all'idea che il penale migratorio sia legittimamente posto a tutela di un bene giuridico (*rectius* a tutela di funzioni amministrative[60]), occorre comunque fare i conti con questa torsione verso obiettivi eccentrici rispetto a quelli dichiarati. Utili, obbedienti, ossequiosi e ossequiose, disposti e disposte a tutto pur di restare: anche a questo sembrerebbe mirare, in realtà, la disciplina dell'immigrazione e, dunque, il suo doppio, questo diritto penale che la scorta. Oltretutto, se poi quella disobbedienza si traduce in un comportamento penalmente rilevante o anche solo pericoloso, può addirittura subentrare la rottura del legame, più o meno flebile, instauratosi con la realtà di ricezione. È in questi casi che entra in scena la seconda dinamica evocata, quella dell'*immigrazionizzazione* del penale, tramite la perdita del titolo di soggiorno e/o l'intervento diretto/indiretto dell'espulsione ovvero delle sue vicende accessorie.

Venendo, poi, agli obiettivi special-preventivi del penale migratorio diretto contro le persone migranti in sé, inutile dire come questi siano sistematicamente, per lo più, frustrati, tanto in astratto che in concreto. L'espulsione, esercita, almeno sulla carta, una forza attrattiva irresistibile, al punto da far naufragare ogni ragionevole proposito di una rieducazione e reinserimento. D'altra parte, forse, una special-prevenzione orientata in tale direzione poco

---

Europe, generally […]. Although their explicit aim is to 'stop the invasion', Italian immigration laws actually produce 'illegality'», G. Fabini, *Managing illegality at the internal border: Governing through 'differential inclusion' in Italy*, in *European Journal of Criminology* 2017, 47.

[58] Concetto centrale per la critica femminista e postcoloniale. Per un approfondimento sia consentito rinviare a L. Ricci, Alterità e potere punitivo nello scenario europeo contemporaneo. Spunti a sostegno di un approccio critico post-coloniale, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.12.2022, e bibliografia ivi citata.

[59] Non è possibile addentrarsi oltre. Basti qui ricordare che, a parere della Corte Costituzionale, la fattispecie di cui all'art. 10 *bis* TuImm assolve senz'altro a detti compiti giacché tutela un preciso bene giuridico da rinvenirsi «nell'interesse dello Stato al controllo ed alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo: interesse la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale ed arbitraria (…) e che risulta, altresì, offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale»; un bene giuridico, dunque, «strumentale» alla protezione di «beni giuridici finali di sicuro rilievo costituzionale» (C. Cost., Sent. n. 250 del 2010, para. 6.2.; 6.3, in *RIDPP* 2010, 1373 e ss. con nota di L. Masera, *Corte costituzionale e immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*). Benché si tratti di una decisione assai controversa (es. *ex multis* C. Morselli, *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*[1], Roma 2017, 360-370; M. Pelissero, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *PD* 2011, 256-259; A. Caputo, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, in *DPP* 2010, 1203) bisogna, nondimeno, prendere atto del fatto che in essa si riafferma e cristallizza l'idea che il controllo e la gestione dei flussi migratori assurga a tutti gli effetti al rango di bene giuridico, seppur strumentale. La forza di quel riconoscimento lascia il segno, tant'è vero che quel rango ha continuato a trovare conferma anche recentemente: «l'intera gamma delle ipotesi delittuose descritte dall'art. 12 t.u. immigrazione ha quale comune oggetto di tutela l'ordinata gestione dei flussi migratori: interesse che questa Corte ha da tempo definito quale "bene giuridico 'strumentale', attraverso la cui salvaguardia il legislatore attua una protezione in forma avanzata del complesso di beni pubblici 'finali', di sicuro rilievo costituzionale, suscettivi di essere compromessi da fenomeni di immigrazione incontrollata" (sentenza n. 250 del 2010 e ivi numerosi precedenti in senso conforme), quali, in particolare, gli equilibri del mercato del lavoro, le risorse (limitate) del sistema di sicurezza sociale, l'ordine e la sicurezza pubblica», così C. Cost. 10 marzo 2022, n. 63, cit., par. 4.2. (v. *supra* nt. 29).

[60] Dobbiamo qui accontentarci di un rapido accenno a una questione che meriterebbe spazio e riflessioni ben più ampi e articolati. Sulla categoria delle fattispecie a tutela di funzioni, per tutte e tutti, T. Padovani, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *CP* 1987, 670 e ss.

senso avrebbe considerata l'impossibilità di rendersi ottemperanti, nel modo inteso in astratto dal legislatore, se non lasciando il territorio.
L'esito espulsivo, allora, potrebbe fin quasi risultare coerente se non vi fosse, però, una parziale inefficienza di fondo delle politiche di allontanamento[61]. All'espulsione vera e propria si addiviene infatti solo in alcune ipotesi, del tutto indipendenti dalla volontà del soggetto che la subisce, al trattenimento nei centri per il rimpatrio invece si perviene assai più frequentemente, e spesso con riferimento a una certa categoria di persone, già qualificate come pericolose e/disturbanti per l'ordine pubblico[62]. In definitiva, comunque, il risultato è la produzione di una elevata percentuale di non espulsi e non espulse[63] che non potrà far altro che darsi al – temporaneo o prolungato - nascondimento: effetto diametralmente opposto tanto all'allontanamento dal territorio quanto alla ottemperanza alla disciplina dell'immigrazione che regola la permanenza, ovvero ai due obiettivi ufficialmente perseguiti dal penale migratorio e dalla disciplina amministrativa dell'immigrazione stessa.
Se ne trae, nel complesso, che questo diritto penale si fa efficiente rispetto a scopi eccentrici, per non dire opposti, rispetto a quelli dichiarati, costituzionalmente e convenzionalmente per lo più inammissibili. Detto altrimenti: la penalità finisce per affermarsi comunque, ma all'interno di surrogati assai meno presidiati dallo sguardo attento dei principi garantistici fondamentali e/o tramite meccanismi di penalizzazione anomali, corrispondenti anche all'imposizione di esistenze clandestine destinate, peraltro, prima o poi, almeno in parte, a confluire comunque nelle carceri[64].
Non si dimentichi, in aggiunta, che tutto ciò potenzialmente (e non infrequentemente) accade non solo in conseguenza delle violazioni delle fattispecie del penale migratorio, ma anche a seguito della commissione di reati comuni, sempre in virtù della seconda dinamica *crimmigratoria* poc'anzi ricordata[65]. La rinuncia alla special-prevenzione, *sub species* di rieducazione, che ne consegue, è decisamente incomprensibile. L'espulsione (e le sue più o meno eventuali vicende correlate) si indirizza, questa volta, verso persone che vivono, a volte anche da tempo, e regolarmente, sul territorio e che, comunque, della realtà di ricezione probabilmente si sentono parte: perché rinunciare in partenza al loro reinserimento prescindendo quasi del tutto dalla loro opinione? Quale particolare e ulteriore infedeltà al patto tra consociati e consociate la loro condotta rivela da poter legittimare una disparità di trattamento così incisiva rispetto a cittadine e cittadini parimenti (o magari più gravemente) delinquenti?
A smorzare il peso di questi interrogativi non basta la pur meritoria progressiva erosione che negli anni ha interessato alcuni "automatismi espulsivi"[66]. I meccanismi in virtù dei quali le

[61] V. *infra*, par. 5 e ss.
[62] *Ibid*.
[63] V. i dati riportati, ad es., da A. Cavaliere, *op. cit.*, 46.
[64] Prospettive di tal fatta, agli occhi di chi è costretto indefinitamente in una posizione di irregolare, non appaiono come un'opzione *less eligible* rispetto al lavoro regolare: «[a] chi si trovi ad occupare questi ruoli, il lavoro regolare appare innanzitutto come un'impossibilità, un destino che non appartiene al normale orizzonte della propria vita, specie se si considerano le concrete possibilità lavorative che si offrirebbero a chi occupi tali condizioni sociali», D. Melossi, *La criminalizzazione dei migranti: un'introduzione*, in *Studi sulla questione criminale* 2007, 11. Per un approfondimento sul tema, in relazione al contesto italiano, v. A. Sbraccia, More or less eligibility? *Prospettive teoriche sui processi di criminalizzazione dei migranti irregolari in Italia*, ivi, 91-108.
[65] Sia perché la commissione di determinati reati – come visto - può determinare la perdita del titolo di soggiorno sia perché il giudice può direttamente applicare l'espulsione come pena sostitutiva se la pena da irrogare in concreto non supera i due anni e non sussistono i presupposti per la sospensione condizionale della stessa (art. 16, I co. TuImm).
[66] V. Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, in *www.penalecontemporaneo.it*, 24.7.2013, con scheda di A. Giliberto, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 5, comma 5, TuImm, che, nell'adottare il provvedimento di rifiuto del rilascio, di revoca o di diniego di rinnovo del permesso di soggiorno dello straniero, imponeva di tenere

varie espulsioni possono totalmente frustrare i propositi rieducativi del sistema sono ancora talmente onnipervasivi da far comunque pensare all'esistenza di una forma alternativa di sistema punitivo, esclusivamente riservato alle persone straniere, il più delle volte provenienti da specifiche zone del pianeta. In virtù di questi meccanismi, la persona colpevole o pericolosa, o anche solo sospettata di esserlo, diviene un oggetto nelle mani delle diverse autorità che sul suo percorso incontra e la possibilità di resistervi diviene così esigua da annullarne quasi completamente la *agency*.

Del resto, attualmente il sistema è (*rectius* si vorrebbe) congegnato in modo piuttosto insensibile alle condizioni esistenziali specifiche della persona da allontanare. L'unico limite che nello specifico vietava l'allontanamento in caso di rischio di violazione del diritto al rispetto della vita privata e familiare (da controbilanciare, comunque, con la necessità di procedere «per ragioni di sicurezza nazionale, di ordine e sicurezza pubblica»), dopo aver fatto ingresso nel 2020, è stato espunto nel 2023[67]. Per quel che riguarda la rilevanza dei legami familiari (nemmeno sociali), sembrerebbe restare dunque in piedi solamente il divieto di respingimento e di espulsione prefettizia (non di quella ministeriale) degli stranieri conviventi con parenti entro il secondo grado o con il coniuge, ma solo se si tratta di parenti o coniuge di nazionalità italiana, o, dall'altro lato, delle donne in stato di gravidanza o nei sei mesi (sic!) successivi alla nascita del figlio cui provvedono[68]. Si deve tenere conto, invece, «della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato, della durata del suo soggiorno nel territorio nazionale nonché dell'esistenza di legami familiari, culturali o sociali con il suo Paese d'origine», solo nel caso in cui si proceda ad espulsione prefettizia diversa dall'espulsione misura di prevenzione, di una persona che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero del familiare ricongiunto[69]. Tale valutazione, comunque, è rimessa alla

conto della natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato e dell'esistenza di legami familiari e sociali con il suo Paese d'origine soltanto rispetto alla persona che avesse esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero al familiare ricongiunto. La Corte ha giudicato la norma incostituzionale «nella parte in cui prevede che la valutazione discrezionale in esso stabilita si applichi solo allo straniero che "ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare" o al "familiare ricongiunto", e non anche allo straniero «che abbia legami familiari nel territorio dello Stato». Da ultimo, con la sentenza 9.3.2023 n. 88, la Corte ha altresì dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 4, co. 3, TuImm nella parte in cui prevede che il reato per il piccolo spaccio e il reato di commercio di prodotti falsi siano automaticamente ostativi al rinnovo del permesso di soggiorno per motivi di lavoro, in argomento v. D. Loprieno, *Sulla erosione dell'automatismo espulsivo in materia di rinnovo del permesso di soggiorno. Nota a sentenza n. 88/2023 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio AIC* 2023, 214 ss.

[67] Il limite espresso è stato introdotto da dl 130/2020 (art. 19, co. 1.1 TuImm) ed è stato espunto dal dl 20 del 2023.

[68] Art. 19, 2 comma TuImm.

[69] Art. 13, comma 2 *bis* TuImm. Il ricongiungimento è regolato dall'art. 29 TuImm. Fa parte di una delle altre ipotesi di accesso ormai invise, come nel caso della richiesta di protezione, ai governi europei. È peraltro certo ch'essa subirà un notevole ridimensionamento con una nova riforma attualmente in fase di elaborazione. Si badi però che, per giurisprudenza costante, «in tema di espulsione del cittadino straniero, l'art. 13, comma 2-bis, del D.lgs. n. 286 del 1998, secondo il quale è necessario tener conto, nei confronti dello straniero che ha esercitato il diritto al ricongiungimento familiare, della natura e dell'effettività dei vincoli familiari, della durata del soggiorno, nonché dell'esistenza di legami con il paese d'origine, si applica - con valutazione caso per caso, in coerenza con la direttiva comunitaria 2008/115/CE - anche al cittadino straniero che abbia legami familiari nel nostro Paese, ancorché non nella posizione di richiedente formalmente il ricongiungimento familiare, in linea con la nozione di diritto all'unità familiare delineata dalla giurisprudenza della Corte EDU con riferimento all'art. 8 CEDU e fatta propria dalla sentenza n. 202 del 2013 della Corte cost., senza distinguere tra vita privata e familiare, trattandosi di estrinsecazioni del medesimo diritto fondamentale tutelato dall'art. 8 cit., che non prevede gradazioni o gerarchie. La riconosciuta tutela del diritto anche alla sola vita privata, e non soltanto familiare, comporta la rilevanza in giudizio dei legami sociali, e non specificamente familiari, quali quelli dedotti dal ricorrente ed erroneamente trascurati, invece, dal giudice di merito», così da ultimo Cass. 14.4.2025 n. 9789, in *DeJure*.

discrezionalità dell'autorità – dunque è contestabile solo *ex post*, ammesso che vi siano i margini temporali per farlo[70].
Meritorie iniziative giurisprudenziali in questo settore, comunque, non mancano. A fronte dell'intervenuta riforma del 2023, per esempio, la giurisprudenza di legittimità non ha tardato a pronunciarsi, per ricordare che, tenuto conto della giurisprudenza della Corte EDU, sulla base della quale si delinea «la condizione di non espellibilità dello straniero - da accertare nel caso concreto - derivante dall'obbligo per lo Stato italiano di rispettare la CEDU a prescindere dalla circostanza che il legislatore nazionale faccia esplicito richiamo, nel testo di una norma nazionale, ad una o più norme della Convenzione», «pur applicando l'art. 19 del TUI come riformato del D.L. 30/2023, in sede di opposizione al decreto di espulsione il giudice di pace non può esimersi dal valutare la eventuale condizione di non espellibilità dello straniero, esaminando la sua situazione personale nel complesso e non in base ad una valutazione atomistica, con specifici riferimenti al caso concreto e non astrattamente, utilizzando i criteri sopra enunciati, indicati dalla giurisprudenza della Corte EDU; criteri che, in quanto idonei ad orientare la decisione, presuppongono la conoscenza e la valutazione ad ampio raggio della situazione individuale dello straniero»[71]. Nondimeno, nel complesso, preso atto della tendenziale incompatibilità di questo "sistema alternativo" con svariate previsioni costituzionali e convenzionali – il principio di eguaglianza (art. 3 Cost.), il necessario orientamento rieducativo della pena (art. 27, III co. Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.), il diritto alla vita privata e familiare (art. 8 Cedu) – sembra giunto il momento di immaginare soluzioni più radicali, volte fattivamente a riequilibrare gli assetti del diritto punitivo dell'immigrazione[72]. Questo invito meriterebbe di essere accolto e sviluppato lungo una

[70] Il decreto di espulsione è immediatamente esecutivo e può essere eventualmente sospeso dal giudice dell'opposizione. La mera fissazione dell'udienza di opposizione, invece, non produce *ex se* effetti sospensivi, v. da ultimo Cass. 30.6.2025 n. 17718, in *DeJure*.
[71] Cass. 22.10.2025 n. 28104, in *DeJure*. V. anche, *ex multis*, Cass. 23.1.2025 n. 13514, in *DeJure*, in materia di espulsione sanzione sostitutiva *ex* art. 16 TuImm, ove si precisa che «va dunque riaffermato il principio di diritto, secondo cui - pur dopo l'approvazione del D.L. 10 marzo 2023, n. 20, conv. dalla legge 5 maggio 2023, n. 50, al cui art. 7 si deve, tra l'altro, la riscrittura dell'art. 19, comma 1.1, D.Lgs. n. 286 del 1998 e l'abrogazione del suo terzo e quarto periodo - l'espulsione dello straniero a titolo di sanzione alternativa alla detenzione, prevista dall'art. 16, comma 5, stesso D.Lgs., non può essere disposta, al pari di ogni altra forma di espulsione di natura penale, quando tale misura si risolva in un'ingerenza nella vita privata e familiare dell'interessato, vietata dall'art. 8 della Convenzione EDU, rx come interpretato dalla Corte di Strasburgo alla luce dei criteri sopra richiamati (in termini, Sez. 1, n. 43082 del 07/11/2024, Grami Fathi, Rv. 287150-01)». Analogamente, per il caso di espulsione come misura alternativa alla detenzione (art. 16, co. 5 TuImm), Cass. 7.11.2024 n. 43082, in *CP*, 4, 2025, 1327, per la possibilità, in presenza di legami socio-familiari di sostituzione espulsione misura di sicurezza con libertà vigilata v. Cass. 7.11.2024 n. 46801 in *DeJure*; v. poi in generale su questi limiti rispetto a ogni forma di espulsione punitiva Cass. 7.11.2024 n. 43082, in *DeJure*.
[72] Meritorio il recente tentativo, puntualmente abortito dalla Corte costituzionale, del Tribunale di sorveglianza di Palermo che ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 16, co. 5, d.lgs. TuImm, in riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui, senza il consenso dell'interessato, impone al Magistrato di sorveglianza di disporre l'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva della detenzione nei confronti dello straniero detenuto, identificato, che, se fosse libero, sarebbe espellibile per irregolarità dell'ingresso o del soggiorno (art. 13, co. 2. lett. *b* TuImm), che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni di reclusione e che non sia stato condannato per i delitti di favoreggiamento dell'immigrazione illegale di cui all'art. 12, co. 1, 3, 3 *bis* e 3 *ter* TuImm, ovvero per uno o più delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. *a*, Cpp fatta eccezione per quelli, consumati o tentati, di cui agli artt. 628, co. 3 e 629, co. 2, Cp. Secondo il giudice remittente, questa forma di espulsione automatica non tiene conto del percorso rieducativo e riabilitativo tenuto dal condannato straniero e determina una brusca irragionevole interruzione del trattamento rieducativo. Il remittente riconosce altresì che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, la misura in questione ha natura amministrativa e non penale, finalizzata alla deflazione della popolazione carceraria, e, pertanto, estranea al finalismo rieducativo della pena, peraltro conformemente all'ordinanza n.226/2004 della Corte costituzionale che riconobbe la sua estraneità al sistema delle misure alternative alla detenzione. Tuttavia, osserva che la finalità rieducativa della pena

riflessione ben più corposa di quella che qui è consentita, sulla quale, perciò ci si avventurerà in altra occasione.

2.2. In definitiva, il cd penale migratorio, quando rivolto contro la persona migrante o (suo malgrado) straniera, diviene spesso un duplicato simbolico dello strumento amministrativo. È un duplicato simbolico, però, soltanto nel senso che questo diritto penale tendenzialmente non produce effetto, tanto general-preventivo quanto special-preventivo, rispetto alle funzioni che in astratto gli sarebbero (legittimamente) date. Non significa, invece, ch'esso non abbia alcun effetto *in assoluto*: è su questo tutt'altro che trascurabile dettaglio che ci si soffermerà adesso.
Ebbene, pur a fronte di questa tendenziale inefficacia nei termini appena descritti, le politiche *crimmigratorie* hanno continuato a cercare nuovi approdi della penalità, senza purtuttavia rinunciare alla forza espressiva di quelle fattispecie[73]. Non solo, dunque, si è continuato ad ampliarne il novero[74], così come, del resto, a puntare sulla dinamica dell'*immigrazionizzazione* del penale e sull'uso vicario della privazione amministrativa della libertà personale. Di quest'ultima, in particolare, si è provveduto a incrementare l'incisività e anticiparne gli effetti alla frontiera (in ingresso), con riguardo anche ai e alle richiedenti, sempre più degradati e degradate a pseudo-irregolari cui guardare con sospetto[75].
D'altro canto, si è altresì puntato su un sostanziale allineamento del discorso securitario e di quello umanitario[76] per inasprire la risposta punitiva nei confronti di (pretesi e pretese) trafficanti e attrarre nell'orbita punitiva delle fattispecie di favoreggiamento anche le condotte delle persone trafficate stesse (di nuovo quelle, in sostanza, destinate all'irregolarità in ingresso)[77]. Al contempo, si è cercato di promuovere un'immagine irrealistica e screditante delle attività di ricerca e salvataggio marittimi, così da identificarle alla stregua di un fattore di attrazione per le persone migranti indesiderate (per quanto le ricerche empiriche smentiscano da tempo questa tesi)[78] - e, per questa, via giustificare interventi penalizzanti – non sempre di carattere formalmente penale – tesi a inibire e ostacolare le condotte di coloro che offrono un ausilio per ragioni solidaristiche, spesso (ma non sempre), anche stavolta, con scarsi risultati dal punto di vista dell'effettività tradizionalmente intesa[79].

---

costituirebbe un diritto soggettivo insuscettibile di limitazioni, al punto che il percorso di risocializzazione non sarebbe recessivo neanche al cospetto dell'interesse pubblico connesso alla riduzione del sovraffollamento carcerario «non essendo il trattamento sanzionatorio e penitenziario individualizzato strumentalizzatile per finalità eteronome», v. *DIC*, Rassegna online 2025.

[73] Ci si riferisce all'occasione volutamente mancata di depenalizzare la contravvenzione di cui all'art. 10 *bis* TuImm offerta, a suo tempo, dalla legge delega n. 67 del 28 aprile 2014, in argomento v. C. Ruggiero, *La depenalizzazione del reato di "immigrazione clandestina": un'occasione mancata per il sistema penale italiano*, in *DPenCont* 2017, 135 ss.

[74] È il caso delle fattispecie di cui all'art. 10, commi 2 *bis-sexies* introdotte nel 2018, V. *supra* nt. 25.

[75] V. ampiamente *infra* par. 5 e ss.

[76] V. ad es. M. Pinto, *Discursive alignment of trafficking, rights and crime control*, in *International Journal of Law in Context* 2023, 122-142; V. Moreno-Lax, *The EU Humanitarian Border and the Securitization of Human Rights: The 'Rescue-Through-Interdiction/Rescue-Without-Protection' Paradigm*, in *JCMS* 2018, 119–140.

[77] Emblematica, tra le altre, la vicenda del giovane libico Abdelkarim Alla F. Hamad, condannato per omicidio plurimo e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, il quale ha ricevuto un provvedimento di grazia parziale da parte del Presidente Mattarella nel dicembre 2025; provvedimento che «mira a rendere la pena, per i gravi reati oggetto di condanna, proporzionata alla colpevolezza individuale del giovane libico, la cui identificazione quale scafista è risultata dubbia», G.L. Gatta, *Su cinque provvedimenti di clemenza individuale adottati dal Presidente della Repubblica, all'insegna dei principi costituzionali*, in *www.sistemapenale.it*, 24.12.2025. Le lettere spedite dal carcere dal giovane ad Alessandra Sciurba sono state raccolte nel volume, pubblicato con lo pseudonimo di Alaa Faraj, *Perché ero ragazzo*, Palermo 2025.

[78] V. ad es. E. Cusumano-M. Villa, *Sea rescue NGOs: a pull factor of irregular migration?*, Policy Briefs, 2019/22, Migration Policy Centre.

[79] Tutti i procedimenti penali intentati contro le ONG si sono chiusi con archiviazioni o assoluzioni, e nella

In un modo o nell'altro, comunque, sul penale migratorio si è costantemente continuato e si continua a scommettere, sebbene quest'ultimo non sempre mantenga le sue promesse. La scommessa, nondimanco, si perpetua giacché esso si rivela ben funzionale rispetto a obiettivi eccentrici, per lo più, propagandistici[80].
Allo stesso tempo, la minaccia del suo utilizzo contribuisce ad accrescere l'idea che l'esecutivo sia in grado di rispondere a quei bisogni securitari indotti. Osservato da questa prospettiva, il penale migratorio si trova allora a giocare una pretesa funzione, potremmo dire, performativa[81]: moltiplicare le fattispecie penali, intensificarne e ampliarne la portata sulla carta, e costantemente puntare su un lessico securitario, diviene un esercizio fine a sé stesso, o meglio, finalizzato a dare l'impressione di "fare qualcosa" di fronte a - quel che si descrive sempre nei termini di - un fenomeno problematico e allarmante.
Insomma, il penale migratorio è probabilmente un penale d'autore[82], se non un penale del nemico[83]; senz'altro, è, in larga parte, un diritto di polizia[84] penalmente (anche solo

maggior parte delle ipotesi la magistratura ha ordinato il dissequestro della nave, ordinato in conseguenza della violazione del divieto di ingresso nelle acque territoriali, per una sintetica rassegna v. G. Mentasti, *The criminalisation of migration in Italy: Current tendencies in the light of EU law*, in *NJECL* 2022, 511. V. poi la notizia di stampa https://www.corriere.it/cronache/26_febbraio_19/perche-i-giudici-danno-ragione-alle-ong-19-volte-su-20-e-torto-al-viminale-2d05301c-0c4d-477e-9ebb-87e3a1f0bxlk.shtml.

[80] V. S. Zirulia-G. Martinico, *Criminalising Migrants and Securitising Borders: The Italian "No Way" Model in the Age of Populism*, in V. Stoyanova-S. Smet (eds.), *Migrants' Rights, Populism and Legal Resilience in Europe*, Cambridge 2022, 259 ss.

[81] J.L. Austin, *How to do things with words*, Harvard 1955, *passim*; J. Butler, *Excitable Speech. A Politics of the Performative*, New York 1997, *passim*.

[82] A. Spena, Iniuria Migrandi (…), cit., 649, ad es., lo definisce «*spurious Täterstrafrecht*»; M. Donini, *Diritto penale di lotta. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare*, in *Studi sulla questione criminale* 2002, 71, afferma, invece, che, in questo settore, «l'etichettamento e dunque l'autore restano la base epistemologica di ogni valutazione di offesa di un qualche bene giuridico pubblico»; ancora, secondo Mario Savino, «l'espansione del diritto amministrativo dello straniero genera un anomalo diritto penale d'autore, nel quale il giudizio di disfavore per la condotta oggettiva si confonde con il giudizio di indesiderabilità del soggetto responsabile», M. Savino, *Prefazione*, in F. Curi-F. Martelloni-A. Sbraccia-E. Valentini (a cura di), *op.cit.*, XVIII.

[83] Rispetto al diritto penale dell'immigrazione nota Massimo Donini come: «il tipo di diritto penale che abbiamo di fronte, invero, riconosce l'inadeguatezza della pena di fronte all'espulsione, e tuttavia punisce quando non può espellere, ed espelle dopo la pena eseguita. È dunque un diritto penale dell'esclusione puro, perché si ammette che la pena non può tendere alla 'risocializzazione' o alla 'rieducazione', ma già in partenza è la premessa di una successiva espulsione», sicché «[..] abbiam preso ormai commiato dal diritto penale del fatto e ci siamo avviati verso un diritto penale dell'esclusione, che è uno dei segni rivelatori del diritto penale del nemico», M. Donini, *Il terrorista-straniero come nemico e le contraddizioni di una giurisdizione penale di lotta*, in *QuadFior* 2009, 1706-1707. Tale qualificazione del penale migratorio si può quasi definire un *leitmotiv*, v. ad es., A. Caputo, *Irregolari, criminali, nemici: note sul diritto speciale dei migranti*, in *Studi sulla questione criminale* 2007, 51 e ss.; M. Caterini, *Il diritto penale del nemico «presunto»*, in *PD* 2015, 638-639; L. Masera, *Il diritto penale "dei nemici" - la disciplina in materia di immigrazione irregolare*, in *RIDPP* 2020, 805 e ss. La teorica del diritto penale del nemico è quella coniata, com'è noto, da Günther Jakobs (v. in particolare, Id, *Burgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *Ritsumeikan Law Review* 2004, 93-107).

[84] «Today's "public peace" is grounded in the ancient "householder's peace," and the power to police is a modern manifestation of the householder's authority to maintain his peace, expanded and transferred onto the state-as-household», M.D. Dubber, *The New Police Science and the Police Power Model of the Criminal Process*, in Id-M. Valverde (eds), *The New Police Science: The Police Power in Domestic and International Governance*, Stanford 2006, 108-109. Ancora sul concetto di *Police*, v. poi *amplius* Id, *The Police Power: Patriarchy and the Foundations of American Government*, New York 2005, *passim*; Id, *The Dual Penal State: The Crisis of Criminal Law in Comparative-Historical Perspective*, Oxford 2018, *passim*; G. Campesi, *Genealogia della pubblica sicurezza. Teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Verona 2008, *passim*. Ricorrente è poi la contrapposizione tra legge/giurisdizione e autonomia, da un lato, e misura amministrativa/potere poliziesco ed eteronomia, dall'altro: «[L]aw and police persist as parallel modes of governance, thus manifesting the longstanding relation, and tension, between autonomy and heteronomy in the political sphere», M.D. Dubber,

simbolicamente) armato[85]. Quel che è certo, in ogni caso, è che al suo successo simbolico non si rinuncia, perché utile ad alimentare irrazionali paure di usurpazione (di "sostituzione etnica") e beceri latenti sentimenti di xenofobia e odio razziale[86] senza rinunciare a soddisfare un fabbisogno di esistenze occupabili (ma anche sfruttabili) da parte dell'apparato economico[87].
I dati, in effetti, parlano chiaro: senza il lavoro delle altre e degli altri, tra ben pochi anni, i sempre più vecchi stati europei non saranno più in grado di pagare le pensioni[88]. D'altra parte, già adesso, alla retorica della frontiera chiusa e del "migrante criminale" si contrappone una realtà ben diversa, fatta di confini porosi, che si aprono, cioè, non solo alle persone provenienti da determinate zone del pianeta e a quelle dotate di un portafoglio molto sostanzioso, ma anche, seppur spesso a caro prezzo esistenziale, a chi si renda disponibile a lavorare in specifici settori e a determinate condizioni[89]. In questa realtà, la parziale e ricorrente inefficienza di fondo delle politiche *crimmigratorie* (leggasi il fallimento delle politiche di rimpatrio in quasi il 50% dei casi) finisce per dimostrare anch'essa una sua utilità economica, nella misura in cui garantisce

New Legal Science in the Dual Penal State Critical Analysis of Law and the Legitimacy of State Power, in *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice* 2025, 13 ed è infine imprescindibile, per il contesto italiano, il richiamo al duplice livello di legalità di cui tratta M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860 – 1990)*, in L. Violante-L. Minervini (a cura di), *Storia d'Italia. Annali 14. Legge diritto e giustizia*, Torino, 1998, 487 e ss.

[85] M. Donini, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *QuestG* 2009, 101 e ss.

[86] Impressionanti, in questo senso, le dichiarazioni di alcuni elettori favorevoli alle Brexit (e di quel voto ora ancora convinti, nonostante i disastrosi effetti economici conseguenti all'uscita dall'UE): «c'entra soltanto l'immigrazione. Non c'entrano né il commercio né l'Europa o robe simili…Sulla circolazione delle persone in Europa siamo d'accordo, ma non su quella dall'Africa, dalla Siria, dall'Iraq o da qualsiasi altro posto del genere. (…)», intervista a un elettore della Brexit riportata da L. Ypi, *Confini di classe. Diseguaglianze, migrazione e cittadinanza nello stato capitalista*, Milano 2025, 6. Sul punto v. poi le riflessioni di A. Spena, *Crimmigration as Hate Speech*, in N. Vavoula-E. Tsourdi-V. Mitsilegas (eds.), *Intertwining Criminal Justice and Immigration Control in the EU*, London 2026, 111 e ss.

[87] M. Ambrosini, *The populist far right paradox: the identification of the enemy and its exceptions in the immigration policies of the Meloni government in Italy*, in *Comparative Migration Studies* 2025, 17.

[88] «In 2023, the EU issued over 3.8 million first residence permits (an all-time record), and in 2024 African citizens alone received well over 600,000 permits, roughly twice the number of a decade earlier. Over the past few years, Italy has multiplied work-permit quotas, Germany has revamped its Skilled Immigration Act, France streamlined "talent" channels, and Spain moved toward regularizing a very large share of undocumented migrants already working in the country. *The juxtaposition is hard to ignore: while the spectacle of politics dramatizes deterrence, the demands of economics require openness*.
The deeper structure behind this paradox is demographic and economic. By 2030, one in four Europeans will be over 65, while the working-age population shrinks and the demand for labor in health, long-term care, transport, agriculture, and construction remains healthy. Africa, by contrast, is demographically young: a median age under twenty, with millions entering the labor market each year», e poi, ancora, «[i]t's as if the political message to voters is increasingly split from the economic message to employers. *Europe pledges to harden asylum while expanding work visas. It builds fences but enlarges quotas*. It is in this tension between restrictive narratives and expansive necessities that EU-Africa migration diplomacy now lives». P. Magri, *Introduction*, in M. Villa (a cura di), *Eu-Africa: "Dealing" With Migration?*, Milano 2025, 8 (corsivo aggiunto).

[89] «Immigrants are relatively accepted to compensate for the lack of native workers, but on the condition that they do not make demands and do not aspire to more qualified positions, much less to full citizenship. They are inserted into deeply segmented labor markets, in which they occupy the least desirable, precarious, tiring, low-paid, often partially or completely irregular positions, leaving the best jobs to national workers […]», M. Ambrosini, *Immigrant Work and the Production of Italian Agrifood: The Variants of Subordinate Integration*, in *Journal of Immigrant & Refugee Studies*, 4.11.2024, 2. Sui legami tra questa condizione economica e la razzializzazione subita da alcune persone migranti v. già K. Calavita, *Law, Citizenship, and the Construction of (Some) Immigrant "Others"*, in *Law and Social Inquiry* 2005, 401 e ss. Sull'assurdo sistema italiano della (non) gestione dei flussi di lavoro in ingresso v., di recente, R.D. Costa, *Ancora una riforma sui flussi di ingresso. prime note sul d. l. 3 ottobre 2025, n. 146*, in *ADiM Blog*, Ott. 2025.

una buona quota di obbedienti *sans papier* facilmente ricattabili e, perciò, disponibili a lavorare anche in condizioni di sfruttamento[90].

3. Coerentemente con le premesse appena date, gli interventi normativi di implementazione del sistema *crimmigratorio* trovano da tempo una sede, per così dire, "naturale" all'interno del dispositivo normativo dei decreti sicurezza. Costantemente guardato da angolazioni discorsive e propagandistiche volutamente parziali, distorsive, oscurantiste, il fenomeno migratorio s'inquadra, pertanto, ricorrentemente, e ottusamente, entro il *frame* politico-concettuale della (pretesa tutela della) sicurezza piccolo borghese, intesa tanto come sicurezza interna che esterna[91]. La questione (crim)migratoria - dilatata a dismisura in termini di spazio e di tempo e sempre più allargata in termini oggettivi (condotte) e soggettivi (autorìa) - non poteva dunque non trovare copertura anche nel decreto; anzi, svariate coperture.
Quest'ultimo incide, in primo luogo, sul versante dell'immigrazionizzazione del penale con alcune modifiche, in parte restrittive e in parte, invece, ampliative, in materia di revoca della cittadinanza (art. 9): si vedrà a breve perché questo istituto finisca per esser ricompreso in tale segmento, pur dovendo, in linea teorica, ritenersi estraneo all'ambito della disciplina dell'immigrazione. Intercetta, poi, al contempo, sia la prima che la terza dinamica *crimmigratoria* nel prevedere il nuovo delitto di rivolta all'interno di centri per il rimpatrio e degli *hotspot* (art. 27). La fattispecie, speculare a quella di rivolta all'interno di istituto carcerario (nuovo art. 415 *bis* Cp), non solo dilata ulteriormente la sfera di influenza del penale migratorio e della repressione penale del dissenso, ma finisce, altresì, per rafforzare ulteriormente il sentore di un carattere polivalente del trattenimento, capace di incorporare, in parte, anche un ruolo sostanzialmente vicario rispetto alla pena detentiva.
Ancora, la riforma interviene sul versante del penale migratorio "allargato", con l'ampliamento del raggio di alcuni delitti di violenza/disobbedienza in ambito marittimo (art. 29). Infine, a completamento, il decreto si impegna ulteriormente a consolidare, seppur, al solito, in modo non esplicito, un certo di clima di ostilità latente con alcune previsioni correlate all'acquisto di Sim telefoniche tese a punire, in via amministrativa, sia l'operatore telefonico che la persona straniera (art. 32).

4. Le prime modifiche richiamate attengono all'istituto della revoca della cittadinanza, disciplinato dall'art. 10 *bis* della legge n. 91 del 5 febbraio 1992[92]. Con l'art. 9 del decreto, essenzialmente, si provvede, da un lato, a impedire che la revoca possa darsi al di fuori delle ipotesi in cui il destinatario o la destinataria «possieda o possa acquisire un'altra cittadinanza»[93]. La modifica non determina comunque una garanzia *forte* a fronte del rischio

[90] Stesso destino sta toccando anche alle persone in attesa di ottenere il riconoscimento della protezione o dello *status* di rifugiato, v. https://www.ilpost.it/2025/11/24/toscana-migranti-centri-accoglienza-sfruttamento-caporalato-olive-uva/.
[91] Su questa distinzione v. A. Spena, La crimmigration *e l'espulsione dello straniero massa*, cit., 508 e bibliografia ivi citata.
[92] Norma inserita, com'è noto, per volere dell'allora ministro dell'interno Matteo Salvini tramite il noto decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, convertito con modificazioni dalla L. 1° dicembre 2018, n. 132. L'art. 10 *bis* per come da ultimo modificato con il decreto in commento recita: «La cittadinanza italiana acquisita ai sensi degli articoli 4, comma 2, 5 e 9, è revocata in caso di condanna definitiva per i reati previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), n. 4), del codice di procedura penale, nonché per i reati di cui agli articoli 270-ter e 270-quinquies.2, del codice penale, a condizione che l'interessato possieda o possa acquisire un'altra cittadinanza. La revoca della cittadinanza è adottata, entro dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna per i reati di cui al primo periodo, con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del Ministro dell'interno».
[93] La potenziale apolidia dovuta all'originaria assenza di un limite alla revoca era stata evidenziata da più parti, v. ad es. D. Bacis, *Esistono cittadini "di seconda classe"? Spunti di riflessione in chiave comparata a margine del*

di apolidia, ammettendo la revoca anche laddove l'interessato o l'interessata non possieda ancora altra cittadinanza ma soltanto *possa acquisirla*.
Dall'altro lato, la riforma amplia la portata temporale della misura. Si estende, infatti, il termine entro il quale tale revoca può essere disposta dal Presidente della Repubblica su proposta del Ministro dell'Interno: dieci anni, in luogo dei tre inizialmente previsti, successivi al passaggio in giudicato della sentenza di condanna per fattispecie che incriminano condotte legate al terrorismo e all'eversione dell'ordine democratico. Si tratta, segnatamente: a) dei delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale per i quali la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni o nel massimo a dieci anni, ovvero: i delitti di promozione, costituzione, organizzazione o direzione di associazioni sovversive; 270 promozione, costituzione, organizzazione o direzione di associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico ovvero partecipazione alle stesse; arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale; organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo; addestramento con finalità di terrorismo anche internazionale; finanziamento di condotte con finalità di terrorismo; b) del delitto di partecipazione ad associazioni sovversive (punito con la reclusione da uno a tre anni); c) del delitto di partecipazione a banda armata (punito con la reclusione da tre a nove anni); d) del delitto di assistenza agli associati di associazioni sovversive (punito con la reclusione fino a quattro anni); e) del delitto di sottrazione di beni o denaro sottoposti a sequestro per prevenire il finanziamento delle condotte con finalità di terrorismo (punito con la reclusione da due a sei anni e la multa da 3.000 a 15.000 euro).
Occorre prima di tutto considerare che questo tipo di misura è suscettibile di colpire soltanto coloro che sono titolari di una cittadinanza ottenuta dopo la nascita, o per beneficio di legge (art. 4, co. 2) – ovvero le persone nate in Italia da genitori stranieri che qui risiedono ininterrottamente e legalmente fino al compimento della maggiore età[94] –, o a seguito di riconoscimento di un particolare merito ovvero di residenza prolungata (art. 9)[95] - qui la categoria alla quale si guarda, principalmente, è quella degli stranieri e delle straniere (non europei ed europee) che acquistano la cittadinanza dopo 10 anni di residenza - o, infine, per

d.l. n. 113/2018, in *DPCE on line* 2019, 935 ss.; A. Vedaschi-C. Graziani, *Citizenship Revocation in Italy as a Counter-Terrorism Measure*, in *VerfBlog*, 29.1.2019.

[94] Segnatamente, si tratta della cittadinanza acquisita dalla persona straniera (perché figlia di genitori stranieri) nata in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, e manifesti la volontà di acquisirla entro un anno dalla suddetta data (art. 4, comma 2).

[95] Si tratta in entrambi i casi di cittadinanza concessa (*ergo* a seguito di valutazione discrezionale) con decreto del Presidente della Repubblica, a seguito di *iter* differenti. La prima è concessa sentito il Consiglio di Stato e previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro degli affari esteri, allo straniero o alla straniera quando questi abbia reso eminenti servizi all'Italia, ovvero quando ricorra un eccezionale interesse dello Stato (art. 9, comma II). Nel secondo caso, è concessa, sempre discrezionalmente, con Decreto del Presidente della Repubblica, sentito il Consiglio di Stato, su proposta del Ministro dell'interno, da parte di: 1) straniero o straniera del quale o della quale il padre o la madre o uno degli ascendenti in linea retta di secondo grado sono o sono stati cittadini per nascita e che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno due anni e ne faccia richiesta; 2) straniero o straniera nato o nata nel territorio della Repubblica che vi risiede legalmente da almeno tre anni (e non ha potuto ottenere la cittadinanza ai sensi dell'art. 4, comma 2); 3) straniero o straniera maggiorenne adottato o adottata da cittadino o cittadina italiani che risiede legalmente nel territorio della Repubblica da almeno cinque anni successivamente alla adozione; 4) straniero o straniera che ha prestato servizio, anche all'estero, per almeno cinque anni alle dipendenze dello Stato; 5) cittadino o cittadina di uno Stato membro delle Comunità europee se risiede legalmente da almeno quattro anni nel territorio della Repubblica; 6) apolide che risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica; 7) straniero o straniera che risiede legalmente da almeno dieci anni nel territorio della Repubblica.

coniugio (art. 5)[96] – meccanismo di acquisto da sempre guardato con un certo sospetto[97]. Per converso, si sottraggono alla misura innanzitutto coloro che nascono cittadini e cittadine italiani - le persone nate in Italia da almeno un genitore italiano - nonché, in seconda battuta, coloro che acquistano la cittadinanza per discendenza (art. 4, co. 1 *bis*)[98] o che, ancora, la acquistano, da minorenni, dal genitore naturalizzato con il quale o la quale convivono[99].
Alla base della misura vi è dunque un meccanismo differenziale. Quest'ultimo, secondo parte della dottrina[100], sarebbe parzialmente assimilabile a quello che comporta la perdita della cittadinanza ottenuta tramite adozione per fatto dell'adottato o dell'adottata[101]. Come in quest'ipotesi, si tratterebbe infatti di 1) una misura penalizzante, di carattere sanzionatorio e 2) rivolta esclusivamente a una precisa categoria di cittadini e cittadine, selezionata in base al modo di acquisto della cittadinanza. Rispetto, invece, all'istituto della perdita della cittadinanza di cui all'art. 12 della stessa legge[102], si potrebbe forse leggere un'assonanza nell'obiettivo di colpire una forma di infedeltà alla Repubblica[103]: del resto, anche di questo si tratta, visto il carattere delle fattispecie alla cui condanna la revoca può conseguire. Gli istituti, tuttavia,

[96] Ovvero quella acquisita ai sensi dell'art. 5 della stessa legge dal coniuge, straniero o apolide, di cittadino o cittadina italiani quando questi, dopo il matrimonio, risieda legalmente da almeno due anni nel territorio della Repubblica, oppure dopo tre anni dalla data del matrimonio se residente all'estero, qualora, al momento dell'adozione del decreto che attribuisce la titolarità, non sia intervenuto lo scioglimento, l'annullamento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio e non sussista la separazione personale dei coniugi (si noti che tutti questi termini sono ridotti della metà in presenza di figli nati o adottati dai coniugi).
[97] Come non ricordare la previsione introdotta con la Bossi-Fini, articolo 116, primo comma, del codice civile, come modificato dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94, e poi dichiarata incostituzionale (Sent. Cost. n. 245 del 20.7.2011) che imponeva al nubendo il possesso del regolare permesso di soggiorno.
[98] Com'è noto, questa ipotesi di acquisto ha subito una modifica fortemente restrittiva da parte del decreto-legge 28 marzo 2025, n. 36, convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2025, n. 74. La riforma ha introdotto una deroga al principio generale in base al quale sono cittadini e cittadine per nascita tutte le persone nate da padre o madre cittadini (art. 1 della l. n. 91), allo scopo di limitare l'acquisto, a determinate condizioni, da parte di chi sia nato o nata all'estero da cittadino o cittadina italiana e possieda già altra cittadinanza (art. 3 *bis*).
[99] Ovvero alla nascita in quanto figlio o figlia minore di persona che ha acquistato (o riacquistato) la cittadinanza e che con essa convive e che, alla data di acquisto o riacquisto della cittadinanza da parte del genitore, risiede legalmente in Italia da almeno due anni continuativi o, se di età inferiore ai due anni, dalla nascita. Si tratta dell'ipotesi cd. di co-acquisto della cittadinanza da parte del minore insieme al genitore che si naturalizza, come da ultimo fortemente modificata, in senso restrittivo, dal già menzionato decreto-legge 28 marzo 2025, n. 36, convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2025, n. 74 che ha imposto quelle ulteriori condizioni temporali aggiuntive al mero dato della convivenza (inizialmente unico vincolo previsto), per un commento si rinvia a G. Perin, *«La patria dei padri è la patria dei figli». Le conseguenze della riforma della cittadinanza sui minori nati all'estero e residenti in Italia*, in *DIC* 2025, 1 ss. Dal momento che tale modalità di acquisto non trova espresso richiamo all'interno dell'art. 10 *bis*, se ne deduce che a costoro la revoca non possa applicarsi.
[100] L. Viola, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza*, in *DIC* 2021, 89.
[101] L'istituto è previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 3 della stessa legge; in questo caso, la perdita avviene in via secondaria, a seguito della perdita dello stato di figlia o figlio ai sensi dell'art. 51 della 4.5.1983, n. 184 ovvero nel caso in cui l'adottato o l'adottata, maggiore di quattordici anni, «abbia attentato alla vita del genitore o del suo coniuge, dei suoi discendenti o ascendenti, ovvero si sia reso colpevole verso di loro di delitto punibile con pena restrittiva della libertà personale non inferiore nel minimo a tre anni». Secondo altra parte della dottrina, invece, le due ipotesi sarebbero incomparabili perché all'art. 3 la «decadenza dalla cittadinanza è in realtà la conseguenza dell'inesistenza del suo presupposto originario», così P. Morozzo della Rocca, *Alcune criticità e possibili profili di illegittimità costituzionale della normativa italiana sulla cittadinanza*, in G. Santoro (a cura di), *I profili di illegittimità costituzionale della legge sulla cittadinanza*, Roma 2021, 8 e ss.
[102] Perdita della cittadinanza nei confronti di chi, «avendo accettato un impiego pubblico od una carica pubblica da uno Stato o ente pubblico estero o da un ente internazionale cui non partecipi l'Italia, ovvero prestando servizio militare per uno Stato estero, non ottemper(i), nel termine fissato, all'intimazione che il Governo italiano può rivolgergli di abbandonare l'impiego, la carica o il servizio militare» (in caso di guerra, anche in mancanza di intimazione e sulla base del semplice fatto di aver accettato la cittadinanza dello Stato in questione).
[103] E quindi una violazione dell'art. 54 Cost. Sul punto di v. D. Bacis, *op. cit.*, 938.

divergono, a tacer d'altro, nei loro presupposti applicativi: diversamente dalla revoca in esame, la perdita di cui all'art. 12 è suscettibile di colpire indistintamente tutte le tipologie di cittadini; al contempo, però, non incontra limiti rispetto al rischio di apolidia.

4.1. Il nostro ordinamento, dunque, non contempla cittadinanze difettose[104], ma ammette, già da tempo, cittadinanze *precarie*[105]. Ora, restando alla precarietà determinata dalla misura in esame, questa potrebbe, forse, non ritenersi del tutto irragionevole se tale qualità dipendesse unicamente dalla potenziale commissione di (più o meno) gravi delitti contro la personalità dello Stato. In linea di principio, la previsione di tale revoca potrebbe in effetti salvarsi grazie alla nuova formulazione che sembrerebbe limitarne l'operatività in caso di potenziale apolidia. Considerato che destinatario o destinataria potrebbe comunque trovare il "conforto" di una seconda cittadinanza, e fermi restando, in ogni caso, i limiti alla facoltà di disporre un'eventuale espulsione conseguente alla perdita della cittadinanza[106], si potrebbe allora ritenere ragionevole che lo Stato cui la minaccia è stata rivolta possa negare al suo cittadino o alla sua cittadina "infedele", e/o pericoloso o pericolosa, il mantenimento di quello *status*. Se, dunque, non vi fosse quella distinzione, della ragionevolezza di questa misura potrebbe probabilmente ancora discutersi in termini di proporzionalità[107], ma non in termini di violazione del principio di eguaglianza formale.
Il ragionamento muta drasticamente se si considera che, a incidere su tale qualità, non è però solo la commissione di tali delitti, ma anche, come detto, il *modo* in cui la cittadinanza stessa è stata acquistata. Nel determinare un trattamento differenziato tra cittadini e cittadine per

[104] La previsione di ipotesi di perdita della cittadinanza non si riflettono, invero, sul *contenuto* dell'istituto stesso, a meno che in questo contenuto vi si voglia ricomprendere il diritto a una definitività della stessa.
[105] Ed è in buona compagnia: disposizioni analoghe (perdita in caso di condotte di terrorismo) sono state previste, soprattutto a seguito dell'affermarsi del fenomeno dei cd *foreign terorist fighters* in numerosi ordinamenti (lo ricorda C. Casiello, *La strategia di contrasto ai* foreign terrorist fighters *e la revoca della cittadinanza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2017, 353). Si incontrano, ad esempio, in Francia (article 23-7 du Code civil); nel Regno Unito (Section 40 of the British Nationality Act 1981) dove, tra il 2010 e il 2024, le revoche di tale genere sono state 223 (v. C.J. McKinney-M.Gower-T. McGuinness, *Deprivation of British citizenship and withdrawal of passports, Research Briefing*, 18 December 2025, 10); in Danimarca (Section 8b of the Act on Danish Nationality (Indfødsretloven, no. 422 of 7 June 2004). Per una panoramica aggiornata delle decisioni della Corte EDU in materia v. L. Parsi, *Simbolo, sanzione, prevenzione: la revoca della cittadinanza in seguito alla commissione di reati nella giurisprudenza della Corte Edu*, in www.*giustiziainsieme.it*, 17.4.2025. Del resto, riforme come quella del 2018 sono state prese in considerazioni persino in paesi, come la Germania, dove l'intangibilità del diritto di cittadinanza, in qualsivoglia modalità acquisito, è da sempre ritenuto un dogma, sul punto D. Schmalz-E.M. Bredler, "*This Undermines the State's Promise of Equality": Five Questions to Dana Schmalz*, in *VerfBlog*, 10.1.2025.
[106] Una volta perduta la cittadinanza, l'ex titolare di quest'ultima diviene a tutti gli effetti straniero o straniera, anche nel caso in cui abbia a lungo soggiornato sul territorio o addirittura vi sia nato o nata; del resto, la libertà dal subire un'espulsione è «*one of the few remaining privileges which separates citizens from settled non-citizens in contemporary liberal states*», B. Anderson-M.J. Gibney-E. Paoletti, *Citizenship, deportation and the boundaries of belonging*, in *Citizenship Studies* 2011, 548. Sul punto, con riferimento al contesto italiano, v. anche D. Loprieno, *Trattenere e punire. La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli 2018, 21, la quale osserva come «il potere di espulsione e le relative modalità di esecuzione, che vanno dalla semplice intimazione a lasciare il territorio dello Stato fino all'accompagnamento coattivo alla frontiera, costituiscono la cifra della differente posizione dello straniero rispetto a quella di chi gode dello status della cittadinanza». L'A., peraltro, cita a questo proposito alcune pronunce della C. Cost che rimarcano questo aspetto, quali, ad esempio, C. Cost., sent. n. 62 del 1994 ove, a proposito dell'espulsione si afferma ch'essa è senz'altro «misura riferibile allo straniero e in nessun caso estensibile al cittadino».
[107] Inoltre, vi è chi ravvisa un contrasto con l'art. 22 della Costituzione – norma che, com'è noto, vieta la privazione della cittadinanza per motivi politici -, v. es. E. Cavasino, *Ridisegnare il confine fra "noi" e "loro": interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *DIC* 2019, 2, 25 ss. v. però *contra* S. Curreri, *Prime considerazioni sui profili d'incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (c.d. "decreto sicurezza")*, in *federalismi.it* 2018, 13.

nascita e (alcuni e alcune) cittadini e cittadine per acquisto successivo alla nascita, la previsione si vena, allora, di un indiscutibile carattere discriminatorio[108]: perché mai non ammettere la perdita in entrambi i casi, alle stesse condizioni (assenza del rischio di apolidia/divieto di esposizione al rischio di subire persecuzioni, tortura, trattamenti inumani o degradanti)? Quale maggior disvalore (o demerito?) rivela la condotta di chi non ha acquisito la cittadinanza per nascita ma, in fin dei conti, per lo più, per scelta?

Pur ammettendo, cioè, che la misura in sé abbia una sua ragion d'essere e una sua legittimità costituzionale e convenzionale rispetto ad altri parametri, che della stessa si dia una funzione preventiva, fondata sulla pericolosità del soggetto, o che se ne dia, invece, una lettura sanzionatoria, e dunque vi si attribuisca il compito di punire una forma di infedeltà, non si capisce perché il trattamento debba differenziarsi in base al modo in cui l'acquisto della cittadinanza è avvenuto. Per quale ragione l'infedeltà o la pericolosità dei cittadini e delle cittadine per nascita dovrebbero ritenersi a tale punto meno marcate dall'escludere costoro dalla platea dei potenziali destinatari e destinatarie della misura? Il criterio dell'acquisizione per nascita, oltretutto, nulla dice circa il legame che il cittadino o la cittadina intrattiene con la nazione: ben si potrebbe aver infatti acquisito la cittadinanza alla nascita ma aver lasciato da molto tempo il territorio, magari già in tenera età[109].

È, dunque, evidente che, nell'operare questa distinzione, la disposizione finisce con il premiare una categoria di cittadine e cittadini – e, per converso, penalizzarne un'altra – in virtù di un fattore addirittura indipendente dalla volontà di costoro. Lasciando, invero, che questa precarietà dipenda dal modo in cui la cittadinanza è stata acquistata e dunque a circostanze che esulano dall'ambito decisionale del soggetto – giacché questi sicuramente può scegliere di divenire cittadino o cittadina per acquisto, ma non può scegliere di esserlo o esserla per nascita – siffatta disparità non appare in alcun modo giustificabile. Anzi, la previsione di questo trattamento differenziale lascia trasparire un'idea, inaccettabile e priva di fondamento, secondo cui, se la cittadinanza successivamente acquistata può negarsi per pericolosità o demerito (a patto che non si rischi l'apolidia), su quell'acquisizione, in fondo, debba sempre nutrirsi un qualche dubbio.

In altri termini, la previsione indirettamente promuove una convinzione inespressa ma forse assai diffusa[110]: quella secondo cui queste due classi di cittadini e cittadine esistono e, su chi non ottenga la cittadinanza italiana alla nascita, specie in alcune precise ipotesi, gravi

---

[108] L'accusa di incostituzionalità per violazione dell'art. 3, I comma Cost. si rilevò già a suo tempo da più parti, all'indomani dall'approvazione decreto. V. ad esempio, il documento dell'ASGI del 15-10-2018, *Manifeste illegittimità costituzionali delle norme del decreto-legge 4.10.2018, n. 113 concernenti permessi di soggiorno per motivi umanitari, protezione internazionale e cittadinanza*, reperibile su www.asgi.it.

[109] E possedere eventualmente una seconda cittadinanza: lo ammette pacificamente l'art. 11 della legge del '92. Si noti peraltro che il criterio della residenza ovvero della presenza effettiva sul territorio non vengono minimamente valorizzati nel contesto della norma, né in una direzione né nell'altra.

[110] È del dicembre scorso la proposta di riforma costituzionale depositata dal deputato della Lega Andrea Barabotti n. 2738, così intitolata: *Modifiche agli articoli 63, 84, 92 e 122 della Costituzione concernenti l'introduzione del requisito della cittadinanza italiana per nascita per l'assunzione degli incarichi di vertice dello Stato e delle regioni*, il cui obiettivo è derogare all'art. 51 della Costituzione stessa («Tutti i cittadini dell'uno o dell'altro sesso possono accedere agli uffici pubblici e alle cariche elettive in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge […]») e rendere di esclusivo appannaggio dei cittadini e delle cittadine per nascita l'accesso alle più alte cariche dello Stato (Presidenti di Camera e Senato; Presidente della Repubblica; Presidente del Consiglio; Presidenti di regione). «Garantire che, nei punti più sensibili dell'architettura costituzionale, la guida delle istituzioni sia affidata a cittadini che possiedono un legame originario e pieno con la Nazione»: questo l'obiettivo dichiarato da Barabotti (il virgolettato è riportato dal quotidiano online *Pagella Politica*, ultima consultazione gennaio 2026). Sull'idea della cittadinanza per merito e sulle intersezioni tra questa idea e la rilevanza penale dei comportamenti di chi richiede di ottenerla è fondamentale il richiamo a L. Zedner, *'Security, the State, and the Citizen: The Changing Architecture of Crime Control'*, in *New Criminal Law Review* 2010, 379-403.

permanentemente l'obbligo di dimostrare di meritarsi quella titolarità[111] (merito che sarebbe, invece, inspiegabilmente intrinseco nel primo caso). L'idea, cioè, per cui, in tali ipotesi, anche la più piena appartenenza formale sia suscettibile d'esser messa in discussione, persino, si badi, laddove essa si riferisca alla realtà in cui si è effettivamente nati e nate, cresciuti e cresciute, scolarizzati e scolarizzate, come nel caso della persona figlia di straniero e straniera nata sul territorio e ininterrottamente, e legalmente, residente fino al raggiungimento della maggiore età[112].
Il confine, insomma, insegue la persona (magari suo malgrado)[113] straniera e mai l'abbandona, fino al punto di esercitare i propri effetti anche sui suoi e sulle sue discendenti. La logica di *othering* tipica delle dinamiche *crimmigratorie* riemerge, dunque, con prepotenza anche su un terreno che dovrebbe esserle estraneo, trattandosi qui di cittadine e cittadini. Nondimeno, è una logica talmente forte e pervasiva che non rinuncia, evidentemente, a farsi spazio anche a fronte del raggiungimento del gradino più elevato nella scala dell'appartenenza, così determinando diverse classi di cittadini e cittadine[114].

4.2. Per ritornare alle categorie proposte in apertura, la misura può allora inquadrarsi all'interno della dinamica dell'*immigrazionizzazione* del penale, sebbene, in teoria, la disciplina dell'immigrazione non dovrebbe immischiarsi con la cittadinanza. Questo inquadramento conduce a un secondo ordine di perplessità, direttamente legate alla natura stessa della misura e, dunque, alla sua ragion d'essere, finora, nel nostro ragionamento, data per presupposta. Tali perplessità, è il caso di anticiparlo, sono in parte già riconducibili alla dinamica nel suo complesso e, in parte, più specificamente attinenti al suo concretizzarsi nella previsione in esame, anche alla luce della sua formulazione attuale.
Ebbene, l'obiezione di fondo che si intende muovere qui – tralasciando, invece, per ragioni di spazio, altre pur necessarie riflessioni già evocate, su tutte quella in tema di proporzionalità[115] – attiene, ancora una volta, al profilo della differenziazione della reazione punitiva (intesa in

[111] D'altra parte, è stata la stessa riforma del 2018 ad aver altresì subordinato la concessione della cittadinanza nei casi di cui agli artt. 5 e 9, al comprovato «possesso, da parte dell'interessato, di un'adeguata conoscenza della lingua italiana, non inferiore al livello B1 del Quadro comune europeo di riferimento per la conoscenza delle lingue» (art. 9.1).
[112] Si tenga conto che, peraltro, questo implica un trattamento differenziale rispetto al caso limitrofo di chi invece ottiene la cittadinanza in virtù del disposto di cui all'art. 14.
[113] Non solo perché non si sceglie dove e da chi nascere ma anche perché spesso non dipende da costoro il fatto di non esserne titolari, in argomento, F. Olivieri, *Cittadini mancati. la concessione della cittadinanza italiana come dispositivo governamentale*, in *Studi sulla questione criminale* 2014, 99-120.
[114] «Il messaggio che in questo modo il legislatore intende trasmettere è infatti che chi nasce straniero, anche quando abbia acquisito la cittadinanza italiana, non è italiano allo stesso modo di chi nasce italiano; chi nasce italiano tale rimane a prescindere dai reati che commetta, chi diventa italiano lo rimane solo se non compie fatti di particolare gravità. I profili di tensione con l'art. 3 Cost., che tale irragionevole differenziazione comporta, sono evidenti; nell'ottica di un approccio rigidamente securitario alla materia dell'immigrazione, si arrivano a creare cittadini di prima e di seconda classe, cittadini che sono veri italiani e cittadini che sono italiani solo sino a che non commettano determinati reati, con una gravissima distorsione del segnale di definitiva integrazione nella comunità territoriale, che l'acquisto della cittadinanza ha come primario obiettivo di trasmettere», L. Masera, *La* crimmigration *nel decreto Salvini*, in www.lalegislazionepenale.eu, 24.7.2019, 40-41.
[115] Questione che pare, tuttavia, già a prima vista sdrammatizzata dall'attuale previsione del limite dell'apolidia (ricorrente è la rilevanza di tale aspetto nel cd *balancing test* operato dalla C. eur., v. ad esempio, C. eur., sez. II, *Johansen c. Danimarca*, 3.3.2022, par. 52). Vale, in effetti, la pena ricordare, a questo proposito, che la Corte si è mostrata piuttosto cauta nel definire tali misure "sproporzionate" considerato, in concreto, l'impatto sulla vita privata e familiare del destinatario, e, dall'altro, la loro necessità a fronte della minaccia all'ordine pubblico rappresentata dal destinatario della misura, v., ad es., C. eur., no. 42387/13, K2 v. United Kingdom, 7-2-2017, par. 66, in argomento, E. Iannario, *La revoca della cittadinanza per ragioni di pubblica sicurezza*, in *DPCE online* 2025, 866 e ss.

senso molto lato giacché non si può dire ch'essa sia formalmente una sanzione penale) su basi, essenzialmente, arbitrarie e potremmo fin dire razziste-discriminatorie. La misura, infatti, non solo è rivolta verso una precisa componente di cittadine e cittadini, ma è anche pensata, essenzialmente, per colpire soprattutto le seconde generazioni, nate o cresciute in Europa, discendenti da persone migranti di precisa provenienza geografica[116].

Questo è il bersaglio immaginato dal legislatore, e non si tratta solo di un'impressione implicitamente suscitata dalla scelta delle fattispecie la cui definitivamente accertata violazione può determinare l'adozione della misura in esame[117]. L'intento di colpire soprattutto costoro è invero espressamente esplicitato nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del decreto del 2018. Il passaggio è talmente eloquente, che vale la pena riportarlo per intero: «[…] in tema di cittadinanza, si introduce l'istituto della revoca *della cittadinanza italiana concessa ai cittadini stranieri* che rappresentano una minaccia per la sicurezza nazionale, avendo riportato condanne per gravi reati commessi con finalità di terrorismo o eversione. L'intervento normativo che mira a *consentirne l'allontanamento dal territorio nazionale*, altrimenti precluso dall'acquisizione dello status di cittadino italiano, si rende necessario ed urgente nell'ambito delle politiche di prevenzione della minaccia terroristica anche connessa al fenomeno dei cosiddetti *foreign fighters*»[118].

Soprattutto a questa precisa componente, dunque, la misura guarda proponendo, pur indirettamente, una minaccia che normalmente riserva a coloro che formalmente cittadini e cittadine non sono: quella di espellerli ed espellerle[119]. In tal senso orienta la convinzione latente secondo cui costoro possono considerarsi cittadine e cittadini di seconda classe, che,

---

[116] La previsione, nella sua forza simbolica, e letta nel suo contesto, potrebbe considerarsi, per certi versi, un apripista verso l'affermazione di una sorta di «*Ethnically Stratified Citizenship*». L'espressione è stata di recente utilizzata da Hanna Eklund (H. Eklund, *Ethnically Stratified Citizenship, What the Advocate General Sidestepped, and the Court Should Note before Deciding the Danish Ghetto Area Case*, in *VerfBlog*, 24.10.2025), nel commentare il noto caso della cd *Danish Ghetto Area*, (caso deciso di recente dalla C.G.UE, C-417/23, *Slagelse Almennyttige Boligselskab*), relativo a una legge danese che impone piani di sviluppo destinati a ridurre la percentuale di alloggi pubblici familiari in aree residenziali caratterizzate, tra l'altro, dal fatto che, negli ultimi cinque anni, la percentuale degli «*immigrati provenienti da paesi non occidentali e dei loro discendenti*» residenti in tali aree abbia superato il 50%. La C.G.UE, nella pronuncia resa il dicembre scorso, ha ritenuto che tale legge può determinare sia una discriminazione diretta che indiretta (ai sensi della Direttiva 2000/43/CE del Consiglio del 29 giugno 2000 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica), qualora risulti che «l'adozione di tale normativa nazionale è fondata sulle origini etniche della maggioranza degli abitanti di tali aree residenziali e che detta normativa nazionale ha come conseguenza che tutti gli abitanti delle stesse siano oggetto di un trattamento meno favorevole» e che pur essendo «formulata o applicata, apparentemente, in modo neutro […] ha l'effetto di mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone appartenenti a determinati gruppi etnici e non rispetta, ai fini della realizzazione dell'obiettivo imperativo di interesse generale da essa perseguito, il principio di proporzionalità», GC, 18 dicembre 2025. Sul caso, v. anche, *ex multis*, Y. Solanke, *Comment on the Danish Public Housing Law Case: forced evictions in all but name?*, Department Of European Legal Studies, Research Paper in Law, 2, 2025.

[117] Si pensi infatti a 270 *quater* Cp (Arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale); 270 *quater*.1 Cp (organizzazione di trasferimenti per finalità di terrorismo); 270 *quinquies* Cp (addestramento con finalità di terrorismo anche internazionale).

[118] Senato della Repubblica, Relazione illustrativa del disegno di legge n. 840 del 2018 di conversione in legge del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, 7, corsivi miei.

[119] Di conseguenza, se presente sul territorio, la persona ex cittadina diviene potenzialmente espellibile e, anzi, esposta a diversi possibili epiloghi espulsivi: ovvero tanto a una espulsione antiterrorismo (art. 3 dl n. 144/2005), quanto a una espulsione per motivi di sicurezza (art. 13 co. 1 TuImm), quanto ancora a una espulsione a titolo di misura di prevenzione (art. 13, co. 2 TuImm) o, addirittura, a una semplice espulsione prefettizia, considerata l'assenza di un titolo legittimante la sua presenza sul territorio.

dunque, più facilmente possono tornare al loro indesiderato *status* precedente e così subire un'espulsione dal territorio.
A questo punto sorge spontaneo domandarsi: quali rapporti intrattiene con la pena la (minaccia di questa) misura? Prima di azzardare una risposta, occorre partire da una considerazione di fondo. Un tratto ricorrente della seconda dinamica *crimmigratoria* è la sua capacità di travolgere completamente l'andamento del procedimento penale[120], o, comunque, piegarlo alle finalità della disciplina dell'immigrazione, se non, addirittura, prescinderne, muovendosi lungo i binari del tutto autonomi della prevenzione *ante-delictum*.
Tendenzialmente, cioè, l'(ordine di) espulsione non tarda ad arrivare, anzi: al ricorrere di determinati presupposti, o sostituisce la pena – è il caso dell'espulsione come pena sostitutiva[121] e dell'espulsione prefettizia conseguente alla perdita del titolo di soggiorno dovuta alla commissione di determinati reati (perdita che, peraltro, non richiede sempre una pronuncia definitiva di condanna)[122]; oppure, ancora, anticipa e in certa misura previene la pena, giacché previene, in astratto, la commissione stessa del fatto – è il caso dell'espulsione per motivi di sicurezza[123], della cd espulsione antiterrorismo[124] e dell'espulsione misura di prevenzione[125]. In tutte queste ipotesi l'ordine di espulsione interviene tempestivamente e, si badi, anche efficacemente, quando si tratti di *veri* nemici (o di coloro che così *devono* essere etichettati)[126] e sussistano accordi di rimpatrio con il paese di origine (a prescindere, oltretutto,

[120] Art. 13, co. 3 TuImm.
[121] Art. 16, I co. TuImm, applicabile però laddove la condanna non riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal TuImm, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni (art. 16, co. 3)
[122] V. *supra* nt. 37.
[123] Prevista all'art. 13 co. 1 TuImm, che recita: «per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato». Avverso il decreto ministeriale è possibile far valere solo un interesse legittimo dinanzi al giudice amministrativo con limitato ambito di sindacabilità (art. 13, co. 11 TuImm), sul punto cfr. M. Savino, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano 2012, 259.
[124] Disciplinata all'art. 3 d.l. n. 144/2005 (contenente «misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale», e convertito in l. n. 155/2005), sempre di competenza del Ministro dell'interno (o, su sua delega, del prefetto), può essere disposta «quando vi sono fondati motivi di ritenere che la permanenza dello straniero nel territorio dello Stato possa in qualsiasi modo agevolare organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali». Come nel caso precedente, contro il provvedimento è ammesso ricorso al tribunale amministrativo competente e, come in tutte le ipotesi di provvedimenti di espulsione, l'impugnazione non sospende l'efficacia dello stesso (art. 3, co. 4, cit.).
[125] È quella di cui all'art. 13 co. 2 lett. c. TuImm (così come modificato nel 2015), disposta dal prefetto nei confronti della persona straniera che «appartiene a taluna delle categorie indicate negli artt. 1, 4 e 16 del d.lgs 6 settembre 2011, n. 159». Per l'adozione di questa speciale misura di prevenzione e per la sua impugnazione è previsto un procedimento divergente rispetto a quello ordinariamente contemplato per le misure di prevenzione. Si pensi, in particolare, ai casi di cui all'art. 4 d.lgs 6 settembre 2011, n. 159 e, dunque, all'applicazione delle misure di cui all'art. 6 (sorveglianza speciale di P.S., divieto di soggiorno, obbligo di soggiorno): in queste ipotesi la decisione spetta, invero, al Tribunale. Inoltre, il provvedimento che applica le misure di prevenzione è sempre impugnabile dinnanzi alla Corte d'Appello (art. 10). Nei casi in parola, invece, le misure non solo vengono adottate dall'autorità amministrativa, ma persino la loro impugnazione avviene dinanzi ad autorità giudiziaria diversa, ovvero il giudice di pace (art. 13, co. 8 TuImm che rinvia all'art. 18 d.lgs. n. 150 del 1/09/2011). Si realizza, così, «una fuga dalla disciplina ordinaria delle misure di prevenzione personali, che vede un livello di tutela giurisdizionale, seppur deficitario rispetto a quello caratteristico del processo penale, comunque più rassicurante» di quello qui previsto, E. Valentini, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. Curi-F. Martelloni-A. Sbraccia-E. Valentini (a cura di), *op.cit.*, 205.
[126] Emblematico il caso dell'espulsione del generale libico Osama Elmasry Njeem, anche noto come Almasri, capo della polizia giudiziaria libica, che, dopo essere stato arrestato dalla Digos di Torino il 19 gennaio 2025, in esecuzione di un mandato di arresto del Procuratore della Cpi, è stato poi scarcerato con ordinanza della Corte d'Appello di Roma, che ha dichiarato non luogo a provvedere sull'arresto di Elmasry in quanto eseguito in maniera 'irrituale', in assenza di previe interlocuzioni con il Ministro della Giustizia. Alla scarcerazione è seguito

da una verifica meticolosa circa il rispetto dei diritti umani da parte di quest'ultimo)[127]. Ad accomunarle, comunque, è come il principio di rieducazione[128] non venga minimamente in rilievo, perché di quella rieducazione nemmeno si accenna un tentativo: o la condanna è l'espulsione, o l'ordine di espulsione comunque precede la pronuncia. In ogni caso, non vi è spazio per un'opportunità di trattamento né prospettiva di reinserimento sociale: sùbito ordine di lasciare il territorio, quasi sicuramente trattenimento in un CPR, forse rimpatrio.
Nel caso della misura di cui all'art. 10 *bis*, invece, il sistema non può agire con la stessa tempestività: prima bisogna rimuovere il fastidioso ostacolo della cittadinanza che impedisce di (tentare di) allontanare la persona indesiderata. Sarebbe probabilmente troppo prevedere un allontanamento immediato: si tratta pur sempre di un cittadino o di una cittadina, benché "di seconda classe", e quindi almeno una qualche responsabilità penale dovrà essere definitivamente accertata. La soluzione per cui si opta, pertanto, è quella di portare a completamento il procedimento penale e, eventualmente, a compimento l'espiazione della pena. Alla luce dell'attuale previsione del termine entro il quale la revoca può intervenire, dieci anni successivi alla pronuncia definitiva, tale eventualità diviene, in effetti, tutt'altro che remota e residuale.
Proprio sulla previsione di questo termine si appuntano, com'è logico, numerose perplessità. Già chi ha commentato la prima versione della norma (che, oltretutto, indicava soltanto tre anni) ha invero sottolineato l'assurdità di un termine finale così distante dalla pronuncia della condanna definitiva[129]. Se la misura ha natura preventiva, non si capisce perché non applicarla subito; d'altro canto, se ha invece carattere punitivo, non si comprende il senso di irrogare una pena, scommettere sulla rieducazione e poi frustrarne gli eventuali effetti risocializzanti subito dopo, o durante. Dati questi caratteri, la misura appare, allora, assai prossima alle vicende, riconducibili alla stessa dinamica *crimmigratoria*, in cui l'espulsione assume le vesti di una misura di sicurezza destinata *esclusivamente* alle persone straniere (anche non extracomunitarie), anche quelle che risiedono regolarmente - su tutte, quella prevista, dall'art. 312 Cp, da applicarsi in caso di realizzazione di reati contro la personalità dello Stato[130].
Anche in questa ipotesi si richiede, invero, un accertamento della responsabilità penale del soggetto (e anche la previa espiazione della pena): la misura di cui all'art. 312 Cp è ipotesi

---

l'immediato rimpatrio, asseritamente in quanto soggetto pericoloso proprio perché attinto da mandato di arresto della Cpi. Per una puntuale ricostruzione della vicenda v. M. Crippa-L. Parsi, *I profili di responsabilità del generale libico Elmasry nel mandato di arresto della Corte penale internazionale*, in *SP* 2025, 125 ss.

[127] In proposito si ricorda che l'Italia ha sottoscritto accordi o intese di cooperazione in materia migratoria con i seguenti Stati: Albania, Algeria, Bangladesh, Bosnia-Erzegovina, Corea del Sud, Costa d'Avorio, Egitto, El Salvador, Etiopia, Filippine, Gambia, Georgia, Ghana, Giappone, Giordania, Guatemala, India, Kirghizistan, Kosovo, Mali, Marocco, Mauritius, Moldova, Montenegro, Niger, Nigeria, Pakistan, Perù, Repubblica di Macedonia del Nord, Senegal, Serbia, Sri Lanka, Sudan, Tunisia, Ucraina. Il dato è ricavabile dall'articolo 6, comma 3, lettera a) del DPCM 26 settembre 2023 in materia di programmazione dei flussi d'ingresso legale in Italia dei lavoratori stranieri per il triennio 2023-2025.

[128] Sempre che si intenda quest'ultimo come il principio per cui la pena deve cercare di far sì che il soggetto non delinqua nuovamente, *tanto sul territorio che altrove*.

[129] V. ad es. E. Cavasino, *op.cit.*, 1 e ss. e D. Bacis, *op. cit*., 937.

[130] Altre ulteriori espulsioni misure di sicurezza sono previste sia all'art. 15 TuImm - ove si prescrive al giudice di ordinare l'espulsione in caso di condanna della persona straniera per i delitti per i quali è ammesso l'arresto obbligatorio o quello facoltativo in flagranza (artt. 380 e 381 Cpp), sempre che la persona risulti socialmente pericolosa - che all'art. 86 DPR 309/1990, in riferimento alla condanna per le fattispecie del testo unico (rispetto ad alcune l'applicazione è obbligatoria, sempre previo accertamento della pericolosità sociale, v. C. Cost, sentenza 20-24 febbraio 1995, n. 58). Si tratta, nel complesso, di ipotesi speciali della fattispecie generale di cui all'art. 235 Cp., applicabile anche ai cittadini comunitari, se vi sia stata condanna a pena superiore a 2 anni e il soggetto sia giudicato socialmente pericoloso (inizialmente era richiesta una condanna superiore ai 10 anni, dopo il pacchetto sicurezza del 2008 la soglia è stata notevolmente abbassata).

speciale della misura di cui all'art. 235 Cp; pertanto, valgono comunque le regole generali in materia di misure di sicurezza, tra cui quella dell'art. 211 Cp, in virtù della quale esse si applicano una volta terminata l'esecuzione, o avvenuta l'estinzione, della pena detentiva. Si tratta perciò, in entrambi i casi, di previsioni che in fin dei conti scommettono sul fallimento della rieducazione[131], seppur con un'intensità e un grado di certezza differenti. Mentre, infatti, nel caso dell'art. 312 Cp il giudice, tanto in fase di cognizione, quanto in quella di esecuzione, rilevata la pericolosità del soggetto, e sussistendo le altre condizioni imposte dalla disciplina generale delle misure di sicurezza, non può che ordinarne l'espulsione o l'allontanamento, nel caso, invece, della misura di cui all'art. 10 *bis* residuerà sempre un (insondabile) margine di apprezzamento in capo all'autorità amministrativa che, pur rilevando un profilo di pericolosità, mai sarà obbligata a ordinare una revoca propedeutica a una successiva espulsione.
Seppur affini per alcuni caratteri, le due misure si mostrano perciò radicalmente incomparabili per i rapporti che intrattengono con la pena e il procedimento penale. L'applicazione dell'espulsione misura di sicurezza, da un lato, deve sempre attendere la completa espiazione e, dall'altro, vive comunque all'interno del procedimento di cognizione o, eventualmente, di esecuzione/sorveglianza, ed è, pertanto, sempre circondata dalle garanzie della giurisdizione penale[132]. Stesse garanzie non assistono, invece, la revoca: misura di polizia, disposta unilateralmente in via amministrativa, solo eventualmente ed *ex post* impugnabile presso il giudice amministrativo[133].
Da tutto ciò discende, altresì, il diverso grado di incertezza cui si espone un/una cittadino/a cittadina suscettibile di ricevere una revoca della cittadinanza rispetto ai/alle non cittadini/e destinatari/e dell'espulsione misura di sicurezza. La seconda categoria menzionata potrà, invero, quasi immediatamente conoscere il proprio destino e ad esso se del caso opporsi, prima che si compia: almeno sulla validità e la persistenza della prognosi di pericolosità potrà infatti dire la propria e vedersi garantire spazi di difesa all'interno del processo. Certamente potrà sempre ricevere, senza alcun preavviso, un'espulsione amministrativa, ma almeno rispetto all'espulsione misura di sicurezza potrà nutrire alcune – seppur certo insufficienti e a tratti

[131] Tale scommessa è, d'altra parte, un tratto caratteristico delle misure di sicurezza destinate ai soggetti imputabili. Per usare l'espressione di Padovani, queste sono misure a carattere «ultra-rieducativo» perché fondate su una prognosi di fallimento della pena, v. T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2014, 18. Le criticità che avvolgono la previsione di tali misure, in particolare, ma non solo, rispetto alla sovrapposizione di ruoli con la pena a seguito del superamento della dicotomia pena-retribuzione, da un lato, e misura-special-prevenzione, dall'altro, sono ben note, per una sintesi e una panoramica delle posizioni dottrinali più o meno risalenti in materia sia consentito rinviare a L. Ricci, *Preventive Measures of Security for Criminally Responsible Subjects. Their Critical Issues and the 2017 Reform Project*, in M. Bevilacqua-L. Notaro-G. Profeta-L. Ricci-A. Savarino (a cura di), *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale, tra sistema penale e servizi sanitari. Atti del convegno, Pisa 16-17 ottobre 2020*, Torino 2021, 97-110. A queste criticità generali se ne aggiungono altre più specifiche quando si tratta di destinatari e destinatarie straniere e stranieri. In questi casi, la portata di tale scommessa risulta oltremodo enfatizzata, giacché la misura comporta una neutralizzazione radicale della pericolosità da parte dello Stato di applicazione della pena e della misura (e nei confronti dello stesso: se allontano un soggetto pericoloso il problema sarà necessariamente destinato a riproporsi oltreconfine), attuata attraverso la rimozione fisica dal territorio (o, almeno, dal suo tentativo), quasi a dimostrare, prima ancora che la presa d'atto di un fallimento della pena, un sostanziale disinteresse rispetto all'efficacia della stessa.
[132] Non è infatti un caso che, almeno negli intenti del legislatore del 2002, i cd automatismi espulsivi dovevano sostanzialmente soppiantare le espulsioni misure di sicurezza. Il meccanismo che innescano è pertanto estraneo all'impianto originario del testo unico: in precedenza, la presenza di una condanna, associata ad una valutazione in concreto circa la pericolosità sociale del soggetto, poteva fondare al più l'irrogazione di un'espulsione a titolo di misura di sicurezza da parte del giudice penale.
[133] «[…] sulla base della rilevazione della natura discrezionale del potere di revoca» si può «riconoscere agli interessati una posizione soggettiva di interesse legittimo, con conseguenziale giurisdizione del giudice amministrativo», così L. Viola, *op. cit.*, 120.

sconfortanti[134] – certezze: espiata completamente la pena senza l'intervento di una pronuncia del magistrato di sorveglianza che ne riconosca, *ex post*, la pericolosità, mai potrà aspettarsi di subire quella misura. In caso invece di applicazione, in sede di cognizione o di esecuzione, comunque non potrà vedersi applicata la misura oltre l'udienza di riesame della pericolosità[135]. Diversamente, il cittadino o la cittadina colpevole di una delle fattispecie che possono fondare la revoca vivrà a lungo in un limbo di potenziale privazione unilaterale della propria cittadinanza, prima, durante se non, addirittura, dopo, l'espiazione, senza mai trovare spazi di contraddittorio volti a scongiurare quell'esito. Non solo: vivrà altresì nell'incertezza di ricevere, anche lui/lei, una delle tante espulsioni amministrative previste dal sistema, una volta eventualmente perduta la cittadinanza italiana. Una sommatoria di incertezze ulteriormente esasperata dalla previsione di un lasso temporale ancor più esteso e, dunque, da una più prolungata precarietà esistenziale, prima che giuridica.
D'altra parte, è anche vero che la minaccia di questa misura potrebbe leggersi in chiave, per così dire, "probatoria", e quell'attendismo apparire, paradossalmente, quasi ragionevole. Vi si potrebbe, cioè, provocatoriamente leggere un messaggio di tal fatta: prima la condanna, poi la pena - forse anche tutta - e poi magari persino un periodo di libertà: tanto è il tempo che avete a disposizione per dimostrare che quel demerito possa essere perdonato e che siete ancora degni e degne di essere italiani e italiane[136]. Guardata da questa angolazione, la "concessione" di quel termine così lungo si colorerebbe, addirittura, di una certa paternalistica clemenza. Peccato, però, che, sull'esercizio di tale benevolenza non si assicuri dialettica alcuna con i suoi/le sue destinatari/e, sì da consentire a costoro di fare qualche previsione sulla propria sorte: del resto, ci si trova pur sempre nel campo dell'eteronomia tipica delle misure di polizia che non chiede confronto, ma solo sudditanza[137].

5. Passiamo ora a considerare i luoghi che accompagnano il confine introflesso o estroflesso, sul territorio e al di fuori, per rivolgere il *focus* dell'analisi al nuovo delitto di rivolta nei CPR e nei punti di crisi (*hotspot*)[138]. La previsione della fattispecie intercetta due dinamiche

[134] È quasi superfluo precisarlo: lo stato di incertezza resta comunque molto elevato anche in questa ipotesi, fino al punto di mettere in discussione l'umanità della pena inflitta. Per una riflessione sul punto, pur legata ad altra ipotesi di espulsione misura di sicurezza, quella di cui all'art. 86 del DPR 309/1990, a partire da una vicenda concreta dove, oltretutto, l'interessato era destinatario della protezione sussidiaria v. A. di Martino-B. Occhiuzzi, *Condannato ma protetto contro espulsione. Un'intersezione fra diritto penale e della protezione internazionale*, in *DIC* 2018, 1 ss.
[135] Art. 678 Cpp; art. 69 Op.
[136] È questa una lettura tutta nostra volutamente provocatoria, del tutto inconciliabile con quella proposta invece dal legislatore. Si legge, infatti, nella relazione illustrativa di accompagnamento che «La ratio dell'estensione di tale termine è quella di rafforzare l'operatività dell'istituto, in un'ottica di maggiore tutela della sicurezza nazionale», Camera dei Deputati, *Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, presentato l'11 aprile 2025, A.C. 2355, 51.
[137] V. *supra* nt. 84.
[138] Nuovo comma 7.1 dell'art. 14 TuImm, introdotto dall'articolo 27 del decreto sicurezza. La norma così recita: «Chiunque, durante il trattenimento in uno dei centri di cui al presente articolo o in una delle strutture di cui all'articolo 10-ter, partecipa ad una rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, commessi da tre o più persone riunite, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Ai fini del periodo precedente, costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza. Coloro che promuovono, organizzano o dirigono la rivolta sono puniti con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni. Se il fatto è commesso con l'uso di armi, la pena è della reclusione da uno a cinque anni nei casi

crimmigratorie: l'uso della privazione della libertà personale per scopi legati alla disciplina migratoria e il "penale migratorio". Sulla riconduzione a quest'ultimo segmento della *crimmigration* sarà necessario formulare qualche precisazione, non prima, però, di aver fornito minime indicazioni di fondo utili a inquadrare il nuovo delitto.

Si tratta, come anticipato, di una fattispecie il cui precetto è pressocché identico a quello della speculare ipotesi di rivolta nelle carceri[139]: a distinguerle in questa componente è, invero, soltanto la selezione dei luoghi di commissione e, di conseguenza, dei potenziali soggetti attivi[140]. Quanto, invece, al versante sanzionatorio, il delitto in commento è punito meno severamente rispetto all'altro, eccezion fatta per le ipotesi aggravate da evento lesivo grave o gravissimo, ovvero mortale, le quali sono invece sanzionate in egual modo in entrambe le fattispecie[141].

Non ci si concentrerà qui, nel dettaglio, sugli elementi di sovrapposizione con il delitto di rivolta nelle carceri. Al contrario, l'attenzione sarà puntata sugli aspetti differenziali allo scopo di leggere, in un secondo momento, la scelta incriminatrice attraverso la lente delle logiche *crimmigratorie* evocate in apertura.

---

previsti dal primo periodo e da due a sette anni nei casi previsti dal terzo periodo. Se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, una lesione personale grave o gravissima, la pena è della reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal primo periodo e da quattro a dodici anni nei casi previsti dal terzo periodo; se, quale conseguenza non voluta, ne deriva la morte, la pena è della reclusione da sette a quindici anni nei casi previsti dal primo periodo e da dieci a diciotto anni nei casi previsti dal terzo periodo. Nel caso di lesioni gravi o gravissime o morte di più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti».

[139] Nuovo art. 415 *bis* Cp, rubricato come *Rivolta all'interno di un istituto penitenziario*, introdotto dall'art. 26 del decreto sicurezza. Su questa fattispecie e su quella in commento v. D. Bianchi, *I reati di rivolta: una novità (potenzialmente) sovversiva*, in *DPP* 2025, 906 ss.; R. De Vito-P. Gonnella, *La nonviolenza al banco degli imputati: anatomia del reato di rivolta*, in *www.questionegiustizia.it*, 14.1.2026. Ancora, seppur con riferimento alla formulazione inizialmente contenuta nel D.d.l. 1660/C recante *Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*, v. C. Pasini, *Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti*, in *SP* 2024, 121 ss.; M. Porchia, *Il reato di rivolta nelle strutture di trattenimento e accoglienza per i migranti: una lettura costituzionalmente orientata alla luce del diritto internazionale e dell'Unione Europea*, in *www.questionegiustizia.it*, 30.1.2025.

[140] A parere di C. Pasini, *op. cit.*, 122, si tratta di reati propri. Dello stesso avviso è Ufficio del Massimario, *Relazione su normativa*, 23 giugno 2025, 61 e 86. Li considera, invece, reati comuni D. Bianchi, *op. cit.*, 907, pur precisando che «i destinatari "naturali" delle nuove incriminazioni sono certamente i soggetti che si trovano ristretti, rispettivamente, negli istituti penitenziari e nei centri di trattenimento amministrativo, dunque detenuti o internati, da un lato, e migranti in attesa di espulsione o non collaboranti all'identificazione, dall'altro».

[141] Nel caso dell'art. 415 *bis* Cp, la partecipazione è punita con la reclusione da uno a cinque anni; da due a sei se il fatto è commesso con l'uso di armi ovvero se si verifica, come evento non voluto, una lesione personale grave o gravissima; da sette a quindici anni se, come conseguenza non voluta, si verifica la morte. La promozione, organizzazione e direzione della rivolta in carcere sono invece punite con la reclusione da due a otto anni; da tre a dieci se il fatto è commesso con l'uso di armi; da quattro a dodici anni se si verifica, come evento non voluto, una lesione personale grave o gravissima; da dieci a diciotto anni se, come conseguenza non voluta, si verifica la morte. Nel caso, invece, della fattispecie qui in commento, la partecipazione è punita con la reclusione da uno a quattro anni; da uno a cinque se il fatto è commesso con l'uso di armi; da due a sei anni se si verifica, come evento non voluto, una lesione personale grave o gravissima e da sette a quindici anni se, come conseguenza non voluta, si verifica la morte. La promozione, organizzazione e direzione della rivolta sono punite con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni; da tre a dieci se il fatto è commesso con l'uso di armi; da quattro a dodici anni se si verifica, come evento non voluto, una lesione personale grave o gravissima; da dieci a diciotto anni se, come conseguenza non voluta, si verifica la morte. Sulle (possibili) ragioni di tale disparità di trattamento sanzionatorio si è letto, provocatoriamente, l'affiorare di un «rimorso appena percepibile», di un «dubbio etico che si manifesta nella differenza di pena», quasi a dimostrare la consapevolezza che «quelle strutture non dovrebbero sopportare lo stesso peso punitivo dell'istituzione penitenziaria, poiché non appartengono al diritto penale e penitenziario, ma a un limbo giuridico più fragile e discutibile», R. De Vito-P. Gonnella, *op. cit.*, 6.

5.1. L'elemento differenziale, con riferimento al precetto, è dunque quello dei luoghi di commissione e dei potenziali soggetti attivi. Le due ipotesi si distinguono sotto questo profilo giacché la rivolta nelle carceri può essere commessa, in tutte le sue diverse forme, da chiunque vi si trovi, mentre quella nei CPR[142] e negli *hotspot*[143] può esser realizzata, quantomeno sottoforma di partecipazione, sì da «chiunque» ma soltanto «durante il trattenimento» in uno di questi due centri[144]. Detto altrimenti, mentre autore o autrice di una condotta di rivolta in istituto penitenziario - tanto in forma di partecipazione quanto di promozione, organizzazione e direzione - può essere non solo chi vi si trovi in stato di detenzione ma anche «chi dall'esterno entri in istituto […] per svolgere quel ruolo di partecipazione all'attività risocializzante che l'ordinamento esige dalla società civile»[145], nel caso invece del delitto in commento, quantomeno nell'ipotesi di partecipazione semplice, la cerchia dei soggetti attivi si restringe alle sole persone in quei luoghi trattenute[146].
Ora, su *chi* siano queste persone trattenute, e su *che cosa* siano quei luoghi e, quindi, su quali presupposti si regga il trattenimento, con quali modalità avvenga e in quali strutture si realizzi, occorre spendere qualche parola.
Quanto al primo aspetto, siccome la norma si rivolge, principalmente, a due insiemi - persone trattenute nei CPR e persone trattenute negli *hotspot* - bisogna considerare come, da un lato, all'interno di questi insiemi si possano definire ulteriori sottoinsiemi, anche in potenziale osmosi; e come, dall'altro lato, non sia tanto il dato della irregolarità a fungere da comune denominatore, bensì altri caratteri che trasversalmente queste categorie attraversano. Questi caratteri, allora, meritano di essere messi in risalto per determinare quali siano le reali funzioni dei trattenimenti e, di conseguenza, più attentamente inquadrare il ruolo della fattispecie incriminatrice in esame.
Quanto al secondo profilo, è quasi scontato che un commento critico della fattispecie non possa prescindere da un richiamo, sintetico ma puntuale, alle diverse criticità, in parte comuni, di queste forme di privazione della libertà personale, non foss'altro perché ribadite di recente dalla Corte EDU, rispetto agli *hotspot*, e, ancor più di recente, dalla Corte Costituzionale rispetto ai CPR. Infine, nel descrivere l'ambientazione delle condotte oggetto di incriminazione, non si possono altresì ignorare le caratteristiche dovute al vero e proprio dato spaziale e geografico, nonché al potenziale carattere di extraterritorialità che ad oggi tali detenzioni possono assumere.

5.1.1. La prima questione cui occorre dare risposta è quindi la seguente: chi sono i soggetti attivi del reato? E, più precisamente, chi sono le persone trattenute?
All'insieme di coloro che potenzialmente subiscono un trattenimento nei CPR già si è fatto, in parte, riferimento. Più volte si è fatto richiamo alle persone prive (e a quelle potenzialmente deprivabili) della cittadinanza italiana, destinatarie di un respingimento – conseguente all'ingresso irregolare – o di una delle varie forme espulsione che costellano il sistema. Tra queste ultime, in particolare, sono state annoverate non solo le espulsioni legate alla mera irregolarità dell'ingresso o della presenza sul territorio (originaria o derivata)[147], ma anche

[142] I centri di cui all'art. 14 TuImm.
[143] I centri di cui all'art. 10 *ter* TuImm.
[144] Non sono esplicitamente ricondotti a questa cerchia, invece, i soggetti attivi delle ipotesi di promozione, organizzazione o direzione della rivolta.
[145] R. De Vito-P. Gonnella, *op. cit.*, 7.
[146] Anche perché, si è provocatoriamente osservato, nei CPR «salvo la forza pubblica e qualche sporadico addetto, non entra nessuno. Non c'è società civile, non ci sono spazi di interazione con l'esterno», *ibid.*
[147] Si tratta dell'espulsione amministrativa prefettizia, di cui all'art. 13, II co. TuImm, suscettibile di trovare

quelle eventualmente applicate alle persone irregolari come pene sostitutive anche di quelle irrogate per violazioni non riconducibili al penale migratorio[148]. Ancora, già si è fatto cenno alle espulsioni direttamente applicate a prescindere dalla sussistenza di uno stato di irregolarità amministrativa (ovvero a prescindere dal possesso di un regolare titolo di soggiorno), a vario titolo, per ragioni di sicurezza e ordine pubblico, da parte dell'autorità vuoi amministrativa vuoi giudiziaria[149].

Ebbene in questo eterogeneo macro-gruppo, composto da persone straniere originariamente, o successivamente divenute, indesiderate e quindi da allontanare, la disciplina del testo unico seleziona alcune categorie cui è comunque preclusa la possibilità di richiedere il (e accedere al) rimpatrio volontario[150]. La selezione, segnatamente, avviene in base a tre criteri[151]:

1) *pericolosità*, o direttamente conclamata dal titolo che fonda l'allontanamento o indirettamente testimoniata dalla presenza di una condanna penale[152];

2) "*scarsa affidabilità*", desunta da una serie di indici (es. domanda di soggiorno fraudolenta o infondata, inottemperanza al termine inizialmente concesso per l'allontanamento spontaneo etc.);

3) sussistenza di un *rischio di fuga* (*rectius* di sottrazione all'esecuzione dell'allontanamento), anch'esso da desumersi da una serie di indici tassativi (es. mancato possesso del passaporto o di altro documento equipollente, in corso di validità; mancanza di idonea documentazione atta a dimostrare la disponibilità di un alloggio ove possa essere agevolmente rintracciato; avere in precedenza dichiarato o attestato falsamente le proprie generalità etc.)[153].

In tutte queste ipotesi, l'allontanamento avviene «con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica», ordinato dal questore con provvedimento soggetto alla convalida del Giudice di pace[154]. E, qualora l'accompagnamento non possa eseguirsi con immediatezza, la persona da allontanare, appartenente a quel sottogruppo, può subire un "trattenimento"[155] nei CPR, vale a dire: una privazione della libertà personale[156], anch'essa ordinata con

---

applicazione anche nei casi di mancato rinnovo del permesso, eventualmente, come ricordato, anche a causa della realizzazione di uno dei cd reati ostativi (in questo senso irregolarità derivata).

[148] Art. 16 TuImm. Aggiungiamo qui ch'essa è suscettibile di assumere, ancora con esclusivo riferimento alla persona straniera irregolare, anche la veste di misura alternativa alla detenzione (art. 16, comma 5 TuImm) applicabile dal magistrato di sorveglianza laddove questi debba scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni.

[149] Su cui ci siamo già soffermate *supra*, par. 4.2. A tutte queste ipotesi occorre altresì aggiungere quelle di allontanamento della persona cittadina europea di cui all'art. 20 del d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 30. Si tratta di un allontanamento dovuto agli stessi motivi che possono fondare un divieto di ingresso (motivi di sicurezza dello Stato; motivi imperativi di pubblica sicurezza; altri motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza) o, ancora, di un allontanamento disposto in via facoltativa dal giudice nei casi nei quali la persona è destinataria di una sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta per un reato non colposo, quando si ritiene di dover irrogare la pena della reclusione entro il limite di tre anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena, nel rispetto di alcuni criteri indicati nella stessa disposizione.

[150] Forma di allontanamento che, nel nostro impianto normativo, non rappresenta la regola, bensì l'eccezione, giacché ad essa si fa seguito non solo ove non ricorrano i presupposti qui enucleati ma, in generale, soltanto se la persona faccia espressamente richiesta di un termine per la partenza volontaria (art. 14, IV co., lett. *g* che richiama il comma 5.1).

[151] La tripartizione è mutuata da G. Campesi-G. Fabini, *La detenzione della «pericolosità migrante»*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 2017, 519.

[152] Art. 13, co. IV, lett. *a* e *f*.

[153] Art. 14, co. 4 *bis* TuImm.

[154] Art. 13, co. 5 *bis* TuImm.

[155] Il legislatore evita accuratamente di utilizzare il termine detenzione: lo rimarca, di recente, A. Della Bella, *"Trattenimento"*, in C. Piergallini-G. Mannozzi-C. Sotis-C. Perini-M.M. Scoletta-F. Consulich (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero, III - Parole dal lessico di uno studioso*, Milano 2022, 1952.

[156] Come da ultimo puntualizzato dalla Corte Costituzionale: «[…] la misura del trattenimento dello straniero

provvedimento del questore soggetto alla convalida dal Giudice di pace, suscettibile di protrarsi, in presenza di determinate circostanze, fino a 180 giorni[157]. I fattori dai quali dipende l'adozione di questa misura hanno diversa natura e, senza dubbio, assicurano ampi margini di manovra all'autorità amministrativa[158]. Si spazia da ragioni legate alla (più o meno) oggettiva difficoltà nella realizzazione immediata del rimpatrio[159] alla sussistenza di un rischio di fuga[160]. Di certo c'è, comunque, che si esclude l'applicazione di misure meno afflittive rispetto al trattenimento – consegna del passaporto, obbligo di dimora etc. – quando si procede all'espulsione per ragioni legate alla (presunta) pericolosità del soggetto[161].
Questo primo macro-gruppo di persone non esaurisce la platea di chi può potenzialmente subire un trattenimento nei CPR. Siccome ai trattenimenti di natura pre-espulsiva[162] si sono progressivamente affiancati, a partire dal 2015, trattenimenti legati invece alle procedure di asilo[163], all'insieme appena analizzato se ne aggiunge un altro, composto da alcune categorie di persone straniere richiedenti protezione internazionale[164].

---

presso centri di permanenza e assistenza comporta una situazione di "assoggettamento fisico all'altrui potere". Tale condizione "è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale" (sentenze n. 212 del 2023, n. 127 del 2022 e n. 105 del 2001)»; «Il trattenimento dello straniero, dunque, in quanto misura incidente sulla libertà personale, non può essere adottato al di fuori delle garanzie dell'art. 13 Cost., essendo da ricondurre alle "altr[e] restrizion[i] della libertà personale", di cui pure si fa menzione nel secondo comma di tale articolo», C. Cost., Sent. n. 96 del 9.06.2025, par. 9, in www.cortecostituzionale.it. Su questa decisione torneremo *infra*, per un commento v. G. Savio, *Incostituzionalità accertata e non dichiarata: che fare? Note a margine della sentenza n. 96/2025 della Corte Costituzionale*, in *DIC* 2025, 1 ss.; F. Pisconti, *Il vero volto della detenzione amministrativa tra natura afflittiva e garanzie costituzionali. Note sulla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 96/2025*, in *ADiM Blog*, settembre 2025; F. Biondi Dal Monte, *La detenzione amministrativa vìola la riserva di legge (ma spetta al legislatore rimediare)*, in *QuadCost* 2025, 711-715.

[157] Art. 14, co. 5 TuImm, così come modificato, da ultimo, dall'art. 20 del decreto-legge n. 124 del 19 settembre 2023, convertito con modificazioni dalla L. 13 novembre 2023, n. 162. Ovviamente, si tratta del termine complessivo, comprendente anche le eventuali proroghe del trattenimento soggette, di volta in volta, dal Giudice di Pace.

[158] Al questore è invero accordata una discrezionalità molto ampia: secondo autorevole Autrice, il catalogo delle ipotesi legittimanti l'emissione del provvedimento di cui all'art. 14 Tuimm non è tassativo il che sostanzialmente elide la possibilità per il giudice della convalida di discostarsi dalla decisione assunta dalla pubblica autorità, cfr. E. Valentini, *Il proteiforme apparato*, cit., 245.

[159] Art. 14, I co. TuImm, necessità di prestare soccorso allo straniero o di effettuare accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità ovvero di acquisire i documenti per il viaggio o la disponibilità di un mezzo di trasporto idoneo.

[160] Art. 13, co. 4 *bis* richiamato dall'art. 14, comma 1 TuImm.

[161] Art. 14, co. 1 *bis* TuImm, ove si richiama, oltre alle già menzionate espulsioni di tale natura, anche l'ipotesi di espulsione dello stesso tenore della persona titolare di un permesso di soggiorno di lungo periodo (art. 9, co. 10 TuImm).

[162] *Pre-removal detention* ovvero *Detention for the purpose of return*, quest'ultima la denominazione adottata nella cd direttiva rimpatri (Chapter IV, Art. 15, Directive 2008/115/Ec of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals).

[163] *Asylum detention* e *Detention for the purpose of transfer*: a livello di fonti europee, la prima forma di detenzione è prevista, a determinate condizioni, dall'art. della Direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, la seconda dall'art. 18 del reg. (UE) n. 604/2013 (cd. Regolamento Dublino III). Per una recente panoramica sulla disciplina europea dei trattenimenti, nonché sulla correlata giurisprudenza eurounitaria v. L. Bernardini, *«Libertà va cercando…». una detenzione "atipica", uno "scontro" tra corti: quali prospettive per i migranti detenuti in Europa?*, in www.lalegislazionepenale.eu, 3.12.202 e, più di recente, Id, *Trattenuti, criminalizzati e poi (forse) espulsi: il futuro della detenzione amministrativa nel diritto dell'Unione Europea*, in M.G. Coppetta (a cura di), *Immigrazione, libertà personale, diritti fondamentali*, Padova 2023, 57 ss.

[164] Per dare un'idea del progressivo ampliamento della platea dei soggetti trattenibili nei CPR, è utile riportare la sintetica ricostruzione di Giulia Fabini: «[d]al 2015, all'interno dei CPR sono state introdotte nuove categorie di individui. Inizialmente, sono stati inclusi i richiedenti asilo considerati pericolosi o a rischio di fuga.

Tali categorie si rivelano, peraltro, in certa misura speculari a quelle dei destinatari e delle destinatarie di un accompagnamento coattivo, viste poco fa. Queste ricomprendono persone richiedenti protezione classificabili come: 1) *pericolose* e/o *criminali*[165]; 2) *scarsamente affidabili* in un senso però diverso, legato all'idea di una domanda di protezione "abusiva", "pretestuosa"[166]; 3) a *rischio di fuga*, categoria, quest'ultima, intesa in senso assai ampio fino al punto di ricomprendervi anche la persona richiedente protezione che rifiuti reiteratamente di sottoporsi alle operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico all'interno dei punti di crisi[167]. Ad esse si aggiungono due ulteriori componenti: da un lato, quella delle persone richiedenti che non è stato possibile identificare o di cui non sia stato possibile determinare la cittadinanza durante un primo trattenimento in un *hotspot*[168]; dall'altro, coloro che subiscono la cd *Detention for the purpose of transfer* in un altro paese UE competente per le procedure di asilo, ove sussista un pericolo di fuga[169].

In tutte queste ipotesi di sostanziale assimilazione della persona richiedente alla figura dello straniero o straniera indesiderata/irregolarizzata (assimilazione peraltro, inizialmente, incentivata dall'implementazione del cd approccio *hotspot*[170]), il trattenimento, comunque disposto con provvedimento del questore, è soggetto nondimeno alla convalida da parte della Corte d'Appello[171]. Ciò accade anche nel caso in cui il titolo del trattenimento muti "in corso d'opera", perché la domanda di protezione viene presentata dalla persona già trattenuta giacché destinataria di respingimento o espulsione[172]. A differenza del trattenimento pre-espulsivo visto in precedenza, la privazione della libertà personale dipende questa volta esclusivamente dall'appartenenza a una delle categorie ricordate sopra e non anche da ulteriori fattori. Il solo

---

Successivamente, nel 2018, sono stati aggiunti i richiedenti che rifiutano di rilasciare le impronte digitali o che necessitano di identificazione. Nel 2020, la lista si è estesa ai cittadini provenienti da paesi considerati sicuri o con cui l'Italia ha accordi di riammissione. Infine, nel 2023, sono state incluse le persone soggette alle procedure accelerate di frontiera, nonché quelle coinvolte nei processi di riammissione in base al sistema di Dublino», G. Fabini, *I numeri della detenzione amministrativa in Italia*, in *ADiM Blog*, Marzo 2024, 5.

[165] Art. 6, co. 2, lett. *a*, *b*, *c*, d.lgs. n. 142 del 2015.

[166] Art. 6, co. 2, lett. a *bis* (domanda reiterata in fase di allontanamento, art. 29 *bis* d.lgs. 25/2008), e co. 3 d.lgs. cit. (domanda presentata in attesa di espulsione/respingimento). Art. 6, co. 2, lett. *d*. Si tratta dei casi in cui la domanda «è ritenuta esclusivamente strumentale, vale a dire presentata "*al solo scopo di ritardare o impedire l'esecuzione del respingimento o dell'espulsione*"»; considerato che «qualunque richiesta di protezione è evidentemente finalizzata a prevenire il rimpatrio, l'elemento qualificante della previsione è racchiuso in quell'espressione – "*al solo scopo*" – che andrebbe conseguentemente valorizzata», M. Veglio, *La restrizione amministrativa della libertà personale del richiedente asilo, prima, durante e dopo il processo di protezione*, in *QuestG* 2018, 173.

[167] Art. 10 *ter*, co. 3, TuImm.

[168] Art. 6, co. 3 *bis*, ultimo periodo, d.lgs. cit. per un periodo massimo di novanta giorni, prorogabili per altri trenta giorni qualora lo straniero sia cittadino di un Paese con cui l'Italia abbia sottoscritto accordi in materia di rimpatri.

[169] Art. 6 *ter*, d.lgs. 18.8.2015 n. 142.

[170] Tale approccio, infatti, «presupporrebbe la possibilità di separare immediatamente i migranti arrivati alle frontiere europee e riconoscibili come *in clear need of protection*, - quando la media Eurostat delle protezioni internazionale concesse ai loro gruppi nazionali di appartenenza (una media che non considera le decisioni dei tribunali dopo eventuali ricorsi ma solo le valutazioni delle Commissioni) supera il 75% - dagli "altri" richiedenti asilo e dalle persone da respingere immediatamente», e, in Italia, si era tradotto «nella consegna, presso i centri-hotspot siciliani, di centinaia di decreti di respingimento differito ex art. 10, comma 2, d.lgs 25 luglio 1998, n. 286, emessi senza alcuna reale valutazione delle posizioni individuali, a migliaia di persone considerate genericamente "migranti economici"», A. Sciurba, *Ai confini dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'*hotspot *alla decisione della Commissione territoriale*, in *QuestG* 2018, 149. Sul tema della irregolarizzazione dei migranti umanitari v. poi M. Van Houte-Z. Kasli-A. Leerkes, *Introduction: Irregularized Humanitarian Migrants—Policies, Rationales, and the Search for More Durable Solutions*, in *Journal of Refugee Studies* 2023, 315 e ss.

[171] Art. 6, co. 5 d.lgs. 142/2015 e art. 10 *ter*, co. 3 TuImm.

[172] Si noti che però, nelle more del giudizio di convalida, la persona rimane *in vinculis*.

fatto di appartenervi legittima la privazione della libertà personale, circostanza che si riverbera immediatamente sulla arbitraria durata del trattenimento[173]. Sotto questo profilo temporale, si tratta ancora una volta di una privazione di durata tutt'altro che esigua poiché suscettibile, nella maggior parte degli scenari, di protrarsi fino a 12 mesi[174].

Questa rapida disamina consente di mettere in luce un primo dato: la popolazione dei centri per i rimpatri, almeno sulla carta, è decisamente eterogenea se classificata in base ai presupposti di applicazione, non solo dei diversi trattenimenti, ma anche delle diverse forme di espulsione, principale antecedente logico necessario dell'ordine di trattenimento pre-espulsivo. Occorre però considerare, in ogni caso, che, a prescindere dal titolo su cui si fonda la privazione della libertà personale nei CPR, è ad oggi, per espressa previsione normativa[175], data priorità al trattenimento di alcune categorie trasversali di trattenibili. Segnatamente, oltre a coloro che siano cittadini di Paesi terzi con i quali sono vigenti accordi di cooperazione o altre intese in materia di rimpatrio, o che provengano da essi, deve darsi precedenza alle persone considerate «una minaccia per l'ordine e la sicurezza pubblica» nonché a quelle condannate, anche con sentenza non definitiva, per i reati ostativi all'ingresso[176] o al rinnovo del permesso di soggiorno, nonché suscettibili di fondarne una revoca[177].

Se ne desume che il trattenimento nei CPR, già a monte, non è pensato in via prioritaria per tutte/i coloro che sono attinte/i da un ordine di espulsione, specie in violazione delle fattispecie del testo unico rivolte contro la persona migrante o che, comunque, non rispettano i requisiti amministrativi legittimanti l'accesso e la permanenza (quelli per così dire formali e non correlati alla sfera penale ovvero della prevenzione). E nemmeno è prioritariamente indirizzato a tutte le persone richiedenti asilo sostanzialmente equiparate alle persone irregolari (*rectius* irregolarizzate)[178].

Al contrario, da un lato, principalmente vi sarà destinata/o chi, in entrambe le ipotesi, avrà più *chances* di essere rimpatriata/o. D'altra parte, però, precedenza si accorda parimenti al trattenimento di chi, anche a prescindere dall'aver fatto ingresso irregolarmente o dal soggiornare regolarmente, "disobbedisca" (o non possa ammettersi) al patto instaurato (o ancora da instaurarsi) con la realtà di ricezione per aver commesso alcuni reati comuni (magari anche non gravi e, a volte, nemmeno accertati in via definitiva), oppure per aver realizzato comportamenti disturbanti o pericolosi. Questo secondo titolo di precedenza suona assai meno logico giacché prescinde dalla sussistenza di accordi per i rimpatri e dunque, evidentemente, non si rivela in prima battuta funzionale ad assicurare il successo della procedura di allontanamento.

Considerato questo dato, e considerati altresì i dati resi disponibili dalla ricerca empirica[179], viene da pensare, con non poche perplessità e inquietudini, che in fondo i CPR siano *anche* utilizzati come surrogati del carcere. Più precisamente, si assiste, da tempo, alla tendenziale «trasformazione del trattenimento in una misura preventiva detentiva atipica: una misura preventiva *detentiva* (mentre le misure preventive possono al massimo assumere i connotati

[173] Art. 6, co. 1, lett. a che fa però riferimento a situazioni non transitorie, destinate a persistere. È un trattenimento ottativo.

[174] Art. 6, co. 8, d.lgs. cit.

[175] Art. 14, co. 1.1 TuImm introdotto con il d.l. 21.10.2020 n. 130. La disposizione comunque non fa che cristallizzare una prassi già invalsa da tempo di informale selezione delle persone da trattenere e riprende un'idea già emersa in precedenza, v. G. Campesi, *Ma a cosa servono davvero i CIE?*, in *Il Mulino*, 11.1.2017. Sul punto v. comunque *infra*, par. 5.4.

[176] Art. 4, comma 3, terzo periodo TuImm.

[177] Art. 5, co. 5 *bis* TuImm.

[178] Per questa precisazione v. N.P. De Genova, *Migrant "Illegality" and Deportability in Everyday Life*, in *Annual Review of Anthropology* 2002, 419-447.

[179] V. *infra*, par. 4.3.

restrittivi della sorveglianza speciale); una misura preventiva *atipica*, applicata dal questore e non dall'autorità giudiziaria, che va oltretutto a sommare un forte carico di afflittività all'espulsione applicabile dal prefetto nei confronti di soggetti ascrivibili alle categorie di pericolosità di cui agli artt. 1, 4 e 16 del codice antimafia»[180].
Sembra allora realistico ritenere, in seconda battuta, che anche da questa trasformazione, probabilmente, discenda la assimilazione tendenziale dei CPR all'istituzione penitenziaria – mai espressamente confessata, ma più volte informalmente emersa nel corso dell'evolversi del diritto dell'immigrazione[181] e da ultimo testimoniata proprio dalla nuova fattispecie incriminatrice qui in esame.

5.1.2. Venendo, invece, al secondo insieme, quello che ricomprende le persone presenti nei c.d. punti di crisi, occorre formulare una precisazione preliminare: in questa ipotesi, non vale l'equazione tra persone qui private della libertà personale e persone propriamente trattenute, come invece nel caso dei CPR. Non vi è dunque una perfetta sovrapposizione tra i due insiemi: chi subisce una privazione della libertà personale all'interno di un *hotspot* non è cioè necessariamente una persona ivi formalmente soggetta a trattenimento[182].
Non è detto, però, che la persona qui presente ma non trattenuta, che il legislatore definisce beffardamente come "ospite", non possa considerarsi, cionondimeno, soggetto attivo della fattispecie di rivolta: a livello strettamente letterale, per le ipotesi di promozione, organizzazione o direzione della rivolta, la norma non restringe espressamente la cerchia dei soggetti attivi a coloro che sono trattenute/i. Dunque, a meno di non voler adottare una - più che ragionevole ma forse non scontata - lettura di contesto, che ritenga implicita la riconduzione dei soggetti attivi della promozione, organizzazione e direzione allo stesso gruppo autore della partecipazione semplice, dovremmo necessariamente ammettere che tutte le persone presenti negli *hotspot*, e quindi anche quelle qui private della libertà personale ma non formalmente trattenute, possano rispondere delle forme di rivolta più severamente sanzionate. Lasciando da parte questa, pur non trascurabile, questione per i limiti del presente scritto, si può affermare che, in ogni caso, sicuramente potranno rispondere di tutte le forme di rivolta negli *hotspot* – partecipazione semplice, promozione, organizzazione e direzione – coloro che qui subiscono un trattenimento così formalmente qualificato dalla disciplina.
Bisogna allora considerare che le autorità conducono presso i punti di crisi le persone rintracciate in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunte nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare, allo scopo di prestare soccorso e prima assistenza, effettuare le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletiche e assicurare le informazioni in materia di asilo, ricollocazione in altri Stati

[180] E. Valentini, *Detenzione amministrativa e custodia cautelare in carcere: intersezioni, somiglianze, inaccettabili differenze*, in *AdiM Blog*, settembre 2020, 5, la quale altresì precisa che «[l]a genesi spontanea di criteri informali che guidano il questore nella scelta se applicare o meno la detenzione amministrativa contribuisce inevitabilmente a trasformare un istituto nato per confinare lo *straniero in quanto irregolare* in uno strumento che finisce per colpire lo *straniero in quanto soggetto socialmente pericoloso* (sulla scorta di una valutazione che viene però svolta scansando il procedimento di prevenzione)».
[181] Ivi, 4.
[182] «Ambienti fisici e definizioni giuridiche si sovrappongono ripetutamente, rendendo nei fatti speculativa la linea di demarcazione tra accoglienza e trattenimento. Prototipo di questo ambiente ibrido, nonché modello per analoghi *vuoti giuridici*, è l'*hotspot* – approccio, prima ancora che luogo -, al contempo sede di adempimenti burocratici (la raccolta delle impronte, l'informativa sull'asilo), di soccorso e prima assistenza, ma anche di trattenimento amministrativo, in particolare per la determinazione dell'identità degli stranieri e per i richiedenti protezione internazionale sottoposti alla cd. "procedura di frontiera"», M. Veglio, *La bestia tentacolare. Forme, tempi e luoghi del trattenimento degli stranieri in Italia*, in *QuestG* 2023, 127.

membri dell'Unione europea e rimpatrio assistito[183]. All'interno di questo gruppo possono subire un trattenimento soltanto: 1) le persone richiedenti protezione internazionale di cui deve essere determinata l'identità o la cittadinanza, per un periodo non superiore a 30 gg[184]; 2) le persone soggette alla cd procedura accelerata di frontiera, ovvero quella svolta direttamente alla frontiera o nelle zone di transito, se la domanda di protezione è qui presentata[185]. La procedura in parola è applicabile in diverse ipotesi[186], nelle quali la Commissione Territoriale è chiamata a decidere nel termine di 7 giorni dalla ricezione della domanda.
Questo secondo trattenimento, quello cioè di chi subisce una procedura accelerata, dovrebbe avere il solo scopo di «accertare il diritto ad entrare nel territorio dello Stato» (evidentemente, a seguito della recente riforma dello scorso anno, anche in via difatti differita) ed essere applicabile solo qualora: 1) non vi sia la consegna del passaporto o altro documento equipollente in corso di validità oppure 2) non si presti idonea garanzia finanziaria, ovvero nelle more del perfezionamento della procedura concernente la prestazione della garanzia finanziari[187]. Sotto il profilo temporale, la privazione della libertà che ne deriva non può protrarsi oltre il tempo necessario per lo svolgimento della procedura di frontiera e la convalida ne comporta la durata per un periodo massimo, non prorogabile, di quattro settimane[188]. Infine, per questo tipo di trattenimento negli *hotspot* si osservano gli stessi criteri di precedenza dettati per il trattenimento nei CPR, visti poco fa[189].
Attualmente, tale trattenimento si applica in tutte le ipotesi nelle quali ha luogo una procedura accelerata di frontiera, ovvero laddove la domanda sia presentata alla frontiera o nelle zone di transito[190], da parte di: 1) i soggetti pericolosi/criminali[191] e 2) soggetti che formulano una

[183] Questo ciò che prevede l'art. 10 *ter* TuImm, introdotto soltanto nel 2017 dal cd decreto Minniti-Orlando (Decreto-Legge 17 febbraio 2017, n. 13, convertito con modificazioni dalla L. 13 aprile 2017, n. 46). Si noti che l'istituzione informale dei centri di crisi risale alla cd *Tabella di marcia* del 2015 che non li definisce apertamente per quello che sono: centri chiusi, di effettiva privazione della libertà personale. Pur a fronte di tale natura coartante, gli *hotspot* nascono come «un prodotto di *soft law*» (così R. Carta, *Il* migration management*: strumento di gestione o di controllo del fenomeno migratorio?*, in *Forumcostituzionale.it*, 30.7.2017, 12) e l'assenza di una – comunque flebile e insoddisfacente - copertura normativa di rango primario si protrae fino al 2017.
[184] Art. 6, co. 3 *bis* d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142, primo periodo (la cui introduzione si deve all'art. 3 del d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, per un primo commento M. Daniele, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *DPenCont* 2018, 95 ss.), e poi, come visto, possono eventualmente subire un trattenimento successivo nei CPR al persistere di quelle difficoltà di identificazione.
[185] Art. 6 *bis*, d.lgs. cit. che richiama la procedura di cui all'art. 28 *bis*, co. 2 *bis*, d.lgs. 28 gennaio 2008. Ipotesi di trattenimento aggiunta dal Decreto-Legge 10 marzo 2023, n. 20 (cd. Cutro 1), art. 7 *bis*. Per un commento relativo a questo tipo di procedure si rinvia a N. Morandi, *Le procedure accelerate per l'esame della domanda di protezione internazionale: analisi dell'art. 28*-bis*, d.lgs. n. 25/2008*, in *DIC* 2020, 146 ss. e, più di recente, dopo la riforma apportata dal dl n. 20/2023, ad A. Brambilla, *Le nuove procedure accelerate di frontiera. Quali prospettive in un'ottica di genere?*, in *QuestG* 2023, 134 ss. e, con precipuo riferimento alla provenienza dai cd Paesi sicuri, M. Flamini, *La protezione dei cittadini stranieri provenienti da cd. «Paesi sicuri» in seguito alle modifiche introdotte dal dl n. 20 del 2023*, ivi, 101 ss. Sul trattenimento associato alla procedura accelerata si veda invece E. Valentini, *Il trattenimento in Italia, tra passato, presente e futuro: verso un ricorso massiccio alla detenzione amministrativa?*, in *ADiM Blog*, Ottobre 2023.
[186] Elencate ai commi 1 e 2 dell'art. 28 *bis*, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, v. *infra* nel testo.
[187] Detta idonea garanzia finanziaria è stata determinata con D.M. del ministero Interno, 14 settembre 2023, e fissata in € 4.938,00.
[188] Oltre che in appositi locali allestiti negli *hotspot*, in caso di arrivi consistenti e ravvicinati il trattenimento può avvenire in un CPR (così come nell'ipotesi in cui la persona non cooperi al rilevamento dei dati biometrici).
[189] Tutti questi aspetti sono precisati nell'art. 6 *bis* del d.lgs. 142/2015.
[190] Individuate con decreto del Ministro dell'interno (art. 28 *bis*, comma 4, d.lgs. 142/2015).
[191] Art. 28 *bis*, co. I, lett. *b* d.lgs. 28 gennaio 2008: si tratta di persone sottoposte a procedimento penale per reati ostativi al riconoscimento delle varie forme di protezione (artt. agli articoli 12, comma 1, lettera c, e 16, comma 1, lettera d *bis* del decreto legislativo 19 novembre 2007, n. 251), quando ricorrono le stesse condizioni per il trattenimento del richiedente nel CPR rientrante nelle categorie di pericolosi/criminali ovvero persone che siano

domanda considerata "*pretestuosa*", per svariate e discutibili ragioni: o perché, ad esempio, presentano quest'ultima dopo essere stati fermati dalle autorità o durante una procedura di allontanamento ovvero la reiterano[192] o dopo essere stati fermati o state fermate per avere eluso o tentato di eludere i controlli di frontiera ovvero la presentano tardivamente; o, ancora, perché si ritiene presentino una domanda (in ipotesi) destinata all'insuccesso giacché provenienti da un «[p]aese designato di origine sicuro»[193]. Prima della riforma del maggio scorso[194], era invece ammesso il trattenimento soltanto di chi presentava domanda alla frontiera o nelle zone di transito 1) dopo essere stato fermato o stata fermata per avere eluso o tentato di eludere i relativi controlli oppure 2) provenendo da un Paese designato di origine sicuro.

5.1.3. In chiusura a questa rassegna sulle figure interessate dal delitto, occorre formulare una piccola precisazione per poi passare ai luoghi di ambientazione delle condotte. Bisogna cioè precisare che, anche limitando la cerchia dei soggetti attivi al gruppo di coloro che in questi centri sono formalmente trattenuti e trattenute, non è comunque l'irregolarità a fungere da comune denominatore. La precisazione è d'obbligo perché questo è quel che invece pare sostenere il legislatore, quando, nella relazione di accompagnamento, afferma che «[l]'articolo 27 introduce un nuovo reato finalizzato a reprimere gli episodi di proteste violente da parte di *gruppi di stranieri irregolari* trattenuti nei centri di permanenza per i rimpatri o nei punti di crisi […]»[195]. L'affermazione sconta qualche sfocatura concettuale, perché l'irregolarità - leggasi, da un lato, accesso senza visto, e, dall'altro, permanenza senza titolo di soggiorno - non è affatto un fattore trasversale di comunanza delle persone trattenute.
In primo luogo, è necessario ribadirlo, alcune espulsioni colpiscono persone che regolarmente soggiornano, e, d'altra parte, gli automatismi espulsivi si innestano anche su vicende di regolarità originaria; dunque, casomai, e ammesso che queste qualifiche abbiano un senso, più

state condannate per quei delitti.

[192] Art. 28 *bis*, co. I, lett. *a* (domanda reiterata); co. 2 lett. b, d, e, e *bis*, d.lgs. 25/2008.

[193] Art. 28 *ter*, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25, cui fan rinvio le lettere b *bis* e c del comma 2 dell'art. 28 *bis*, d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25. L'elenco dei paesi sicuri è ora contenuto all'art. 2 *bis*, co. 1 di tale decreto mentre, in precedenza, era adottato con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, in base ai criteri definiti dal successivo comma 2. La modifica è dovuta al dl 11.10.2024, n. 145, convertito, con modificazioni, dalla legge 9.12.2024, n. 187. L'elenco comprende i seguenti paesi: Albania, Algeria, Bangladesh, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Costa d'Avorio, Egitto, Gambia, Georgia, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Perù, Senegal, Serbia, Sri Lanka e Tunisia. Com'è noto, la modifica ha altresì interessato il comma 2 dell'articolo: segnatamente, essa ha espunto il riferimento alle parti del territorio, lasciando il solo riferimento a 'categorie di persone' per stabilire eccezioni alla presunzione di "sicurezza" del paese. Non è possibile soffermarsi qui sulla vicenda giudiziaria che si è originata su questa disciplina, per una sintesi si veda B. Cortese, *Dai paesi (terzi) di origine sicuri a un paese fondatore non più così sicuro del suo posto nel diritto dell'unione: riflessioni a margine di corte di giustizia, sentenza 1° agosto 2025, cause riunite c-758/24 e c-759/24, Alace e Canpelli*, in *DIC* 2025, 1 e ss.; M. Savino, *Il Diritto è morto? Lunga vita al Diritto! Come la Cassazione ha risolto il rebus dei Paesi sicuri e quali implicazioni trarne*, in *ADiM Blog*, dicembre 2024; F.L. Gatta, *Intrigo internazionale: il complesso intreccio giurisprudenziale sulla nozione di «Paese sicuro» tra Roma, Lussemburgo e Strasburgo*, in *SIDI Blog*, 19.1.2025.

[194] Introdotta con il decreto-legge 28 marzo 2025, n. 37 per come modificato dalla l. 23 maggio 2025, n. 75 (intervento di riforma che, com'è noto, estende la categoria di persone che possono essere condotte nelle strutture in Albania, includendovi coloro i quali sono destinatari di provvedimenti di trattenimento convalidati o prorogati. La riforma apporta perciò modifiche rilevanti anche alla legge L. 21 febbraio 2024, n. 14, Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno.

[195] Camera dei Deputati, Relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione in legge del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, recante disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario, presentato l'11 aprile 2025, A.C. 2355, 31.

corretto sarebbe ritenere costoro persone *irregolarizzate* a valle al solo di scopo di poterle allontanare – o magari solo trattenere per un po', magari dopo aver già scontato una pena detentiva.
D'altra parte, poi, una persona richiedente protezione, al netto delle modalità legali o meno di ingresso e del tipo di procedura cui la sua domanda sia sottoposta, mai potrà dirsi irregolare almeno fintantoché la sua domanda non sarà definitivamente rigettata e sarà spirato il termine per regolarizzare altrimenti la sua posizione ovvero allontanarsi[196]. Ne deriva che la qualifica di irregolare è incompatibile con lo *status* di richiedente, anche laddove questi subisca una delle varie forme di *asylum detention*. Oltretutto, è appena il caso di notarlo, tale qualifica diviene oltremodo offensiva e intollerabile quando attribuita a chi si consideri proveniente da un paese designato come sicuro, a prescindere dal momento in cui la domanda è presentata ovvero dall'aver tentato o meno di eludere i controlli di frontiera. La categoria dei paesi sicuri, invero, è nata al solo scopo di rendere massa l'individuo e trattare la sua domanda in maniera più rapida e sommaria, trincerandosi dietro al fragile scudo di assurde e aprioristiche presunzioni di infondatezza della domanda[197].
Insomma, questa enfasi sul dato dell'irregolarità, usato a mo' di giustificazione maldestra dell'intervento criminalizzante, sembra suggerire l'idea di un paradossale uso per l'appunto "giustificante" del reato proprio, per non dire del penale d'autore. Quasi che, in fin dei conti, quella irregolarità riesca a rendere più digeribile l'iniziativa criminalizzatrice e, soprattutto, far distogliere lo sguardo dall'unico dato davvero rilevante e trasversale a questi gruppi di persone: la sottoposizione a una disperante privazione della libertà meno garantita e più oggettivizzante rispetto alla, già enormemente degradante, detenzione carceraria[198].

---

[196] V. da ultima Cass. 30.12.2025 n. 34804, in *DeJure*: «[i]l richiedente asilo ha diritto di permanenza (temporanea) sul territorio nazionale (art 7 D.Lgs. 25/2008, art 9 Direttiva UE 2013/32) pur quando si tratti di richiedente asilo cd. secondario, vale a dire colui che ha presentato la domanda dopo un provvedimento di espulsione o respingimento. La possibile strumentalità della domanda di asilo presentata da soggetto già attinto da decreto di espulsione consente di derogare alla procedura ordinaria, e di trattare la causa con la cd. procedura accelerata (art. 28-bis D.Lgs. 25/2008) ma non di derogare al principio di non refoulement, fintanto che la Commissione territoriale non respinga la domanda e in pendenza dei termini per impugnare la decisione (Cass. n. 13891 del 22/05/2019; Cass. n. 16581 del 20/06/2025), nonché, eventualmente, fino alla decisione del Tribunale qualora il ricorso avverso la decisione della Commissione territoriale sia impugnato con effetto sospensivo (in virtù di provvedimento ex art. 35-bis D.Lgs. 25/2008). È solida nella giurisprudenza di questa Corte la affermazione che in siffatti casi resta sospesa l'efficacia del decreto di espulsione (la già citata Cass. 5437/2020 nonché Cass. n. 26633 del 15/09/2023; Cass. n. 13151 del 18/05/2025), nel senso che l'allontanamento non è eseguibile».
[197] Per una critica al concetto di '*safe country of origin*' (da non confondere con i concetti di paese terzo sicuro e paese di asilo) v. H. Martenson-J. Mccarthy, '*In General, No Serious Risk of Persecution': Safe Country of Origin Practices in Nine European States*, in *Journal of Refugee Studies* 1998, 304–325, C. Costello, *The Asylum Procedures Directive and the Proliferation of Safe Country Practices: Deterrence, Deflection and the Dismantling of International Protection?*, in *EJML* 2005, 35–69. Nel contesto italiano, *ex multis*, F. Venturi, *Il diritto di asilo: un diritto "sofferente". L'introduzione nell'ordinamento italiano del concetto di «Paesi di origine sicuri» ad opera della l. 132/2018 di conversione del c.d. «Decreto Sicurezza» (d.l. 113/2018)*, in *DIC* 2019, 1 e ss. Sui tre concetti – paese d'origine sicuro, paese terzo sicuro e paese di asilo -, le loro funzioni e le loro attuali declinazioni all'interno del Regolamento (EU) 2024/1348 *of the European Parliament and of the Council of 14 May 2024 establishing a common procedure for international protection in the Union and repealing Directive 2013/32/EU* v. E. Celoria-F. Rondine, *Escludere e disciplinare: linee di tendenza emergenti dal regolamento accertamenti, dal regolamento procedure e dalla direttiva accoglienza del nuovo patto europeo sulla migrazione e l'asilo*, in *DIC* 2025, 1 e ss.
[198] Per non rischiare, comunque, di lasciar spazio a qualche (ormai insperabile) residuo sentimento di umanità e, dunque, di ripugnanza tanto per quelle forme di privazione della libertà quanto per la criminalizzazione di una legittima forma di dissenso, il linguaggio del legislatore vira su etichette spersonalizzanti e, allo stesso tempo, alterizzanti: quelle non sono persone, e non sono *veri* richiedenti asilo, ma sono irregolari (clandestini) che devono essere resi docili e subire il loro meritato trattenimento. Dietro a questa semantica spersonalizzante il potere

L'introduzione della fattispecie non ha invero alcun legame con l'irregolarità delle persone trattenute (come se, peraltro, questo potesse davvero ritenersi un dato significativo rispetto alla rilevanza penale della condotta), cioè con le qualifiche che agli altri e alle altre, indipendentemente dalla loro volontà - e, perciò, unilateralmente, - attribuiamo. Minacciare una pena rispetto a manifestazioni di insofferenza ha infatti lo scopo, né più né meno, di cercare di rendere meno impegnativa, per chi gestisce i centri, l'imposizione di una misura enormemente afflittiva, quale che sia, in fin dei conti, la qualifica formale addossata alle persone che la subiscono.
Meno immediatamente evidente, ma difficilmente negabile, è come la fattispecie si prefigga altresì l'obiettivo, al contempo simbolico e concreto – fisico -, di accentuare ulteriormente la subalternità di queste persone, sì da farne poco più che oggetti nelle mani dell'autorità. Subire in silenzio, come bestie mansuete, nel cono d'ombra disegnato dall'apparentemente innocua (troppo superficiale e generica) disciplina amministrativa[199], all'interno degli spazi ibridi che al confine introflesso ed estroflesso si riservano: questo è il messaggio che lancia la fattispecie.

5.2. Lasciando in sospeso, per il momento, queste riflessioni, si tratta ora di volgere rapidamente lo sguardo alle ambientazioni di quelle condotte e alle modalità concrete di realizzazione delle diverse privazioni della libertà personale appena passate in rassegna.
Quanto al primo profilo, quello spaziale e geografico, è necessario partire da una constatazione di fondo, già emersa *en passant* e probabilmente più che scontata, ma necessaria: sia i CPR che gli *hotspot* sono *centri chiusi*[200]. A differenza, dunque, delle altre strutture afferenti al sistema dell'accoglienza[201], libere da restrizioni *fisiche* all'uscita, questi centri sono soggetti alla

costituito tenta di celare l'orribile abisso di quelle cattività e consolidare, al contempo, un certo (già ben diffuso) glaciale distacco sociale ed emotivo rispetto a quelle vicende umane.

[199] «La mancanza di una regolamentazione adeguata da parte della legge ha come precipitato immediato l'inserimento dei Centri in un cono d'ombra. La vita concreta dei CIE è affidata alla discrezionalità amministrativa; non è dato conoscere un'apposita 'regolamentazione', né se esista un regolamento unitario o quadro per il loro funzionamento, al di là delle indicazioni tecnico-logistiche per gli enti appaltatori della gestione», A. di Martino, *Centri, campi, Costituzione*, cit., 38.

[200] Per una classificazione dei centri per le persone migranti in base alle loro funzioni, d'obbligo il riferimento a E. Guild, *A typology of different types of centres for third country nationals in Europe*, European Parliament Briefing Paper, Brussels 2005.

[201] Si tratta dei centri di prima accoglienza e centri di accoglienza straordinaria (cpa e cas) per richiedenti asilo (artt. 9 e 11 del d.lgs n. 142/2015) e delle strutture afferenti al sistema di accoglienza e integrazione (Sai) di cui all'art. 1 *sexies* del dl 30.12.1989 n. 416, ivi comprese le strutture per minori stranieri non accompagnati. Si osserva, a riguardo, che in nessuna di queste strutture «si trovano pertanto persone nei confronti delle quali deve venire eseguita un'espulsione. Al contrario, […] sono presenti stranieri regolarmente soggiornanti: perché richiedenti protezione internazionale, in fuga da un conflitto o una persecuzione nel paese d'origine (come nei cas, oppure nei sai nel caso di soggetti vulnerabili); o perché la protezione internazionale è già stata riconosciuta loro dallo Stato italiano (come nei sai); oppure comunque perché altrimenti inespellibili (ad esempio, nel caso dei minori non accompagnati)», M. Porchia, *op. cit.*, 2.

sorveglianza della forza pubblica[202] finalizzata, principalmente, a impedire alle persone recluse di allontanarsi[203].
Si capisce allora perché, dalla prima formulazione del delitto in commento, che estendeva le sue ambientazioni anche ai centri aperti, l'attuale formulazione limiti il raggio d'azione al contesto dei centri chiusi. Il ridimensionamento del perimetro della fattispecie non è tanto (anzi, quasi per nulla) legato alla qualifica di irregolari o meno dei soggetti presenti nei centri (qualifica della cui non significatività già si è detto). Esso si deve, piuttosto, a un aspetto molto concreto: i centri aperti non sono gestiti da «pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio» che impartiscono «ordini […] per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza»[204].
Tradendo una certa consapevolezza circa l'assimilazione dei centri chiusi al carcere, è il legislatore stesso ad ammetterlo (con una sintassi discutibile): l'art. 27 del decreto, si legge nella relazione, «introduce un nuovo reato […], limitando l'applicazione della nuova fattispecie […] ai soli casi di trattenimento, *con esclusione, pertanto, in caso di permanenza dello straniero in strutture di accoglienza, la cui natura è, peraltro, del tutto incompatibile con l'assetto ordinamentale proprio non solo degli istituti penitenziari ma altresì dei centri di trattenimento*»[205]. Il vero dato accomunante quelle ambientazioni e, dunque, la ragione fondante la cernita finale, pertanto, è il loro carattere chiuso, implicante la sorveglianza da parte della forza pubblica. Carattere esclusivamente attribuibile, per l'appunto, a CPR e *hotspot*.
Sui primi, in particolare, vale la pena spendere qualche parola in più. Tali luoghi di detenzione "amministrativa" fanno il loro ingresso nell'ordinamento nel 1998 con il nome di *centri di permanenza temporanea e assistenza* (CPTA)[206], mutano più volte denominazione (CPT, CIE, CPR) e conoscono diverse fasi: «l'istituzionalizzazione (1998-2010), la stabilizzazione (2011-2012), la crisi (2013-2014) e la reinvenzione (a partire dal 2015)»[207]. A queste fasi si associano,

[202] Per quel che riguarda i CPR è proprio il comma 7 dell'art. 14 TuImm – che, non a caso, immediatamente precede il nuovo 7.1., ospitante il delitto di rivolta - a specificare che: «[i]l questore, avvalendosi della forza pubblica, adotta efficaci misure di vigilanza affinché lo straniero non si allontani indebitamente dal centro e provvede, nel caso la misura sia violata, a ripristinare il trattenimento mediante l'adozione di un nuovo provvedimento di trattenimento». Si veda poi ancora l'art. 21, comma 9 del DPR 31 agosto 1999, n. 394, *Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286*: «[i]l questore adotta ogni altro provvedimento e le misure occorrenti per la sicurezza e l'ordine pubblico nel centro, comprese quelle per l'identificazione delle persone e di sicurezza all'ingresso del centro, nonché quelle per impedire l'indebito allontanamento delle persone trattenute e per ripristinare la misura nel caso che questa venga violata».
[203] Si tratta di un aspetto, a pensarci bene, decisamente inquietante: la detenzione amministrativa è a tutti gli effetti una vistosa «eccezione rispetto al delicato equilibrio tra potere politico e libertà personale disegnato dalle moderne costituzioni democratiche» e a questa vistosa eccezione siamo divenuti e divenute avvezzi e avvezze sicché essa è progressivamente diventata, anche nell'immaginario collettivo, «una pratica di controllo ordinaria, una routine amministrativa che non ha più bisogno di essere legittimata da particolari emergenze», così, ormai più di 10 anni or sono, G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri in Italia*, cit., 177-178.
[204] Così A. Natalini, *Resistenza "passiva" nei Cpr: norma a rischio incostituzionalità*, in *GD* 2025, 39 ss., riportato da Uff. Massimario, *op. cit.*, 86.
[205] Camera dei Deputati, *op. cit.*, 31. Se si fosse mantenuta la formulazione originaria, sarebbe mancato, in un certo senso, un presupposto della condotta di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza. Sarebbe stato in effetti necessario, per criminalizzare la resistenza, anche non violenta, rispetto a ordini promananti da attori privati, non solo attribuire a questi ultimi la qualifica di incaricati di pubblico servizio, ma anche arrivare a riconoscere a costoro la facoltà di impartire ordini per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica.
[206] Così li definiva l'art. 12 comma 1 della legge 6.3.1998 n. 40 (la cd Turco-Napolitano). Per una ricostruzione della loro evoluzione v. G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri. Storia, diritto, politica*, Roma 2013, *passim*, e, più di recente, E. Valentini, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino 2018, 7 e ss.
[207] Questa la classificazione proposta in G. Campesi, *The Reinvention of Immigration Detention in Italy in the*

da un lato, una diminuzione ovvero un aumento nel loro numero, dall'altro, e in parallelo, un espandersi o contrarsi dei termini di durata massima del trattenimento stabiliti a livello legislativo[208].

Attualmente, sul territorio italiano, se ne contano dieci[209], per lo più ubicati o vicino a grandi città (Milano, Roma, Torino), o (più o meno) a ridosso della frontiera terrestre o marittima (Bari; Caltanissetta; Gradisca d'Isonzo; Palazzo San Gervasio; Trapani; Macomer). La loro gestione è affidata a soggetti privati, il più delle volte cooperative multinazionali, che operano con modalità opache ed egemoniche[210], e, nella maggior parte dei casi, piuttosto discutibili: frequente è la denuncia di scarse condizioni igieniche, cibo avariato e grande precarietà psico-fisica delle persone detenute[211], denuncia talvolta tradottasi anche in investigazioni della magistratura[212]. Frequenti sono anche i decessi, l'ultimo è del febbraio scorso[213].

Le funzioni concrete dei CPR variano enormemente tanto in base alla loro collocazione, quanto in base alla nazionalità della persona trattenuta[214]. In particolare, si è osservato che «[a]lcuni centri mostrano una chiara predisposizione all'espulsione, come nel caso di Caltanisetta. Qui, […] non a caso, il trattenimento […] riguarda in particolare i cittadini tunisini. Verosimilmente si può ritenere che si tratti di cittadini appena sbarcati, passati dall'hotspot, qui categorizzati come migranti economici e quindi trasferiti nel vicino CPR da cui poi vengono espulsi»; diversamente, «come dimostrano le lunghe permanenze e le basse percentuali espulsive» i centri situati vicino alle grandi città, come Torino e Roma, «sembrano orientati più verso il

---

Aftermath of the "Refugee Crisis": A Study of Parliamentary Records (2013–2018), in *Refugee Survey Quarterly* 2020, 381–403, e riportata da G. Fabini, *I numeri* (...), cit., 4.

[208] «Dal 1998 al 2011 i centri aumentavano di numero e di capacità totale. I tempi massimi di trattenimento, nel frattempo, subivano variazioni e influivano sul turn-over degli ingressi, circostanza che spiega il calo delle entrate annuali nonostante l'aumento della capacità del sistema. Nel 1998, infatti, i tempi di trattenimento massimi erano pari a venti giorni, prorogabili per altri dieci. Nel 2002 raddoppiavano, per arrivare a centottanta nel 2009 e, nel 2011, a diciotto mesi. Le persone annualmente trattenute erano in numero inferiore rispetto agli anni precedenti, ma si ritrovavano a vivere in condizioni peggiori: a quel punto, gli allora Cie hanno iniziato velocemente a chiudere. I tredici centri operativi nel 2011 divenivano cinque nel 2014, per 471 posti contro i quasi 2000 di tre anni prima. Nel 2014 i tempi massimi di trattenimento venivano ridotti drasticamente a tre mesi», ivi, 5.

[209] Cui si devono aggiungere i nuovi centri per il rimpatrio per richiedenti asilo (CTRA) come quello di Modica, inaugurato nel 2023, oltreché i nuovi centri allestiti in Albania.

[210] Sul punto v. da ultimo il report ActionAid Italia-Università di Bari, *Trattenuti. Una radiografia del sistema detentivo per stranieri*, Roma-Bari 2024, 13 ss.

[211] Un'indagine sul rispetto del diritto alla salute all'interno dei CPR in C. Pagella, *Tutela della salute nei centri per la permanenza e il rimpatrio e accertamento dell'idoneità sanitaria alla vita in comunità ristretta: un'indagine multilivello*, in www.lalegislazionepenale.eu, 13.2.2025.

[212] Su questi aspetti si veda M. Porchia, *op. cit.*, 9 e ss.

[213] https://bari.repubblica.it/cronaca/2026/02/15/news/il_migrante_morto_nel_cpr_a_bari_era_sano_e_aveva_26_anni_dubbi_sull_infarto_via_all_inchiesta-425160584/

[214] Nel periodo 2014–2023, i dati mostrano che i cittadini tunisini costituiscono di gran lunga il gruppo più numeroso tra le persone straniere entrate nei centri di detenzione, rappresentando circa il 44% degli ingressi, seguiti a distanza da marocchini, nigeriani ed egiziani. Tuttavia, la distribuzione per nazionalità cambia in modo significativo se si considerano gli esiti della detenzione: tra le persone effettivamente rimpatriate, i tunisini diventano ancora più predominanti, superando il 60% del totale, mentre solo gli egiziani raggiungono una quota superiore al 10%. Questi dati indicano che la nazionalità incide fortemente sulle traiettorie all'interno dei centri: tunisini, egiziani e albanesi hanno una probabilità molto più alta di essere rimpatriati, mentre marocchini e nigeriani vengono rimpatriati in misura molto inferiore. Al contrario, cittadini gambiani, algerini e, in parte, marocchini tendono più spesso a rimanere in detenzione fino alla scadenza dei termini, mentre i tunisini raramente sperimentano periodi prolungati di trattenimento, il che suggerisce una progressiva "specializzazione" dei centri nella gestione dei rimpatri accelerati di questa nazionalità. Infine, per quanto riguarda i casi di mancata convalida o proroga del trattenimento, i dati mostrano una maggiore incidenza tra cittadini cinesi e nigeriani, in gran parte spiegabile con la maggiore presenza di donne in questi gruppi. Ciò riflette una maggiore propensione dell'autorità giudiziaria a scrutinare con più attenzione i provvedimenti di trattenimento nei confronti delle donne.

trattenimento "fine a sé stesso"»[215]. Un discorso a parte è poi rappresentato dal CPR di Macomer, dove parimenti i tassi di rimpatrio sono molto bassi, a fronte invece di tempi di trattenimento molto lunghi: il dato sembrerebbe mostrare una stretta correlazione con l'elevata percentuale di persone trattenute provenienti da istituti di pena[216].
Un ulteriore tassello relativo ai trattenimenti, che qui solo si accenna, è quello legato alla loro attuale potenziale extraterritorialità. Com'è noto, vi è ora la possibilità attuale di effettuare un trattenimento extraterritoriale in Albania[217], sia delle persone richiedenti che delle persone espellende (due gruppi come detto non nettamente separati, anzi). Ai fini che qui interessano, deve allora precisarsi che la giurisdizione italiana su eventuali fatti di rivolta qui realizzati sarà esercitabile in base alla previsione di cui all'art. 4, co. 6 della legge di ratifica del protocollo Italia-Albania: «In deroga all'articolo 10 del codice penale, salvo che il reato sia commesso in danno di un cittadino albanese o dello Stato albanese, lo straniero sottoposto alle procedure di cui al comma 1 del presente articolo, che commette un delitto all'interno delle aree di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), del Protocollo, è punito secondo la legge italiana, se vi è richiesta del Ministro della giustizia, fermo restando il regime di procedibilità previsto per il delitto. La richiesta del Ministro non è necessaria per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel minimo a tre anni». In nessun caso, perciò, sarà richiesta la presenza del reo sul territorio (uno dei requisiti di procedibilità previsti dall'art. 10 Cp). L'altro requisito, la richiesta del Ministro, continuerà invece ad essere necessaria nella maggior parte delle ipotesi di rivolta (sia in forma di partecipazione che di direzione, organizzazione, direzione); se ne potrà infatti prescindere solo in alcune delle ipotesi aggravate.
Infine, si deve osservare che le condizioni dei trattenimenti cambiano da centro a centro. Simile varietà nella modalità di messa in opera della detenzione è da imputarsi a un difetto genetico di definizione legislativa dei modi di queste privazioni, quale sarebbe necessaria anche per assicurare una parità di trattamento in tutti i centri chiusi e garantire, allo stesso tempo, un trattamento quantomeno non deteriore rispetto a quello assicurato alle persone detenute. Si tratta di aspetti estremamente critici che la dottrina più avvertita non ha mancato di segnalare alcune decadi fa[218] e che la Corte costituzionale, dopo averne solo lambito l'essenza[219], ha, di recente, finalmente riconosciuto, pur all'interno di una pronuncia che non ha potuto spingersi fino alla declaratoria di incostituzionalità[220]. Censure ancor più marcate, di segno analogo,

[215] G. Fabini, *op.cit.*, 7 e 8.
[216] *Ibid*.
[217] Art. 3, co. 4, l. 21 febbraio 2024, n. 14: «Ai fini dell'esecuzione del Protocollo, le aree di cui all'articolo 1, paragrafo 1, lettera c), del Protocollo medesimo sono equiparate alle zone di frontiera o di transito individuate dal decreto del Ministro dell'interno adottato ai sensi dell'articolo 28-bis, comma 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25». Per un commento critico alla luce della compatibilità con il diritto EU, E. Celoria-A. De Leo, *Il protocollo Italia-Albania e il diritto dell'unione europea: una relazione complicata*, in *DIC* 2025, 1 ss.
[218] V. *supra* nt. 42
[219] La Corte ha affermato più volte che la misura del trattenimento dello straniero presso centri di permanenza e assistenza comporta una situazione di «assoggettamento fisico all'altrui potere». Tale condizione «è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale» (sentenze n. 212 del 2023, n. 127 del 2022 e n. 105 del 2001) e che dunque Il trattenimento dello straniero, dunque, in quanto misura incidente sulla libertà personale, non può essere adottato al di fuori delle garanzie dell'art. 13 Cost., essendo da ricondurre alle «altr[e] restrizion[i] della libertà personale», di cui pure si fa menzione nel secondo comma di tale articolo. In particolare, nella sentenza n. 105 del 2001, si osserva che «[s]i determina dunque nel caso del trattenimento, anche quando questo non sia disgiunto da una finalità di assistenza, quella mortificazione della dignità dell'uomo che si verifica in ogni evenienza di assoggettamento fisico all'altrui potere e che è indice sicuro dell'attinenza della misura alla sfera della libertà personale. Né potrebbe dirsi che le garanzie dell'art. 13 della Costituzione subiscano attenuazioni rispetto agli stranieri, in vista della tutela di altri beni costituzionalmente rilevanti».
[220] «[…] le questioni sollevate dal Giudice di pace di Roma vanno dichiarate […] atteso che gli strumenti del giudizio di legittimità costituzionale sulle leggi non permettono a questa Corte di rimediare al difetto di una legge

promananti sia dalla dottrina, che, questa volta, dalla Corte Edu, hanno poi interessato la privazione della libertà personale nei punti di crisi[221], che fanno invece la loro comparsa molto più tardi, nel 2015, con l'Agenda europea per la migrazione[222]. Le criticità segnalate in relazione ai CPR vigono dunque parimenti rispetto a questi[223].

5.3. Questo carattere di indeterminatezza, che contraddistingue, a monte, la disciplina dei trattenimenti e delle privazioni della libertà in frontiera, amplifica i profili di indeterminatezza che, a valle, caratterizzano le fattispecie di rivolta. Non solo vi sarà, cioè, il problema di capire che cosa sia una rivolta[224], ma anche di stabilire se, in effetti, vi sia stata una resistenza passiva penalmente rilevante. Diverse sono le criticità che avvolgono le due fattispecie nella descrizione delle condotte; qui ci si limiterà a indagare un po' più a fondo solo quest'ultimo punto: la rilevanza penale della resistenza passiva. Sarà necessario soffermarvisi qualche istante, giacché il ragionamento da compiere non è immediato.
Preliminarmente, però, è utile una rapida notazione
Ora, all'interno del delitto di rivolta, la resistenza compare in due sedi. Nella prima, quella della descrizione delle condotte di partecipazione, in una triade, assieme a violenza e minaccia: «[c]hiunque, […] partecipa ad una rivolta mediante atti di *violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini* impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza». La triade parrebbe la stessa delle rubriche dei delitti di cui agli artt. 336 e 337 Cp: «violenza o minaccia», da un lato, «resistenza», dall'altro, a un p.u. La distinzione tra queste tre possibili modalità di realizzazione delle condotte di partecipazione alla rivolta, dunque, dovrà probabilmente atteggiarsi negli stessi termini in cui si gioca la differenziazione tra le condotte dei due delitti in parola. Vale allora la pena ricordarlo: la resistenza sanzionata all'art. 337 Cp si distingue dalla violenza o minaccia di cui all'art. 336 Cp per la sua «diversa direzione, che rende evidente il diverso momento in cui tale contegno viene posto in essere»[225], e non, invece, per il profilo modale, che, al contrario, le rende perfettamente sovrapponibili.

---

che descriva e disciplini con un sufficiente grado di specificità i «modi» del trattenimento dello straniero presso il CPR, non rinvenendosi nell'ordinamento una soluzione adeguata a colmare la riscontrata lacuna mediante l'espansione di differenti regimi legislativi.
Non può in tale prospettiva offrire precisi punti di riferimento nemmeno l'ordinamento penitenziario, dovendo la detenzione amministrativa presso il CPR restare estranea a ogni connotazione di carattere sanzionatorio.
Ricade, perciò, necessariamente sul legislatore – in quanto incide sulla libertà personale – l'ineludibile dovere di introdurre una disciplina compiuta che detti, in astratto e in generale per tutti i soggetti trattenuti, contenuti e modalità delimitativi della discrezionalità dell'amministrazione, in maniera che il trattenimento degli stranieri assicuri il rispetto dei diritti fondamentali e della dignità della persona senza discriminazioni (quanto, indicativamente, alle caratteristiche degli edifici e dei locali di soggiorno e pernottamento, alla cura dell'igiene personale, all'alimentazione, alla permanenza all'aperto, all'erogazione del servizio sanitario, alle possibilità di colloquio con difensore e parenti, alle attività di socializzazione)», Sent. Cost. 96/2025 su cui si v. *infra* nel testo.
[221] A partire dalla nota sentenza della C. eur., GC, sentenza 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri contro Italia*, in relazione al trattenimento presso centri di primo soccorso e hotspot, in cui la Corte ha a suo tempo ravvisato la violazione degli artt. 5, paragrafi 1, 2 e 4, e 13 CEDU in combinato disposto con l'art. 3 della medesima Convenzione, in relazione ai profili di legalità della detenzione amministrativa e per l'assenza nell'ordinamento italiano di un ricorso giurisdizionale attivabile dai migranti avverso le condizioni di accoglienza.
[222] Agenda europea per la migrazione, Commissione europea, Bruxelles, 13 maggio 2015, COM (2015) 240 final.
[223] In argomento, L. Masera, *Il "caso Lampedusa": una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *DUDI* 2014, 83 ss.; Id, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti*, in *DPenCont* 2017, 278 ss.; F. Cancellaro, *Dagli* hotspot *ai "porti chiusi": quali rimedi per la libertà "sequestrata" alla frontiera?*, in *www.sistemapenale.it*, 28.9.2020; G. Felici-M. Gancitano, *La detenzione dei migranti negli* hotspots *italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in *SP* 2022, 45 ss.
[224] V., sul punto, ad es., D. Bianchi, *op.cit.*, 908.
[225] F. Bellagamba, sub *art. 337 Cp*, in T. Padovani (a cura di), *Codice penale commentato*[7], Milano 2019, 2356.

La resistenza compare poi in una seconda sede: alla terza modalità di realizzazione della partecipazione alla rivolta - la resistenza "generica" - il legislatore accosta, infatti, espressamente le condotte di resistenza passiva. «[C]ostituiscono atti di resistenza» dice la norma «*anche* le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, *impediscono* il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio *necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza*». Se la menzione espressa si rende necessaria deve allora dedursi che: 1) se così non fosse, queste ultime non potrebbero automaticamente assumere rilevanza penale alla stregua della resistenza intesa nel primo senso e 2) per converso, la resistenza menzionata in apertura dovrà necessariamente distinguersi da quella passiva, e non potrà allora che essere quella dell'art. 337 Cp.

Tali condotte di resistenza passiva condividono perciò il carattere contestuale o susseguente/oppositivo tipico della resistenza intesa in senso lato; da questa differiscono, però, sia perché non è richiesto ch'esse esibiscano analoghi caratteri modali[226] - diversamente non sarebbero passive - sia per il loro referente: gli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, la prima, gli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza, la seconda. La tipicità/rilevanza della resistenza passiva ruota attorno a 3 elementi tendenzialmente indifferenti alle modalità di realizzazione della condotta, ed anzi necessariamente estranei a forme di violenza: 1) la sua capacità impeditiva, 2) la sua direzione finalistica, 3) la qualità degli atti sui quali tale efficacia impeditiva dovrà dispiegarsi.

Tali atti, in particolare, devono essere *necessari rispetto alla gestione dell'ordine e della sicurezza*. Simile qualità sarà pertanto decisiva nel determinare la rilevanza penale della resistenza passiva. Prima ancora che domandarsi se quel comportamento abbia o meno un'efficacia impeditiva, bisognerà in effetti chiedersi se l'atto cui si resiste possa ritenersi necessario alla gestione dell'ordine e della sicurezza. E, sembra ragionevole pensarlo, tale requisito, implicitamente, richiederà che quell'atto sia legittimo e non arbitrario. La "necessità" pretesa dalla disposizione evoca, infatti, un nucleo minimo, indispensabile, di azioni, circoscritte in ragione della loro stretta e proporzionata correlazione teleologica (dal punto di vista operativo e normativo) con gli scopi tipizzati; l'illegittimità e l'arbitrarietà, al contrario, alludono, per definizione, a qualcosa che *eccede* quanto a presupposti e/o modalità[227]. Ne deriva che, almeno rispetto alla resistenza passiva, la reazione non violenta potrà rilevare solo se opposta ad atti necessari, cioè non arbitrari e *illegittimi*, non solo perché conformi ai presupposti di contenuto e forma enunciati in una disciplina di rango primario (a sua volta conforme al dettato costituzionale), ma anche perché non irragionevolmente ed eccessivamente compressivi di libertà e facoltà dalla stessa accordate.

Questa, del resto, potrebbe essere la ragione per la quale la norma non specifica che l'atto al quale si resiste passivamente debba essere illegittimo: va da sé che, se tale, il fatto *non sarebbe tipico* perché si disobbedirebbe a un atto che *non è necessario alla gestione dell'ordine e della sicurezza*. Sembrerebbe sdrammatizzarsi, così, almeno il problema della punizione della mera

[226] Come si è puntualmente osservato in relazione alla resistenza menzionata nella scriminante di cui all'art. 53 Cp «il termine "resistenza" richiama di per sé – e senza bisogno di interpretazioni che ne stravolgano il significato comune – un concetto non già modale, cioè descrittivo di un certo modo di atteggiarsi della condotta che lo invera, bensì finalistico, indicando difatti soltanto la natura oppositiva di una certa condotta rispetto ad un qualche cosa, l'attitudine, cioè, di essa a contrastare un certo effetto od un'altra condotta ad essa antagonista» G. Martiello, *I limiti penali dell'uso della forza pubblica: una indagine di parte generale*, Bologna 2019, 53.

[227] «Può ragionevolmente sostenersi che arbitrarietà ed eccesso dalle attribuzioni esprimono il medesimo fenomeno, sotto il profilo, rispettivamente, delle modalità con cui il pubblico ufficiale ha dato esecuzione all'atto illegittimo e della illegittimità dell'atto in sé considerato» Sentenza Cost. 20.4.1998 n. 140, in *FI* 1999, 1411 ss., con nota di C. Emma.

resistenza passiva ad atti arbitrari, rispetto alla quale, a prima vista, nemmeno potrebbe invocarsi la causa di non punibilità di cui all'art. 393 *bis* Cp (ove né l'art. 415 *bis*, né il comma 7.1. dell'art. 14 TuImm trovano menzione). Nel contesto carcerario, in effetti, sarà tendenzialmente possibile stabilire, a monte, se un ordine sia o meno legittimo e non arbitrario. In questo ambito, invero, le disposizioni sono piuttosto puntuali: la fonte di rango primario stabilisce alcuni standard, i regolamenti poi impreziosiscono la disciplina con i dettagli necessari e conformi ad esso e tutto ciò consente, tendenzialmente, di individuare tanto le sfere di libertà accordate alle persone detenute quanto i limiti di ragionevolezza cui dovrà sottostare la loro compressione.
Sebbene, cioè, le disposizioni dell'ordinamento penitenziario che, nello specifico, regolano l'uso della forza non sembrino dare un ausilio interpretativo decisivo[228], è comunque possibile ritrovare la determinatezza in apparenza perduta guardando a tutta la disciplina nell'insieme: quella che regola la qualità e la dimensione degli spazi, le modalità del trattamento, il numero di telefonate, il vestiario etc. Sarà quest'ultima, volta a volta, a fornire il parametro rispetto al quale misurare la necessità dell'atto: la normativa, al contempo, enuclea le libertà garantite alle persone detenute e ne definisce il peso e l'estensione. È, perciò, idonea a fornire una base per determinare 1) quali siano e come si possano atteggiare queste libertà e 2) quale sia (se vi sia, giacché potrebbe anche non esservi) il ragionevole grado di compressione che quelle libertà possono subire.
Pertanto, a cascata, tale disciplina potrà fornire appigli sufficientemente solidi per determinare o meno la legittimità dell'atto che le comprime e, dunque, secondariamente, determinare se vi sia una rilevanza penale della resistenza passiva. Oltretutto, se non su di un piano oggettivo, detta disciplina potrà poi senz'altro giocare un ruolo su quello soggettivo: laddove si dovesse trattare di un atto a prima vista non necessario (ossia: a prima vista irragionevolmente limitativo di una libertà garantita ed esercitata entro i limiti dettati dalle norme), la persona accusata di rivolta potrà sempre difendersi sostenendo di essersi opposta per aver ritenuto erroneamente insussistente quella necessità. Potrà invocare, cioè, un errore sul fatto[229], sulla scorta della non immediata percepibilità di quella necessità, magari perché difficile, a prima vista, scorgere il bisogno di tutelare altra libertà in gioco.
Ebbene, venendo invece ai centri chiusi, questo tipo di ricostruzione del carattere necessario dell'atto è, al contrario, impraticabile[230] perché non vi sono precisazioni sufficienti, di rango normativo, ma nemmeno di rango secondario, sul come debba realizzarsi, in quest'ambito, la privazione della libertà. L'unica fonte primaria a disposizione è l'art. 14 TuImm, che garantisce unicamente e genericamente «adeguati standard igienico-sanitari e abitativi, la necessaria informazione relativa al suo status, l'assistenza e il pieno rispetto della sua dignità, e la libertà di corrispondenza anche telefonica con l'esterno», cui si aggiunge «la possibilità di rivolgere reclami al Garante nazionale o ai garanti regionali o locali delle persone private della libertà personale». Insomma, per citare la recentissima sentenza della Corte Costituzionale, «[s]i tratta, come risulta evidente, di una normativa del tutto inidonea a definire, in modo sufficientemente preciso, quali siano i diritti delle persone trattenute nel periodo – che potrebbe anche essere non breve – in cui sono private della libertà personale»[231].

[228] Critica sul punto, ad es., C. Pasini, *op. cit.*, 132.
[229] Che, com'è noto, esclude il dolo, v. ad es. L. Risicato, Sub *art. 47 Cp*, in T. Padovani (a cura di), *op.cit.*, 377.
[230] Si noti che «[l]e modalità del trattenimento previste dall'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998 e dall'art. 21 del d.P.R. n. 394 del 1999 per gli stranieri dei quali è disposto il rimpatrio si applicano anche al trattenimento dei richiedenti protezione internazionale, in forza del richiamo a quelle disposizioni contenuto nell'art. 7 del d.lgs. n. 142 del 2015», C. Cost., sent. 96/2025, par. 6.2.
[231] Ivi, par. 10.2.

Mancano, perciò, gli elementi necessari a identificare con precisione le facoltà assicurate alle persone recluse, le regole per esercitarle e, per converso, l'ampiezza del raggio di azione della forza pubblica nel comprimerle. La disciplina di rango primario, l'art. 14 TuImm, è inconsistente; le direttive europee applicabili a questa privazione della libertà personale sono comunque troppo generiche[232]; i regolamenti ministeriali, poi, sono estremamente evasivi oltre a non poter comunque sopperire alle carenze normative[233]; le singole convenzioni di gestione dei centri, infine, è evidente che non possano a loro volta supplire a quelle mancanze. Difettando una puntuale definizione dei modi del trattenimento, non solo si verifica, come espressamente ammesso dalla Corte Costituzionale, una violazione dell'art. 13, II comma Cost.[234], ma si vanifica, altresì, ogni possibilità di trovare appigli rassicuranti, capaci di conferire determinatezza alla fattispecie di rivolta. Essa rimane, perciò, tendenzialmente indeterminata, quantomeno con riferimento alle condotte di resistenza passiva, dal momento che non è possibile stabilire, a monte, quali siano gli atti necessari *alla gestione dell'ordine e della sicurezza* dei centri.

5.4. Qualche considerazione conclusiva è opportuno sviluppare, infine, in relazione al significato della fattispecie, alla sua riconducibilità alle logiche del penale migratorio e al suo (preteso) orientamento offensivo. La riflessione può prendere avvio da un dato abbastanza pacifico: complici anche le indecenti condizioni di detenzione che in alcuni centri raggiungono livelli insopportabili[235], le persone trattenute sono senz'altro recalcitranti e insofferenti. Coloro che effettivamente hanno più *chances* di essere rimpatriati (e, in misura assai minore, rimpatriate) di tutto farebbero per contestare – e opporsi a - un destino eteroimposto dal quale tentano di fuggire[236]. D'altra parte, per le persone sottoposte a un'anomala misura di

[232] È un passaggio che anche la Corte puntualmente affronta, vista l'invocazione delle direttive rilevanti in materia da parte dell'avvocatura dello Stato.

[233] L'art. 21, comma 8, del d.P.R. n. 394 del 1999, richiamato dall'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 286 del 1998, stabilisce che «[l]e disposizioni occorrenti per la regolare convivenza all'interno del centro, comprese le misure strettamente indispensabili per garantire l'incolumità delle persone, nonché quelle occorrenti per disciplinare le modalità di erogazione dei servizi predisposti per le esigenze fondamentali di cura, assistenza, promozione umana e sociale e le modalità di svolgimento delle visite, sono adottate dal prefetto, sentito il questore, in attuazione delle disposizioni recate nel decreto di costituzione del centro e delle direttive impartite dal Ministro dell'interno per assicurare la rispondenza delle modalità di trattenimento alle finalità di cui all'articolo 14, comma 2, del testo unico». La norma non soddisfa, in alcun modo, la riserva assoluta di cui all'art. 13, secondo comma, Cost. Inoltre «i modi del trattenimento non solo sono, in definitiva, rimessi ad atti del prefetto, sentito il questore della provincia ove è ubicato il singolo CPR, ma, ancorché questi siano adottati sulla base delle direttive impartite dal Ministro dell'interno, potrebbero essere disciplinati difformemente nel territorio nazionale», *ibid*.

[234] «Rimettendo […] pressoché l'intera disciplina della materia a norme regolamentari e a provvedimenti amministrativi discrezionali, il legislatore è venuto meno all'obbligo positivo di disciplinare con legge i «modi» di limitazione della libertà personale, eludendo la funzione di garanzia che la riserva assoluta di legge svolge in relazione alla libertà personale nell'art. 13, secondo comma, Cost.», *ibid*.

[235] Esemplare, sul punto, la vicenda decisa a suo tempo dal Tribunale di Crotone con la sentenza 12.12.2012 n. 1410, in *www.penalecontemporaneo.it*, 7.1.2013, con nota di L. Masera, *Rivolte degli stranieri detenuti nei CIE: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati? Trib. Milano, 18.7.2012, sez. I pen., Pres. Mannucci, Est. Freddi e Trib. Crotone, 12.12.2012, Giud. D'Ambrosio*). Il Tribunale assolse i detenuti dell'allora CIE di Isola Capo Rizzuto, cui erano stati imputati i reati di danneggiamento e di resistenza a pubblico ufficiale in occasione di alcune proteste verificatesi all'interno della struttura. L'autorità giudiziaria, in quella sede, ritenne sussistente la legittima difesa perché le condizioni dell'allora CIE (con riferimento ai locali di pernotto e ai servizi-igienici) furono ritenute del tutto lesive della dignità umana, configurando una violazione dell'art.3 della CEDU.

[236] Si è osservato che «[l]a direttiva rimpatri contempla la resistenza dello straniero come fisiologica all'esecuzione del rimpatrio: un passaggio se non scontato altamente plausibile. Ammette, pertanto, la possibilità dell'uso della forza *all'interno della stessa procedura* amministrativa di allontanamento, rimettendone agli Stati Membri la regolamentazione, nei loro ordinamenti nazionali, secondo un principio di gradualità della misura coercitiva

prevenzione detentiva, del tutto fine a sé stessa, perché difficilmente pensabile come prodromica ad un rimpatrio effettivo, l'insofferenza non potrà che essere parimenti marcata, considerata l'impossibilità di attribuire un significato legittimo o, almeno, pratico a quella prolungata privazione della libertà.
Pur a fronte di un trasversale e umano sentimento di insofferenza, di cui il legislatore è evidentemente ben consapevole nel momento stesso in cui ambisce a "soffocarlo" con una minaccia di pena, il senso della fattispecie è comunque destinato a mutare in base alla funzione svolta, formalmente e sostanzialmente, dal trattenimento; dunque, non solo al variare del tipo di centro, ma anche per come in concreto quel centro funziona, a prescindere dalla sua qualifica. Ancora, siccome il significato del trattenimento - bisogna riconoscerlo - cambia altresì in ragione della nazionalità e del sesso della persona trattenuta[237], diverso significato assumerà corrispondentemente la fattispecie criminosa, in rapporto alle categorie di appartenenza del trattenuto o della trattenuta.
In quasi nessuno di questi scenari, comunque, il reato mostrerà una mera natura simbolica.
In primo luogo, fintantoché vi saranno almeno alcuni soggetti in astratto motivabili nel senso inteso dallo stesso, la sua efficacia general preventiva non potrà esser messa del tutto in discussione. Essa si eserciterà specialmente verso coloro cui convengano pazienza e mansuetudine, perché, nel subire un trattenimento, ancora possono sperare in qualcosa: salvarsi, non solo dal rimpatrio, ma anche da lunghi tempi di trattenimento - le donne, soprattutto di nazionalità nigeriana e cinese[238] -, o accedere, prima o poi, alla protezione internazionale – soprattutto alcune delle persone sottoposte alle procedure di frontiera.
Secondariamente, considerato che solo una percentuale di persone (di solito di precisa nazionalità, quella tunisina), subisce effettivamente un rimpatrio, non è affatto detto che il delitto non possa trovare applicazione in concreto, cioè essere oggetto di una condanna. Anzi: è almeno del 50-55% la percentuale di trattenimenti apparentemente "ottativi", applicati, cioè, a persone non rimpatriabili, di solito selezionate appositamente perché pericolose/con un passato carcerario/fastidiose. In queste ipotesi, il procedimento penale, celebrato peraltro con rito direttissimo a seguito di arresto in flagranza o semi-flagranza[239], probabilmente non si interromperà per un'intervenuta espulsione, vista l'impossibilità di farvi seguito, testimoniata magari dal fatto che il trattenimento si è protratto già molto a lungo[240]. La pena avrà quindi una *chance* effettiva di trovare applicazione. Dunque, anche rispetto a questa componente, il delitto potrà parimenti dispiegare un'efficacia, prima ancora che special-preventiva, general-preventiva.
La critica di simbolismo, insomma, sembrerebbe non cogliere perfettamente nel segno, almeno non del tutto[241]. Pur a fronte della sua collocazione topografica (il testo unico) e la sua

adottata, sulla base del parametro della proporzionalità e dell'"*uso ragionevole della forza*"», M. Porchia, *op cit.*, 17. L'Autrice aggiunge, poco oltre, che il nostro paese «non ha, però, regolamentato nel proprio ordinamento nazionale i presupposti e le modalità con cui tale uso della forza possa avvenire. Invero, oltre a mancare una cornice normativa che regolamenta l'uso della forza all'interno delle strutture per migranti, manca anche una disciplina normativa specifica in tema di uso della forza nelle operazioni di rimpatrio forzato, che compitamente regoli l'agire coercitivo nei casi in cui lo straniero trattenuto in cpr opponga resistenza, anche passiva, all'esecuzione della misura di allontanamento», *ibid*.
[237] V. ActionAid Italia-Università di Bari, *op. cit*., 15.
[238] *Ibid*.
[239] Art. 14, co 7 *ter* TuImm.
[240] Sia chiaro, non è affatto detto che comunque il procedimento si sospenda per l'emissione di un nuovo provvedimento di espulsione (e quindi per addivenire, difatti, a un nuovo trattenimento fine a sé stesso). Si determinerebbe, però, un ennesimo paradosso: il CPR sarebbe chiamato a questo punto a fungere da vicario del carcere senza nemmeno aver atteso la pronuncia di una sentenza di condanna definitiva.
[241] Una critica di questo tenore in M. Porchia, *op. cit.*, 17.

soggettività ristretta (alle persone trattenute), la fattispecie non sembrerebbe perciò riconducibile all'area del penale migratorio soggettivamente ristretto giacché, a un primo sguardo, essa non parrebbe partecipare di quel carattere tendenzialmente simbolico che le fattispecie afferenti a quest'area normalmente esibiscono[242].

A uno sguardo più attento, però, non è invece difficile intravedere residui di quel simbolismo. In effetti, è facile intuire ch'essa parteciperà di quel carattere nelle ipotesi che interesseranno proprio il soggetto al quale, a prima vista, dovrebbe principalmente indirizzarsi il rimprovero penale: la persona *effettivamente* trattenuta in vista di un rimpatrio *praticabile*. Proprio in queste ipotesi si ripresenterà quella classica fuga del penale da sé stesso tipica di questo segmento della *crimmigration* e, così, tanto la general-prevenzione quanto la special-prevenzione non troveranno terreno fertile, per l'intromissione e la prevalenza della misura amministrativa. In ogni istante del procedimento penale della persona accusata di rivolta potrà infatti intervenire l'espulsione, con conseguente dichiarazione di non luogo a procedere[243]. La pretesa punitiva sarà, perciò, una volta di più destinata a soccombere, pur riferendosi, in questo caso, a condotte che non ricevono alcuna valorizzazione sul piano amministrativo. In definitiva, e paradossalmente, il delitto raggiungerà un più elevato grado di simbolismo proprio rispetto alla componente cui in astratto, e nelle dichiarate intenzioni del legislatore, il delitto dovrebbe rivolgersi. La loro motivabilità sarà di gran lunga inferiore: consapevoli che l'esito espulsivo comunque prevarrà su quello carcerario, probabilmente per costoro la fattispecie rappresenterà una controspinta molto meno incisiva.

Sia pure in termini meno immediati, si percepisce in questa disciplina, d'altro canto, il riaffiorare del secondo "carattere originario" del penale migratorio: la sua inclinazione discriminatoria/razzista. In effetti, ben si può intravedere una tendenziale sovrapposizione tra destinatarie e destinatari del nuovo delitto e delle altre fattispecie in precedenza ricordate. Queste ultime, invero, cedono per lo più il passo alla misura amministrativa, e quest'ultima, frequentemente, conduce al trattenimento, che è il presupposto del delitto ora in esame. D'altra parte, poi, il dato dell'irregolarità - inteso però in senso ampio e atecnico, anche nelle sue

[242] V. *supra*, par. 2.2.

[243] Ai sensi dell'art. 13, III comma T.U. immigrazione, quando lo straniero sia sottoposto a procedimento penale e non si trovi in stato di esecuzione di custodia cautelare in carcere, non è esclusa l'esecuzione dell'espulsione, a patto che il questore richieda il nulla osta all'autorità giudiziaria investita dell'accertamento. Tra i fattori ostativi al rilascio del nulla osta, la legge omette di menzionare le esigenze di difesa dello straniero, ritenendole, evidentemente, subvalenti. È vero che l'art. 17 TuImm prevede altresì che l'imputato possa chiedere di essere riammesso sul territorio per partecipare al dibattimento, ma è in concreto ben difficile che egli riesca effettivamente a beneficiare di questa opportunità, viste le difficoltà cui dovrebbe far fronte (specie l'indisponibilità di mezzi economici). A ben vedere, quindi, si determina, nei fatti, una compressione del diritto di difesa; un diritto inviolabile, è appena il caso di precisarlo, sia ai sensi dell'art. 24, II comma Cost, che ai sensi dell'art. 6, III comma CEDU, Di questo avviso E. Valentini, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., 310. Acquisita la prova dell'avvenuta espulsione, se non è stato emesso il decreto che dispone il giudizio, il giudice pronuncia una speciale sentenza di non luogo a procedere, indipendentemente dalla volontà dell'imputato (Art. 13, co. 3 quater TuImm). L'introduzione di questa speciale sentenza di non luogo a procedere, insomma, testimonia con nitore la tendenza al mutamento nella fisionomia del processo, in dipendenza della qualità dell'imputato, C. Morselli, *Trattato di diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., 631. Va, peraltro, ricordato che la Corte Costituzionale, con la sent. cost. 13.12.2019 n. 270 in *www.cortecostituzionale.it*, ha esteso la facoltà di pronunciare la sentenza di non luogo a procedere per intervenuta espulsione alle ipotesi di citazione diretta a giudizio (art. 550 Cpp); segnatamente, la Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3-quater, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), nella parte in cui non prevede che, nei casi di decreto di citazione diretta a giudizio ai sensi dell'art. 550 del codice di procedura penale, il giudice possa rilevare, anche d'ufficio, che l'espulsione dell'imputato straniero è stata eseguita prima che sia stato emesso il provvedimento che dispone il giudizio e che ricorrono tutte le condizioni per pronunciare sentenza di non luogo a procedere».

diverse declinazioni: irregolarizzazione di persone regolarmente residenti e delle persone richiedenti – resta comunque l'elemento accomunante i bersagli soggettivi di tutte queste fattispecie[244]. E quella irregolarità/irregolarizzazione/pseudo-irregolarità, bisogna ricordarlo, resta sempre saldamente legata, in un modo o nell'altro, alla provenienza geografica e alla particolare capienza delle tasche di quelle persone[245].
Seppur con alcuni *caveat*, il delitto può dunque ricondursi al segmento del penale migratorio anche per il riproporsi di quelli che ne sono i caratteri ricorrenti. Chiarito questo punto, si può finalmente azzardare una riflessione sul referente di tutela della fattispecie.
A seguire scansioni più tradizionali, una simile puntualizzazione avrebbe dovuto aprire e, poi, orientare l'analisi degli elementi del reato. Tuttavia, in questo più che in altri casi non sarebbe stato possibile individuare il cd bene giuridico tutelato dalla norma senza prima averne ben messi a fuoco personaggi e ambientazione. Solo dopo aver scavato un po' più a fondo anche negli spazi di pratica operatività del delitto, in effetti, di esso si è cominciato a percepire gli orizzonti di significato. E siccome questi orizzonti sono molteplici, allora il molteplice dovrà probabilmente incidere, in qualche modo, sull'individuazione dell'orientamento offensivo del reato; o, magari, più probabilmente, quel molteplice servirà a mettere a nudo un ennesimo scollamento tra scopi dichiarati e scopi in concreto perseguiti.
Ebbene, è appena il caso di notare che il delitto non ha nemmeno la dignità di una rubrica tutta sua perché trova "ospitalità" all'interno di una previsione assai più ampia, genericamente intitolata: *Esecuzione dell'espulsione*. Come nella maggior parte delle disposizioni del TuImm, anche in questa si descrivono, prima di tutto, *azioni* amministrative/di polizia; solo in controluce, e con non poca fatica, vi si possono leggere anche diritti e facoltà, nonché delineare i contorni di istituti giuridici e, talvolta, di illeciti penali. In ogni caso: considerata questa collocazione, è probabile che l'orientamento offensivo del delitto, almeno sulla carta, trovi come suo referente di tutela il "bene strumentale" su cui dovrebbe "vegliare" la generalità degli illeciti penali presenti nel testo unico: l'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo[246].
A questa finalità si può dire che davvero il delitto risponda, almeno in astratto, perché (apparentemente) teso ad "ammansire" persone effettivamente rimpatriande e persone che sì attendono di entrare, ma che, rispetto a quell'ingresso *legale*, nutrono ben poche speranze. I trattenimenti in entrata, difatti, servono per anticipare la fase di allontanamento di chi, anche per ragioni estranee alla propria volontà, si ritiene non presenti una domanda di asilo/protezione genuina. In ogni caso, consentanea alle logiche della disciplina multilivello dell'immigrazione parrebbe non solo la sottoposizione a una cattività volta a scongiurare «la dispersione fisica del migrante nella prospettiva del suo rimpatrio», «magari ancora solo futuribile»[247], ma anche, in fin dei conti, l'imposizione di una forzata obbedienza nell'attesa di entrare, o, più probabilmente, lasciare il territorio. La disciplina, infatti, non consente indiscriminatamente di entrare/risiedere; il fatto di imporre obbedienza a chi attende o di sapere se potrà restare o, più

[244] Del resto, se costoro finiscono nei centri per il trattenimento anziché nelle carceri è solo un caso: prima della nota sentenza *El Dridi*, infatti, era prevista l'applicazione della pena detentiva per il reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento; quelle stesse persone che si incontrano oggi nei CPR, insomma, si sarebbero trovate, con tutta probabilità nelle carceri.
[245] A controprova, comunque, si possono guardare i dati sulle nazionalità più ricorrenti tra le persone trattenute: «Nel periodo 2014-2023 i tunisini rappresentano il 43,7% delle oltre 50 mila persone in ingresso in un centro di detenzione di cui la nazionalità […] è nota […]. Seguono i cittadini di nazionalità marocchina e nigeriana, che incidono rispettivamente per un 11,4% e 9,5%, e gli egiziani, che rappresentano il 9%. Nessuna delle altre nazionalità in ingresso raggiunge il 5%», ActionAid Italia-Università di Bari, *op. cit.*, 28.
[246] V. *supra*, nt. 59.
[247] E. Valentini, *La coercizione clandestina* (…), cit., 16.

probabilmente, di essere allontanato o allontanata, sembrerebbe pertanto coerente con tale logica di fondo.
Certo, la minaccia della pena detentiva potrebbe apparire in contrasto con l'effetto utile prescritto dalla direttiva rimpatri[248], ma soltanto a prima vista: la Corte di giustizia ha sì censurato l'uso del penale detentivo come mero doppio "disfunzionale", ma lo ha fatto solo in relazione a fattispecie più prossime alla prima disobbedienza, per così dire, rispetto all'ordine di allontanarsi. Più tiepida si è mostrata, al contrario, di fronte agli illeciti penali meno direttamente legati alla vicenda originaria, e cioè quelli di illecito reingresso[249], che continuano difatti, nel nostro ordinamento, a essere accompagnati da una pena detentiva[250]. Non è detto, quindi, che la minaccia di una pena detentiva rispetto a condotte ulteriori - e non affatto sovrapponibili alla violazione dell'ordine di allontanarsi – si possa considerare *tout court* contro tendente rispetto agli obiettivi della direttiva (anche perché, lo si ricordi ancora una volta, la misura amministrativa, se deve vincere, "vince" sempre).
L'interrogativo più pressante, comunque, rimane il seguente: questo preteso orientamento offensivo del delitto regge alla prova della realtà, ovvero, alla prova dei frequenti trattenimenti soltanto ottativi?
La risposta è scontata: no, è evidente che non regga. In quei frequenti casi, il delitto mai può ritenersi funzionale allo svolgimento di un'attività amministrativa considerata essenziale per la corretta gestione dei flussi e quindi, di rimando, per la tutela di beni costituzionali finali (si prenda qui per buona la ricostruzione condivisa dalla Corte Costituzionale). Non può ritenersi tale per una ragione molto banale: perché l'attività amministrativa, presidiata dal reato in discussione, perde la propria legittimazione teleologica, nel mentre si smarrisce la funzionalità del trattenimento al rimpatrio. Proprio nelle ipotesi in cui essa guadagna maggiore effettività – v. *supra* - quella minaccia di pena finisce col presidiare la vuota imposizione di un'obbedienza per l'obbedienza; l'ordine, fine a sé stesso, di sopportare in silenzio una misura fattualmente molto afflittiva, a sua volta giuridicamente fine a sé stessa, giacché non solo non utile al rimpatrio, ma nemmeno, è appena il caso di notarlo, a rieducare.
Alcuni studi sul campo, del resto, lo dimostrano: spesso il trattenimento serve a null'altro che far temporaneamente uscire di scena personaggi "scomodi" delle realtà urbane, pericolosi o semplicemente non conformi[251]. Per un po' la forza pubblica decide quasi arbitrariamente di rinchiuderli, renderli invisibili, senza che questo desti nemmeno troppo scandalo. Adesso quei personaggi potrebbero poi anche rischiare di passare dal CPR al carcere se colpevoli di aver partecipato, organizzato, diretto etc. una rivolta. Così, forse, avranno un'occasione, magari non la prima, per accedere a un percorso trattamentale. Peccato, però, che gli esiti di quel percorso saranno probabilmente gettati alle ortiche: una volta espiata la pena, quelle persone si ritroveranno ancora irregolari. Ritornate così al punto di partenza, forse riusciranno a trovare una via d'uscita. O forse, invece, faranno nuovamente ingresso in un CPR e qui resteranno, di nuovo, per un po'.

---

[248] Lo segnala, ancora M. Porchia, *op. cit.*, 18.
[249] C.G.UE, 1.10.2015, *Celaj*, causa n. C-290/14, in *www.penalecontemporaneo.it*, 5.10.2015, con nota critica di L. Masera, *La Corte di giustizia UE dichiara il delitto di illecito reingresso dello straniero espulso (art. 13 co. 13 TU imm.) conforme alla direttiva rimpatri (2008/115/CE)*; v. anche A. Romano, "Circumstances - are clearly distinct"*: la detenzione dello straniero per il delitto di illecito reingresso nella sentenza Celaj della Corte di giustizia*, in *DIC* 2015, 109-124. Per una riflessione antecedente alla pronuncia, v. L. Masera, *Il delitto di illecito reingresso dello straniero nel territorio dello Stato e la direttiva rimpatri*, in *DPenCont* 2013, 241 ss.
[250] Art. 13, co. 13 TuImm: «Lo straniero espulso non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno; in caso di trasgressione, è punito con l'arresto da due mesi a sei mesi ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato».
[251] G. Campesi-G. Fabini, *Immigration detention as Social Defence: Policing 'Dangerous Mobility' in Italy*, in *Theoretical Criminology* 2020, 51.

6. Per rispettare l'ordine crescente di numerazione delle disposizioni oggetto di attenzione, il commento ha proceduto in senso idealmente contrario alle dinamiche migratorie: muovendo dal centro, quindi dall'appartenenza (le modifiche in materia di cittadinanza), verso la periferia, e cioè il confine, in uscita e in entrata (il delitto di rivolta nei centri chiusi), si abbandona, infine, anche la frontiera in favore del mare. Le modifiche ora oggetto di attenzione interessano, infatti, da un lato, le disposizioni sanzionatorie contenute nella disciplina in materia di funzioni istituzionali marittime del Corpo della guardia di finanza, dall'altro, le altrettali disposizioni contenute, invece, nel codice della navigazione.
Prima di addentrarsi più nel dettaglio, è d'uopo precisare sin d'ora che il segmento della *crimmigration* al quale tali modifiche saranno ricondotte è ancora quello del penale migratorio, pur imponendosi alcune precisazioni. Questa volta però, si tratta di un penale migratorio "allargato" sia in termini soggettivi, perché indifferente alla qualifica di persona migrante/straniera del soggetto attivo, che oggettivi, perché esteso a copertura di condotte che non rilevano già sul piano della disciplina amministrativa dell'immigrazione. È, insomma, un penale migratorio che esibisce caratteri non del tutto sovrapponibili a quelli osservati sinora nelle ipotesi soggettivamente ristrette: la tendenziale fuga del penale da sé stesso, che caratterizza queste ultime (in parte anche, come visto, la nuova fattispecie di rivolta, anch'essa 'allargata', sebbene solo in termini 'oggettivi'), non è perciò un tratto caratteristico, o comunque indefettibile, della variante di cui si va adesso a trattare.
La ragione di tale disallineamento è molto semplice: quella fuga si verifica per la stretta correlazione che le fattispecie del penale migratorio soggettivamente e oggettivamente ristretto intrattengono con le qualifiche unilateralmente attribuite ai suoi *soggetti attivi*. Nel caso del penale migratorio allargato, invece, quel legame non è rilevante alla stessa stregua: l'irregolarizzazione di quelle persone rimane centrale ma in termini differenti; il carattere discriminatorio/razzista della prima versione, perciò, non è destinato a scomparire, solo ad atteggiarsi diversamente. Il dato dell'irregolarizzazione assume, qui, parimenti una funzione chiave, al punto di divenire un marcatore di tipicità, in qualità, però, di "attributo" degli "oggetti materiali delle condotte" (è ciò che quelle persone, purtroppo, divengono sul piano dogmatico, perlomeno nel caso delle fattispecie non aggravate)[252]. Ciò può verificarsi sia in via diretta, come nel favoreggiamento, che, in un certo senso, in via indiretta, come nell'ex delitto (ora illecito amministrativo) di inottemperanza al divieto di navigazione nel mare territoriale[253].

[252] M. Donini, *Il cittadino extracomunitario*, cit., 119 e ss. La legislazione italiana, come quella di altri paesi, riflette, del resto, l'approccio sposato già a livello di legislazione europea (Council Directive 2002/90/EC of 28 November 2002 defining the facilitation of unauthorised entry, transit and residence e Council Framework Decision 2002/946/JHA of 28 November 2002 on the strengthening of the penal framework to prevent the facilitation of unauthorised entry, transit and residence) che fonda la criminalizzazione dello *smuggling* sulla lotta all'immigrazione irregolare, piuttosto che sulla tutela delle persone trafficate (*smuggled*), sul punto cfr. A. Spena, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in A. Spena-V. Militello, *Between Criminalization and Protection. The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking within the European and International Context*, Leiden-Boston 2019, 44

[253] Nato come illecito amministrativo con il decreto-legge 14 giugno 2019 n. 53, convertito, con modifiche, dalla l. 5 agosto 2019 n. 77, divenuto delitto a opera del d.l. 130/2020 convertito con modificazioni dalla L. 18 dicembre 2020, n. 173 (cd decreto Conte-Lamorgese) (per un commento della fattispecie v. A. di Martino-L. Ricci, *L'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, in www.lalegislazionepenale.eu, 1.3.2021, 1 e ss; F. Venturi, *La gattopardesca riforma della disciplina delle operazioni di soccorso in mare ad opera dell'art. 1, comma 2, del d.l. n. 130/2020*, in *Forum di QuadCost* 2021, 87-110; S. Zirulia, *Il diritto penale nel "Decreto Lamorgese": nuove disposizioni, vecchie politiche criminali*, in *DPP* 2021, 567 ss.; L. Masera, *Il contrasto amministrativo alle ONG che operano soccorsi in mare, dal codice di condotta di Minniti, al decreto Salvini* bis *e alla riforma Lamorgese: le forme mutevoli di una politica costante*, in *QuestG*, 15.6.2021.), ritornato, infine, ad essere illecito amministrativo ad opera del d.l. 2 gennaio 2023, n. 1,

In quest'ultimo caso bisogna infatti considerare che quei divieti si fondano su una facoltà, accordata in via eccezionale dalla convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS)[254], di interdire/limitare la navigazione nel mare territoriale da parte dello Stato rivierasco in caso di cd *passaggio non inoffensivo*[255]. Il caso è, cioè, quello del passaggio di un'imbarcazione dedita all'attività di «carico o scarico di merci, denaro o persone in violazione alle leggi o ai regolamenti doganali, fiscali, dell'immigrazione o sanitari dello Stato costiero»[256]. Tramite tale rinvio alla disciplina di rango sovranazionale e, segnatamente, alla facoltà d'interdizione in caso di violazione di leggi in materia migratoria, la fattispecie domestica chiama allora in causa, pur mediatamente, il fatto che, alle persone trasportate, non si conceda di entrare regolarmente. Dunque, ai fini che qui interessano, è chiaro che la provenienza di costoro giochi comunque un ruolo di rilievo anche in quella interdizione: nel caratterizzare il tipo di finalità del trasporto, è quella provenienza, in fin dei conti, ad attivare la possibilità tanto di vietare il passaggio, quanto di sanzionare, conseguentemente, la violazione di questo divieto[257].

Per altro verso, e correlativamente, ciò che accomuna le fattispecie riconducibili alle due varianti soggettive del penale migratorio è il rapporto molto stretto ch'esse intrattengono con le fonti sovranazionali. Gli obblighi internazionali, direttamente o indirettamente incorporati nel dettato costituzionale, ne vincolano l'applicazione, sia rispetto all'*an* che rispetto al *quomodo*. Come il cd reato di clandestinità, ad esempio, ha sempre dovuto fare i conti con determinati limiti promananti dalle fonti internazionali in materia di protezione internazionale e asilo, ma non solo[258] (limiti che non a caso si traducono anche in divieti di respingimento ed espulsione), così fattispecie come il favoreggiamento o l'illecito amministrativo relativo all'interdizione della navigazione, lo si è appena visto, richiedono di essere interpretate e

convertito con modificazioni dalla L. 24 febbraio 2023, n. 15 (cd decreto Piantedosi). Il potere di interdizione rimane disciplinato al comma 2 dell'art. 1 del d.l. 130/2020: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 83 del codice della navigazione, per motivi di ordine e sicurezza pubblica, in conformità alle previsioni della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare, con allegati e atto finale, fatta a Montego Bay il 10 dicembre 1982, resa esecutiva dalla legge 2 dicembre 1994, n. 689, il Ministro dell'interno, di concerto con il Ministro della difesa e con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previa informazione al Presidente del Consiglio dei ministri, può limitare o vietare il transito e la sosta di navi nel mare territoriale, salvo che si tratti di naviglio militare o di navi in servizio governativo non commerciale». Segue, quindi, la cd clausola di salvaguardia (art. 1, co. 2 *bis*), in base alla quale la disposizione precedente non si applica nelle ipotesi di operazioni di soccorso compiute rispettando determinati requisiti procedimentali. Per effetto dell'ultima riforma, inoltre, alle ipotesi di inosservanza del divieto o della limitazione è stata aggiunta quella di mancata comunicazione di informazioni richieste dalla competente autorità nazionale per la ricerca e il soccorso in mare nonché dalla struttura nazionale preposta al coordinamento delle attività di polizia di frontiera e di contrasto dell'immigrazione clandestina, da un lato, e quella di inottemperanza alle loro indicazioni (nuovo comma 2 *sexies*). Trattasi parimenti di illeciti amministrativi severamente sanzionati, sui quali la Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi nel maggio scorso (C. Cost., sent. 21.5.2025 n. 101, in www.cortecostituzionale.it), per un commento v. I. Papanicoloupoulu, *Di norme astratte e problemi concreti: breve commento alla sentenza della corte costituzionale nel caso* Ocean Viking, in *DIC* 2025, 1 ss. v. poi *infra* nel testo.

[254] *United Nations Convention on the Law of the Sea*, conclusa a Montego Bay il 10 dicembre 1982, ratificata con l. 2 dicembre 1994 n. 689, di seguito UNCLOS.

[255] Si tratta a tutti gli effetti di una deroga alla regola generale sancita dall'art. 17 UNCLOS secondo cui tutte le imbarcazioni godono di un generale diritto di transito inoffensivo attraverso il mare territoriale.

[256] Art. 19, comma 2, lett. *g* UNCLOS.

[257] È chiaro, infatti, che quella interdizione dovrebbe essere diretta a impedire il perfezionarsi di un ingresso illegale quindi di una ipotesi di *smuggling*. D'altra parte «[i]l passaggio non inoffensivo presuppone […] che l'imbarcazione che ne è responsabile "si dia", sia cioè deliberatamente impegnata, si dedichi intenzionalmente, nel mare territoriale, ad un'attività concepita come autonomamente illecita: illecita, cioè, prima ed indipendentemente dal provvedimento dello Stato costiero relativo al passaggio non-innocente», così A. di Martino-L. Ricci, *op.cit.*, 8.

[258] V. *supra* nt. 53.

applicate alla luce di quelle facoltà e di quegli obblighi di rango anche internazionale: su tutti, il diritto di presentare domanda di protezione e il divieto di *refoulement*[259].
Detto altrimenti, sono tutte fattispecie che impongono l'adozione di una prospettiva interpretativa e applicativa *interlegale*[260], nella quale, cioè, si deve necessariamente tener conto del fatto che la situazione è regolata da una pluralità di fonti (nazionali e sovranazionali) tutte parimenti applicabili perché non ordinabili secondo un criterio gerarchico. Quelle fonti possono rilevare, più precisamente, sia nella definizione del precetto, tramite un'eterointegrazione dello stesso in chiave positiva o negativa, quanto, eventualmente, nell'escludere l'antigiuridicità del fatto[261], così imponendo il riconoscimento di causa di giustificazione, ovvero, *in extremis*, nel richiedere un riconoscimento dell'eventuale scusabilità dello stesso.
Se ne trae che il dato della provenienza trascini con sé una serie di conseguenze suscettibili di atteggiarsi tanto in senso favorevole che sfavorevole, anche in base all'assetto giuridico determinato dalle fonti sovranazionali. È, perciò, una provenienza foriera di un'attribuzione di alterità la quale, tuttavia, non porta con sé solo "svantaggi", nella misura in cui comunque assicura diritti e, per converso, obbliga in certo modo lo Stato di ricezione, ovvero gli Stati rivieraschi in generale (nel caso di vicende che interessano il settore della navigazione). D'altra parte, nello specifico ambito marittimo, non è solo la provenienza in sé a determinare l'assetto di disciplina, ma il fatto stesso che si tratti di un settore nel quale vigono regole specifiche, di rango nazionale e sovranazionale, applicate alla generalità delle navigazioni, che impongono comunque obblighi ineludibili di rango internazionale. L'intreccio di questi diritti e obblighi determina, insomma, la complessa trama entro la quale le fattispecie devono essere iscritte.

6.1. Date queste premesse, si può ora procedere al rapido inquadramento delle modifiche sopra accennate. A tal fine, conviene partire da un dato: sono tutte modifiche tese ad ampliare il raggio d'azione, da un lato, dei delitti di cui agli artt. 5 e 6 della legge 13 dicembre 1956, n. 1409 (*Norme per la vigilanza marittima ai fini della repressione del contrabbando dei tabacchi*), legati allo svolgimento delle attività marittime della Guardia di Finanza, dall'altro, dei delitti di *Rifiuto di obbedienza a nave da guerra* (art. 1099 Cn) e di *Resistenza o violenza contro nave da guerra* (art. 1100 Cn). Il primo ampliamento, quello che interessa i delitti di cui alla legge del 1956, avviene sia sul piano oggettivo che soggettivo[262]; il secondo, quello relativo ai delitti di cui al codice della navigazione, si attua invece, soltanto sul piano soggettivo. Rispetto all'ampliamento del raggio d'azione dell'art. 1099 Cn, è necessario specificare che, alle nuove ipotesi incriminanti, si assegna un margine di azione meno ampio di quello della fattispecie originaria.
Quanto alla prima classe di ampliamenti, le due fattispecie di cui agli artt. 5 e 6 incriminano, rispettivamente, l'una le condotte di inottemperanza alla «intimazione di fermo promanante da una unità del naviglio della Guardia di finanza», l'altra gli atti di «resistenza e violenza» contro il medesimo tipo di imbarcazione. Le due ipotesi sono equiparate, *quoad poenam*, l'una al

[259] Com'è noto, si tratta dell'art. 33 della Convenzione sullo statuto dei rifugiati, conclusa a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata e resa esecutiva con legge 24 luglio 1954, n. 722, che vieta agli Stati contraenti di espellere o respingere i rifugiati «verso i confini di territori» in cui la loro vita o la loro libertà «sarebbero minacciate» in considerazione della razza, della religione, della cittadinanza, dell'appartenenza a un gruppo sociale o delle opinioni politiche.
[260] A. di Martino, *Intelegality and Criminal Law*, in G. Palombella-J.Klabbers (eds.), *The Challenge of Inter-Legality*, Cambridge 2019, 250-268.
[261] V., per tutti, A. Spena, Smuggling *umanitario e scriminanti*, in *RIDPP* 2019, 1859-1907.
[262] È soggettivo nel senso che individua un soggetto attivo specifico in modo, tuttavia, indiretto, filtrato cioè attraverso il mezzo/le ambientazioni delle condotte giacché determinante per la sua qualificazione è soltanto la bandiera battuta dall'imbarcazione (non, invece, la nazionalità del soggetto stesso, cioè il o la comandante).

Rifiuto di obbedienza a nave da guerra (art. 1099 Cn), l'altra alla *Resistenza o violenza contro nave da guerra* (art. 1100 Cn).
Fino alla riforma apportata con il decreto del 2025, quelle condotte rilevavano soltanto se: 1) l'unità di naviglio della Guardia di finanza - che, nell'un caso, intimava il fermo e, nell'altro, subiva una violenza o una resistenza, - operava nell'ambito della vigilanza marittima ai fini della repressione del contrabbando dei tabacchi e 2) la condotta incriminata era posta in essere dal capitano di una nave nazionale. Adesso, invece, quelle condotte rilevano penalmente anche «quando le unità del naviglio […] sono impiegate nell'esercizio delle funzioni istituzionali a esse attribuite dalla normativa vigente»[263] e le sanzioni previste si applicano «nel rispetto delle norme internazionali, anche quando le condotte sono poste in essere dal comandante di una nave straniera»[264].
Quanto alla seconda classe di ampliamenti, si prevede ora, da un lato, che soggiaccia alla medesima pena (reclusione fino a 2 anni) prevista per il comandante della nave nazionale che, nei casi previsti dall'articolo 200 Cn, non obbedisce all'ordine di una nave da guerra nazionale, anche il comandante della nave straniera, il quale: 1) non obbedisca all'ordine di una nave da guerra nazionale, 2) «quando, nei casi consentiti dalle norme internazionali, quest'ultima procede a visita e a ispezione delle carte e dei documenti di bordo»[265]. Dall'altro lato, si prescrive che, alla medesima pena (reclusione da 3 a 10 anni) prevista per il comandante o l'ufficiale della nave nazionale che commette atti di resistenza o di violenza contro una nave da guerra nazionale, soggiacciano altresì il comandante o l'ufficiale delle «navi straniere per gli atti compiuti contro una nave da guerra nazionale impiegata nello svolgimento, in conformità alle norme internazionali, dei relativi compiti»[266].

6.2. Le modifiche apportate impongono, dunque, una ridefinizione dell'ambito di operatività delle quattro fattispecie, alla luce delle eterointegrazioni che le stesse subiscono da parte tanto della normativa nazionale quanto, soprattutto, di quella sovranazionale/internazionale. Entrambe le classi di ampliamenti chiamano invero direttamente ed esplicitamente in causa le norme internazionali: le sanzioni di cui agli artt. 5 e 6 si applicano ai comandanti di nave straniera «nel rispetto delle norme internazionali»; l'ordine della nave da guerra nazionale diretto al comandante della nave straniera rileva solo se impartito «nei casi consentiti dalle norme internazionali» (art. 1099 Cn); infine, l'atto di resistenza/violenza contro nave da guerra nazionale è rilevante se quest'ultima è impiegata nello svolgimento dei relativi compiti «in conformità alle norme internazionali» (art. 1100 Cn). Ci si trova dunque dinnanzi a situazioni *interlegali*, nei termini sopra descritti.
È necessario tener presente che il fatto di ampliare soggettivamente la portata delle disposizioni trascina con sé la necessità di 1) verificare se vi sia il configurarsi o meno di deroghe ai criteri ordinari di radicamento della giurisdizione contenuti nel codice penale ovvero nel codice della navigazione e, in caso positivo, di inquadrare il loro atteggiarsi e 2) in presenza di tali eventuali deroghe, confrontarsi nuovamente con i vincoli di rango internazionale, applicabili tanto nel mare territoriale che nell'alto mare (questo anche il senso, del resto, di quei richiami alle fonti sovranazionali poc'anzi ricordati).
Per quel che concerne, in primo luogo, l'ampliamento oggettivo, che interessa unicamente le fattispecie di cui agli artt. 5 e 6 della legge del 1956, per suo effetto queste sono ora applicabili allo svolgimento della *generalità delle funzioni istituzionali* della Guardia di Finanza. È allora

[263] Art. 29, I comma, d.l. 48/2025.
[264] *Ibid*.
[265] Nuovo comma 2 dell'art. 1099 Cn.
[266] Art. 1100 co. 1 nuovo ultimo periodo Cn.

opportuno ricordare che, tra di esse, rientra altresì l'attività di «prevenzione e contrasto dell'immigrazione irregolare»[267]. Ne consegue che assumerà rilevanza penale, da un lato, l'inottemperanza alla intimazione di fermo impartita da unità di naviglio della GdF in funzione di prevenzione e contrasto dell'immigrazione irregolare. Dall'altro, che altrettale rilevanza sarà attribuita agli atti di resistenza o di violenza contro una unità di naviglio della GdF realizzati da comandanti di navi impegnate nell'agevolazione dell'immigrazione irregolare o almeno sospettate di esserlo. Evidentemente sottesa a questa modifica è, dunque, l'intenzione di rafforzare i poteri della forza pubblica rispetto alle attività appena ricordate, secondo una logica di penalizzazione della disobbedienza ai comandi analoga a quella cui corrispondono i reati di rivolta.

L'ampliamento soggettivo, che concerne tutte le fattispecie (sia quelle della legge del 1956 che quelle del codice della navigazione), non sembra invece porre questioni interpretative eccessivamente gravose. In linea di principio, cioè, non vi è da dubitare che: 1) una nave della GdF o una nave da guerra italiana possano legittimamente fermare/ispezionare/impartire ordini anche a navi straniere purché all'interno delle acque territoriali – ed eventualmente anche nella zona contigua[268] – non solo perché si tratta comunque di spazi di sovranità, più o meno temperata, dello Stato costiero[269] ma anche perché ciò è espressamente consentito dalle norme internazionali, le quali ammettono che lo stato rivierasco, attraverso «*laws and regulations*» adottate conformemente alle previsioni della UNCLOS nonché alle «*other rules of international law*», possa limitare il diritto di *innocent passage* anche allo scopo di prevenire lo «*infringement of the customs, fiscal, immigration or sanitary laws and regulations of the coastal State*»[270] e 2) sulle eventuali violazioni, penalmente rilevanti, commesse da imbarcazioni straniere in reazione/inottemperanza all'esercizio di tali poteri sussista la giurisdizione penale territoriale dello stato trattandosi pur sempre di territorio *ex* art. 4 Cp.

Deve invece escludersi che tali poteri siano esercitabili in alto mare, se non in casi eccezionali espressamente previsti dalle stesse fonti di rango internazionale[271]. In base al principio della cd «*Freedom of the high seas*»[272], la nave straniera è infatti qui unicamente sottoposta alla giurisdizione dello Stato di bandiera[273] e l'intromissione di altro Stato (fermo della nave, esercizio della giurisdizione penale per fatti ivi avvenuti etc.) può avvenire solo previo consenso dello Stato di bandiera: «When it is in international waters a vessel is subject to the exclusive jurisdiction of its flag state, therefore government vessels generally may not board foreign vessels in international waters without flag state consent. Flag state consent will also

[267] D. lgs. 19 agosto 2016, n. 177, e conseguente direttiva sui comparti di specialità delle forze di polizia, di cui al decreto del Ministro dell'interno 15 agosto 2017. Lo ricorda puntualmente la relazione di accompagnamento, 33.

[268] V. ad es., Cass. 22.11.2017, n. 5157, in *CP* 2018, 10, 3267: ove si è affermato che lo Stato può esercitare l'attività di repressione e prevenzione dei reati nella "zona contigua" al mare territoriale, dell'estensione massima di ulteriori dodici miglia marine, ovvero di ventiquattro miglia dalla linea di base da cui si misura la larghezza del mare territoriale.

[269] Art. 2 UNCLOS.

[270] UNCLOS, Article 21, *Laws and regulations of the coastal State relating to innocent passage*.

[271] È il caso, ad esempio, dei reati di pirateria «previsti dagli artt. 1135 e 1136 c. nav., e quelli ad essi connessi ai sensi dell'art. 12 c.p.p., se commessi nell'ambito delle missioni "Atalanta" e "Ocean Shield" a danno dello Stato o di cittadini o beni italiani, in alto mare o in acque territoriali altrui, sono puniti secondo la legge italiana ai sensi dell'art. 7, comma 1, n. 5, c.p. (in combinato disposto, per la prima missione, con quanto previsto dall'art. 5 d.l. 30 dicembre 2008, n.12, conv. nella l. n. 12 del 2009, e successive modifiche, e, per la seconda missione, con quanto stabilito dall'art. 7 d.l. 12 luglio 2011, n. 107, conv. nella l. n. 130 del 2011), sono sottoposti alla giurisdizione italiana e alla competenza del Tribunale di Roma, e sono procedibili senza necessità della richiesta del Ministro della giustizia ex art. 10 c.p.», Cass. 27.2.2015, n. 15977, in *CP* 2016, 357.

[272] Art. 87 UNCLOS.

[273] Art. 92 UNCLOS; v. anche art. 97 UNCLOS.

be required for some interdictions by coastal states, where a vessel is interdicted in a regulatory zone in respect of acts which the coastal state lacks express jurisdiction to regulate»[274].
Chiarito questo secondo punto, ci si può ora avviare alla chiusura dell'analisi concentrandosi su di una questione evidentemente centrale: in quali termini tutti questi ampliamenti, soggettivi e oggettivi, si pongono rispetto alle attività di *search and rescue*?
Innanzitutto, è fuor di dubbio che tali attività mai possono corrispondere a condotte suscettibili di violare le norme in materia di immigrazione. Tale sovrapposizione è da escludersi perché il trasporto deve essere inteso «*come quell'attività materiale di trasferimento che, direttamente svolta nei confronti delle persone trasportate a partire da un luogo iniziale, procura di raggiungere la destinazione facendo ingresso illegale*. E se, […], procurare significa 'ottenere', 'far avere', 'fare in modo che qualcosa si faccia, si compia, si verifichi', 'impegnarsi per la realizzazione di un dato scopo', allora il trasporto deve essere inteso come quella attività specificamente e consapevolmente strumentale al conseguire lo scopo di far arrivare alla destinazione tipica, cioè l'ingresso illegale. Questa continuità strumentale e di scopo non si verifica quando è in gioco un'attività di salvataggio»[275].
Su questi presupposti, quegli ampliamenti, oggettivi o soggettivi, non potranno dar luogo a un esercizio indiscriminato dei poteri tutelati dalla disposizione penale. L'intromissione dell'Autorità rispetto al passaggio nelle acque territoriali, se motivata dalla necessità di prevenire la normativa in materia di immigrazione, potrà ammettersi solo rispetto a situazioni distinte da quelle in cui si verifica un'operazione di salvataggio[276]. Il "passaggio" implicato in queste ultime, invero – che, oltretutto, include anche le attività di «stopping and anchoring, but only in so far as the same are incidental to ordinary navigation or are rendered necessary by force majeure or distress or for the purpose of rendering assistance to persons, ships or aircraft in danger or distress»[277] - non può ritenersi pregiudizievole rispetto alla pace, il buon ordine o la sicurezza dello Stato costiero. Dare assistenza non è attività di «imbarco e sbarco di persone contraria alle leggi dell'immigrazione». Eventualmente, ma sempre in presenza di elementi ulteriori, quell'attività potrà reputarsi pregiudizievole in altra guisa; diversamente, dovrà ritenersi non offensiva e, dunque, non suscettibile di interferenze, men che mai penalmente presidiate. Anzi, si potrebbe addirittura ritenere che, in tali ipotesi, vi sia un obbligo dello stesso Stato rivierasco di cooperare con il o la comandante della nave nel portare a termine le operazioni di salvataggio[278].
Tuttavia, benché le attività di soccorso differiscano da quelle di favoreggiamento, ciò potrebbe non rappresentare comunque un ostacolo all'esercizio dei poteri di polizia del mare sulle imbarcazioni che tali attività effettuano, anche se straniere, laddove l'esercizio di quei poteri si fondi su altri presupposti. Questa, evidentemente, è la prospettiva adottata dal legislatore nazionale a partire dalla riscoperta dei divieti di navigazione: non c'è un'equiparazione in tale

[274] D. Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge 2009, 9.
[275] A. di Martino-L. Ricci, *op. cit.*, 14.
[276] A nessun patto una vera e propria operazione di soccorso può costituire favoreggiamento, A. di Martino, *Strategie comunicative di indagini penali per agevolazione della migrazione irregolare. Noterelle di sociologia della comunicazione giudiziaria*, in *DIC* 2019, 1-18.
[277] Art. 18, parte finale UNCLOS.
[278] D'altra parte, è la stessa convenzione UNCLOS, all'art. 98, a prescrivere tanto che «[e]very State shall require the master of a ship flying its flag, in so far as he can do so without serious danger to the ship, the crew or the passengers: (a) to render assistance to any person found at sea in danger of being lost; (b) to proceed with all possible speed to the rescue of persons in distress, if informed of their need of assistance, in so far as such action may reasonably be expected of him» quanto che «[e]very coastal State shall promote the establishment, operation and maintenance of an adequate and effective search and rescue service regarding safety on and over the sea and, where circumstances so require, by way of mutual regional arrangements cooperate with neighbouring States for this purpose».

senso, ma il fatto di non rispettare alcune direttive impartite dallo stato rivierasco fa sì che quelle condotte non possano più ritenersi coperte dal diritto di passaggio inoffensivo, fino a giustificare l'imposizione di alcuni divieti ovvero, come nelle ipotesi in esame, l'uso di poteri di polizia sulle imbarcazioni straniere.
Questa prospettiva, ove la si voglia ritenere ammissibile, impone comunque di fare i conti con alcuni profili messi definitivamente in chiaro dalla Corte Costituzionale nel maggio scorso. Quel che sostanzialmente la Corte ha riconosciuto è che l'imposizione di una procedura per lo sbarco può considerarsi vincolante, e quindi può rilevarne l'inottemperanza, solo nella misura in cui rispetti a sua volta altri obblighi ineludibili. Diversamente, quei divieti o l'esercizio di quei poteri non possono dirsi legittimi e, dunque, nemmeno può ritenersi illecita la loro trasgressione. Se ne trae, perciò, che in tali ipotesi quel passaggio resta pur sempre inoffensivo, a prescindere da quelle direttive, e lo Stato rivierasco non è legittimato a ostacolarlo.
L'adozione di questa prospettiva implica alcuni passaggi logici così sintetizzabili: 1) ai fini del diritto internazionale un'operazione di salvataggio non può mai dirsi condotta di *smuggling*, quindi quel passaggio non può considerarsi contrario alle leggi in materia di immigrazione; 2) quell'operazione non si può considerare completa finché il comandante non abbia sbarcato i passeggeri in un luogo sicuro; 3) un luogo sicuro mai potrà essere quello nel quale i passeggeri corrano un rischio per la propria incolumità/sopravvivenza, ovvero rischino di subire tortura, persecuzioni, trattamenti inumani/degradanti[279]. Questo assetto, sia chiaro, seppur secondo alcuni non direttamente deducibile dalle fonti di rango sovranazionale[280], e difatti non pacifico sul piano internazionale[281], è nondimeno ora, dopo la presa di posizione della Corte, certamente vincolante a livello di ordinamento interno. Si consideri, oltretutto, che la Suprema Corte ha addirittura addossato un rimprovero penale sul capitano della nave che sbarchi le persone in posto non sicuro[282].
È, peraltro, appena il caso di osservare che quel passaggio non potrebbe poi comunque ritenersi non inoffensivo alla stregua di altre norme, come quelle che regolano la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico, a meno che l'imbarcazione che ha dato soccorso non si ingaggi *in primis* in una condotta violenta verso una nave nazionale da guerra o della GdF (scenario piuttosto irrealistico). Diversamente, la disobbedienza si atteggerà sempre come una reazione, eventualmente anche violenta, ma pur sempre *conseguente* all'azione di interferenza della forza pubblica: non potrà essere, quindi, questa condotta a rendere il passaggio non inoffensivo giacché è quest'ultimo a doversi dimostrare, *ab imis*, tale per legittimare quell'intervento della

[279] Così sembrerebbe averli altresì inquadrati la Corte Costituzionale nella sentenza 105/2025 con la quale ha difatti definito il limite di legittimità dei divieti di navigazione indirettamente riconoscendo che la direttiva impartita di condurre i passeggeri nelle coste libiche non è legittima per rischio di violazione di divieti internazionali.
[280] V. ad es. V. Valentini, *Dovere di soccorrere o diritto di speronare? Qualche spunto (quasi) a caldo sul caso* Sea Watch 3, in *Crim* 2018, 785 ss.
[281] È un'incertezza che sembra essersi temperata soprattutto a seguito dell'adozione delle *Guidelines on the Treatment of Persons Rescued At Sea*, MSC 78/26/Add.2 del 4 giugno 2004, ove, sotto lo specifico profilo degli obblighi del comandante, si specifica che il *place of safety*: «is also a place where the survivors' safety of life is no longer threatened and where their basic human needs (such as food and medical needs) can be met» (punto 6.12). Inoltre, vi si precisa che «an assisting ship should not be considered a place of safety based solely on the fact that the survivors are no longer in immediate danger once aboard the ship» (punto 6.13) e che «the need to avoid disembarkation in territories where the lives and freedoms of those alleging a well-found fear of prosecution would be threatened is a consideration in the case of asylum-seekers and refugees recovered at sea» (punto 6.17). In argomento, M. Starita, *Il dovere di soccorso in mare e il "diritto di obbedire al diritto" (internazionale) del comandante della nave privata*, in *DUDI* 2019, 5-47.
[282] È il cd Caso Asso 28, Cass. 12.10.2023 n. 4457 (Sotgiu), in *DeJure*, su cui v. L. Magi, *L'obbligo di soccorso del comandante nella giurisprudenza della Corte Suprema di Cassazione*, in *DUDI* 2024, 297 e ss.

forza pubblica, e non può, viceversa, essere l'intervento della forza pubblica a renderlo *ex post* offensivo[283].

7. Definiti, almeno in parte, i contorni anche di queste fattispecie, si può approdare finalmente alle conclusioni di questo commento, le quali possono ben esaurirsi nell'analisi dell'ultima modifica normativa meritevole di considerazione, apparentemente marginale ma tale da riassumere in sé il senso "politico-criminale", se così si può dire, del complesso degli interventi sin qui esaminati.
Si tratta della novella che interviene sul codice delle comunicazioni elettroniche[284], per: 1) prescrivere che la condanna per il delitto di sostituzione di persona[285], quando il fatto è commesso al fine di sottoscrivere un contratto di acquisto di SIM telefonica, comporta l'incapacità di contrattare con gli operatori per un periodo da sei mesi a due anni; 2) introdurre la sanzione amministrativa accessoria della chiusura dell'esercizio o dell'attività da 5 a 30 giorni per i casi nei quali le imprese autorizzate a vendere schede S.I.M. non osservino gli obblighi di identificazione dei clienti[286]; 3) con riferimento alla conclusione di contratti il cui oggetto sia un servizio per la telefonia mobile (contratti pre-pagati o in abbonamento), introdurre l'obbligo per le imprese di acquisire dal cliente cittadino di Paese extra UE la copia del titolo di soggiorno di cui è in possesso ovvero del passaporto o del documento di viaggio equipollente o di un documento di riconoscimento che sia in corso di validità e, quando il cliente non dispone di tali documenti perché oggetto di furto o smarriti, fare obbligo all'impresa di acquisire copia della relativa denuncia[287].
Dietro l'apparente neutralità di queste previsioni si cela, è evidente, l'ennesimo tentativo di colpevolizzare sia la persona irregolarizzata, sia altri soggetti che potrebbero fornirle un supporto, in questo caso nell'ottenere un contratto telefonico. Il fatto di obbligare a consegnare il titolo di soggiorno, difatti, ad altro non mira che a impedire alle persone irregolarizzate di acquistare una sim telefonica; dunque, di avere accesso a quella parte di relazioni e opportunità che tale strumento dischiude. Insomma, è un modo come un altro di renderle ancora una volta subalterne, senza alcuna preoccupazione per la loro condizione esistenziale.

[283] «L'illiceità dello sbarco, pertanto, non può dipendere dalla stessa fonte – il provvedimento di limitazione o divieto – che ne sanziona la violazione. Il carattere offensivo del passaggio dev'essere dunque precedente alla realizzazione della condotta, perché soltanto esso fonda il potere di emanare il provvedimento amministrativo», A. di Martino-L. Ricci, *op.cit.*, 9.
[284] Modifiche introdotte dall'art. 32 del decreto all'art. 98 *undetricies* di cui al d.lgs. 1.8.2003 n. 259, introducendo, tra gli altri, un nuovo comma 1 ter.
[285] All'articolo 494 del codice penale.
[286] Di cui all'articolo 98 *undetricies*, che modifica l'articolo 30 del codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. 1.8.2003 n. 259).
[287] Art. 98 *undetricies* del d.lgs. 1.8.2003 n. 259.

GIUSTIZIA NEGOZIATA, MODULI CONSENSUALI E PRESUNZIONE DI NON COLPEVOLEZZA: QUALCHE SPIGOLATURA A MARGINE DEL PENSIERO DI ENRICO MARZADURI

di Valentina Bonini (Professoressa associata in diritto processuale penale, Università di Pisa)

Sommario: 1. Giustizia negoziata e quadrante costituzionale nel pensiero di Enrico Marzaduri. – 2. Le difficoltà di coniugazione tra logiche negoziate e principi costituzionali negli itinerari giurisprudenziali in tema di patteggiamento. – 3. Il consolidarsi dell'asse volontaristico e i suoi riflessi sul dibattito dottrinale. 4. Le più recenti intersezioni tra volontà e itinerari di giustizia: nuove frizioni con le garanzie costituzionali? 4.1. La messa alla prova. 4.2. La giustizia riparativa. – 5. L'attualità del pensiero di Enrico Marzaduri in rapporto alla mutata cornice della consensualità processualmente significativa: la quadratura del cerchio?

1. Un doveroso ringraziamento di apertura va a Benedetta Galgani, Daniele Negri e Stefano Ruggeri, che hanno costruito questa ricca e gioiosa occasione di riflessione corale sul pensiero di Enrico Marzaduri, le cui traiettorie di indagine sono così varie e numerose da non poter essere affrontate in modo esauriente neppure in un convegno tanto densamente strutturato.
Tra i grandi temi[1] irrorati dalle vitali analisi di Enrico è da rammentarsi quello della negozialità processuale, che –da fino precursore qual è– egli ebbe ad analizzare prima del suo irrompere nella giustizia penale, da subito coltivando un approccio sistematico: il complesso rapporto tra processo penale e logiche negoziali è stato intercettato e messo a fuoco prima ancora che questo entrasse da protagonista nelle dinamiche del codice del 1988[2], da subito cogliendone la portata

[1] Moltissimi i contributi di Enrico Marzaduri che hanno affrontato le questioni di fondo della sistematica processuale, tanto sul piano didattico (come dimostra il costante impegno non solo nel corso istituzionale di Diritto processuale penale, ma anche in quello di Teoria generale del processo, già inaugurato da Mario Chiavario nella sua fertile esperienza didattica presso l'Ateneo di Pisa), quanto sul piano scientifico (basti, in termini assolutamente rapsodici e parziali, ricordare : voce *Azione, dir. proc. pen.*, in *Enc. giur.*, Agg. IV, Roma 1996; *L'identificazione dei contenuti del diritto di difesa nell'ambito della previsione dell'art. 6 n. 3 lett. c della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *AP* 1996, 178; *Commento all'art. 1 l. cost. 23/11/1999*, in *LP* 2000, 762; *La riforma dell'art. 111 Cost., tra spinte contingenti e ricerca di un modello costituzionale di processo penale*, in *LP* 2000, 755; *Accertamenti non definitivi sulla responsabilità dell'imputato e attenuazione della presunzione di non colpevolezza*, in *CP* 2000, 232; voce *Questioni pregiudiziali*, in *Enc. dir., VI Agg.*, Milano 2002, 15*; Giusto processo e misure cautelar*i, in Aa.Vv., *Il giusto processo, tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Utet, Torino 2002, 273; *La prova negoziata e l'art. 111 Cost.: tra deroga al contraddittorio e valorizzazione dei profili dispositivi dell'accertamento penale*, in Aa.Vv., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo*, a cura di G. Di Chiara, Giappichelli, Torino 2009, 189; *Il principio di obbligatorietà dell'azione penale oggi: confini e prospettive*, in *Criminalia* 2010, 337; *Il processo penale e le scelte di politica criminale*, in Aa.Vv., *Diritto e processo: rapporti e interferenze*, a cura di R. Danovi, Giappichelli, Torino 2013, p. 165; *Presunzione di innocenza e tutela della libertà personale nella giurisprudenza della Corte e.d.u.*, in Aa.Vv., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Dike giuridica, Roma, 2016, 169).

[2] Ci si riferisce all'opera monografica di E. Marzaduri, *L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, Milano 1985, preceduta da riflessioni sul tema, tra le quali si veda ID., *Primi apporti sul ruolo del p.m. nell'applicazione delle sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato, fra poteri di impulso processuale e funzioni di carattere consultivo*, in *CP* 1984, 1604; ID., *Poteri delle parti e poteri del giudice nella determinazione della sanzione sostitutiva applicata su richiesta dell'imputato*, in *CP* 1985, 1628; ID., *Prime considerazioni sui contenuti "premiali" del nuovo "patteggiamento"*, in *RIDPP* 1985, 1137. L'interesse per il tema ha trovato ampio spazio nelle opere dell'Autore anche successivamente: v. E. Marzaduri, *Brevi considerazioni sui poteri del giudice nell'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *CP* 1990, 729; ID., *Poteri delle parti e disponibililtà del*

dirompente che avrebbe giocato come snodo fondamentale delle scelte accusatorie e sottolineandone le criticità rispetto alla cornice costituzionale. Nei numerosi contributi resi sul tema, mai è stata elusa la spinosa questione del rapporto tra gli assetti pubblicistici costruiti dagli artt. 112 e 27 co. 2 Cost e gli arnesi della negozialità: una coniugazione difficile quando i principi costituzionali siano interpretati come fondativi non solo di diritti soggettivi, ma anche e soprattutto di garanzie oggettive delle quali risulta, dunque, azzardato ipotizzare margini di disponibilità e *deminutio* per volontà del privato[3].

Accanto alle riflessioni di sistema, che fissano il quadrante costituzionale entro cui ricondursi gli atti di volontà che interessano la materia processuale penale, il pensiero di Enrico Marzaduri (raffinato e pragmatico al tempo stesso) traccia la rotta positiva grazie ad attente letture del dato codicistico dalla immediata spendibilità applicativa. Così, nella prospettiva di una calibratura cognitiva dei riti negoziati, si rivelano preziose le riflessioni sul proscioglimento immediato di cui all'art. 129 co. 1 Cpp, nella parte in cui valorizzano la possibilità di un pronunciamento liberatorio anche in caso di insufficienza e contraddittorietà probatoria[4]. E' questo un approdo interpretativo che, proiettato nelle trame del c.d. patteggiamento e del procedimento monitorio, chiama il giudice a una delibazione tutt'altro che superficiale della *factual basis*; il compendio conoscitivo muta, rispetto al giudizio dibattimentale, per la metodologia di formazione degli atti, non per la completezza e l'univocità probatoria, assenti le quali si impone l'epilogo proscioglitivo ai sensi dell'art. 129 co. 1 Cpp.

Certo, quando il rito semplificato non preveda una integrazione probatoria, l'insufficienza che pure si presenta colmabile rischia di portare a un'ingiustificata pronuncia liberatoria: in queste ipotesi, allora, si suggerisce di riconoscere al giudice il potere di rigettare la richiesta di definizione anticipata, restituendo gli atti sui quali le parti hanno concordato un "congelamento" negoziale dai contenuti gnoseologici insufficienti[5]. Il potere giudiziale di rigettare la richiesta di definizione alternativa con contestuale restituzione degli atti, pur espressamente non prevista[6], ha solidi addentellati nel sistema, tanto da aver trovato accoglimento nella lettura giurisprudenziale del procedimento monitorio offerta dalle sezioni unite[7]: proprio attraverso la restituzione degli atti per insufficienza probatoria, i giudici di

---

rito nella giustizia negoziata, in AA.VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. Giostra e G. Insolera, Giuffrè, Milano 1996, 85; ID., *Commento agli artt. 1-3 l. 12.6.2003*, in *Leg. pen*. 2004, 241; *Disciplina delle pene accessorie ed applicazione della pena su richiesta delle parti nella l. 9.1.2019, n. 3*, in *questa Rivista* 2019.

[3] V. già E. Marzaduri, *L'applicazione di sanzioni sostitutive*, cit., 60 ss; in tempi più recenti, ID., *Poteri delle parti e disponibilità del rito*, cit., 104; ID., *La Riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in Aa.Vv., *Alla ricerca di un processo penale efficiente*, Atti del XXXV Convegno ASPP, Giuffrè, Milano 2024, 59 s.

[4] E. Marzaduri, *Commento all'art. 129*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da M. Chiavario, vol. II, Utet, Torino 1990, 124 s. Come noto, la giurisprudenza di legittimità ha invece fondato la propria esegesi anticognitiva del rito patteggiato proprio sull'esclusione del rilievo ai fini dell'art. 129 Cpp dell'insufficienza o contraddittorietà probatoria, concludendo nel senso che, nell'ambito del c.d. patteggiamento, il richiamo a tale disposizione limiti il proscioglimento alle sole ipotesi in cui vi sia prova positiva della sussistenza di una delle cause liberatorie enumerate dall'art. 129 Cpp (in questo senso, *ex plurimis*, Cass. III, 23.4.2015, n. 33411.

[5] Lucidamente argomentato è il rapporto tra valutazioni del p.m. in punto di riti speciali e principio di obbligatorietà dell'azione penale: cfr., in materia, E. Marzaduri, voce *Azione*, cit., 14.

[6] Del resto, un rigetto con contestuale restituzione degli atti al p.m. non è espressamente previsto dall'art. 444 Cpp neppure per il caso di delibazione negativa sui presupposti unanimamente riconosciuti a fondamento dell'esito patteggiato, quale la valutazione di congruità della pena e persino la verifica in punto di legittimazione soggettiva dei richiedenti.

[7] Cfr. S.U. 9.6.1995, p.m. in c. Cardoni, in *CP* 1996, 473 (con nota di M. Vessichelli, *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 cod. proc. pen*.), che ha riconosciuto il potere del g.i.p. di rigettare la richiesta di decreto penale di condanna e restituire gli atti al p.m. quando gli elementi raccolti durante le indagini non fossero sufficienti. Anche la giurisprudenza di legittimità successiva ha confermato l'obbligo in capo al g.i.p. di restituzione degli atti al p.m., quando ravvisi una insufficienza o contraddittorietà probatoria (v.,

legittimità hanno a suo tempo corredato il procedimento per decreto di una "valvola di sfogo" codicistica in grado di stemperare gli effetti della negozialità sull'obiettivo cognitivo di ogni itinerario processuale, anche semplificato.
Insomma, sia la ricostruzione della cornice costituzionale che quella del quadro positivo tratteggiate da Enrico Marzaduri hanno avuto l'indubbio pregio di animare il dibattito senza costringerlo alla polarizzazione (tra un'incostituzionalità del rito patteggiato e una rilettura dei riferimenti costituzionali piegata alle ragioni della negozialità), offrendo un'utile interpretazione costituzionalmente (e sistematicamente) orientata del dato codicistico.
In primo luogo, esse (ri)consegnano al giudicante del rito negoziato il potere/dovere di valorizzare l'insufficienza o contraddittorietà della *factual basis* nella direzione imposta dalla presunzione di cui all'art. 27 co. 2 Cost., così elevando lo standard cognitivo interno alle soluzioni patteggiate. Inoltre, risulta scongiurato il rischio di proscioglimenti ottenuti attraverso soluzioni negoziali che giochino con un'incompletezza colmabile, poiché si propone di adottare una "scala mobile valutativa" dell'insufficienza probatoria, aprendo a pronunciamenti diversi: l'insufficienza o contraddittorietà insanabili, lasciando pronosticare l'impossibilità di superare la presunzione costituzionalmente fondata, conducono al proscioglimento immediato ai sensi dell'art. 129 co. 1 Cpp; invece, l'incompletezza superabile sancisce la sola impraticabilità del rito deflativo a prova contratta, imponendo una restituzione degli atti.
Insomma, l'analisi delle trame codicistiche che Enrico ha sviluppato con un saldo ancoraggio al fondale costituzionale, anche se chiama a ulteriori passaggi interpretativi[8], ci consegna un'utile e agile coniugazione tra le dinamiche negoziali e la funzione cognitiva del rito penale.

2. E' noto come gli itinerari giurisprudenziali si sarebbero mossi verso altre direzioni. La voracità deflativa che affligge il sistema ha attratto irrimediabilmente le letture giurisprudenziali del c.d. patteggiamento verso il sacrificio della presunzione di non colpevolezza sull'altare di una speditezza che il legislatore del 1988 aveva legato a un "suprematismo negoziale" di ascendenza nord-americana[9].

---

ex plurimis, Cass., III, 13.4.2015, n. 14988).

[8] L'impraticabilità di riti negoziali (come il c.d. patteggiamento e il procedimento per decreto) riconducibile all'incompletezza del materiale di indagine apre agli stessi profili problematici che hanno interessato l'impianto originario del giudizio abbreviato e chiama a individuare meccanismi che, pur nel segno dell'economicità, mettano l'imputato nella condizione di integrare la *factual basis* per poter accedere alla soluzione premiale, che viene unanimemente ricondotta al novero dei diritti difensivi (su quest'ultimo profilo può essere utile richiamare la copiosa giurisprudenza costituzionale in materia di mutamento dell'imputazione e accesso ai riti: C. cost. 29.3.1993, n. 101; C. cost. 30.6.1994, n. 265; C. cost. 26.10.2012, n. 237; C. cost. 25.6.2014, n. 184; C. cost. 17.7.2017, n. 506; C. cost. 5.7.2018, n. 141; C. cost. 11.4.2019, n. 82; C. cost. 11.6.2020, n. 14; C. cost. 14.6.2022, n. 146).

[9] Molto si era puntato sui riti negoziali per la tenuta dell'impianto accusatorio posto alla base del sistema codicistico del 1988, come espressamente evidenziato nella Relazione di accompagnamento del c.p.p., che, riprendendo le dichiarazioni dell'on. Casini in occasione del dibattito sulla legge delega, osserva come «il nuovo processo "funzionerà se riusciremo a far pervenire al dibattimento soltanto una parte piccola di processi"» e, con specifico riguardo al c.d. patteggiamento, che «buona parte dell'efficienza del nuovo codice fosse affidata a questo istituto». E' noto come questi auspici siano stati calibrati sulle statistiche del *plea bargaining* statunitense, che, divenuto il percorso assolutamente prevalente di definizione dei processi penali, innesca importanti tensioni rispetto alla tenuta dei diritti fondamentali della persona sottoposta a processo. Il tema è ampiamente esplorato nella letteratura nordamericana sin dagli anni '70, ma i numeri non registrano flessioni (v. W. Ortman, *When Plea Bargaining Became Normal*, in *Boston University Law Review* 2020, 1435 ss.): a quest'ultimo proposito si veda il Report rilasciato il 22 febbraio 2023 dalla American Bar Association (https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2023/02/plea-bargain-task-force/?login) che colloca al 98% la percentuale dei procedimenti definiti con il *plea bargaining*. Ben distanti da quei numeri sono i dati riferiti al "patteggiamento", la cui appetibilità, evidentemente, non è stata incrementata dalla politica di allontanamento degli obiettivi cognitivi della giustizia penale; in proposito v. F. Trapella, *Quale futuro per i riti*

A dispetto del celebre *decisum* con cui la Corte costituzionale aveva in principio optato per una centralità del vaglio giurisdizionale del patto sulla pena[10], gli anni '90 si sono contrassegnati per il consolidarsi di posizioni giurisprudenziali[11] attestate su argomenti esplicitamente anticognitivi, che hanno fatto perno su uno «svuotamento delle potenzialità epistemiche della valutazione preventiva circa la sussistenza di cause di non punibilità *ex* art. 129 c.p.p.»[12].
Ne è seguito –come noto– un animato dibattito dottrinale, che ha visto posizionamenti anche estremamente distanti[13], nei quali la bussola costituzionale è stata talora travolta dalla tempesta elettromagnetica della negozialità, perdendo la funzione di orientamento del sistema.
D'altro canto, non può dirsi che il legislatore non sia intervenuto su questa parte del codice di rito. Molte e corpose sono le riforme che negli anni hanno interessato gli assetti normativi dei principali riti negoziali, per lo più nella direzione di un loro progressivo ampliamento operativo.
In un panorama novellistico costantemente connotato per l'ansia efficientistica, si sono registrati nel tempo interventi normativi di dettaglio e tutt'altro che univoci, talora offrendo spunto per un ripensamento degli approdi più marcatamente anticognitivi[14], talaltra confermando la limitatezza della valutazione di merito del giudice felicemente assoggettato all'architettura negoziata.

---

speciali, in *APweb*, n. 8/2022.

[10] C. cost. 2.7.1990, n. 313, rapidamente indebolita nelle sue implicazioni cognitive dagli approdi raggiunti immediatamente dopo dalla Consulta, quali C. Cost. 22.4.1991, n. 251; C. cost., 19.3.1992, n. 116; C. cost. 13.5.1996, n. 155; C. cost. 25.7.2002, n. 394. Nelle pronunce più sensibili all'esigenza di temperamento delle logiche negoziali, i giudici delle leggi hanno comunque ritenuto che si tratti di materia riservata alla sfera di discrezionalità del legislatore (così, l'ordinanza C. cost. 11.12.1997, n. 399).

[11] Di fronte al sostanziale disimpegno della Corte costituzionale, gli anni '90 hanno visto numerose pronunce delle sezioni unite della Cassazione che hanno fondato e consolidato il predominio delle logiche negoziali sulla finalità cognitiva del giudizio penale. In questo senso v. Cass. S.U., 8.5.1996, De Leo, in *CP* 1996, 3579; Cass., S.U., 26.2.1997, Bahrouni, in *CP* 1997, 2666; Cass., S.U., 28.5.1997, Lisuzzo, in *RIDPP* 1998, 1377; Cass., S.U. 25.3.1998, Giangrasso, in *CP* 1998, 2897; Cass., S.U., 27.5.1998, Bosio, in *CP* 1998, 833; Cass., S.U., 25.11.1998, Messina, in *CP* 1999, 1746.

[12] E' questa la condivisibile osservazione di J. Della Torre, *Il patteggiamento tra vincoli sovraordinati e derive anti-cognitive*, in AA.VV., *Le nuove frontiere della presunzione di innocenza*, Milano 2024, 123 ss.

[13] E così, anche pensatori dei più raffinati tra le fila dei processualpenalisti sono giunti a ragionare su una forma di disponibilità della presunzione di cui all'art. 27 co. 2 Cost., come unica lettura praticabile per "salvare" i riti negoziali a prova contratta. In questi termini, notoriamente, P. Ferrua, *Il giusto processo*, II ed., Bologna 2008, p. 149, nell'ambito di un dibattito assai vivace inaugurato, da posizioni decisamente diverse, da G. Lozzi, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *RIDPP* 1990, 1600; Id., I*l patteggiamento e l'accertamento di responsabilità: un equivoco che persiste*, *ivi* 1998, 1396.

[14] Esemplare di questa "schizofrenia" legislativa sui rapporti tra negozio e accertamento è la trama delle sopravvenienze normative in materia di impugnazioni della sentenza "patteggiata": da un lato, si è aperto a una valorizzazione dell'accertamento interno ai moduli negoziali con la possibilità di sottoporre a revisione anche tale sentenza (come noto, l'art. 3, co. 1, l. 12.6.2003, n. 134, nel riformare l'art. 630 Cpp, ha ribaltato gli assetti sanciti da Cass., S.U., 25.3.1998, Palazzo, in *RIDPP*, che aveva escluso il rimedio straordinario per la sentenza patteggiata sull'assunto della mancanza di un accertamento pieno alla base di quest'ultima); dall'altro lato, si muove in direzione opposta l'interpolazione dell'art. 448, co. 2-*bis* Cpp operata con la c.d. riforma Orlando (l. 23.6.2017, n. 103), che, nel limitare la ricorribilità in cassazione della sentenza concordata, ha reso ancor più evanescente il controllo giudiziale *ex* art. 129 Cpp, sopprimendo la possibilità di un sindacato in sede di legittimità (la giurisprudenza è granitica nell'escludere la ricorribilità della sentenza concordata per difetto di motivazione riguardo all'assenza delle condizioni per il proscioglimento ai sensi dell'art. 129: *ex plurimis*, Cass. IV 10.9.24, n. 34779; in dottrina, su tale profilo, v. A. Sanna, *Rimedi agli errori della sentenza negoziata: l'arretramento del controllo giudiziale*, in *GI* 2017, 2275). Con cura analizzano i principali passaggi riformatori, anche in merito alle ricadute in punto di accertamento, M. Gialuz, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *ED, Annali*, Milano 2008, 13 ss.; F. Peroni, *La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione*, in *AP web*, n. 8/2019; A. Sanna, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Padova 2018, 155 ss. e 229.

Però, la questione cognitiva, inestricabilmente stretta nelle spire dei riti a prova contratta, non è mai stata affrontata dal legislatore in termini sistematici, neppure in occasione delle riforme di maggior respiro[15].
L'effetto di questo disinteresse legislativo è stato quello di ibernare il dibattito sul tema, non senza una certa rassegnazione di chi si scontri con l'impossibilità di raggiungere la "quadratura del cerchio" del rapporto tra accertamento e negozio.

3. Dato oramai per acquisito l'irrompere della negozialità nel processo penale e la sua coessenzialità ai sistemi di stampo accusatorio[16], diviene necessario adoperarsi affinchè il profluvio consensualistico non tracimi in una esondazione dagli argini delle garanzie fondamentali.
Pur non mancando anche di recente riflessioni dottrinali attente e solide[17], il fervore che aveva caratterizzato il dibattito degli anni '90 sul "patteggiamento" è andato stemperandosi per riversarsi su terreni attigui: la generalizzata espansione della consensualità processuale penale, da una parte, ha suggerito di riflettere sul profilo della pienezza e libertà del consenso[18] e, dall'altra parte, ha chiesto di confrontarsi con i meccanismi consensuali di più recente conio, che superano le tradizionali architetture dei riti speciali e chiamano il giurista a un ulteriore sforzo di sistemazione.
Quanto alla prima direttrice di indagine –ferma restando la problematicità legata all'oggetto del consenso quando questo sia ricondotto a una garanzia oggettiva e, pertanto, indisponibile– una particolare attenzione è stata riservata alle qualità del consenso espresso dall'imputato, che deve essere personale, libero e informato. Si tratta di caratteristiche che dovrebbero

[15] Così, il significativo ampliamento operativo realizzato con la l. n. 134/2003 avrebbe consigliato una presa in carico del tema cognitivo da parte del legislatore. Anche con la corposa riforma condotta nel solco dell'efficienza processuale dal d.lgs. n. 150/2022 si è persa l'occasione per riequilibrare i rapporti tra negozio e accertamento, nonostante si sia intervenuti su aspetti ad esso connessi, come gli effetti extrapenali della sentenza concordata (in proposito v., sulle modifiche da ultimo introdotte con il d.lgs. n. 150/2022, A. Sanna, *Le modifiche al patteggiamento*, in F. Zacchè (a cura di), *Tenuità del fatto e riti alternativi al dibattimento. I nuovi assetti dopo il d.lgs. n. 150 del 2022*, Torino, 125 ss.).
[16] Sul punto cfr. già E. Marzaduri, *L'applicazione di sanzioni sostitutive*, cit., 24 s., che ripercorre la fascinazione del nostro legislatore per gli schemi del *guilty plea* a partire dai primi del '900. E' del 1979 il saggio di N. McDonough, *Plea Bargaining: A Necessary Evil?* (in *University of Arkansas at Little Rock Law Review*, Vol. 2, Issue 2, 1979, 381), con cui, da una parte, si sottolineava il ruolo fondamentale dei *plea agreements* per l'efficienza del sistema, che già all'epoca vedeva il 95% delle condanne conseguite attraverso il modulo contrattuale e, dall'altra parte, si svelava la mancanza di una reale libertà adesiva dell'accusato, individuandone possibili *vulnera* tanto nella minaccia di una risposta sanzionatoria significativamente più elevata quanto nella scarsa qualità dell'assistenza tecnico-difensiva e segnalando come il rischio di comminare la pena a un innocente si faccia più elevato quando il controllo giudiziale sulla completezza degli atti e sulle trattative tra le parti si risolva in uno scrutinio formale e poco approfondito. Come noto, il dibattito sulla necessità o meno del "patteggiamento" d'oltreoceano ha avuto un seguito vivace ed è ancora oggi tutt'altro che sopito, innervato com'è di proposte abolizioniste o di riforme strutturali dell'istituto. Per una recente ricognizione sul tema v. M. Langer, M. McConville, L. Marsh, *Research Handbook on Plea Bargaining and Criminal Justice*, Edward Elgar Publishing, 2024, spec. 441 ss.
[17] V. F. Callari, *Patteggiamento e canone decisorio dell'"oltre ogni ragionevole dubbio": i termini di un binomio "impossibile"*, in *Dir. pen. cont*., 31 ottobre 2012; J. Della Torre, *La giustizia penale negoziata in Europa*, 317 ss., Padova, 2019; M. Gialuz, *La giustizia senza processo*, in Aa.Vv., *I paradigmi del processo penale in un mondo in trasformazione*, Torino 2025, 127 ss.; F. Peroni, *La peripezia del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione*, cit.
[18] Profilo, anche questo, della cui centralità era stato attento e sensibile anticipatore proprio Enrico Marzaduri nel suo *L'applicazione di sanzioni sostitutive*, cit., 114 s. Al tema, come noto, è stata non a caso riservata un'ampia analisi da E. N. La Rocca, L*'accertamento della volontà dell'imputato nelle rinunce al contraddittorio*, Torino 2025.

rappresentare oggetto di attento scrutinio giudiziale, altrimenti incorrendosi nel rischio di forzature verso lo strumento premial-deflativo, con sacrificio tanto della posizione processuale dell'imputato sull'altare della celerità, quanto del più generale equilibrio del rapporto – quantitativo e qualitativo– tra giudizio cognitivo e riti semplificati[19].

E' questo un profilo da lungo tempo evidenziato nel dibattito sui *plea agreements* statunitensi, soprattutto con riferimento alla libertà di un consenso compromessa da minacce sanzionatorie di straordinaria intensità[20]. Ma il tema è caro anche all'Europa[21]. Doverosa, pertanto, è un'attenta riflessione del processualista, sempre più di frequente chiamato a confrontarsi con la valorizzazione normativa della volontà dell'imputato in chiave di semplificazione del rito.

Eppure, volgendo lo sguardo al panorama domestico, pochi e insoddisfacenti sono gli indici normativi che richiedono ai professionisti della giustizia penale di riservare cura alla verifica della volontà posta a sostegno degli itinerari abbreviati per via consensuale. Quanto alle modalità di manifestazione della volontà, è noto che per i riti negoziali di stampo codicistico resta ferma la possibilità di veicolare validamente la richiesta/consenso dell'imputato attraverso la voce del difensore, sia attraverso l'iniziativa di quest'ultimo munito di procura speciale, sia quando l'imputato presente in udienza resti silente[22]: però nessuna cautela

---

[19] Cfr. in proposito la lucida e severa analisi di D. Negri, *La deflazione penale "aggressiva": una tecnica incompatibile con i presupposti costituzionali del consenso liberamente prestato ai riti premiali*, in *Discrimen* 7.11.2019, 6 s., che, tra i fattori che alternano la formazione di un libero consenso alla deviazione semplificata, individua la sproporzione delle pene irrogate, l'eccessiva durata del giudizio ordinario e l'erosione del contraddittorio interno a quest'ultimo. Non v'è dubbio, infatti, che tra i fattori incidenti sulla libertà del consenso alla semplificazione processuale sia da annoverare l'appetibilità del dibattimento come luogo di pieno accertamento dei fatti e delle responsabilità: quando la caratura cognitiva del *pleno iudicio* si assottigli e si approssimi ai più dozzinali meccanismi euristici dei riti semplificati, infatti, la spinta verso questi ultimi rischia di divenire razionalmente preferibile, garantendo quantomeno gli effetti premiali.

[20] V. già C.G. Brunk, *Problem of Volountariness and Coercion in the Negotiated Plea*, in *Law and Society Review*, vol. 13, Issue 2, 1979, 527 ss. Anche la più risalente giurisprudenza federale aveva chiarito che il consenso dovesse essere espresso «knowingly (or intelligently) and voluntarily»: così, McCarthy v. United States, 394 U.S. 459, 466 (1969); Brady v. United States, 397 U.S. 742, 758 (1970), in linea con le Federal Rules of Criminal Procedure (Rule 11) per le quali la dichiarazione di colpevolezza deve essere «*voluntary and did not result from force, threats, or promises*», anche se la giurisprudenza ritiene non diminuire la volontarietà la circostanza che il *plea of guilty* sia stato reso a seguito della prospettazione di una pena sproporzionata in dibattimento (così nel caso del 2005 United States v. Forrest, 402, 690-91) o altre conseguenze negative (ad esempio, nel caso del 2006 United States v. Spilmon, 454, 658-59, è stato ritenuto legittimo il *plea bargaining* seguito alla minaccia di deportazione a Guantanamo). A riprova della particolare spinosità della questione, soprattutto in un contesto giudiziario che vede un ricorso altissimo ai modelli contrattati, il rischio di *coercive bargain* è oggetto di particolare attenzione nei *Plea bargaining principles*, adottati nel 2023 dalla *American Bar Association* (https://www.americanbar.org/groups/criminal_justice/resources/magazine/2024-winter/fourteen-principles-path-forward-plea-bargaining-reform/); in proposito v. L. E. Dervan, V. Edkins, T. Johnson, *Victims of Coercive Plea Bargaining*, in *American University Law Review*, vol. 72, Issue 6, 2023, 1919.

[21] Il criterio della «sproporzione manifesta» fu valorizzato in questa prospettiva problematica già da Corte e.d.u., 27.2.1980, Deweer v. Belgio, e tutt'ora orienta la giurisrpudenza di Strasburgo: v. Corte e.d.u., 20.6.2002, Borghi v. Italia, in tema di concordato sulle impugnazioni; Corte e.d.u., 6.7.2010, Babar Ahmad v. Regno Unito, che ritiene non costituisca una «pressione irresistibile» la differenza tra sanzione negoziata e irrogabile ad esito del rito ordinario; di particolare rilievo, Corte e.d.u. 29.4.2014, Natsvilishvili e Tegonidze v. Georgia, in *Dir. pen. cont.* 13 maggio 2014, con nota di F. S. Cassibba, *Il "patteggiamento" supera il vaglio di compatibilità con i requisiti dell'equità processuale*.; a commento v. anche S. Marcolini, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono legittimi?*, in *CP* 2014, 3488. Tra i documenti della grande Europa si veda la Risoluzione 2245 (2018) in tema di standards minimi per la rinuncia nel processo penale, il cui § 7.3 prevede come obbligatorio il controllo giudiziario sugli elementi chiave del patteggiamento e sottolinea l'esigenza –a chiaro presidio della libertà nella formazione del consenso– di limitare il divario tra la pena risultante dal procedimento ordinario e quello contratto.

[22] La giurisprudenza ritiene valida la richiesta o il consenso espresso dal difensore alla presenza del proprio assistito, senza che vi sia necessità di verificare se in capo a quest'ultimo vi sia una volontà adeguatamente informata e consapevole. Da ultimo, con riguardo al giudizio abbreviato, Cass, I, 15.10.2024, n. 37865, in *PPG*,

normativa è adottata a garantire che la procura speciale presenti caratteristiche contenutistiche (specificità dell'oggetto del mandato speciale) e temporali (prossimità del rilascio della procura all'esercizio dei poteri conferiti) in grado di assicurare la piena consapevolezza della scelta negoziale, con l'effetto di ritenere valide anche le procure speciali contenenti una elencazione normativa fitta di una congerie di poteri traslati al difensore magari anni prima della presentazione della richiesta di rito speciale[23].

Ma è soprattutto sul versante della verifica giudiziale che si fa manifesto il *deficit* di attenzione normativa al profilo della volontà sottostante l'abdicazione delle prerogative dibattimentali. L'art. 446, co. 5 Cpp apre all'eventualità di un controllo del giudice sulla volontà dell'imputato "patteggiante" che si rivela davvero superficiale rispetto alla "posta in gioco": in primo luogo, il controllo è rimesso nell'*an* alla sensibilità del giudice, il quale gode sul punto di una discrezionalità non guidata da alcun indice normativo; inoltre, la verifica ha ad oggetto la mera volontarietà e non la piena, libera, consapevole e informata volontà di rinunciare alle prerogative difensive tipiche del dibattimento[24]. Certo, il profilo volitivo ha guadagnato interesse negli itinerari giurisprudenziali più recenti, a seguito della espressa previsione della ricorribilità per cassazione «per motivi attinenti all'espressione della volontà dell'imputato» (art. 448 co. 2-*bis* Cpp), pur restando lontani da una compiuta teorizzazione dei vizi della volontà nel negozio processuale penale[25].

Una maggiore attenzione al valore del consenso sembra aver accompagnato il legislatore quando ha congegnato i più recenti meccanismi di deviazione procedimentale su base volontaria.

Così, nelle trame normative e nella costruzione complessiva della messa alla prova di cui agli artt. 464-*bis* ss. Cpp si fa largo una più matura consapevolezza della centralità della volontà dell'imputato: anche se i profili formali della dichiarazione di volontà sono costruiti sulla falsariga della richiesta di "patteggiamento"[26], altri indici valorizzano il ruolo strutturale qui ricoperto dalla adesione dell'imputato[27], che è, del resto, fattore necessario per la (prognosi di) riuscita della prova, la quale richiede una personale e fattiva adesione per poter essere non solo avviata, ma anche svolta con successo. Nonostante ciò, la libertà della manifestazione di

---

2025, 518, con nota di E.N. La Rocca, *Giudizio abbreviato, surrogati della volontà dell'imputato e controllo (in)effettivo del giudice*. Per una più ampia trattazione del tema v. Ead., *L'accertamento della volontà dell'imputato nelle rinunce al contraddittorio*, cit., 182 ss.

[23] Sulla necessità di una stretta vicinanza temporale tra la scelta del rito speciale concordata con il difensore e la formalizzazione della stessa come atto procedimentale v. D. Negri, *L'imputato presente al processo*, Torino, 2012, 257. Nell'ambito della giurisprudenza che ritiene valida la procura speciale su cui si fonda la richiesta di rito speciale avanzata dal difensore, pur quando questa si risolva in una generica indicazione, si veda Cass., IV, 5.7.2022, n. 30401, in *Dir.Giust*. 3.8.2022, che ritiene valida la procura speciale facente «generico riferimento» (sic!) alla «celebrazione o alla definizione del processo mediante "riti alternativi"».

[24] Emblematica è la giurisprudenza maturata con riferimento all'imputato straniero che non comprende la lingua italiana eppur vede deviato il processo sul binario del rito patteggiato. Sul piano della comprensione e consapevolezza dell'imputato alloglotta, davvero poco tranquillizzante è non solo la statuizione per cui la richiesta di "patteggiamento" ha efficacia sanante la nullità derivante dalla mancata traduzione di una parte degli atti del procedimento (Cass., II, 18.2.2021, c.e.d. 266198), ma ancor di più l'approdo decisorio raggiunto da Cass., III, 29.1.2018, n. 15773, per la quale «non deve essere tradotta nella lingua conosciuta dall'indagato alloglotta né la procura speciale, né l'istanza redatta dal procuratore speciale contenente le condizioni per l'accordo *ex* art. 444 Cpp, in quanto l'obbligo di traduzione previsto dall'art. 143 Cpp è riferito agli atti compiuti da parte del p.m. e dal giudice».

[25] In proposito, v. E. N. La Rocca, *L'accertamento della volontà*, cit., 292 s.

[26] Cfr. i contenuti dell'art. 464-*bis* co. 3 e dell'art. 464-*quater* co. 2 c.p.p. Cpp.

[27] Così, l'art. 464-*bis* co. 4 Cpp (come pure l'art. 464-*ter*.1 Cpp) fa riferimento a un programma elaborato «d'intesa» con l'Uepe da allegare alla richiesta dell'imputato, evidenziando un'adesione dello stesso all'insieme delle attività che vanno a comporre il programma; nel regolare il potere del giudice di «integrare o modificare» il programma, l'art. 464-*quater* co. 4 Cpp lo subordina al consenso dell'imputato.

volontà di accedere alla messa alla prova resta non espressamente considerata dal legislatore, che non ne chiede uno specifico scrutinio agli operatori del processo coinvolti nella costruzione del programma, nell'avvio e nella chiusura del *probation*[28].
Diversamente può osservarsi in merito alla disciplina organica della giustizia riparativa contenuta nel d.lgs. 10.10.2022, n. 150, ove l'attenzione normativa riservata alla volontà dei partecipanti rappresenta un elemento di positiva novità: oltre ai richiami al pilastro consensuale tra gli elementi definitori e tra i principi della *restorative justice* (artt. 42 lett. *a*; 43 lett. *d* d.lgs. n. 150/2022), l'art. 48 –significativamente inserito nel Capo dedicato alle «garanzie dei programmi di giustizia riparativa»– con una formula unica nel panorama degli arnesi penalistici, richiede che «[i]l consenso alla partecipazione ai programmi di giustizia riparativa [sia] personale, libero, consapevole, informato ed espresso in forma scritta, e stabilisce altresì che l'adesione prestata sia «sempre revocabile anche per fatti concludenti»[29], facendo carico ai mediatori[30] di verificare tali requisiti in sede di valutazione di fattibilità del programma riparativo.
Le qualità normativamente delineate per il consenso ai programmi riparativi segnano uno spazio di novità e possono rappresentare un'utile traccia per una non più procrastinabile disciplina delle manifestazioni di volontà delle parti private in termini tranquillizzanti per la tenuta delle garanzie difensive.

4. Se per molti anni l'espansione della negozialità processuale penale si è tradotta in un ampliamento delle condizioni operative dei riti consensuali fin dall'origine presenti nel sistema del 1988, negli anni più recenti si assiste alla costruzione di nuovi itinerari di giustizia basati sulla volontà: si tratta di soluzioni che ripropongono gli interrogativi relativi al rapporto tra consenso, giustizia e garanzie costituzionali, tra le quali, ancora una volta, sembra essere esposta a possibili torsioni la considerazione di non colpevolezza nei suoi diversi corollari.
Tanto l'istituto della messa alla prova, quanto il paradigma della giustizia riparativa sollevano nuove questioni nel rapporto con la presunzione di cui all'art. 27 co. 2 Cost., articolata, come noto, sia nei termini di criterio di giudizio, sia nei termini di criterio di trattamento della persona sottoposta a processo.
4.1 Tradizionalmente proiettato sul territorio delle misure cautelari, il divieto di trattare l'accusato in guisa di persona colpevole è un noto corollario della presunzione di non colpevolezza che rischia di entrare in tensione con la particolare struttura del *probation* processuale[31].

[28] Incongruamente il presupposto del consenso dell'imputato si trasforma in una mera audizione dello stesso, quando il giudice intenda cambiare le prescrizioni di un programma già in fase di esecuzione, ai sensi dell'art. 464-*quinquies* co. 3 Cpp.
[29] Particolarmente attenta ad assicurare la diretta riferibilità del consenso "riparativo" alla sfera volitiva del partecipante è anche la minuziosa disciplina dettata dall'art. 48 d.lgs. n. 150/2022 nei commi successivi al primo, ove si prende in considerazione la posizione di soggetti la cui capacità d'agire è assente o scemata.
[30] Risulta, invece, più eccentrica e di difficile comprensione la disciplina del consenso che i potenziali partecipanti prestano ai sensi dell'art. 129-*bis* Cpp davanti al giudice che deve valutare l'invio del caso ai servizi riparativi: costruita in chiave di atto personalissimo nella misura in cui si chiede che la manifestazione di volontà provenga personalmente dall'interessato o dal difensore munito di procura speciale, si prevede poi un potere del giudice di inviare il caso ai servizi *ex officio*.
[31] Più difficile rinvenire frizioni significative tra la messa alla prova e il criterio di giudizio che discende dal canone del *nulla poena sine iudicio*: poiché la messa alla prova si conclude, in caso di esito positivo, con una sentenza proscioglitiva e, in caso di interruzione o esito negativo, con la ripresa delle attività processuali, restandone impregiudicati gli esiti, non si registrano compromissioni normative del canone decisorio imposto dal precetto costituzionale. Ciò nonostante, dottrina e giurisprudenza hanno cercato di assicurare uno spessore cognitivo al rito, irrobustendo la valutazione che il giudice è chiamato a fare in sede di ammissione allo stesso, allorquando deve essere esclusa la ricorrenza delle condizioni proscioglitive imposte dall'art. 129 c.p.p. (v. C.

Sotto questo profilo, assume portata dirimente stabilire la natura delle prescrizioni di cui si compone il programma di prova, che, se irradiato da una vocazione sanzionatoria, si traduce in una preoccupante anticipazione della pena rispetto alla definitiva affermazione di colpevolezza[32].

Non è un caso che proprio su questo versante ben presto sia stata saggiata la tenuta costituzionale dell'istituto, con letture dei giudici di legittimità delle leggi che si presentano tutt'altro che uniformi: in sintesi, dopo pronunce che hanno valorizzato il significato centrale della volontà per escludere la caratteristica della coercibilità che connota ogni pena[33], sembra essersi affermato l'orientamento che individua nel programma di prova una matrice sanzionatoria[34].

Conti, *La messa alla prova tra le due Corti: aporie o nuovi paradigmi?*, in *DPP* 2018, 666).

[32] La dottrina ebbe a sottolineare rapidamente il rischio di meccanismi che, pur fondati sul consenso, anticipano un intervento sanzionatorio. In proposito v. F. Caprioli, D*ue iniziative di riforma nel segno della deflazione: sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *CP* 2012, 7 ss., che parla di «cripto-condanna» in riferimento alla m.a.p. Osserva, invece, G. Ubertis, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, www.archiviopenale.it 2015, che l'afflittività del programma non implica il carattere sanzionatorio delle prescrizioni. Per una ricostruzione v. C. Conti, *Sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato maggiorenne*, in *Dig disc. Pen.*, *Agg*., XI, Torino, 2016, 701; M. Miraglia, *La messa alla prova dell'imputato adulto*, Torino 2020, 339 ss.; A. Sanna, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *CP* 2015, 1262.
Anche la giurisprudenza ha, del resto, proposto ricostruzioni che, pur suggestive, restituiscono elementi strutturali della m.a.p. di difficile coniugazione con i precetti costituzionali, nella misura in cui assegna all'istituto una funzione specialpreventiva, che anticipa un trattamento sanzionatorio (e, in questa prospettiva, tenta una "legittimazione" attraverso un inutile rafforzamento dello spessore cognitivo della valutazione giudiziale di ammissione alla prova): così Cass. S.U. 1.9.2016, Sorcinelli, c.e.d. 267238, che colloca la novità strutturale della m.a.p. nella rottura della tradizionale «sequenza cognizione/esecuzione della pena». Per una ricostruzione della giurisprudenza di legittimità, oltre che di quella costituzionale, v. C. Conti, *La messa alla prova tra le due Corti*, cit., 666.

[33] Cfr. C. cost. 27.4.2018, n. 91, che, valorizzando taluni approdi delle sezioni unite della cassazione (Cass., s.u., 31.3.2016, n. 36272) nella misura in cui identificano nella m.a.p. una «rinuncia statuale alla potestà punitiva condizionata al buon esito della prova», ha escluso la violazione dell'art. 27 co. 2 Cost. in quanto «[i]l trattamento programmato non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente». A commento della pronuncia, C. Bottino, *Principi costituzionali e* probation p*rocessuale: un contrasto inesistente*, in *AP* 2018, f. 2; V. Bove, *La Corte costituzionale salva la messa alla prova con un'ingegnosa quadratura del cerchio*, in *DPP* 2018, 1574; R. Muzzica, *La Consulta "salva" la messa alla prova: l'onere di una interpretazione convenzionalmmente orientata per il giudice nazionale*, in *Dir pen. cont*. 26.6.2018; L. Parlato, *La messa alla prova dopo il* dictum *della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Dir. pen. cont.* 30.1.2019; A. Sanna, *La messa alla prova non è una pena: la Corte costituzionale salva il confine tra cognizione ed esecuzione*, in *CP* 2019, 688; nonché, volendo, V. Bonini, *La progressiva sagomatura della messa alla prova processuale*, in *questa Rivista* 28.11.2018.

[34] Si vedano C. cost., 6.2.2019, n. 68, che ha riconosciuto alla messa alla prova codicistica una «innegabile connotazione sanzionatoria»; in posizione intermedia C. cost., 9.6.2022, n. 163, che, non senza abilità funamboliche, afferma che la messa alla prova, «secondo l'elaborazione della giurisprudenza costituzionale, non è una sanzione penale in senso proprio, pur manifestando una innegabile connotazione sanzionatoria» (negli stessi termini v. già C. cost., 24.4.2020, n. 75); evidenziano la natura sanzionatoria e rieducativa del rito, C. cost. 7.6.2023, n. 146, che identifica nella messa alla prova «un istituto del diritto penale punitivo "non carcerario"»; C. cost., 10.2.2025, n. 23, ove si rimarcano analogie e differenze con le analoghe misure in ambito minorile; C. Cost., 27.4.2022, n. 146; C. cost., 24.4.2020, n. 75, cit., che valorizza in tale direzione la componente necessaria del programma del lavoro di pubblica utilità. Più recentemente, ancora nel segno di una messa alla prova la cui afflittività va di pari passo con la cifra sanzionatoria, v. C. cost., 11.6.2025, n. 90, che ritiene illegittima l'impraticabilità della m.a.p. per il reato di cui all'art. 73 co. 5 d.p.r. 309/1990, in quanto l'istituto «disegna un percorso rieducativo e riparativo, alternativo al processo [oltre che] alla pena», che ben si attaglia alle fattispecie di lieve entità; C. cost. 10.2.2025, n. 23, § 5.1, che, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 27-*bis* dPR n. 448/1988, in ragione della sua struttura «negoziale e patteggiata», e quindi incompatibile con le finalità educative del processo minorile, ribadisce la «eterogeneità teleologica tra la messa alla prova del minore e quella

Immediata risuona al processualista la stonatura costituzionale di una sanzione applicata all'imputato presunto innocente, che si traduce in un'anticipazione della pena nel corso del processo scardinante la garanzia di cui all'art. 27 co. 2 Cost.[35]: che si tratti di una sanzione detentiva e di una sanzione che –nel solco delle riflessioni che valorizzano nuove forme di risposta penale[36]– si risolve non in un *pati*, ma in un *agere* della persona, poco cambia sul piano dei principi, che non tollerano la punizione di chi debba presumersi non rimproverabile di alcunchè[37]. Pur costruita nella sempre più in voga veste di "pena-programma", la dimensione sanzionatoria della prova –nell'anticipare la punizione rispetto all'accertamento definitivo della colpevolezza– compromette la compatibilità costituzionale dell'istituto in relazione al canone di cui all'art. 27 co. 2 Cost.

E però la disciplina codicistica fornisce indici che lasciano teorizzare un accostamento tra programma di prova e sanzione: talune prescrizioni presentano spiccate affinità strutturali con istituti sanzionatori[38], e, inoltre, il programma viene strutturato e delibato alla luce dei criteri commisurativi della pena dettati dall'art. 133 Cp[39].

D'altra parte, la vicinanza contenutistica tra prescrizioni di prova e sanzione non sembra essere l'unico elemento da tenere in considerazione per rispondere al quesito circa la natura giuridica del *probation* processuale. Non può, invero, trascurarsi l'inedito rilievo che assume la volontà dell'imputato messo alla prova: l'elemento volitivo deve ricorrere non solo in fase di introduzione del rito e costruzione del programma, ma anche durante tutta l'esecuzione delle prescrizioni fino alla conclusione del programma.

Evidente è il diverso perimetro e ruolo della volontà dell'imputato nelle dinamiche negoziali del rito patteggiato e della messa alla prova. L'accordo tra imputato e p.m. sigla il perfezionamento del negozio e dopo di allora il "puntello volontaristico" esaurisce la propria forza, per lasciar riprendere la tradizionale caratura autoritativa del rito penale: la richiesta di patteggiamento non può essere revocata una volta introdotta la procedura semplificata[40] e,

---

dell'adulto, poiché quest'ultima ha un'innegabile componente sanzionatoria», desumendo la diversità dalla circostanza per cui «la prestazione del lavoro di pubblica utilità è una condizione imprescindibile della prova dell'adulto».

[35] Osserva pragmaticamente A. Pasta, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e "rieducazione degli imputati": commiato dalla semantica e dalla logica dualista del processo*, in *CP* 2019, 2327 che «[o] si rimuove la premessa (il lavoro di pubblica utilità *non* è una modalità di esecuzione della pena), o il procedimento sembra essere incompatibile con il quadro costituzionale».

[36] Sterminata è la letteratura penalistica che indaga la costruzione e la sistematizzazione di risposte al reato che consentano di superare la centralità della pena detentiva, i cui limiti funzionali sono oramai manifesti. Sia consentito, col solo fine di sinteticità, rinviare per tutti alla recente opera di G. Fornasari, A. Menghini, I*l carcere come* extrema ratio, *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, Università di Trento, n. 96, 2025.

[37] Eppure, anche in dottrina si registrano posizioni che assegnano al programma di prova una finalità rieducativa, postulando il rimprovero del presunto innocente. In proposito v. E. Banchi, *Le modificazioni apportate alla disciplina della messa alla prova*, in *questa Rivista* 6.2.2023, 4.

[38] Ciò è particolarmente evidente per il lavoro di pubblica utilità, che, come noto, è l'unico elemento indefettibile della prova ai sensi dell'art. 168-*bis* co. 3 Cp e che condivide la struttura con la omonima pena sostitutiva di cui all'art. 20-*bis* Cp.

[39] E', come noto, l'art. 464-*quater* comma 3 Cpp ad ancorare la sospensione con messa alla prova alla valutazione giurisdizionale di idoneità del programma anche «in base ai parametri di cui all'articolo 133 del codice penale». Non è, invece, indice univoco di equiparazione tra programma di prova e sanzione la previsione dello scomputo dalla pena del periodo di prova ai sensi dell'art. 657-*bis* Cpp, rispondendo tale meccanismo a un più generale principio di equità, che guida anche la disciplina delle misure cautelari custodiali (sul tema, volendo, V. Bonini, *Corte costituzionale e messa alla prova tra giurisdizione minorile e scelte codicistiche: il radicarsi di pericolosi quanto inutili paradigmi*, in *GCos.* 2019, 896).

[40] In verità la regola generale invalsa nella giurisprudenza sigla l'irrevocabilità della richiesta di "patteggiamento" in coincidenza all'incontro di volontà, ricorrendo allo schema del negozio ricettizio (*ex plurimis*, Cass. IV 6.10.2021, c.e.d. 282054), aprendo a possibili ripensamenti prima della sentenza solo nel caso in cui intervengano

ovviamente, la pena applicata sulla base del concordato va incontro a una esecuzione dotata del crisma della coercibilità.
Diversamente, i contenuti prescrittivi della messa alla prova, pur trovando titolo in un atto dell'autorità giurisdizionale, difettano dell'elemento coercitivo proprio della sanzione[41], tant'è che possono andare ineseguiti anche per un successivo ripensamento e/o mancata adesione dell'imputato, senza che ciò produca altra conseguenza se non la ripresa del processo. Proprio questo argomento, del resto, era stato posto alla base della conclusione raggiunta dalla Corte costituzionale nel 2018, che aveva colto l'impossibilità di coniugare la matrice sanzionatoria con un comportamento volontario sia nella genesi che nei suoi sviluppi e in nessun modo coercibile da parte dell'autorità[42].
A meno che non si accolga un'accezione molto lata di sanzione, tale da ricomprendervi qualsiasi reazione ordinamentale a un atto illecito –anche quando l'esecuzione possa prescindere da interventi coattivi per essere interamente rimessa alla volontà del sanzionato– pare forzato ricondurre il programma di prova ad una pena, difettandone la coercibilità[43].
Sia inteso, l'esclusione della natura sanzionatoria del programma di prova non conduce di per sé a conclusioni tranquillizzanti, però muta l'orizzonte delle tutele da attivare, che si sposta da quelle collegate all'inscindibile nesso colpevolezza/pena ad una maggiore attenzione alla libertà e consapevolezza della manifestazione di volontà. La centralità del pilastro consensuale rende imperativo verificare con un rigore e uno scrupolo sin qui non praticati nell'ambito della giustizia consensuale pienezza dell'adesione dell'imputato all'introduzione del rito e allo svolgimento della prova.
Del resto, tanto la struttura quanto la funzione del *probation* paiono porsi al di fuori degli obiettivi cognitivi e punitivi del sistema penale, rivelandosi operazione ardita, artificiosa e destinata a restituire risultati poco convincenti quella che vi intravede una frattura della sequenza l'accertamento/pena[44], in un vero corto circuito cognitivo-sanzionatorio.
La novità della messa alla prova appare, invero, ancor più marcata rispetto a quel "ribaltamento" sequenziale e si traduce in un vero e proprio abbandono sia delle logiche cognitive sia di quelle sanzionatorie.
L'ordinamento, anziché procedere ad accertare fatti e responsabilità per decidere se la minaccia di pena si debba tradurre in atto sanzionatorio, apre a un possibile scrutinio dell'interesse

medio tempore modifiche legislative in senso più favorevole (cfr. Cass IV 8.4.2015, c.e.d. 263151; Cass. IV 28.9.2023, in *CP* 2024, 1592).

[41] Nonostante i reiterati richiami alla vocazione sanzionatoria della m.a.p. effettuati dalla Corte costituzionale e dalla Corte di cassazione, quando la giurisprudenza si confronta con temi più specifici, finisce per muoversi su binari diversi: così, ad esempio, mentre al lavoro di pubblica utilità che abbia la veste di pena sostitutiva vengono applicati istituti tipici dell'esecuzione della pena, questi restano ontologicamente estranei alle dinamiche applicative del lavoro di pubblica utilità eseguito nell'ambito di un programma di prova. Si veda, ad esempio, Cass., I, 10.1.2025, n. 10302; Cass., I, 17.6.2025, n. 22662 (in www.sistemapenale.it 23.7.2025), che ha affermato l'applicabilità della liberazione anticipata alla pena sostitutiva del l.p.u., con conclusione non estendibile alla medesima *performance* calata all'interno del *probation*.

[42] C. cost., 21.2.2018, n. 91, che riconduce il programma di prova a un «trattamento» che «non è infatti una sanzione penale, eseguibile coattivamente, ma dà luogo a un'attività rimessa alla spontanea osservanza delle prescrizioni da parte dell'imputato, il quale liberamente può farla cessare con l'unica conseguenza che il processo sospeso riprende il suo corso».

[43] Anche la nozione magistralmente messa a fuoco da N. Bobbio, voce *Sanzione*, *Novissimo digesto italiano*, XVI, Torino 1969, 532, pur nella sua ampiezza che travalica la funzione punitiva per abbracciare anche la dimensione risarcitoria, non prescinde dall'elemento della coattività che si accompagna inestricabilmente la provenienza *ex autoritate* di ogni intervento sanzionatorio.

[44] Cass. s.u., 31.3.2016, Sorcinelli, ove si afferma che qui «viene infranta la sequenza cognizione-esecuzione della pena, in funzione del raggiungimento della risocializzazione del soggetto».

pubblico all'accertamento processuale: l'obiettivo cognitivo perde consistenza e rilievo[45] quando l'imputato, con la prova, dia dimostrazione non della propria innocenza (poiché il tema non è, all'interno del *probation*, quello della innocenza/colpevolezza), né tantomeno dell'avvenuta rieducazione rispetto ad un precedente comportamento deviante (che non è stato accertato e neppure discusso), ma della propria capacità di adesione ai valori condivisi dalla collettività e tutelati dalle norme penali, che rende superflua anche solo l'ipotesi punitiva.
Insomma, l'interesse dell'ordinamento ad accertare l'ipotesi di reato cede il passo, quando la persona che ne è accusata dia «prova» dell'adesione alle regole e ai valori condivisi in un dato momento storico[46].
Da questo angolo di visuale potrebbe vedersi nella messa alla prova una "(post)moderna ordalìa", nella quale il superamento o meno della prova non è apprezzato in termini di innocenza/colpevolezza (obiettivamente indifferente nell'economia di un istituto che tralascia tale tema, una volta superato il vaglio iniziale *ex* art. 129 c.p.p.), ma di capacità/incapacità di adesione ai valori socialmente condivisi.
Resta da riflettere non poco su questo slittamento dall'asse cognitivo-punitiva a quella socio-valoriale, perché reca con sé il rischio di piegare l'intervento penale a esigenze culturali o addirittura terapeutiche[47] che dovrebbero trovare risposta su altri terreni, ossia quello delle politiche sociali.
La riflessione in proposito è destinata a muoversi su coordinate diverse da quelle tracciabili col consueto compasso di principi e garanzie processuali, che qui rischiano di avviluppare l'analisi su profili incapaci di cogliere le peculiarità degli istituti: semmai, un simile tema rende ineludibile una più attenta scrittura del confine tra intervento sociale e intervento penale, confine reso incerto dalle politiche del populismo panpenalistico degli ultimi decenni e dalle nuove forme di controllo sociale[48].

4.2 La difficoltà di coniugare le garanzie del processo con i meccanismi consensuali di risposta a comportamenti offensivi non ha mancato di riversarsi anche sul terreno della giustizia riparativa, che –a differenza della messa alla prova e degli ormai tradizionali riti negoziali– non costituisce una mera variante interna al processo penale, ma si propone come paradigma

[45] Con espressione più tradizionale e desueta, ma che si inscrive nel solco di una "scommessa" che l'ordinamento fa sulla buona riuscita della prova, C. cost. 21.2.2018, n. 91, in www.archiviopenale.it, individua nella messa alla prova una «rinuncia alla potestà punitiva condizionata al buon esito del periodo di prova controllata e assistita».
[46] In termini non dissimili v., C. Pongiluppi, *Pratiche di giustizia riparativa all'interno della messa alla prova per imputati adulti. Esperienze concrete e spunti di riflessione*, in *AP* 2020, n. 3, 12, ove osserva che il percorso di prova «ha fatto sì (non che una parte di afflittività venisse anticipata ma) che *una parte delle ragioni giustificative in senso preventivo della pena* venisse meno» (corsivo dell'Autrice). V. anche G. Mannozzi, R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano 2022, 98, ove si osserva che «la messa alla prova rinuncia all'accertamento processuale del reato tale da acquisire la forza del giudicato per scommettere sul comportamento futuro dell'imputato».
[47] Il riferimento è all'esperienza ormai abbastanza consolidata negli Stati Uniti (ma ormai approdata anche in Europa) delle c.d. *therapeutic jurisprudence* o *problem-solving courts*, che vede la presa in carico, già in fase processuale, di condizioni di disagio sociale, psichico o culturale che vengono ritenute essere correlate all'agìto illecito. Tipiche aree di intervento sono quelle della tossicodipendenza e alcooldipendenza, ma anche di situazioni di disturbi psichici e di marginalità sociale, oltre che in alcuni settori molto specifici come quello dei reati commessi dai veterani di guerra e reati contro le donne. In materia v. D. De Matteo, K. Heilbrun, A. Thornewill, S. Arnold, *Problem-sorlving courts and the criminal justice system*, Oxford, 2019; D. B. Wexler, *Two decades of therapeutical jurisprudence*, in *Touro Law Review*, vol. 24, 1/2014; B. J. Winick, *Therapeutic jurisprudence and problem solving courts*, in *Fordham Urban Law Journa*l, vol. 30, n. 3/2003, 1055. Per l'esperienza francese v. L. Maublanc de Boisboucher, L. Begon-Bordreuil, *Justice pénale et addictions: le modèle des «jurisdictions résolutives de problèmes"*, in *Les Cahiers de la justice* 3/2023, 485.
[48] V., in proposito, la nota opera di D. Garland, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, Milano, 2006, *passim*.

distinto e autonomo, seppure collocato in rapporto di complementarità operativa e sistematica con la giustizia penale cognitiva e punitiva[49].
In riferimento al rapporto tra presunzione di non colpevolezza e *restorative justice*, lo studioso del processo ha immediatamente rilevato il possibile cortocircuito[50] innescato dal «riconoscimento dei fatti essenziali del caso» che, pur assente nelle trame della disciplina organica di cui agli artt. 42 ss. d.lgs. n. 150/2022, è richiesto nelle fonti sovranazionali che si interessano di giustizia riparativa come precondizione all'avvio dell'esperienza riparativa[51]: tale requisito, del resto, appartiene all'esperienza pressochè universale dei servizi riparativi e, guardato con le lenti del processualista, sembra presentare affinità con l'ammissione di responsabilità. Non v'è dubbio che, se la condizione di accesso al programma riparativo si traducesse in un'ammissione delle responsabilità penale, ne uscirebbe compresso il diritto di difesa dell'accusato (indotto a un comportamento contrario al diritto al silenzio allo scopo di aderire a un programma da cui discendono effetti *in bonam partem*), alterata l'imparzialità del giudice (incrinata da un riconoscimento di responsabilità ogni qual volta sia chiamato a giudicare un imputato che abbia avviato un percorso riparativo) e, *last but not least*, compromessa la presunzione di non colpevolezza (tanto sotto il profilo del criterio di trattamento, quanto sotto quello del criterio di giudizio)[52].
Il tema, delicatissimo e di sicura centralità in un sistema che –in linea con le linee guida sovranazionali– prevede l'accesso all'esperienza riparativa in ogni stato e grado del procedimento, può forse giungere a più rassicuranti approdi, quando si guardi con attenzione sia la legislazione nazionale sia i documenti sovranazionali in materia, per mettere a fuoco contesto, contenuti e funzione del «riconoscimento dei fatti essenziali del caso».
Quanto al contesto, deve escludersi che tale dichiarazione sia richiesta nell'ambito della valutazione giudiziale di invio ai servizi riparativi. Infatti, l'art. 129-*bis* Cpp guida nel dettaglio quella delibazione: individua i soggetti che debbono/possono essere ascoltati, fissa la forma del provvedimento nell'ordinanza, fornisce al giudicante criteri di tipo diagnostico (assenza di un pericolo concreto per le persone o per l'accertamento dei fatti) e prognostico (utilità del programma), ma mai menziona l'ammissione dei fatti né chiede al giudice alcuna valutazione in punto di responsabilità. Non solo non viene riprodotto un inciso che rievochi un riconoscimento dei fatti essenziali del caso, ma neppure si investe il giudice di quel potere delibativo sulla ricorrenza di cause di immediato proscioglimento *ex* art. 129 Cpp, che, notoriamente, nei riti negoziali è richiamo normativo atto ad assicurare una *factual basis*[53].

---

[49] Sul rapporto di complementarità v. R. Bartoli, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa*, in www.sistemapenale.it 8.4.2025, 9 s.; F. Palazzo, *Giustizia riparativa e diritto penale*, in V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, Torino, 2024, 38 s.; E. Venafro, *Giustizia riparativa e sistema penale alla luce della riforma Cartabia*, in *questa Rivista* 21.12.2023, 13 s.
[50] Sul tema, in posizione critica v. S. Carnevale, *Potenzialità e insidie della giustizia riparativa nella fase di cognizione*, in Aa.Vv., *Accertamento penale e giustizia riparativa*, fascicolo monografico di *PPG* 5/2023, 86; O. Mazza, sub *art. 129*-bis, in G. Spangher-A. Giarda (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano 2023, 1968. Inoltre, S. Ruggeri - E. Malino, *Il pendolo della giustizia ripartiva, tra presunzione di innocenza, logiche cognitive e umanità del giudizio penale*, in *Iurisdictio*, n. 4/2023, 307. Più sfumata la posizione di A. Malacarne, *Presunzione di non colpevolezza e giustizia penale riparativa: una diadi problematica*, in *AP* 2024.
[51] Cfr. art. 12 dir. 2012/29; § 30 Racc. CM 2018/8; § 8 Risoluzione ECOSOC 2002/12.
[52] V. O. Mazza, *op. cit.*, p. 1969, che ritiene la giustizia riparativa «ontologicamente incompatibile con il rispetto della presunzione d'innocenza, in quanto presuppone una già avvenuta cristallizzazione dei ruoli, colpevole e vittima». La critica radicale era già stata proposta dallo stesso Autore anche in *Il processo che verrà: dal cognitivismo garantista al decisionismo efficientista*, in *AP web* 22.7.2022,
[53] Di diverso avviso S. Ruggeri - E. Malino, *op. cit.*, 322 e 325, che osservano come il giudice sia chiamato ad effettuare il vaglio *ex* art. 129 c.p.p., in quanto tale disposizione opera «in ogni stato e grado del processo»: l'obiezione è, ovviamente, da condividere con la precisazione che il mancato espresso richiamo all'art. 129 c.p.p. in sede di invio ai servizi riparativi assume comunque un significato, che è quello di non fare carico al giudice di

Insomma, il confezionamento normativo è inequivoco nell'offrire specifici criteri valutativi al giudice senza richiedergli però alcuna verifica, neppure minimale, sul tema della responsabilità. L'obiettivo cognitivo (accertamento di fatti e responsabilità) non rileva come presupposto positivo dell'accesso riparativo, ma semmai opera come possibile condizione negativa del programma, vietando il passaggio al territorio riparativo se da ciò possa derivare un pericolo per il processo penale[54]: insomma, l'accertamento –lungi dal trovare qualche rilievo nei sentieri della *restorative justice*– prevale sull'eventuale interesse riparativo, il quale cede quando possa rappresentare fonte di pericolo per la funzione cognitiva, che è e resta affare esclusivo del processo penale.
Invece, il riconoscimento dei fatti essenziali del caso si colloca fisiologicamente tra i temi esplorati dai mediatori nel contesto della valutazione di fattibilità del programma[55]. E' pur vero che anche qui l'articolato domestico tace sul punto, ma non v'è dubbio che i servizi riparativi operino nel segno dei principi generali della *restorative justice*, come declinati dai documenti sovranazionali, ove si invita a verificare anche che i partecipanti riconoscano i fatti essenziali del caso. In proposito, se la c.d. direttiva vittime –nel preoccuparsi di declinare le tutele per la vittima che acceda al programma riparativo– chiede alla sola persona indicata come autore dell'offesa di effettuare detto riconoscimento (art. 12 Direttiva 2012/29/EU), i documenti sovranazionali dedicati specificamente alla giustizia riparativa (§30 Raccomandazione CM 2018/8; § 8 Risoluzione ECOSOC 2002/12) chiamano tutti i potenziali partecipanti (compresa la vittima) ad effettuare il «riconoscimento dei fatti essenziali del caso», segnando una diversità evidente rispetto ad una ipotetica "ammissione di responsabilità".
Ma al di là del profilo soggettivo –superabile nella misura in cui si ipotizzi che la normativa sovranazionale inviti vittima e accusato a convergere su una ricostruzione storica che collochi le responsabilità penali sul secondo– è la diversità tematica, ossia dell'oggetto trattato dalla giustizia penale e dalla giustizia riparativa, a escludere l'equivalenza tra ammissione di responsabilità e riconoscimento dei fatti essenziali del caso.
L'oggetto del processo penale, descritto e delimitato nell'atto di imputazione, è composto da una selezione di frammenti della vicenda offensiva, della quale rilevano solo gli elementi sussumibili nella fattispecie di reato; al contempo, questa scarnificazione del più vasto (e, non di rado, più intenso) vissuto umano mette a fuoco elementi indefettibili per l'affermazione della responsabilità penale. Insomma, l'oggetto è "solo quello" e "tutto quello", niente di più (altrimenti incorrendosi nell'irrilevanza della prova per sconfinamento dal tema di cui all'art. 187 Cpp) e niente di meno (altrimenti concludendosi con una insufficienza di prove per carenza

affrontare specificamente il tema, esonerandolo, quindi, dal darne conto nella motivazione dell'ordinanza (ammissiva o reiettiva del passaggio al territorio riparativo); del resto, pare ragionevole che il legislatore non ritenga necessario verificare la consistenza probatoria in questa sede, poiché, a differenza di quanto accade con l'accesso a un rito alternativo, qui non è in gioco una deviazione dal rito ordinario (che continua nel proprio incedere) né tantomeno una decisione sull'imputazione, ma la mera possibilità per le persone di gestire "altrove e altrimenti" i propri "altri" bisogni di giustizia.

[54] Come noto, infatti, l'art. 129-*bis* Cpp subordina l'invio ai servizi riparativi alla verifica che questo non comporti un pericolo per l'accertamento dei fatti: questa è l'unico collegamento normativo tra la vocazione cognitiva del processo e i programmi riparativi e rende evidente che l'accertamento dei fatti è compito esclusivo del processo penale, che dal percorso riparativo non può trarre alcuna "rendita cognitiva", ma semmai temerne una compromissione, che, valutata *ex ante*, inibisce l'avvio dell'esperienza riparativa. Questa previsione è alla base della scelta per cui ai servizi riparativi si giunge solo a valle di un positivo controllo giudiziale, che è momento esiziale per evitare ricadute negative sul procedimento, nel segno di un rapporto di complementarità operativa a prevalenza giudiziaria.

[55] V., in proposito, D. Stendardi, *Lo svolgimento dei programmi di giustizia riparativa*, in A. Ceretti, G. Mannozzi, C. Mazzucato (a cura di), *La disciplina organica della giustizia riparativa*, Torino 2024,176.

dell'accertamento su alcuni elementi oggettivi e soggettivi del reato) serve conoscere al processo penale.
L'imputazione lavora come un teleobiettivo che con precisione ed esattezza mette a fuoco pochi oggetti, la cui centralità risulta ancor più evidenziata dai piani sfocati su cui restano gli altri particolari, indifferenti all'obiettivo cognitivo, perché privi di significato penale. Invece, la giustizia riparativa privilegia una focale grandangolare che sa cogliere anche la parte di vissuto che –pur eccedente l'interesse penalistico– è rilevante per i protagonisti dell'esperienza offensiva: saranno, quindi, le persone a individuare di volta in volta le coordinate storiche di base, appunto i «fatti essenziali del caso» da cui partire per avviare il dialogo riparativo.
Naturalmente lo scorcio fotografato riguarda il medesimo comportamento umano offensivo, che fa da comune scaturigine per l'attivarsi tanto del procedimento penale quanto del programma riparativo: però, nell'aula giudiziaria quella vicenda è accertata nei termini scarnificati e definiti da una norma incriminatrice, mentre nella stanza della riparazione è narrata e riconosciuta come esperienza umana di ingiustizia vissuta[56]. Ma, sia chiaro, la differenza tematica non si identifica né esaurisce nel dato quantitativo (come se la giustizia riparativa si occupasse di qualcosa di più), piuttosto si traduce in una differenza qualitativa, che ben è rappresentata dal distinguo tra accertamento (dei fatti e delle responsabilità) e riconoscimento (dell'altro).
In conclusione, poiché la giustizia riparativa non si occupa di accertare fatti e di distribuire responsabilità penali, non si interessa di premunirsi di una ammissione di colpevolezza[57].
Cos'è allora il «riconoscimento dei fatti essenziali del caso» e a quale funzione risponde? E' la condivisa perimetrazione di un terreno comune su cui (ri)trovarsi e (ri)tornare in veste di dialoganti co-partecipi di una esperienza che ha prodotto effetti offensivi di cui si cerca il superamento; per recuperare l'intuizione di Antoine Garapon[58], sigla un'alleanza tra i partecipanti che preliminarmente concordano sul vissuto che li accomuna e li lega nella esperienza di ingiustizia, riconoscendone gli aspetti essenziali e la portata offensiva. Ma, in questo riconoscimento non ci sono per necessità gli elementi storico-fattuali e il nesso soggettivo tipico della responsabilità penale, perché qui non si ha riguardo alla norma incriminatrice ma alle dinamiche offensive interpersonali.
Insomma, se proprio vogliamo recuperare il tema della responsabilità anche all'interno dei percorsi riparativi, è necessario aver chiaro che qui non si tratta di responsabilità penale in senso proprio.
Del resto, al penalista non è ignoto confrontarsi con una pluralità di modelli di responsabilità che, pur scaturendo dalla medesima azione umana, propongono criteri ascrittivi diversi a seconda dei settori di intervento[59]: civile, disciplinare, tributaria ecc.

---

[56] Sulla diversità di oggetto a cui si rivolgono i due paradigmi di giustizia v. M. Gialuz, *L'innesto della giustizia riparativa nel procedimento penale*, in A. Ceretti, G. Mannozzi, C. Mazzucato (a cura di), *La disciplina organica*, cit., 201; nonché, volendo, V. Bonini, *Giustizia riparativa e garanzie nelle architetture del d.lgs. 150/2022*, in www.sistemapenale.it 24.11.2023.
[57] L'estraneità dell'obiettivo cognitivo è dichiarata espressamente anche nella *Relazione illustrativa al d.lgs. n. 150/2022*, in G.U., Serie gen n. 245, suppl. straordinario n. 5 del 19.10.2022, p. 537, ove si osserva che la giustizia riparativa si colloca «su binari differenti rispetto all'accertamento della penale responsabilità».
[58] A. Garapon, *Pour une autre justice: la voie restaurative*, Presses Universitaires de France, 2025, 204.
[59] Così, le traiettorie di accertamento della responsabilità penale e della responsabilità civile da fatto illecito, pur nella loro diversità fondativa, possono essere trattate all'interno dello stesso itinerario processuale, senza che ciò determini pericolose compromissioni della presunzione di non colpevolezza. Le trattative per il risarcimento del danno e/o la conclusione di un accordo risarcitorio, che assai di frequente si collocano nel corso del procedimento penale, non creano tensioni con la presunzione di non colpevolezza, proprio perché i criteri di ascrizione della responsabilità civile sono diversi rispetto da quella penale.

Può, dunque, ritenersi che la stessa condotta umana dia luogo a una responsabilità penale da reato, una responsabilità civile da fatto illecito e una responsabilità riparativa da offesa[60]: ciascuna di queste, pur avendo comune scaturigine, è governata da criteri diversi. La peculiarità della "responsabilità riparativa" sta nel fatto che, anziché fondata su criteri normativi, risulta innervata di elementi emotivi e relazionali che rifuggono la dimensione giuridica e valorizzano la componente interpersonale: è una "responsabilità verso" l'altro, piuttosto che una "responsabilità per" un fatto; guarda al futuro, piuttosto che al passato; è diretta alla ricostituzione del patto infranto, piuttosto che al rimprovero per il fatto commesso[61].
In questi termini, le interlocuzioni tra processo penale e incedere riparativo sono il precipitato di quella complementarità che fa da filo conduttore della disciplina organica introdotta nel 2022: i due itinerari si sviluppano sull'area comune dell'offensività del comportamento umano, ma lo stretto crinale della responsabilità penale resta tema di apprezzamento esclusivamente giudiziario.

5. L'introduzione di nuovi percorsi di giustizia fondati sulla volontà, da una parte, ripropone la sfida di un rinnovamento sistematico che deve trovare il proprio allineamento costituzionale, ma, dall'altra parte, può contribuire a stemperare le forti tensioni innescate nelle letture prevalenti del c.d. patteggiamento, la cui egemonia negoziale aveva di certo contribuito a forzarne i tratti nella direzione anticognitiva. L'ansia efficientista proiettata dal legislatore del 1988[62] sulla coppia patteggiamento/decreto penale ha a suo tempo fatto da volano per i *dicta* più costituzionalmente sfrontati della giurisprudenza degli anni '90, che oggi può forse trovare più di una occasione di superamento.

---

[60] Non è un caso, del resto, che il d.lgs. n. 150/2022, particolarmente attento alle scelte lessicali coltivate nella disciplina organica, collochi tra gli obiettivi della giustizia riparativa non certo l'accertamento della responsabilità ma il «promuovere […] la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa», intesa come processo di assunzione di responsabilità verso l'altro, scaturita dal riconoscimento reciproco e diretta a rimuovere o limitare le ripercussioni che l'esperienza di ingiustizia ha provocato nella vita delle persone. Su questi profili v. A. Ceretti, *I nuovi orizzonti della giustizia riparativa nella riforma Cartabia*, in A. Ceretti, G. Mannozzi, C. Mazzucato (a cura di), *La disciplina organica*, cit., 45.

[61] Caratteristiche della giustizia riparativa che ben affiorano nell'affresco sapientemente tratteggiato da G. Di Chiara, *La giustizia come percorso di pacificazione: conflitto, narrazione, ascolto nel processo penale e nei sentieri riparativi*, in *Cura e Giustizia* 2025, 115, che parla in proposito di spazio «non *judgemental*», sottolineando l'estraneità alle dinamiche cognitive e decisorie tipiche del giudizio penale. Descrivono le diverse caratteristiche della responsabilità penale e riparativa G. Mannozzi, R. Mancini, *La giustizia accogliente*, cit., p. 100 s., pur senza mantenere nitidamente il distinguo nella parte in cui affermano che «[n]ell'orizzonte della giustizia riparativa, il riconoscimento o l'ascrizione della responsabilità per il passato –di cui si fa carico il sistema penale– può essere sempre e solo un punto di partenza, mai di arrivo», teorizzando una progressione necessaria tra responsabilità penale e riparativa, che si rivela impossibile nel contesto processuale. Tra le riflessioni a livello sovranazionale, si veda il denso saggio di K. Soulou, *The contribution of Aristotelian ethics and concepts to widening the understanding of the active version of responsibility in restorative justice*, in F. Reggio, B. Pali (a cura di), *Widening the restorative lens*, Brill, Boston 2025, p. 79 s., ove l'Autrice esordisce chiarendo che «[o]ne of the main differences between restorative justice and the current justice systems is the type of offender's responsibility».

[62] Come noto, il legislatore del 1988 confidava ottimisticamente (o, forse, terroristicamente) su percentuali assai elevate di filtro processuale dato dai riti negoziali, come risulta dalla *Relazione di accompagnamento del c.p.p.* (in G.U. n. 250, suppl. ord. n. 93, del 24.10.1988, p. 217), ove si valorizzava quella parte di discussione parlamentare sulla legge delega in cui si riferiva che «il nuovo processo "funzionerà se riusciamo a far pervenire al dibattimento soltanto una parte piccola di processi"», richiamando altresì l'esperienza anglosassone nella misura in cui questa «insegna che è ritenuto del tutto incongruo e antieconomico prevedere il passaggio alla fase dibattimentale in caso di ammissione da parte dell'imputato delle proprie responsabilità, cioè in situazioni in cui l'unico aspetto controverso può essere la determinazione in concreto della pena». La *Relazione* può oggi essere letta al https://www.penaledp.it/relazione-al-progetto-preliminare-e-al-testo-definitivo-del-codice-di-procedura-penale/.

Non c'è solo la pluralità degli strumenti consensuali a poter stemperare la rigidità anticognitiva delle letture del c.d. patteggiamento; a ciò si aggiunge un panorama normativo, sia domestico che eurounitario, che si è arricchito di elementi valorizzabili nella direzione di una maggiore consistenza dell'accertamento anche all'interno delle traiettorie negoziate.

Tra i documenti europei un significativo rilievo va riconosciuto alla direttiva 343/2016/UE sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza. Se l'estensione operativa della presunzione è in linea con quella tradizionalmente siglata dall'art. 6 Cedu (fino a che la colpevolezza non risulti legalmente accertata)[63], la direttiva del 2016 sembra però introdurre un elemento di novità nella misura in cui riconosce alla presunzione natura di principio e non di diritto dell'accusato[64], in modo coerente non prevedendo alcuna forma di rinuncia, attenuazione o flessione del canone su base volontaria «cristallizza […] l'*in dubio pro reo* in modo netto e indisponibile»[65].

La cornice eurounitaria così ridefinita dalla direttiva citata non ha trovato nel legislatore italiano pronta traduzione, anzi tardando a prendere consapevolezza della necessità di adeguare l'ordinamento domestico alle regole più manifestamente innovative[66].

Ciò nonostante, la direttiva del 2016 ricolloca al centro delle riflessioni, sia dottrinali sia giurisprudenziali, la dimensione cognitiva del processo penale anche all'interno dei moduli negoziati. La regola per cui «ogni dubbio in merito alla colpevolezza [è] valutato in favore dell'imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta» (art. 6 § 2 Dir. 343/2016/UE), impone anche al giudice del concordato sulla pena di valorizzare situazioni probatorie di insufficienza e contraddittorietà in una direzione che escluda l'esito sanzionatorio: la direttiva chiede al giudice del "patteggiamento" che rilevi situazioni di incompletezza o contraddittorietà degli atti di pronunciare il proscioglimento immediato *ex* art. 129 Cpp o la restituzione degli atti con ritorno all'incedere ordinario[67].

Tra l'altro, la soluzione pare oggi ancor più praticabile alla luce dei recenti cambiamenti che, con la riforma del 2022, hanno toccato i criteri che presidiano la scelta tra azione e inazione, ancorando il *favor actionis* a una più severa valutazione prognostica circa l'esito condannatorio del giudizio.

Come noto, già Enrico Marzaduri aveva evidenziato il nesso intercorrente tra la regola posta alla base dell'esercizio dell'azione e la completezza della *factual basis* anche in vista delle scelte del p.m. in punto di rito[68]. Laddove «il quadro probatorio carente, insufficiente o contraddittorio appaia destinato a rimanere tale –si osservava[69]– si potrà egualmente arrivare ad individuare l'inutilità del processo»: l'approdo si fa ancora più solido con il passaggio dalla prognosi di sostenibilità dell'accusa in giudizio (sulla base dell'oggi abrogato art. 125

[63] Su tale profilo v. N. Pascucci, *Il* dies ad quem *della presunzione di innocenza in caso di condanna*, in *questa Rivista* 15.12.2023, 5.

[64] Emblematica, in questa direzione, è la diversa soluzione espressiva coltivata dalla stessa Direttiva nell'art. 7 dedicato al diritto al silenzio, che, pur nella sua centralità, mantiene chiaramente la dimensione strutturale di diritto soggettivo rimesso alla volontà del titolare. Di recente, sul tema v. V. Patanè, Nemo tenetur se detegere: *coordinate costituzionali del diritto a non collaborare dell'imputato*, in *CP* 2024, 1999.

[65] In questi termini, nell'ambito di una attenta lettura, J. Della Torre, *Il patteggiamento tra vincoli sovraordinati e derive anti-cognitive*, cit., p. 144.

[66] Come noto, la Dir. 343/2016/UE è stata attuata nel nostro ordinamento solo con il d.lgs. 8.11.2021, n. 188 e con esclusivo riferimento alle previsioni relative alla comunicazione giudiziaria. Rilevano la tardività e la parzialità dell'intervento, P. Concolino, *Corte europea dei diritti dell'uomo, processo mediatico e tutela della presunzione di innocenza*, *RIDPP* 2023, 1658; A. Riviezzo, *Il difetto della presunzione: la presunzione di innocenza dopo il d.lgs. n. 188 del 2021*, *GCos* 2022, 1845.

[67] In questi termini conclude anche J. Della Torre, *loc. ult. cit.*

[68] E. Marzaduri, voce *Azione*, cit., 15.

[69] E. Marzaduri, voce *Azione*, cit., 10.

NAttCpp) alla ragionevole previsione di condanna (artt. 408 e 425 Cpp) e dispiega effetti immediati sulla consistenza indiziaria che può tradursi in base conoscitiva all'interno del rito patteggiato.
Invero, al netto di tutte le criticità che colpiscono il criterio da ultimo introdotto a guidare le scelte in merito all'azione penale[70], non v'è dubbio che questa spinga verso «una soglia probatoria più solida rispetto al passato per avviare il processo»[71], escludendo che il passaggio al giudizio possa avvenire quando il quadro probatorio risulti carente, insufficiente o contraddittorio: la regola generale finisce per produrre un effetto tranquillizzante all'interno delle dinamiche negoziali, assicurando una più soddisfacente base epistemica che non ha bisogno del "puntello" della volontà dell'imputato, se non per la trasformazione del materiale in risultanza probatoria.
Insomma, l'elevazione dello standard valutativo in sede di esercizio dell'azione relega a ipotesi patologicamente eccezionali il passaggio alla fase processuale poggiante su materiale non idoneo a superare il vaglio di cui all'art. 129 Cpp, con la conseguenza che il giudice investito della richiesta di patteggiamento vede restituito un potere valutativo pieno senza che ciò pregiudichi l'efficienza del sistema.
Così liberato il procedimento di cui agli artt. 444 ss. Cpp da compiti deflativi di proporzioni inesigibili, sarà più agevole recuperarne uno spessore cognitivo in linea con lo standard *ex* art. 27 II Cost.
Sarà sufficiente, a tale fine, recuperare proprio quelle indicazioni che, con qualche decennio di anticipo, ci ha saputo dare Enrico Marzaduri, valorizzando il richiamo all'art. 129 co. 1 c.p.p. anche per le ipotesi di insufficienza e contraddittorietà probatoria, e individuando nelle trame dell'art. 444 Cpp un potere del giudice di restituzione degli atti come "terza via" tra proscioglimento immediato e applicazione della pena.
Insomma, come –in quell'opera visionaria e magistrale che è il Maestro e Margherita di Bulgàkov– disse Woland, facendo riferimento al manoscritto che il maestro aveva gettato tra le fiamme, «i manoscritti non bruciano». Ecco, proprio come i buoni manoscritti, anche le buone idee non bruciano, neppure quando una giurisprudenza fermamente ostile e un panorama dottrinale rinunciatario le abbiano lasciate tra le braci, sotto la cenere di una premialità asfittica e asfissiante, per decenni.
Queste sono le idee che ci consegna e ci riconsegna, intatte, ancora oggi, Enrico Marzaduri.

[70] In tema v., tra le molte voci critiche, E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentale. Effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in *questa Rivista* 25.1.2023; S. Ruggeri, *Azione e inazione*, in D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso, *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, 629 ss.; F. Siracusano, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia: l'insidiosa logica economica della "Riforma Cartabia"*, in *RIDPP* 2023, 159; G. Varraso, *«Ragionevole previsione di condanna » ed esercizio dell'azione penale*, in *questa Rivista* 27.10.2025.
[71] In questi termini si è espressa anche C. cost. 11.3.2024, n. 41, che ha definito in termini di maggiore selettività la regola che è andata a sostituire l'art. 125 NAttCpp.