

# La Legislazione Penale

*Fondata da Mario Chiavario e Tullio Padovani*



Anno 2025

N° 1-2

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.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.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)

## SOMMARIO

A. Mattarella, L'ambito spaziale della responsabilità degli enti e la ricerca di una <i>compliance</i> per le imprese multinazionali. La necessità di un bilanciamento tra efficienza e garanzie .....	3
W. Nocerino, Le modifiche "fisiologiche" dell'imputazione e i rinnovati poteri di controllo del giudice dell'udienza preliminare .....	35
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 .....	70
F. Palazzo, Considerazioni finali su misure restrittive della libertà e diritti fondamentali.....	82
M. Pelissero, Carcere e dintorni: una proposta di riflessione tra i giovani penalisti sulla privazione della libertà personale .....	89
A. Perin, I delitti contro la pubblica amministrazione nel piano di torsione della giustizia penale. Aspetti costituzionali e politico-criminali della "Riforma Nordio" .....	92
A. Perruccio, L'infinita parabola della pericolosità sociale: misure di sicurezza e "carcere duro" fra legalità costituzionale e convenzionale* .....	123
M. Pinto, Antagonismo penale o agonismo politico? Reimmaginare le politiche contro il traffico e la tratta alla luce delle esperienze dei migranti.....	132
A. Pulvirenti, La Riforma Nordio (l. n. 114/2024) in tema di impugnazioni: note problematiche.....	153
S. Regini, Quali alternative al ricovero in REMS? La libertà vigilata c.d. terapeutica e le prospettive <i>de iure condendo</i> .....	178
F. Rocchi, Il futuro del "doppio binario" per i <i>dangerous offenders</i> in un sistema penale integrato .....	183
G. Sebastiani, Qualcosa di meglio del carcere. Sulla ragionevolezza di una progettazione politico-criminale integrata e di una diversificazione delle pene principali* .....	192
C. Tarfusser, Il caso Al-Masri ovvero come distruggere la, già ridotta, credibilità di un paese .....	198
W. Nocerino, Le recenti riforme in materia di intercettazioni: alcune criticità e qualche prospettiva .....	205

F. Valente Bagattini, La disciplina delle rems tra tutela dei diritti fondamentali e persistenti criticità\* .....230

E. Valentini, Le novità della “Legge Nordio” in materia cautelare: poche idee, ma confuse .....240

## L'AMBITO SPAZIALE DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI E LA RICERCA DI UNA COMPLIANCE PER LE IMPRESE MULTINAZIONALI. LA NECESSITÀ DI UN BILANCIAMENTO TRA EFFICIENZA E GARANZIE

di Andrea Mattarella (*Dottore di ricerca in diritto penale, Università LUMSA*)

Nonostante la genesi della responsabilità da reato degli enti sia correlata ad un fenomeno di portata da sempre transnazionale, l'estensione oggi assunta dagli scambi commerciali e dalle stesse organizzazioni produttive esaspera la crisi regolatoria delle leggi nazionali insieme con lo sforzo di adeguamento degli enti. Un primo profilo problematico è dato dalla strategia di contrasto, adottata da alcuni Stati, consistita nella dilatazione spaziale del raggio applicativo delle leggi penali, che dà luogo a criteri personalistici sempre più sfumati. Un secondo profilo spinoso risiede nella necessità di ricalibrare la nozione di compliance, venendo in rilievo anche l'interesse degli operatori economici, impegnati a conformare il proprio statuto organizzativo alle istanze di prevenzione del rischio da reato. Pretendere che una società adegui la propria compliance ad una sorta di rischio multinazionale, in assenza di un quadro giuridico più chiaro e armonizzato, cela il pericolo di dare corpo ad una sorta di superomistico agente modello universale tenuto ad un obbligo oggettivamente insuscettibile di adempimento, con il risultato di una sostanziale imputazione obiettiva dell'evento. Affinchè l'ente possa più agevolmente individuare i rischi-reato potenzialmente esistenti, si propone la promozione di processi di autonormazione, basati su best practices e regole internazionalmente riconosciute e definite. Il panorama internazionale è caratterizzato dalla proliferazione di meccanismi di soft law, linee guida e codici di condotta; secondo alcuni studiosi, gli sforzi della comunità internazionale dovrebbero essere convogliati verso l'adozione di strumenti maggiormente vincolanti, per evitare deprecabili fenomeni di forum shopping, e assicurare al contempo uno statuto di garanzie alle persone giuridiche. In questa direzione, occorre guardare alle iniziative provenienti dal sistema europeo e dall'ordinamento internazionale, che, nel delineare una transnational due diligence law, possono contribuire allo sviluppo della compliance penale.

Although the genesis of the criminal liability of entities has always had a transnational perspective, the extension assumed by commercial exchanges and by production organizations themselves increases the regulatory crisis of national laws together with the efforts of entities to adapt. A first topic is made by the strategies adopted by some States in contrasting the power of multinationals, expanding the application range of criminal laws, and giving rise to increasingly nuanced personalistic criteria. A second topic lies in the need to recalibrate the concept of compliance, highlighting the interest of economic operators, committed to conforming their organizational statute to the demands of crime risk prevention. Expecting a multinational company to adapt its preventive compliance to a sort of multinational risk, in the absence of a clearer and more harmonized legal framework, opens to the risk of giving rise to a sort of superhuman universal model agent, resulting in a substantial objective attribution of the event. In order for the organization to more easily identify potentially existing crime risks, it is proposed to promote self-regulation, based on best practices and internationally defined rules. The international panorama is today mostly characterized by soft law mechanisms, guidelines and codes of conduct; according to some scholars, the efforts of the international community should be channeled towards the adoption of more binding instruments, to avoid regrettable phenomena of forum shopping, and at the same time ensure a status of guarantees also to legal entities. In this sense, it is necessary to look at the initiatives coming from the European system and the international legal system which, developing a transnational due diligence law, can enforce the criminal compliance too.

SOMMARIO: 1. Introduzione: la responsabilità da reato degli enti e la funzione della *compliance* penale in un'economia globalizzata. – 2. La disciplina degli aspetti di transnazionalità nel D.lgs. 231/2001 e la differente posizione delle imprese italiane e di quelle straniere - 2.1. (segue). La tesi favorevole all'assoggettabilità degli enti stranieri al D.lgs. 231/2001. – 2.2 (segue) La tesi contraria all'estensione ultra-territoriale delle norme del decreto – 2.3 (segue) Il parametro di giudizio della *compliance* dell'ente straniero. - 3. Una *compliance* “on a global scale”. La ricerca di parametri più consolidati. – 4. Il ruolo delle fonti di soft law e la progressiva positivizzazione di una *transnational due diligence law*. – 4.1. (segue). La nuova Direttiva europea sugli obblighi di *due diligence*. – 4.2. (segue). Il *Legally Binding Instrument* e la responsabilità degli enti nel contesto delle *global value chains*. – 5. Conclusioni: l'espansione del modello della *due diligence* e l'esigenza di un'effettiva personalità della responsabilità delle società multinazionali.

1. Il principio della responsabilità penale delle *corporations* è stato affermato per la prima volta negli Stati Uniti proprio in relazione a condotte illecite realizzate nel contesto di attività commerciali interstatuali<sup>1</sup>: la nota sentenza della Corte Suprema resa nel 1909 sul caso *New York Central and Hudson River Railroad Co. v. United States*<sup>2</sup>, che elaborò il principio di *corporate liability*, riguardava invero una fattispecie di *interstate commerce*. La questione del ruolo delle imprese multinazionali nelle dinamiche criminose si è proposta più chiaramente dagli anni '60, quando fu elaborata la categoria della c.d. macrocriminalità<sup>3</sup>. Nella perdurante assenza di un *enforcement* globale<sup>4</sup>, sotto la pressione degli strumenti europei e internazionali, gli ordinamenti giuridici hanno inizialmente fatto leva sull'introduzione di forme di responsabilità da reato degli enti che, originate nei sistemi angloamericani, sono state poi assimilate pressochè da tutti i Paesi di *civil law*<sup>5</sup>.

Il paradigma della *compliance* presuppone il riconoscimento di un potere autoregolativo all'impresa ed una parziale rinuncia dello Stato alla sua pretesa punitiva, che garantiscono una tutela anticipata dei beni giuridici<sup>6</sup> e la continuità di attività economiche socialmente utili; ciò

<sup>1</sup> Un commento a questa giurisprudenza si deve, in particolare, a A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, in *La responsabilità degli enti tra diritto e processo*, a cura di D. Piva, Torino 2021, 181; negli studi italiani, cfr. anche A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna 2010, 203, che sottolinea questo momento come la nascita per il diritto statunitense della responsabilità «vicaria»; C. De Maglie, *L'etica e il mercato*, Milano 2002, 14 ss.

<sup>2</sup> *New York Central and Hudson River Railroad Co. v. United States*, 212 US 481, 1909, reperibile in <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/212/481/>.

<sup>3</sup> Ciò era confermato anche dall'emersione di gravi vicende corruttive e di riciclaggio che coinvolgevano, insieme ai vertici di imprese multinazionali, alti responsabili politici in numerosi paesi ad economia avanzata. Si fa riferimento al caso giudiziario Lockheed scoppiato negli Stati Uniti.

<sup>4</sup> Sulla carenza di mondializzazione delle istituzioni politiche e di un ordine giuridico autenticamente cosmopolitico, quale contrappeso alla globalizzazione economica, cfr. S. Cassese, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino 2009, 131 ss.; una riflessione sul punto si deve anche a V. Mongillo, *Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale «sconfinata»: il difficile equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *RIDPP* 2023, 111.

<sup>5</sup> Per delle analisi comparatistiche, v. *Corporate Criminal Liability. Emergence, Convergence, and Risk, Dordrecht*, a cura di M. Pieth, R. Ivory, Berlino 2011; *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs, vol. 1 Liability “Ex Crimine” of Legal Entities in Member States* e vol. 2: *Towards a Common Model in the European Union*, a cura di A. Fiorella, Napoli 2012, 26 ss.; G. Vermeulen, W. De Bondt, C. Ryckman, *Liability of Legal Persons for Offences in the EU*, Apeldoorn 2012; G. De Simone, *Profili di diritto comparato*, in G. Lattanzi, P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti, vol. I: Diritto sostanziale*, Torino 2020, 3 ss.; OECD, *The Liability of Legal Persons: A Stocktaking Report* (2016); T. Hoppe, M. Polaine, G. Rupchev, M. Livschiltz, C. Grasso, *Liability of Legal Persons for Corruption Offences*, Council of Europe 2020.

<sup>6</sup> J. Gobert, M. Punch, *Rethinking corporate crime*, London 2003, 315 ss.; I. Ayres, J. Braithwaite, *Responsive*

in quanto la sanzione diventa l'*extrema ratio*<sup>7</sup> riservata solo agli enti che non si dotano dei necessari modelli organizzativi<sup>8</sup>. In tal senso, la crescita esponenziale delle attività industriali ed economiche e l'entrata in crisi degli Stati nella gestione di interi settori impongono procedimenti e norme di ridimensionamento del rischio ad esse sotteso, con il conferimento a soggetti privati, dalle risorse sempre più imponenti, di funzioni di prevenzione<sup>9</sup>.

Tuttavia, come segnalato da più parti in dottrina, la ricostruzione dell'ente come tributario di compiti di tutore dell'ordine, in quanto entità potenzialmente criminale da trasformare in garante della legalità, porta con sé il rischio di una definizione di colpevolezza incentrata sulla prevenzione, sembrando obliterare il concetto di rischio consentito e avvicinandosi a logiche di imputazione oggettiva dell'evento<sup>10</sup>.

Rievocando la dialettica tra visioni individualistiche ed olistiche dei fenomeni organizzativi<sup>11</sup>, ad una tradizionale lettura oppositiva, che considera l'impresa prevalentemente quale soggetto in grado di ledere diritti individuali o collettivi, si è affiancata una prospettiva attenta ad evitare forme di *over criminalization* della *societas*<sup>12</sup>. Invero, tanto più si afferma la capacità penale

---

*regulation*, Oxford socio-legal studies, Oxford 1995, 101 ss.; K. A. Bamberger, *Regulation as Delegation: Private firms, decisionmaking, and accountability in the administrative state*, in 56 *DLJ* 2006, 386; B. Fisse, J. Braithwaite, *Corporations and accountability*, Cambridge 1993, 140 ss.; A. Fiorella (a cura di), *Corporate criminal liability and compliance programs*. Cit., 14 ss.; A. Fiorella, N. Selvaggi, *Dall'utile al giusto. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato "nello spazio globale"*, Torino 2018, 12; A. Gullo, *I modelli organizzativi*, in G. Lattanzi, P. Severino, *op. cit.*, 245; C. E. Paliero, C. Piergallini, *La colpa di organizzazione in Resp. Amm. Soc. ed enti* 2006, 173; Id., *I modelli organizzativi*, in AA. VV., *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 156.

<sup>7</sup> Per il legame intercorrente tra l'impostazione della *Corporate liability* e il capitalismo «regolatore», v. J. Braithwaite, *Regulatory capitalism. How it works. Ideas for making it work better*, Cheltenham 2008; W. S. Laufer, *The missing account of progressive corporate criminal liability*, in *NYUJLB*, 13; A. Nièto Martín, *Introducción*, in L. Arroyo Zapatero, A. Nièto Martín (a cura di), *El derecho Penal Económico en la era Compliance*, Valencia 2013, 11 ss.; Id., *Autorregulación, compliance y justicia restaurativa*, in L. Arroyo Jiménez, A. Nièto Martín, *Autorregulación y sanciones*, Aranzadi 2015, 99 ss.

<sup>8</sup> V. Maiello, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità da reato dell'ente*, in D. Piva, *op. cit.*, 633.

<sup>9</sup> Senza pretesa di esaustività, nella letteratura straniera, M. Power, *The risk-management of everything. Rethinking the politics of uncertainty*, Londra 2004, 13 ss.; G. Miller, *Compliance: Past, present and future*, in *U. Tol L. Rev.* 2017, 446; nella dottrina italiana, M. Colacurci, *L'illecito «riparato» dell'ente: uno studio sulle funzioni della compliance penalistica nel d.lgs. 231/2001*, Torino 2022, 75; M. Giorgino, L. Pozza, *Compliance e rischi aziendali*, in *La corporate governance: una nuova frontiera per il diritto?*, a cura di G. Rossi, Milano 2017, 103 ss.; S. Corbella, L. Pozza, *Modello 231 e sistema di controllo interno: aree di sovrapposizione e profili di differenziazione. Implicazioni in termini di costi e benefici sull'assetto degli organi di controllo e vigilanza*, in *La responsabilità penale degli enti. Dieci proposte di riforma*, a cura di F. Centonze, M. Mantovani, Bologna 2016, 52 ss.

<sup>10</sup> A. Sereni, *La colpa di organizzazione nella responsabilità dell'ente da reato. Profili generali*, in D. Piva, *op. cit.*, 74; Id., *Colpa e cooperazione investigativa nella responsabilità dell'ente da reato. Un confronto tra ordinamenti nella prospettiva della globalizzazione*, in *RTrimDPenEc* 2018, 634 ss.; per una ricostruzione di questa tendenza nell'ambito del *common law*, v. J. Arlen, *L'applicazione della legge penal-societaria negli Stati Uniti: l'uso delle transazioni per trasformare imprese potenzialmente criminali in tutori dell'ordine*, in *RTrimDPenEc* 2018, 1 ss.; sull'argomento, con riferimento alla collaborazione delle *corporations* nelle investigazioni, N. Bourtin, A. Houle, *Investigazioni interne: uno sguardo all'esperienza americana*, in F. Centonze, M. Mantovani, *op. cit.*, 199 ss.

<sup>11</sup> P. Oliver, *Companies and Their Fundamental Rights: A Comparative Perspective*, *ICLQ* 2015, 663; M. Emberland, *The Human Rights of Companies*, Oxford 2006, 27, che sottolinea come già il riferimento linguistico nella Convenzione Europea alle libertà fondamentali consenta di ricomprendere nel sistema convenzionale di tutela anche gli enti collettivi; V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino 2018, in particolare 50 e 435.

<sup>12</sup> M. K. Addo, *The Corporation as a Victim of Human Rights Violations*, in AA. VV., *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, a cura di M. K. Addo, Alphen aan den Rijn, 1999, 187; nella letteratura italiana, *ex multis*, N. Mazzacupa, *L'ente premiato*, Torino 2020, 104; A. Fiorella, N. Selvaggi,

della persona giuridica, con sanzioni afflittive e dissuasive a carattere penale o para-penale, tanto più si impone il carattere personale della responsabilità<sup>13</sup>. Invero, la *compliance* penale, in virtù del suo carattere procedurale e di un principio di relatività storica, implica un continuo processo di aggiornamento, che non può neutralizzare ogni rischio prevedibile.

La costruzione dei modelli organizzativi è ulteriormente complicata dall'estensione oggi assunta dalle stesse organizzazioni produttive, con la dislocazione di filiali, stabilimenti produttivi o direttamente con attività c.d. *cross border*, non dotate di autonomia organizzativa e decisionale rispetto all'ente principale, fino a creare delle vere e proprie catene di fornitura globali<sup>14</sup>. Se in origine il principale orizzonte di riferimento della responsabilità degli enti erano le imprese nazionali, una mappatura dei rischi penali<sup>15</sup> in cui oggi incorrono le società multinazionali assume proporzioni inimmaginabili, rendendo insufficiente un *enforcement* limitato alle realtà nazionali<sup>16</sup>.

Sotto tale profilo, da tempo la dottrina riscontra una trasformazione della relazione tra territorio e sovranità, tra territorio e diritto, con la necessità di un assetto di governo degli spazi diverso da quello tradizionale<sup>17</sup>. La realtà odierna esaspera la crisi regolatoria delle leggi nazionali e

---

*Dall'utile al giusto: il futuro dell'ente da reato nello «spazio globale»*, Torino 2018, 37 ss. e 77; F. Falsetta Spina, *La responsabilità degli enti per crimini internazionali*, in AA.VV., *Diritto penale dell'economia*, diretto da A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa, Milano 2016, 2821 ss.

<sup>13</sup> N. Mazzacuva, *op. cit.*, 106; A. Fiorella, N. Selvaggi, *op. cit.*, 177 ss.; una riflessione sulla costruzione di un'autonoma capacità penale degli enti si deve, in particolare, a G. Ruggiero, *Capacità penale e responsabilità degli enti. Una rivisitazione della teoria dei soggetti del diritto penale*, Torino 2004, 157 ss e 287 ss.

<sup>14</sup> In modo particolare, v. il contributo di S. Manacorda, *The "dilemma" of criminal compliance for multinational enterprises in a fragmented legal world*, in S. Manacorda, F. Centonze (a cura di), *Corporate compliance on a global scale: legitimacy and effectiveness*, Milano 2021, 67 ss.; F. Galgano, *L'impresa transnazionale e i diritti nazionali*, in *RTrim DPrCiv.* 2005, 51; E. Scaroina, *Verso una responsabilizzazione del gruppo di imprese multinazionale?* in *DPenCont.* 2018, 6, definisce le società multinazionali come una realtà dinamica, osservando l'attitudine del gruppo ad "esporta[re] diritto (il suo e quello del Paese in cui il suo centro decisionale ha sede) armonizzandolo, ove possibile, con quello delle giurisdizioni in cui opera".

<sup>15</sup> Come osservato da G. Marinucci, *La responsabilità penale delle persone giuridiche. Uno schizzo storico-dogmatico*, in *RIDPP* 2007, 447, «le più diverse forme di attività imprenditoriali generano patologie su scala internazionale, esponendo a pericolo o ledendo beni individuali, collettivi, istituzionali, spesso con vittimizzazione di massa». Un'analisi di questi aspetti si deve a S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *RIDPP*, 2012, 91-92 ss.

<sup>16</sup> La dottrina evidenzia come globalizzazione economica e criminalità *cross-border* siano due aspetti fisiologici e patologici della medesima realtà. Di un inedito «totalitarismo societario», il cui principale risvolto nocivo è proprio la diffusione del *corporate crime* transnazionale, parla E. R. Zaffaroni, *La critica en tiempos de totalitarismo corporativo*, in *RevNCrPen*, 2019, 4 ss.; per un approfondimento del tema, Cfr. Aa.Vv., *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, *Atti del 3° Convegno internazionale* (Lucca, 24-25 maggio 2002), Milano, 2005; J. Braithwaite, *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, Londra 1984, 369; M. Delmas-Marty, K. Tiedemann, *La criminalité, le droit pénal et les multinationales*, in *LSem.Jur.* 1979, 2935; per una ricostruzione della questione di una *compliance* globale, cfr. su tutti il fondamentale contributo di S. Manacorda, *Corporate compliance on a global scale: legitimacy and effectiveness*, Springer, Berlin, 2021, 67 ss. che evidenzia le difficoltà di un orientamento normativo per le imprese; M. Di Martino, *op.cit.*, 191 ss., per un tentativo di declinare i principi della colpa specifica, individuale o organizzativa e le regole cautelari su scala globale; C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, rischio-reato e responsabilità ex crimine delle multinazionali*, 2020, 152, che richiama alla necessità di colmare l'attuale vuoto regolatorio tramite il riferimento a parametri normativi, fonti, linee guida, *soft law* e *standard* consolidati a livello internazionale; G. Di Vetta, *Sub art. 4*, in D. Castronovo, G. De Simone, E. Ginevra, A. Lionzo, D. Negri, G. Varraso, *Compliance. Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano 2019;

<sup>17</sup> Tra i tanti contributi, cfr. in particolare, C. Schmitt, *Staat, Großraum, Nomos*, Berlin 1995, 108 ss.; A. Kumar Sen, *L'idea di giustizia*, Milano 2009; A. Di Martino, *Il territorio: dallo stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello stato costituzionale aperto*, Milano 2010, 74 ss.



lo sforzo di adeguamento degli enti, con un'accentuazione del ruolo delle Corti<sup>18</sup>; ma parallelamente ha incentivato la criminalità economica ad una vera e propria corsa alla legge nazionale più favorevole<sup>19</sup>. Questi fattori portano al superamento di un approccio territoriale di regolazione delle attività economiche e dei moduli di giurisdizione di un diritto penale domestico<sup>20</sup>.

Nella normativa italiana, la tenuta del D.lgs. 231/2001 è messa a dura prova non soltanto dal *deficit* di determinatezza della disciplina dei modelli organizzativi agli artt. 6 e 7<sup>21</sup>, ma anche dalla laconica regolamentazione dell'efficacia spaziale delle norme ivi contenute<sup>22</sup>, fattori che impattano negativamente sulla prevedibilità dei rischi penali in cui incorrono le imprese<sup>23</sup>.

Ecco perché una delle strategie adottate è consistita nella dilatazione spaziale del raggio applicativo delle leggi penali<sup>24</sup>. Guardando alle interpretazioni sostenute dalla Corte di Cassazione, un primo problema è rappresentato dall'emersione di criteri personalistici sempre più sfumati<sup>25</sup>, che nel contesto dei gruppi societari condizionano la stessa dinamica imputativa

<sup>18</sup> G. Di Vetta, *Il giudice border guard nei «grandi spazi»: prospettive critiche intorno alla responsabilità degli enti*,

in *GPW*, 2021/1-bis; Sul tema della globalizzazione v. M. R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, e F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna 2005; nella dottrina straniera, v. in particolare, T. Levitt, *The Globalization of Markets*, in *HBR* 1983, 92 ss., il quale legge il fenomeno come una deterritorializzazione e de-nazionalizzazione del capitale e dei mercati, C.D. Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control*, New York 2002, 6 ss.; G. Barak, *Unchecked corporate power. Why the Crimes of Multinational Corporations are routinized away and what we can do about it*, Londra 2017;

<sup>19</sup> A. Bassi, T. Epidendio, *Enti e responsabilità da reato: accertamenti, sanzioni e misure cautelari*, Milano 2006, 87-88; Un approfondimento di tali aspetti si deve anche a E. Stampacchia, *La responsabilità «amministrativa» degli enti con sede all'estero*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 4 ottobre 2013, 1 ss. e a A. Crepaldi, *Globalizzazione dell'economia ed evoluzione della spazialità nel diritto penale: gruppi multinazionali e D.lgs. 231/2001*, in *DirPenGlob* 2023, 35.

<sup>20</sup> S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *RIDPP* 2012, 93; C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia*, cit., 154.

<sup>21</sup> Su tutte, Cass., 18.12.2013, n. 4677, P.G. in *proc. Impregilo S.p.A.*, Rv. 257988.

<sup>22</sup> Il legame intercorrente tra superamento della dimensione meramente nazionale del contrasto ai reati e genesi della responsabilità da reato degli enti è sottolineato in dottrina, da S. Manacorda, *Limiti spaziali della responsabilità degli enti e criteri di imputazione*, in *RIDPP* 2012, 93; O. Di Giovine, *Lineamenti sostanziali del nuovo illecito punitivo*, in *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di G. Lattanzi, Milano 2010, 68; A. Scarcella, *La c.d. «internazionalizzazione» della responsabilità da reato degli enti*, in *Riv. Resp. Amm. Enti* 2014, 35; F. Tripodi, *Il diritto penale degli enti nello spazio; deantropomorfizzazione e globalizzazione a confronto*, in *AP*, 2019.

Tra i numerosi incontri di studio sul tema, si segnalano soprattutto due convegni organizzati grazie al gruppo di ricerca di Giustizia Penale dell'Istituto *Dirpolis* (Diritto, Politica e Sviluppo) della Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, il primo tenutosi il 18 giugno 2021, dal titolo "*La responsabilità degli Enti nello spazio Transnazionale*", e il secondo organizzato dalla Scuola in collaborazione con l'*ODCEC* di Milano e la Fondazione *ODCEC* di Milano intitolato "*La responsabilità amministrativa degli enti nella dimensione transnazionale. La compliance ex d.lgs. n. 231/2001 tra obbligo e opportunità*" e svoltosi il 23 febbraio 2024.

<sup>23</sup> A. Gullo, *op. cit.*, 267; G. Lattanzi, P. Severino, *Prevenzione e repressione della criminalità economica e responsabilità delle persone giuridiche*, in *Responsabilità da reato degli enti*, cit., XVI; R. Sabia, *Responsabilità da reato degli enti e paradigmi di validazione dei modelli organizzativi*, Torino 2022, 99 ss.; T. Epidendio, *Collaborazione dell'ente e alternative al processo*, in *Resp. Amm. Soc. Enti* 2018, 147.

<sup>24</sup> Sul tema dell'efficacia spaziale della legge penale e la ricostruzione delle norme di diritto penale transnazionale quali limiti alla giurisdizione extraterritoriale dello Stato, resta essenziale A. Di Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di «diritto penale transnazionale»*, Torino 2006, *passim*.

<sup>25</sup> In generale, sulla sconfinatezza delle nuove modalità di diritto nell'assetto giuridico globale, v. M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma 2006, *passim*; di *unbound jurisdiction* discorre V. Mongillo, *Criminalità di impresa transfrontaliera e giurisdizione penale «sconfinata»*, cit., 120; per un'analisi della questione dell'efficacia spaziale del D.lgs. 231/2001, si veda anche A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, *op. cit.*, 180 ss.

dell'illecito dell'ente, con la risalita della responsabilità dalle società controllate alla *holding*<sup>26</sup>. Un secondo profilo parimenti spinoso risiede nella necessità di ricalibrare la nozione di *compliance*, venendo in rilievo anche l'interesse degli operatori economici, impegnati a conformare il proprio statuto organizzativo alle istanze di prevenzione del rischio da reato<sup>27</sup>. Un contributo positivo in questo sforzo di adeguamento può essere giocato dalla costruzione di un quadro giuridico internazionale più armonizzato.

2. Il D.lgs. 231/2001 disciplina all'art. 4 il tema dell'efficacia spaziale, e in particolare l'ipotesi di commissione all'estero di un reato, nell'interesse o vantaggio dell'ente con sede in Italia, da parte dei soggetti in posizione apicale o subordinata di cui agli artt. 5 e 6 del medesimo testo, prevedendo la responsabilità dell'ente stesso se il reato rientri fra le fattispecie presupposto, che ricorrano i casi e i limiti, di cui agli artt. 7 e 10 c.p., in cui sussiste la giurisdizione italiana secondo le norme del diritto penale transnazionale, e che l'ente abbia la sede principale sul territorio dello Stato.

L'art. 4 si riferisce ai reati commessi integralmente all'estero, ma nulla dice per la fattispecie inversa, in cui il reato sia commesso in Italia, ma nell'interesse o vantaggio di una persona giuridica straniera o con sede principale all'estero, a differenza di altri paesi europei, come la Germania, ove è prevista espressamente l'applicazione della legge tedesca alle sole ipotesi di illeciti commessi dagli enti nel territorio dello Stato<sup>28</sup>.

Stante l'assenza di previsioni in merito, ci si è chiesti se sia possibile estendere la giurisdizione italiana, quesito a cui la giurisprudenza più recente ha fornito una risposta positiva, ancorché non immune da criticità.

2.1. Sulla base delle norme del D.lgs. 231/2001, la giurisprudenza afferma la giurisdizione italiana anche per i reati commessi in territorio italiano dalle società multinazionali. Nel 2020, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione ha chiarito che l'art. 1, nel definire l'ambito applicativo del D.lgs. 231/2001, non prevede alcuna distinzione fra gli enti aventi sede in Italia e quelli con sede all'estero<sup>29</sup>. Inoltre, la responsabilità dell'ente, sia pure autonoma, è derivata dal reato, sicché la giurisdizione va apprezzata rispetto al reato-presupposto, a nulla rilevando il realizzarsi all'estero della colpa di organizzazione. Si sottolinea, ancora, che l'art. 36 del decreto affida la competenza a conoscere degli illeciti da reato al giudice penale competente per il reato presupposto e che l'art. 38 esprime un *favor* per il *simultaneus processus*; che la giurisdizione vada apprezzata con riferimento al reato presupposto sarebbe confermato anche dal disposto dell'art. 4 D.lgs. 231/2001 che, nel disciplinare la situazione opposta in cui il reato presupposto è commesso all'estero nell'interesse di un ente avente la sede principale in Italia, assoggetta l'ente alla giurisdizione nazionale nei casi e alle condizioni previste dagli artt. 7, 8, 9 e 10 c.p., realizzando una parificazione con la persona fisica e salvo il limite del *ne bis in idem* internazionale.

Soprattutto, ai fini della procedibilità dell'illecito da reato sarebbe del tutto irrilevante la nazionalità dell'ente, non essendovi ragione alcuna per assoggettare quest'ultimo ad un regime speciale rispetto alle persone fisiche, sì da sfuggire ai principi di obbligatorietà e territorialità

<sup>26</sup> R. Crepaldi, *op. cit.*, 34.

<sup>27</sup> S. Manacorda, *op. cit.*, 69.

<sup>28</sup> Cfr. il § 50 OWiG.

<sup>29</sup> Cass., 7.4.2020, n. 11626., in *www.sistemapenale.it*, 6.05.2020, con nota di G. Principato, G. Cassinari, *La (imperfetta)sovrapposibilità della giurisdizione per le persone fisiche e per gli enti stranieri: riflessioni a margine di una sentenza della Cassazione sull'art. 4 d.lgs. 231/2001*. Una ricostruzione dell'iter logico-giuridico seguito dalla Corte si deve, tra gli altri, a A. Galanti, *op. cit.*, 389 ss. e A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, *cit.*, 205;

della legge penale. Infine, escludere la giurisdizione italiana realizzerebbe una disparità di trattamento fra la persona fisica straniera, pacificamente soggetta alla legge penale per i reati commessi in Italia, e la persona giuridica straniera, in caso di reato presupposto ivi commesso.

Sulla stessa linea, la Quarta Sezione della Corte ha sostenuto come non osti alla sottoposizione degli enti stranieri al D.lgs. 231/2001 la mancanza di una previsione espressa analoga all'art. 4<sup>30</sup>. Questo silenzio del legislatore non potrebbe comportare la conclusione di applicare la responsabilità degli enti solo nelle ipotesi considerate dall'art. 4, in quanto la giurisdizione deriva direttamente dall'art. 36 D.lgs. 231/2001 che stabilisce il nesso di dipendenza con il reato presupposto<sup>31</sup>. Proprio il citato art. 4, espressione del principio di universalità, confermerebbe come il decreto non intenda limitare la giurisdizione nazionale, ma garantirne la massima espansione per evitare elusioni della normativa interna, reprimendo sia gli illeciti della società con sede principale in Italia quando il reato presupposto è commesso all'estero, sia gli illeciti amministrativi connessi a reati commessi in Italia ma imputabili a società straniere.

In definitiva, l'ente dovrebbe rispondere a prescindere dal luogo dove si trova la sua sede principale o dove esplica in via preminente la propria attività, qualora il reato presupposto sia stato commesso in Italia o debba ritenersi comunque sussistente la giurisdizione nazionale anche in caso di reato commesso all'estero, al ricorrere dei presupposti di cui agli artt. 5 ss. D.lgs. 231/2001. Non rilevarebbe dunque che il centro decisionale dell'ente e la lacuna organizzativa si trovino all'estero.

Quanto alla rilevanza da riconoscere alla c.d. colpa di organizzazione, secondo i giudici di legittimità questo requisito va inteso in senso normativo e quindi sussiste in caso di inottemperanza da parte dell'ente dell'obbligo di adottare le cautele organizzative necessarie a prevenire la commissione dei reati elencati nel catalogo 231, senza che la conformità alle prescrizioni del decreto possa essere garantita solo con l'adozione di un modello organizzativo ex artt. 6 e 7 d.lgs. 231/2001<sup>32</sup>.

È così possibile per le società estere un rimprovero per mancato rispetto di regole cautelari di portata assolutamente generale, per la loro efficacia preventiva e a prescindere dal recepimento in specifici modelli organizzativi<sup>33</sup>. La Cassazione utilizza il concetto di fattispecie territorialmente limitate, che contengono limiti precettivi che le rendono incompatibili con una loro consumazione all'estero, escludendone tuttavia l'applicabilità nel caso di specie. L'assenza di un modello sagomato sulla legislazione nazionale non implica di per sé la sussistenza della colpa di organizzazione, purché l'ente straniero dimostri di aver attuato un'organizzazione diligente.

Questa ricostruzione è stata apprezzata da chi ha osservato che l'aver superato la necessaria sovrapposizione tra mancata adozione del modello e colpa di organizzazione ha consentito anche agli enti stranieri di dimostrare la sussistenza di cause di esonero della responsabilità, in

<sup>30</sup> Cass., 6.9.2021, n. 32899, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 9.11.2021, con nota di S. Brambilla, *Disastro ferroviario di Viareggio: le motivazioni della sentenza di Cassazione*.

<sup>31</sup> Sulle diverse tesi giurisprudenziali, cfr. C. Santoriello, *op. cit.*, 160 ss.

<sup>32</sup> In questo senso, in dottrina, v. M. Scoletta, *La disciplina delle responsabilità da reato degli enti collettivi: teoria e prassi giurisprudenziale*, in *Diritto penale delle società. Accertamento della responsabilità individuale e processo alla persona giuridica*, a cura di G. Canzio, L. G. Cerqua, L. Luparia, Padova 2016, 867, secondo cui l'adozione e implementazione del modello organizzativo non costituisce l'unica modalità di adempimento dell'obbligo di vigilanza, essendo possibile assolvere la *societas* che abbia correttamente adempiuto agli obblighi di vigilanza con controlli vigenti ma non formalizzati nei modelli 231. In giurisprudenza, nella stessa direzione si esprime Cass., Sez. IV, 9 dicembre 2019, n. 49775. In senso critico, invece, opina G. Garofalo, *Dalla "culpa in vigilando" alla «colpa di organizzazione» e ritorno: corsi e ricorsi nella giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità ex crimine dell'ente*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 6 giugno 2020.

<sup>33</sup> C. Santoriello, *op. cit.*, 173.

presenza di assetti organizzativi dotati di analoga capacità preventiva, richiedendo che il giudice valuti tale profilo sulla base delle regole e principi dettati nella *home country* in tema di *compliance*<sup>34</sup>.

2.2. Le conclusioni cui è pervenuta la giurisprudenza sono state criticate da una parte della dottrina<sup>35</sup>.

Nella specie si è giudicata aprioristica l'equiparazione fra disciplina penale ed extrapenale, e l'implicito presupposto della natura penale della responsabilità per affermare la giurisdizione territoriale, osservandosi che gli automatismi che legano reato e illecito punitivo non escludono il riconoscimento del carattere derivato della responsabilità. Sulla corrispondenza automatica tra reato ed illecito dell'ente si rileva che non vi è una diretta responsabilità dell'ente per il reato nel nostro ordinamento<sup>36</sup>.

Quanto all'argomento secondo il quale l'irrilevanza del luogo ove si realizza la colpa organizzativa sarebbe dimostrata dalla regola secondo cui procede il giudice del luogo del commesso reato, si è obiettato che la norma di riferimento è pur sempre una norma sulla competenza, ma non sulla giurisdizione<sup>37</sup>. Inoltre, si rileva come la responsabilità degli enti stranieri non ponga un problema di giurisdizione, quanto di identificazione dei destinatari della disciplina e dei presupposti sostanziali della responsabilità. A tal fine, è necessario risolvere il problema dell'ambito spaziale di vigenza e obbligatorietà del diritto punitivo degli enti in presenza di elementi di estraneità. Secondo parte della dottrina, la soluzione affermata dalla giurisprudenza non consentirebbe di affermare il carattere extraterritoriale della normativa in esame<sup>38</sup>.

La tesi contraria alla responsabilità degli enti stranieri si fonda in particolare sul rilievo che l'istituto non può assumere una pretesa di universalità senza un radicamento territoriale. L'illecito dell'ente è invero autonomo rispetto a quello della persona fisica; a quest'ultima si contesta la violazione della legge penale, mentre per il primo rileva un disordine organizzativo. In tal senso, quest'ultimo non è autore del reato, ma della fattispecie complessa di responsabilità, della quale il reato costituisce solo un frammento. Sicchè il *locus commissi delicti* non potrà essere *sic et simpliciter* radicato nel luogo di commissione di quest'ultimo: atteso, infatti, che l'omissione organizzativa svolge un ruolo primario nella dinamica dell'illecito dell'ente, è chiaro che questo potrà dirsi commesso solo nel luogo in cui la lacuna si è di fatto realizzata ossia la sede del *board* della società<sup>39</sup>. Se così è, la colpa che la sorregge deve realizzarsi necessariamente in Italia, per essere in tale paese la sede decisionale.

<sup>34</sup> N. Gianaria, M. Sarno, *Onori ed oneri degli enti stranieri operanti in Italia: la Cassazione di Viareggio conferma l'assoggettabilità delle società estere alla responsabilità "231" in caso di reato presupposto commesso sul territorio nazionale*, in *Riv. Resp. Amm. Enti* 2021, 257; C. Santoriello, *op. cit.*, 177; L. Bassi, M. Morelli, *Società straniera e... responsabilità italiana: la valutazione «in concreto» del sistema di compliance*, in *Riv. Resp. Amm. Enti* 2020, 145.

<sup>35</sup> A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, *cit.*, 206 ss.; T. Padovani, *La disciplina italiana della responsabilità degli enti nello spazio transnazionale*, in *RIDPP* 2021, 409; C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia cit.*, 166-167.

<sup>36</sup> A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, *cit.*, 207.

<sup>37</sup> A. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, cit.*, 162.

<sup>38</sup> T. Padovani, *op. cit.*, 420.

<sup>39</sup> A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, *cit.*, 208; E. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *CP* 2005, 320; G. Paolozzi, *Vademecum per gli enti sotto processo*, Torino 2006, 87; O. Di Giovine, *op. cit.*, 68; E. Napoletano, E. Massignani, *La responsabilità amministrativa della società straniera per reati consumati in territorio italiano di un soggetto apicale nel suo interesse*, in *GPW* 2020; D. Fondaroli, *La responsabilità dell'ente straniero per il reato presupposto commesso in Italia*, in *Riv. Resp. Amm. Enti* 2014, 49; S. Manacorda, *Le frontiere del societ*

Corrispondentemente, se le criticità organizzative interessino un ente con sede all'estero, l'illecito dovrà considerarsi commesso in uno Stato straniero. Diversamente opinando, si sostiene, si assoggetterebbero gli enti stranieri alla legge italiana in assenza di un fondamento legale. Ciò risulterebbe iniquo qualora l'ordinamento di origine della società non richieda l'adozione di modelli organizzativi o non disciplini in modo analogo la materia, perché si punirebbe l'ente che non si è conformato ai criteri della legge italiana che non sono tuttavia richiesti nella *home country*, ovvero aggravando un'impresa di oneri eccessivi di *compliance* per operare nel nostro paese<sup>40</sup>.

Inoltre, secondo la tesi *de qua* un elemento scarsamente valorizzato dalla Cassazione è la condotta di esercizio dell'attività di impresa, menzionato dal D.lgs. 231/2001 all'art. 6, comma 2, che collega l'impresa al territorio, ancor più dei modelli organizzativi, anche nel caso in cui sia condotta da un ente straniero<sup>41</sup>. A tal fine, dovrebbe farsi riferimento all'art. 25 della l. 218/1995, per il quale le società e gli enti, così come le modalità di funzionamento e la responsabilità per le obbligazioni e le conseguenze delle violazioni della legge, sono disciplinati dalla legge dello Stato di costituzione.

Si osserva come tra le conseguenze della violazione della legge rientri la responsabilità di cui al D.lgs. 231<sup>42</sup>; tutto lo *status societatis*, compresa la responsabilità per le violazioni di legge, deve ritenersi regolato dalla legge dello Stato di registrazione, sicché l'ente straniero non sarebbe tenuto ad adottare i modelli organizzativi se non quando la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'attività siano in Italia<sup>43</sup>.

Fuori da queste ipotesi, l'ente straniero dovrebbe essere regolato, quanto agli aspetti organizzativi ed alla responsabilità, dalla legge straniera. La tesi accolta dalla Cassazione è apparsa oltremodo rigida nella parte in cui non consente di considerare l'adozione di sistemi prevenzionistici di pari efficacia, ma non conformi a quello indicato<sup>44</sup>. Si ritiene eccessivamente gravoso per un'impresa prevedere una struttura organizzativa apposita per il semplice fatto di entrare nel mercato giuridico italiano: l'aspetto più problematico risiederebbe nella previsione dell'onere di adozione di specifici modelli senza consentire alle imprese straniere di dimostrare che organizzazioni diverse, ma altrettanto efficaci, sono state attuate.

Fermo quanto affermato sulla sede principale, è possibile che l'attività costituente elemento della fattispecie di responsabilità non corrisponda necessariamente all'oggetto principale dell'ente, ma rappresenti un'attività nel cui contesto si è realizzato il reato. Rimane centrale definire questa attività; in secondo luogo, potendo sussistere la responsabilità e la giurisdizione sull'ente anche laddove la struttura sia regolata dalla legge straniera, devono rintracciarsi per il giudice parametri di valutazione dell'idoneità organizzativa. Per definire questa attività svolta sul territorio nazionale, parte della dottrina suggerisce, sulla scorta di quanto avviene nei paesi di *Common Law*, l'enucleazione di cc.dd. *indici di operatività economica*, tali da consentire di muovere un rimprovero per colpa di organizzazione soltanto a quegli enti che

---

delinquere non potest. *Limiti all'applicazione nello spazio della legge italiana sulla responsabilità collettivi*, in F. Centonze, M. Mantovani (a cura di), *op. cit.*, 175.

<sup>40</sup> Perplessità in tal senso sono espresse anche da L. Pistorelli, *Profili problematici della "responsabilità internazionale" degli enti per i reati commessi nel loro interesse o vantaggio*, in *Resp. Amm. Soc. Enti* 2011, 13.

<sup>41</sup> Sui rapporti fra responsabilità dell'individuo e dell'ente, cfr. V. Mongillo, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, *cit.*, 467 ss.

<sup>42</sup> T. Padovani, *op. cit.*, 416.

<sup>43</sup> F. Pernazza, *I modelli di organizzazione ex D.lgs. n. 231/2001 e le società estere: il caso Siemens AG*, in *Le Soc.*, 2004, 1288.

<sup>44</sup> A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, *cit.*, 209; per una considerazione più risalente circa la necessità di valorizzare l'adozione di altri strumenti rispetto ai modelli organizzativi, v. A. Alessandri, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *RIDPP* 2005, 559.

sviluppano in Italia un solido legame di operatività territoriale, pur avendo all'estero la sede principale<sup>45</sup>.

Si fa riferimento, in particolare, al criterio del “*doing business*” previsto nel Regno Unito dal già citato *Bribery Act* del 2010, applicabili per le società già strutturate come gruppi multinazionali. Essi possono essere utili anche se non decisivi, posto che la giurisprudenza riconosce pacificamente l'autonomia, ai fini della responsabilità, della controllata italiana rispetto ad una *holding* con sede all'estero, laddove, per le società estere operanti in Italia con soli stabilimenti produttivi, alcune pronunce ascrivono l'illecito per il generico fatto dell'*operatività* in Italia, sovrapponendo il *locus* di commissione dell'illecito 231 con quello del *locus commissi delicti*, a prescindere dal luogo in cui si è verificata la lacuna organizzativa. Può farsi riferimento, inoltre, all'ordinamento statunitense, dove la giurisprudenza più risalente aveva sostenuto il criterio del *minimum contact standards*<sup>46</sup>. Nelle prime pronunce si affermava che «*the appointment of a process is consent to general jurisdiction*», ritenendo che il presupposto perché un ente fosse convenuto in uno Stato fosse l'esercizio di un'attività economica in quell'ordinamento.

Al descritto criterio del “*doing business*” le Corti hanno recentemente affiancato quello dei “contatti continui e sistematici” con l'ordinamento che si arroga la giurisdizione<sup>47</sup>. Questo stesso criterio non sembra essere peraltro valido quando venga commesso un reato sul territorio nazionale, che di per sé solo sarebbe sufficiente per incardinare la giurisdizione. Appare in definitiva opportuna una codificazione degli elementi sintomatici di operatività, in linea con le modalità tipiche di svolgimento dell'attività di impresa, mediante i quali accertare l'avvenuta instaurazione di un significativo collegamento della società straniera con il territorio tale da giustificare l'applicabilità del D. Lgs. 231/2001. In assenza di un'espressa disciplina del legislatore, la configurazione di una responsabilità e di una *compliance* per l'impresa che entra nel mercato italiano rimane di fatto affidata alla valutazione giurisprudenziale.

L'intensificazione della componente normativa della spazialità ha esaltato il ruolo delle Corti nell'individuazione della portata del diritto interno, estendendo o restringendo di volta in volta il confine funzionale della territorialità<sup>48</sup>, sino a vere e proprie scelte di politica criminale per reagire ai vuoti di tutela creati dalla globalizzazione<sup>49</sup>. Tuttavia, l'applicazione extraterritoriale della giurisdizione richiederebbe un'espressa base legale riconosciuta nelle fonti internazionali e un esercizio ragionevole, per scongiurare interferenze “*in the domestic affairs of another*”

<sup>45</sup> Di Vetta, *Il giudice border guard nei «grandi spazi»*, cit. 22.

<sup>46</sup> Tra le prime pronunce della giurisprudenza nordamericana, Corte Suprema, spec. *Pennyoyer v. Neff*, 95 U.S. 714 [1877]; *Pennsylvania Fire Insurance Co. v. Gold Issue Mining & Milling Co.*, in 243 U.S. 93 (1917); *United States v. American Bell Tel CO.* 29 Fed Rep. 17, 34-35 [1886]; *Railroad Co. v. Koontz*, 104, U.S., 5 [1881]; per un commento a questa giurisprudenza, D. J. Homsey, *Criminal jurisdiction over Foreign Corporations: The Application of a Minimum Contacts Theory*, in *SDL.Rev* 1980, 429; P. Riou, *General Jurisdiction over Foreign Corporations: All that Glitters is not Gold Issue Mining*, in *RevLit.*1995, 741; E. Q. Keasbey, *Jurisdiction over foreign Corporations*, in *HarLRev.* 1898, 1.

<sup>47</sup> Nella giurisprudenza americana recente, v. *Goodyear Dunlop Tires Operations, SA v. Brown*, 131 SC 2846, 2011, in *Am. J. Int'l L.* 2011, con commento di M. H. Hoffheimer, *General Personal Jurisdiction After Goodyear Dunlop Tires Operations, SA v. Brown*, in *U. KLRev.* 2012, 549; un indirizzo più restrittivo è giunto dalla Corte Suprema nel caso *Daimler AG v. Bauman*, in SC 2014, 746; su questa pronuncia, N. D'Angelo, *Emerging From Daimler's Shadow: Registration Statutes as a Means to General Jurisdiction Over Foreign Corporations*, in *StJL.Rev.* 2017, 211.

<sup>48</sup> U. Kohl, *Territoriality and Globalization*, in D. Allen, D. Costelloe, M. Fitzmaurice, P. Gragl, E. Guntrip, *The Oxford Handbook of Jurisdiction International Law*, Oxford 2019, 307, che aggiunge: “[...] it is judges who create and recreate the territorial state in befitting way”.

<sup>49</sup> G. Di Vetta, *op. cit.*, 13; J. Allard, A. Garapon, *Les juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Parigi 2005, 23 ss., i quali parlano di un'emergente «società delle corti».

*State*<sup>50</sup>. L'indirizzo accolto dalla giurisprudenza rischia di violare i principi di legalità e colpevolezza, con riferimento alla prevedibilità e riconoscibilità della materia del divieto, con un possibile *vulnus* del diritto di difesa e dell'esercizio della libera iniziativa economica<sup>51</sup>. Salvo che si ritenga il silenzio sul punto rientrante nella discrezionalità del legislatore, l'assenza di una disciplina espressa dei casi di *conflict of laws* conduce a dubitare della lettura extraterritoriale, sollecitando un intervento che rimedi alla lacuna presente nella disciplina del D. Lgs. 231/2001<sup>52</sup>.

2.3. Un profilo non ancora consolidato riguarda i parametri di giudizio della valutazione di idoneità della *compliance* adottata dall'ente straniero<sup>53</sup>. Sul punto, diverse pronunce della giurisprudenza propongono un giudizio di equivalenza funzionale, per cui l'ente potrebbe appellarsi al «rispetto della *compliance* preventiva del suo paese, sia essa eteronormata che spontaneamente autonormata»<sup>54</sup>.

In tale prospettiva, la società con sede all'estero che operi in Italia potrebbe esimersi da responsabilità qualora rispetti comunque i requisiti di *compliance* preventiva stabiliti nel paese dove ha la sede, incardinando ed implementando funzioni di controllo interno sull'adeguatezza ed effettività della prevenzione. Il correttivo che si propone consentirebbe di garantire agli enti stranieri almeno le medesime *chances* di esonero da responsabilità prospettate per gli enti con sede principale nel territorio nazionale ed evitando le indebite restrizioni alla ridetta libertà di stabilimento prodotte dalla *formale facoltatività* ma *sostanziale obbligatorietà* dei modelli<sup>55</sup>. L'adozione da parte dell'ente straniero di una corretta politica preventiva ma diversa da quella prevista dagli artt. 6 e 7 del D.lgs. 231/01 non dovrebbe ritenersi, quindi, irrilevante, e ciò soprattutto atteso che il D.lgs. 231 non impone l'adozione del modello organizzativo. Questa soluzione viene ritenuta non soddisfacente da chi osserva che, a prescindere dalla mancanza di criteri oggettivi e definiti per formulare il giudizio di equivalenza, rimarrebbero indefinite le regole cautelari da seguire, che secondo la Cassazione sono riconosciute efficaci dal consesso sociale per la gestione del rischio<sup>56</sup>. Si osserva che un tale giudizio sia sostanzialmente affidato al giudice, laddove occorrerebbe una scelta legislativa volta a limitare la discrezionalità giudiziaria.

L'estensione del campo applicativo delle leggi, oltre a risultare di dubbia compatibilità con i principi fondamentali in materia penale e con la legittima sovranità di altri paesi sui propri soggetti di diritto, rischia di incoraggiare una competizione tra ordinamenti nella creazione di regimi più appetibili per le imprese, a svantaggio della libera concorrenza e della deterrenza che dovrebbe governare la materia della responsabilità da reato. La mancanza di una maggiore omogeneità dei modelli di responsabilità degli enti, oltre ad incentivare fenomeni di *forum shopping*, rende arduo per le imprese lecite orientarsi nella promozione dei programmi di *compliance*.

<sup>50</sup> C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford 2008, 21 ss.

<sup>51</sup> C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia*, cit., 164, che, con riferimento alle imprese multinazionali, propone un'interessante lettura di "un nuovo, sfaccettato rischio, che si va ad aggiungere a quelli tipicamente riconducibili all'attività economica": si tratta di un "rischio normativo (parimenti) multinazionale", che le società a respiro multinazionale devono 'sopportare', dovendosi confrontare con i sistemi normativi, ed eventuali sottosistemi, dei differenti Paesi in cui l'ente decida di operare.

<sup>52</sup> G. Di Vetta, *op.cit.*, 13; R. Crepaldi, *op. cit.*, 38.

<sup>53</sup> C. Santoriello, *op.cit.*, 178-179; M. Grotto, *La responsabilità ex D.lgs. 231/2001 degli enti stranieri*, in *RTrimDPenEc.*, 2021, 437.

<sup>54</sup> In giurisprudenza, Corte App. Firenze, 20.06.2019, n. 3733, 804 ss.; in dottrina, C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia*, cit., 167 ss.; A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, cit., 213.

<sup>55</sup> E. Stampacchia, *op. cit.*, 19.

<sup>56</sup> C. Santoriello, *ibidem*.

3. Il vero e proprio «dilemma» degli enti è quello di auto-organizzarsi rispetto ad una frammentazione dei sistemi normativi.

Ai fini della redazione del modello, si effettua un'analisi dei processi nell'ambito dei quali potrebbero essere commessi i reati presupposto della responsabilità ex D. Lgs. 231/2001. Da qui viene creata una mappatura dei rischi aziendali e vengono definite le priorità di intervento per un'adeguata costruzione del Modello, con la predisposizione di una struttura organizzativa per la gestione e controllo dell'area attinente ad alcuni rischi e la dislocazione dei garanti e dei poteri<sup>57</sup>.

All'uopo, la dottrina ha sottolineato le criticità suscitate dalla pretesa di valutare la condotta organizzativa dell'ente, sulla base di parametri legali, di natura cautelare-prevenzionistica, caratterizzati da un'attitudine precettiva circoscritta ad un ordinamento giuridico diverso da quello in cui il fatto è stato commesso<sup>58</sup>.

In dottrina vi è chi, come Di Martino, ritiene applicabili all'ente alcuni principi relativi alla colpa della persona fisica per i fatti commessi all'estero. Si ritiene più semplice muovere un rimprovero extraterritoriale a titolo di colpa generica, intesa come deviazione da un ragionevole parametro di cautela comportamentale, specie qualora si tratti di attività professionali rette da *standard* consolidati<sup>59</sup>. Tuttavia, la dimensione transnazionale accentua la difficoltà di garantire la prevedibilità dei criteri di valutazione, insieme al fatto che in alcuni settori non è possibile formulare il giudizio di colpa generica. Per la colpa specifica, si è suggerito di distinguere fra regole prevenzionistico-cautelari, il cui ambito di validità sia esclusivamente nazionale, e quelle che possono, invece, essere ritenute per loro natura fornite di validità non esclusivamente domestica<sup>60</sup>.

Qualora si tratti di parametri determinabili solo in base ad una fonte extra-penale impossibilitata a produrre effetti al di fuori del territorio dello Stato, deve concludersi per l'applicazione esclusivamente territoriale<sup>61</sup>. Qualora si tratti di parametri stranieri, essi devono essere osservati dall'agente che in quel luogo realizza la sua attività.

Trattandosi di materia extra-penale, si ritiene possibile fare riferimento alla regola operativa di diritto internazionale privato, secondo la quale l'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice, che potrebbe avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite dal Ministero della giustizia, anche con il ricorso ad esperti<sup>62</sup>. Per effettuare il giudizio di colpa sarebbe necessario valutare il carattere prevenzionistico e la conformità alla migliore scienza ed esperienza nel settore di attività, o effettuare una comparazione con le regole prevenzionistiche che dovrebbero essere osservate se l'attività fosse realizzata in Italia. Nessun problema sorgerebbe nel caso di corrispondenza

<sup>57</sup> R. Sabia, *op.cit.*, *passim*; A. Gullo, *op. cit.*, 254 ss.; C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia*, *cit.*, 156; A. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, *cit.*, 225; M. Arena, *Il modello di organizzazione intra ed extra il D.lgs. n. 231/2001*, in D. Piva (a cura di), *op. cit.*, 351 ss.; con riferimento alla materia ambientale, v. A. Agnese, *Il Modello Organizzativo per i reati ambientali*, in *Riv. 231* 2012, 231 ss.; nel diverso settore dei modelli idonei a prevenire il rischio di sfruttamento dei lavoratori lungo l'intera filiera produttiva, v. V. Mongillo, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *RTrimDPenEc* 2019, 653 ss.

<sup>58</sup> G. Di Vetta, *Sub art. 4, cit.*, § II.7, fg. 13; A. Di Martino, *op.cit.*, 191.

<sup>59</sup> N. Lacey, C. Wells, O. Quick, *Reconstructing Criminal law. Text and Materials*, Cambridge 2010, 803; in prospettiva comparatistica tra l'ordinamento tedesco e quello americano, cfr. M. Dubber, T. Hörnle, *Criminal law. A comparative approach*, Oxford 2016, spec. Capitolo 8, 223-250.

<sup>60</sup> A. Di Martino, *op. cit.*, 194

<sup>61</sup> D. Micheletti, *Delitti commessi all'estero e validità extraterritoriale della legge penale: profili sistematici e questioni interpretative*, in *Annali dell'Università di Ferrara-nuova serie* 1999, 129 ss. e spec. 136 ss.

<sup>62</sup> Art. 14 l. 218/1995.



o maggior rigore delle regole straniere; laddove, invece, queste siano difformi o meno rigorose, il giudice dovrà chiedersi se l'attività che vi si conformi possa essere ritenuta incolpevole.

Può darsi il caso che l'ordinamento del luogo dove il reato è stato commesso non consenta di individuare regole cautelari specifiche. La mancanza può essere in astratto, ovvero in concreto, nel caso in cui le regole vi siano, ma non siano congrue, residuando eventualmente in questi casi un rimprovero a titolo di colpa generica. Ma questa oscillazione fra parametri di giudizio presenta difficoltà pratiche e rischi di arbitri<sup>63</sup>.

L'ipotesi ritenuta preferibile da alcuni autori, dato il diffuso processo di standardizzazione di procedure di sicurezza internazionale, riguarda il caso di parametri stabiliti da strumenti internazionalmente riconosciuti, applicabili a specifici settori tecnologici<sup>64</sup>. A tal fine, si cita l'esempio offerto dalla vicenda processuale relativa al disastro di Viareggio, quanto alle regole tecniche relative all'esecuzione del c.d. esame non distruttivo, volto ad accertare lo stato fisico dei carri noleggiati per la circolazione ferroviaria transfrontaliera<sup>65</sup>.

Con una notevole estensione delle regole di *compliance*, queste coordinate vengono ritenute estensibili dallo studioso Di Martino anche alla colpa organizzativa, richiedendosi come unico presupposto per l'applicazione del diritto italiano che l'ente abbia la sede principale in Italia<sup>66</sup>. È stato osservato che la condotta organizzativa è adottata alla stregua della disciplina nazionale cui l'ente è tenuto a conformarsi, in ogni sua articolazione produttiva, anche se queste sono radicate all'estero, in ordinamenti in cui sono previsti oneri o obblighi prevenzionistici in capo alle imprese<sup>67</sup>. Argomentando sulla base degli effetti distorsivi che la dimensione territoriale delle regole cautelari può produrre anche sull'accertamento processuale dell'idoneità prevenzionistica del modello, ci si è chiesti se la disciplina cautelare da assumere a base del giudizio di idoneità delle cautele organizzative adottate dall'ente per lo stabilimento estero sia quella nazionale, ritenuta applicabile anche in relazione a fatti che hanno avuto luogo interamente in territorio estero, o quella del luogo di radicamento dello stabilimento produttivo estero, in cui si sono verificati la colpa e la lacuna organizzativa<sup>68</sup>.

Anche per la responsabilità dell'ente sembra necessario distinguere tra regole suscettibili di assumere efficacia esclusivamente territoriale e regole invece non suscettibili di tale limitazione spaziale. In dottrina si cita l'esempio della sicurezza sul lavoro, che nel D.lgs. 81/2008 prevede una norma per definire i criteri di giudizio sull'idoneità ed efficace attuazione di un modello di organizzazione e gestione, obbligo che non sembra soffrire di limitazioni territoriali<sup>69</sup>.

Una conferma può essere rinvenuta nel riferimento al *British Standard OHSAS 18001: 2007*, oggi sostituito dallo standard internazionale ISO 45001:2018. La disposizione interna richiede l'osservanza degli obblighi giuridici relativi al rispetto dei parametri tecnico-strutturali di legge relativi ad attrezzature, impianti, luoghi di lavoro, agenti chimici e biologici, e sembra fare

<sup>63</sup> A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, cit., 195.

<sup>64</sup> A. Di Martino, *ibidem*; Nella letteratura più risalente, sia pure in un'epoca caratterizzata da minore standardizzazione e diffusione di obblighi internazionali, U. Sieber, *Transnational Enterprises and Criminal Law: A general Analysis and Recommendations for the Future*, in K. Tiedemann, *Multinationale Unternehmen und Strafrecht*, Berlino 1978, 155 ss., rilevava che se le società osservano le disposizioni sulla tutela dell'ambiente e della sicurezza sul lavoro dei loro paesi, in assenza di standard contrari a tali normative, queste attività non possono ritenersi illecite.

<sup>65</sup> Corte App. Firenze, 20.6.2019, n. 3733.

<sup>66</sup> A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, cit., 196.

<sup>67</sup> G. Di Vetta, *Sub art. 4, cit.*, 13; M. F. Artusi, *Prospettive "231" nei gruppi di imprese: accentramento di funzioni e sedi estere*, in *Resp. Amm. Soc. enti* 2017, 106 ss.

<sup>68</sup> G. Di Vetta, *Sub art. 4, cit.*, 14.

<sup>69</sup> In particolare, G. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino 2009, spec. 206-218.

riferimento alla legge nazionale, così come per l'acquisizione di documentazioni e certificazioni obbligatorie per legge<sup>70</sup>.

Viene invece ritenuta più facilmente declinabile su scala transnazionale l'attività di valutazione dei rischi e di predisposizione delle misure di prevenzione e protezione<sup>71</sup>. Così, dovrebbero avere efficacia transnazionale gli obblighi di carattere generale, indipendenti dall'ordinamento in cui l'ente agisce, come la valutazione dei rischi e gli obblighi di formazione del personale e di informazione; per contro, manterrebbero efficacia territorialmente limitata le norme relative agli standard tecnico-strutturali, che presuppongono l'operare all'interno di un contesto nazionale, economico prima ancora che giuridico<sup>72</sup>. Peraltro, anche questi ultimi sono disciplinati da regolamentazioni di settore internazionalmente riconosciute, la cui mancata adozione ben potrebbe essere oggetto di rimprovero nei confronti dell'ente, trattandosi del richiamo operato dalla legge ad un ben preciso standard internazionale, tale da fondare una conclusione presuntiva nel senso dell'idoneità del modello.

Anche su un piano di legittimazione politico-criminale, si osserva che le attività svolte all'estero si basano su scelte economiche intenzionali riconducibili all'ente in quanto tale, ancorché veicolate, nella realtà economica e giuridica, dalle persone fisiche. Affinchè un'azienda possa delocalizzare i propri prodotti, i vertici devono adottare una strategia di sviluppo globale con diversi stadi di progressione da un livello domestico ad uno globale, fornendo un sistema informativo utile ai fini del coordinamento e controllo e focalizzando i dipendenti su specifici prodotti<sup>73</sup>. Il vero e proprio dilemma dei *manager* è la scelta tra porre l'enfasi sulla standardizzazione globale, che può aiutare a ridurre i costi di progettazione e produzione, di avvalersi di fornitori comuni, di accelerare l'introduzione dei prodotti nel mercato e di coordinare i prezzi, oppure su una strategia multidomestica, quando la progettazione del prodotto, l'assemblaggio e il *marketing* sono adattati alle specificità di ogni paese<sup>74</sup>.

Sul fronte della prevenzione, si aprono due prospettive. Vi è la possibilità di definire delle regole di *compliance* unitarie per ogni entità del gruppo, stabilendo un *common standard of compliance*. Alla prospettiva unitaria si contrappone una prospettiva frammentata, del *local standard of compliance*, dell'adeguamento organizzativo riservato ad ogni componente del gruppo. Nel raggiungimento di un ottimale compromesso, un'indicazione deriva dalla definizione dottrinale dei limiti esterni della *compliance*, i cui due poli estremi sono rappresentati dalla *cosmetic compliance*, di mera facciata o *undercompliance*<sup>75</sup>, e da quello dell'*over compliance*<sup>76</sup>. La prima comporta una semplificazione ai fini della massimizzazione dei profili organizzativi interni e della fluidità delle procedure, con una centralizzazione delle funzioni. Questa impostazione rischia di essere uno sforzo insufficiente, non in grado di reggere alla verifica giudiziale. Il rischio opposto è costituito dal tentativo dell'impresa che tenta irrealisticamente di soddisfare tutte le aspettative degli ordinamenti in cui opera, con il pericolo di una ridondanza di procedure e di una moltiplicazione dei costi, a svantaggio dell'efficienza aziendale.

<sup>70</sup> Art. 30, comma 1, lett. a e lett. g.

<sup>71</sup> A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti*, cit., 197.

<sup>72</sup> A. Di Martino, *Ibidem*.

<sup>73</sup> R. L. Daft, *Organization theory and design*, Boston 2007, 187ss.

<sup>74</sup> R. L. Daft, *op. cit.*, 190 ss.; Come rilevano M. Morand, L. Rayman-Bacchus, *Think global, act local: Corporate Social Responsibility Management in Multinational Companies*, in *Soc.Res.Jour* 2006, 261-272, "They act locally but they think globally".

<sup>75</sup> S. Manacorda, *op. cit.*, 72.

<sup>76</sup> S. Manacorda, *op. cit.*, 73.

Affinché l'impresa possa determinarsi a livello di *compliance* dovrà effettuare una analisi comparativa delle normative, che diventa quanto mai difficile quando vi sono delle sedi all'estero. In primo luogo, l'ente deve rispettare l'ordinamento della *home country* al quale appartiene la *holding*; in secondo luogo, si pone l'ordinamento della *house country*, dove vi sono una o più partecipate, e quello dei paesi terzi; infine, rilevano anche elementi di *International law* ed eventualmente di *soft law*. La scelta sta nell'esportare gli standard di *compliance* interni, oppure frammentare la *compliance* a seconda delle *house country*. La tematica è resa più complessa dal fatto che le *host countries* sono spesso paesi in via di sviluppo, ciò che conduce ad individuare degli standard di controllo della *home country*; si presenta critica anche l'ipotesi opposta, in cui le *subsidiaries* hanno sede in paesi industrializzati con parametri più rigorosi.

Si profila cioè un nuovo rischio multinazionale, definito tentacolare, che si va ad aggiungere a quelli tipicamente riconducibili all'attività economica<sup>77</sup>. Questo rischio comprende uno da giurisdizione, uno disciplinare, riferibile ai diversi sistemi di responsabilità degli enti della *societas*, ed uno da *compliance*, integrato dal complesso di disposizioni normative e non relative alla prevenzione e alla gestione del rischio-reato, finalizzate a scongiurare l'irrogazione di sanzioni e ad attenuarne il carico sanzionatorio. Sul punto, la dottrina, pur nelle difficoltà descritte, auspica un superamento della visione monistica, in favore di un'integrazione delle prospettive della *local compliance* e della *global compliance*<sup>78</sup>.

Secondo alcuni studiosi nel contesto delle società multinazionali sarebbe configurabile una pretesa dell'ordinamento a che le stesse attività siano considerate non solo in termini di analisi di condizioni economiche, ma anche per la loro dimensione giuridica, con attenzione alla pianificazione di una specifica cornice regolatoria, condensata in un modello organizzativo approntato per la sede estera<sup>79</sup>.

Conseguentemente, si sostiene che non è concepibile un difetto di colpevolezza per la carenza organizzativa, considerato che l'ente, con le strategie di delocalizzazione, esercita una, sia pur variabile e complessa, scelta economica intenzionale, sindacabile alla stregua di parametri normativi. La dottrina in esame rifiuta pertanto l'argomento di una sorta di inesigibilità per le multinazionali di adattare l'agire organizzativo ai sistemi vigenti nei diversi mercati in cui operano<sup>80</sup>. Si rileva infatti che le grandi organizzazioni odierne effettuano costantemente attività di *risk assessment*, non solo con riguardo ai rischi economici connessi alle operazioni svolte all'estero, ma anche con riferimento ai rischi normativi, la cui incidenza condiziona la valutazione di opportunità dell'investimento. In altri termini, il «costo» di eventuali illeciti è un rischio che viene soppesato e che influenza il processo decisionale dell'ente.

In questo senso, si afferma che l'operatività di norme come gli artt. 3 e 6 c.p. sia giustificata dalla *ratio* di politica-criminale di evitare aree di impunità in favore di enti stranieri. L'onere conoscitivo della società potrà dunque ricomprendere il sistema di responsabilità estero. Se questa affermazione è condivisibile, nella parte in cui evidenzia il tentativo di sanzionare scelte di delocalizzazione realizzate sulla scorta di precise politiche aziendali, si impone la ricerca di parametri più consolidati. Nei Paesi che accordano rilievo alla colpa di organizzazione, gli enti

<sup>77</sup> In questi termini, C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, cit.*, 157.

<sup>78</sup> S. Manacorda, *op. cit.*, 84.

<sup>79</sup> M. Clinard, P. Yeager, *Corporate crime. The first comprehensive account of illegal practises among America's top corporations*, New York 1980, 50; A. Di Martino, *Reati commessi all'estero e responsabilità degli enti, cit.*, 199.

<sup>80</sup> C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia, cit.*, 164; M. Clinard, P. Yeager, *Ibidem*.

possono avvalersi di linee-guida adottate da associazioni di categoria, come quelle licenziate in Italia da Confindustria, di codici di autodisciplina, di indicazioni delle autorità di vigilanza<sup>81</sup>. È certamente virtuosa la sinergia tra i processi di autonormazione e la funzione di regolazione delle *authorities* indipendenti, che produce un'implementazione della prevenzione e della trasparenza. Tuttavia, pretendere che una società multinazionale adegui la propria *compliance* preventiva a quella declinata in ciascuno Stato, in assenza di un quadro giuridico più chiaro, cela il rischio di dare corpo ad una sorta di superomistico agente modello universale tenuto ad un obbligo oggettivamente insuscettibile di adempimento, con il risultato di una paralisi operativa<sup>82</sup>: in questo senso, l'ente stesso può infatti adottare i corrispondenti presidi cautelari solo dopo aver effettuato un *risk assessment* ed individuato i rischi-reato potenzialmente esistenti, in relazione alla normativa vigente. La proposta condivisibile è quella di promuovere processi di auto-normazione, finalizzati al rilascio di *standards* cautelari di generale applicazione sulla base della positivizzazione di protocolli preventivi basati su *best practices* e regole internazionalmente definite<sup>83</sup>.

4. Il panorama internazionale è oggi caratterizzato dalla proliferazione di meccanismi di *soft law*, come linee guida e codici di condotta, nonché meccanismi di certificazione dei programmi di prevenzione dei reati, elaborati sia in ambito OCSE che da altre organizzazioni internazionali<sup>84</sup>. Senza pretesa di esaustività, si pensi al codice di condotta contenuto nelle *OECD Guidelines*, che contiene una guida destinata alle imprese multinazionali per un esercizio responsabile dei doveri di diligenza<sup>85</sup>. Le Linee Guida sono state adottate per la prima volta dall'OCSE nel 1976, per andare incontro ad un costante processo di aggiornamento; esse sono raccomandazioni non vincolanti sulla condotta d'impresa responsabile rivolte alle imprese multinazionali.

Si consideri, ancora, il documento “*Good Practice Guidance on Internal Control, Ethics, and Compliance*”, adottato nel 2010 dal Consiglio OCSE, che costituisce per le compagnie una guida non vincolante per la promozione di controlli effettivi, codici etici e programmi di *compliance*, nel contrasto alla corruzione<sup>86</sup>. Il contrasto alla corruzione si rivela un terreno di sperimentazione, con una fioritura di strumenti di autoregolamentazione privata, come le disposizioni inglesi e americane, che le imprese prendono in considerazione perché ne temono l'applicazione extraterritoriale.

Su questo versante, possono citarsi anche l'*Anti-Corruption Ethics and Compliance Handbook for Business*<sup>87</sup>, prodotto congiuntamente nel 2013 da OCSE, UNODC e Banca Mondiale, e gli “*High Principles on the Liability of Legal Persons for Corruption*”, approvati nel G20 tenutosi ad Amburgo nel 2017, che, nella sezione “*Engaging with the private sector*” richiamano l'opportunità di sviluppare dei sistemi effettivi di organizzazione, gestione e controllo, ai fini della prevenzione dei reati.

<sup>81</sup> Sono fonti sprovviste di forza normativa, come, nel diverso piano della prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, di cui alla l. n. 190/2012, alle determinazioni e ai pareri dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), che non hanno natura normativa, ma che costituiscono uno strumento di supporto orientativo del disegno della strategia anticorruzione delle pubbliche amministrazioni.

<sup>82</sup> C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia*, cit., 166-167.

<sup>83</sup> C. Piergallini, *Globalizzazione dell'economia*, cit., 173.

<sup>84</sup> Una panoramica di questi strumenti si deve a A. Fiorella, N. Selvaggi, *op.cit.*, 15 ss.

<sup>85</sup> *OECD Guidelines for MNEs*, consultabili al link <https://mneguidelines.oecd.org/Guida-dell-ocse-sul-dovere-di-diligenza-per-la-condotta-d-impresa-responsabile.pdf>

<sup>86</sup> Per un'analisi dei contenuti principali, può farsi riferimento a M. Pieth, *Harmonising Anti-Corruption Compliance. The OECD Good Practice Guidance 2010*, Zurigo, 2011, 45 ss.; A. Fiorella, N. Selvaggi, *op.cit.*, 16.

<sup>87</sup> Su questo punto, può farsi riferimento al volume curato dall'UNODC, *A Resource Guide on State Measures for Strengthening Corporate Integrity*, 2013.

Un importante progresso può ravvisarsi nella redazione nel 2011, da parte del Rappresentante Speciale dell'ONU, dei *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* (UNGPs)<sup>88</sup>. Essi sono stato adottati nell'ambito dell'UN “*Protect, respect and Remedy Framework*”, affermandosi per le imprese multinazionali una “*responsibility to respect human rights*”<sup>89</sup>. Gli UNGPs si articolano in 31 Principi, basati su tre pilastri. Il primo è il dovere degli Stati di garantire la protezione dei diritti umani dall'attività imprenditoriale. Il secondo riguarda la responsabilità delle imprese di rispettare i diritti umani, avvalendosi del processo di *due diligence* per far fronte ai possibili impatti negativi. Infine, vi è la necessità di assicurare alle vittime degli abusi l'accesso a rimedi giudiziari ed extragiudiziali efficaci. Nello specifico, le imprese devono rispettare i diritti della persona sanciti nella Carta internazionale dei diritti umani e nella Dichiarazione dell'OIL, adottando degli strumenti, quali la *due diligence* obbligatoria e i meccanismi di reclamo a livello operativo, per prevenire, gestire e rimediare ai casi di violazione<sup>90</sup>.

Nella specie, il Principio n. 13 richiede che la società non causi o non contribuisca a determinare un impatto avverso sui diritti umani nell'ambito o attraverso la propria attività, ed esige che reagisca attivamente qualora si verifichi tale pregiudizio. Insieme a tale forma diretta di responsabilità, per aver realizzato o contribuito in modo sostanziale ad una violazione dei diritti umani, i Principi richiedono che la società prevenga o mitighi lesioni dei diritti umani, direttamente ricollegabili alle proprie operazioni prodotti o servizi da una relazione di tipo commerciale, anche nel caso in cui essa non abbia contribuito a determinare tale danno.

Il Commento allegato ai Principi definisce poi i concetti di “*business activities*” e “*business relationship*”, rilevanti per differenziare i due profili sostanziali del *duty to respect*. Il primo include sia le azioni sia le omissioni; il secondo comprende i rapporti con i *partners*, i membri della catena produttiva e ogni altro soggetto direttamente collegato alle sue attività produttive, prodotti o servizi. In linea con i principi del diritto penale internazionale e della giurisprudenza della Corte Penale Internazionale, si distinguono i due profili di responsabilità diretta, valorizzando la categoria della “*complicity*” della società multinazionale che apporti un contributo sostanziale all'impatto negativo sui diritti umani da altri cagionato.

Uno degli aspetti più rilevanti dei Principi riguarda l'estensione del *duty to respect* e della *due diligence rule* alla complessiva “*value chain*”. In altri termini, il riferimento alla *value chain* implica che il processo di *due diligence* non deve essere limitato alla mera catena di fornitura, ma debba coinvolgere l'intero ciclo di creazione del valore<sup>91</sup>.

Rispetto ai precedenti strumenti di *soft law*, si è riconosciuta una dimensione funzionale, economica e organizzativa più ampia, ove i *network* e le catene produttive diventano essi stessi oggetto e obiettivo di regolazione, con riguardo al ruolo delle società. La *human rights due diligence* è concepita come un processo organizzativo e manageriale, orientato al rischio, finalizzato ad identificare, prevenire o mitigare le situazioni che hanno determinato o possono

<sup>88</sup> Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework: Report of the Special Representative of the Secretary –General on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, OHCHR, A/HRC//17/31, New York, 21 marzo 2011, (*SRS 2011 Guiding Principles*).

<sup>89</sup> Un'analisi del contenuto di questo documento si deve a G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, Torino 2023, 35 ss.

<sup>90</sup> La Carta o *International Bill of Human Rights* si compone della “Dichiarazione Universale dei Diritti Umani del 1948” e dei Patti del 1966: la “Convenzione internazionale sui diritti civili e politici” e la “Convenzione internazionale sui diritti economici, sociali e culturali”. L'*ILO Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy*, è stata adottata per la prima volta nel 1977, poi modificata nel 2000 e nel 2006 e infine rivista nel 2017.

<sup>91</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, cit., 37.

determinare un impatto avverso per i diritti umani<sup>92</sup>. La base del processo è la valutazione del rischio, che riguarda non solo gli impatti avversi che la società ha causato o contribuito a determinare con le proprie attività, ma anche quelli che siano direttamente connessi alle sue operazioni, prodotti o servizi in base a operazioni di tipo commerciale<sup>93</sup>.

La *due diligence* si arricchisce anche di procedure proattive, di intervento, di *remediation*, di mitigazione *ex post* e di comunicazione pubblica (*disclosure*), se l'impatto si è verificato. Più complesso è il caso di impatto sui diritti umani nell'ambito di un segmento di attività estraneo alla società ma collegato al processo produttivo.

Per contro, non rilevano connessioni occasionali non inquadrabili in una relazione commerciale. I Principi valorizzano fattori dimensionali, funzionali e legali, che modulano il *duty to respect* a seconda che la società abbia la possibilità di incidere sul processo decisionale dell'altro ente<sup>94</sup>.

Un altro aspetto di notevole interesse dei Principi è la valorizzazione, ai fini della responsabilità, del modo in cui le multinazionali strutturano il loro *network* di attività. Proprio in virtù della struttura spesso complessa di questi gruppi societari, si terrà conto della stipulazione di contratti, codici di condotta, linee guida, funzionali ad assicurare, all'interno della catena stessa, una gestione dei rischi. Aver formalizzato contrattualmente un assetto di controlli e procedure di *compliance* con un *partner* viene reputato un elemento decisivo ai fini della responsabilità.

Il modello di *due diligence* elaborato nei *Guiding Principles* è stato sviluppato dalle *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*<sup>95</sup>, che raccomandano l'adozione di una strategia di *due diligence* efficiente per identificare, prevenire e mitigare impatti avversi attuali o potenziali che l'impresa abbia cagionato o contribuito a cagionare o direttamente ricollegati alle rispettive operazioni, prodotti o servizi da una relazione commerciale. Rispetto ai Principi, si ha un'estensione dell'ambito e degli obiettivi della *due diligence*. In primo luogo, vengono ampliati i settori oggetto di intervento, tra cui vengono menzionati anche l'ambiente e la libertà di concorrenza<sup>96</sup>.

Le Linee Guida godono di un contenuto più approfondito anche grazie alla *OECD Due Diligence Guidance on Responsible Business Conduct*<sup>97</sup> adottata nel 2018, che rappresenta uno dei più evoluti strumenti di orientamento del processo di *due diligence* in relazione alla sua proiezione in una *value chain* transnazionale. Se il reato non sia direttamente causato dalla società, o questa non vi contribuisca<sup>98</sup>, si richiedono comunque misure volte a mitigare o prevenire, se possibile, il danno o pericolo verificatosi nella catena di fornitura o in una relazione commerciale.

<sup>92</sup> Cfr. Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework: Report of the Special Representative of the Secretary – General on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, cit.,

<sup>93</sup> Cfr. Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework: Report of the Special Representative of the Secretary – General on the issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, cit., n.17.

<sup>94</sup> In questi termini si esprime il Commento di accompagnamento ai *Guiding Principles*: Human Rights Council, *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework*, cit., 18-19.

<sup>95</sup> Cfr. OECD, *Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, Parigi, 2011, 19, 23-24.

<sup>96</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, cit., 44; sul tema, A. De Jonge, *The evolving nature of the transnational corporation in the 21st Century*, in A. De Jonge & R. Tomasic (Eds.), *Research Handbook on Transnational Corporations*, Research Handbooks on Globalisation and the Law, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, 26 ss.

<sup>97</sup> Cfr. OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, Parigi 2018.

<sup>98</sup> Per la nozione di "*substantial contribution*", cfr. OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, cit., 44.

Per distinguere questo profilo dalla *causation o contribution*, che comporta responsabilità diretta della *corporation*, si utilizza il criterio di inerenza della situazione di rischio con le operazioni, prodotti o servizi dell'impresa. La pretesa normativa assume massima intensità quando l'impatto sui diritti umani si verifica nel contesto dell'attività propria della società, per attenuarsi nelle situazioni di mero collegamento con le proprie attività o relazioni commerciali. In definitiva, la Guida offre indicazioni utili su come orientare il processo di *due diligence* nel fascio di relazioni di una catena produttiva. La prima richiesta per le società è di identificare il perimetro delle proprie attività e il quadro più esteso delle loro relazioni commerciali.

Questa mappatura è propedeutica alla definizione delle aree maggiormente a rischio ed al vero e proprio *risk assessment* relativo alla singola area. A tal fine, si raccomanda l'esecuzione di ispezioni o *audit* presso le sedi locali ovvero, quando l'impatto avverso è in grado di investire comunità locali o soggetti terzi, di coinvolgere nei programmi di *assessment* gli *stakeholders* pubblici e privati<sup>99</sup>. In definitiva, lo sforzo di *due diligence* esigibile dall'ente assume rilevanza crescente, a seconda delle caratteristiche della catena e della posizione all'interno del *network*. Ad avviso degli studiosi l'affermazione del modello della *due diligence* evidenzia una definitiva consapevolezza anche in sede OCSE degli effetti della dimensione transnazionale dell'attività d'impresa<sup>100</sup>. Questa tendenza è confermata da ulteriori raccomandazioni, linee guida e strumenti operativi per specifici settori di attività, caratterizzati dall'esistenza di una *global value chain*<sup>101</sup>.

Tra i settori più importanti ai fini della strategia di *due diligence*, le Linee Guida citano la tutela dei diritti umani, i diritti dei lavoratori, l'anti-corrruzione, ma soprattutto la tutela dell'ambiente, delineando un quadro di uno sviluppo sostenibile.

Da un lato, si richiede, attraverso l'enucleazione degli obblighi di *compliance*, che le imprese si orientino verso misure di precauzione e di valutazione degli impatti ambientali delle proprie attività; dall'altro lato, si circoscrive l'ambito degli sforzi esigibili alle attività o relazioni commerciali che realmente coinvolgono la società multinazionale. In tal guisa, anche il quadro normativo deve essere sostenibile per lo sviluppo economico, dovendosi rifuggire obblighi indeterminati e oggettivamente insuscettibili di adempimento. Occorre citare anche la Dichiarazione tripartita dell'ILO sui principi riguardanti le imprese multinazionali e la politica sociale, adottata nel 1977 e modificata più volte<sup>102</sup> che, allineandosi agli *UNGP*, prevede che le società multinazionali dovrebbero attuare la *due diligence* per identificare, prevenire e mitigare i loro impatti negativi effettivi e potenziali sui diritti umani, anche attraverso una consultazione con tutti gli *stakeholders*, incluse le organizzazioni dei lavoratori<sup>103</sup>.

Nel quadro internazionale, emergono dunque specifiche discipline punitive, che compongono il *public soft law* alla base dell'emergente "*Transnational Due Diligence Law*", che associano

<sup>99</sup> Cfr. OECD, *OECD Due Diligence Guidance for Responsible Business Conduct*, cit., 49.

<sup>100</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, cit., 44.

<sup>101</sup> G. Di Vetta, *ibidem*, cita i seguenti documenti: OECD, *OECD Due Diligence Guidance for responsible supply chains of Minerals from Conflict-Affected and High-Risk Areas: Third Edition*, Parigi 2016; cfr. OECD/FAO, *OECD-FAO Guidance for Responsible Agricultural Supply Chains*, Parigi 2021; OECD, *OECD Due Diligence Guidance for responsible supply in the garment and footwear sector*, Parigi 2018; cfr. OECD, *Practical actions for companies to identify and address the worst forms of child labour in mineral supply chains*, Parigi 2017; cfr. OECD, *Responsible business conduct for institutional investors: key considerations for due diligence under the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, Parigi 2017.

<sup>102</sup> Ilo, *ILO MNE Declaration*, disponibile all'indirizzo: [https://www.ilo.org/empent/areas/mnedeclaration/WCMS\\_570332/lang--en/index.html](https://www.ilo.org/empent/areas/mnedeclaration/WCMS_570332/lang--en/index.html).

<sup>103</sup> Ilo, "*ILO revises its landmark Declaration on multinational enterprises*", 17 Marzo 2017, disponibile al sito : [https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS\\_547615/lang--en/index.htm](https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_547615/lang--en/index.htm)

la responsabilità degli enti alla violazione degli obblighi di *due diligence*<sup>104</sup>. Con la loro flessibilità, esse assicurano inoltre un rapido aggiornamento di una materia in continua evoluzione. Tuttavia, queste fonti difettano, sul piano giuridico, di una portata obbligatoria. Come osservato da autorevoli commentatori gli strumenti citati non sono peraltro privi di effetti giuridici<sup>105</sup>.

Si sottolinea, infatti, come le stesse, oltre ad avere un notevole peso politico, abbiano un valore giuridico non trascurabile sotto un duplice profilo<sup>106</sup>. Oltre a creare un obbligo per gli Stati di prenderle in considerazione secondo buona fede, esse producono un effetto di liceità, dedotto sia dall'obbligo di cooperare implicito in ogni trattato istitutivo delle organizzazioni internazionali sia dal potere di ogni organizzazione stessa, di perseguire, sia pure mediante atti non vincolanti, finalità di natura generale. Si osserva, infatti che il processo di creazione di norme internazionali viene accelerato dall'esistenza di organizzazioni, come avviene nell'ambito delle Nazioni Unite, costituenti un foro di discussione a livello universale. Tali principi possono infatti costituire la base per la formazione o l'evoluzione del diritto internazionale consuetudinario e convenzionale<sup>107</sup>: i principi contenuti nelle risoluzioni comportano, poi, un forte impulso per le riforme legislative e l'applicazione delle norme negli ordinamenti nazionali, consolidando gli obblighi di incriminazione e di cooperazione del diritto penale transnazionale. In tal senso, secondo alcuni studiosi<sup>108</sup>, gli sforzi della comunità internazionale dovrebbero essere convogliati verso un consolidamento del paradigma della *compliance*, attraverso una positivizzazione del contenuto delle fonti di *soft law*, linee guida e standard internazionali, al fine di garantire le imprese contro la moltiplicazione di azioni punitive e il cumulo di sanzioni imposte per *idem factum* in diversi Paesi<sup>109</sup>. La responsabilità delle multinazionali è animata dalla contrapposizione tra differenti esigenze. Da un lato, si intende evitare una fuga dalla giurisdizione o deprecabili fenomeni di *forum shopping*; dall'altro lato, rimane essenziale garantire uno statuto di garanzie anche alle persone giuridiche<sup>110</sup>. In questa direzione, occorre guardare alle iniziative europee e internazionali che,

<sup>104</sup> Questa espressione viene ripresa da G. Di Vetta, *op.cit.*, *passim*; nella vasta letteratura sul tema, l'autore cita in particolare J. Salminen, M. Rajavuori, *Transnational sustainability laws and the regulation of global value chains: comparison and a framework for analysis*, in *Maastr. Jour. Eur.Comp.L.* 2019, 617 ss.; A. Rühmkorf, *Global sourcing through foreign subsidiaries and suppliers: challenges for Corporate Social Responsibility*, in A. De Jonge, R. Tomasic (eds.), *Research Handbook on Transnational Corporations*, Cheltenham 2017, 200 ss.; A. De Jonge, *Transnational Corporations and International law. Accountability in the global business Environment*, Edward Elgar, Cheltenham 2011, 91 ss.; A. Aseeva, *From Corporate Social Responsibility to Corporate Social Liability. A Socio-Legal Study of Corporate Liability in Global Value Chains*, Oxford 2021, 192 ss.; in dottrina si sottolinea come i frammentati sistemi di produzione globale e le violazioni dei diritti umani o ambientali associate alle catene globali del valore, frequenti specialmente nei paesi in via di sviluppo o con una sovranità debole, richiedano una *governance* composita, non essendo sufficiente il ricorso a strumenti di *regulation* nel diritto internazionale, ma occorrendo anche un ritorno alle fonti di "*home state regulation*" a base nazionale, come dimostrano le prassi di alcuni paesi.

<sup>105</sup> A. Cassese, *Diritto internazionale*, Bologna 2006, 278-279; B. Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli 2006, 37, 130-131, 161 ss.

<sup>106</sup> P. Daillier, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, Parigi 2009, 417.

<sup>107</sup> Secondo A. Cassese, *op. cit.*, 225, citato da A. Balsamo, *Il contrasto internazionale alla dimensione economica della criminalità organizzata: dall'impegno di Gaetano Costa alla "risoluzione Falcone" delle Nazioni Unite*, in *www.sistemapenale.it*, 12 novembre 2020, 7, si tratta di principi che indicano la strada da seguire nello sviluppo del diritto internazionale e del diritto interno che vi dà attuazione.

<sup>108</sup> F. Jeßberger, *A short history of jurisdiction in transnational criminal law*, in *Histories of Transnational Criminal law*, a cura di N. Boister, S. Gless, F. Jeßberger, Oxford 2021, 261 ss.; V. Mongillo, *Criminalità di impresa transfrontaliera*, *cit.*, 144.

<sup>109</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, *cit.*, 485.

<sup>110</sup> C. Piergallini, *op. cit.*, 158; E. Amodio, *Rischio penale di impresa e responsabilità degli enti nei gruppi multinazionali*, in *RIDPP* 2007, 1294 ss.;



nel delineare una *transnational due diligence law*, possono contribuire allo sviluppo della *compliance* penale.

4.1. I concetti di *Corporate Social Responsibility* e *Corporate Liability* si legano indissolubilmente ai principi europei di sviluppo sostenibile e di economia sociale di mercato; con la creazione di un'unica area di libero mercato, assistita da forti garanzie per i diritti umani, si è compreso che la tutela dell'ambiente e di altri beni implichi forme di responsabilità delle imprese e una strategia di *due diligence*<sup>111</sup>.

Già la Direttiva 2004/35 sulla responsabilità ambientale imponeva alle aziende interessate di adottare tutte le misure praticabili per controllare, rimuovere o gestire le sostanze inquinanti e gli altri fattori di danno, al fine di limitare o per prevenire impatti ambientali ed effetti negativi sulla salute umana<sup>112</sup>. Più recentemente, può citarsi, in primo luogo, la Direttiva 2014/95 sulla rendicontazione non finanziaria, che impone alle grandi aziende di pubblicare informazioni sui principali rischi di impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente legati alle operazioni, ai prodotti, ai servizi e ai rapporti commerciali delle società, nonché le misure adottate a tal fine, compresa l'implementazione dei processi di *due diligence*<sup>113</sup>. Essa crea un obbligo di rendicontazione, ma non impone alle aziende una *due diligence*, secondo un meccanismo "*comply or explain*" in base al quale le aziende possono scegliere di non effettuare la rendicontazione fornendo adeguate motivazioni. Ai fini della perimetrazione dei rischi si considerano le attività proprie dell'azienda e tutta la sua *value chain*, sia a monte che a valle della catena di fornitura.

Degno di rilievo è inoltre il Regolamento UE sul legname costituisce il primo strumento europeo a prevedere una *due diligence obbligatoria*<sup>114</sup>. Esso impone infatti agli operatori che immettono prodotti del legno sul mercato dell'Unione di sviluppare un sistema di *due diligence*, basato sulla valutazione dei rischi e sulla raccolta di informazioni e improntato all'adozione di misure di riduzione dei rischi di importazione illegale<sup>115</sup>. La violazione del Regolamento costituisce reato, a prescindere dalla conformità alla legge della materia prima. Si tratta di un principio chiave per una responsabilità sostenibile delle imprese, in linea con i Principi Guida delle Nazioni Unite su imprese e diritti umani.

Il modello della *due diligence* è contenuto anche nel Regolamento Europeo sulla protezione dei dati, con riguardo al trattamento effettuato da società con sede nell'Unione Europea, indipendentemente dal fatto che il trattamento avvenga nell'Unione stessa, nonché in relazione al trattamento dei dati personali di soggetti che si trovano nell'Unione da parte di una società extra-europea, laddove le attività di trattamento siano relative a beni o servizi offerti nell'Unione<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup> L'Articolo 3 del TUE afferma al comma 3 che "*L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico.*" Una rassegna dei principali interventi in materia di *due diligence* è contenuta nello studio condotto in seno alla Commissione dal *British Institute of International and Comparative Law* (lead), *Civic Consulting and LSE Consulting*. Cfr. European Commission, *Study on due diligence requirements through the supply chain*, Publications Office of the European Union, Lussemburgo, 2020, consultabile all'indirizzo <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

<sup>112</sup> Direttiva del 21.04.2004, n.35.

<sup>113</sup> Direttiva 22.10.2014, n.95.

<sup>114</sup> Regolamento EU 20.10.2010, n.995.

<sup>115</sup> *Ibidem*, paragrafo 2.

<sup>116</sup> Regolamento EU 27.04.2016, n. 679.

Tuttavia, era assente nell'ordinamento europeo una codificazione sistematica degli obblighi di *due diligence* in materia di diritti umani e ambiente per tutti i settori produttivi. L'esigenza di armonizzare le discipline nazionali che adottano la *due diligence* come processo operativo e regola di responsabilità ha sollecitato il Parlamento europeo e la Commissione, come gli altri *stakeholders* istituzionali, ad una comune iniziativa legislativa per la definizione di un quadro comune in materia di *Corporate Sustainability Due Diligence*, per orientare gli Stati membri nell'introdurre specifici assetti di responsabilità per gli enti nel contesto delle catene globali del valore.

La proposta del Parlamento europeo e del consiglio per la *Corporate Sustainability Due Diligence*, presentata il 23 febbraio 2022 e pubblicata il 5 luglio 2024, si pone in continuità con i precedenti strumenti europei ed internazionali di *due diligence law*<sup>117</sup>.

Essa si basa su una *due diligence* diretta per le imprese europee, un'autoregolamentazione implementata secondo un modello di cooperazione pubblico-privato basato sulla prevenzione. Ai fini della presente ricerca, si sottolinea<sup>118</sup> come la Direttiva ambisca a veicolare negli ordinamenti interni il modello di *due diligence* gradualmente definito nelle fonti di internazionali di *soft law*, elevandolo ad una portata sostanzialmente vincolante, in un'ottica definita di *hardening soft law*<sup>119</sup>. L'obiettivo principale è stabilire un quadro di armonizzazione minima, che può essere aggravato dalle normative nazionali. Peraltro, a differenza del percorso in atto in sede internazionale, la proposta europea si concentra sul processo di *due diligence* ed enuclea una serie di obblighi e *standard* appositamente concepiti per gli enti collettivi. Soprattutto, per sviluppare gli obblighi di *compliance*, la Direttiva prende direttamente in considerazione la *global value chain*, di cui propone una definizione.

Le società regolate dalla legge di uno Stato membro o stabilite nel territorio dell'Unione, nonché le società non stabilite che operano nel mercato interno, devono adottare una strategia di *due diligence* per identificare, prevenire, mitigare o porre fine agli impatti negativi sui diritti umani e sull'ambiente. Si fa riferimento anche a società di paesi terzi attive nell'Unione con un fatturato simile. Il novero delle imprese interessate è dunque ampio, nonostante scompaia il riferimento alle piccole imprese.

Le principali categorie di rischio indicate nell'ambito della Direttiva, definite dall'art. 1, ricomprendono i diritti umani e la tutela dell'ambiente. L'art. 3, rubricato "*Definizioni*", specifica la nozione di impatto avverso per i diritti umani e l'ambiente, per effetto di una violazione dei diritti o degli obblighi stabiliti dalle convenzioni internazionali a protezione dell'ambiente. La Direttiva intende definire un assetto di responsabilità per le società, ricomprendente le attività esercitate da società controllate o *partner* commerciali all'esterno dell'Unione Europea. In tal senso, l'art. 22 delinea un modello di responsabilità che si riferisce a tutti i danni conseguenti al verificarsi di un impatto avverso, ovunque abbia avuto luogo e purchè ricollegabile all'attività di un'altra società collegata da un rapporto formale di controllo oppure da una consolidata relazione commerciale, anche se indiretta.

Questa estensione a tutta la catena del valore è ottenuta sulla base di un modulo definito in passato dalla dottrina di *parent-based regulation*<sup>120</sup>. La catena del valore non è autonomamente

<sup>117</sup> Direttiva EU 5 .7.2024, n. 1760.

<sup>118</sup> Per una riflessione sul contenuto della Direttiva, cfr. G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transazionale*, cit., 72 ss.; A. Nièto Martín, *Don't look up: le risposte del diritto penale alla crisi climatica*, in *SP* 2022, 47 ss.

<sup>119</sup> G. Di Vetta, *Ibidem.*; per un inquadramento della tematica, Cfr. A. Peters, L. Koechlin, G. Zinkernager, *Non-state actors as standard settlers: framing the issue in an interdisciplinary fashion*, in *Non-State Actors as Standard Settlers* a cura di A. Peters, L. Koechlin, T. Forster, G. Zinkernager, Cambridge 2009, 1 ss.

<sup>120</sup> Su questa tecnica, R. Chambers, A. Vastardis, *Human Rights Disclosure and Due Diligence Laws: The Role of Regulatory Oversight in Ensuring Corporate Accountability*, in *ChicJourInt.L* 2021, 323 ss.; R. Chambers, An

rilevante per attivare la responsabilità dell'ente, non essendo sufficiente che l'impatto avverso derivi da un segmento funzionale della catena produttiva, al cui interno quella società rivesta un ruolo. Per delimitare la latitudine degli obblighi di *due diligence* nell'ambito della catena del valore, l'art. 1 impiega la nozione di “*business relationships*” consolidata negli strumenti internazionali, ma caratterizzandola in senso restrittivo esigendo un certo grado di stabilità del rapporto.

La nozione di “*business relationship*” è ampia, comprendendo qualsiasi rapporto con un *contractor*, *subcontractor*, o altri enti, a condizione che sussista un accordo di tipo commerciale o di fornitura di servizi. La relazione è comunque rilevante anche quando, a prescindere da un accordo commerciale, essa abbia ad oggetto lo svolgimento di un'operazione commerciale relativa ad un prodotto o servizio della società per conto di quest'ultima. La selezione guarda sia al rapporto in sé considerato, sia al dato dell'integrazione funzionale ed operativa. A tal fine, l'art. 3 richiede che si tratti di relazione consolidata. La finalità è quella di escludere dagli obblighi di *due diligence* segmenti marginali della catena del valore. Tuttavia, la letteratura evidenzia l'assenza di elementi per valutare questo concetto di marginalità<sup>121</sup>.

Quanto all'ambito soggettivo, l'art. 1 fa riferimento alle attività delle *companies*, all'operatività delle *subsidiaries* o alle operazioni situate nella *value chain*, condotte da soggetti con cui la società intrattenga una “*established business relationship*”.

La Direttiva descrive così tre livelli, quello relativo all'attività propria dell'ente, l'altro inerente alle attività delle società controllate e l'ultimo che attiene alla catena del valore. Peraltro, la Direttiva non distingue per contenuto e implicazioni gli obblighi di *due diligence* tra questi livelli. Ancora più incerta risulta la dicotomia, di cui agli artt. 7 e 8, tra relazioni consolidate dirette e indirette, priva di elementi di specificazioni, che presumibilmente allude ad un'ulteriore gradazione della marginalità di alcune attività ai fini della cogenza della disciplina. Può ritenersi condivisibile includere nella *due diligence* anche le attività dei *supplier* indiretti, quando risulti che la società sia a conoscenza di rischi per i diritti umani nei livelli indiretti della catena produttiva.

La Direttiva propone una condivisibile differenziazione degli obblighi di *due diligence*, in funzione della collocazione che il *partner* riveste nella *value chain*, ma non fornisce elementi concreti per una tale distinzione posto che la definizione di *value chain* dell'art. 3 non stabilisce in modo chiaro e prevedibile quando un rapporto consolidato sia diretto o indiretto<sup>122</sup>. Entrando nel dettaglio degli obblighi di *corporate due diligence*, l'art. 4 della Direttiva si allinea sostanzialmente ai *Guiding Principles*, alle Linee Guida ed alle altre raccomandazioni elaborate a livello OCSE. Per adempiere all'obbligo di *due diligence*, le aziende dovranno integrare la *due diligence* nelle politiche aziendali e identificare effetti negativi, attuali o potenziali, sui diritti umani e sull'ambiente; su un piano operativo, esse sono tenute a prevenire, mitigare e bloccare gli effetti delle loro attività. Su un piano procedurale, si richiede l'istituzione di procedure di reclamo e di monitoraggio dell'efficacia delle misure di *compliance*.

---

*Evaluation of Two Key Extraterritorial Techniques to Bring Human Rights Standards to Bear on Corporate Misconduct: Jurisdictional Dilemma Raised/Created by the Use of the Extraterritorial Techniques*, in *Utr. L.Rev.*, 14, 2018, 22 ss.;

<sup>121</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, cit., 78; A. Lafarre, *Mandatory Corporate Sustainability Due Diligence in Europe: The Way Forward*, in *Oxford Business Law Blog*, 21 aprile 2022.

<sup>122</sup> Sul punto, sono state formulate diverse osservazioni in sede di discussione del progetto; cfr., in particolare, *Opinion of the European Economic and Social Committee on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability, Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, COM (2022) 71 final, EESC 2022/01327, Document 52022AE1327.

Sul fronte della trasparenza, si chiede alle imprese di rendere pubblica la propria *due diligence strategy*. L'art. 5 chiede alle aziende di aggiornare ogni anno una descrizione dell'approccio aziendale alla *due diligence* ed al sistema di controllo, che dovrebbe essere esteso anche alle relazioni commerciali. Si assiste ad un'implementazione della *disclosure* come strumento di controllo sociale del comportamento aziendale da parte di investitori, organizzazioni non governative e altre parti interessate. Un'effettiva trasparenza è fondamentale per la crescita delle politiche ambientali e per scoraggiare pratiche di *greenwashing*, di adozione di misure solo di facciata<sup>123</sup>. Quanto alle misure di prevenzione, l'art. 7 della Direttiva cita anche la ricerca di idonei *partner* commerciali e la realizzazione di adeguati investimenti produttivi e infrastrutturali. Tra le misure di contrasto agli impatti negativi, si prevede all'art. 9 l'obbligo di creare una procedura interna di denuncia a disposizione delle parti offese. Inoltre, la Commissione prevede all'art. 25 un obbligo di diligenza a carico degli amministratori volto a considerare i fattori di sostenibilità nell'assunzione delle decisioni di lungo termine, con la redazione di un piano di transizione climatica per allineare la loro strategia con l'obiettivo dell'Accordo di Parigi.

Rispetto ai precedenti strumenti internazionali, la Direttiva attribuisce un rilievo del tutto nuovo al codice di condotta, inteso non solo come lo strumento dove l'impresa indica la *due diligence policy* attuata, ma anche come lo strumento normativo interno applicabile nell'ambito delle reazioni consolidate della società che si inseriscono o definiscono la catena del valore<sup>124</sup>. A tal fine, l'art. 4, comma 10, prevede codici di condotta o clausole contrattuali, per garantire che le componenti transnazionali delle imprese operino con diligenza rispetto alle classi di rischio di riferimento. Una delle questioni che sorgono è se e a quali condizioni il codice di condotta debba vincolare anche le componenti indirette della catena. Esso può realizzare la sua funzione di *regulation* nel contesto della *value chain* solo al sussistere di vincoli e collegamenti contrattuali tra la società e i relativi *partner* commerciali<sup>125</sup>. In base all'art. 6, comma 1, l'attività di valutazione e identificazione dei rischi non è limitata all'attività della società o delle controllate, ma concerne anche l'operatività degli autonomi enti con cui la società intrattiene rapporti consolidati, compresi anche i *partner* indiretti. Un perimetro così ampio della mappatura dei rischi è funzionale a modulare gli obblighi di prevenire o mitigare le situazioni di rischio identificate, attraverso l'adozione di misure adeguate.

Secondo l'art. 7, comma 2, identificate le situazioni di rischio, l'impresa deve vincolare contrattualmente i *partner* diretti a rispettare il codice di condotta, per contrastare i rischi precedentemente mappati. In un modello di c.d. cascata contrattuale, i *partner* diretti dovranno a loro volta verificare il rispetto del codice anche da parte degli ulteriori *partner* inseriti nella *value chain*, attraverso specifiche misure di *auditing*. In questo modo l'efficacia vincolante del codice di condotta può operare sull'intera catena del valore, per mezzo degli ulteriori collegamenti negoziali.

In relazione alla responsabilità conseguente alla violazione degli obblighi, l'art. 22 della Direttiva delinea un regime di *civil liability*, in relazione a tutti i danni conseguenti all'impatto

<sup>123</sup> Il *greenwashing* è un neologismo inglese che viene tradotto come ecologismo di facciata. Esso indica la strategia di comunicazione di imprese o organizzazioni finalizzata a costruirsi un'immagine ingannevolmente positiva sotto il profilo dell'impatto ambientale, allo scopo di distogliere l'attenzione dell'opinione pubblica dagli effetti negativi per l'ambiente delle proprie attività o dei propri prodotti.

<sup>124</sup> Sui codici di condotta delle imprese multinazionali, C. Glinski, *Bridging the Gap: The Legal Potential of Private Regulation*, in O. Dilling, M. Herberg, G. Winter, *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, Portland 2008, 41 ss.; G. Teubner, *Self-Constitutionalizing TNCs? On the linkage of "Private" and "Public" Corporate Codes of Conduct*, in *IJGLS* 2011, 17 ss.

<sup>125</sup> Questo aspetto è descritto, in particolare, da G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, cit., 80.

avverso per i diritti umani e l'ambiente che l'impresa avrebbe dovuto prevedere, mitigare o far cessare. Secondo l'art. 3, lett. q), il regime prescinde dal luogo di verifica dei danni, purchè riconnessi all'omessa o inadeguata attuazione delle misure di *due diligence* ragionevolmente esigibili.

Tuttavia, l'art. 22, comma 2, richiede di escludere la responsabilità dell'ente per le lesioni dei diritti umani cagionate da un *partner* indiretto, nel caso in cui la società abbia adottato misure contrattuali per garantire che il *partner* diretto e quello indiretto si conformino al codice di condotta e all'eventuale piano operativo di prevenzione o mitigazione dei rischi. Una tale esenzione è da ritenersi esclusa quando alla luce delle circostanze l'impresa non può ragionevolmente attendersi che le misure di verifica della *compliance* avrebbero impedito l'evento avverso. Questa previsione, pur nella sua genericità, appare apprezzabile nella misura in cui persegue una responsabilità basata su un'effettiva rimproverabilità. Per evitare una bagatellizzazione della disciplina, viene inoltre stabilita una base minima di responsabilità aziendale, stabilendosi che il contributo al danno deve essere ragionevole, con l'esclusione di contributi trascurabili.

Il complesso della Direttiva evidenzia la difficoltà di perimetrare la responsabilità degli enti nel contesto di un'attività economica che si svolge in un *network* transnazionale e di delimitarlo a quei segmenti della *value chain* ragionevolmente prossimi e controllabili con la *due diligence*. Per tale ragione, sono sorte diverse proposte di modifica, orientate, da un lato, ad estendere la portata degli obblighi di *due diligence* nel contesto della catena del valore, valorizzando la nozione di controllo e influenza ai fini della responsabilità<sup>126</sup>; dall'altro lato, si è suggerito di rivedere il modello della *due diligence liability* definito nel documento. Come evidenziato dalla letteratura, in alcuni casi si fa riferimento alle attività dell'ente ed all'intera catena di fornitura, senza alcun criterio selettivo dei collegamenti rilevanti con l'impresa<sup>127</sup>. In altri ordinamenti, invece, ai fini della responsabilità dell'ente si adottano definizioni più restrittive delle proiezioni della catena del valore<sup>128</sup>. Per contenere l'estensione della *due diligence*, alcune legislazioni<sup>129</sup> identificano più livelli di articolazione della catena, in relazione ai quali graduare l'intensità degli obblighi di *due diligence*. Significativo consenso riceve il parametro del controllo, inteso come capacità di esercitare un'influenza sul *partner* societario<sup>130</sup>, anche se alcune opinioni segnalano gli esiti imprevedibili a cui tale criterio può condurre<sup>131</sup>.

In definitiva, la Direttiva comporta una forma di regolazione transnazionale che conduce al superamento della *due diligence* volontaria, rendendo obbligatoria l'adozione, da parte delle imprese europee o che operano nel mercato europeo, di modelli di *compliance*. La stessa non impone agli Stati membri di introdurre discipline interne dotate di una proiezione extraterritoriale, anche nei confronti di *partner* stabiliti od operativi in altri ordinamenti; nonostante ciò, si osserva come la disciplina della *due diligence* venga trasmessa oltre il confine territoriale da una società soggetta alla disciplina statale di attuazione ad altra società su un piano funzionale, attraverso strumenti negoziali, come contenuto già regolato altrove.

<sup>126</sup> Cfr. European Parliament, Committee of Legal Affairs, *Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, (COM(2022) 0071 – C9-0050/2022 – 2022/0051(COD)).

<sup>127</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, cit., 83; R. McCorquodale, L. Smit, S. Neely, R. Brooks, *Human Rights Due Diligence in Law and Practice: Good Practises and Challenges for Business Enterprises*, in *BHRJ* 2017, 195 ss.; J. Salminen, M. Rajavuori, *op. cit.*, 611 ss.

<sup>128</sup> Può citarsi il modello francese condensato nella Loi no. 2017-399 du 27 Mars 2017, che per delimitare la portata del dovere di vigilanza ricorre al concetto di "relazione commerciale consolidata".

<sup>129</sup> In particolare, l'impostazione tedesca, ripresa nel testo attuale direttiva.

<sup>130</sup> J. Salminen, M. Rajavuori, *op. cit.*, 614 ss.

<sup>131</sup> Per tali rilievi, cfr. G. Holly, L. Smit, R. McCorquodale, *Making sense of Managing Human Rights Issues in Supply Chains*, *BritInstIntCompLaw* 2018, 8.

La normativa europea promuove un modello di *compliance* cooperativa e trasparente, con ambizioni di maggiore armonizzazione degli *standard* di tutela dei diritti umani rispetto agli strumenti citati in precedenza. Le nuove disposizioni offrono maggiore chiarezza e parità di trattamento per le imprese e trasparenza per consumatori e investitori. Residuano perplessità per quanto riguarda l'esatta perimetrazione soggettiva degli obblighi di *due diligence* rispetto ai *network* di imprese transnazionali, nodo che dovrà essere sciolto nell'attuazione dagli Stati membri.

A livello sistematico, si consolida il bilanciamento tra attività d'impresa e diritti nell'ambito della politica europea, attraverso l'affermazione di una responsabilità generale delle imprese per gli impatti avversi sui diritti umani e soprattutto sull'ambiente. Sotto tale profilo, la Direttiva sembra allinearsi contenutisticamente ai *Guiding Principles*, ma gode indiscutibilmente di una maggiore efficacia vincolante.

Una parte della dottrina ha obiettato in passato che il ricorso a fonti internazionali non permettesse di enucleare con sufficiente determinatezza gli obblighi di *corporate due diligence*, non potendosi istituire un parallelismo tra gli obblighi di cui sono destinatari gli Stati e quelli rivolti a soggetti diversi, come le società<sup>132</sup>. Ferma la serietà dell'affermazione, la tendenza che si è affermata è nel senso della possibilità di parametrare funzionalmente gli obblighi internazionali di tutela dei diritti umani e di altri interessi sulle caratteristiche dell'agente societario.

Si è osservato che la scelta dello strumento della direttiva confermerebbe un approccio orizzontale nello sviluppo del diritto internazionale, che lascia inalterato il margine di apprezzamento degli Stati, anche rispetto alla responsabilità degli enti<sup>133</sup>. Quanto ai profili di responsabilità, dall'art. 22 non sarebbe infatti possibile desumere una compiuta soggettività autonoma delle imprese come destinatari diretti degli obblighi di tutela ivi previsti. Anche in assenza di un'efficacia diretta orizzontale, il diritto europeo alimenta il crescente consenso tra gli Stati in ordine ad un quadro minimo di obblighi per i soggetti collettivi. Si conferma inoltre l'affermazione di un ruolo delle imprese come sentinelle della protezione dei diritti fondamentali.

Una seconda prospettiva di indagine per lo sviluppo di una *transnational due diligence law* è rappresentata dalla proposta, elaborata in seno allo *Human Rights Council*, di adozione di un *Legally Binding Instrument* sulla responsabilità delle società multinazionali per le violazioni dei diritti umani e di altri *global public goods*.

4.2. L'estensione degli effetti negativi delle attività economiche sulla salute e sull'ambiente mette a dura prova le categorie del diritto penale in senso stretto, tradizionalmente concepito come limitato ai confini nazionali, e del diritto internazionale dei diritti umani, storicamente chiuso alla punizione delle persone giuridiche<sup>134</sup>. I primi tentativi da parte dell'ONU di regolare il comportamento delle multinazionali all'estero sono sfociati nel "*Codice di condotta delle Nazioni Unite per le imprese transnazionali*" degli anni '80 e nel progetto di "*Norme sulle responsabilità delle imprese transnazionali e delle altre imprese con riguardo ai diritti umani*" del 2003, entrambi falliti per mancanza di accordo tra gli Stati partecipanti.

<sup>132</sup> Ex multis, J. A. Zerk, *Multinationals and Corporate Social Responsibility. Limitations and Opportunities in International Law*, Cambridge 2006, 54 ss.; G. P. Fletcher, *The Storrs Lectures: Liberals and Romantics at War: The Problem of Collective Guilt*, in *YLJ* 2002, 1499-1573.

<sup>133</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale cit.*, 73.

<sup>134</sup> M. Delmas-Marty, K. Tiedemann, *op. cit.*, 2935 ss.; G. Barak, *op. cit.*, 181; Id., *Unchecked corporate power, ibidem*; C. D. Wallace, *op. cit.*, 6 ss.; S. Brown, M. Hermann, *Transnational Crime and Black Spots: Rethinking Sovereignty and the Global Economy*, Londra 2020, *passim*; discorre di "corporate deregulation" D. Harvey, *Seventeen contradictions and the End of Capitalism*, New York 2014, 28 ss.

Attualmente, può ravvisarsi una duplice linea di sviluppo del diritto internazionale rispetto alle violazioni dei diritti umani realizzate da società multinazionali. Da un lato, emerge un complesso normativo di obblighi di *compliance*, trasparenza e prevenzione degli illeciti impattanti sui diritti umani. Dall'altro lato, ci si è posti l'interrogativo di forme di responsabilità dirette per crimini contro l'umanità.

In tal senso, il modello della corporate *due diligence* è alla base di un progetto<sup>135</sup> del Gruppo di lavoro sulle società transnazionali per l'instaurazione di una disciplina internazionale vincolante della responsabilità delle società per le violazioni dei diritti umani<sup>136</sup>. Il *Legally Binding Instrument* presenta i caratteri tipici del diritto penale transnazionale, ossia la dimensione orizzontale degli obblighi di introdurre specifiche fattispecie di *corporate liability* negli ordinamenti e quella verticale di attuazione del diritto internazionale tramite gli strumenti normativi degli Stati contraenti<sup>137</sup>. Rispetto alle fonti citate, la discontinuità è nella scelta di una modalità di attuazione indiretta degli obblighi di tutela dei diritti umani, attraverso una precisa regola sostanziale di responsabilità per le imprese multinazionali, sul modello della *due diligence* già delineato negli strumenti di *soft law* esaminati. Tuttavia, l'imposizione di un regime obbligatorio<sup>138</sup> per gli Stati rappresenta un progresso verso la formalizzazione di una *transnational due diligence law*, come delineata già dai *Guiding Principles*. Alla formazione delle disposizioni concorrono non più solo gli organi intergovernativi o privati di *norm making*, ma anche le legislazioni e le Corti nell'applicazione del diritto penale transnazionale alle fattispecie con elementi di transnazionalità.

Il *Legally Binding Instrument* ha una portata ampia, includendo ai fini della responsabilità tutta la *value chain*<sup>139</sup>. Gli Stati sono tenuti dall'art. 6 del *Draft* a regolare le attività situate nel proprio territorio, giurisdizione o sulle quali abbiano un controllo, tra cui le “*transnational corporation and other business enterprises that undertake activities of a transnational character*”.

Si riprende la nozione di controllo, fatta propria dagli strumenti internazionali. Gli Stati sono tenuti ad adottare misure per garantire che tali soggetti rispettino i diritti umani come internazionalmente riconosciuti. In altri termini, il *LBI* pone l'obbligo di prevedere nei rispettivi ordinamenti regimi vincolanti per le imprese, basati sull'adozione di processi organizzativi volti alla prevenzione valutazione e comunicazione delle violazioni attuali o potenziali dei diritti umani, correlate alle proprie attività o *business relationships*.

Oltre a questa *mandatory human rights due diligence*, l'art. 6, comma 7, richiede di introdurre sanzioni adeguate e misure correttive per la violazione da parte delle imprese del dovere di conformazione dei modelli organizzativi<sup>140</sup>. La disposizione centrale è contenuta nell'art. 8, rubricato “*Legal Liability*”, che enuncia l'obbligo di introdurre un adeguato regime di

<sup>135</sup> Human Rights Council, *Resolution 26/9 Elaboration of an international binding instrument on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* (A/HRC/RES/26/9), 14 giugno 2014. Attualmente, la proposta si trova al suo *Third Draft*, e sarà sottoposto alla sua decima sessione di discussione, che avrà luogo a Ginevra dal 16 al 20 dicembre 2024.

<sup>136</sup> A. Aseeva, *From Corporate Social Responsibility to Corporate Social Liability. A Socio-legal Study of Corporate Liability in Global Value Chain*, London 2021, 192 ss.; R. E. Cîrlig, *Business and human rights: from soft law to hard law?*, in *JurTrib* 2016, 240; nella letteratura italiana, M. Bordignon, *La roadmap verso uno strumento internazionale giuridicamente vincolante su Imprese e Diritti Umani alla luce del ruolo degli Attori Non-Statali*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, Palermo 2016, 90; G. Di Vetta, *op. cit.*, 52.

<sup>137</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, *cit.*, 53.

<sup>138</sup> Su questo passo in avanti, S. Joseph, J. Kyriakakis, *From soft law to hard law in business and human rights and the challenge of corporate power*, in *LeidJourIntLaw* 2023, 12 ss.

<sup>139</sup> L'art. 3, comma 1, della proposta menziona infatti “*all business activities, including business activities of a transnational characters*”.

<sup>140</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, *cit.*, 57.

responsabilità per le *corporations*<sup>141</sup>. L'assetto descritto nel *Draft*, prevede sostanzialmente tre fattispecie, che risentono del lessico adoperato nelle precedenti fonti di *transnational due diligence*.

La prima ipotesi, disciplinata all'art. 8, comma 3, è quella di responsabilità diretta per aver causato o contribuito a causare una violazione dei diritti umani<sup>142</sup>. Gli Stati devono adottare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, di natura penale o extrapenale se l'ente e/o la persona fisica abbiano determinato la violazione o vi abbiano prestato un contributo sostanziale. La fattispecie ha connotazioni penali evidenti, utilizzando categorie come *causation* e *contribution* e ponendosi una chiara finalità sanzionatoria dell'ente.

In secondo luogo, l'art. 8, comma 8 prevede la responsabilità della persona giuridica per le violazioni dei diritti umani, riconosciuti dal diritto internazionale generale. Il fatto deve consistere in una lesione diretta o indiretta dei diritti umani, ossia il mancato godimento dei diritti o libertà internazionalmente riconosciute, nel contesto di un'attività economica. Si adotta una logica estranea a tipizzazioni, dove rileva la verifica sostanziale di una lesione. Quest'ultima è qualificata dall'art. 8, comma 8, come reato in base al diritto internazionale dei diritti umani, consuetudinario o convenzionale, e secondo il diritto interno.

Nonostante la disposizione alluda al collegamento tra diritto internazionale dei diritti umani e diritto penale internazionale, la dottrina ritiene i due ambiti non sovrapponibili, in quanto non tutte le violazioni dei diritti umani costituiscono *core crimes* e raggiungono la soglia che ne giustifica la punizione da parte della Comunità internazionale<sup>143</sup>. Sull'individuazione di tale soglia, alcuni autori fanno riferimento alle modalità sistemiche e collettive del fatto, alla natura dei soggetti coinvolti nella sua realizzazione o degli interessi vulnerati, giustificando una giurisdizione universale.

In definitiva, l'art. 8, comma 8 fa sostanzialmente riferimento al complesso degli "*international core crimes*" definiti dallo Statuto della Corte Penale Internazionale. Tuttavia, si ritiene possibile estendere la responsabilità degli enti a reati ulteriori, contemplati nel diritto internazionale convenzionale, purché producano sempre lesione dei diritti umani; si fa riferimento, in particolare, alle lesioni previste da appositi trattati internazionali, del diritto umano ad un ambiente sano, sicuro e sostenibile<sup>144</sup>. La questione può essere ridimensionata nella sua gravità considerando che si tratta di fattispecie previste in modo diffuso negli ordinamenti nazionali.

Inoltre, i commi 6 e 7 dell'art. 8 codificano una responsabilità della *corporation* per aver omesso di prevenire con misure adeguate che un'autonoma impresa, con cui intrattiene una "*business relationship*", causi o contribuisca a causare una violazione dei diritti umani. Si tratta di una fattispecie di responsabilità di portata innovativa, perché formalizza il riferimento al contesto di una *global value chain*, dell'intero ambito di relazioni commerciali dell'impresa.

La disposizione delinea una "*transnational value chain liability*" per la mancata attuazione di misure di *due diligence*. Rispetto ai profili di incertezza emersi nei *Guiding Principles* e nelle Linee Guida, la Proposta stabilisce per le società un dovere di intervento, basato su un criterio di collegamento con un segmento di attività, prodotto o servizio di un'altra entità con cui si

<sup>141</sup> Secondo l'art. 8 "*State Parties shall ensure that their domestic law provides for a comprehensive and adequate system of legal liability of legal and natural persons conducting business activities, within their territory, jurisdiction or otherwise under their control, for human right abuses that may arise from their own business activities, including those of transnational character, or from their business relationships*".

<sup>142</sup> Si tratta della nozione di *complicity*.

<sup>143</sup> C. Soler, *The Global Prosecution of Core Crimes under International Law*, The Hague 2019, 41 ss.; C. Schwòbel-Patel, *The Core Crimes of International Criminal Law*, in *The Oxford Handbook of International Criminal Law* a cura di K. Heller, F. Mègret, S. Nouwen, J. Ohlin, D. Robinson, Oxford 2018, 768 ss.

<sup>144</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, cit., 61.



intrattengono relazioni commerciali. Si tratta di una fattispecie autonoma rispetto all'art. 8, comma 3, che delinea una responsabilità diretta per *causation* o *contribution* di lesione dei diritti umani. È infatti una responsabilità concepita in un contesto formalmente esterno all'ente, anche se funzionalmente integrato, ossia una relazione commerciale.

Si tratta di due ambiti diversi, uno relativo all'attività propria dell'ente, l'altro riguardante il contesto funzionale di relazioni e collegamenti negoziali. Rispetto alla figura della "*corporate complicity*", sviluppata dalla giurisprudenza nazionale e internazionale, il *failure to prevent* integra una più semplice responsabilità per deficitario processo di *due diligence*.

L'aspetto più innovativo della Proposta riguarda le soluzioni adottate per ricostruire un meccanismo di *transnational value chain liability* che tenga conto delle peculiarità di questo complesso fenomeno economico. La definizione di "*business activities*", di cui all'art. 1 comma 3, ha un approccio esemplificativo, che ricomprende la più ampia serie di attività economiche esercitate in forma individuale o collettiva da un'impresa, da una "*transnational corporation*" o da altre "*business enterprises*". Il concetto comprende anche le "*business relationship*" ed ogni tipo di relazione tra persone fisiche o giuridiche, inclusi gli attori statali e privati, avente ad oggetto lo svolgimento di attività economiche, sia che si basi su formali relazioni di controllo societario, sia che poggi su altri rapporti di integrazione funzionale e produttiva.

L'obiettivo principale è offrire un quadro minimo di riferimento per una disciplina della responsabilità degli enti che tenga conto della loro operatività transnazionale. A tal fine, si adotta un approccio innovativo alla portata spaziale della disciplina, per effetto della delocalizzazione della attività economiche.

L'art. 8, comma 6 della Proposta stabilisce presupposti e criteri di attribuzione particolari per la responsabilità dell'ente operante in un *network* di relazioni commerciali: perché la società multinazionale risponda della violazione dei diritti umani causata o favorita dalla condotta di un *partner* commerciale, deve accertarsi che l'ente possa esercitare un potere di controllo, gestione o supervisione su di esso o sull'attività entro la quale è maturata la violazione. È un criterio di collegamento sostanziale, potendosi ricostruire la nozione di controllo alla luce delle caratteristiche concrete della relazione commerciale, a prescindere dagli aspetti formali.

Secondo un canone di ragionevolezza, dovrà accertarsi che l'ente fosse nelle condizioni di prevedere il rischio per i diritti umani nell'ambito di attività incluso nella relazione commerciale. Un simile giudizio di prevedibilità e rimproverabilità è direttamente proporzionale alle caratteristiche ed all'entità della relazione commerciale, una maggiore integrazione funzionale traducendosi in una maggiore prevedibilità dei rischi per i diritti umani. In tal senso, il *Draft* conia anche una nozione di transnazionalità funzionale per l'attività delle imprese multinazionali. Ai sensi dell'art. 1, comma 3, della Proposta, l'attività economica ha carattere transnazionale quando è condotta in più di una giurisdizione o Stato, ovvero, pur essendo localizzata in uno Stato, una significativa parte della sua preparazione, progettazione, direzione, controllo, ideazione, lavorazione, fabbricazione, immagazzinamento, distribuzione si svolge nell'ambito di una relazione commerciale in altro Stato o sotto altra giurisdizione; ancora, la transnazionalità è riconosciuta quando l'attività economica si svolge in uno Stato, ma produce effetti significativi in un altro Stato o in altra giurisdizione<sup>145</sup>.

Nel definire il carattere transnazionale dell'attività, il *Legally Binding Instrument* prospetta criteri ed elementi di tipo funzionale per delimitare nello spazio e per proiettare oltre i confini

<sup>145</sup> L'art. 1, comma 3, afferma la transnazionalità dell'attività economica quando essa "*a. it is undertaken in more than one jurisdiction or State [...] b. it is undertaken in one State but a significant part of its preparation, planning, direction, control, design, processing, manufacturing, storage or distribution, takes place through any business relationship in another State or jurisdiction [...] c. it is undertaken in one State but has significant effect in another State or jurisdiction*".

nazionali l'ambito di previsione delle discipline sanzionatorie nazionali in materia di responsabilità degli enti, eventualmente introdotte dagli Stati contraenti, in attuazione della Convenzione internazionale. Secondo la lettera b), in particolare, la *business relationship* potrebbe operare come punto di contatto per applicare all'ente con sede in altra giurisdizione una previsione di responsabilità.

Ciò che merita porre subito in evidenza è il tentativo del *Draft* di stabilire una transnazionalità in funzione della struttura del *network*, enucleando elementi inediti, a carattere normativo, per calibrare la portata spaziale del diritto interno. È stato rilevato come questa operazione trascenda le dicotomie consolidate, ed esprima una diversa delimitazione degli ambiti spaziali di applicazione del diritto in rapporto a nuove forme di spazialità generate dalla recente globalizzazione<sup>146</sup>. Non si tratta di un'estensione funzionale della territorialità, attribuendo effetti extraterritoriali alle violazioni degli obblighi di *due diligence*, ma in modo innovativo della delimitazione della giurisdizione in riferimento a nuove forme di spazio, a carattere transnazionale.

Il concetto di sfera di influenza adottato dal *LBI* rappresenta un passo in avanti rispetto ai parametri adottati nei *Guiding Principles* e nelle linee-guida *OCSE*: perché la società possa rispondere di una violazione dei diritti umani causata da un *partner* commerciale o a cui quest'ultimo abbia contribuito, è necessario che l'ente sia in grado di esercitare un potere di controllo, di gestione o di supervisione su di esso oppure sull'attività alla quale è riconnessa la violazione. Si tratta di un criterio di collegamento oggettivo, in base al quale per la ricostruzione del controllo è possibile fare riferimento alle concrete caratteristiche della relazione commerciale, prescindendo dalla dimensione formale o legale<sup>147</sup>. Appare però necessario che si accerti una misura di controllo sufficiente per formulare un giudizio ragionevole di prevedibilità da parte dell'ente del rischio di una violazione dei diritti umani nell'ambito di attività interessato dalla relazione commerciale con il *partner*.

A conferma che questo sia il parametro di individuazione del controllo rilevante si consideri il criterio alternativo di responsabilità: l'ente risponde infatti anche nel caso in cui avrebbe potuto prevedere le situazioni di rischio per i diritti umani inerenti alle proprie relazioni commerciali. Questo giudizio di prevedibilità tiene conto giocoforza del livello di integrazione economica e funzionale con il *partner*, a prescindere dalla natura formale del rapporto. In questo senso, sono le caratteristiche della relazione commerciale che orientano il processo di *due diligence*, una maggiore integrazione funzionale traducendosi in una maggiore prevedibilità del rischio per i diritti umani, a prescindere che questa si collochi in un segmento distante della catena di produzione.

5. La Direttiva Europea e il *Legally Binding Instrument* si propongono di positivizzare gli orientamenti giurisprudenziali che individuano nella misura del livello di controllo e nella prevedibilità dell'impatto avverso i parametri principali per declinare la responsabilità dell'ente nell'ambito di catene produttive transnazionali. Risulta apprezzabile la ricerca di criteri più certi di affermazione della *corporate liability*, che deve ritenersi preferibile rispetto all'adozione di interpretazioni estensive del principio di territorialità. Ancorché gli strumenti citati si inscrivano nel diritto internazionale dei diritti umani, è possibile attendersi un indiretto sviluppo della *compliance* penale, con il recepimento negli ordinamenti nazionali. Il modello della *due diligence*, originatosi nelle realtà nazionali per regolamentare settori come la sicurezza del lavoro e l'ambiente, sembra transitare definitivamente nel contesto della

<sup>146</sup> G. Di Vetta, *La responsabilità da reato degli enti nella dimensione transnazionale*, cit., 69.

<sup>147</sup> In questo senso, cfr. K.A. Strasser, P. Blumberg, *Legal forms and economic substance of enterprise groups: implications for legal policy*, in *AcEconLaw* 2011, 25-26.

regolazione delle attività economiche transnazionali, sulla base di una rinnovata ottica cooperativa. L'affermazione di questo paradigma è funzionale ad una nuova forma di *regulatory capitalism*, di orientamento delle attività economiche verso obiettivi di sviluppo sostenibile, in ossequio al concetto di *good corporate citizenship*<sup>148</sup>.

La *due diligence* designa modelli di responsabilità a base organizzativa, in cui il giudizio di attribuzione si connota in senso prevalentemente normativo. La responsabilità è focalizzata sulla violazione di un dovere, giuridicamente sanzionato, di realizzare un assetto di misure conforme alle aspettative dell'ordinamento.

Poiché non postulano necessariamente l'accertamento di un nesso eziologico rispetto all'evento, questo modello viene considerato più funzionale all'esigenza di una responsabilità degli enti nel contesto di un *network* di produzione, caratterizzato da articolati gruppi di *partner* commerciali operanti in diverse giurisdizioni.

Peraltro, va evidenziato che, contrariamente ai propositi iniziali, il *Draft* del *LBI* non ha considerato le *corporations* come autonomi soggetti di diritto della comunità internazionale, destinatari di obblighi diretti di tutela dei diritti umani; è stata infatti ritirata la previsione dell'istituzione di un tribunale internazionale sulle violazioni dei diritti umani da parte delle multinazionali. Secondo una lettura, il disimpegno verso una responsabilità diretta di questi attori non statali in base al diritto internazionale potrebbe agevolare il consolidamento nella comunità internazionale del consenso attorno ad una regola di responsabilità degli enti, secondo il modello della *due diligence*, che diventa lo *standard* di responsabilità e il minimo comune denominatore che accomuna la relazione tra impresa e diritti umani<sup>149</sup>.

Il profilo problematico rimane quello di garantire un'effettiva personalità della responsabilità degli enti nel contesto della catena del valore. La tematica descritta si muove su un terreno alquanto scivoloso, in quanto alla tradizionale difficoltà di concepire validi modelli di responsabilità per le persone giuridiche, basati su un'effettiva rimproverabilità, si somma anche l'esigenza di parametrare il giudizio sulla colpa di organizzazione ad attività prive del radicamento territoriale tradizionalmente inteso. Gli strumenti citati si sforzano di ancorare il giudizio di prevedibilità a parametri certi. Tuttavia, le formulazioni adottate dal *LBI* e dalla Direttiva europea, caratterizzate da concetti generici di prevedibilità e controllabilità, lasciano permanere il rischio di un'imputazione obiettiva dell'evento. Risalta inoltre la mancanza di una disciplina più specifica delle cautele organizzative necessarie.

Si amplifica così nella dimensione transnazionale una tendenza già evidente nell'ordinamento italiano, quella del difetto di determinatezza delle prescrizioni rivolte alla persona giuridica. Se la scelta non casuale del D.lgs. 231/2001 di non prevedere un obbligo di adottare il modello organizzativo comporta l'assenza di una definizione puntuale dei relativi contenuti, rendendo incerte le modalità dell'auto-organizzazione e della valutazione giudiziale, anche qui si cela il rischio di ricadere nel circolo vizioso del senno di poi, della responsabilità per essersi l'evento verificato<sup>150</sup>.

<sup>148</sup> Court E. Golumbic, A. D. Lichy, *The "Too Big To Jail" Effect and the Impact on the Justice Department's Corporate Charging Policy*, *HLJ* 2014, 1293; J. Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to turn Corporate Criminals into Corporate Cops*, New York 2017, 110; L.K. Griffin, *Inside-Out Enforcement*, in AA. VV., *Prosecutors in the Boardroom. Using Criminal Law to Regulate Corporate Conduct*, edited by A.S. Barkow, R.E. Barkow, New York 2011, 125, secondo il quale la crisi finanziaria del 2008 è dovuta ad un mancato o non corretto calcolo dei rischi e ad una deregolamentazione sfrenata, più che ad un'attitudine criminale delle imprese; nella dottrina italiana, su tutti, C. De Maglie, *L'etica e il mercato. op. cit., passim*; v. anche A. Fiorella, N. Selvaggi, *op. cit.*, 4 ss.; R. A. Ruggiero, *Non prosecution agreements e criminalità d'impresa negli U.S.A., il paradosso del liberismo economico*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 12 ottobre 2015, 3.

<sup>149</sup> G. Di Vetta, *Ibidem*.

<sup>150</sup> Questa prospettiva viene efficacemente descritta da T. Padovani, *Introduzione*, in D. PIVA, *op. cit.*, XXXVII.

Un'impostazione dell'auto controllo penale sostanzialmente totale, per la quale l'ente dovrebbe prevenire ogni crimine, scoprirlo e infine assicurare i responsabili alla giustizia si riveli inadeguata rispetto a realtà così complesse, pregiudicando la libertà di iniziativa economica. Perché il principio di personalità della responsabilità non sia eluso nella sostanza, la colpa di organizzazione deve implicare un obiettivo di prevenzione sostenibile ed un margine di rischio consentito<sup>151</sup>. In questo senso, il LBI sembra andare incontro ad una condivisibile opinione che prospetta una geometria variabile della prevenzione, allentando la vigilanza via via che ci si allontani dal cuore dell'attività dell'ente in quanto all'aumento del catalogo dei reati presupposto e all'allontanamento dal *core business* dei reati economici corrisponderebbe un legame meno stretto con la politica d'impresa<sup>152</sup>.

Spetterà ai giudici nazionali specificare i concetti di prevedibilità e controllabilità. Lo spostamento ad un livello transnazionale della disciplina dei conflitti sociali ha rafforzato la funzione giudiziaria che, con la sua visione multilivello, colma le lacune delle normative nazionali e contribuisce alla circolazione di principi condivisi<sup>153</sup>. Il ruolo dell'interprete è accentuato anche nella valutazione dell'idoneità dei modelli organizzativi; ma, in assenza di una maggiore armonizzazione giuridica, l'opera ermeneutica rischia di tradursi in abusi ai danni delle imprese.

---

<sup>151</sup> A. Fiorella, N. Selvaggi, *op. cit.*, 37 ss.; A. Sereni, *op. cit.*, 69; questo rischio è segnalato anche da A. M. Maugeri, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Torino 2022, pp. 149 ss.

<sup>152</sup> A. Sereni, *op. cit.*, 75.

<sup>153</sup> F. Cafaggi, *op. cit.*, 75 ss; Nella letteratura italiana, cfr., su tutti, S. Cassese, *op. cit.*, 142 ss.

## LE MODIFICHE “FISIOLOGICHE” DELL’IMPUTAZIONE E I RINNOVATI POTERI DI CONTROLLO DEL GIUDICE DELL’UDIENZA PRELIMINARE

di Wanda Nocerino (*Ricercatrice di diritto processuale penale, Università di Foggia*)

Nell’ottica di apportare significativi miglioramenti al sistema penale in ogni sua dimensione, la “Riforma Cartabia” punta alla conquista della “terra di mezzo”, l’udienza preliminare: con il precipuo intento di rafforzare il ruolo di filtro contro le imputazioni azzardate, il d.lgs. n. 150/2022 delinea un nuovo *iter* procedurale che il g.u.p. è tenuto a seguire nel caso di rettifica dell’addebito che – seppur completo in tutti i suoi aspetti – non è conforme alle risultanze emergenti dagli atti processuali. Per questa via, il legislatore genera un insormontabile paradosso: da una parte, rafforza il ruolo di controllo del giudicante che finisce, di fatto, per sostituirsi al p.m. nella formulazione dell’imputazione; dall’altra, l’organo della giurisdizione perde, in udienza preliminare, il potere di qualificare autonomamente il fatto (come, peraltro, previsto dall’art. 521, comma 1, c.p.p. per la fase dibattimentale), dovendo in ogni caso trasmettere gli atti all’organo dell’accusa per contestare l’addebito modificato. Alla luce di tali considerazioni, non sembra superfluo interrogarsi sull’opportunità di mantenere in vita una fase che, nonostante la buona prova di sé nel “tempo di sperimentazione”, non è più in grado di adempiere alle sue funzioni in ragione di un sistema stravolto rispetto a quello delineato dal codice del 1988.

With a view to bringing about significant improvements to the criminal justice system in all its dimensions, the “Riforma Cartabia” aims at conquering the “middle ground”: with the main purpose of strengthening the filtering role against reckless charges (whether incomplete or erroneous) with a view to reducing the number of cases, Legislative Decree no. 150/2022 outlines a new procedural procedure to be followed by the judge in the event of rectification of a charge which - although complete in all its aspects - does not conform to the findings emerging from the trial documents. In this way, the legislature generates an insurmountable paradox: on the one hand, the review role of the prosecuting magistrate is strengthened (this time explicitly) and he ends up taking the place of the public prosecutor in the formulation of the charge; on the other hand, the prosecutor’s role is strengthened (this time explicitly) and he is in fact replaced by the prosecutor in the formulation of the charge. in the formulation of the indictment; on the other hand, the judge loses the power to independently re-qualify the fact (as, moreover, provided by article 521, paragraph 1, c.p.p. for the trial phase), having in any case to transmit the acts to the prosecuting body to contest the amended charge. It does not seem superfluous to question the advisability of keeping alive a phase that, despite its good track record during the “trial time”, is no longer able to fulfill its functions because of a system that has been overhauled compared to the one outlined by the 1988 Code.

**SOMMARIO:** 1. “Riforma Cartabia” e udienza preliminare: alla conquista della “terra di mezzo”. – 2. Il sindacato giurisdizionale sull’enunciato completo dell’accusa tra silenzi normativi e prassi giurisprudenziali. – 3. La codificazione dei poteri del giudicante di rettificare l’imputazione “difforme” ad opera del d.lgs. n. 150/2022. – 3.1. *Segue:* la procedura esecutiva e le cause di incompatibilità. – 4. Gli insormontabili paradossi della riforma. – 4.1. *Segue:* l’“invito” ad adeguarsi alle indicazioni del g.u.p.: una truffa delle etichette? – 4.2. *Segue:* la sottrazione del potere di riqualificazione autonomo del fatto e le distonie con le previsioni dibattimentali. – 5. Le scelte “obbligate” del riformatore per tutelare il giusto processo. – 5.1. *Segue:* il controllo giurisdizionale per assicurare il vincolo di correlazione tra accusa e decisione. – 5.2. *Segue:* la limitazione del canone *iura novit curia* per garantire il diritto di difesa. – 6. Mantenere o abolire l’udienza preliminare? Scenari futuribili.

1. Si sa che nelle intenzioni del legislatore del 1988 l'udienza preliminare avrebbe dovuto rappresentare uno snodo strategico del procedimento penale, una "terra di mezzo" con funzione di «decongestionamento del sistema»<sup>1</sup>, in cui il giudice di fase sarebbe stato legittimato a vagliare l'an e il *quomodo* della richiesta di rinvio a giudizio formulata dal p.m. per decidere se dare ingresso alla successiva fase dibattimentale ovvero decretare la conclusione del processo<sup>2</sup>. L'udienza preliminare avrebbe dovuto costituire anche il luogo nel quale «stabilizzare l'accusa»<sup>3</sup> in vista dell'eventuale *vocatio in iudicium*<sup>4</sup>, oltre che la sede privilegiata dell'opzione dei riti alternativi<sup>5</sup>.

Le aspettative, però, sono state tutt'altro che soddisfatte e le scommesse sono state perdute<sup>6</sup>: l'udienza preliminare, infatti, versa ormai da anni in uno stato di profonda crisi<sup>7</sup>, perdendo – qualora l'avesse mai avuta – la sua naturale funzione di filtro contro le imputazioni «azzardate»<sup>8</sup>.

In questa prospettiva, non stupisce che il tema relativo all'ampiezza dei poteri del g.u.p. – sia in rapporto al *quantum* di prova per emettere una sentenza di non luogo a procedere, sia con

<sup>1</sup> Così *Relazione al progetto preliminare e al definitivo del codice di procedura penale, delle disposizioni sul processo penale a carico dei minorenni e delle norme per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni*, in GU 24.10.1988 n. 101.

<sup>2</sup> Sulla struttura e sulle funzioni dell'udienza preliminare, senza pretese di completezza, E. Amodio, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, in CP 1988, 2172; G.M. Anca, voce *Udienza preliminare*, in *DigDPen*, XV, Torino 1999, 55; A. Bernasconi, *L'udienza preliminare tra istanze di tutela ed esigenze deflazionistiche: profili comparativi*, in IP 1992, 751; F. Cassibba, *L'udienza preliminare. Struttura e funzioni*, Milano 2007, *passim*; P. Corvi, *Udienza preliminare: sempre più udienza, sempre meno preliminare*, in RIDPP 1993, II, 1081; O. Dominioni, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il nuovo processo penale dalle indagini preliminari al dibattimento*, Milano 1989, 69; A. Galati, *L'udienza preliminare*, in *Diritto processuale penale*, Milano 1996, 189; D. Grosso, *L'udienza preliminare*, Milano 1991, *passim*; V. Lozzi, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, in RIDPP 1991, 1078; V. Maffeo, *L'udienza preliminare. Tra diritto giurisprudenziale e prospettive di riforma*, Padova 2008, 47; S. Morisco, voce *Udienza preliminare*, in *DigDPen*, I, Torino 2011, 710; A. Nappi, voce *Udienza preliminare*, in ED, XLV, Milano 1992, 521; A. Scafati, *L'udienza preliminare. Profili di una disciplina in trasformazione*, Padova 1999, *passim*; G.P. Voena, voce *Udienza preliminare*, in ED, XLV, Milano 1992, 495; A. Ziroldi, *Udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in *Indagini preliminari e udienza preliminare*, III, a cura di G. Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Milanofiori Assago 2009, 935.

<sup>3</sup> Così Cass. SU 20.12.2007 n. 5307, in RIDPP 2008, 1363.

<sup>4</sup> Come sostenuto da F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, Milano 2016, 10, «all'abbandono del principio di "cristallizzazione" dell'accusa elaborata [da un] istruttore, si contrappone la "perfettibilità" dell'imputazione, giustificata dalla separazione funzionale delle fasi e dal contraddittorio nella formazione della prova».

<sup>5</sup> Sul punto, per tutti, F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., 397.

<sup>6</sup> In questi termini F. Cassibba, *L'"insostenibile leggerezza" dell'udienza preliminare*, in *Criminalia* 2015, 69.

<sup>7</sup> Come evidenzia S. Morisco, voce *Udienza preliminare*, cit., 713, sin dai primi anni della sua istituzione – e anche dopo la legge "Carotti" (l. 16.12.1999 n. 479) – l'udienza preliminare assume i connotati di un momento puramente formale e burocratico che si risolve in un elevato numero di rinvii a giudizio e in uno scarso ricorso ai riti alternativi. Inoltre, dalla lettura delle statistiche ministeriali in materia emerge che nel triennio 2016-2019, l'istituto in esame è riuscito a filtrare, nel complesso, considerando anche i riti alternativi *ivi* instaurati, in media solo circa il 38% delle *regiudicande* per cui è previsto; percentuale che precipita al 13% laddove si prenda in considerazione unicamente l'istituto della sentenza di non luogo a procedere. Sul punto, M. Gialuz-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno*, Torino 2021, 103.

<sup>8</sup> In questi termini E. Amodio, *L'udienza preliminare nel nuovo processo penale*, cit., 2172; O. Dominioni, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, cit., 69; V. Lozzi, *L'udienza preliminare nel sistema del nuovo processo penale*, cit., 15. Sulle cause della crisi, cfr. § 6.

riguardo alla (ri)definizione della *regiudicanda* – è da sempre oggetto di un fervido dibattito in dottrina<sup>9</sup> e giurisprudenza<sup>10</sup>. Il “peso” del controllo giurisdizionale sull’esercizio dell’azione penale, infatti, ha una diretta influenza tanto sulle garanzie di difesa dell’imputato quanto su quelle di economia processuale, risultando evidente che l’ispessimento delle maglie del filtro da adoperare in questa fase può scongiurare il rischio di un’inutile prosecuzione dell’attività processuale a danno dell’accusato, nonché incidere sul flusso degli affari convogliati in sede di giudizio, «corrispondendo ad un ampliamento dei poteri riconosciuti in capo del g.u.p. un conseguente effetto deflattivo dello sviluppo dibattimentale»<sup>11</sup>.

Se l’estensione dei poteri di controllo del giudice in udienza preliminare è saldata alle esigenze di deflazione giudiziaria e, quindi, di contenimento dei tempi del processo, è inevitabile che il recupero dell’efficienza (perduta) del sistema passi attraverso la rivitalizzazione proprio di questo segmento procedurale.

---

<sup>9</sup> Sul tema, vedasi sin d’ora, S. Azzolin, *Imputazione generica o indeterminata: art. 423 vs. nullità*, in *DPP* 2009, 177; A. Bassi, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell’imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, in *CP* 2020, 3982; A. Capone, *Iura novit curia. Studio sulla riqualificazione giuridica del fatto nel processo penale*, Padova 2010, *passim*; C. Cesari, *Modifica dell’imputazione e poteri del g.u.p.*, in *RIDPP* 1994, 295; A. Ferraro, *Il giudice dell’udienza preliminare*, in *CP* 1989, 1131; G. Fiorelli, *L’imputazione latente*, Torino 2016, 175; G. Garuti, *La verifica dell’accusa nell’udienza preliminare*, Padova 1996, 298; L. Lombardo, *Genericità dell’imputazione e poteri del giudice dell’udienza preliminare*, in *CP* 2009, 632; Id., *Il controllo del giudice sull’imputazione e poteri del p.m.*, in *GM* 2009, 2618; S. Lorusso, *Una scelta di efficienza processuale che non legittima forzature o abusi*, in *GD* 2008, 11, 70; C. Marinelli, *La genericità o indeterminatezza dell’imputazione nella fase dell’udienza preliminare*, in *CP* 2008, 2327; O. Mazza, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell’udienza preliminare*, in *RIDPP* 2008, 1372; A. Pasta, *Poteri del giudice dell’udienza preliminare sull’imputazione, incompatibilità, e non prevedibili privilegi*, in *CP* 2017, 294; B. Piattoli, *Modificazione dell’imputazione e poteri del G.U.P.*, in *RIDPP* 1998, 644; L. Pistorelli, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell’udienza preliminare nell’interpretazione delle sezioni unite della Cassazione*, in *CP* 2008, 2310; D. Potetti, *Sommatoria enunciazione del fatto, imputazione, modifica dell’imputazione: interconnessioni fra artt. 415-bis comma 2, 417 lett. b) e 423 c.p.p.*, in *CP* 2002, 1469; G. Santalucia, *Definizione giuridica del fatto e poteri di valutazione del giudice dell’udienza preliminare*, in *GP* 1991, 598; C. Valentini, *Imputazione e giudice dell’udienza preliminare*, in *GI* 2002, 1006.

<sup>10</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle pronunce della Consulta che hanno delineato la materia *de qua* fino all’intervento della Riforma Cartabia (C. cost., 17.3.2010, n. 103, in *GC* 2010, 2, 1151, con nota di T. Rafaraci, *Poteri d’ufficio e contraddittorio sulla riqualificazione giuridica del fatto: la Consulta rimanda al legislatore*; C. cost., 15.3.1994, n. 88, in *ANPP* 1994, 324; C. cost., 15.7.1991, n. 347, in *CP* 1991, 825). Per una panoramica sulle impostazioni giurisprudenziali, cfr. § 2.

<sup>11</sup> Così A. Ferraro, *Il giudice dell’udienza preliminare*, cit., 1116.

Non a caso, la riforma della giustizia penale (c.d. “Riforma Cartabia”) – operata con legge delega n. 134/2021<sup>12</sup> e completata dal d.lgs. n. 150/2022<sup>13</sup> – mira alla conquista dell’udienza preliminare con lo scopo di rinvigorirne la capacità selettiva in ottica di efficientamento e speditezza processuale senza rinnegare le esigenze della difesa all’informazione tempestiva sul contenuto dell’addebito elevato a carico dell’imputato<sup>14</sup>.

In questa direzione milita il principale elemento di novità della riforma, ossia la modifica della *regula iuris* per l’emissione della sentenza di non luogo a procedere<sup>15</sup>: attraverso il superamento del parametro dell’«inidoneità degli atti a sostenere l’accusa in giudizio»<sup>16</sup> a favore di una «ragionevole previsione di condanna»<sup>17</sup>, il legislatore rende “a maglie strette” il filtro di passaggio alla fase del giudizio, irrobustendo la funzione “depurativa” della prima fase processuale.

<sup>12</sup> L. 27.9.2021 n. 134, recante “*Delega al Governo per l’efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”, in *GU* 4.10.2021 n. 237. Per le significative innovazioni della legge c.d. Cartabia nel suo complesso, A. Bassi-C. Parodi, *La riforma del sistema penale. L. n. 134/2021: la delega e le norme immediatamente applicabili*, Milano 2021; P. Bronzo, *Delega al governo per l’efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le Corti d’Appello*, in *CP* 2021, 3276; G. Canzio, *Le linee del modello “Cartabia”. Una prima lettura*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 25.8.2021; F. Cassibba, L. Foffani, G. Garuti (a cura di), *La riforma Cartabia. Riflessioni sulla legge delega n. 134 del 2021. Atti della Tavola Rotonda del 21 aprile 2022*, Torino 2023; G.L. Gatta, *Riforma della giustizia penale: contesto, obiettivi e linee di fondo della “legge Cartabia”*, *ivi*, 15.10.2021; M. Gialuz-J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L’inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino 2022; E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *AP* 2021, 3, 1; A. Marandola (a cura di), “*Riforma Cartabia e rito penale. La Legge Delega tra impegni europei e scelte valoriali*”, Padova 2022; G. Spangher, *La riforma Cartabia nel labirinto della politica*, in *DPP* 2021, 1155.

<sup>13</sup> D.lgs. 10.10.2022 n. 150, recante “*Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*”, in *GU* 17.10.2022 n. 243. Per approfondimenti, *ex plurimis*, T. Bene, M. Bontempelli, L. Luparia Donati (a cura di), *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, Torino 2024; D. Castronuovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia: la nuova giustizia penale*, Padova 2023; F. Centorame, F. Fiorelli, L. Marafioti, G. Paolozzi (a cura di), *La procedura penale “riformata”*, Torino 2023; G. Colaiacovo, F. Delvecchio, W. Nocerino (a cura di), *Gli snodi problematici della Riforma Cartabia con uno sguardo al futuro. Giovani studiosi a confronto*, Bari 2023; A. Gaito (a cura di), *Il giusto processo penale dopo la riforma Cartabia*, Pisa 2023; G. Spangher (a cura di), *La riforma Cartabia*, Pisa 2022.

<sup>14</sup> Lo scopo che muove il legislatore della riforma è quello di garantire una maggiore efficienza del processo e, dunque, del settore giustizia, in conformità agli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (P.N.R.R.), concordati dal Governo con la Commissione Europea che mirano alla riduzione dei tempi del processo entro i prossimi cinque anni, pari, nei tre gradi di giudizio, al 25% nel settore penale. In chiave critica, per tutti, E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflativi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu) 25.1.2022, 13 ss.

<sup>15</sup> Sul tema, *ex plurimis*, E. Amodio, *Filtro “intraaneo” e filtro “estraneo” nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *CP* 2022; J. Della Torre, *La ragionevole previsione di condanna alla prova della realtà giudiziaria*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu) 19.7.2024; P. Ferrua, *Regole di giudizio e udienza preliminare*, in *PPG* 2023, 966; G. Garuti, *L’efficienza del processo tra riduzione dei tempi d’indagine, rimedi giurisdizionali e “nuova” regola di giudizio*, in *AP* 2022, 3, 11; C. Naimoli, *Considerazioni sulla “ragionevole previsione di condanna” per l’archiviazione e per la sentenza di non luogo a procedere*, in *DPP* 2022, 843; C. Santoriello, *Le nuove regole di giudizio della riforma Cartabia, tra una possibile sinergia e una possibile eterogenesi dei fini*, in *AP* 2022, 2, 6; F. Siracusano, *La prevedibilità dell’esito del giudizio quale antidoto all’azzardo imputativo?*, in *PPG* 2023, 548; F. Tondin, *La nuova regola di giudizio della ragionevole previsione di condanna*, in *CP* 2023, 412; G. Varraso, *Azione e inazione penale dopo il d.lgs. n. 150 del 2022 (legge “Cartabia”)*, in *AP* 2024, 2, 1.

<sup>16</sup> Così art. 125 disp. att. Cpp, abrogato ex art. 98, d.lgs. n. 150/2022.

<sup>17</sup> Art. 408 co. 1 Cpp.



Quale inevitabile contraltare della rivoluzione della regola di giudizio in chiave «moderatamente diagnostica»<sup>18</sup>, si pone la disciplina di uno spazio di controllo giurisdizionale sull'imputazione formulata dal p.m., così da rafforzare la capacità dell'udienza preliminare di preparare al meglio il successivo ed eventuale dibattimento.

In altri termini, al fine di contenere il rischio che la rivisitazione della regola di cui all'art. 425 Cpp rimanga “lettera morta”, il legislatore opta per un consolidamento dell'imputazione già in sede di udienza preliminare attraverso un'estensione dei margini di intervento del giudice sui confini fattuali e giuridici dell'accusa elevata dal p.m., così da evitare successive regressioni del procedimento nel corso del dibattimento e addivenire a una più precisa descrizione dei fatti a tutela delle garanzie difensive<sup>19</sup>.

Attraverso la tipizzazione di un regime “a due velocità”, la riforma – riprendendo l'*iter* già delineato e ampiamente sperimentato nella prassi giudiziaria<sup>20</sup> – prevede un doppio controllo del g.u.p. sul contenuto dell'addebito mosso dal p.m.: il primo, volto ad attestare la non genericità dell'imputazione (art. 421 Cpp); il secondo, sul presupposto della correttezza dell'ipotesi accusatoria, finalizzato a verificare la sussistenza di un puntuale aggancio alle risultanze investigative (art. 423 co. 1 *bis* Cpp).

Nella piena consapevolezza della stretta interazione esistente tra le due tipologie di controllo, il saggio intende soffermarsi esclusivamente sugli aspetti relativi ai poteri “modificativi” (e non anche sulle facoltà “integrative”) del g.u.p. in rapporto a un'imputazione che – seppur determinata e completa in tutti i suoi aspetti, in conformità alle introdotte previsioni di cui all'art. 417 co. 1 lett. *b* Cpp –, non corrisponde a quanto emerge dagli atti, tanto in rapporto alla descrizione del fatto quanto con riferimento alle norme ritenute applicabili (c.d. modifiche fisiologiche dell'imputazione)<sup>21</sup>.

La scelta di approfondire tali aspetti non è casuale: trattandosi di un territorio meno esplorato rispetto al ben più “gettonato” istituto delle modifiche patologiche dell'imputazione incompleta, le zone d'ombra lasciate della nuova disciplina si prefigurano assai più pervasive, evocando una serie di questioni dogmatiche in grado di minare la tenuta costituzionale del sistema.

Ci si riferisce, in particolare, al principio di ragionevole durata del processo, al dovere di separazione delle funzioni tra inquirente e giudice, al principio di correlazione tra accusa e decisione, all'imparzialità dell'organo della giurisdizione, al diritto di difesa dell'imputato alla preventiva contestazione dell'accusa<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> J. Della Torre, *La ragionevole previsione di condanna*, cit., 32.

<sup>19</sup> Con precipuo riferimento alle modifiche intervenute in materia *de qua*, vedasi G. Caneschi, *Le modifiche relative all'udienza preliminare*, in *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*, cit., 141; A. Capone, *I ritocchi in tema di udienza preliminare*, in *GI* 2023, 1196; L. Iandolo, *I rimedi ai vizi dell'imputazione*, in *La riforma Cartabia*, cit., 307; S. Lonati, *L'udienza preliminare*, in *Riforma Cartabia. La giustizia penale*, cit., 708; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, in *DPP* 2023, 160; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, in *CP* 2023, 49; G. Varraso, *Le nullità dell'imputazione tra quadro normativo nazionale e giurisprudenza europea*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 17.10.2024.

<sup>20</sup> Come meglio si dirà nel prosieguo (cfr. § 2), la giurisprudenza non solo aveva attribuito al g.u.p. il potere di intervenire sull'imputazione carente o difforme (Cass. SU 22.10.1996 n. 16, in *CP* 1997, 360) ma aveva anche delineato l'*iter* da seguire per procedere all'integrazione e/o alla modifica dell'addebito (Cass. SU 20.12.2007 n. 5307, cit.).

<sup>21</sup> Per una puntuale analisi delle differenze tra le modifiche fisiologiche e patologiche dell'addebito, per tutti, C. Valentini, *Imputazione e giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1008.

<sup>22</sup> Su questi aspetti, si vedano §§ 4.2 e 5.2.

Alla luce di tali considerazioni, l'occasione è utile per interrogarsi ancora una volta sull'opportunità di mantenere in vita una fase che, nonostante la buona prova di sé nel “tempo di sperimentazione” delle innovazioni riformiste<sup>23</sup>, non è più in grado di adempiere alle sue tipiche e originarie funzioni<sup>24</sup> in ragione di un sistema stravolto rispetto a quello delineato dal codice del 1988 e di un procedimento che, come meglio si dirà nel prosieguo<sup>25</sup>, è sempre più “completo” già durante la fase delle indagini preliminari<sup>26</sup>.

2. Prima ancora di approfondire le innovazioni introdotte dal legislatore, conviene soffermarsi sulla *ratio* dell'istituto e sul sostrato dottrinale e giurisprudenziale nel quale si insinua la riforma, con lo scopo di comprendere in termini più concreti la portata – che non certo spicca per originalità<sup>27</sup> – dell'innesto legislativo.

Come è noto, la modifica dell'imputazione, a norma dell'art. 423 Cpp, è funzionale a garantire la costante corrispondenza dell'accusa a quanto emerge dagli atti di indagini, eventualmente integrati dall'istruttoria “supplementare” di cui agli artt. 421 *bis* e 422 Cpp<sup>28</sup>. Sul g.u.p., infatti, incombe il dovere di enunciare, nel decreto che dispone il giudizio, i fatti<sup>29</sup> così come

<sup>23</sup> Dalle statistiche del Ministero della Giustizia - Direzione generale di statistica e analisi organizzativa Distretto Archiviazioni, riferite all'anno 2023, emerge un aumento del 22%, su scala nazionale, delle sentenze di non luogo a procedere rispetto all'anno precedente. Per un'approfondita disamina dello stato dell'arte *post* Cartabia, per tutti, J. Della Torre, *La ragionevole previsione di condanna*, cit., 58.

<sup>24</sup> In questo senso, M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *disCrimen* 13.7.2021, 3; Id., *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, in *SP* 2020, 1, 131; P. Ferrua-M. Daniele, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, in *DPenCon* 2019, 5, 79.

<sup>25</sup> Cfr. § 6.

<sup>26</sup> Sul punto, approfonditamente, F. Morelli, *Osservazioni critiche sulla funzione dell'indagine alla luce della nuova udienza preliminare*, in *SP* 2023, 5, 24.

<sup>27</sup> L'inciso si giustifica in ragione del fatto che una simile soluzione è già stata paventata in un passato più o meno recente. Ci si riferisce al c.d. “progetto Riccio” di legge delega per il nuovo codice di procedura penale, presentato al Ministro della Giustizia il 19 dicembre 2007, che propone un'analoga disciplina “endofasica” delle modalità di controllo del giudice dell'udienza di conclusione delle indagini (fase che nello schema di progetto sostituisce quella dell'udienza preliminare) sui contenuti imputativi della richiesta di rinvio a giudizio. La direttiva n. 66.6 del progetto definitivo espressamente prevede «la restituzione degli atti al p.m. se risulta, nel corso dell'udienza, che il fatto non è enunciato in forma chiara e precisa o risulta diverso da come contestato». Anche nel progetto riformatore, dunque, è previsto un meccanismo di restituzione degli atti al p.m. che opera solo “all'interno” della fase, senza regressione del procedimento. E nella relazione accompagnatoria si evidenzia, a proposito delle vicende dell'imputazione, come «la convinzione che il vizio di imputazione costituisca scorretto esercizio dell'azione penale autorizza il giudice alla restituzione degli atti al p.m.», precisandosi tuttavia che «esigenze di economia processuale e la natura della sede consentono un potere sollecitatorio del giudice al pubblico ministero, che non inficia assolutamente la libertà operativa del magistrato di accusa né riduce le garanzie per l'imputato». Per commenti, cfr. R. Magi, *Appunti sulla bozza di delega per un nuovo codice di procedura penale*, in *QG* 2007, V, 867.

<sup>28</sup> Cfr., per tutti, F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., 271.

<sup>29</sup> Secondo G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino 2014, 584, la locuzione “fatto” si riferisce alla fattispecie «che è frutto di un'astrazione, giacché la situazione concreta, essendo unica, è nel contempo una situazione di fatto qualificata dal diritto e una situazione di diritto realizzatasi nel fatto». Essa, quindi, «è distinta dalla fattispecie legale in quanto ha in sé un maggior numero di “connotati” del fatto che rappresenta». Secondo F. Cordero, *Considerazioni sul principio di identità del fatto*, in *RIDPP* 1958, 94, per “fatto processuale” deve intendersi «il complesso dei requisiti minimi (senza i quali, cioè, l'identificazione sarebbe impossibile o monca), che concorrono a profilare sul piano storiografico un certo avvenimento, nel quale si assume che ricorrano gli estremi previsti da un'ipotesi normativa». Secondo altra impostazione, il fatto è un'entità di matrice naturalistica, che comprende oltre a tutti gli elementi descrittivi previsti nella fattispecie astratta, quali la condotta, il nesso di

effettivamente emersi all'esito dell'udienza e dal medesimo apprezzati nell'autonomia delle sue funzioni giurisdizionali<sup>30</sup>.

Ciò significa che sul giudicante, quale riflesso del connaturale potere di *ius dicere*<sup>31</sup>, incombe il dovere di controllare la correttezza formale e sostanziale dell'addebito così da renderlo perfettamente aderente alle sue convinzioni<sup>32</sup>.

Posto che la legittimazione del p.m. a intervenire direttamente sul contenuto dell'imputazione è quasi scontata – posto che tale prerogativa è espressamente tipizzata dalle norme di legge<sup>33</sup>

---

causalità, l'evento, le condizioni di punibilità, il dolo e la colpa, anche le coordinate spazio temporali del fatto contestato e le modalità di esecuzione che lo identificano sul piano storico. Sulla nozione di "fatto", *ex multis*, G. Bettiol, *La correlazione tra accusa e sentenza nel processo penale*, Milano 1936, 76; G. Conso, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano 1955, 83; O. Dominioni, *Fatto diverso, trasmissione degli atti al pubblico ministero e nuova contestazione istruttoria*, in *CP* 1978 1151; A. Pagliaro, voce *Fatto*, in *ED*, XVI, Milano 1967, 963; G. Spangher, *Fatto e qualifica giuridica nell'imputazione per reato colposo*, in *RDP* 1970, 308. Più in generale, senza pretese di esaustività, E.M. Catalano, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *IP* 2002, 521; S. Furfaro, *L'accertamento dei fatti processuali*, in *La prova penale*, I, *Il sistema della prova*, a cura di A. Gaito, Torino 2008, 379; F. Giunchedi, voce *Fatto (dir. proc. pen.)*, in *DigDPen*, IV, Torino 2008, 344; D. Negri, *Fumus commissi delicti. La prova per le fattispecie cautelari*, Torino 2004, 57; G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano 1979, 33; M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino 2007, *passim*.

<sup>30</sup> In questo senso C. Cesari, *Modifica dell'imputazione e poteri del g.u.p.*, cit., 293; P. Ferrua, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, a cura di M. Pisani, Milano 1991, 204; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 291; C. Valentini, *Imputazione e giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1008. Come rileva G. Ubertis, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, cit., 91, «[O]ggetto di prova non è [...] il fatto materiale, bensì la veridicità dell'affermazione circa l'esistenza del fatto, che si fonda su un giudizio di coincidenza fra gli enunciati fattuali formulati, di volta in volta, dal pubblico ministero nell'accusa e quelli risultanti dall'acquisizione probatoria». In senso analogo L. Carli, *Fatto e verità nell'ideologia della riforma e della controriforma del codice di procedura penale (le ragioni dei pratici)*, in *RIDPP* 1995, 238.

<sup>31</sup> E. Spagna Musso, voce *Giudice. I. – Nozione e profili costituzionali*, in *ED*, XVIII, Milano 1969, 931, che ricorda come sia giudice «sia colui che *ius dicit* nel senso che pone direttamente in essere la norma di regolazione del caso concreto oggetto di giudizio, sia colui che soltanto *iudicat*, cioè perviene alla definizione del giudizio applicando una norma preesistente». Sul punto, più di recente, P. Gaeta, *La verità sinfonica della giurisdizione in Costituzione*, in *CP* 2014, 1, 710. Sulle possibili incrinature del principio *de qua*, si rinvia a § 4.1.

<sup>32</sup> Secondo O. Dominioni, voce *Imputazione*, in *ED*, XX, Milano 1970, 818, il «"fatto" dell'imputazione rappresenta il dato storico fondamentale di tutto il processo; pertanto, non è possibile che, esercitata l'azione per un fatto, il processo, assuma ad oggetto un altro fatto, e su di esso avvenga la decisione del giudice. Tuttavia, l'accusa è perfezionabile e la differenza tra i due casi riguarda la compatibilità o meno dell'ipotesi iniziale e di quella successiva». Come rileva T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 99, l'imputazione non costituisce «affatto la sintesi programmatica, formulata *ex ante* [...], di una deduzione sillogistica [bensì] soltanto il parametro, formalizzato ma non per questo definitivo, che serve a contenere il discorso probatorio entro limiti accettabili». Sul piano concettuale, il controllo giurisdizionale operato in sede di udienza preliminare sull'enunciato fattuale oggetto dell'imputazione investe il rispetto di due distinti doveri del p.m.: anzitutto, quello di descrivere con chiarezza e precisione il fatto contestato; poi, e solo a condizione che il primo sia soddisfatto, quello di contestare un fatto la cui enunciazione corrisponda a quello emergente dal fascicolo. «A fronte di tali doveri, il vaglio giurisdizionale non può che svolgersi – logicamente, prima ancora che metodologicamente - in due momenti, il secondo dei quali eventuale, postulando il positivo superamento del primo». Così F. Cassibba, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, in *AP* 2019, 3, 3.

<sup>33</sup> Come è noto, nella versione originaria del codice, l'art. 423 Cpp riconosceva espressamente al p.m. la facoltà di procedere, nel corso dell'udienza preliminare, alle necessarie modifiche ed integrazioni dell'imputazione e, dunque, di porre rimedio ad eventuali lacune della stessa, sia allorché il fatto risulti diverso (co. 1), sia allorché emerga un fatto nuovo (co. 2), con la diversa disciplina processuale tratteggiata nella medesima norma.

ed è coerente con la connaturale funzione di titolare dell'azione penale<sup>34</sup> –, quello che per anni è rimasto avvolto dal mistero è il riconoscimento del potere del g.u.p. di incidere sull'addebito tutte le volte in cui non è in linea con le prospettazioni dell'accusa<sup>35</sup>.

Più concretamente, le criticità della disciplina sono emerse – almeno fino all'intervento “risolutore” della “Riforma Cartabia” – in relazione all'ipotesi in cui, pur sussistendo secondo l'organo della giurisdizione la necessità di modificare l'imputazione, il p.m. rimane inerte non avvedendosi della nuova evenienza o, comunque, non reputandola tale da imporre una rivalutazione dell'addebito<sup>36</sup>.

Se per il giudice del dibattimento una simile possibilità è espressamente tipizzata dall'art. 521 Cpp<sup>37</sup>, l'art. 423 Cpp non prevede(va) come dovesse comportarsi il g.u.p. nel caso in cui ritenesse che il fatto contestato fosse “difforme”<sup>38</sup> da quello ipotizzato dal p.m., sicché per

---

Precisamente, nel caso di fatto diverso, di reato connesso a norma dell'art. 12 co. 1 lett. b Cpp o di una circostanza aggravante, fino alle modifiche operate dalla “Riforma Cartabia”, il p.m. era legittimato a contestare l'imputazione all'imputato presente anche senza il suo consenso; mentre nel caso di fatto nuovo procedibile d'ufficio, ai sensi dell'art. 423 co. 2 Cpp, il giudice ne autorizzava la contestazione se il p.m. ne faceva richiesta e vi era il consenso dell'imputato. Sul punto, per tutti, A. Scalfati, *L'udienza preliminare*, cit., 110.

<sup>34</sup> Sul punto, senza pretese di esaustività, M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova 1995, 24; O. O. Dominioni, voce *Azione penale*, in *DigDPen*, I, Torino 1987, 398; E. Marzaduri, voce *Azione*, in *EGT*, V, Roma 1996, 8; C. Morselli, voce *Pubblico ministero*, in *DigDPen*, X, Torino 1995, 476; F. Ruggieri, voce *Azione penale*, in *ED*, III, Milano 2010, 129; Ead, voce *Pubblico ministero*, *ivi*, II, Milano 2008, 998.

<sup>35</sup> Ricostruiscono efficacemente i termini del dibattito, L. Lombardo, *Il controllo del giudice sull'imputazione e poteri del p.m.*, cit., 3982; D. Potetti, *Il controllo del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1493.

<sup>36</sup> Come rileva A. Bassi, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, cit., 3994, «non essendo previsto in capo all'organo dell'accusa un obbligo di correzione/integrazione della contestazione imperfetta, *quid iuris* nel caso in cui il pubblico ministero non provveda ad emendare l'imputazione che non rispetti i requisiti di precisione imposti dall'art. 429, comma 1, lett. c) c.p.p.?».

<sup>37</sup> Dai c 2 e 3 dell'art. 521 Cpp, non espressamente richiamati con riguardo all'udienza preliminare, si ricava che il giudice del dibattimento può disporre, con ordinanza inoppugnabile, la trasmissione degli atti al p.m. qualora accerti che il fatto è diverso da come è descritto nell'imputazione (contenuta nel decreto che dispone il giudizio) ovvero nella contestazione suppletiva effettuata a norma degli artt. 516, 517 e 518 co. 2 Cpp o effettuata “fuori dai casi previsti” da tali disposizioni.

<sup>38</sup> Il fatto è “difforme” quando «il fatto risulta diverso da come è descritto» in un'imputazione già enunciata nell'atto di esercizio dell'azione penale, ovvero quando occorre qualificare diversamente il fatto rispetto a come descritto nella richiesta di rinvio a giudizio. Precisamente, per fatto “diverso” deve intendersi quello che ha «connotati materiali anche differenti da quelli descritti nel capo d'imputazione ma invariato nei suoi elementi costitutivi (condotta, oggetto), inclusi i riferimenti spazio-temporali». Così Cass. 10.2.2022 n. 18020, in *CEDCass*, m. 283371; Cass. 19.10.2016 n. 47600, *ivi*, m. 268319; Cass. 3.4.2008 n. 19725, *ivi*, m. 240038; Cass. 11.5.1998 n. 5405, *ivi*, m. 210845. Sulla definizione di fatto “diverso”, in dottrina, *ex multis*, M. Scaparone, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Compendio di procedura penale*, diretto da G. Conso-V. Grevi, Padova 2006, 548, per cui il fatto «si dice diverso quando, pur restando lo stesso [...] risulta essere stato commesso con modalità di tempo, luogo o altra natura diverse da quelle già contestate e rispetto alle quali l'imputato ha presumibilmente preparato la propria difesa». In termini simili T. Bene, *Diversità ontologiche e difformità di effetti delle "modificazioni della imputazione"*, in *GI* 1995, 314; R. Bricchetti-L. Pistorelli, *L'udienza preliminare. Dall'avviso di conclusione delle indagini preliminari ai riti alternativi*, Milano 2003, 166; R. Bricchetti, *L'udienza preliminare e i riti alternativi nel nuovo processo penale*, Milano 1993, 70; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 21. In senso contrario, F. Cordero, *Procedura penale*, VI ed., Milano 2001, 446, secondo cui «quando il fatto è “diverso” devono restare comunque fermi la condotta e, rispetto ai reati materiali, l'oggetto fisico: la diversità può riguardare solo l'elemento psichico (dolo o colpa), il nesso causale, l'evento ovvero il luogo o nel tempo di commissione del reato». Oltre al fatto “strettamente diverso”, può anche accadere che il giudicante, nell'esercizio delle sue funzioni valutative, attribuisca all'oggetto dell'accertamento una qualificazione giuridica diversa da quella prospettata dal p.m.; ipotesi che si realizza tutte le volte in cui occorre «stabilire se un

lungo tempo i più “integralisti” – tanto con riferimento al fatto diverso<sup>39</sup>, quanto nel caso di diversa qualificazione del fatto<sup>40</sup> – hanno ritenuto che «di fronte all’inerzia [della pubblica accusa] ovvero in presenza di una sua diversità di “vedute”, il giudice parrebbe comunque vincolato al fatto siccome indicato nella richiesta di rinvio a giudizio e, conseguentemente, nell’ipotesi in cui egli si convincesse che lo stesso è invece difforme, sarebbe obbligato al proscioglimento dell’imputato»<sup>41</sup>.

Nonostante il silenzio serbato dal codice, il contenuto dell’art. 423 Cpp viene progressivamente arricchito dagli spasmodici e granitici interventi della giurisprudenza costituzionale, prima, e della Corte di legittimità, poi.

Nel dettaglio, i giudici – nella convinzione per cui il principio di correlazione tra accusa e sentenza sia un dogma di portata generale e come tale trasversalmente applicabile<sup>42</sup> – tracciano

---

determinato oggetto può costituire il riferimento empirico di una certa espressione». Così P. Ferrua, *La prova nel processo penale. I. Struttura e procedimento*, Torino 2015, 25. Come sostenuto da A. Capone, Much ado about nothing. *Obblighi convenzionali e riqualificazione giuridica del fatto*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu) 30.03.2017, 2, «[F]orse la più importante tra le operazioni cognitive che contraddistinguono l’attività giurisdizionale è quella di dichiarare qual è la disciplina giuridica applicabile ai fatti che sono emersi in giudizio. In una prospettiva discendente, secondo un’espressione impropria ma tradizionale, si tratta di «applicare» il diritto al fatto; in una prospettiva ascendente, secondo un’espressione di matrice filosofica, si tratta di «sussumere» il fatto sotto una determinata norma giuridica». In questa prospettiva, il *discrimen* tra fatto diverso e diversa qualificazione giuridica del fatto – i quali, è bene ribadirlo, rientrano nella *macro* categoria del “fatto difforme” – risiede nella possibile alterazione degli elementi che costituiscono la fattispecie astratta. Così, se il fatto rimane lo stesso, vale a dire purché la modifica del *nomen iuris* non comporti il riferimento a una fattispecie strutturalmente non omogenea all’episodio concreto oggetto del processo, si tratta di diversa qualificazione giuridica; viceversa, se si trasformano i termini del giudizio si ha fatto diverso. In questo senso D. Siracusano-F. Siracusano, *Il giudizio*, in *Diritto processuale penale*, a cura G. Di Chiara, V. Patanè, F. Siracusano, Milano 2013, 646.

<sup>39</sup> Come precisato da Cass. 30.3.1994 n. 1471, in *ANPP* 1994, 4, 515, «[L]’oggetto sul quale deve pronunciarsi in esito alle indagini preliminari l’organo giurisdizionale [...] è l’imputazione formulata dalla pubblica accusa, sulla quale il contraddittorio si è svolto e che, a norma dell’art. 423 Cpp può essere modificata esclusivamente per iniziativa dello stesso organo che l’ha formulata, senza possibilità di interventi diretti da parte del giudice, il quale può soltanto autorizzare la contestazione del fatto nuovo al pubblico ministero che ne abbia fatto richiesta». In senso analogo, Cass. 1.7.1991 n. 2964, in *CEDCass*, m. 188080.

<sup>40</sup> Cfr. Cass. 28.6.1995 n. 2624, in *CEDCass*, m. 202338; Cass. 13.10.1993 n. 2826, *ivi*, m. 197367.

<sup>41</sup> In questi termini A. Ferraro, *Il giudice dell’udienza preliminare*, cit., 1119, il quale, tuttavia, sottolinea che il potere del g.u.p. di qualificare diversamente il fatto «è attribuito espressamente al giudice del dibattimento, entro i limiti della sua competenza, dall’art. 521 co. 1 Cpp: potrebbe quindi ipotizzarsi un’applicazione analogica della suddetta norma ma tale “prospettazione” potrebbe “scontare” l’obiezione che il punto 52 dell’art. 2 della l. delega del 16 febbraio 1987, n. 81, prevede che il decreto che dispone il giudizio enuncia l’imputazione formulata dal p.m.». Altra parte di dottrina sostiene che nemmeno può essere riconosciuto al giudice il potere di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica, posto che spetta soltanto al p.m., titolare esclusivo dell’azione penale, la possibilità di modificare l’addebito; di conseguenza, al g.u.p., in disaccordo con la pubblica accusa sui contenuti dell’imputazione, sarebbero consentite due alternative di decisione, ossia il decreto che dispone il giudizio, oppure emettere sentenza di non luogo a procedere. In questo senso E. Lupo, *L’udienza preliminare*, in *Quaderni del C.S.M.* 1989, 28, 265; D. Manzione, *Commento all’art. 424 c.p.p.*, in *Commento al nuovo c.p.p.*, coordinato da M. Chiavario, Torino 1988, 655. Secondo F. Cordero, *Procedura penale*, VI ed., cit., 748, «qualora la diversità del fatto è rilevata dal giudice a discussione chiusa, l’unico rimedio possibile è un’ordinanza che la riapra, affinché il p.m. formuli l’enunciato storico».

<sup>42</sup> Precisamente, la Consulta chiarisce che «[D]al principio generale della necessaria correlazione tra accusa e sentenza, posto non solo a tutela del diritto di difesa dell’imputato ed a garanzia del contraddittorio, ma anche al fine del controllo giurisdizionale sul corretto esercizio dell’azione penale, può desumersi che la costante corrispondenza dell’imputazione a quanto emerge dagli atti è un’esigenza presente in ciascuna fase processuale, e quindi anche nell’udienza preliminare». In questo senso C. cost., 15.03.1994, n. 88, cit., 324. Come anche sottolineato dalla dottrina, «la direttiva n. 52 della legge delega non appare rappresentare un ostacolo

la strada che il g.u.p. è tenuto a percorrere tutte le volte in cui sia “insoddisfatto” del contenuto dell’addebito mosso dal p.m. ricorrendo all’applicazione analogica del dettato dell’art. 521 Cpp che, come noto, delinea lo schema-tipo che deve rispettare l’organo giurisdizionale del dibattimento nel caso di dissenso con le prospettazioni dell’accusa.

Secondo la Consulta<sup>43</sup>, va perentoriamente esclusa l’esistenza di un obbligo a carico del g.u.p. di rinviare a giudizio l’imputato tenendo ferma l’originaria imputazione e, di conseguenza, nel caso in cui il fatto sia diverso da quello contestato, il giudice, «nella veste di consigliere dell’inquirente»<sup>44</sup>, è tenuto a «sollecitare il p.m. ad adeguare l’imputazione e, solo in mancanza, può disporsi la restituzione degli atti [...]»<sup>45</sup>.

Di conseguenza – chiariscono i giudici di legittimità<sup>46</sup>, anche in applicazione dello “schema Battistella”<sup>47</sup> – «non è abnorme il provvedimento con cui il g.u.p. [...] dispone la trasmissione degli atti [alla pubblica accusa] perché quest’ultim[a] modifichi o riduca le accuse enunciate

---

all’applicazione "trasversale" del principio di correlazione tra la domanda e il procedimento decisorio, dovendo essere letta non tanto come un limite alle facoltà del g.u.p. quanto come l’affermazione del principio alla stregua del quale deve sussistere perfetta coerenza tra l’atto che introduce la fase processuale ne imposta l’oggetto e il provvedimento che conclude la fase e su tale oggetto esprime una valutazione». Così A. Bassi, *Il giudice dell’udienza preliminare e il potere di modifica dell’imputazione*, in CP 1997, 1467.

<sup>43</sup> C. cost., 17.03.2010, n. 103, cit., 1151; C. cost., 15.03.1994, n. 88, cit., 324. Tra l’altro, una simile soluzione, per quanto aderente alla lettera della legge, trascurava la considerazione di ordine sistematico per cui, pronunciata la sentenza di non luogo a procedere per mancata corrispondenza tra la ricostruzione del fatto prospettata dal pubblico ministero e quella ritenuta dal giudice, diventava impossibile esercitare nuovamente l’azione penale se non qualora nuove fonti di prova consentissero la revoca della sentenza medesima. In questo senso T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, Milano 1996, 497. Cfr. pure S. Quattrocolo, *Riqualificazione del fatto: una parola, ma non conclusiva, della Corte Costituzionale*, in LP 2010, 337.

<sup>44</sup> Così A. Pasta, *Poteri del giudice dell’udienza preliminare sull’imputazione*, cit., 296.

<sup>45</sup> Così C. cost., 15.03.1994, n. 88, cit., 326, che, nell’ottica di valorizzare il ruolo del giudicante nella valutazione delle accuse mosse dal p.m., respinge la questione di legittimità costituzionale dell’art. 424 Cpp, in riferimento agli artt. 3, 97 e 112 Cost. – nella parte in cui non prevede che il g.u.p., all’esito dell’udienza preliminare, possa trasmettere gli atti al p.m. per descrivere il fatto diversamente da come ipotizzato nella richiesta di rinvio a giudizio –, affermando che il principio della necessaria correlazione tra accusa e sentenza è posto non solo a tutela del diritto di difesa dell’imputato e a garanzia del contraddittorio, ma anche al fine del controllo giurisdizionale sul corretto esercizio dell’azione penale.

<sup>46</sup> Cass. 10.10.2018 n. 8078, in CEDCass, m. 275839; Cass. 19.5.2015 n. 35744, *ivi*, m. 266415; Cass. 9.7.2013 n. 42161, *ivi*, m. 256974; Cass. 30.1.2003 n. 11847, *ivi*, m. 223905; Cass. 5.5.2000 n. 3375, in CP 2000, 1483, con nota di D. Potetti, *Il controllo del giudice dell’udienza preliminare*, cit. *Contra*, Cass. 18.12.1996 n. 740, in RIDPP 1996, 644, con nota di B. Piattoli, *Modifica dell’imputazione e poteri del g.u.p.*

<sup>47</sup> Allorquando l’imputazione è generica e/o incompleta, secondo Cass. SU 20.12.2007 n. 5307, cit., il g.u.p. è tenuto a sollecitare l’inquirente a precisare l’imputazione e, solo nel caso di inerzia di quest’ultimo, dispone la restituzione degli atti. Precisamente, a parere della Corte, «è abnorme, quindi ricorribile per Cassazione, il provvedimento con cui il g.u.p. disponga la restituzione degli atti al p.m. per genericità e indeterminatezza dell’imputazione senza avergli preventivamente richiesto di precisarla, ritenendo invece rituale il provvedimento con cui il medesimo giudice, dopo aver sollecitato il p.m. nel corso dell’udienza preliminare ad integrare l’atto imputativo senza che quest’ultimo abbia adempiuto al dovere di provvedervi, determini la regressione del procedimento onde consentire il nuovo esercizio dell’azione penale in modo aderente alle effettive risultanze di indagine, restituendogli gli atti in base all’applicazione analogica dell’art. 521 c.p.p.». Per commenti sulla pronuncia *de qua*, in chiave critica, S. Azzolin, *Imputazione generica o indeterminata*, cit., 177; L. Lombardo, *Genericità dell’imputazione e poteri del giudice dell’udienza preliminare*, cit., 623; G. Lozzi, *Enunciazione in forma non chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio: conseguenze*, in RIDPP 2010, 418; C. Marinelli, *La genericità o indeterminatezza dell’imputazione nella fase dell’udienza preliminare*, cit., 2327; O. Mazza, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell’udienza preliminare*, cit., 1372; L. Pistorelli, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell’udienza preliminare*, cit., 2310.

nella richiesta di rinvio a giudizio»<sup>48</sup>, dal momento che si tratta «di attività diretta a soddisfare l'esigenza della costante corrispondenza dell'imputazione a quanto emerge dagli atti e come tale rientrante nei poteri dell'organo giurisdizionale»<sup>49</sup>.

Nel caso in cui il g.u.p. ritenesse di dover attribuire al fatto una diversa qualificazione giuridica, secondo la Consulta «l'organo della giurisdizione è legittimato a procedere in totale autonomia»<sup>50</sup>, in linea di continuità con quanto avviene del dibattimento ai sensi dell'art. 521 co. 1 Cpp.

Come ribadito dalla giurisprudenza di legittimità nella sua composizione più autorevole<sup>51</sup>, anche in sede di udienza preliminare si ravvisa «la esigenza della corretta applicazione della legge, correttezza che consiste nel rispetto delle norme dettate per l'accertamento della fondatezza del fatto, nel rispetto delle norme previste per contestare la diversità o la novità del fatto e nell'assicurare, anche con il contributo del giudice, la corretta qualificazione giuridica del fatto, nel caso in cui il giudice si renda conto che la fattispecie astratta ipotizzata non è quella che la legge prevede per quel fatto, e la corregga»<sup>52</sup>.

Dunque, affermare che il g.u.p. «non possa dare al fatto una diversa qualificazione giuridica [in totale autonomia], sul presupposto che l'art. 423 Cpp attribuisce solo al p.m. questo potere, significa dire una cosa non corrispondente al vero»<sup>53</sup>.

D'altro canto, si è osservato in dottrina che l'esercizio del *ius variandi* «non incide sull'autonomo potere – riservato in via esclusiva al p.m. – di modificare il fatto contestato e di procedere a nuova contestazione qualora esso risulti diverso da come è descritto nell'imputazione»<sup>54</sup>.

Di conseguenza, «non v'è motivo per precludere al g.i.p. di dare al fatto una definizione giuridica diversa all'esito dell'udienza preliminare, così come consentito al giudice dibattimentale, [mentre] il g.u.p. non può, all'opposto, modificare l'imputazione (*rectius*: il fatto oggetto dell'imputazione), cioè pronunciarsi su un fatto “diverso” da come è descritto

<sup>48</sup> Così Cass. 9.7.2013 n. 42161, cit. In senso conforme, Cass. 5.5.2000 n. 3375, cit.

<sup>49</sup> Così B. Piattoli, *Modificazione dell'imputazione e poteri del G.U.P.*, cit., 647. In questo senso già D. Grosso, *L'udienza preliminare*, Milano 1991, 255. Come chiarito da A. Pasta, *Poteri del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione*, cit., 296, «un'interpretazione estensiva del dettato di cui all'art. 423 c.p.p. non vieterebbe che alle modifiche dell'imputazione ritenute opportune il pubblico ministero possa essere sollecitato mediante un provvedimento del giudice, il quale, ravvisando l'emergere di fatti diversi da quelli contestati, lo inviti espressamente a tali adempimenti».

<sup>50</sup> C. cost., 15.07.1991, n. 347, cit. Interrogata circa la legittimità costituzionale dell'art. 429 Cpp, in relazione agli artt. 25 co. 1 e 101 co. 2 Cost. – nella parte in cui, ricordato agli artt. 417 co. 1 lett. b e 423 Cpp., non consente al g.u.p. di dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione formulata dal p.m. –, la Corte ha rilevato preliminarmente che «la questione di specie investe non il tema generale se al g.i.p. sia riconosciuta o riconoscibile la facoltà di dare al fatto una qualificazione giuridica diversa» poiché tale possibilità è insita nella funzione giurisdizionale».

<sup>51</sup> Cass. SU 22.10.1996 n. 16, cit., 360, con nota di M. Manna, *Sempre possibile per il g.i.p. e il tribunale del riesame dare al fatto una qualificazione giuridica*.

<sup>52</sup> Così Cass. SU 22.10.1996 n. 16, cit.

<sup>53</sup> Cass. SU 22.10.1996 n. 16, cit. In senso conforme, Cass. 13.12.2017 n. 21732, in *CEDCass*, m. 273341; Cass. 10.5.2017 n. 28262, *ivi*, m. 270521; Cass. 17.4.2012 n. 28481, *ivi*, m. 253695; Cass. 01.12.2010 n. 1803, *ivi*, m. 249334; Cass. 29.1.1996 n. 548, in *CP* 1996, 2345; Cass. 15.12.1996, n. 1021, in *CEDCass*, m. 204080; Cass. 2.2.1996, n. 677, *ivi*, m. 204257. In senso conforme, in dottrina, A. Bassi, *Il giudice dell'udienza preliminare e il potere di modifica dell'imputazione*, cit., 1467; A. Virgilio, *Fatto diverso: trasmissibilità degli atti dal g.u.p. al p.m.?*, in *GP* 1994, I, 162.

<sup>54</sup> Cass. 10.5.2017 n. 28262, cit.

nell'imputazione, un fatto nuovo, un reato che sia in concorso formale o in continuazione, una circostanza aggravante, senza rituale contestazione»<sup>55</sup>.

3. Al netto delle manifeste resistenze dottrinali<sup>56</sup>, i *dicta* della giurisprudenza costituzionale e di legittimità sono riusciti a reggere “l'urto della modernità” per quasi trent'anni.

La stabilità prasseologica raggiunta non ha, però, frenato il bisogno di un intervento chiarificatore in materia per attenuare il rischio di interpretazioni elastiche distorte tali da far rientrare tra le maglie del potere autonomo di riqualificazione anche alcune forme di modifica sostanziale del fatto<sup>57</sup>.

Non a caso, la “Riforma Cartabia” si preoccupa (tra l'altro) di delineare lo spazio di manovra concesso al giudicante nel “modellare” la *regiudicanda*, così da assicurare la cristallizzazione dell'addebito già durante l'udienza preliminare<sup>58</sup>, «superando i casi problematici»<sup>59</sup> determinati dalla difficoltà (talvolta oggettiva) di discernere il tipo di fatto oggetto di adattamento e/o modifica.

L'obiettivo è contingentare la durata media dei procedimenti nazionali<sup>60</sup>, considerato che «la completezza dell'imputazione e la sua correttezza in punto di fatto e di diritto, oltre ad agevolare una tempestiva scelta per i riti alternativi, riduce il rischio di modifiche delle contestazioni nel corso dell'istruzione dibattimentale e di regressioni in esito al dibattimento»<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Così C. Cesari, *Modifica dell'imputazione e poteri del g.i.p.*, cit., 295, la quale rileva, tuttavia, che «la funzione di controllo del g.i.p. sul corretto esercizio dell'azione penale – e, dunque, anche sull'imputazione elevata dal p.m. – non presuppone necessariamente un potere correttivo autonomo. Nel caso di errata qualificazione giuridica, potrebbe infatti riconoscersi al g.i.p. la facoltà di restituire gli atti al p.m., affinché modifichi l'inquadramento giuridico del fatto conformemente alle indicazioni del giudice, analogamente a quanto previsto [dalla Consulta] per l'ipotesi in cui il fatto risulti diverso da come contestato e il p.m. non abbia esercitato i suoi poteri *ex art. 423 c.p.p.*». Come rileva A. Capone, *Iura novit curia*, cit., 72, «fermo restando che il giudice non può essere costretto a recepire e riprodurre l'errore giuridico del pubblico ministero [...] nulla impone che il rimedio debba essere costituito dalla riqualificazione *ex officio* prevista per il giudice del dibattimento». In questo senso anche G. Dean, *Qualifica giuridica del fatto nella fase delle indagini preliminari*, in *GI* 1990, II, 410; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 495. *Contra* G. Conso, voce *Accusa e sistema accusatorio*, in *ED*, I, Milano 1958, 343, per cui «circa le possibili modificazioni dell'accusa occorre, innanzitutto, distinguere a seconde che riguardino la materiale consistenza dei fatti addebitati oppure la loro qualificazione giuridica [...], alle modifiche del secondo tipo si può sempre provvedere, anche di iniziativa del giudice». Analogamente, A. Bassi, *Il controllo giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione nello sviluppo del procedimento penale*, cit., 3994; G. Garuti, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 262; A. Scalfati, *L'udienza preliminare*, cit., 90.

<sup>56</sup> Esplicativa, a tal proposito, è la ricostruzione operata da R.E. Kostoris, voce *Giudizio*, in *EGT*, VI, Roma 1997, 8, per cui «il giudice, nella sede decisoria, non deve sostituire la propria ricostruzione del fatto a quella contestata dal pubblico ministero. In breve, la decisione del giudice è a tema obbligato: deve pronunciarsi sull'ipotesi di accusa».

<sup>57</sup> In questo senso, F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., 44.

<sup>58</sup> Come sostenuto dalla dottrina dominante, dal punto di vista cronologico, il valore euristico del contraddittorio argomentativo giustifica la modificabilità dell'imputazione sino alla dichiarazione di chiusura della discussione. In questo senso B. Giangiacomo, *L'attività del GUP nell'udienza preliminare tra poteri di sollecitazione e integrazione*, in *DPP* 2012, 236; G. Garuti, *La verifica dell'accusa nell'udienza preliminare*, cit., 255; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 482; A. Virgilio, *Profili ideologici ed evolutivi dell'udienza preliminare*, Napoli 2007, 146.

<sup>59</sup> Così *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della l. 27 settembre 2021 n. 134, p. 104*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 22.10.2022, 107

<sup>60</sup> Cfr. § 1, nt. 11.

<sup>61</sup> In questo senso *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, cit., 107. Come precisato da T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 163, «[S]e si considera la delicatezza



In questa prospettiva, la riforma intende codificare un regime di controllo bifasico sul fatto, attraverso l'introduzione di una nuova "sotto-fase" dell'udienza preliminare – da concentrare prima della dichiarazione di apertura della discussione delle parti – durante la quale il g.u.p. è tenuto a esperire due distinti ma consequenziali controlli: il primo, relativo alla chiarezza e alla precisione descrittiva dell'addebito nel rispetto alle previsioni di cui all'art. 417 co. 1 lett. *b* Cpp<sup>62</sup>; il secondo, da attuare solo nel caso in cui tali requisiti si ritengano soddisfatti, funzionale a garantire la correttezza contenutistica del fatto, in conformità a quanto emerge dal fascicolo<sup>63</sup>. Per questo secondo aspetto, la delega è stata attuata mediante l'interpolazione dell'art. 423 Cpp<sup>64</sup> che finisce per replicare la ben nota (e altrettanto criticata)<sup>65</sup> "sequenza Battistella"<sup>66</sup>, cui ricorrere sia nel caso di imputazione "incompleta", ex art. 421 co. 1 Cpp, sia al cospetto di un addebito completo ma non conforme alle prospettazioni del giudice di fase, ex art. 423 co. 1 *bis* Cpp<sup>67</sup>.

---

delle questioni insorgenti a causa di un'imputazione deficitaria o non aderente alle risultanze degli atti, nonché la loro negativa incidenza, se non risolte, sull'opzione per i riti alternativi e comunque sulla successiva fase del giudizio, si comprende come questo intervento, chiarendo la forma e aumentando la misura dei controlli giudiziali in materia, persegua l'obiettivo della "stabilizzazione" dell'imputazione quale leva, anch'essa, di efficienza del processo».

<sup>62</sup> Per dovere di completezza si precisa che, ai sensi del riformato art. 421 co. 1 Cpp, in caso di violazione della disposizione di cui all'art. 417 co. 1, lett. *b* Cpp, il g.u.p. rivolge al p.m. l'invito a riformulare l'imputazione, previa discussione con le parti. Il rilievo dell'invalidità della richiesta di rinvio a giudizio non determina pertanto la restituzione degli atti, ma un'ipotesi di sanatoria dei contenuti dell'imputazione da parte del p.m., su sollecitazione dell'organo giudicante. Ove il p.m. ottemperi la sollecitazione del giudice, si delinea lo schema previsto dal co. 1 *bis* dell'art. 421 Cpp, applicabile anche nell'ipotesi di modifica (autonoma o integrata dall'invito del g.u.p.) all'imputazione completa. Sul punto G. Varraso, *Le nullità dell'imputazione*, cit., 2.

<sup>63</sup> Disposizioni analoghe vengono previste nell'ambito dei procedimenti davanti al tribunale in composizione monocratica (artt. 554 *bis* co. 5, 6 e 7 Cpp). Sul punto, per tutti, M. Daniele, *L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali*, in *www.sistemapenale.it* 16.01.2023, 3.

<sup>64</sup> La questione relativa ai poteri di controllo del g.u.p. in materia di controllo dell'imputazione è stata oggetto di una specifica disciplina nell'art. 1 co. 9, lett. *n.*, l. n. 134/2021, per cui il delegante è tenuto a «prevedere che, al fine di consentire che il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare una misura di sicurezza, nonché i relativi articoli di legge, siano indicati in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti, il giudice, sentite le parti, ove il p.m. non provvede alle necessarie modificazioni, restituisce, anche d'ufficio, gli atti al p.m.». Per un commento del criterio direttivo in parola, ex plurimis, R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, in *PPG* 2022, 1, 83; G. Fiorelli, *Indeterminatezza dell'imputazione e conseguenze sanzionatorie nella prospettiva della legge delega n. 134 del 2021: vecchi equivoci e nuove resistenze dogmatiche*, in *AP* 2022, 1, 1; Ead., *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione in sede di udienza preliminare: tra tentativi di codificazione giurisprudenziale e resistenze dogmatiche*, in *"Riforma Cartabia" e rito penale*, cit., 145. In conformità ai *dicta* del delegante, l'art. 23 co. 1 lett i d.lgs. n. 150/2022, delinea il nuovo *iter* che il g.u.p. è tenuto a rispettare per azionare i poteri di controllo sull'imputazione. Sul punto, G. Caneschi, *Le modifiche relative all'udienza preliminare*, cit., 141; A. Capone, *I ritocchi in tema di udienza preliminare*, in *GI* 2023, 1196; L. Iandolo, *I rimedi ai vizi dell'imputazione*, cit., 307; S. Lonati, *L'udienza preliminare*, in *Riforma Cartabia. La giustizia penale*, cit., 708; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 160; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 49; G. Varraso, *Le nullità dell'imputazione*, cit., 15.

<sup>65</sup> G. Lozzi, *Enunciazione in forma non chiara e precisa del fatto imputato nella richiesta di rinvio a giudizio: conseguenze*, cit., 418; C. Marinelli, *La genericità o indeterminatezza dell'imputazione nella fase dell'udienza preliminare*, cit., 2327; O. Mazza, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 59.

<sup>66</sup> Cass. SU 20.12.2007 n. 5307, cit.

<sup>67</sup> Come chiarito nella *Relazione illustrativa*, cit., 105, il fatto difforme si riferisce a una imputazione che, seppur non generica, «anche solo in parte non corrisponde alle risultanze degli atti di indagine, tanto in rapporto alla descrizione del fatto che con riferimento alle norme di legge ritenute applicabili». Per espressa previsione normativa lo "schema Battistella" va applicato non solo nell'ipotesi in cui il g.u.p. ravvisi una diversità del fatto,

In sostanza, «[C]iò che è nuovo [...] non è lo schema ma piuttosto il suo ambito operativo»<sup>68</sup>. Precisamente, il neo-introdotta co. 1 *bis* dell'art. 423 Cpp disciplina l'*iter* che il g.u.p. è tenuto a rispettare tutte le volte in cui – assicurata la correttezza “formale” della descrizione del fatto oggetto di addebito – è in disaccordo con le richieste dell'accusa<sup>69</sup>, ritenendo che «il fatto, le circostanze aggravanti e quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza non sono indicati nell'imputazione in termini corrispondenti a quanto emerge dagli atti o che la definizione giuridica non è corretta».

In tali circostanze, il giudicante – lungi dal poter intervenire direttamente sull'addebito tanto in caso di fatto diverso quanto nell'ipotesi di diversa qualificazione giuridica – è tenuto a “invitare” il p.m. ad operare le necessarie modificazioni.

Nel caso in cui il p.m. ottemperi alla sollecitazione del giudicante, secondo quanto previsto dal co. 1 *bis* dell'art. 421 Cpp espressamente richiamato dal co. 1 *ter* dell'art. 423 Cpp<sup>70</sup>, l'imputazione modificata viene inserita nel verbale d'udienza e contestata all'imputato presente anche tramite collegamento a distanza.

Altrimenti, in linea con le modifiche operate in tema di assenza, il giudice è tenuto a sospendere il processo e rinviare a una nuova udienza, disponendo la notifica del verbale all'imputato entro un termine dilatorio di dieci giorni dalla data della nuova udienza, per garantire allo stesso un tempo “congruo” per approntare la nuova linea difensiva<sup>71</sup>.

Viceversa, nel caso di inerzia, ossia allorché il p.m. intenda rimanere fermo sulle posizioni assunte con la richiesta di rinvio a giudizio, il giudice – sentite le parti – dispone anche d'ufficio la restituzione degli atti all'organo dell'accusa, secondo le statuizioni del co. 1 *bis*, ultima parte, dell'art. 423 Cpp.

3.1. Sembra utile qualche precisazione per colmare in via interpretativa i vuoti disciplinari lasciati dal legislatore della riforma.

Intanto, va considerato che solo nel caso di “inottemperanza” dell'organo dell'accusa all'esortazione del giudicante di modificare l'addebito, il procedimento subisce una regressione alla fase precedente così da consentire il nuovo esercizio dell'azione penale in maniera

---

ma anche nel caso in cui intenda attribuire allo stesso una diversa qualificazione giuridica, rispettando i criteri imposti dalla legge-delega attraverso il riferimento a possibili incongruenze nell'indicazione degli «articoli di legge». Secondo R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere*, cit., 92, tale riferimento «sembra sottrarre al giudice dell'udienza preliminare il potere, pacificamente riconosciuto a tale organo dalla giurisprudenza di legittimità, di modificare la qualificazione giuridica del fatto, in applicazione del principio generale sancito dall'art. 521, comma 1, c.p.p.». Così, al fine di evitare una simile conclusione è stato, pertanto, suggerito di riferire l'espressione “relativi articoli di legge” esclusivamente alle circostanze di cui il giudice rileva l'omessa o errata contestazione. In questo senso, L. Pistorelli, *Riforma del processo penale: le direttive di intervento in materia di indagini preliminari e udienza preliminare*, in *Il penalista* 8.10.2021.

<sup>68</sup> Così T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 164.

<sup>69</sup> Conviene sottolineare che la possibilità riconosciuta al g.u.p. di intervenire “*de relato*” sull'addebito prescinde da eventuali integrazioni probatorie. In questo senso Cass. 26.3.2024 n. 19109, in *CEDCass*, m. 286475.

<sup>70</sup> Il richiamo si intende effettuato tanto per le modificazioni “pure” dell'imputazione, ossia quelle effettuate dal p.m. nell'esercizio delle sue funzioni (art. 423 co. 1 Cpp), quanto per quelle “mediate”, ovvero effettuate a seguito delle sollecitazioni del giudicante (art. 423 co. 1 *bis* Cpp).

<sup>71</sup> Secondo G. Caneschi, *Le modifiche relative all'udienza preliminare*, cit., 144, «tenuto conto del fatto che, in forza della nuova formulazione dell'art. 420 Cpp, sono considerati presenti anche coloro che abbiano depositato per iscritto, o a mezzo di procuratore speciale, la richiesta di ammissione ad un rito alternativo, [è necessaria] un'informativa rivolta a tutti gli imputati che l'odierno assetto normativo reputi presenti [...]; del resto la modifica dell'imputazione potrebbe incidere sulla richiesta di rito alternativo presentata, suggerendo l'opportunità di una rettifica o del suo annullamento».

conforme alle effettive risultanze d'indagine<sup>72</sup>; in questo modo, l'epilogo regressivo assumere carattere meramente eventuale, subordinato all'inutile esperimento del rimedio correttivo endofasico<sup>73</sup>.

Inoltre, la formula «sentite le parti» indica la necessità di instaurare un contraddittorio “per” la regressione del procedimento; contraddittorio che però non implica, in capo al giudice, alcun obbligo di acquisire il consenso dei soggetti interpellati poiché la locuzione *de qua* allude esclusivamente alla possibilità di sollecitare un'occasione di confronto sulla difformità<sup>74</sup>.

A tale proposito occorre chiedersi se, una volta regredito il procedimento alla fase preliminare, il p.m. sia tenuto ad adeguarsi alla prospettazione del giudice ovvero sia libero di esercitare nuovamente l'azione penale sulla base dell'addebito già contestato.

Nel silenzio normativo, la soluzione potrebbe essere rinvenuta nella giurisprudenza formatasi sulle previsioni di cui all'art. 521 co. 2 Cpp nel caso di regressione procedimentale provocata dal giudice del dibattimento, per cui l'organo inquirente sembrerebbe obbligato a uniformarsi alla configurazione del fatto come definito dall'organo giudicante, tenuto conto del fatto che «l'ordinanza emessa a norma di detto articolo costituisce una preclusione processuale alla riproduzione della originaria imputazione»<sup>75</sup>.

Una soluzione di questo tipo, tuttavia, non sembra poter essere accolta senza riserve: dalla previsione di cui all'art. 423 co. 1 *bis* Cpp – al pari di quanto emerge dall'esegesi dell'art. 521 co. 2 Cpp – non tanto facilmente può desumersi un meccanismo in grado di imporre autoritativamente al p.m. di cambiare la rotta e adeguarsi automaticamente alla contestazione suggerita dal giudice.

Si tratta piuttosto di una «situazione che semplicemente "sconsiglia" all'accusa di esercitare nuovamente l'azione penale per la stessa ricostruzione del fatto già disattesa dal giudice, ma tuttavia non la preclude, ove disponga di nuovi elementi che reclamino in tali termini questa iniziativa»<sup>76</sup>.

In secondo luogo, occorre chiedersi in quali casi di disaccordo tra g.u.p. e p.m. sul contenuto dell'imputazione siano prospettabili delle cause di incompatibilità del giudicante alla celebrazione dell'udienza<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> Sulla regressione del procedimento, per tutti, R. Del Coco, *La regressione degli atti nel processo penale*, Torino 2020.

<sup>73</sup> Secondo F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 58, «[L]a soluzione adottata dal legislatore delegato è conforme al principio di ragionevole durata del processo, perché scongiura il rischio di una regressione non realmente necessaria, laddove dovuta a profili formali o a una imperfetta ricezione di significato della critica giudiziale all'imputazione».

<sup>74</sup> In questo senso G. Fiorelli, *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione in sede di udienza preliminare*, cit., 149.

<sup>75</sup> Cass. 25.9.2009 n. 39701, in *CEDCass*, m. 245029; Cass. 9.11.2006 n. 41342, *ivi*, m. 23544.

<sup>76</sup> In questi termini T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 360. Secondo L. Lombardo, *Genericità dell'imputazione e poteri del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 640, «se è vero che al giudice compete il controllo sul corretto esercizio dell'azione penale, non può ammettersi neppure che il pubblico ministero sia legittimato a non tenere conto delle indicazioni del giudice e a non adeguarsi ad esse. Dovere precipuo del pubblico ministero, nell'ottica della leale collaborazione col giudice, è quello di tener conto della prospettazione dell'organo giudicante, che è poi quello chiamato a dire l'ultima parola sul fatto per cui si procede; salvo il caso in cui le indicazioni del giudice risultino o palesemente errate o non più attuali, alla luce delle nuove emergenze processuali. Siffatto dovere, tuttavia, è di natura deontologica, non certo di natura giuridica e, tantomeno, processualmente sanzionato».

<sup>77</sup> Sull'istituto *de quo* la dottrina è sterminata. Senza pretese di completezza, v. R. Aprati, voce *Incompatibilità*, in *EGT*, I, Roma 2008, 1; G. Di Chiara, *L'incompatibilità endoprocessuale del giudice*, Torino 2000; A. Diddi, voce *Incompatibilità*, in *DigDPen*, IV, I, Torino 2008, 497; F. Dinacci, *Giurisdizione penale e giusto processo verso nuovi equilibri*, Padova 2003; N. Gianzi, voce *Incompatibilità del giudice*, in *EGT*, XVI, Roma 2000, 1;

Si tratta, come è noto, di una questione ripetutamente affrontata dalla Consulta<sup>78</sup> la quale è assolutamente ferma nel far dipendere l'insorgenza di una causa di incompatibilità del giudice dalla remissività dell'inquirente che partecipa all'udienza preliminare: solo qualora il p.m. non accogliesse la sollecitazione del giudice sorgerebbe un'ipotesi di incompatibilità che, viceversa, non sussisterebbe qualora l'accusa accettasse l'invito a modificare l'addebito<sup>79</sup>.

In altre parole, pur riscontrando che in quest'ultima circostanza si realizza una «penetrante delibazione sul merito della *regiudicanda*»<sup>80</sup>, la Consulta è incline a rigettare l'incidente di costituzionalità della previsione di cui all'art. 34 Cpp sul presupposto per cui la valutazione del giudicante «non si colloca in una precedente e distinta fase del procedimento, rispetto a quella nella quale il giudice è investito»<sup>81</sup>.

Di qui, un principio generale desumibile per via giurisprudenziale: non possono essere previste forme di incompatibilità “orizzontale” e, dunque, non può configurarsi un pregiudizio all'imparzialità del giudice in conseguenza di valutazioni effettuate nell'ambito del medesimo segmento processuale.

---

P.P. Rivello, *L'incompatibilità del giudice penale*, Milano 1996; G. Spangher, voce *Incompatibilità*, in *EGS 24 ore*, 7, Milano 2008, 595.

<sup>78</sup> Solo per ricordare le pronunce più recenti, cfr. C. cost., 21.01.2022, n. 16, in *www.sistemapenale.it* 15.04.2022; C. cost., 29.03.2019, n. 66, in *CP 2019*, 2506; C. cost., 24.01.2017, n. 18, *ivi* 2017, 1471. In particolare, la Corte, con la sentenza n. 18 del 2017, ha rigettato la questione di legittimità dell'art. 34 del codice di procedura penale, sollevata in relazione agli articoli 3, 24 e 111 della Costituzione. La questione riguardava la mancata previsione dell'incompatibilità del g.u.p. nel caso in cui, durante la stessa udienza, avesse invitato il p.m. a modificare l'imputazione per un fatto diverso ma riferito allo stesso imputato e al medesimo fatto storico. Inoltre, con la pronuncia n. 66 del 2019, la Consulta ha evidenziato che l'imparzialità sotto il profilo oggettivo impone di valutare se esistano fatti verificabili che possano generare dubbi, oggettivamente giustificati, sulla imparzialità del giudice. Seguendo i *dicta* provenienti dalla Corte di Strasburgo (C. eur. 16.10.2018, *Daineliene c. Lituania*; C. eur., 31.10.2017, *Kamenos c. Cipro*; C. eur., 20.09.2016, *Karelin c. Russia*; C. eur., 23 aprile 2015, *Morice c. Francia*), si ha mancanza di imparzialità oggettiva quando la valutazione richiesta al giudice, o le espressioni concretamente utilizzate, implicino una sostanziale anticipazione di giudizio, autorizzando a pensare che il giudice si sia già fatto una opinione sull'esistenza del delitto e la colpevolezza dell'imputato, essendosi pronunciato sugli elementi costitutivi dell'illecito. Sul tema, *ex multis*, G. Todaro, *L'incompatibilità del g.u.p. che abbia sollecitato la modifica dell'imputazione, alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RIDPP 2019*, 1022.

<sup>79</sup> In particolare, C. cost., 24.01.2017, n. 18, cit., che sottolinea la differenza esistente tra la sollecitazione rivolta al p.m. per modificare l'imputazione e il caso in cui, a seguito del diniego della pubblica accusa, si realizzi la regressione del procedimento. Precisamente, «l'invito a modificare l'imputazione non risulta affatto assimilabile all'ordinanza di trasmissione degli atti al pubblico ministero. [...] quest'ultima determina la regressione del procedimento: la fase in corso davanti al giudice che l'ha emessa si chiude, e la fase che si aprirà all'esito delle iniziative del pubblico ministero – il quale dovrà esercitare nuovamente l'azione penale, sempre che ne ravvisi i presupposti – sarà, in ogni modo, anche se omologa, una fase distinta e ulteriore, rispetto alla quale la valutazione di merito insita nel precedente provvedimento potrà assumere una valenza “pregiudicante”. All'opposto, l'invito a modificare l'imputazione rappresenta un rimedio “endofasico”: dalla sua formulazione non deriva, dunque, alcuna incompatibilità del giudice all'ulteriore trattazione della medesima fase». *Contra* A. Pasta, *Poteri del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione, incompatibilità, e non prevedibili privilegi*, cit., 294, per cui «[...] non assumono alcun rilievo ulteriori circostanze che si possono verificare dopo la formulazione di questo giudizio: questa è l'attività pregiudicante, non quelle successive. Il fatto che poi il giudice trasmetta gli atti al pubblico ministero ovvero lo solleciti in udienza a modificare l'imputazione importa quanto la circostanza che la sera vada a giocare a *squash* o indossi i tacchi a spillo. Non conta nulla. Compiuta l'attività pregiudicante, perde la condizione per decidere l'epilogo dell'udienza preliminare». Analogamente, in dottrina, L. Ludovici, *Incompatibilità del giudice - Ancora disorientamenti e criticità in tema di incompatibilità del giudice per valutazioni espresse in altro procedimento*, in *AP 2014*, 3.

<sup>80</sup> C. cost., 24.01.2017, n. 18, cit.

<sup>81</sup> C. cost., 24.01.2017, n. 18, cit.

Seguendo un simile ragionamento, anche all'indomani della "Riforma Cartabia" dovrebbe ritenersi che il g.u.p. che sollecita il p.m. ad adeguare l'imputazione a norma dell'art. 423 co. 1 *bis* Cpp sia compatibile a pronunciarsi sull'eventuale rinvio a giudizio dell'imputato.

Dunque, pur contribuendo di fatto a delineare il contenuto dell'addebito, il giudicante non può essere ritenuto "parziale" per il solo fatto che la ragione che potrebbe pregiudicare la sua posizione interviene nella stessa fase processuale.

Si tratta di una soluzione certamente stridente con le logiche sottese all'istituto di cui all'art. 34 Cpp, che, come noto, risiedono nell'esigenza di preservare l'imparzialità dell'organo della giurisdizione<sup>82</sup>: di conseguenza, se è vero che sussiste anche in udienza preliminare il diritto dell'imputato a essere giudicato da un giudice immune da pregiudizi è altrettanto vero che «non può apparire tale colui che ha, in qualche modo, contribuito a definire l'imputazione»<sup>83</sup>.

È evidente che ove il giudice al termine dell'udienza, sulla base del fascicolo delle indagini eventualmente integrato da quanto acquisito, solleciti il p.m. alla rimodulazione dell'addebito, si determina una causa di incompatibilità che preclude l'eventuale riassunzione della funzione di g.u.p. nel corso del medesimo procedimento, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto storico. In tali ipotesi, infatti, il giudicante – tanto nel caso di fatto diverso quanto nell'ipotesi di diversa qualificazione giuridica – riconosce l'esistenza di un fatto penalmente rilevante ed esplicita proprio attraverso l'invito ad adempiere il suo convincimento sulla questione devoluta alla sua cognizione<sup>84</sup>.

Pacificamente, invece, può sostenersi l'incompatibilità del g.u.p. che riceve gli atti dopo la regressione del procedimento cagionata dal diniego del p.m. ad uniformarsi alle prospettazioni dell'organo della giurisdizione<sup>85</sup>. In tale caso, infatti, non è dubitabile che il decidente che abbia esternato un proprio convincimento nel merito dell'addebito in una diversa fase

---

<sup>82</sup> Sul principio *de quo*, senza pretese di completezza, H. Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex-officio*, Torino 2006; S. Buzzelli, voce *Giusto processo*, in *DigDPen*, I, Torino 2004, 354; L. Caraceni, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano 2007; M. Chiavario, voce *Giusto processo*, in *EGT*, X, Roma 2001, 6, 128; G. Dean, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Id., Torino 2007, 165 s.; P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, Bologna 2012, 102; E. Marzaduri, sub art. 1, l. cost. 23/11/1999, n. 2. *Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione. Commento*, in *LP* 2000, 770 s.; G. Ubertis, voce *Giusto processo*, in *ED*, II, Milano 2008, 421.

<sup>83</sup> Così F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 59. Analogamente, A. Pasta, *Poteri del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione, incompatibilità, e non prevedibili privilegi*, cit., 294.

<sup>84</sup> Si tratta di un caso del tutto sovrapponibile a quello deciso dalla Corte costituzionale relativo all'incompatibilità del giudice che aveva esercitato la funzione di trattazione dell'udienza preliminare a svolgere nuovamente la medesima funzione nel corso dello stesso procedimento penale, nei confronti del medesimo imputato e per lo stesso fatto storico. In questo senso C. cost., 22.07.2003, n. 269, in *GC* 2003, 4, che ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 34 Cpp nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità a trattare l'udienza preliminare del giudice che aveva disposto la restituzione degli atti al p.m. avendo ravvisato un fatto diverso da quello contestato nell'imputazione non per via dell'irragionevolezza della questione, ma poiché il rimettente aveva ommesso di percorrere la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata.

<sup>85</sup> Cfr. C. cost., 24.01.2017, n. 18, cit.; C. cost., 22.07.2003, n. 269, cit.

procedimentale<sup>86</sup>, sia da considerare incompatibile a decidere le sorti del procedimento che lui stesso ha condizionato<sup>87</sup>.

4. Sulle scelte operate dalla riforma convergono le severe critiche di chi sostiene pleorici i cambiamenti di sistema<sup>88</sup>, radicali le novità introdotte in mancanza di regole transitorie<sup>89</sup>, eccessivi i rimaneggiamenti in chiave efficientista che finiscono per stravolgere l'originaria fisionomia del rito e la sacralità delle sue forme<sup>90</sup>.

Insomma, a dire di molti<sup>91</sup>, la “Riforma Cartabia” ha restituito un nuovo prototipo di processo penale nel quale il bisogno di celerità ed efficienza ha finito per superare il senso di giustizia. Se il malcontento dei giuristi continua a permeare – nonostante l'anno di sperimentazione<sup>92</sup> – ogni anfratto del testo legislativo, l'aspetto della riforma relativo alle modifiche incidenti sui poteri di controllo del g.u.p. sull'imputazione completa sembra essere rimasto nell'ombra del dibattito, canalizzando scarsa attenzione da parte di dottrina<sup>93</sup> e giurisprudenza<sup>94</sup>.

Eppure, come si è avuto modo di anticipare in premessa, è proprio su questo terreno impervio che si annidano le maggiori criticità dell'intervento riformatore, ingenerando – almeno *prima facie* – un cortocircuito sistemico difficilmente superabile in via interpretativa e in grado di minare la tenuta costituzionale e convenzionale delle previsioni introdotte<sup>95</sup>.

Questo è il paradosso.

Da una parte, il legislatore rafforza il ruolo di controllo del g.u.p. che, attraverso il formale invito rivolto al p.m. affinché adegui l'addebito alle sue richieste, finisce di fatto per divenire

<sup>86</sup> E' chiaro che la fase davanti al giudice che ha emesso l'ordinanza di trasmissione degli atti al p.m. si chiude e la fase che si aprirà all'esito delle iniziative del p.m. sarà, anche se omologa, una fase distinta e ulteriore rispetto alla quale la valutazione di merito insita nel precedente provvedimento potrà assumere una valenza pregiudicante. In questo senso L. Iandolo, *I rimedi ai vizi dell'imputazione*, cit., 316.

<sup>87</sup> Questa posizione è sostenuta anche da L. Iandolo, *I rimedi ai vizi dell'imputazione*, cit., 315; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 59.

<sup>88</sup> In questo senso, *ex multis*, M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in CP 2021, 3069; F. Petrelli, V. Manes, O. Mazza, G. Spangher, V. Maiello, *La Riforma Cartabia. Tra mediazione politica e scienza giuridica*, in [www.dirittodifesa.eu](http://www.dirittodifesa.eu) 3.10.2021.

<sup>89</sup> Emblematiche, a tal proposito, sono la nota dell'ANM, *Nuovo rito penale: l'urgenza di una adeguata disciplina transitoria*, 19.10.2022 e la lettera dei procuratori generali in tema di entrata in vigore della riforma penale del 25.10.2022.

<sup>90</sup> In questi termini, A. Scella, *La riforma Cartabia del processo penale: spinte efficientiste e questioni irrisolte*, in DPP 2022, 1134.

<sup>91</sup> Per tutti, F. Siracusano, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della “riforma Cartabia”*, in RIDPP 2023, 159.

<sup>92</sup> Come è noto, l'art. 6 d.l. 31.10.2022 n. 162, recante “*Misure urgenti in materia di divieto di concessione dei benefici penitenziari nei confronti dei detenuti o internati che non collaborano con la giustizia, nonche' in materia di entrata in vigore del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, di obblighi di vaccinazione anti SARS-COV-2 e di prevenzione e contrasto dei raduni illegali*”, in GU 31.10.2022. n. 255, convertito con modificazioni dalla l. 30.12.2022 n. 199, in GU 30.12.2022. n. 304, inserendo nel d.lgs. n. 150/2022 il nuovo art. 99 bis, ha differito dal 1° novembre 2022 al 30 dicembre 2022 l'entrata in vigore dell'intera riforma.

<sup>93</sup> Come si è avuto modo di anticipare (cfr. § 1), la dottrina si è concentrata maggiormente sull'altrettanto problematico istituto delle modifiche patologiche dell'imputazione incompleta. Per commenti specifici sulle modifiche all'imputazione completa, G. Caneschi, *Le modifiche relative all'udienza preliminare*, cit., 141; S. Lonati, *L'udienza preliminare*, cit., 708; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 160; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 49.

<sup>94</sup> E' esplicitativo il fatto che, ad oggi, è rinvenibile solo una pronuncia in materia. Cfr. Cass. 26.3.2024 n. 19109, cit.

<sup>95</sup> In questo senso T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 160.

il co-protagonista nella determinazione del contenuto dell'atto imputativo, addirittura con maggiori spazi di intervento rispetto al g.i.p., il quale, ai sensi del co. 5 dell'art. 409 Cpp, ha solo la facoltà di sollecitare il procuratore a formulare “una” imputazione, senza indicare nello specifico quale.

Inevitabili – a parere dei più<sup>96</sup> – le sensibili incrinature del principio di separazione delle funzioni tra inquirente e giudicante<sup>97</sup>, di imparzialità dell'organo della giurisdizione<sup>98</sup>, di obbligatorietà dell'azione penale<sup>99</sup>.

D'altra parte, la riforma depauperava il giudicante dal monopolio decisionale in tema di riqualificazione giuridica del fatto dovendo in ogni caso trasmettere gli atti all'organo dell'accusa per contestare l'addebito modificato<sup>100</sup>, così creando una disparità di trattamento rispetto a quanto previsto dall'art. 521 co. 1 Cpp per la fase dibattimentale e interferendo con il dogma *iura novit curia*<sup>101</sup>.

4.1. Al di là della discutibile funzione di “supplenza” assegnata al decidente nel caso di imputazione incompleta<sup>102</sup>, le criticità dell'assetto ridisegnato dalla “Riforma Cartabia” risiedono nella preponderante ingerenza del giudicante negli affari propri dell'accusa, laddove

<sup>96</sup> G. Fiorelli, *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione in sede di udienza preliminare*, cit., 150; S. Lonati, *L'udienza preliminare*, cit., 706; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 160; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 51.

<sup>97</sup> Sul punto, approfonditamente, O. Dominioni, *L'ufficio del pubblico ministero. Obbligatorietà dell'azione penale e efficienza giudiziaria*, in *L'indipendenza della magistratura oggi*, a cura di N. Zanon-F. Biondi, Milano 2019, 150; C. Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova 1994, 142; G. Zagrebelsky, *Indipendenza del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *Pubblico ministero e accusa penale. Problemi e prospettive di riforma*, a cura di G. Conso, Bologna, 1979, 14. Più di recente P. Gaeta, voce *Poteri e garanzie*, in *EGT*, V, Roma 2023, 841. Con precipuo riferimento alla riforma del 2021, E. Marzaduri, *La riforma Cartabia e la ricerca di efficaci filtri predibattimentali: effetti deflattivi e riflessi sugli equilibri complessivi del processo penale*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu) 25.01.2022.

<sup>98</sup> H. Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex-officio*, cit.; S. Buzzelli, voce *Giusto processo*, cit., 354; M. Chiavario, voce *Giusto processo*, cit., 128; P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, cit., 102; G. Ubertis, voce *Giusto processo*, cit., 421.

<sup>99</sup> Cfr., *ex plurimis*, M. Chiavario, *L'azione penale tra diritto e politica*, Padova 1995, 24; O. Dominioni, voce *Azione penale*, cit., 398; E. Marzaduri, voce *Azione*, cit., 8; C. Morselli, voce *Pubblico ministero*, cit., 476 F. Ruggieri, voce *Azione penale*, cit., 129; Ead, voce *Pubblico ministero*, cit., 998; G. Ubertis, voce *Azione penale*, in *EGT*, IV, Roma 1988, 1; N. Zanon, *Pubblico ministero e Costituzione*, Padova, 1996, 4.

<sup>100</sup> Secondo F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 49, «[N]onostante la formulazione letterale della norma, che pare accomunare le difformità in fatto a quelle in diritto, è, tuttavia, ragionevole dubitare che, ove il pubblico ministero non ottemperi all'invito del giudice a procedere alla riqualificazione, quest'ultimo debba disporre la restituzione degli atti, determinando una regressione del procedimento. Ciò perché è indiscusso che la modifica della qualificazione giuridica del fatto non comporta la necessità di una previa contestazione dell'addebito».

<sup>101</sup> Sul punto, A. Capone, *Iura novit curia*, cit., 32 ss.; A. Satta, *Iura novit curia*, in *RTDPC* 1955, 381.

<sup>102</sup> Come sostenuto da S. Lonati, *L'udienza preliminare*, cit., 706, «[S]i è persa l'occasione di sottrarre al giudice il ruolo, innaturalmente assegnatogli dalla prassi, di “supplenza” del pubblico ministero sull'enunciato oggetto dell'imputazione, per riassegnargli la naturale posizione di supremazia rispetto all'organo dell'accusa». In questo senso anche G. Caneschi, *Le modifiche relative all'udienza preliminare*, cit., 141; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 160; G. Fiorelli, *Indeterminatezza dell'imputazione e conseguenze sanzionatorie nella prospettiva della legge delega n. 134 del 2021*, cit., 3; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 49; C. Torrente, *La nuova disciplina dell'imputazione non corrispondente agli atti di indagine: qualcosa non torna*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 8.10.2024; G. Varraso, *Le nullità dell'imputazione*, cit., 15.

il primo viene legittimato a veicolare – per il tramite dell’invito ad adempiere – la scelta del p.m. circa l’oggetto dell’addebito al fine di sanare le discrepanze tra la contestazione e il fatto emergente dalle indagini<sup>103</sup>.

Per questa via, si è detto che il giudicante – pur non potendo intervenire formalmente sul contenuto dell’accusa – è di fatto messo nelle condizioni di delineare l’oggetto specifico della contestazione<sup>104</sup>, così da diventare una sorta di co-autore dell’imputazione<sup>105</sup> che «partecipa attivamente alla costruzione [dell’addebito] e finisce per giocare un ruolo che non gli è proprio, perdendo inevitabilmente gli essenziali caratteri di imparzialità e terzietà che sono assicurati proprio dal rispetto del canone *ne procedat iudex ex officio*»<sup>106</sup>.

In questo senso militerebbe anche l’“interpretazione autentica” della formula stilistica impiegata dal legislatore nel determinare il limite del potere di intervento del g.u.p. sul fatto. Come è noto, infatti, la norma parla di “invito” a procedere alle modificazioni suggerite dal g.u.p., con ciò riferendosi a una *species* di atto normativo<sup>107</sup> che fa sorgere nel destinatario il dovere di adeguarsi alle indicazioni ricevute<sup>108</sup>.

Pur non trattandosi in questo caso di un dovere *stricto sensu* inteso, non è difficile immaginare che il p.m., in forza della richiesta pervenuta dal “superiore”, possa essere più propenso a

<sup>103</sup> Ci si riferisce, in particolare, al formale invito che il g.u.p., ai sensi dell’art. 423 co. 1 *bis* Cpp, è tenuto a rivolgere all’organo di accusa affinché proceda ad adeguare l’imputazione secondo le prospettazioni raggiunte dal giudice a margine della consultazione degli atti di indagine e delle eventuali integrazioni probatorie in udienza preliminare.

<sup>104</sup> In questo senso G. Fiorelli, *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell’imputazione in sede di udienza preliminare*, cit., 150; S. Lonati, *L’udienza preliminare*, cit., 708; T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 160; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell’udienza preliminare sull’imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 51. Ancor prima dell’intervento riformatore, si rimanda alle riflessioni di O. Mazza, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell’udienza preliminare*, cit., 1378; G.P. Voena, *Soggetti*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, III, Padova 2006, 60. Esplicative le parole di C. Valentini, *Imputazione e giudice dell’udienza preliminare*, cit., 1009, per cui «[Q]uando si chiede al giudice di suggerire al p.m. la modifica dell’imputazione in base agli atti contenuti nel fascicolo dell’udienza, si compromette gravemente il ruolo del g.u.p.; quando gli si chiede di suggerire al p.m., poi, la «correzione» dell’imputazione generica o erroneamente costruita si impone di fatto di compiere un tipico atto di esercizio dell’azione penale allo stesso organo da cui si esige, poi, un giudizio imparziale sulla sostenibilità dell’accusa in giudizio, a termini dell’art. 425 c.p.p.». Inoltre, come sostenuto da F. Cassibba, *L’imputazione e le sue vicende*, cit., 10, «spetta [al p.m.] fissare i confini del giudizio nell’atto imputativo, per cui ogni elusione del “modello legale” d’imputazione, così come ogni improvvido aggiornamento contenutistico, incidono sulla corretta identificazione del fatto e, dunque, pregiudicano l’effettività del contraddittorio». In senso conforme F. Caprioli, *Giudicato e illegalità della pena: riflessioni a margine di una recente sentenza della Corte costituzionale*, cit., 263; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell’accusa e tutela del diritto di difesa*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di A. Balsamo-R.E. Kostoris, Torino 2008, 220.

<sup>105</sup> Come precisato da P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* Milano 2001, XXIX, il giudice non ha «mansioni di impulso e di iniziativa in vista dell’adeguamento del contenuto dell’imputazione, [poiché] certe mansioni dinamiche del processo [...] non si potrebbero demandare al giudice senza distruggere quella posizione psicologica di iniziale indifferenza, in cui egli deve trovarsi per conservare intatta fino al momento della sentenza la sua imparzialità».

<sup>106</sup> Così O. Mazza, *Imputazione e “nuovi” poteri del giudice dell’udienza preliminare*, cit., 1378. In senso analogo C. Valentini, *Imputazione e giudice dell’udienza preliminare*, cit., 1009, per cui «quando si impone al gip di suggerire al p.m. i termini in cui riformulare l’atto di imputazione si mescolano in modo grave le funzioni caratteristiche dell’accusa con quelle proprie della giurisdizione».

<sup>107</sup> Sul punto, per tutti, F. Cordero, *Le situazioni giuridiche soggettive nel processo penale*, Torino 1956, 53.

<sup>108</sup> In questo senso G. Varraso, *Omessa o insufficiente descrizione dell’imputazione, nullità della vocatio in iudicium e autorità competente alla rinnovazione*, in *RIDPP* 1999, 341.



uniformarsi alle prospettazioni del giudicante per impedire qualsivoglia forma di stallo del procedimento di cui è egli stesso promotore<sup>109</sup>.

Così ragionando, il formale invito – più che una formula esortativa – suonerebbe quasi come un “ricatto”<sup>110</sup>, un’obbligazione implicita di adempimento per evitare la regressione del procedimento e, dunque, il rallentamento dei tempi processuali in barba alle esigenze di speditezza che permeano l’intervento riformatore.

Sembra quasi che «ci si trovi di fronte ad un *escamotage* per mascherare forme (neppure tanto) velate di interferenza giurisdizionale sull’oggetto dell’imputazione [...], con intuibili ripercussioni sulla corretta ripartizione dei ruoli processuali»<sup>111</sup> e sul canone di obbligatorietà dell’azione penale, di cui all’art. 112 Cost.<sup>112</sup>.

Si tratta, a ben guardare, di ingerenze che paiono ancor più pervasive rispetto a quelle generate dall’intervento del g.i.p. in caso di imputazione coatta, laddove l’organo della giurisdizione – ai sensi di dell’art. 409 co. 5 Cpp – è investito del solo potere indicare al p.m. di formulare “una” imputazione senza indicare nello specifico quale<sup>113</sup>.

Di qui, viene da pensare che se il sistema processuale si fonda sul principio della domanda, ovvero sul *ne procedat iudex ex officio* e se il p.m. è il titolare esclusivo dell’azione penale, appare arduo pensare che il giudice possa imporre all’accusa di contestare quella specifica imputazione divenendo così il vero autore della stessa. Anche nell’unico caso espressamente previsto dalla legge in cui il giudice può imporre all’inquirente di esercitare l’azione penale, è

<sup>109</sup> A conferma di tale interpretazione, si impone il dovere del g.u.p. di “sentire le parti” prima di disporre la restituzione degli atti al p.m.; locuzione, questa, che sembra aprire le porte alle “trattative” tra giudicante e inquirente per la congestione della vicenda fattuale oggetto di riformulazione, consentendo al primo di interloquire con il secondo circa le modalità con cui ovviare alle difformità riscontrate.

<sup>110</sup> Come osservato, il sistema delineato dalla riforma determina un’intromissione eccessiva del giudice nel campo delle prerogative funzionali del p.m.; un’intromissione così spinta nel potere di connotazione del fatto che potrebbe rivelarsi anche controproducente nella prospettiva dell’efficienza, se si considera che ove il p.m. non temperi l’esito sarà la regressione. Così T. Rafaraci, *Archiviazione e udienza preliminare nella riforma Cartabia*, cit., 161.

<sup>111</sup> Testualmente G. Fiorelli, *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell’imputazione in sede di udienza preliminare*, cit., 150. In senso analogo, E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia”*, cit., 24; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell’udienza preliminare sull’imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 51.

<sup>112</sup> Sui rapporti tra i principi *de quibus*, approfonditamente M. Chiavario, *L’azione penale tra diritto e politica*, cit., 26; G. Di Chiara, *Processo penale e giurisprudenza costituzionale*, in *FI* 1996, 225; E. Marzaduri, *Considerazioni sui profili di rilevanza processuale del principio di obbligatorietà dell’azione penale a vent’anni dalla riforma del codice di procedura penale*, a cura di A. Pace, S. Bartole, R. Romboli, Napoli 2010, 125.

<sup>113</sup> Non è superfluo considerare che già con riferimento all’istituto dell’imputazione coatta la dottrina nutre forti perplessità, «trattandosi di un ordine di cui non è dato discutere». Così F. Alonzi, *Contenuti e limiti del controllo giurisdizionale sull’inazione del pubblico ministero*, in *RIDPP* 2006, 262. Tuttavia, nel caso di cui all’art. 409 co. 5 Cpp, l’effetto vincolante dell’ordine di formulare l’imputazione si esplica soltanto sottoforma di impulso rispetto alle attività dell’accusa. In questo senso G. Riccio, *Azione e politica della riforma*, in *Ideologia e modelli del processo penale*, Napoli 1995, 170. *Contra* G. Spangher, *L’imputazione coatta: controllo o esercizio dell’azione penale*, in *Le riforme complementari. Il nuovo processo minorile e l’adeguamento dell’ordinamento giudiziario*, Padova 1991, 153, per cui «l’ordinanza di formulazione dell’imputazione rappresenta un vero e proprio esercizio dell’azione penale da parte del giudice per le indagini preliminari». Più in generale, sui complessi profili problematici dell’istituto richiamato, *ex multis*, M. Caianiello, voce *Archiviazione*, in *ED*, II, Milano 2008, 74; F. Caprioli, *L’archiviazione*, Napoli 1994, 511; C. Conti, *Archiviazione*, in *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, in *Trattato di diritto processuale penale*, diretto da G. Spangher, Torino 2009, 792; G. Dean-A. Fonti, voce *Archiviazione (nel nuovo codice del 1988)*, in *DigDPen*, I, Milano 2005, 22; G. Giostra, *L’archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino 1994, 10; Id., voce *Archiviazione*, in *EGT*, I, Roma 1988, 22.

pacifico che il p.m. rimane comunque il *dominus* della formulazione dell'imputazione potendo il giudicante al massimo indicare il titolo di reato per cui si procede<sup>114</sup>.

4.2. All'estensione dello spazio di manovra concesso al giudicante per correggere i contenuti dell'imputazione (completa ma errata) corrisponde, come è noto, il restringimento delle possibilità offerta all'organo della giurisdizione nel definire autonomamente il fatto: se la giurisprudenza aveva consacrato l'applicabilità della previsione di cui all'art. 521 Cpp anche alla fase dell'udienza preliminare<sup>115</sup>, la "Riforma Cartabia" riconosce al g.u.p. un potere di riqualificazione "mediato" dall'intervento dell'organo dell'accusa che sceglie se accogliere la sollecitazione del giudicante ovvero determinare la regressione del processo<sup>116</sup>.

Si riscontra, in questo caso, una profonda anomalia sistemica, laddove il giudice del dibattimento – pur non potendo contestare direttamente il fatto diverso, ex art. 521 co. 2 Cpp<sup>117</sup> – è libero di pronunciare la sentenza conforme al suo convincimento senza richiedere la riformulazione dell'accusa, in virtù del principio di necessaria correlazione fra accusa e decisione espressamente tipizzato dal dettato dell'art. 521 co. 1 Cpp<sup>118</sup>.

Si sa che, al netto delle criticità sollevate in merito alla ragionevolezza di una simile previsione<sup>119</sup> – anche supportate dalla giurisprudenza della C. eur.<sup>120</sup> –, la diversa disciplina

<sup>114</sup> In questo senso T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 360.

<sup>115</sup> Cfr. Cass. SU 22.10.1996 n. 16, cit. Per approfondimenti sulle impostazioni giurisprudenziali sedimentatesi in materia, cfr. § 2.

<sup>116</sup> Ex art. 423 co. 1 bis e 1 ter Cpp.

<sup>117</sup> Su cui, ex multis, L. Lombardo, *Il controllo del giudice sull'imputazione e poteri del p.m.*, cit., 2631; O. Mazza, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1378; C. Valentini, *Imputazione e giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1009.

<sup>118</sup> La norma di cui all'art. 521 Cpp disciplina due diverse situazioni che, pur collegate, risultano tra loro distinte: la corretta definizione giuridica da parte del giudice del fatto contestato dal p.m., ai sensi del comma 1; l'eventuale diversità tra il fatto contenuto nel capo d'imputazione e quello emerso all'esito dell'istruttoria dibattimentale, ai sensi del comma 2. La prima disposizione consente al giudice, in sentenza, di qualificare il fatto in modo diverso da come è stato contestato, senza che ciò incida sull'autonomo potere di iniziativa del p.m., esplicitando solamente due limiti a questo potere del giudicante: il reato, così come riqualificato, non può eccedere la sua competenza, né essere attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale. Sul tema, senza pretese di completezza, R. Angeletti, *Nuove contestazioni nel processo penale*, Torino 2014, 255; A. Capone, *Iura novit curia*, cit., 11; E. Aprile-G. Silvestri, *Il giudizio dibattimentale*, Milano 2006; L. De Matteis, *Diversa qualificazione giuridica dell'accusa e diritto di difesa*, CP 2006, 3832; A. Famiglietti, voce *Dibattimento*, in *DigDPen*, III, Torino 2005, 347; L. Pelli, *I poteri del giudice nel principio di necessaria correlazione fra accusa e sentenza*, in *PPG* 2019, 5, 1141; S. Quattrocchio, *Riqualificazione del fatto nella sentenza penale e tutela del contraddittorio*, Napoli 2011; L. Suraci, *Nuove contestazioni*, in *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, a cura di G. Spangher, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Torino 2009, 509.

<sup>119</sup> Cfr. A. Capone, *Much ado about nothing*, cit., 7; Id., *Iura novit curia*, cit., 56; G. Dean, *Qualifica giuridica del fatto nella fase delle indagini preliminari*, cit., 410; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 495.

<sup>120</sup> Secondo un granitico indirizzo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, il mutamento *in iure* dell'imputazione deve essere accomunato a quello *in facto* sotto il profilo delle garanzie difensive da riconoscere all'imputato ai sensi dell'art. 6, paragrafi 1 e 3, lett. a e b, Cedu. In questa prospettiva, il diritto dell'accusato ad essere informato del contenuto dell'accusa rappresenta una condizione essenziale dell'equità del processo, ponendosi in collegamento con il diritto a disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la difesa. A questi fini, l'imputato deve essere informato non solo dei motivi dell'accusa, ossia dei fatti materiali che gli vengono attribuiti e sui quali si basa l'accusa, ma anche, e in maniera dettagliata, della qualificazione giuridica data a tali fatti. Sul punto C. eur., 25.03.1999, *Pellissier e Sassi c. Francia*; C. eur., 1.03.2001, *Dallos c. Ungheria*; C. eur., 21.2.2002, *Sipavicius c. Lituania*; C. eur., 20.4.2006, *I.H. c. Austria*; C. eur., 11.12.2007, *Drassich c.*

delle modifiche in diritto dell'imputazione rispetto a quelle in fatto ha superato indenne il vaglio di legittimità costituzionale<sup>121</sup>, sul presupposto per cui «la qualificazione giuridica del fatto non incide sui confini del *thema decidendum* [...]; essa è espressione del principio di legalità che sorregge la giurisdizione ed è perciò prerogativa del giudice»<sup>122</sup>.

Sulla scia del pronunciamento della Consulta, anche la Corte di legittimità si è sbarazzata dell'idea del necessario carattere preventivo dell'avvertimento, affermando che l'adeguamento del *nomen iuris* effettuato direttamente con la sentenza di per sé non viola i diritti convenzionali, perché l'imputato può difendersi impugnando la decisione<sup>123</sup>.

Tale assunto vale, a parere dei giudici, sia nell'ipotesi in cui la riqualificazione sia stata effettuata dal giudice di primo grado (e l'imputato possa argomentare in senso contrario davanti al giudice di appello)<sup>124</sup>, sia nell'ipotesi in cui la riqualificazione sia stata effettuata dal giudice

---

*Italia*, § 41. Cfr. pure la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. Solo per citare le pronunce più recenti: C. giust. UE, 9.11.2023, C-175/22; C. giust. UE, 5.06.2018, C-612/15; C. giust. UE, 14.05.2020, C-615/18, § 72; C. giust. UE, 13.06.2019, C-646/17, spec. § 53. Per una panoramica delle vicende sovranazionali, G. Biondi, *La riqualificazione giuridica del fatto e le spinte riformatrici che provengono dal diritto europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it* 29.4.2013, 10; R. Casiraghi, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e iura novit curia*, PPG 2012, 6, 115; S. Quattrocchio, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio di correlazione tra accusa e sentenza: un invito ad un ripensamento del principio iura novit curia?*, in LP 2009, 343; F. Zacchè, *Iura novit curia e obblighi informativi al vaglio della Corte di giustizia UE*, in RIDPP 2024, 385. Sul versante nazionale, trovandosi di fronte alla necessità di adeguare al *dictum* dei giudici di Strasburgo, ha chiarito che al giudice, ex art. 521 co. 2 Cpp, è concessa la possibilità di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica direttamente con la sentenza, sempre che l'imputato e il suo difensore abbiano ricevuto «l'informazione di tale eventualità», in modo che la parte interessata sia messa nelle condizioni di beneficiare di un congruo termine per preparare la propria difesa. Cfr. Cass. 12.11.2008 n. 45807, in RIDPP 2009, 153. In dottrina vedi i commenti di M.G. Aimonetto, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in RIDPP 2009, 1465 ss.; L. De Matteis, *Condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo e revoca del giudicato*, in CP 2009, 1474 ss.; D. Iacobacci, *Riqualificazione giuridica del fatto ad opera della Corte di cassazione: esercizio di una facoltà legittima o violazione del diritto di difesa?*, in GI 2008, 2584 ss.; R.E. Kostoris, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alla decisione della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in GI 2009, 2514; S. Lonati, *Il «caso Drassich»: continua l'opera di supplenza della giurisprudenza di fronte alla perdurante (e sconcertante) inerzia del legislatore italiano in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in CP 2011, 263 ss.; G. Pierro, *Equità del processo e principio di legalità processuale*, in DPP 2009, 1515 ss.; A. Vele, *Diversa qualificazione giuridica del fatto e violazione del principio del contraddittorio*, in GI 2010, 683 ss.; F. Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in DPP 2009, 781 ss.

<sup>121</sup> La Corte costituzionale, tutte le volte in cui è stata investita sul tema della ragionevolezza, rispetto al diritto di difesa, della previsione di cui all'art. 521 co. 1 Cpp – pur sottolineando la disomogeneità dei due fenomeni riguardanti, rispettivamente, le modifiche in fatto e in diritto dell'imputazione –, ha chiarito che una cosa è il mutamento del dato storico su cui si basa l'accusa, legato alle risultanze probatorie, mutamento che l'imputato non sarebbe tenuto ad «antivedere», per adeguare ad esso le proprie strategie in punto di opzione per un rito speciale, altra cosa, invece, sarebbe la sussunzione del dato storico *sub specie iuris*, ossia il suo inquadramento sotto l'uno o l'altro titolo di reato, tema sul quale l'imputato potrebbe invece interloquire subito, nell'esercizio del suo diritto di difesa. Di conseguenza, la Consulta ha abbandonato il vecchio orientamento basato sulla prevedibilità di variazioni dell'imputazione nel corso del dibattimento e sulla conseguente accettazione del relativo «rischio» da parte dell'imputato che non avesse richiesto per tempo un rito alternativo. Cfr. C. cost., 31.07.2020, n. 192, in PDP 1.08.2020; C. cost., 17.03.2010, n. 103, cit. Ricostruisce approfonditamente i termini del dibattito, V. Tondi, *Riqualificazione giuridica del fatto e accesso ai riti alternativi: una nuova questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 c.p.p.*, in *www.sistemapenale.it* 3.7.2020

<sup>122</sup> C. cost., 31.07.2020, n. 192, cit., 6.

<sup>123</sup> Cass. SU 26.6.2015 n. 31617, in CP 2016, 1362.

<sup>124</sup> Cfr. Cass. 19.11.2019 n. 422, in CEDCass, m. 278093; Cass. 11.4.2014 n. 17782, *ivi*, m. 259564; Cass. 7.11.2012 n. 2341, in CP 2014, 1019; Cass. 14.02.2012 n. 10093, in CEDCass, m. 251961.

di appello (e l'imputato possa argomentare in senso contrario davanti alla Corte di cassazione)<sup>125</sup>.

Considerato che il principio di necessaria tra accusa e decisione è un dogma di portata generale e come tale applicabile anche all'udienza preliminare<sup>126</sup>, il riconoscimento della legittimazione del g.u.p. di individuare la norma giuridica applicabile al caso concreto non determinerebbe una lesione delle prerogative proprie del p.m., poiché «una cosa è la (ri)formulazione dell'imputazione del caso di fatto diverso – attività che compete in via esclusiva al rappresentante della pubblica accusa quale *dominus* assoluto dell'azione penale – e cosa diversa è la qualificazione della fattispecie concreta da parte di chi è chiamato a giudicarla»<sup>127</sup>. Parallelamente, una simile impostazione non sembra pregiudicare nemmeno «la possibilità della difesa, dato un fatto regolarmente contestato, di argomentare in senso contrario nei confronti di tutte le qualifiche giuridiche astrattamente prospettabili»<sup>128</sup>.

Sintetizzando: se il principio generale è che il *nomen delicti* non concorre a determinare gli elementi immutabili del processo, vuol dire che esso, a differenza degli altri connotati dell'imputazione, non è di pertinenza esclusiva del p.m. ma ammette (anzi, richiede) una deliberazione giurisdizionale finalizzata alla verifica della sua corretta enunciazione.

Di conseguenza, non sembrerebbero sussistere – almeno *prima facie* – ragioni sufficienti per precludere al g.u.p. il diritto di attribuire autonomamente al fatto una differente definizione giuridica, in piena aderenza al principio di necessaria correlazione tra accusa e decisione che deve permeare ogni anfratto dell'*iter* processuale.

5. Alla luce del quadro tratteggiato emerge che l'udienza preliminare, a seguito delle modifiche operate dalla “Riforma Cartabia”, risulta appesantita dall'ingombranza dell'organo della giurisdizione il quale, vuoi per i poteri conferitigli sulla definizione dell'imputazione, vuoi per la decisione sul merito della *regiudicanda* per proseguire il processo, diventa sempre più simile a un giudice del dibattimento senza averne i connotati<sup>129</sup>. Con una eccezione: il g.u.p., come è noto, perde il diritto di riqualificare autonomamente il fatto, venendo limitato nel godimento del più elementare potere che la legge gli conferisce, quello di *ius dicere*<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> Cass. 4.3.2015 n. 12612, in *CEDCass*, m. 262778; Cass. 11.4.2012 n. 17782, *ivi*, m. 259564.

<sup>126</sup> In questo senso A. Bassi, *Il giudice dell'udienza preliminare e il potere di modifica dell'imputazione*, cit., 1467. Analogamente G. Dean, *Qualifica giuridica del fatto nella fase delle indagini preliminari*, cit., 412. Cfr. pure § 2.

<sup>127</sup> Così C. Cesari, *Modifica dell'imputazione e poteri del g.u.p.*, cit., 296.

<sup>128</sup> Si esprime così E. Battaglini, *Osservazioni in tema di contestazione dell'accusa*, in *GP* 1953, 208. Analogamente G. Bricchetti, *La modificazione dell'accusa nell'istruzione e nel giudizio penale*, Napoli 1956, 46; M. La Rocca, *Studi sul problema del “fatto” nel processo penale*, Napoli 1954, 39. In senso contrario la dottrina più recente che non ha condiviso la scelta del legislatore del 1988 in merito alla tipizzazione del potere riconosciuto all'organo della giurisdizione dall'art. 521 co. 1 Cpp, ritenendo possibili soluzioni alternative che conciliassero il dovere del giudice di effettuare un sindacato sulla qualificazione giuridica del fatto con il diritto dell'imputato di calibrare le proprie strategie difensive in relazione a fattispecie di reato previamente contestate. Cfr. I. Calamandrei, *Diversità del fatto e modifica dell'imputazione nel codice di procedura penale del 1988*, in *RIDPP* 1996, 655; G. Illuminati, *Giudizio*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso-V. Grevi, Padova 2008, 757; L. Mele, *La diversa qualificazione del fatto operata ex officio e la tutela del diritto al contraddittorio*, in *DPP* 2011, 77; M. Nobili, *La nuova procedura penale*, Bologna 1989, 334; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 498.

<sup>129</sup> Ci si riferisce all'ontologica posizione di inferiorità cognitiva del g.u.p. rispetto al giudice di merito, derivante dal fatto che quest'ultimo decide esclusivamente sulla base di indizi raccolti unilateralmente nelle indagini acquisite nel corso dell'udienza preliminare.

<sup>130</sup> Su cui, per tutti, M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano 1974, 32.

Eppure, non poteva essere altrimenti: nonostante i condivisibili rilievi effettuati dalla dottrina<sup>131</sup>, infatti, non sembrano prospettabili soluzioni alternative idonee a superare le criticità evidenziate dagli studiosi nel corso degli anni<sup>132</sup>.

L'approccio del riformatore, dunque, appare segnato da un percorso a "rime obbligate", per cui – scelta la strada del rinvigorimento dell'udienza preliminare<sup>133</sup> – questi non avrebbe potuto fare altro che operare nel modo in cui ha scelto di operare, effettuando esattamente quegli interventi correttivi tanto aspramente criticati, nell'ottica di assicurare anche in questo segmento procedurale il rispetto di altrettanti precetti fondamentali che sempre devono essere tutelati quali garanzie ineludibili del giusto processo<sup>134</sup>.

Si intende dire che le modifiche legislative, pur minando in potenze alcuni interessi meritevoli di tutela per l'ordinamento costituito, risultano coerenti con l'esigenza di rinvigorire un segmento procedurale "morente" senza violare altrettante prerogative che pure devono trovare spazio in un sistema processuale di stampo accusatorio<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup> Cfr. § 4.1.

<sup>132</sup> Da un lato, la dottrina maggioritaria aveva mostrato forti perplessità sulla possibilità per il giudice di incidere direttamente sul contenuto dell'atto imputativo qualora ravvisasse che il fatto fosse diverso da quello descritto. Come sostenuto, «in un processo penale di stampo accusatorio, riconoscere al giudice la possibilità di procedere direttamente a modificare l'imputazione costituirebbe una grave anomalia, venendo il giudice ad integrare il ruolo dell'accusatore, usurpando in tal modo al pubblico ministero il potere di iniziativa nell'esercizio dell'azione penale; ciò comporterebbe - si è detto - la violazione di un principio fondamentale del processo accusatorio, quello della distinzione delle funzioni fra giudice e pubblico ministero». Così D. Potetti, *Il controllo del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1488. Analogamente, L. Lombardo, *Il controllo del giudice sull'imputazione e poteri del p.m.*, cit., 2631; O. Mazza, *Imputazione e "nuovi" poteri del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1378; C. Valentini, *Imputazione e giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1009. Dall'altra, non vanno trascurate le altrettanto feroci critiche di quanti avevano sottolineato l'impossibilità per l'organo della giurisdizione di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica in totale autonomia pena la violazione del diritto di difesa. Secondo alcuni autori, infatti, si sarebbe dovuto assoggettare il potere del giudice di dare un differente inquadramento giuridico al fatto alle stesse garanzie previste per la modifica del fatto agli artt. 516 ss. Cpp, quantomeno nel caso in cui dalla diversa qualificazione giuridica discenda una pena edittale più grave, nelle intenzioni del codificatore prevalse l'esigenza di assicurare la speditezza del processo e di non creare «un dispendio di attività processuali probabilmente eccessivo e il rischio, in pratica, di indurre il giudice a conformarsi in ogni caso al *nomen iuris* contestato». Così G. Conso, V. Grevi, G. Neppi Modona, *Il progetto preliminare del 1988, IV, Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, Padova 1990, 1158. Nella medesima prospettiva, A. Capone, *Much ado about nothing*, cit., 7; Id., *Iura novit curia*, cit., 56; C. Cesari, *Modifica dell'imputazione e poteri del g.i.p.*, cit., 295; G. Dean, *Qualifica giuridica del fatto nella fase delle indagini preliminari*, cit., 410; T. Rafaraci, *Le nuove contestazioni nel processo penale*, cit., 495. Come sottolineato da F. Cordero, *Procedura penale*, IX ed., Milano 2012, 462, «ci si trova di fronte a una vistosa asimmetria: sul fatto l'accusa vincola la sentenza, ma il giudice, in sostanza, può rigettare l'accusa; sul diritto, più semplicemente, l'accusa non vincola la sentenza».

<sup>133</sup> Ci si riferisce al mancato accoglimento della proposta di riforma avanzata dalla Commissione "Lattanzi" (*Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C.-2435*, nominata con D.M. 16.3.2021) che, aveva proposto l'istituzione della c.d. archiviazione meritata, di cui all'art. 3 *bis* della suddetta proposta.

<sup>134</sup> Invero, alcuni studiosi già auspicavano una riforma in tal senso. Cfr. F. Cassibba, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, cit., 9, per cui «risulta(va) necessario un intervento legislativo per «neutralizzare la giurisprudenza elaborata dalle Sezioni unite "Battistella" ed evitare la "cogestione" dell'imputazione, dalla prassi innaturalmente ripartita tra pubblico ministero e giudice».

<sup>135</sup> Sui caratteri del sistema accusatorio, per tutti, G. Conso, voce *Accusa e sistema accusatorio*, cit., 334.

Si pensi al più generale principio di legalità della decisione<sup>136</sup> e al dovere di soggezione del giudice soltanto alla legge<sup>137</sup>, al vincolo di correlazione tra accusa e decisione<sup>138</sup>, all'inviolabilità del diritto di difesa inteso quale diritto di conoscere per tempo l'ipotesi accusatoria da cui doversi proteggere<sup>139</sup>, alla presunzione di innocenza<sup>140</sup>.

Inutile dire che, nell'opera di bilanciamento tra interessi contrapposti, l'ago della bilancia sembra pendere a favore del complesso di garanzie atte a proteggere, a un tempo, il sistema e l'imputato<sup>141</sup>.

5.1. In prima battuta, occorre soffermarsi sul rilievo legato all'ispessimento delle funzioni di intervento del g.u.p. per le modifiche fisiologiche dell'imputazione completa<sup>142</sup>, tale da minare – secondo alcuni<sup>143</sup> – il principio di separatezza tra le funzioni degli organi statuali.

A ben riflettere, per scongiurare il rischio di un simile inconveniente, l'unica alternativa astrattamente percorribile sarebbe stata quella di negare all'organo della giurisdizione qualsiasi potere di intervento – anche indiretto – sulla *regiudicanda*, impedendogli persino di sollecitare l'accusa per modificare un'imputazione ritenuta errata.

Solo questa soluzione avrebbe impedito qualsiasi forma di ingerenza del giudicante nelle funzioni proprie dell'inquirente.

Una simile prospettiva, però, appare del tutto miope, perché se è vero che l'esercizio dell'azione penale nel suo aspetto più essenziale spetta in via esclusiva al p.m.<sup>144</sup>, è altrettanto vero che è ontologicamente inammissibile ridurre il ruolo del giudicante a una funzione burocratica di “passacarte” da una fase all'altra del processo<sup>145</sup>.

<sup>136</sup> In proposito, risultano assai interessanti le considerazioni di M. Taruffo, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *RDPC* 2001, 11.

<sup>137</sup> C. cost., 15.07.1991, n. 347, cit., 7.

<sup>138</sup> Cfr. C. cost., 15.03.1994, n. 88, cit.

<sup>139</sup> Su cui, per tutti, P. Ferrua, voce *Difesa (diritto di)*, in *DigDPen*, III, Torino 1989, 470. Su questa specifica declinazione del diritto di difesa, cfr. §§ 4.2. e 5.2.

<sup>140</sup> Per tutti, P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino 2009, 60.

<sup>141</sup> In questo senso G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, Milano 2017, 34.

<sup>142</sup> La precisazione risulta doverosa, posto che l'intervento del giudicante sull'imputazione incompleta è difficilmente tollerabile in un sistema caratterizzato dal principio di obbligatorietà dell'azione penale posto a carico del p.m. Per simili considerazioni si rinvia, a F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., 397, per cui «[D]eve essere reso esplicito che il giudice dell'udienza preliminare – operando in un contesto sostanziale di giudizio - non gode di margini operativi per “suggerire” al pubblico ministero il completamento descrittivo o la modifica dell'imputazione ex art. 423 c.p.p.». Secondo A. Capone, *Iura novit curia*, cit., 56, «[L]a soggezione soltanto alla legge [...] non sarebbe messa in discussione da un diverso sistema nel quale, anche per quanto riguarda il diritto, il giudice fosse costretto a tenersi strettamente nei limiti di ciò che gli viene allegato e provato dalle parti: se la norma invocata dall'attore non fosse idonea a giustificarla, il giudice, proprio applicando la legge, potrebbe semplicemente respingerne la pretesa». In senso contrario A. Bassi, *Il giudice dell'udienza preliminare e il potere di modifica dell'imputazione*, cit., 1467 che, riecheggiando le parole della relazione al progetto preliminare, ricollega al «tradizionale principio *iura novit curia* la regola per cui «anche nel nuovo sistema processuale, le richieste del p.m. non sono vincolanti per il giudice, che può pronunciare *extra petita*».

<sup>143</sup> Cfr. § 4.1, nt. 103.

<sup>144</sup> Come precisato, da F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 22, «spetta [al p.m.] fissare i confini del giudizio nell'atto imputativo, per cui ogni elusione del modello legale d'imputazione, così come ogni improvvido aggiornamento contenutistico, incidono sulla corretta identificazione del fatto e, dunque, pregiudicano l'effettività del contraddittorio».

<sup>145</sup> In questo senso A. Sforza Fogliani, *Il nuovo codice si è inceppato sull'udienza preliminare*, in *ANPP* 1991, 655. Come precisato da E. Amodio, *Affermazioni e sconfitte della cultura dei giuristi nella elaborazione del nuovo codice di procedura penale*, in *RIDPP* 1996, 899, «[P]rigionieri di una sorta di *horror hereditatis* rispetto al giudice istruttore, gli estensori del Progetto hanno delineato una figura di Gip totalmente asettica, tanto da

Per comprendere meglio l'assunto, conviene partire da una considerazione che, in prima battuta, potrebbe apparire quasi scontata.

Com'è noto, l'organo della giurisdizione non è vincolato al contenuto della domanda formulata dall'accusa essendo libero di apprezzare i fatti oggetto del processo in virtù del connaturale potere di *ius dicere*<sup>146</sup>. Va rammentato, infatti, che il giudice è soggetto soltanto alla legge nell'esercizio della funzione giurisdizionale, ai sensi dell'art. 101 Cost.<sup>147</sup>, e, dunque, è tenuto a pronunciarsi sui temi oggetto del processo secondo la sua autonoma valutazione che non può certo subire interferenze per le scelte dell'accusatore<sup>148</sup>.

Ne deriva che il giudice è sempre legittimato, in qualunque fase sia chiamato a intervenire, a verificare la correttezza dell'inquadramento formale e fattuale dato al fatto dal p.m. ed eventualmente a discostarsene attribuendo a esso un *nomen iuris* diverso o valutando il fatto diverso rispetto a quello contestato<sup>149</sup>.

Se così stanno le cose, non è possibile evitare il controllo del g.u.p. sull'atto imputativo tanto in rapporto alla qualità descrittiva del fatto quanto sul contenuto dell'addebito mosso dal p.m., posta «la piena autonomia del giudice che non ammette mai *deficit* di imparzialità e terzietà»<sup>150</sup>. Diversamente opinando, all'esito dell'udienza preliminare, il giudicante si troverebbe davanti alla drammatica alternativa tra due decisioni parimenti errate: pronunciare una sentenza di non luogo a procedere, pur sussistendo elementi per emettere il decreto che dispone il giudizio ancorché riguardo a una di reato diversa da quella prospettata dal p.m., ovvero disporre comunque il rinvio a giudizio nonostante reputi sbagliata la qualificazione giuridica del fatto operata dalla pubblica accusa<sup>151</sup>.

---

consentirgli di prosciogliere l'imputato in udienza preliminare solo in caso di evidenza della prova circa l'insussistenza o la non commissione del fatto (art. 425 c.p.p., ora modificato dalla legge n. 105/1993)».

<sup>146</sup> Su cui, v. G. Foschini, *Tornare alla giurisdizione*, Milano 1971, 12; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 33.

<sup>147</sup> Sul tema, senza pretese di esaustività, R. Guastini, sub art. 101, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna 1994, 183; M. Pisani, *Il giudice, la legge e l'art. 101, comma 2, Cost.*, in *RIDPP* 2013, 560; E. Spagna Musso, voce *Giudice*, cit., 931; N. Zanon-L. Panzeri, sub art. 101, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti, Milanofiori Assago 2006, 1963. Da ultimo, P. Gaeta, voce *Poteri e garanzie*, cit., 850.

<sup>148</sup> In un ordinamento fondato sul principio di legalità, il potere del giudice di intervenire sul fatto sul quale è chiamato a pronunciarsi è connaturale allo stesso esercizio della giurisdizione e non tollera limitazioni di sorta.

<sup>149</sup> In effetti, il principio di cui all'art. 101 co. 2 Cost. comporta, infatti, non solo la subordinazione del giudice, nell'esercizio delle sue funzioni, all'atto legislativo, ma anche, di riflesso, la sua indipendenza rispetto ad ogni interferenza che altri soggetti, appartenenti o meno al potere giudiziario, intendessero porre in essere nei suoi confronti. Del resto, la portata pratica dell'art. 101 co. 2 Cost. sta soprattutto nell'avverbio "soltanto" il quale «delegittima qualsiasi pretesa di rendere il giudice soggetto a ciò che legge non è». Così G. Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, Torino 1994, 275.

<sup>150</sup> Così S. Senese, voce *Giudice (nozione e diritto costituzionale)*, in *ED*, VII, Milano 1993, 203. D'altra parte, come rilevato da C. Cesari, *Modifica dell'imputazione e poteri del g.u.p.*, cit., 294, «[C]he di questo particolarissimo e delicato momento della sequenza procedimentale il giudice si trovi ad essere il *dominus* è confermato dalla stessa qualifica che gli è stata attribuita: giudice dell'udienza preliminare, a significare che, mentre l'organo che interviene a garantire l'imparzialità delle decisioni di maggior rilievo in fase di indagine compare in essa senza continuità alcuna e senza potere di gestione [...], quello che immediatamente gli succede "governa" una fase e ne determina lo svolgimento e gli esiti». In senso analogo L. Bresciani, voce *Giudice per le indagini preliminari*, in *DigDPen*, V, Torino 1991, 492.

<sup>151</sup> Come precisato da Cass. 13.10.1993 n. 3443, in *GI* 1995, II, 206-207, che riprende il monito di C. cost., 15.7.1991, n. 347, cit., «[V]iola la soggezione del giudice soltanto alla legge e, dunque, anche il principio di legalità processuale – reputare che l'organo decidente resti costretto nella alternativa secca, di pronunciare la sentenza di non luogo a procedere o il decreto che dispone il giudizio per l'imputazione così come formulata dal pubblico ministero». Secondo B. Piattoli, *Modificazione dell'imputazione e poteri del G.U.P.*, cit., 657, «[C]ome,

In altre parole, se al g.u.p. fosse inibita la possibilità di sollecitare la correzione dell'addebito e, dunque, fosse obbligato a deliberare su un'imputazione che non trova riscontro negli atti processuali, si troverebbe a emettere un provvedimento contrario alle sue stesse convinzioni, «risult[ando] così soggetto non già solo alla legge, bensì ad una scelta del p.m. che potrebbe essere erronea, paradossalmente anche capziosa, senza alcuna possibilità di sindacato giurisdizionale»<sup>152</sup>.

D'altra parte, consentire un effettivo controllo giurisdizionale sul corretto esercizio dell'azione penale significa contemperare le garanzie di difesa dell'imputato – soprattutto con riguardo al diritto effettivo di accedere ai riti alternativi che potrebbero essere preclusi da imputazioni errate o azzardate – e, al contempo, preservare le esigenze di economia processuale, corrispondendo a un ampliamento dei poteri riconosciuti in capo al g.u.p. un conseguente effetto deflattivo dibattimentale<sup>153</sup>.

Senza contare, poi, che l'intervento dell'organo della giurisdizione sulla correttezza dell'imputazione mira a favorire l'esigenza di "certezza del diritto"<sup>154</sup> tutelando in termini concreti la presunzione di innocenza<sup>155</sup>. Infatti, se si evitasse il controllo del giudice sull'addebito «si potrebbe andare incontro all'inconveniente [...] di offendere senza ragione l'onore del cittadino [pregiudicato] da accuse precipitose e temerarie»<sup>156</sup>.

Il costo del giudizio per l'imputato è davvero troppo elevato per poter essere rimesso esclusivamente alla volontà unilaterale dell'organo dell'accusa.

Di qui, un primo punto fermo: il giudice – non potendo spingersi fino a penetrare l'intangibile nucleo dell'atto imputativo – non solo è legittimato ma è anche tenuto a sollecitare la modifica di un addebito ritenuto errato nell'ottica di proteggere tanto il sistema e quanto le garanzie fondamentali su cui lo stesso si regge.

---

del resto, potrebbe efficacemente esercitare la fondamentale funzione di "filtro" processuale rispetto ad imputazioni azzardate dell'organo di accusa, se gli fosse imposto, anche a fronte dell'esigenza di una diversa formulazione del fatto, di scegliere soltanto tra sentenza di non luogo a procedere o decreto che dispone il giudizio, senza possibilità di interferire nei poteri di contestazione del pubblico ministero?».

<sup>152</sup> Testualmente B. Piattoli, *Modificazione dell'imputazione e poteri del G.U.P.*, cit., 658.

<sup>153</sup> Come sostenuto da A. Scalfati, *L'udienza preliminare*, cit., 91, «ragioni di economia processuale impongono un ruolo attivo del g.u.p., sia allo scopo di evitare di compromettere l'accesso ai riti alternativi, sia allo scopo di evitare un'eventuale retrocessione che il giudice del dibattimento sarebbe costretto a ordinare per effetto dell'art. 521 c.p.p.».

<sup>154</sup> Sul tema, approfonditamente, S. Praduroux, voce *Certezza del diritto*, in *Dpriv*, I, Torino 2014, 1.

<sup>155</sup> Su cui, *ex plurimis*, A. De Caro, *Presunzione d'innocenza, oneri probatori e regole di giudizio*, in *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma 2016, 404; V. Garofoli, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Presunzione di non colpevolezza e disciplina delle impugnazioni*, Milano 2000, 98; E. Marzaduri, *Considerazioni sul significato dell'art. 27 comma 2, Cost: regola di trattamento e regola di giudizio*, *Processo penale e Costituzione*, a cura di F. Dinacci, Milano 2010, 314; G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna 1979, 94; P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, cit., 74. Più di recente, anche a seguito del d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, recante "Disposizioni per il compiuto adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni della direttiva (UE) 2016/343 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali", in *GU* 29.11.2021 n. 284 n. 40, G.M. Baccari, *Le nuove norme sul rafforzamento della presunzione di innocenza dell'imputato*, in *DPP* 2022, 159.

<sup>156</sup> Così F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., 17. Ma già F. Lucchini, *Elementi di procedura penale*, Firenze 1899, 297, al fine di evitare un simile rischio, «è ammissibile un giudizio preliminare, intorno al fondamento dell'imputazione».



5.2. È, poi, opportuno confrontarsi con la scelta del riformatore di limitare il legittimazione del g.u.p. di procedere *ex officio* per dare al fatto contestato una diversa qualificazione giuridica; scelta che, come pure sostenuto<sup>157</sup>, finirebbe per “ingolfare” l’udienza preliminare acuendo insormontabili disparità trattamentali rispetto ai poteri conferiti dalla legge al giudice del dibattimento.

Anche in rapporto a tale modifica non si intravedono alternative soddisfacenti: esclusa *ab origine* l’opzione – sicuramente più complessa sotto il profilo operativo ma certamente aderente alle sollecitazioni europee<sup>158</sup> – di rettificare il dettato di cui all’art. 521 co. 1 Cpp<sup>159</sup>, la previsione di un potere di riqualificazione “mediato” dalla presenza del p.m. rappresenta la soluzione più adeguata per tutelare l’esercizio del diritto di difesa dell’imputato, qui da intendersi come diritto di ricevere tempestivamente, in ogni “momento” procedurale, qualsiasi informazione utile per preparare la sua strategia processuale<sup>160</sup>.

Precisamente, la “Riforma Cartabia”, nel prevedere un intervento sollecitatorio del giudice in udienza, garantisce un necessario contraddittorio anche sulla qualificazione giuridica e, al

<sup>157</sup> L. Iandolo, *I rimedi ai vizi dell'imputazione*, cit., 309. Cfr. § 4.2.

<sup>158</sup> Come si è avuto modo di anticipare (§ 4.2), la regola espressa dalla giurisprudenza europea è quanto mai chiara: qualsiasi modifica della qualificazione giuridica dell’imputazione, sia che incida sugli elementi costitutivi del fatto, sia che non incida sugli stessi, anche se comporta per l’imputato l’applicazione di una pena meno severa, deve essere tempestivamente comunicata all’imputato (o al suo avvocato), prima della decisione, in modo da consentirgli di predisporre efficacemente la propria difesa, di esercitare i diritti della difesa in modo concreto ed effettivo in relazione alla nuova qualificazione giuridica. In questo senso, per tutti, C. eur., 11.12.2007, *Drassich c. Italia*, cit. Per un commento alla decisione, *ex multis*, M. Caianiello, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa ex art. 6 CEDU: le possibili ripercussioni sul sistema italiano*, in *GP* 2007, 165; A. Capone, *Iura novit curia*, cit., 56; L. Parlato, *Riapertura del processo iniquo per modifica “viziata” del nomen iuris*, in *DPP* 2008, 1584; S. Quattrocchio, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il principio di correlazione tra accusa e sentenza: un invito al ripensamento del principio iura novit curia*, in *LP* 2009, 345. Come sostenuto da A. Capone, *Iura novit curia*, cit., 63, «specie quando da una diversa qualificazione giuridica discendono conseguenze sanzionatorie più gravi rispetto a quelle originariamente prevedibili, la possibilità che un imputato sia condannato senza aver potuto discutere le impervie questioni di diritto la cui soluzione serve a ricondurre un caso concreto nella sfera applicativa di una certa norma sia iniquo. I valori nella formula del “giusto processo” pretendono che qualunque decisione il giudice sia chiamato a rendere nel libero esercizio delle sue prerogative costituzionali affondi le sue radici nel contraddittorio, che costituisce la condizione necessaria per la legale formazione del convincimento del giudice».

<sup>159</sup> La lacuna è evidenziata da F. Zacchè, *Iura novit curia e obblighi informativi al vaglio della Corte di giustizia UE*, cit., «[I] recente d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 [...] si è preoccupato di rafforzare le prerogative dell'imputato in contesti aventi sicura natura processuale rispetto al giudizio dibattimentale [...] ma – paradossalmente – non ha ridisegnato gli assetti di quest'ultimo, ad esempio, mediante la creazione di una disciplina in tema di *emendatio iuris et libelli* improntata alle medesime cadenze e garanzie». In senso conforme anche G. Biondi, *Modifica della qualificazione giuridica dell'imputazione e diritto di difesa: nuovi spunti di riflessione dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 9.11.2023 bk, c-175/22*, in *www.sistemapenale.it* 9.01.2024, 2.

<sup>160</sup> «L’informazione sulla natura dell’accusa tra i diritti dell’imputato necessari per l’esercizio di difesa, deve poter essere fatto valere, non in “almeno in un grado”, ma “in ogni stato e grado del procedimento”». Così A. Capone, *Much ado about nothing*, cit., 17. Come evidenziato da E.N. La Rocca, *Il modello di riforma “Cartabia”*, cit., 15, «[I]n ogni punto del procedimento la modifica dell’addebito costituisce evento che può influire pesantemente sulla difesa e sarebbe riduttivo guardare alle vicende modificative del fatto con esclusivo riguardo al dibattimento». Il fenomeno, dunque, va valutato nella sua complessità, «dalla scintilla iniziale del procedimento fino al momento della cosa giudicata». Così M. Nobili, *La nuova procedura penale*, cit., 335. Inoltre, come sostenuto da E. Marzaduri, sub *art. 1*, in *Commento alla legge costituzionale 23.11.1999 n. 2*, in *LP* 2000, 782, «alla difesa [va riconosciuto] il diritto di intervenire consapevolmente prima della chiusura di ogni fase che possa comportare la perdita di chances difensive. Analogamente, Cfr. F. Cassibba, *Udienza preliminare e controlli sull’enunciato d’accusa a trent’anni dal codice di procedura penale*, cit., 6.

contempo, assicura un'informazione preventiva sul contenuto dell'addebito, così da rendere il sistema più conforme alle previsioni convenzionali e costituzionali. Non va, infatti, dimenticato che sia l'art. 6 § 3 lett. a Cedu<sup>161</sup> che l'art. 111 co. 3 Cost.<sup>162</sup> riconoscono all'imputato il diritto di essere edotto tempestivamente non solo dei motivi dell'accusa, ossia dei suoi contenuti fattuali, ma anche della natura dell'addebito, intesa come qualificazione giuridica data al fatto contestato.

Ciò vuol dire che l'accusato deve essere informato tempestivamente e dettagliatamente della modificazione dell'imputazione a prescindere dal tipo di "ritocco" effettuato e dal momento processuale in cui esso interviene, perché solo in tal modo è garantito l'esercizio del diritto di difesa in maniera concreta ed effettiva.

E' evidente che una simile circostanza non si verifica allorquando la riqualificazione giuridica venga operata dal giudice in autonomia e nel momento stesso in cui si estrinseca il suo potere decisorio: una correzione dell'imputazione in corso d'opera (*rectius*: direttamente con il decreto che dispone il giudizio) finisce per pregiudicare irrimediabilmente la possibilità per la difesa di programmare liberamente la strategia processuale più idonea alle proprie esigenze<sup>163</sup>. In questa prospettiva, deve ritenersi che solo attraverso la contestazione preliminare del fatto diversamente qualificato in udienza l'imputato è messo nelle condizioni, da un lato, di recuperare i riti alternativi magari non opzionabili a causa del *quantum* di pena derivante dall'originario addebito<sup>164</sup> e, dall'altro, di esercitare il diritto di difesa, potendo «diversamente atteggiarsi (quanto alle opzioni strategiche) e modularsi (sul piano tattico) in rapporto alla differente qualificazione giuridica della condotta, rispetto alla quale, oltre tutto, le emergenze processuali assumono, a loro volta, diversa e nuova rilevanza»<sup>165</sup>.

<sup>161</sup> Cfr., Comm. eur., 28.6.1995, *Stoitchkov e Shindarov c. Bulgaria*, § 4: «An accused person has the right to be informed not only of the grounds for the accusation, that is, not only of the acts with which he is charged and on which the indictment is based, but also of the nature of the accusation, namely the legal classification of the acts in question». Analogamente C. eur., 25.03.1999, *Pellissier e Sassi c. Francia*, cit. Si precisa, però che, ai fini della violazione dell'art. 6 § 3 lett. a Cedu, secondo la Corte di Strasburgo non occorre una valutazione di merito sulla fondatezza delle argomentazioni o delle richieste istruttorie che l'imputato avrebbe potuto proporre se avesse avuto tempestiva conoscenza del mutamento del *nomen iuris*; basta che sia plausibile sostenere che, a fronte di una qualificazione giuridica del fatto diversa da quella originariamente prospettata, avrebbe potuto essere scelta una diversa strategia difensiva. In questo senso C. eur., 11.12.2007, *Drassich c. Italia*, § 41.

<sup>162</sup> Che il terzo comma dell'art. 111 Cost. imponga anche la comunicazione della qualificazione giuridica del fatto contestato è pacifico. Si veda, tra gli altri, M. Chiavario, voce *Giusto processo*, cit., 12; G. Di Chiara, *L'imputato e il diritto di difesa: il telaio dell'art. 24 Cost. e il «nuovo» catalogo dei diritti dell'accusato*, in *Una introduzione al sistema penale*, a cura di G. Fiandaca-G. Di Chiara, Napoli 2003, 293; G. Ubertis, voce *Giusto processo*, cit. 434. Inoltre, si veda l'art. 6, dir. 2012/2013/UE, recepita con d.lgs. 15.09.2016, 184, recante «Attuazione della direttiva 2013/48/UE, relativa al diritto di avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le Autorità consolari», in *GU* 3.10.2016 n. 231, che, dopo aver enunciato nel comma 3 il diritto dell'imputato di ricevere «informazioni dettagliate sull'accusa, inclusa la natura e la qualificazione giuridica del reato», nel comma 4 obbliga gli Stati membri a garantire che le persone imputate «siano tempestivamente informate di ogni eventuale modifica alle informazioni fornite [...] ove ciò sia necessario per salvaguardare l'equità del procedimento». È lecito supporre che la tempestività debba essere intesa nel senso che l'informazione sulla modifica della qualificazione giuridica del fatto vada fornita prima della decisione e che, ove ciò non accadesse, sarebbe pregiudicata, insieme all'effettività della difesa, l'equità del procedimento. Per un commento vedi S. Ciampi, *La direttiva del parlamento europeo e del consiglio sul diritto all'informazione nei procedimenti penali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 27.06.2012.

<sup>163</sup> In questi termini O. Mazza, *Imputazione e «nuovi» poteri del giudice dell'udienza preliminare*, cit., 1380.

<sup>164</sup> Su questo specifico aspetto, cfr. C. eur., 3.03.2020, *Sula c. Italia*.

<sup>165</sup> Così F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit.,

Un dato, tuttavia, va evidenziato.

Pur riconoscendo al legislatore il merito di aver reso la previsione di cui all'art. 423 Cpp convenzionalmente e costituzionalmente orientata, si avverte come persa l'occasione per attribuire effettività al diritto di difesa dell'accusato, rischiando di trasformare l'innesto legislativo in una norma priva di concretezza sotto il profilo fattuale.

In effetti, la disposizione di cui all'art. 421 co. 1 *bis* Cpp, richiamato dall'art. 423 co. 1 *ter* Cpp, non riconosce espressamente un termine a difesa per l'imputato presente<sup>166</sup>; termine indispensabile per consentire all'interessato la facoltà di ricalibrare la propria strategia in conseguenza della variazione dell'accusa<sup>167</sup>.

Al fine di colmare un simile *vulnus* e al contempo evitare un incidente di costituzionalità della previsione *de qua* in rapporto agli artt. 3, 24 e 111 Cost., si ritiene auspicabile – anche per via interpretativa – la previsione di un termine dilatorio di cui il difensore può beneficiare ogniquale volta viene introdotto nel processo, su impulso del p.m., un *quid novi*.

Ebbene, «l'ampia disinvoltura con cui il p.m. può rimodulare il tema d'accusa dovrebbe consentire alle parti di richiedere l'ammissione di elementi precedentemente non dedotti [...] e la concessione di un congruo lasso di tempo per garantire una corretta esplicitazione delle attività difensive a seguito della modifica del *thema decidendum*»<sup>168</sup>.

Solo in questo modo viene assicurato all'imputato il diritto di godere del tempo necessario a predisporre adeguatamente la sua difesa e di poter efficacemente argomentare rispetto alle richieste del suo contraddittore istituzionale<sup>169</sup>.

Dalla disamina effettuata emerge un secondo punto fermo: la scelta di prevedere un potere di riqualificazione “mediato” del fatto è coerente con l'esigenza di rafforzare le prerogative dell'imputato in contesti aventi sicura natura processuale<sup>170</sup>. Dunque, la limitazione delle possibilità decisorie autonome del g.u.p. è funzionale a tutelare il diritto di difesa il quale, però, rischia di essere sterilizzato dall'assenza del riconoscimento di un lasso di tempo utile per consentire all'imputato di preparare adeguatamente la strategia processuale.

6. Alla luce delle considerazioni effettuate, non si può far altro che sottolineare come l'intervento legislativo – al netto di alcune “sbavature” di merito e di metodo<sup>171</sup> – sia riuscito a

---

61.

<sup>166</sup> La precisazione non è superflua: come si è avuto modo di anticipare (cfr. § 3), il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 421 prevede che l'imputazione modificata venga contestata all'imputato presente fisicamente in udienza, anche mediante videocollegamento; in caso contrario, il giudice dovrà rinviare ad una nuova udienza, disponendo la notifica del verbale all'imputato entro un termine non inferiore a dieci giorni dalla data di quest'ultima.

<sup>167</sup> Sottolineano la lacuna R. Del Coco, *Rimaneggiamento delle regole per non procedere: archiviazione e udienza preliminare*, cit., 92; G. Fiorelli, *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione in sede di udienza preliminare*, cit., 164; F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 55. In senso contrario la giurisprudenza di legittimità, per cui «[I]n tema di udienza preliminare, la modifica dell'imputazione o la nuova contestazione ai sensi dell'art. 423 cod. proc. pen. non comporta la concessione di un termine a difesa, sia nel caso in cui l'imputato sia presente sia nel caso in cui questi risulti assente o contumace». Cfr. Cass. 5.3.2009 n. 15927, in *CEDCass*, m. 243409; Cass. 06.7.2005 n. 29213, *ivi*, m. 231765.

<sup>168</sup> Così G. Fiorelli, *Il vaglio giurisdizionale sulla formulazione dell'imputazione in sede di udienza preliminare*, cit., 165.

<sup>169</sup> In questa prospettiva, la previsione di un termine dilatorio per l'imputato assente nell'art. 421 co. 1 *bis* Cpp potrebbe far propendere per una soluzione diversa da quella fino ad ora seguita. In questi termini F. Tondin, *Il vaglio del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione nella Riforma Cartabia*, cit., 55.

<sup>170</sup> Sul punto, per tutti, F. Cassibba, *Nuove contestazioni e riti alternativi*, in *Tenuità del fatto e riti alternativi al dibattimento*, a cura di F. Zacchè, Torino 2024, 193.

<sup>171</sup> L'unica eccezione all'affermazione *de qua* riguarda la mancata previsione di un termine a difesa per l'imputato

raggiungere gli effetti sperati, garantendo che anche la fase dell'udienza preliminare sia governata da quel complesso di regole e principi<sup>172</sup> funzionali ad assicurare l'efficacia dell'accertamento giudiziale e, al contempo, la tutela di chi subisce gli effetti di quel processo. Sicuramente, gli interventi migliorativi non sono "a costo zero" per il sistema, perché è inevitabile che laddove si vogliano serrare le maglie del controllo giurisdizionale sul contenuto dell'addebito in chiave deflattiva, si finisce per determinare un appesantimento dell'udienza che, da fase di "passaggio", quasi preparatoria del giudizio, diventa un momento tipico del processo nel quale blindare l'ipotesi accusatoria per evitare inutili e dilatorie retrocessioni degli atti in sede dibattimentale.

In questa prospettiva, non resta che domandarsi se è davvero ancora utile (*rectius*: opportuno) mantenere in vita una fase che, nonostante la buona prova di sé nel "tempo di sperimentazione" della riforma<sup>173</sup>, non è più quella che il legislatore aveva immaginato nel 1988<sup>174</sup>.

---

presente al quale viene contestata la modifica dell'addebito. Cfr. § 5.2.

<sup>172</sup> Nella tradizione letteraria, la distinzione tra principi e regole è attribuita a R. Dworkin, *I diritti presi sul serio* (1977), trad. it., Bologna 1982, 93. Secondo l'Autore, mentre i primi sono proposizioni normative ad elevato grado di genericità (a fattispecie aperta), applicabili nella forma del "più-o-meno", quindi con la massima espansione o restrizione, le regole sono proposizioni normative ad elevata specificità (a fattispecie chiusa), applicabili nella

forma del "tutto-o-niente", quindi destinate ad essere o no attuate, senza possibilità intermedie. La distinzione, nei rapporti tra diritto di difesa ed efficienza del processo è ripresa da P. Ferrua, *Il giusto processo tra modelli, regole e principi*, in *DPP* 2004, 401; R. Orlandi, *Garanzie individuali ed esigenze repressive (ragionando intorno al diritto di difesa nei procedimenti di criminalità organizzata)*, in *Studi in memoria di Gian Domenico Pisapia*, Milano 2000, 558. *Contra* G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano 2015, 175, nt. 185, per cui la distinzione tra regole e principi è supportata da argomentazioni deboli.

<sup>173</sup> Cfr. § 1, nt. 20.

<sup>174</sup> Come sostenuto da F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., 3, «[...] l'evoluzione legislativa indice a rimeditare [...] la portata degli scopi assegnati all'udienza preliminare. Sostenere che l'istituto regolato dagli artt. 419 ss. riveste la funzione di filtro contro le imputazioni azzardate [...] secondo il modello originariamente delineato dal codice del 1988, immiserisce l'odierna disciplina». In effetti, già a seguito della riforma del 1999 (l. 16.12.1999, n. 479, recante "Modifiche alle disposizioni sul procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica e altre modifiche al codice di procedura penale. Modifiche al codice penale e all'ordinamento giudiziario. Disposizioni in materia di contenzioso civile pendente, di indennità spettanti al giudice di pace e di esercizio della professione forense", in *GU* 18.12.1999 n. 296), l'udienza ha perso la sua naturale funzione cognitiva, perché si sa che la difesa dell'indagato conosce il contenuto del fascicolo delle indagini preliminari sin dalla notifica dell'avviso ex art. 415 bis Cpp. Dunque, se «[L]a conoscibilità degli atti di indagine in coincidenza con l'apertura della fase dell'udienza preliminare ne sottolineava, un tempo, il peso sistematico, quale prima occasione processuale caratterizzata da un contraddittorio pieno e indefettibile», allo stato l'accessibilità dei risultati investigativi diviene lo strumento più utile per esercitare le facoltà difensive atte a neutralizzare l'esercizio dell'azione penale. Così F. Cassibba, *L'udienza preliminare*, cit., 2. In senso analogo F. Caprioli, *Nuovi epiloghi della fase investigativa: procedimento contro ignoti e avviso di conclusione delle indagini preliminari*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di F. Peroni, Padova 2000, 272. Dal quadro sinora tratteggiato emerge un'udienza preliminare svuotata di fatto delle sue più elementari funzioni ma ancora forte quale contesto spazio-temporale destinato a fornire il sostegno privilegiato all'instaurazione dei procedimenti alternativi. Anche questa prospettiva non è del tutto convincente: occorre infatti considerare che – al di là del fatto che i riti speciali hanno avuto un tasso di applicazione assai più basso rispetto agli auspici con tutto ciò che ne è conseguito in termini di inflazione dei ruoli dibattimentali – la scelta di mantenere in vita in segmento procedurale solo per consentire agli interessati di avanzare richieste a scopi premiali è alquanto riduttiva, ben potendo immaginare una istanza di parte postergata coincidente con l'inizio del giudizio senza così pregiudicare il diritto di difesa. Cfr. M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, cit., 5. In questo contesto, diversi Autori paventano la possibilità di abolire la fase *de qua*, così «da risparmiare i tempi ad essa inutilmente dedicati ed avvicinare maggiormente i dibattimenti alla commissione dei fatti». Testualmente M. Daniele, *La riforma della*

La ragioni di un simile cambiamento riflettono, in particolare, la rinnovata configurazione del modello accusatorio<sup>175</sup>.

Si sa che il rito penale ha cambiato pelle, trasformandosi in un «processo "a trazione anteriore"»<sup>176</sup> il cui baricentro è sempre più orientato verso la fase delle indagini preliminari. E' innegabile, infatti, che, a dispetto di quello che sarebbe dovuto essere, nella realtà contemporanea l'inchiesta è diventata una fase ipertrofica ed estremamente prolungata<sup>177</sup> nel corso della quale si compiono anche atti che incidono pesantemente sul giudizio, sia perché i risultati investigativi sono destinati di sovente a trasmigrare direttamente nel processo<sup>178</sup>, sia perché molte «prove» sono suscettibili di formarsi già durante la fase preliminare<sup>179</sup>.

Inevitabilmente, se il «peccato originale» della trasformazione del processo risiede specialmente nella crisi di identità della fase investigativa e del suo attuale gigantismo<sup>180</sup>, anche la funzione tipica dell'udienza preliminare ne esce stravolta<sup>181</sup>.

Non va dimenticato che il vaglio preliminare dell'accusa è figlio di un sistema accusatorio di tipo primitivo, caratterizzato dalla assoluta preminenza della prova dichiarativa e dalla tendenziale semplicità della fase delle investigazioni<sup>182</sup>: in questo contesto, l'intervento del giudice si rivela certamente indispensabile per corroborare l'imputazione ai fini della celerità e stabilità del successivo giudizio.

Allo stato, però, a fronte di indagini «perfette» e sempre più complete<sup>183</sup>, il primo segmento processuale perde la sua vocazione di filtro contro le imputazioni azzardate e/o errate proprio

---

*giustizia penale e il modello perduto*, cit., 3. In senso conforme P. Ferrua-M. Daniele, *Venti di riforma dell'udienza preliminare e del patteggiamento: un subdolo attacco al processo accusatorio*, cit., 79.

<sup>175</sup> G. Spangher, *Considerazioni sul processo criminale italiano*, Torino 2015, 4.

<sup>176</sup> G. Spangher, *Riforma Cartabia: un processo a "trazione anteriore"*, in *DPP* 2022, 1485.

<sup>177</sup> Come chiarito da M. Nobili, *Diritti per la fase che "non conta e non pesa"*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, a cura di M. Nobili, Padova 1998, 34, le indagini – nella logica del legislatore – avrebbero dovuto rappresentare una fase «che non conta e non pesa». L'espressione è ripresa anche da A. Camon, *La fase che "non conta e non pesa": indagini governate dalla legge?*, in *DPP* 2017, 425.

<sup>178</sup> Si consideri, ad esempio, l'acquisizione concordata di atti di indagine in dibattimento, all'accrescimento dei casi di incidente probatorio e ad alcune distorsioni del meccanismo delle letture. Si prenda, poi, l'esempio della possibilità di acquisire le informative di polizia nel fascicolo del dibattimento: come noto, le Sezioni Unite hanno chiarito che le relazioni di servizio sono atti irripetibili, come tali inseribili nel fascicolo, allorquando contengano o la descrizione di un'attività materiale ulteriore rispetto a quella investigativa e non riproducibile ovvero la descrizione di luoghi, cose o persone, soggetti a modificazione. Cfr. Cass. SU 17.10.2006 n. 41281, in *DPP* 2007, 1476. In senso conforme anche la giurisprudenza successiva. Per tutti, Cass. 12.5.2015 n. 23305, in *CEDCass*, m. 263874. Più in generale, sulla permeabilità del dibattimento degli atti di indagine, P. Bronzo, *Il fascicolo per il dibattimento. Poteri delle parti e ruolo del giudice*, Padova 2017.

<sup>179</sup> Si pensi in questo caso alle impostazioni giurisprudenziali che giungono ad una ritenuta natura «documentale», ex art. 234 Cpp, ad atti con genesi non dibattimentale, legittimandone l'assunzione al fascicolo decisorio. Cfr. Cass. 4.7.2022 n. 25555, in *PPG* 2022, 4 luglio 2022. Come precisa A. Camon, *La fase che "non conta e non pesa"*, cit., p. 425, «[Q]ando si cerca di capire e di descrivere cos'è accaduto al processo penale italiano negli ultimi trent'anni, di solito si guarda il peso che gli atti raccolti nella fase preliminare hanno avuto sul dibattimento». Sul punto, si rinvia all'approfondita analisi di D. Curtotti, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova 2013, 101.

<sup>180</sup> Cfr. A. Marandola, *Le finestre di giurisdizione e il giudice del procedimento*, in *PPG* 2023, 1, 1.

<sup>181</sup> Senza contare, poi, che proprio la completezza investigativa determina la residualità delle ipotesi di istruttoria «supplementare» di cui agli artt. 421 bis e 422 Cpp.

<sup>182</sup> Così M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, cit., 132.

<sup>183</sup> Sul principio in questione, così come delineato da C. cost., 15.2.1991, n. 88, cit., v., tra i molti, E. Marzaduri, *Qualche considerazione sui rapporti tra principio di obbligatorietà dell'azione penale e completezza delle indagini preliminari*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 14.05.2020; F. Siracusano, *La completezza delle indagini nel processo penale*, Torino 2005; C. Valentini, *La completezza delle indagini, tra obbligo costituzionali e (costanti)*

perchè l'accusa è già potenzialmente "stabilizzata" nel momento in cui il p.m. procede con la richiesta di rinvio a giudizio e il giudice la accoglie prevedendo ragionevolmente la condanna dell'imputato<sup>184</sup>.

L'assunto dovrebbe già essere utile a dimostrare come il proposito di mantenere l'udienza preliminare e, anzi, di tentare di potenziarla potrebbe rivelarsi un errore strategico: preservare una fase tanto dispendiosa quanto superflua a seguito di investigazioni complesse e laboriose rischia di rivelarsi fatale per la tenuta stessa del modello accusatorio<sup>185</sup>, poiché ne accentuerebbe gli aspetti negativi e continuerebbe ad alimentare le «decodificazioni giurisprudenziali»<sup>186</sup> che già lo stanno sgretolando<sup>187</sup>.

Se così stanno le cose, deve ammettersi che la volontà di mantenere in vita «l'udienza di filtro che non filtra abbastanza»<sup>188</sup> sia legata esclusivamente a scelte di politica legislativa più che alla valutazione del suo effettivo impatto sul processo in termini di efficacia e di efficienza.

L'udienza preliminare è frutto di un vizio di origine: da un lato, un atteggiamento di sfiducia nei confronti del p.m. che, allo stato, non possiede più nessuna giustificazione razionale e, dall'altro, l'*horror hereditatis* dello strapotere del giudice inquisitore, per contenere il quale si era scelto di prevedere l'udienza preliminare governata da un giudice privato (almeno inizialmente) «di ogni potere o facoltà di istruzione»<sup>189</sup>.

Il tempo è maturo per un cambiamento di rotta, una presa di coscienza che porti a considerare, a un tempo, il "peso" del processo, la "sofferenza" dell'imputato e il "costo" per il sistema.

Se l'udienza preliminare non è più in grado di adempiere alla sua funzione deflattiva e nemmeno a preservare le garanzie difensive dell'imputato, una simile fase a contraddittorio partecipato necessario rappresenta un prezzo troppo alto da pagare sia per il sistema, in termini

---

*elusioni della prassi*, in *AP* 2019, 3, 1. In senso critico rispetto a una visione "assolutistica" del principio di completezza delle indagini, v. le interessanti considerazioni di M. Caianiello, voce *Archiviazione*, cit., 64.

<sup>184</sup> A ben riflettere, la scelta del legislatore del 1988 di legittimare il p.m. ad effettuare ampie modifiche dell'imputazione sin dalla fase dell'udienza preliminare *ex art.* 423 Cpp, appariva, all'epoca, il naturale portato del nuovo sistema processuale introdotto. All'esito di una fase d'indagine preliminare che si riconosceva connotata da una cognizione sommaria, l'enunciato dell'imputazione risultava condizionato dall'unilaterale ricostruzione del fatto operata dall'organo dell'accusa. In questo senso F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, cit., 115.

<sup>185</sup> «Senz'altro, l'udienza preliminare è stata creata per assicurare prima di ogni cosa il diritto di difesa dell'imputato, ma ciò non toglie che quest'ultimo sia attuabile anche in sua assenza, considerati i benefici che ne discenderebbero per l'efficienza processuale e la ragionevole durata (art. 111 comma 2 Cost.). L'essenziale è che ciò non avvenga al costo di un eccessivo sacrificio del bene protetto dall'art. 24 comma 2 Cost.». Così M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, cit., 134. Nello stesso senso F. Cassibba, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, cit., 11.

<sup>186</sup> O Mazza, *Tradimenti di un codice*, in *AP* 2019, 3, 7.

<sup>187</sup> Cfr. M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, cit., 141.

<sup>188</sup> M. Daniele, *L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio*, cit., 132.

<sup>189</sup> Così *Relazione al progetto preliminare e al definitivo del codice di procedura penale*, cit., 101, nella quale si legge anche «[A] riguardo la scelta fissata dalla legge-delega è chiarissima: al giudice dell'udienza preliminare è negato qualsiasi potere di iniziativa nella raccolta della prova, anche quello suppletivo e residuale che viene riconosciuto al giudice del dibattimento». Come sostenuto da S. Morisco, voce *Udienza preliminare*, cit., 712, «[L]e ragioni storiche di tale impostazione, come noto, vanno rinvenute nel fatto che il codice del 1988 è nato sulla scia di decennali polemiche circa l'eccessiva ampiezza di poteri del giudice istruttore».

di risorse e ragionevole durata<sup>190</sup>, sia per l'imputato, costretto a vedere prolungata *sine die* l'agonia del processo<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Sul tema, *ex multis*, M.G. Aimonetto, *La "durata ragionevole" del processo penale*, Torino 1997; B. Nacar, *I termini e la ragionevole durata del processo penale*, Torino 2012; D. Vicoli, *La "ragionevole durata" delle indagini*, Torino 2013.

<sup>191</sup> In questi termini F. Cassibba, *Udienza preliminare e controlli sull'enunciato d'accusa a trent'anni dal codice di procedura penale*, cit., 11.

## TUTELA DELLA SALUTE NEI CENTRI PER LA PERMANENZA E IL RIMPATRIO E ACCERTAMENTO DELL'IDONEITÀ SANITARIA ALLA VITA IN COMUNITÀ RISTRETTA: UN'INDAGINE MULTILIVELLO

di Cecilia Pagella (*Assegnista di ricerca in Diritto Penale, Università degli Studi di Milano*)

Il presente lavoro si propone di indagare il tema della tutela della salute dei migranti irregolarmente soggiornanti in Italia e trattenuti, in attesa che il provvedimento di espulsione pronunciato nei loro confronti venga eseguito, in un Centro per la Permanenza e il Rimpatrio ai sensi dell'art. 14 TuImm. Rispetto a queste persone, il diritto alla salute sancito dall'art. 32 della Costituzione si declina nel diritto a non fare ingresso e a non permanere in un C.P.R. qualora le condizioni di salute e vulnerabilità non lo consentano. Per assicurare il rispetto del diritto alla salute così inteso, la normativa prevede la sottoposizione del migrante a una visita medica volta a evidenziare eventuali situazioni di incompatibilità col trattenimento. La disciplina si articola su tre livelli: legge, disposizioni ministeriali e atti di recepimento adottati su base locale. Il filtro della visita di accertamento non si rivela sufficientemente selettivo: la cronaca e l'esperienza a contatto coi migranti della Clinica Legale di Giustizia penale dell'Università degli Studi di Milano hanno provato, infatti, la presenza di soggetti fragili all'interno dei Centri. L'indagine da noi condotta ha avuto a oggetto la normativa e la prassi di svolgimento delle visite di accertamento e ha tentato di mettere in luce i difetti di funzionamento di questo meccanismo. Questo lavoro ambisce ad avviare una riflessione sull'opportunità di intervenire sulla normativa e sulla prassi, onde assicurare l'effettività del diritto alla salute nel delicato contesto dei C.P.R.

The purpose of this study is to examine the matter of health protection for irregular migrants living in Italy who are detained in Pre-removal Detention Centres (Centri per la Permanenza e il Rimpatrio – CPR) while awaiting the execution of expulsion orders issued against them pursuant to Article 14 of the Consolidated Law on Immigration (Testo Unico Immigrazione – TuImm). For these people, the right to health enshrined in Article 32 of the Italian Constitution means the right not to be detained in a CPR if their state of health or vulnerability does not allow it. In order to ensure the protection of this right, Italian regulations require migrants to undergo, before entering a CPR, a medical examination to identify any health conditions that are incompatible with being detained. Both media and the experience of the Criminal Justice Legal Clinic at the University of Milan have highlighted the presence of vulnerable persons in these facilities: this means the mechanism of medical assessment is not sufficiently selective. Our research focused on the legal framework – legislative provisions, ministerial orders and local implementing measures – and on the practical management of medical examinations aforementioned, so as to identify shortcomings in the system's functioning. This work aims to initiate a broader discussion on the need to review existing legal and practical measures to ensure effective protection of the right to health in the fragile context of CPRs.

SOMMARIO: 1. Note introduttive. – 2. La disciplina dettata dal Testo Unico Immigrazione e dalla Direttiva Lamorgese in tema di modalità di trattenimento e tutela del diritto alla salute dei trattenuti: profili di frizione con il quadro costituzionale. – 3. Gli aspetti critici della Direttiva Lamorgese. – 3.1. La parzialità della visita di idoneità. – 3.2. La deroga alla doverosità dell'accertamento dell'idoneità relativa. – 3.3. La mancata previsione che le visite avvengano fuori dal controllo uditorio delle Forze dell'Ordine. – 3.4. L'assenza di mediatori linguistico-culturali all'atto della visita. – 4. Gli accordi tra l'A.T.S. della Città metropolitana di Milano e la Prefettura in merito alla tutela della salute delle persone trattenute. – 4.1. L'organizzazione delle visite: alcune criticità in tema di orari e modalità di selezione del personale dedicato. –



4.2. Le modalità di svolgimento della visita di valutazione dell'idoneità al trattenimento: la mancata predisposizione di locali idonei ed esami specifici. – 4.3. La tutela della salute nelle more del trattenimento. – 5. Le modalità di svolgimento delle visite secondo gli operatori intervistati. – 6. Conclusioni: alcuni spunti per future riflessioni.

11. La presente relazione si propone di illustrare i risultati di una ricerca condotta in seno al progetto Clinica legale di Giustizia penale dell'Università degli Studi di Milano, con l'obiettivo di indagare se le modalità di trattenimento dei migranti all'interno dei Centri per la Permanenza e il Rimpatrio (C.P.R.) assicurino il rispetto del diritto alla salute, tutelato dalla Carta costituzionale «come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività» (art. 32 Cost.).

A norma dell'art. 14 del d.lgs. 25.7.1998 n. 286 (Testo Unico Immigrazione, d'ora innanzi TuImm), il trattenimento in un C.P.R. viene disposto dal Questore qualora non sia possibile dare immediata esecuzione, mediante accompagnamento alla frontiera o respingimento, ad un provvedimento amministrativo di espulsione.

La tutela del diritto alla salute del migrante trattenuto ex art. 14 TuImm è affidata, essenzialmente, alla previsione di un meccanismo volto a sottrarre alla misura del trattenimento gli individui affetti da particolari condizioni di vulnerabilità o gravi patologie. La normativa di riferimento prevede, infatti, che l'ingresso in un C.P.R. possa avvenire soltanto a seguito di un accertamento sanitario volto a valutare l'idoneità psico-fisica del migrante alla permanenza in una comunità ristretta.

Obiettivo della nostra indagine è comprendere se tale accertamento, per come è disciplinato e per come in concreto viene svolto nella prassi, consenta effettivamente di escludere dalla detenzione i soggetti più fragili<sup>1</sup>.

In particolare, la prima parte della relazione avrà ad oggetto un breve esame della disciplina generale che il TuImm e le sue disposizioni di attuazione dedicano alle modalità del trattenimento. Proseguiremo analizzando la normativa ministeriale che regola le visite di accertamento dell'idoneità alla vita in comunità ristretta e dello stato di salute dei migranti, soffermandoci anche sui relativi atti di recepimento adottati sul territorio milanese. Infine, presenteremo gli esiti di uno studio della prassi, che abbiamo svolto intervistando alcuni operatori sanitari preposti a certificare lo stato di salute dei trattenuti e ad accertare la loro idoneità sanitaria al trattenimento, specie nell'ambito del C.P.R. di Milano.

Come avremo occasione di rilevare, se già l'analisi della normativa rivela plurime criticità, non appare confortante nemmeno lo scenario che emerge dalla prassi.

2. La normativa di rango primario in tema di tutela del diritto alla salute dei ristretti nei C.P.R. è molto scarna e si esaurisce nel comma 2 dell'art. 14 TuImm, che si limita a prescrivere che la detenzione all'interno dei Centri avvenga nel rispetto di «adeguati standard igienico-sanitari e abitativi».

---

<sup>1</sup> Tali esigenze di tutela assumono connotati peculiari laddove si faccia questione di individui ristretti nella libertà personale e, quindi, anche con riferimento ai trattenuti in un C.P.R. In queste ipotesi, come sottolineato dalla giurisprudenza della Corte Edu, il carattere spiccato delle esigenze di tutela della salute segue la condizione di *vulnerabilità* dei ristretti, derivante dal fatto che essi sono sottoposti, in vario modo, alla custodia dello Stato (cfr., *ex multis*, C. eur., 8.1.2013, *Torreggiani e altri c. Italia*, nonché, più di recente, C. eur., 24.1.2022, *Sy c. Italia*. Sul punto, P. Scarlatti, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, in *dirittifondamentali.it* 2022, 1).

Manca, dunque, una descrizione puntuale dei modi della detenzione<sup>2</sup>. Questo dato evidenzia un primo profilo di criticità dell'impianto normativo rispetto al dettato costituzionale<sup>3</sup>. Difatti, il trattenimento in un C.P.R., come riconosciuto anche dalla Consulta a partire dalla storica sentenza del 10.4.2001 n. 105, rappresenta a tutti gli effetti una forma di privazione della libertà personale<sup>4</sup>: in quanto tale, esso soggiace alla riserva di legge prevista dall'art. 13 Cost.<sup>5</sup>. Sarebbe, quindi, necessario che la fonte primaria indicasse le concrete modalità di esecuzione della misura privativa della libertà personale, non potendo limitarsi a ribadire il carattere coercitivo<sup>6</sup>.

Parimenti problematica, rispetto alla mancata osservanza del dettato dell'art. 13 Cost., appare, inoltre, la circostanza che il TuImm ometta d'individuare il giudice competente a controllare il rispetto dei diritti dei trattenuti, così contravvenendo la riserva di giurisdizione posta dalla stessa disposizione<sup>7</sup>. La previsione – da parte del co. 2-*bis* dell'art. 14 TuImm – della possibilità di rivolgere reclami al Garante nazionale, o a quelli regionali e locali, dei diritti delle persone

<sup>2</sup> A. Ciervo, G. Santoro, *C.P.R. e Costituzione: manca una legge sui modi del trattenimento*, in *QuestG*, 1.10.2024; A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt. Riv. Trim.* 2014, 1, 34; L. Masera, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *QuestG*, 10.5.2022, 3; L. Masera, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in [www.lalegislazonepenale.eu](http://www.lalegislazonepenale.eu), 24.7.2019, 9 ss. Sul contrasto della disciplina del trattenimento pre-espulsivo, oltre che con l'art. 13, anche con altri parametri costituzionali v. A. Della Bella, *"Trattenimento"*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12.6.2023, 4 ss.

<sup>3</sup> Queste criticità – su cui si tornerà tra breve – sono state di recente portate all'attenzione della Corte costituzionale ad opera del Giudice di pace di Roma, con ordinanza del 17.10.2024 n. 61332. In particolare, il giudice *a quo* ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14 co. 2 TuImm, per violazione della riserva assoluta di legge prevista dall'articolo 13 co. 2 Cost. e del principio di eguaglianza, di cui al combinato disposto degli articoli 3 e 10 co. 2 Cost., in relazione agli articoli 2, 13, 24, 25 co. 1 e 111 co. 1 Cost.

<sup>4</sup> A commento della pronuncia, si richiama, *ex multis*, G. Bascherini, *Accompagnamento alla frontiera e trattenimento nei centri di permanenza temporanea: la Corte tra libertà personale e controllo dell'immigrazione. Corte cost. 10 aprile 2001, n. 105*, in *GCos* 2001, 3, 1680 ss. Cfr. anche C. cost., 8.6.2000 n. 198, 8.6.2000 n. 222 e 8.7.2004 n. 223, nonché C. cost., 8.3.2006 n. 109. Sul punto, A. Rauti, *La libertà personale degli stranieri tra (ragionevole) limitazione e (illegittima) violazione: la Consulta segna un'altra "tappa" nel tortuoso "cammino" degli extracomunitari*, in *Forum Quad. cost.*, 25.7.2004. Per una riflessione più ampia, che prende spunto anche dalla citata pronuncia della Consulta, cfr. G. Campesi, *La detenzione amministrativa degli stranieri: storia, diritto, politica*, in *Dem. dir.* 2011, 3-4, 183 ss.

<sup>5</sup> A proposito di questa disposizione, cfr., *ex multis*, G. Lombardi, *Libertà (Diritto costituzionale)*, in *NssDI*, vol. IX, Torino 1963, 845 ss.; A. Barbera, *I principi costituzionali della libertà personale*, Milano 1967; G. Amato, *Libertà (diritto costituzionale)*, in *ED*, vol. XXIV, Milano 1974, 273 ss.; A. Pace, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, *ivi*, 287 ss.; G. Amato, *Art. 13 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, vol. II (*Rapporti civili, artt. 13-20 Cost.*), a cura di G. Branca, A. Pizzorusso, Bologna 1977, 1 ss.; P. Bonetti, *Il provvedimento di allontanamento dello straniero dal territorio dello Stato di fronte alla libertà personale e alla libertà di circolazione e di soggiorno*, in *Stranieri tra i diritti. Trattenimento, accompagnamento coattivo, riserva di giurisdizione*, a cura di R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, Torino 2001, 48 ss.; P. Bonetti, *Ingresso, soggiorno e allontanamento. Profili generali e costituzionali*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. Nascimbene, Padova 2004, 280 ss.; R. Cherchi, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli 2012; A. Natale, *I migranti e l'habeas corpus alla prova delle emergenze: il caso di Lampedusa*, in *QuestG* 2013, 5; L. Masera, *Il "caso Lampedusa": una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Dir. um. dir. int. Riv. Quad.* 2014, 1, 83-102.

<sup>6</sup> A. Di Martino, *Centri, campi, Costituzione. Aspetti d'incostituzionalità dei CIE*, in *Dir. imm. citt. Riv. Trim.* 2014, 1, 35.

<sup>7</sup> Nel silenzio della legge, dovrebbe trattarsi del giudice che ha convalidato il trattenimento, ossia, il giudice di pace o, solo per i richiedenti protezione internazionale, il giudice ordinario (sul tema, C. Corsi, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri*, in *Osservatorio sulle fonti* 2018, 2, 3 ss. che, sul punto, evidenzia che la devoluzione al giudice di pace del contenzioso in parola si mosse in un'ottica di decremento delle garanzie nei confronti degli stranieri).

private della libertà personale non pare sufficiente a sanare tale *vulnus*, a fronte della natura non giurisdizionale di tale rimedio<sup>8</sup>.

L'art. 14 del Testo Unico richiama l'art. 21 co. 8 del d.P.R. 31.8.1999 n. 394, che costituisce disposizione di mero rinvio, in quanto – a sua volta – rimanda, per l'individuazione delle modalità di erogazione dei servizi di cura e assistenza, alle direttive impartite dal Ministero dell'Interno: il riferimento va, oggi, alla Direttiva emanata il 19 maggio 2022 dalla Ministra Luciana Lamorgese. È, dunque, a questa fonte che risulta rimessa la disciplina delle modalità attraverso le quali deve concretamente attuarsi la detenzione amministrativa.

La Direttiva prevede un meccanismo volto a sottrarre alla misura del trattenimento gli individui affetti da particolari condizioni patologiche o di vulnerabilità, tali da rendere il loro stato di salute incompatibile con la permanenza in una comunità ristretta. In particolare, l'art. 3 prescrive il rilascio di un certificato di idoneità sanitaria alla vita comunitaria ristretta, che esprime un giudizio di compatibilità tra le condizioni di salute e vulnerabilità dello straniero e le condizioni abitative dello specifico Centro cui è destinato (c.d. idoneità *relativa*) e che si pone quale condizione per la convalida del trattenimento.

La visita è disposta a richiesta del Questore ed è volta ad accertare – attraverso un'indagine anamnestica o sintomatologica, nonché mediante la raccolta di tutta la documentazione sanitaria disponibile – l'assenza di malattie infettive contagiose e pericolose per la comunità, di disturbi psichiatrici, patologie acute o cronico degenerative o di altre patologie evidenti che rendano incompatibile l'ingresso e la permanenza dello straniero nella struttura.

Oltre all'insussistenza di condizioni psico-fisiche morbose, non suscettibili di essere gestite adeguatamente all'interno di una comunità ristretta, la Direttiva prescrive di verificare che la permanenza presso il Centro sia compatibile con le eventuali condizioni di vulnerabilità riscontrate. Con riferimento alla nozione di vulnerabilità, la Direttiva fa rinvio alla disciplina dettata per i richiedenti asilo dall'art. 17 co. 1 del d.lgs. 18.8.2015 n. 142, che annovera tra i soggetti vulnerabili i minori, i disabili, gli anziani, le donne in gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime di tratta, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali, le persone per le quali sia stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre gravi forme di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento sessuale o all'identità di genere, nonché le vittime di mutilazioni genitali.

L'accertamento dell'idoneità sanitaria è, di norma, demandato ad un medico dell'Azienda Sanitaria Locale (A.S.L.) o di altra azienda ospedaliera sita sul medesimo territorio in cui si trova il Centro, con cui la Prefettura deve stipulare un protocollo d'intesa<sup>9</sup>. Nella generalità dei casi, dunque, la Direttiva affida la visita medica d'ingresso allo scrutinio dell'autorità sanitaria pubblica (art. 3 co. 1), sottraendolo al personale medico contrattualizzato dagli enti gestori dei

<sup>8</sup> A. Della Bella, "Trattenimento", cit., 8; L. Masera, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, cit., 4. Più in generale sul tema della scarsa tutela giurisdizionale dei meccanismi di allontanamento dello straniero (prevalentemente ispirati alla logica della rapidità e al predominio di procedure coattive), si veda A. PUGIOTTO, "Purché se ne vadano". *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, in *Lo statuto costituzionale del non cittadino*, Atti del XXIV Convegno annuale dell'Associazione italiana dei costituzionalisti (Cagliari, 16-17 ottobre 2009), Napoli 2010. Sul connesso tema della negazione della tutela giurisdizionale nei confronti della vittima di reato destinataria di un provvedimento di espulsione cfr. P. Oddi, *In memoria di Moussa, morto suicida nel Cpr di Torino. Un "emendamento Balde" per tutelare i migranti vittime di reato*, in *DPU*, 19.6.2021, 3 ss.

<sup>9</sup> In base all'art. 3 della Direttiva, il protocollo disciplina le modalità di svolgimento delle visite ambulatoriali, le modalità di accesso al Centro da parte dei medici e degli operatori del Servizio per le Dipendenze (Ser.D.) di riferimento, nonché quelle per richiedere un ricovero ospedaliero o l'accesso al pronto soccorso, ma anche le procedure per l'approvvigionamento di farmaci e gli strumenti per garantire continuità terapeutica in fase di rimpatrio o, prima ancora, a favore dei soggetti provenienti da altri istituti.

Centri<sup>10</sup>: ciò al fine di assicurare che il certificato di idoneità sia rilasciato da un soggetto imparziale e indifferente all'esito della visita

Il monitoraggio dello stato di salute e vulnerabilità in costanza di trattenimento compete, invece, ai medici dell'ente gestore, cui spetta anche erogare i servizi di cura e assistenza nel Centro, assicurandone la fruibilità senza soluzione di continuità, anche nei giorni festivi (art. 3 co. 9).

Lo svolgimento della visita "in ingresso" è documentato tramite il rilascio del certificato di idoneità alla vita comunitaria ristretta, che deve essere messo a disposizione dell'Autorità Giudiziaria competente a decidere in ordine alla convalida o alla proroga del trattenimento, nonché trasmesso, ove riguardi un richiedente asilo, alla Commissione Territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale. L'assenza di tale certificato determina l'impossibilità, per il giudice, di convalidare il trattenimento ovvero di disporre la proroga (art. 3 co. 7 della Direttiva)<sup>11</sup>.

Una volta dichiarata l'idoneità del trattenuto alla vita in comunità ristretta, spetta al personale medico del Centro la redazione di una scheda sanitaria completa delle sue condizioni di salute e del monitoraggio di queste nel periodo del trattenimento. La scheda può essere richiesta dal trattenuto in qualsiasi momento; inoltre, essa va consegnata al migrante personalmente al momento del rilascio, al responsabile sanitario della struttura di destinazione in caso di trasferimento e al medico della Polizia responsabile dell'accompagnamento forzato in caso di rimpatrio.

3. 3.1. Come sopra osservato, l'art. 3 della Direttiva Lamorgese affida la visita medica d'ingresso dei trattenuti allo scrutinio dell'autorità sanitaria pubblica, al fine di assicurare che il giudizio di idoneità sia rilasciato da un soggetto imparziale e indifferente rispetto all'esito della visita stessa<sup>12</sup>. Tuttavia, tale previsione non pare rispettata in maniera incondizionata.

Innanzitutto, la Direttiva ammette la possibilità che, in caso di urgenza, la visita d'ingresso venga effettuata dal personale medico in servizio presso il C.P.R. Laddove ciò accada, il comma 2 dell'articolo citato demanda a un medico del S.S.N. un secondo *screening* delle condizioni di salute del trattenuto, da svolgersi entro 24 ore dall'ingresso. In concreto, questa previsione rischia di vanificare le garanzie di indipendenza e imparzialità sottese alla previsione che riserva il primo accertamento sanitario ad un medico dell'A.S.L., posto che – a fronte di un primo giudizio di idoneità formulato dal medico in servizio presso la struttura – la seconda visita effettuata non potrà concludersi con un diverso esito senza che ciò si traduca in una presa di posizione dell'operatore sanitario pubblico rispetto a quello privato e, conseguentemente, nell'emersione di un conflitto, cui difficilmente si presterebbe qualsiasi operatore.

Critico appare, poi, il caso dei trattenuti che provengano da un Istituto penitenziario. In tale ipotesi, infatti, il certificato di idoneità deve essere rilasciato dalla Direzione dell'Area

<sup>10</sup> Nel vigore del regolamento che è stato sostituito dalla Direttiva Lamorgese, l'assistenza sanitaria era, invece, affidata agli enti gestori. A tal proposito, parla di «*extraterritorialità sanitaria*» dei C.P.R., F. Borlizzi, *La nuova direttiva Lamorgese sui "modi" del trattenimento nei C.P.R.*, in *Coalizione italiana libertà e diritti civili*, 8.8.2022, qui reperibile <https://child.eu>, mentre definisce l'art. 3 come il più innovativo della Direttiva Lamorgese, M. Benvenuti, *Il trattenimento degli stranieri nei Centri di permanenza per i rimpatri e la c.d. direttiva Lamorgese. Problemi vecchi e prospettive nuove per i provvedimenti di convalida dei giudici di pace*, cit., 8.

<sup>11</sup> M. Benvenuti, *Il trattenimento degli stranieri nei Centri di permanenza per i rimpatri e la c.d. direttiva Lamorgese. Problemi vecchi e prospettive nuove per i provvedimenti di convalida dei giudici di pace*, cit., 9.

<sup>12</sup> È quanto raccomandato, del resto, dallo stesso Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, cfr. *Rapporto sulle visite effettuate nei centri di permanenza per i rimpatri (CPR) (2019-2020)*, 20, qui reperibile [www.garantenazionaleprivatiliberta.it](http://www.garantenazionaleprivatiliberta.it).

Sanitaria del carcere, e, quindi, da un soggetto che, fino a quel momento, ha giudicato lo stato di salute del ristretto compatibile con la vita detentiva; è probabile che quello stesso medico – influenzato dalle valutazioni da lui stesso previamente compiute – formuli un giudizio favorevole anche al trattenimento presso un C.P.R., non tenendo conto dello scarto tra le condizioni delle carceri e quelle dei Centri.

3.2. Come si è già accennato, la Direttiva Lamorgese prescrive che l'accertamento dell'idoneità alla vita in comunità ristretta abbia carattere relativo, cioè che la valutazione di compatibilità delle condizioni di salute fisica e psichica e di vulnerabilità del migrante sia effettuata con riferimento alla specifica struttura cui lo stesso è destinato. Tale accertamento va compiuto tenendo conto dei servizi sanitari disponibili all'interno della struttura e della distanza di questa dal pronto soccorso e dall'ospedale più vicini.

Tuttavia, la Direttiva consente, in alcuni casi, che il certificato di idoneità sia rilasciato dal medico di una struttura differente rispetto a quella in cui il migrante verrà poi "ospitato", che non conosce le caratteristiche del Centro di destinazione e dunque non è in grado di esprimere un parere che tenga conto delle capacità assistenziali di quello. Ciò accade nelle seguenti ipotesi: 1) quando lo straniero proviene da un Istituto penitenziario, nel qual caso il medico competente ad accertare la compatibilità con la vita comunitaria ristretta è quello in servizio presso il penitenziario (art. 3 co. 1 della Direttiva Lamorgese); 2) quando lo straniero proviene da un altro C.P.R.: in questi casi, non è necessario ripetere la visita per l'accertamento della idoneità alla vita in comunità ristretta, essendo sufficiente la trasmissione del certificato di idoneità dal personale medico del Centro mittente agli operatori della struttura di destinazione (art. 3 co. 6 Direttiva); 3) quando lo straniero proviene da una provincia diversa da quella del Centro di destinazione. In questa ipotesi, la visita è affidata al personale sanitario in servizio presso la A.S.L. di provenienza (art. 3 co. 11 Direttiva)<sup>13</sup>; 4) da ultimo, quando lo straniero proviene da un hotspot: l'accertamento dell'idoneità alla vita in comunità ristretta è allora demandato al personale medico ivi presente.

3.3. Alle criticità evidenziate si aggiunge quella che discende dalla previsione di cui all'art. 3 co. 5 della Direttiva Lamorgese: le visite mediche possono avvenire alla presenza delle forze di Polizia, laddove sussistano particolari esigenze e su richiesta del medico. Nel suo rapporto del 2019 in merito alla visita effettuata nelle carceri italiane<sup>14</sup>, il Comitato per la prevenzione della tortura (C.P.T.) ha osservato come la presenza delle ff.oo. all'atto della visita fosse in grado di influenzare il racconto dei pazienti detenuti e di scoraggiare la denuncia, da parte degli stessi, degli eventuali maltrattamenti subiti. È evidente che il medesimo rischio sussiste senz'altro anche in relazione alle visite di cui ci stiamo occupando: sarebbe, dunque, opportuno che la Direttiva disponesse che le visite devono svolgersi al di fuori della portata almeno uditiva degli agenti<sup>15</sup>.

3.4. Da ultimo, evidenziamo che la Direttiva Lamorgese non prescrive la presenza di un mediatore linguistico-culturale durante le visite, pur auspicata dalle Linee guida *'I controlli*

---

<sup>13</sup> Anche in questo caso, il protocollo deve prevedere le modalità di rilascio delle visite ambulatoriali, le modalità di accesso al Centro da parte dei medici e degli operatori del Ser.D. di riferimento, gli eventuali ricoveri e interventi del pronto soccorso, l'approvvigionamento di farmaci e gli strumenti per garantire la continuità terapeutica nei confronti di soggetti provenienti da altri istituti, nonché in fase di rimpatrio.

<sup>14</sup> *Report to the Italian Government on the visit to Italy carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT) from 12 to 22 March 2019*, redatto a Strasburgo il 21.1.2020.

<sup>15</sup> F. Borlizzi, *La nuova direttiva Lamorgese sui "modi" del trattenimento nei c.p.r.*, cit.

*alla frontiera - la frontiera dei controlli'* – sviluppate dall'Istituto Nazionale per la promozione della salute delle popolazioni Migranti e per il contrasto delle malattie e della Povertà (INMP), dall'Istituto Superiore di Sanità (ISS) e dalla Società Italiana di Medicina delle Migrazioni (SIMM) e approvate dalla Conferenza Stato-Regioni il 10 maggio 2018, richiamate ma non recepite dalla Direttiva.

La fruizione di un servizio come la mediazione linguistico-culturale appare essenziale per assicurare il pieno ed effettivo esercizio del diritto alla salute, specie se si considerano le difficoltà che molti dei trattenuti hanno alle spalle (progetti migratori falliti, sfruttamento, vicende personali traumatiche, precedenti periodi di detenzione, etc.), la distanza di queste esperienze dall'immaginario occidentale e dunque la necessità di gestirle secondo un *culturally competent approach*<sup>16</sup>. A nostro avviso, dunque, andrebbe espressamente regolamentata la presenza di figure professionali di questo tipo all'atto della visita e tale previsione dovrebbe essere affidata alla Direttiva.

4. Come ricordavamo *supra*, il recepimento della Direttiva Lamorgese passa, a livello locale, dall'adozione di Protocolli d'intesa e accordi tra i diversi attori istituzionali cui è, in definitiva, assegnato il compito di collaborare al fine di assicurare la tutela del diritto alla salute dei trattenuti: Questura, Prefettura, A.S.L.

Tra gli atti di recepimento della Direttiva adottati nell'ambito del territorio milanese rilevano ai nostri fini un *'Protocollo per l'erogazione di prestazioni sanitarie ai migranti ospiti del Centro di permanenza per il rimpatrio di via Corelli a Milano'*, stipulato tra l'Azienda Sanitaria Territoriale (A.T.S.) e la Prefettura di Milano, e una *Convenzione*, cui lo stesso Protocollo rinvia, stipulata tra Prefettura, Questura, A.T.S. e l'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale Fatebenefratelli-Sacco (A.S.S.T.), *per la collaborazione in materia di visite mediche per gli stranieri destinatari di trattenimento presso i Centri di Permanenza per il Rimpatrio*. Entrambi gli accordi citati hanno cessato la loro validità al 31 dicembre 2023 e non risultano allo stato rinnovati.

Per quel che riguarda le modalità di svolgimento delle visite volte all'accertamento dell'idoneità sanitaria alla vita in comunità ristretta, il Protocollo si limita ad affermare che esse sono effettuate dai professionisti sanitari individuati dall'A.T.S., rinviando a sua volta, per la loro disciplina, alla Convenzione.

4.1. Secondo la Convenzione, il cittadino straniero accede al Centro previa visita effettuata da un medico del S.S.N., cui segue una successiva visita demandata al medico responsabile del C.P.R.

Per lo svolgimento delle visite di ingresso, l'A.T.S. di Milano, mediante la sottoscrizione della Convenzione, si è impegnata a individuare due medici *«in possesso di specifico know-how*<sup>17</sup>», cui affidare tale servizio, sulla base di un sistema articolato su determinate fasce orarie (in particolare, due ore al mattino e quattro ore al pomeriggio, dal lunedì al sabato, e sei ore continuative, la domenica)<sup>18</sup>. Fuori da tali fasce orarie, la visita propedeutica all'accertamento dell'idoneità alla vita in comunità ristretta viene eseguita dai medici di turno del Pronto

---

<sup>16</sup> M.E. Tosti, M. Marceca e Altri, *Health assessment for migrants and asylum seekers upon arrival and while hosted in reception centres: Italian guidelines*, in *Health Policy* 2021, Vol. 125, Issue 3, 396-401.

<sup>17</sup> Art. 2, *Convenzione per la collaborazione in materia di visite mediche per gli stranieri destinatari di trattenimento presso i Centri di Permanenza per il Rimpatrio*, siglata tra l'A.T.S. della Città metropolitana di Milano, la Prefettura di Milano, la Questura di Milano e l'A.S.S.T. Fatebenefratelli Sacco, già citata nel testo.

<sup>18</sup> Punto 7 (premesse), *Convenzione per la collaborazione in materia di visite mediche*, cit.: *«i medici messi a disposizione da ATS Milano assicureranno complessivamente un servizio articolato secondo le fasce orarie 07:00-09:00 e 13:00-17:00 dal Lunedì al Sabato e 07:00-15:00 la Domenica»*.

Soccorso dell'A.S.S.T. Fatebenefratelli Sacco<sup>19</sup>, senza garanzie circa il possesso da parte di questi ultimi del *know-how* richiesto e di un'adeguata conoscenza delle condizioni del Centro di destinazione.

Volendo, poi, soffermarsi sulle caratteristiche del personale cui è affidata la valutazione dell'idoneità alla vita in comunità ristretta, è doveroso osservare che se già la Direttiva Lamorgese si limita semplicemente a prevedere che la visita sia eseguita da medici del S.S.N., nemmeno la Convenzione pone requisiti ulteriori, salvo prevedere che i medici preposti alle visite da svolgersi nelle fasce orarie garantite debbano possedere uno specifico *know-how*. Sarebbe, invece, essenziale, come del resto rilevato anche dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, che tale accertamento venisse svolto da personale medico che abbia una buona conoscenza della struttura di destinazione, al fine di assicurare una valutazione di idoneità relativa<sup>20</sup>. Tale requisito non è invece richiesto dai bandi volti a selezionare i professionisti cui competono le visite nelle fasce orarie garantite e tantomeno viene richiesto ai medici del Pronto Soccorso Fatebenefratelli-Sacco, che svolgono le visite solo occasionalmente.

Per entrare più nel dettaglio delle modalità di selezione dei due medici ai quali l'A.T.S. di Milano si è impegnata ad affidare il servizio mediante sottoscrizione della Convenzione, si può fare riferimento all'avviso pubblico bandito, a tal fine, il 15 febbraio 2024, con deliberazione n. 122. Dalla lettura del bando, emerge un dato critico: è indicato, quale criterio di scelta tra candidati concorrenti, quello di essere di madre lingua araba oppure di possedere un'adeguata conoscenza della lingua araba scritta e parlata (p. 1). Da un lato, a noi pare che il possesso di tale requisito linguistico consenta al medico di comunicare con i pazienti, per la maggior parte provenienti da Paesi di lingua araba; d'altra parte, tale requisito sembra limitare la concorrenza, escludendo molti candidati che, pur vantando magari una lunga esperienza professionale a contatto con persone migranti, non conoscano tuttavia l'arabo. In ogni caso, la conoscenza della lingua araba non ci pare sufficiente a superare la barriera fra medico e paziente, che, come già abbiamo osservato, è anche e soprattutto culturale; piuttosto che prescrivere la conoscenza della lingua araba ai medici, sarebbe forse meglio prevedere la presenza di un mediatore culturale in grado di "mettere in contatto" – non solo verbale – il medico con il migrante.

Meritevole appare, invece, la previsione del bando (p. 8) che accorda preferenza ai candidati che abbiano maturato un'esperienza professionale che abbia «attinenza rispetto all'ambito delle attività oggetto del presente avviso», oppure che abbia partecipato ad attività formative o sia autore di pubblicazioni sul medesimo tema.

4.2. La Convenzione si limita a precisare che i medici individuati dall'A.T.S. presteranno servizio all'occorrenza direttamente presso il C.P.R., ma nella maggior parte dei casi presso la Questura di Milano. A tal fine, viene messo a disposizione presso gli uffici della Questura un locale dotato dei regolari requisiti igienico-sanitari e delle attrezzature necessarie all'effettuazione di visite mediche<sup>21</sup>. Totalmente insoddisfacente è, però, la descrizione delle caratteristiche di questi locali, la cui strumentazione è indicata dalla Convenzione in maniera sommaria e consiste semplicemente in un *lavabo con rubinetteria a comando non manuale*, in un *lettino per visite* e in pochi altri strumenti, certamente non adeguati a consentire ai medici di svolgere una visita approfondita.

---

<sup>19</sup> Anche in questo caso, sono previste delle fasce orarie: dal lunedì al sabato, ore 17:00-ore 21:30; la domenica, ore 15:00-ore 17:30, cfr. Punto 8 (premesse), *Convenzione per la collaborazione in materia di visite mediche*, cit.  
<sup>20</sup> *Rapporto sulle visite effettuate nei Centri di Permanenza per i Rimpatri (C.P.R.) (2019-2020)*, cit., 19.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

Oltre a ciò, non si prevede in dotazione la strumentazione utile a disporre esami specialistici, né si precisa come il medico sia tenuto a comportarsi nell'eventualità in cui tali esami siano necessari e non sia possibile svolgerli nell'immediatezza a causa della mancanza dell'attrezzatura a tal fine necessaria.

In effetti, come avremo modo di illustrare in seguito, nella prassi le visite si risolvono in un accertamento limitato al solo ambito epidemiologico<sup>22</sup>.

5. Venendo ora all'esame della prassi, cercheremo di illustrare i risultati di uno studio condotto intervistando alcuni operatori sanitari preposti a certificare lo stato di salute dei trattenuti e ad accertare la loro idoneità sanitaria al trattenimento, specie nel contesto territoriale milanese. Nello specifico, abbiamo intervistato una decina di professionisti, che ricoprono ruoli diversi in qualità di medici di istituti penitenziari, collaboratori del Garante delle persone private della libertà personale, medici di pronto soccorso, infettivologi e psichiatri chiamati occasionalmente al rilascio dei certificati di idoneità alla vita in comunità ristretta.

Ci preme sottolineare che questo studio non ha la pretesa di assurgere a un'indagine statistica di carattere scientifico; nondimeno, i colloqui intrattenuti con alcuni operatori sanitari e alcuni esperti non medici hanno consentito di porre in luce diverse criticità che affliggono con una certa frequenza le visite finalizzate all'accertamento dell'idoneità relativa al trattenimento.

Anzitutto, menzioniamo *l'insufficiente durata delle visite, a cui consegue la sommarietà dell'accertamento svolto*. La normativa prescrive che la visita accerti l'insussistenza di malattie infettive contagiose e pericolose per la comunità, di disturbi psichiatrici e di patologie acute o cronico degenerative. Si tratta, dunque, di una valutazione che comporta tempi d'attesa e di visita, per una durata complessiva che, secondo le stime degli operatori sanitari intervistati, non è inferiore a tre giorni lavorativi. Si tratta di tempistiche mai rispettate: i medici segnalano, infatti, come le visite vengano quasi sempre effettuate in pochi minuti, durante i quali il personale sanitario si limita ad accertare l'assenza di patologie infettive, prescindendo dall'esame di quelle croniche e di quelle della sfera psichica. Normalmente, non sono disposti esami e visite specialistiche, che pure sarebbero necessari ai fini di una valutazione accurata. In particolare, data la frequenza con cui patologie della sfera psichica – non di rado di origine traumatica – affliggono le persone irregolarmente soggiornanti in Italia, le visite andrebbero svolte con il coinvolgimento di specialisti psicologi, psichiatri e tossicologi, chiamati a valutare la possibile incidenza, sulla sfera psichica del migrante, del trattenimento e il rischio suicidario ad esso correlato. Anche questo tipo di accertamento specialistico non è sempre disposto. Ciò si deve a diversi fattori: le tempistiche rapide con cui la Questura chiede che siano effettuate le visite, di per sé imputabile alla dinamica del trattenimento e all'esigenza di acquisire velocemente il certificato di idoneità per poter procedere alla sua convalida; l'indisponibilità, nei luoghi in cui viene effettuata la visita, dei servizi specialistici necessari; la circostanza per cui l'esigenza di procedere all'effettuazione della visita può nascere senza preavviso (si pensi al caso del migrante rilasciato da un istituto penitenziario a causa della mancata convalida di una misura cautelare). Per superare il problema dovuto alla troppo breve durata delle visite alcuni operatori sanitari, al termine della visita di ingresso, prescrivono già un secondo accertamento per proseguire la valutazione clinica, soprattutto del quadro psicologico, e assicurarsi un ulteriore contatto con il migrante.

Incide notevolmente sullo svolgimento delle visite anche *la presenza degli agenti al momento dello svolgimento delle visite*. Questa comporta, infatti, un deficit di confidenzialità che crea una barriera tra medico e paziente e impedisce a quest'ultimo, intimidito, di rappresentare adeguatamente la propria situazione. Preme qui sottolineare come ciò sia imputabile

<sup>22</sup> Rapporto sulle visite effettuate nei Centri di Permanenza per i Rimpatri (2019-2020), cit., 18.



all'impianto delineato dalla stessa Direttiva Lamorgese, che consente che le visite di accertamento avvengano alla presenza delle Forze dell'Ordine, qualora sussistano "particolari esigenze" e su richiesta del medico. La vaghezza dei presupposti al ricorrere dei quali la presenza delle ff.oo. può essere richiesta apre la strada al possibile abuso di questa previsione. Un altro fattore – già menzionato – a cui imputiamo la superficialità delle visite risiede nella *natura spesso improvvisa del rilascio dall'istituto penitenziario* del migrante che debba, poi, essere trattenuto in attesa di rimpatrio. In questo caso, i medici non possono essere preallertati in tempi adeguati e non hanno, quindi, la possibilità materiale di acquisire la documentazione sanitaria disponibile ovvero di richiedere l'intervento di specialisti o lo svolgimento di esami diagnostici. Invero, si tratta di un problema autonomo, non affrontato né dalla Direttiva Lamorgese né dai suoi atti di recepimento adottati su base locale. Difatti, la necessità di svolgere accertamenti preventivi all'ingresso in C.P.R., ma successivi all'emissione di un ordine di scarcerazione – quindi, nei confronti di un soggetto libero –, potrebbe configurare un "caso" in cui è consentita la privazione della libertà personale, ancorché per il tempo strettamente necessario a disporre e poi effettuare la visita: tale caso dovrebbe essere disciplinato, *ex art. 13 Cost.*, da una disposizione di fonte primaria.

A quanto descritto si aggiunge l'ulteriore criticità dovuta all'*assenza di mediatori culturali durante le visite*. Sono invece, talvolta, presenti i traduttori: uno dei medici intervistati ha, infatti, evidenziato come, negli istituti penitenziari, sia più probabile riuscire ad avvalersi di un traduttore esperto, ancorché nei soli casi in cui il migrante provenga da un Paese arabofono. Inoltre, il bando di concorso finalizzato all'individuazione di due medici competenti per l'effettuazione delle visite di accertamento dell'idoneità al trattenimento sul territorio lombardo ha previsto – lo abbiamo scritto – la conoscenza dell'arabo tra i requisiti per l'assegnazione dell'incarico. Vi sono, tuttavia, casi in cui la barriera linguistico-culturale che si frappone tra medico e paziente potrebbe apparire insuperabile: emblematica, in tal senso, è l'ipotesi dell'accertamento dell'idoneità sanitaria compiuto da un medico del pronto soccorso.

Si rileva, poi, la tendenziale *manca di conoscenza, da parte del personale sanitario, dei luoghi di destinazione, delle disposizioni che ne regolano la quotidianità e dei servizi in essi garantiti*. Questo dato appare particolarmente critico nella misura in cui la Direttiva prescrive, come già osservato, che la compatibilità delle condizioni di salute del migrante debba essere valutata in relazione alle specifiche caratteristiche del Centro di destinazione: è chiaro che certificare l'idoneità c.d. relativa alla vita in comunità ristretta risulta impossibile all'operatore sanitario che ignori le condizioni abitative del Centro in cui la persona verrà trattenuta. Questo dato non riguarda solo i medici territorialmente lontani dai Centri di destinazione, o che comunque si occupano di luoghi di detenzione strutturalmente differenti da questi (come gli istituti penitenziari), ma anche i medici in servizio presso la A.S.L. territorialmente competente allo svolgimento delle visite, ancorché essi operino, appunto, nello stesso territorio in cui si trova il C.P.R.

Altro dato critico riguarda le *pressioni esercitate dalla Questura* affinché i medici effettuassero le visite in tempi brevi. Stando alle informazioni ricevute, la Questura non sembra comprendere a pieno la delicatezza dell'accertamento da effettuare e le differenze profonde che intercorrono tra i Centri per la Permanenza e il Rimpatrio e altri luoghi di privazione della libertà, come le carceri.

Influisce, poi, sugli esiti degli accertamenti sanitari, *l'esigenza di contenimento* dei migranti che, in esito all'accertamento, siano risultati portatori di patologie più o meno serie e, soprattutto, di forme di disagio psichico. A fronte degli elevati rischi di mancata presa in carico di questi soggetti ad opera del sistema socio-sanitario in ragione della loro presenza irregolare sul territorio nazionale, si diffonde nel personale medico la convinzione che sia preferibile l'ingresso degli stessi in un Centro per la Permanenza e il Rimpatrio. In altre parole, il medico

talvolta sceglie di far prevalere esigenze di sicurezza pubblica sul diritto alla salute della persona migrante. Per scongiurare quest'eventualità si potrebbe prevedere un meccanismo che agevoli il rilascio, a favore del migrante dichiarato non idoneo al trattenimento, di un permesso di soggiorno per cure mediche ai sensi dell'art. 19 co. 2 lett. d-*bis* TuImm, magari proprio dietro diretta richiesta degli operatori sanitari che sono chiamati a effettuare la visita. L'ottenimento del permesso di soggiorno consentirebbe, in effetti, un più facile accesso all'assistenza sanitaria e libererebbe gli operatori dalla responsabilità di sottrarre alla misura del trattenimento un soggetto che potrebbe risultare pericoloso per la collettività.

6. Come abbiamo cercato di evidenziare *supra*, nell'impianto della Direttiva Lamorgese la tutela del diritto alla salute dei migranti si declina nell'esigenza che persone affette da disturbi psico-fisici non facciano ingresso nei C.P.R. ogniqualvolta le condizioni dei Centri non consentano di soddisfare i loro bisogni di cura. Si prevede, quindi, un accertamento sanitario in ingresso, documentato tramite un certificato di idoneità alla vita in comunità ristretta. Ciò nonostante, i C.P.R. risultano molto spesso collettori di varie forme di vulnerabilità e disagio: questo dimostra che il filtro della visita di idoneità all'ingresso non è sufficientemente selettivo.

Le criticità normative sono imputabili essenzialmente a quella rete di garanzie non incondizionate costruita dalla Direttiva Lamorgese (cfr., *supra* § 3) e si prestano ad essere superate soltanto attraverso una sua riforma. Tali criticità si ripercuotono sulla disciplina adottata su base territoriale, che contiene quasi esclusivamente disposizioni vaghe e meramente riproduttive dei contenuti della Direttiva e non si occupa, invece, di colmarne le lacune. È vero anche, però, che la disciplina locale presenta criticità sue proprie. Per certi aspetti, infatti, il Protocollo e la Circolare si pongono in contraddizione con le disposizioni di fonte ministeriale, aprendo così nuovi squarci nella rete che dovrebbe proteggere gli individui fragili dal rischio di fare ingresso in luoghi come i C.P.R.

La circostanza suscita sconcerto ma offre anche al mondo dell'avvocatura, dell'accademia e dell'associazionismo l'opportunità di intervenire per colmare questi vuoti di disciplina, ad esempio, avviando un dialogo con le istituzioni locali volto a stimolare la conclusione di nuovi accordi, scevri delle criticità che affliggono gli ultimi adottati nel milanese e che risultano, peraltro, scaduti e non ancora rinnovati. Questa strada potrebbe servire anche a sanare alcune delle criticità della Direttiva Lamorgese: nulla impedisce, infatti, alle fonti subordinate di prevedere tutele e garanzie di un livello superiore; la Prefettura di Milano e l'A.T.S. ben potrebbero, per esempio, "accordarsi" in merito alla contrattualizzazione di un mediatore culturale che possa partecipare, ove necessario, alle visite di accertamento dell'idoneità sanitaria.

Come abbiamo visto al paragrafo precedente, i dati emersi dalle interviste agli operatori sanitari preposti allo svolgimento delle visite d'idoneità sanitaria in ingresso non appaiono più confortanti.

Al fine di sanare le criticità della prassi, potrebbe rivelarsi utile l'elaborazione, su base territoriale, di *protocolli operativi che standardizzino le modalità di svolgimento delle visite di accertamento dell'idoneità sanitaria*, prevedendo livelli minimi di diligenza nel suo espletamento. A parere della maggior parte dei medici intervistati, infatti, visite svolte in tempi adeguati (che molti stimano in alcuni giorni) e ricorrendo agli accertamenti specialistici necessari consentirebbero di accertare patologie – soprattutto psichiatriche – che rendono le condizioni di salute dei migranti incompatibili con il trattenimento presso un C.P.R.

Ad ogni modo, efficacia della visita non significa soltanto adeguamento a uno schema operativo rigido: nessun modello sarebbe, infatti, verosimilmente in grado di escludere un margine di discrezionalità in capo al sanitario, tra l'altro chiamato ad accertare l'idoneità non

alla vita ristretta in generale, bensì alla permanenza presso lo specifico Centro cui il migrante è destinato. Perché la visita di accertamento dell' idoneità relativa possa svolgere la funzione di filtro che le è propria, occorre dunque, in primo luogo, una presa di coscienza, da parte della classe medica, delle condizioni in cui il trattenimento, nella maggior parte dei casi, avviene. A nostro avviso, dunque, è pressante l' esigenza di promuovere occasioni di sensibilizzazione del personale sanitario e di avviare specifici *percorsi di formazione su questi temi*, in cui l' accademia potrebbe assumere un ruolo di rilievo.

## CONSIDERAZIONI FINALI SU MISURE RESTRITTIVE DELLA LIBERTÀ E DIRITTI FONDAMENTALI

di Francesco Palazzo (*Professore emerito di diritto penale nell'Università di Firenze*)

Lo scritto, dopo alcune considerazioni generali sul contrasto tra sviluppo dei diritti e loro deficit di effettività, segnala come l'evoluzione del sistema complessivo delle misure restrittive della libertà vada sempre più in senso securitario. Successivamente vengono esaminati i rapporti tra funzione rieducativa della pena e diritti fondamentali per concludere che questi ultimi sono riconducibili alla dignità della persona e al divieto di trattamenti inumani, il cui contenuto si precisa storicamente in gran parte anche attraverso l'attività degli organi di tutela giurisdizionale e amministrativa.

The paper, after some general considerations on the contrast between the development of rights and their lack of effectiveness, points out how the evolution of the overall system of restrictive measures of liberty is increasingly moving in a securitarian direction. Subsequently, the relations between the re-educative function of punishment and fundamental rights are examined to conclude that the latter can be traced back to the dignity of the person and the prohibition of inhuman treatment, the content of which is historically specified to a large extent also through the activity of the jurisdictional and administrative protection bodies.

SOMMARIO: 1. Parole introduttive. – 2. Espansione dei diritti e principio di solidarietà. – 3. L'evoluzione del sistema in senso securitario. – 4. I diritti “residuali” delle persone ristrette. – 5. Gli strumenti di tutela dei diritti. – 6. Parole finali.

1. Nel dare inizio a queste mie brevi considerazioni finali, più che di sintesi o conclusive, non posso rinunciare a farle precedere da qualche parola preliminare sulle caratteristiche di questo nostro incontro.

In primo luogo, tengo molto ad esprimere tutto il mio apprezzamento per l'iniziativa che mi pare pregevole e significativa per più di un motivo: ad iniziare dal tema, sulla cui rilevanza tornerò tra un attimo ma che già di primo acchito si segnala per la sua eterna attualità. Ma poi degno di una convinta notazione elogiativa è l'aver realizzato in questa occasione una felice e proficua sinergia collaborativa tra le due nostre associazioni di penalisti, quella dei *seniores*, che si ritrovano nell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, e quella dei più giovani penalisti riuniti nel DiPLaP (Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale). Ancora, altrettanto meritorio è l'ulteriore sinergia che si realizza qui tra le più diverse componenti e competenze professionali impegnate sul fronte degli “spazi di privazione della libertà personale e dei diritti delle persone ristrette”, a cominciare ovviamente dall'universo carcerario: abbiamo avuto qui, accanto ai contributi recati dagli universitari, quelli dati da magistrati, avvocati, alti funzionari dell'amministrazione ministeriale, e *last but not least* dal Garante nazionale nella persona del nostro Mauro Palma, che per vero ha a lungo impersonato l'ideale modello di questa importante istituzione. Su tutto, infine, va apprezzato l'obiettivo degli organizzatori di utilizzare questa occasione per dare ampio spazio e risonanza alla voce dei più giovani studiosi, che si dovranno far carico di assicurare in futuro il difficile equilibrio tra privazione della libertà e diritti fondamentali onde evitare il sempre presente pericolo di un'involuzione di quel rapporto.

Questo vero e proprio spiegamento di forze su un tema oggi tanto sensibile mi dà l'idea che a noi tutti sia rivolta una sorta di ideale chiamata alle armi per la difesa dei diritti dinanzi agli incombenti rischi di una moltiplicazione e dilatazione delle misure restrittive della libertà. Ed

invero nelle parole introduttive sia di Marco Pelissero sia di Giandomenico Dodaro non sono mancati accenti e parole impegnative che ci hanno sollecitato a raccogliere questo appello. Non c'è dubbio, mi pare, che in un momento in cui si parla di debolezza della democrazia rappresentativa, di inadeguatezza dei suoi meccanismi di rappresentatività e di decisionalità, il tema dei diritti costituisce l'ancora di salvataggio della democrazia in quanto ne rappresenta il nucleo duro ed indefettibile, la sua essenza profonda.

È infatti sul riconoscimento e sulla tutela dei diritti e, in particolare, dei diritti delle persone private legittimamente della libertà che si misura il grado di democraticità di un ordinamento e di civiltà di una cultura. Perché è proprio su questo terreno che si mette alla prova di resistenza il principio dell'eguale dignità delle persone, che costituisce la radice profonda e sostanziale della democrazia. Al riguardo preziosa e illuminante per tutti, credenti e non credenti, è l'affermazione di Papa Francesco secondo cui «il modo con cui trattiamo l'ultimo e il meno considerato dei nostri simili dice il valore che riconosciamo all'essere umano».

2. Ciò premesso, veniamo a queste brevi considerazioni finali che certo non possono pretendere di sintetizzare compiutamente la ricchezza e varietà di quanto è stato detto da qualcosa come più di quindici relatori che oltretutto hanno affrontato temi anche molto diversi tra loro.

Con questa avvertenza, procederò piuttosto schematicamente articolando il mio discorso in quattro grandi punti tematici.

Nel primo punto, che ha un carattere preliminare e generalissimo, intendo mettere in luce una sorta di antinomia o paradosso dei nostri tempi, a conferma del fatto che ci troviamo oggi in un periodo contrassegnato da numerose contraddizioni proprio perché siamo ancora in mezzo al guado, sospesi tra l'eredità della modernità e i nuovi orizzonti della postmodernità.

Da un lato, viviamo già da tempo quella che è stata chiamata la stagione dei diritti. Indubitabile, infatti, è il perdurante processo di moltiplicazione e proliferazione dei diritti: e non si è mancato di sottolineare come avvenga sempre più spesso che molti desideri e aspirazioni individuali, talvolta addirittura a contenuto sostanzialmente edonistico più che individualistico, pretendano il riconoscimento dell'ordinamento esigendo di essere consacrati appunto come "diritti". Fra l'altro, il riconoscimento dei diritti tende a essere sempre meno egualitario ma piuttosto a individuare categorie separate di soggetti, ciascuna delle quali vanta suoi propri e speciali diritti. Orbene, indubbiamente questo processo ha un segno positivo e progressista in quanto conquista sempre più spazi al valore umanistico della persona e spesso vale anche a superare situazioni di emarginazione o svalutazione delle categorie meno privilegiate. Ma, vero ciò, è anche ragionevole il monito ad evitare di innescare un processo inflazionistico dei diritti poiché il moltiplicarsi di diritti quanto meno pretesi od enunciati, anche se non sempre attuati in concreto, può alla fine nuocere alla vita sociale. I diritti, infatti, hanno fatalmente un'inclinazione espansiva e talvolta prevaricatrice che, se non accompagnata da adeguati e non facili bilanciamenti, può sfociare in una sorta di loro arroganza. Mettendo così in ombra il cemento sociale costituito dalla solidarietà e ancor prima dal rispetto per l'altro. In questa vicenda dei diritti, della loro espansione e della loro necessaria coesistenza con la solidarietà, l'ordinamento si muove sotto la spinta delle ideologie politico-sociali e ne è in qualche modo guidato, anche se non gli si può negare un ruolo di loro razionalizzazione e soprattutto di conformazione al quadro costituzionale.

Dall'altro lato, però, a fronte di questo processo di sviluppo dei diritti e delle loro pretese, sta la realtà di una loro crisi di effettività: un deficit del loro inveramento effettuale che si manifesta in modo particolare rispetto ai diritti sociali e che diventa specialmente insopportabile quando concerne gli ultimi e gli emarginati. In definitiva pare di poter dire che nelle nostre società occidentali si vada consolidando una intollerabile divaricazione, una disegualianza lacerante tra chi reclama sempre più diritti – non tutti parimenti "fondamentali" – e chi invece soffre la

sostanziale negazione anche di quelli più elementari per carenza di effettività. Al pericolo di un appannamento ideologico della solidarietà si aggiunge così il dato effettuale di una reale diseguaglianza, così da offuscare la tradizionale immagine delle sorti magnifiche e progressive delle nostre civiltà occidentali. E certamente il tema del nostro incontro rappresenta un test estremamente significativo per verificare l'esistenza e la consistenza di questo pericolo.

3. Passo ora al mio secondo punto, nel quale vorrei sottolineare il crescente sviluppo delle misure privative della libertà personale in senso securitario. Qui la fa da padrone il concetto di pericolosità, che viene declinato in varie accezioni, ma comunque tali da pagare quell'alto prezzo in termini di determinatezza e rigore applicativo che è proprio dei giudizi prognostici. Non è difficile dimostrare il mio assunto poiché i segnali di questa forte svolta securitaria sono sotto gli occhi di tutti, e in effetti molti degli interventi vi hanno fatto più o meno esteso riferimento.

Si può muovere, innanzitutto, dalle proposte di riformare nientemeno lo stesso art. 27 co. 3 Cost. per dare espresso riconoscimento all'esigenza di difesa sociale, quasi a volerla contrapporre in modo netto alla funzione rieducativa così da giustificare costituzionalmente delle compressioni a tale funzione che oggi sarebbero invece antitetiche alla proclamata primazia del teleologismo rieducativo della pena.

E si arriva poi, in secondo luogo, all'immarcescibile presenza delle misure di sicurezza detentive, che fin dalla loro nascita hanno mantenuto un'evidente preponderanza funzionale in senso securitario. Quelle per gli imputabili, a ben vedere, incarnano una sorta di paradossale contraddizione anche in linea di principio: posta la dichiarata funzione rieducativa della pena, esse ne duplicherebbero la funzione se non fossero concepite appunto in chiave custodiale e preventivo-securitaria specifica, come del resto s'incarica di dimostrare la prassi che le forgia praticamente proprio in questo senso. Se, invece, contro ogni evidenza della loro fisionomia concreta, fossero concepite come strumenti rieducativi, risulterebbero concorrenziali alla pena e comunque funzionalmente distonica sarebbe la loro disciplina vigente. Quanto alle misure di sicurezza detentive per i non imputabili, nonostante il meritorio sforzo compiuto con la istituzione delle REMS, ben si sa – essendo stata addirittura portata all'attenzione della Corte costituzionale – qual è il modesto grado di attuazione pratica della perseguita sanitarizzazione di queste misure. Anzi, dopo quanto ho avuto occasione di ascoltare questa mattina, mi pare che la torsione in senso custodiale e securitario sia addirittura presente anche nel più generale comparto della salute mentale in quanto tale.

Ma il quadro di questa torsione non si esaurisce qui: quasi superfluo ricordare in questo senso l'esistenza dei vari regimi penitenziari speciali, accomunati tutti dallo scopo securitario e di neutralizzazione della pericolosità del condannato. Così come credo non si vada lontano dal vero se si scorge nella politica dell'immigrazione in generale e nei CPR in particolare un intento securitario diretto a fronteggiare quel presunto rischio criminale creato dall'immigrato irregolare in quanto tale.

Per finire con un crescendo rossiniano, non vanno dimenticate le misure di prevenzione, sebbene esse non siano entrate nella già vasta tematica del nostro convegno. Qui davvero la loro inarrestabile vitalità va di pari passo col paradosso che le misure di prevenzione incarnano: la funzione di prevenzione e controllo qui assurge addirittura al rango di *ratio* legittimante l'abnorme distorsione che vizia queste misure, le quali – per parlare schiettamente – non sono altro che surrogati sostanzialmente repressivi chiamati ad operare in situazioni di deficit probatorio rispetto alla responsabilità per più o meno gravi reati. Sotto l'etichetta della prevenzione si gabella insomma una repressione carente di accertamento processuale.

Orbene, è innegabile che questa espansione della prevenzione sul presupposto della pericolosità finisce per porre in forte sofferenza i diritti, poiché non solo le loro limitazioni

crescono col crescere delle misure preventive, ma soprattutto perché queste ultime poggiano su un presupposto la cui congenita indeterminatezza si presta ad un uso se non arbitrario certo molto sensibile al generale clima incentivante l'idea di una funzione preventivo-securitaria delle misure restrittive della libertà. Forse occorre avviare una riflessione sulle ragioni profonde di questo successo della prevenzione. Il trionfo preventivo-securitario che contrassegna ormai l'ordinamento è forse la conseguenza dello sviluppo di un pensiero funzionalistico che, sotto la spinta (illusione?) di liberare il diritto penale dalle sue incrostazioni metafisiche presenti nella colpevolezza e nella retribuzione, ha inteso privilegiare l'idea dello scopo più utile e produttivo consistente appunto nella prevenzione. Ma non è escluso che si sia consumata un'eterogenesi dei fini nella misura in cui il condivisibile processo di laicizzazione del diritto penale ha favorito alla fine una sua degenerazione in un diritto della pericolosità e della sicurezza.

Il principio di proporzione, che dovrebbe trovare un suo terreno di elezione proprio nel campo della responsabilità col suo rapportarsi alla colpevolezza per il fatto e, in definitiva, all'idea retributiva, nonostante tutto ha mostrato interamente le sue debolezze in ragione della nota incommensurabilità tra gravità (soggettiva) del reato e misura della pena. Si è ritenuto di poter esportare utilmente la proporzione nel diritto della prevenzione, circondando così anche questo di una garanzia fondamentale atta ad arginarne le indebite espansioni. Ma bisogna riconoscere che la tendenza espansiva della prevenzione, e delle misure che la attuano, è quasi incompressibile: in effetti, se proporzione qui significa adeguatezza e necessità della misura restrittiva rispetto allo scopo, è facile che la maggiore intensità della misura possa sempre o spesso trovare una giustificazione nella sua maggiore o migliore idoneità funzionale. Insomma, la proporzione in senso funzionale si rivela un limite tutto sommato interno alla stessa logica funzionale, come tale inidonea a costituire di per sé una efficace barriera alla moltiplicazione e dilatazione degli strumenti preventivi ancorché essi siano fortemente limitativi della libertà personale. Su questa strada della giustificazione funzional-preventiva delle restrizioni si perviene invero a legittimare senza soverchie difficoltà anche misure estreme come l'ergastolo e l'ergastolo ostativo. L'unico criterio limitativo, peraltro dotato di una modesta efficacia selettiva, è quello del bilanciamento tra i beni tutelati in via preventiva e il bene della libertà personale.

Non intendiamo con ciò farci detrattori del processo di laicizzazione del diritto penale, ma solo evitare di farci incantare da un pensiero funzionalistico che non è privo di insidie e anch'esso suscettibile di andare fuori controllo.

4. Il terzo punto mi sta molto a cuore. Esso riguarda il tema di quelli che potrebbero essere detti i "diritti residuali". Cioè i diritti che residuano nello *status captivitat*, che rimangono potenzialmente esercitabili nello spazio rimasto libero, non scalfito o compromesso dalla detenzione. È questo un tema davvero importante poiché il "peso specifico", il valore relativo di questi diritti si fa tanto più elevato proprio in quanto si innestano su una situazione di deprivazione/limitazione della libertà personale. È questo il terreno sul quale si è meritoriamente impegnata anche la Corte costituzionale con una giurisprudenza che, dopo aver già da tempo escluso che lo stato detentivo comporti per ciò solo una sorta di *capitis deminutio* per cui il recluso perda il godimento di ogni diritto residuo (sent. 8-11.2.1999 n. 26), ha progressivamente affermato l'esistenza di tali diritti non comprimibili *ad libitum*, fino ad arrivare all'ultima sentenza sul diritto all'affettività (sent. 26.1.2024 n. 10).

Il tema si presta ad una considerazione generale sul cui senso, peraltro, mi auguro di non essere frainteso. A me pare che per molto tempo noi ci siamo fatti per così dire abbacinare dall'idea della rieducazione, finendo per lasciare in secondo piano la questione – il riconoscimento e la tutela – dei diritti, che in realtà è prioritaria. A parte le incertezze concettuali e le delusioni

pratiche che hanno accompagnato la rieducazione (fino a far parlare addirittura di un “mito” o di una retorica della rieducazione), non c’è dubbio che quell’idea è tornata utile anche al legislatore, magari ad un legislatore illuminato, che spesso e volentieri l’ha maneggiata in chiave essenzialmente di deflazione penitenziaria. Una politica, quella ispirata alla rieducazione, più facile e comoda da implementare di quanto non la sia la politica del riconoscimento/tutela dei diritti, la quale implicherebbe invece un serio impegno del legislatore e dell’amministrazione anche ed essenzialmente sul piano fattuale dell’organizzazione carceraria e su quello finanziario dei mezzi necessari a creare le condizioni di reale godimento dei diritti.

Sul piano di principio, comunque, va respinta con forza l’impostazione che lega rieducazione e diritti, nel senso che questi ultimi – i diritti – potrebbero (anzi, *dovrebbero*) essere riconosciuti in funzione strumentale alla rieducazione: sul presupposto che non può esservi rieducazione senza l’esercizio (di una certa quota e misura) dei diritti, la sorte di questi ultimi sarebbe legata alla rieducazione nel senso che il loro riconoscimento ed esercizio sarebbero concepibili nella misura della loro funzionalità rieducativa. Non è così: i diritti vanno riconosciuti all’uomo *in quanto tale*, non già perché partecipe di un programma risocializzativo. Vanno cioè riconosciuti in misura funzionale e corrispondente alla sua dignità originaria e non in rapporto alle esigenze rieducative. Altrimenti si dovrebbe pervenire all’inaccettabile risultato di negare il godimento dei diritti nei confronti del soggetto che rifiuta la rieducazione o che non è rieducabile o che non è bisognoso di rieducazione.

Del pari non mi pare convincente il ragionamento secondo il quale i diritti sarebbero riconosciuti nella misura e in quanto non siano incompatibili con la privazione della libertà. A me pare di scorgere qui il rischio di un’inversione logica, che si palesa considerando che – a ben vedere – la pena detentiva potrebbe essere contenutisticamente strutturata in modo così rigoroso e pervasivo da lasciare praticamente uno spazio nullo ai diritti: e si dovrebbe allora ammettere che il disconoscimento dei diritti sarebbe legittimo per il solo fatto che... essi sono stati negati attraverso la disciplina dell’esecuzione penitenziaria? In effetti, se i diritti non dovessero godere di un loro autonomo ed originario riconoscimento, legato alla loro fonte non negoziabile consistente nella dignità, essi sarebbero esposti all’annientamento dinanzi alle onnivore pretese delle esigenze di ordine e sicurezza, con le quali entrano indubbiamente in bilanciamento.

Il discorso ci pare che invece debba essere rovesciato. Nel senso che i diritti dei detenuti costituiscono una *barriera esterna ed invalicabile* alla logica penitenziaria: il legislatore può certamente configurare discrezionalmente l’esecuzione carceraria, introducendo limiti e compressioni ai diritti. Ma troverà ad un certo punto una barriera costituita da quei diritti (e dal loro spazio di esercizio) che sono costitutivi della dignità della persona. Una barriera, questa, che trova la sua espressione normativa nel limite costituzionale rappresentato dal divieto di pene inumane e degradanti. Questo limite ha, da un lato, come matrice la dignità e, dall’altro, come risultato l’intangibilità dei diritti nel loro nucleo essenziale.

E qui si apre un altro discorso di straordinario interesse e di grande impegno. Quello dei diritti, cioè – come or ora detto – del divieto di pene inumane, è un limite di natura assoluta nella conformazione della pena carceraria e della sua esecuzione. Ma è storicamente relativo nei suoi contenuti in ragione del suo carattere in buona misura indeterminato, di tal che la sua effettiva consistenza contenutistica non può essere fissata rigidamente una volta per tutte. La determinazione del contenuto dei diritti intangibili, e dunque del divieto di pene inumane, s’inserisce nel processo storico di civilizzazione della pena e delle misure privative della libertà, nella sua lenta evoluzione e nei suoi momenti di involuzione. Dunque, la barriera dei diritti è assoluta nel senso che non ammette deroghe ma è relativa nel senso che il suo contenuto



non è fissato una volta per tutte. Senza alcuna contraddizione si potrebbe dire che è un limite assoluto dal contenuto relativo.

Proprio questa relatività storica dei diritti chiama tutti noi – legislatore, Corte costituzionale, giurisdizione, studiosi – alla responsabilità della concretizzazione del loro contenuto e, pertanto, alla responsabilità di farci così promotori del processo di civilizzazione della penitentiaria, contrastandone i sempre presenti rischi di involuzione. Ed è per questo che all’inizio mi ero permesso di parlare di una sorta di “chiamata alla armi” riferendomi a questa iniziativa che accosta efficacemente diritti e privazione della libertà. A tutti noi incombe il compito di contribuire all’evoluzione progressiva della dignità e dei diritti delle persone ristrette, su tutti noi grava la responsabilità che la privazione della libertà non annienti dignità e diritti, avviando il sistema verso un disconoscimento dei valori personalistici di cui si vanta la civiltà occidentale.

5. L’ultimo punto che vorrei toccare, con la brevità imposta dallo scorrere del tempo, è quello della tutela dei diritti. A questo proposito non c’è dubbio che abbiamo fatto notevoli passi avanti. Il sistema è oggi molto articolato poiché vede, da un lato, il fronte della tutela non giurisdizionale costituito dalla fitta rete dei garanti locali e nazionale dei diritti delle persone ristrette e, dall’altro, il potenziamento del fronte giurisdizionale con la previsione del reclamo in funzione sia preventiva-inibitoria sia compensativa. Diciamo subito che questo sistema di tutela si rivela potenzialmente molto proficuo e decisamente sintonico rispetto a quanto dicevamo prima a proposito del fatto che il processo di invero dei diritti trova la sua realizzazione non solo mediante norme generali (che possono rischiare di restare un *flatus vocis*) ma anche e soprattutto attraverso interventi che assicurino fattualmente la concretizzazione dei diritti. I garanti e soprattutto il reclamo giurisdizionale hanno la capacità di penetrare nei luoghi della detenzione carceraria, traendo dagli angoli bui dell’universo penitenziario quelle situazioni di sofferenza dei diritti che si producono al di là e nonostante le previsioni normative.

È per questa ragione che la proposizione del reclamo giurisdizionale di cui all’art. 35-*bis* Op non può essere condizionato e limitato al presupposto della «inosservanza da parte dell’amministrazione di disposizioni previste dalla [presente] legge e dal relativo regolamento, [dalla quale derivi al detenuto o all’internato un attuale e grave pregiudizio all’esercizio dei diritti]» (art. 69 co. 6 lett. *b* Op). Se così fosse si finirebbe per trascurare il fatto che vi è tutta una vasta area fattuale dell’esecuzione carceraria in cui l’amministrazione si muove senza la copertura di norme di legge o regolamentari e in cui per contro, e si direbbe *pour cause*, possono essere consumate gravi e insopportabili compressioni dei diritti. E a quest’area deve essere estesa la tutela garantita dal punto di vista sostanziale dal divieto di pene inumane. Del resto, abbiamo avuto recentemente una decisione della Cassazione che sembrerebbe proprio andare in questo senso. Dopo la dichiarazione d’incostituzionalità della disciplina dei colloqui in quanto inidonea a garantire l’esercizio del cosiddetto diritto all’affettività (sent. 26.1.2024 n. 10), la Cassazione ha ritenuto ammissibile il reclamo per la mancata attuazione da parte dell’amministrazione delle condizioni di fatto necessarie all’esercizio di quel diritto (Cass. sez. I, 2.1.2025 n. 8). Così facendo, la Suprema Corte ha chiaramente affermato che, nonostante il vuoto normativo esistente, la sofferenza in cui si trova il diritto all’affettività fosse eccezionale mediante il reclamo giurisdizionale in ragione della situazione di fatto esistente proprio a seguito dell’inerzia dell’amministrazione.

Impossibile è, poi, accreditare l’idea che, nelle aree dell’esecuzione penitenziaria prive di copertura normativa, il vuoto di disciplina sia per così dire totalmente riempito ed occupato dalla discrezionalità amministrativa. Ammesso che si possa configurare un potere discrezionale dell’amministrazione, esso non potrà mai essere assoluto ma incontrerà comunque il limite

costituito dalla dignità e dal divieto di trattamenti inumani secondo l'accezione da quest'ultimo storicamente di volta in volta assunta.

6. Non è possibile chiudere queste note senza segnalare due inquietanti contraddizioni che dovrebbero spingere ad intraprendere, in comunità d'intenti, un'azione diretta ad impedire che l'Italia si avvii a subire in materia carceraria altre disonorevoli condanne dal tribunale della storia e da quello di Strasburgo.

Da un lato, la contraddizione di senso tra una politica criminale che negli anni passati, e anche ultimamente con la riforma del 2022, ha perseguito la luminosa idea della rieducazione, e per contro una progressiva degenerazione delle condizioni carcerarie che hanno sempre più compromesso l'esistenza e l'esercizio dei diritti dei detenuti, a cominciare da quello alla vita e alla salute negati dai numerosi suicidi e dalle precarie condizioni della sanità carceraria.

Dall'altro lato, il silenzio – davvero assordante, come si dice – di una politica che in questo momento sembra insensibile al “problema carcerario” e ancor più a quello dei diritti delle persone ristrette, risucchiata com'è da rigurgiti repressivi. A questo silenzio si contrappone la voce, talvolta la “chiamata alle armi”, levata alta da chi non si rassegna ad un processo involutivo che nel carcere e nella negazione dei diritti delle persone ristrette consuma un attentato alla dignità: a cominciare ovviamente dalla voce del Papa che compie lo “scandaloso” gesto di aprire la porta santa a Rebibbia.

## **CARCERE E DINTORNI: UNA PROPOSTA DI RIFLESSIONE TRA I GIOVANI PENALISTI SULLA PRIVAZIONE DELLA LIBERTÀ PERSONALE**

di Marco Pelissero (*Professore ordinario di diritto penale, Università di Torino*)

Il carcere è certamente il luogo simbolico di privazione della libertà personale. Tuttavia anche in altri ambiti la privazione della libertà personale, fondata su ragioni giuridiche diverse dall'applicazione di una pena, pone al centro della riflessione i diritti delle persone e la loro vulnerabilità. L'iniziativa è volta a sollecitare i giovani studiosi a riflettere su temi sempre più urgenti.

Prison is certainly the symbolic place of deprivation of personal liberty. However, the deprivation of personal liberty in other spheres too, based on legal reasons other than the application of a penalty, places people's rights and their vulnerability at the centre of reflection. This initiative is intended to prompt young scholars to reflect on increasingly pressing issues.

L'essenza del carcere è la privazione della libertà personale. Finché non riusciremo a trovare alternative a questa sanzione, continueremo ad avere la pena detentiva come strumento di controllo penale. Non vedo alternative possibili, perché l'abolizione del carcere costituisce una utopia, mai realizzata e forse nemmeno auspicabile, perché le soluzioni alternative che sono state proposte non hanno offerto maggiori garanzie. La prospettiva abolizionista, però, può meritoriamente svolgere un ruolo importante di smascheramento delle falle del sistema e di sollecitazione di linee di politica criminale di progressivo contenimento della pena carceraria (ed è oggi questa la linea prevalente di coloro che si riportano a questa corrente culturale).

Accettare che nella contemporaneità il carcere non sia eliminabile, non significa però anche accettare che lo stesso possa essere utilizzato in modo così ampio da produrre sovraffollamento carcerario che, ad andamento sinusoidale, affligge il nostro sistema sanzionatorio: dopo la condanna dell'Italia, nel 2013, da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, i penitenziari italiani stanno vivendo una nuova stagione di forte ed inaccettabile stacco tra numero di detenuti presenti (61.916) e posti effettivamente disponibili (al 31 gennaio 2025, 51.300; 46.345 sono i condannati definitivi, un numero che segnala anche un problema di ampio uso della custodia cautelare). C'è qualcosa nelle politiche sanzionatorie che non funziona: anzi, ci sono più cose che non funzionano, perché un sovraffollamento che supera il tasso del 132% non è accettabile, in quanto le condizioni di vita interne al carcere si trasformano in trattamenti contrari al senso di umanità. Senza questa garanzia minima, che i Costituenti hanno collocati al primo posto nell'art. 27, co. 3, Cost., come condizione minima ed imprescindibile dell'esercizio del potere punitivo, indipendentemente dagli scopi della pena, anche la prospettiva rieducativa diventa sempre più illusoria, perché il mancato rispetto di uno spazio di accettabile vivibilità, specie in contesti che impongono la condivisione continua di spazi anche in momenti intimi della vita personale, diventa una pena nella pena.

Dal 1975, anno di entrata in vigore della legge di ordinamento penitenziario, l'introduzione di misure alternative ha indubbiamente rappresentato uno strumento di contenimento delle pene detentive; il meccanismo sospensivo dell'ordine di carcerazione (art. 656 Cpp) ha evitato inutili passaggi in carcere di chi, condannato a pene detentive contenute entro i quattro anni (sei per chi è nelle condizioni di accedere all'affidamento in prova in casi particolari); al contempo, il tasso di elevata politicità delle scelte sanzionatorie ha visto aumentare o contrarsi la possibilità di accedere alle misure alternative in ragione di specifiche contingenze o della necessità di apprestare strumenti più severi nei confronti di alcune forme di criminalità, valorizzando,

talvolta in modo scomposto (come nel caso dell'inasprimento del trattamento sanzionatorio per i recidivi reiterati), la funzione di prevenzione generale negativa.

Ciononostante, il carcere non ha cessato di mantenere la sua centralità; il sovraffollamento non è stato contenuto, pur in presenza delle varie (a volte affastellate) politiche di *diversion* messe in atto dal legislatore in questi anni anche attraverso istituti che consentono di intervenire già in fase di cognizione, come nella sospensione del processo con messa alla prova e nelle pene sostitutive introdotte da ultimo con il d. lgs. 150/2022.

Tuttavia, oggi, la realtà del carcere ha acquisito una centralità ingombrante per due ragioni: perché si fa troppo ricorso al carcere; perché le condizioni di vita all'interno del carcere sono diventate intollerabili.

Si fa troppo ricorso al carcere. Il sovraffollamento carcerario segnala che la disciplina delle misure alternative non ha funzionato come avrebbe dovuto. Certo, se queste non ci fossero state, il sistema sarebbe da tempo collassato, ma all'aumento degli ingressi in carcere corrisponde anche un aumento delle forme alternative al carcere (lo riflettono le statistiche).

Il sovraffollamento carcerario non è solo il segnale che il sistema sanzionatorio non riesce a dare una risposta adeguata al controllo penale; produce anche condizioni di vita che annullano la dignità della persona entro spazi sempre più angusti. Il carcere rimane una istituzione totale nella quale tempo, spazio e relazioni subiscono una distorsione. È l'effetto inevitabile delle pene privative della libertà personale, ma quali limiti sono ragionevolmente compatibili con il rispetto delle garanzie costituzionali?

La ricerca di soluzioni a questa situazione impegna da tempo il legislatore ed il dibattito si è sviluppato tra dottrina, magistratura ed avvocatura che, spesso divise su altri fronti, hanno talvolta trovato forti elementi di convergenza nel segnalare i limiti del sistema sanzionatorio: dalle commissioni sulla riforma della parte generale del codice, alle commissioni che hanno lavorato in termini più ristretti alla revisione del sistema sanzionatorio, si è passati a scelte che hanno inciso in modo sporadico e puntiforme su specifici profili di disciplina.

Tuttavia, mai come in questa nuova legislatura abbiamo assistito alla insensibilità politica per il tema, sempre più urgente, del carcere, perché non è stata messa in campo alcuna iniziativa capace di dare una risposta adeguata ad allentare la condizione di pressione, di tipo psicologico e di tenuta dell'ordine interno, che da mesi stanno vivendo le strutture carcerarie. Il drammatico aumento del numero di suicidi dei detenuti ed anche di alcuni agenti della polizia penitenziaria, che vivono come i detenuti, seppur da una prospettiva diversa, gli effetti perversi di questo contesto di vite compresse, marchia l'insostenibilità del sistema, a cui non si può rispondere con la proposta di costruzione di nuove carceri o di riassetto di fatiscenti strutture presenti ovvero ancora con la proposta della introduzione del reato di rivolta nel disegno di legge "sicurezza" in sede di approvazione parlamentare.

Tuttavia, se il carcere costituisce il contesto storicamente più simbolico ed espressivo della compressione della libertà personale e dei diritti individuali, altri contesti presentano condizioni analoghe che impongono di far emergere la vulnerabilità della tutela dei diritti: le residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, i centri di permanenza per i rimpatri e le colonie agricole o case di lavoro.

Le REMS hanno rappresentato un fondamentale punto di non ritorno rispetto alla logica custodiale degli OPG, ma la riforma del 2012-2014, lasciata a metà, non fa venir meno il problema della tutela dei diritti delle persone lì ricoverate, perché la gestione sanitaria di queste strutture non implica necessariamente un accrescimento della tutela dei diritti, come sappiamo dalla pregressa esperienza degli istituti manicomiali. La Corte costituzionale (sent. 22/2022) è stata netta nel segnalare le disfunzioni del funzionamento di queste strutture, incapaci di assicurare un'adeguata tutela dei diritti, sia individuali che collettivi: la formazione di liste di attesa per l'ingresso in struttura; la violazione dello *status libertatis* di persone che sono

trattenute in carcere, pur dovendo essere trasferite in REMS; uno statuto incerto delle persone ricoverate, che vivono la duplice veste di “internati” e “ricoverati”; la zona grigia della contenzione di cui non sono chiare né l’ampiezza del suo impiego né le procedure da seguire. I CPR costituiscono un altro nervo scoperto di privazione della libertà personale dove le condizioni di vita ed i diritti individuali presentano uno statuto ancora più incerto, condizionato dalla natura “solo” amministrativa del titolo di privazione della libertà personale: l’esclusione dalla sfera di azione della potestà punitiva non fa venir meno gli effetti del potere coercitivo sulla compressione dei diritti individuali, che proprio in ragione della natura non punitiva del trattenimento entrano in una zona ancor più incerta quanto agli strumenti di tutela di persone che presentano una condizione di vulnerabilità accentuata dalle ragioni e dalle terribili esperienze di vita che le hanno portate ad entrare illegalmente nel territorio dello Stato.

Infine le colonie agricole e le case di lavoro costituiscono un ambito marginale, quanto ad ambito di applicazione, ma non meno significativo quanto a compressione della libertà personale: costantemente legittimate, anche dalla Corte costituzionale, le misure di sicurezza detentive mostrano quanto l’astrattezza delle riflessioni sul doppio binario si traduca nella vanificazione delle garanzie penalistiche costruite sulla proporzionalità della pena rispetto al disvalore del fatto e alla colpevolezza del soggetto, fagocitate dal controllo della pericolosità dell’autore.

A fianco del carcere, la considerazione di questi tre contesti consente di ampliare la riflessione sul significato che assume la compressione dello spazio per la libertà personale e per i diritti che ne sono inevitabilmente coinvolti; la riflessione congiunta mostra come il tema della tutela dei diritti vulnerabili si ponga anche al di fuori dell’esercizio della potestà punitiva, in terreni limitrofi che giustificano in termini diversi, ma non meno insidiosi, la privazione della libertà personale e la perdita della sfera ampia di esercizio dei diritti.

Da queste considerazioni nasce l’iniziativa avviata dall’*Associazione italiana dei professori di diritto penale*, congiuntamente al *Laboratorio permanente di diritto penale*, volta a sensibilizzare gli studiosi e le studiose, appartenenti alle generazioni più giovani, rispetto a temi che solo più di recente hanno acquisito dignità scientifica anche in ambito accademico nel settore del diritto penale, dove ha per molto tempo ha prevalso l’approccio dogmatico: una nuova sensibilità che non guarda più solo alla teoria, e quindi alle teorie della pena, ma a come le riflessioni teoriche e le scelte concrete di politica criminale incidano concretamente sui diritti individuali. È una nuova sensibilità che dovrebbe riportarci a prendere esempio da quella penalistica civile che nella seconda metà del diciannovesimo secolo aveva compreso che la riflessione sul diritto penale richiedeva anche un concreto impegno nella società civile per l’affermazione dei diritti che sono sempre fragili di fronte all’esercizio del potere coercitivo.

## I DELITTI CONTRO LA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE NEL PIANO DI TORSIONE DELLA GIUSTIZIA PENALE. ASPETTI COSTITUZIONALI E POLITICO-CRIMINALI DELLA “RIFORMA NORDIO”

di Andrea Perin (*Professore associato di diritto penale, Università degli Studi di Brescia*)

L'articolo commenta la riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione attuata dalla l. 9.8.2024, n. 114, con particolare attenzione all'abrogazione del reato di abuso d'ufficio (art. 323 Cp) e alla ridefinizione del traffico di influenze illecite (art. 346-bis Cp). L'autore esamina le implicazioni costituzionali e politico-criminali della riforma, soffermandosi sulla sua compatibilità con gli obblighi di criminalizzazione derivanti dal diritto internazionale ed eurounitario, nonché sugli scenari che seguirebbero il riconoscimento da parte della Corte costituzionale di un eventuale inadempimento sopravvenuto. L'analisi comprende anche l'introduzione dell'art. 314-bis Cp (indebita destinazione di denaro o cose mobili, previsto dal d.l. 4.7.2024, n. 92, poi convertito nella l. 8.8.2024, n. 112), alla luce delle pregresse incertezze interpretative quanto alla definizione dei confini tra il peculato (art. 314 Cp) e l'abrogato abuso d'ufficio (art. 323 Cp), con attenzione alle pronunce giurisprudenziali intervenute. L'esame sottende una riflessione critica sul riassetto del sistema penale condotto dall'attuale maggioranza politica e sul conflitto fra potere esecutivo e magistratura, evidenziando il rischio di un'ulteriore deriva autoritaria nell'uso del diritto punitivo. Il commento si conclude sottolineando la natura politico-criminale della riforma, ritenuta contraria ai principi di ragionevolezza ed equità.

This article analyzes the reform of crimes against the public administration introduced by Law No. 114 of August 9, 2024, focusing on the repeal of the offense of abuse of office (Art. 323 Italian Penal Code) and the redefinition of trading in influence (Art. 346-bis IPC). The essay examines the constitutional and criminal policy implications of these changes, particularly in relation to international and European obligations to criminalize certain offenses and therefore the risk of non-compliance. Additionally, the introduction of Art. 314-bis IPC (misappropriation of funds or assets, initially enacted by Decree-Law No. 92/2024, and then converted into Law No. 112 of August 8, 2024) is analyzed considering the uncertain boundaries between embezzlement (Art. 314 IPC) and the now-repealed abuse of office (Art. 323 IPC), with a focus on early judicial interpretations. The paper situates these reforms within a broader reflection on the restructuring of the criminal justice system promoted by the current parliamentary majority and the conflict between the executive power and the judiciary, highlighting the risk of a further authoritarian drift in the use of criminal law. The commentary ultimately underscores the criminal policy nature of the reform, arguing that it contradicts reasonableness and equity.

**SOMMARIO:** 1. Un contesto preoccupante. – 2. L'abrogazione dell'abuso d'ufficio (art. 323 Cp). – 2.1. Ricapitolando le vicende precedenti. – 2.2. Lo stato attuale. – 2.2.1. L'introduzione della “indebita destinazione di denaro o cose mobili” (art. 314-bis Cp) a cavallo fra peculato (art. 314 Cp) e abuso d'ufficio (abrogato art. 323 Cp). Peculato per distrazione o abuso distrattivo d'ufficio? – 2.2.2. Gli abusi depenalizzati. – 3. Le modifiche al “traffico di influenze illecite” (art. 346-bis Cp). – 4. Profili di legittimità e politico-criminali. – 4.1. Il contrasto con gli obblighi di criminalizzazione (argomento formale e relativo). – 4.1.1. Le questioni di costituzionalità. – 4.1.2. Obblighi di tutela e incostituzionalità da inadempimento sopravvenuto. – 4.1.2.1. L'an degli obblighi di tutela e il perimetro di adempimento. – 4.1.2.2. Ri-allineamento alla legalità convenzionale tramite la Corte costituzionale? – 4.2. Possibili scenari: questioni interpretative e prospettive di politica-penale. – 4.2.1. L'eventuale seconda

vita dell'abuso d'ufficio. – 4.2.2. Altre ipotesi *de lege ferenda* (cenni). – 5. In conclusione: irragionevolezza e illiberalismo della riforma.

1. La l. 9.8.2024, n. 114 (cd. “legge Nordio”)<sup>1</sup> ha abrogato il delitto di “abuso d'ufficio” (art. 323 Cp) e riformulato la disciplina del “traffico di influenze illecite” (art. 346-bis Cp), restringendone notevolmente la portata. La retromarcia del penale a tutela della Pubblica Amministrazione (e del singolo di fronte agli abusi della PA) conta anche con un tassello ri-aggiuntivo, data l'introduzione, in via parzialmente sostitutiva della fattispecie eliminata, del nuovo art. 314-bis Cp, che prevede il delitto di “indebita destinazione di denaro o cose mobili” (d.l. 4.7.2024, n. 92, poi convertito – con modificazioni – nella l. 8.8.2024, n. 112).

Al di là delle delicate questioni interpretative, già esaminate in letteratura<sup>2</sup>, e che pure riprenderemo, particolarmente rilevante continua ad essere la riflessione sugli esiti che la nuova reazione della giurisprudenza potrà avere sull'operato del legislatore, essendo ora in discussione non solo l'opportunità politico-criminale di quegli interventi, ma più radicalmente la loro legittimità costituzionale di fronte agli obblighi eurounitari e convenzionali di criminalizzazione in materia di contrasto alla corruzione in senso ampio<sup>3</sup>.

Questo aspetto va messo immediatamente in primo piano, posto che il recente e rivitalizzato (ben venga) dibattito dottrinale su scopi e matrici del diritto punitivo si è dedicato a ridiscutere i presupposti e i limiti degli obblighi di tutela penale, specialmente quelli internazionali, rilevanti ai sensi degli artt. 117 e 11 Cost.; un dibattito in cui – schematizzando troppo, ora volutamente – riemergono le ragioni per la riduzione del penale, anche tramite la ricerca di una miglior definizione del concetto di “bene giuridico”, il rispetto delle garanzie e se del caso dei “contro-limiti” nel dare esecuzione agli obblighi di tutela sottoscritti, da un lato; e gli argomenti di chi vede nel diritto penale uno strumento di lotta talvolta irrinunciabile – quindi, entro certi limiti obbligatorio – a tutela di diritti<sup>4</sup>.

Come altri, anche lo studio di questo frangente del sistema penale e della “riforma Nordio” induce però ad articolare quello schema, cogliendo l'opportunità di comprendere, cercando quando possibile di coniugarle, le diverse ragioni in campo<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> La legge, recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare», è stata pubblicata nella G.U. n. 187 del 10.8.2024 ed è entrata in vigore – salvo quanto disposto dall'art. 9 – il 25.8.2024.

<sup>2</sup> Per un primo compendio di commenti organici alla complessiva “riforma Nordio”, per lo più critici, oltre a quelli cit. nelle nt. successive, cfr. G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona cesarini del 'peculato per distrazione' (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della direttiva UE 2017/1371*, in *SP* 2024 (7-8), 135 ss.; Id., *La legge Nordio e il “soffocamento applicativo” del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali*, ivi, 145 ss.; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, in [www.lalegislaZIONEpenale.eu](http://www.lalegislaZIONEpenale.eu), 16.7.2024, 1 ss.; A. Roiati, *Il riassetto dei delitti contro la pubblica amministrazione: la reviviscenza della fattispecie distrattiva, l'abrogazione dell'abuso d'ufficio ed il convitato di pietra del peculato per appropriazione*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2024 (3), 1 ss.; V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze illecite: evoluzione e dilemmi di un nodo irrisolto*, in *DPP* 2024 (9), 1124 ss.

<sup>3</sup> Sulle ipotesi di «inadempimento statale sopravvenuto» rispetto ad obblighi UE e sul possibile ruolo della Corte cost., in prospettiva generale, V. Manes, *Il cammino dell'armonizzazione in materia penale*, in *Introduzione al diritto penale europeo. Fonti, metodi, istituti, casi*, a cura di V. Manes, M. Caianiello, Torino 2020, 31, 36 ss.

<sup>4</sup> Su questo profilo, si rinvia al recente dibattito saggistico e in particolare al confronto fra le tesi di F. Viganò, *Diritto penale e diritti della persona*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 13.3.2023; e di A. Cavaliere, *'Diritti' anziché 'beni giuridici' e 'principi' in diritto penale? A proposito di un saggio di Francesco Viganò*, in *SP* 2023 (10), 63 ss.

<sup>5</sup> Significativo, in questo senso, il contributo di P.F. Bresciani, *Obblighi costituzionali di tutela e nozione autonoma di materia “penale”: come conciliare la lezione liberalpenalista e costituzionalpenalista di Franco Bricola*, in *RIDPP* 2023 (4), 1633 ss.

Qui, in gioco, ci sono interessi generali, beni giuridici (il «buon andamento» e la «imparzialità» della PA, elevati a rango costituzionale dall'art. 97 Cost.<sup>6</sup>), ma anche diritti fondamentali in uno Stato di diritto, pregiudicati gravemente quando l'esercizio delle pubbliche funzioni, offendendo quei medesimi beni, diviene abusivo, arbitrario e, in definitiva, discriminatorio<sup>7</sup>. Da questo punto di vista, è possibile cogliere già *prima facie* che l'argomento della riduzione del penale come “missione liberale”, se utilizzato oltremodo per favorire chi esercita quei poteri, garantendone l'immunità a fronte di severe illiceità, può diventare pretestuoso<sup>8</sup>. Ciò che si ottiene infatti è di indebolire i presidi penalistici contro le prevaricazioni della PA; presidi che sono anzitutto preventivi e quindi, in una certa misura, funzionano persino meglio quando riescono a rimanere lettera morta – senza emergere nelle tanto citate statistiche giudiziarie –, perché evitano sia il danno del reato, sia quello delle indagini, del processo e della pena.

D'altra parte, argomentare in favore del mantenimento di una certa forma di tutela facendo leva sul necessario rispetto di obblighi di incriminazione eurounitari o convenzionali ci pone di fronte ad altre questioni di non facile soluzione. Discutibile, come vedremo, può essere sia l'*an* dell'impegno di tutela di volta in volta evocato, sia sotto il profilo della sua sostenibilità teorica, in quanto idoneo a porre un limite invalicabile alla valutazione di opportunità politico-criminale del legislatore interno (per quanto si possa trattare di impegni sottoscritti e ratificati); sia in relazione alla sua portata e alle sue implicazioni in ottica di giudizio di costituzionalità ed eventuale reviviscenza *in malam partem* di norme abrogate dal legislatore nel venire (presumibilmente) meno a quegli obblighi.

Questo approccio ci consente di allargare ulteriormente il campo visivo, inserendo il riassetto dei delitti contro la PA, fortemente voluto dall'attuale Governo e dalla relativa maggioranza parlamentare<sup>9</sup>, in una cornice più ampia. Le modifiche che *riducono la portata del penale* in materia – sulle quali ci concentreremo in questa analisi – sono infatti un tassello di una progressiva e, testi alla mano, francamente preoccupante riconfigurazione dell'esercizio della forza punitiva statale.

Basti pensare, fra le iniziative rilevanti sul piano del diritto penale sostanziale, all'immediata introduzione, tramite il d.l. 31.10.2022, n. 162, della «fattispecie poliziesca»<sup>10</sup> di cui all'art. 434-bis Cp (cd. delitto di “*rave party*”), poi rimpiazzata in sede di conversione dal nuovo art. 633-bis Cp (delitto di organizzazione o promozione di “invasione musicale” pericolosa). È

<sup>6</sup> V. per es. A. Bondi, *Nozioni comuni e qualifiche soggettive*, in A. Bondi, A. di Martino, G. Fornasari, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino 2008, 1, 35 ss.; M. Catenacci, *Considerazioni politico-criminali: il bene giuridico tutelato dagli artt. 314-335 c.p.*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Torino 2011, 5, 8 ss., spec. 13 ss.

<sup>7</sup> Rileva M. Catenacci, *op. cit.*, 13-14, individuando nella «imparzialità» della PA il bene giuridico tutelato dal peculato e dal – nel frattempo abrogato – abuso d'ufficio, che la sua violazione lede la «parità di accesso a risorse, benefici ed oneri di fonte pubblica», come tipicamente avviene nelle ipotesi di prevaricazione e/o di ottenimento di un ingiusto privilegio. Diversamente, annota A. Manna, *Profili storico-comparatistici dell'abuso d'ufficio*, in *RIDPP* 2001, 1201 ss., 1202, la figura originaria di “abuso innominato”, prevista dal Codice Rocco, era «coerente con i nuovi principi dello Stato autoritario», cioè basata sull'idea per cui il disvalore del fatto era dato dalla «violazione del dovere di fedeltà del pubblico funzionario nei confronti dello Stato».

<sup>8</sup> Sul carattere antiliberalo dell'abrogazione in questione, con chiarezza, già M. Donini, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso di ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 23.6.2023.

<sup>9</sup> Il d.d.l. S. 808, di abrogazione dell'art. 323 Cp, presentato su iniziativa governativa (Nordio - Crosetto), recante «Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare», è stato approvato dal Senato il 13.2.2024 e definitivamente adottato, senza modifiche, dalla Camera (C. 1718) il 10.7.2024.

<sup>10</sup> L'espressione è di C. Ruga Riva, *Indietro (quasi) tutta. Sulla nuova fattispecie di invasione di terreni o edifici altrui pericolosa per la salute o incolumità pubblica*, in *www.sistemapenale.it*, 10.1.2023. Relega alle «nebbie dell'insensatezza» la sostitutiva figura di cui all'art. 633-bis Cp, T. Padovani, *Parce sepolto. L'art. 633-bis Cp nato morto e in attesa di pietosa sepoltura*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 22.2.2023, 1 ss., 6.



ancora in atto il tentativo di ridurre il delitto di tortura (art. 613-bis Cp) a mera circostanza aggravante<sup>11</sup>. Vi è poi la costellazione di misure inserite nel d.d.l. Sicurezza «S. 1236» (approvato dalla Camera dei deputati il 18.9.2024)<sup>12</sup>, che, fra le altre disposizioni in materia di sicurezza e ordine pubblico<sup>13</sup>, prevede l'introduzione del delitto di "rivolta all'interno di un istituto penitenziario" (ipotetico art. 415-bis Cp) e quello di "rivolta in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti"<sup>14</sup>. Si inserisce in questo quadro repressivo anche la riforma dell'art. 187 C.d.S. («Guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti»), tecnicamente improponibile, anch'essa intesa a colpire stili di vita e tipi di autore<sup>15</sup>. Infine, giunge – affatto

<sup>11</sup> Recente progetto di legge di abrogazione del delitto di tortura (art. 613-bis Cp): p.d.l. C. 623, del 23.11.2022, il cui art. 1 co. 2 dispone l'abrogazione degli artt. 613-bis e 613-ter Cp, e la sostituzione della fattispecie autonoma con una nuova aggravante comune. Al riguardo, fra gli altri contributi critici già pubblicati basti qui annotare la condivisibile e netta presa di posizione del Gruppo di lavoro della AIPDP: v. la presentazione dal titolo *Articolato e relazione di accompagnamento*, in Aa.Vv., *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell'AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, 2023, 755, spec. 757 ss.

<sup>12</sup> C. 1660, recante «Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario». Nel momento in cui si scrive, il testo è in corso di esame in commissione al Senato. V. già l'analisi (tratta dal testo di un'audizione in Commissione Giustizia della Camera dei deputati) di M. Pelissero, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in *www.sistemapenale.it*, 27.5.2024.

<sup>13</sup> L'introduzione dell'art. 270-quinquies.3 e la modifica all'art. 435 Cp, in materia di delitti con finalità di terrorismo e contro l'incolumità pubblica (art. 1); il nuovo art. 634-bis Cp, reato di "occupazione arbitraria di immobile destinato a domicilio altrui" (art. 10); il nuovo numero 11-decies dell'art. 61 Cp, che introdurrebbe l'aggravante comune per aver commesso il fatto «all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri» (art. 11); modifiche sanzionatorie in ipotesi di impedimento alla libera circolazione su strada (art. 14); quelle agli artt. 146-147 Cp, in materia di esecuzione penale in caso di pericolo, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti (art. 15); all'art. 600-octies Cp, in materia di accattonaggio (art. 16); agli artt. 336, 337 e 339 Cp, in materia di violenza o minaccia a un pubblico ufficiale e di resistenza a un pubblico ufficiale (art. 19); all'art. 583-quater Cp, in materia di lesioni personali ai danni di un pubblico ufficiale o agente di polizia giudiziaria o di pubblica sicurezza nell'atto o a causa dell'adempimento delle funzioni o del servizio (art. 20); all'art. 639 Cp, per la tutela dei beni adibiti all'esercizio di funzioni pubbliche (art. 24); inoltre, le modifiche all'art. 14 del t.u. di cui al d.lgs. 25.7.1998, n. 286, per il rafforzamento della sicurezza delle strutture di trattenimento e accoglienza dei migranti (art. 27). V. inoltre la nt. seguente.

Si noti, per inciso, che l'art. 31 del "d.d.l. sicurezza" prevede che i servizi di informazione a tutela della sicurezza nazionale, in base a «convenzioni» da stipulare, fra gli altri soggetti pubblici, con università e centri di ricerca (art. 13 co. 1 della l. 3.8.2007, n. 124), possano ottenere «informazioni» anche «in deroga alle normative di settore in materia di riservatezza».

<sup>14</sup> Il reato di «rivolta all'interno di un istituto penitenziario» (che diventerebbe l'art. 415-bis Cp) sarebbe punibile con pene da 1 a 5 anni (trattandosi di mera partecipazione, anche «resistenza passiva»), e da 2 a 8 anni (in concorso organizzativo), oltre alle altre ipotesi aggravanti. Inoltre, l'art. 34 del d.d.l. prevede l'inclusione degli artt. 415 e 415-bis Cp tra quelli di cui all'art. 4-bis co. 1 ter O.P. (l. 26.7.1975, n. 354). Sulle misure contro il migrante come *tipo di autore*, C. Pasini, *L'impatto del c.d. pacchetto sicurezza sulle persone straniere in Italia e sul fenomeno dell'immigrazione*, in *SP* 2024 (12), 107 ss.

<sup>15</sup> Nuovo art. 187, C.d.S., rubricato «Guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti»: è stato espunto il requisito dello «stato di alterazione psicofisica», con l'obiettivo, palesemente incostituzionale sotto i profili della legalità, dell'offensività e della colpevolezza, di punire il *consumatore* di sostanze psicotrope *in quanto tale*, a prescindere dall'attinenza (nesso di rischio) del pregresso consumo a pericoli/eventi provocati alla guida, per l'attualità dell'effetto derivante dall'assunzione. Salva l'opportunità di riconoscere l'illegittimità cost. dell'attuale redazione, nel frattempo l'unica soluzione costituzionalmente conforme sarà quella intendere la fattispecie come era prima: cfr. al riguardo Cass., sez. IV, 10.11.2020 (dep. 2.2.2021), n. 3900, in cui si rammenta che, già per precedente giurisprudenza della Corte, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 187 C.d.S. non è sufficiente la positività alla sostanza, dovendo sussistere uno stato di alterazione psico-fisica conclamato e derivante dall'assunzione (§ 4); non basta che l'agente si metta alla guida *dopo* (quanto?) l'uso di una sostanza drogante o psicotropa, ma occorre dimostrarne l'*effetto attuale* (§ 8).

inattesa – la più beffarda e demagogica delle proposte, quella di introdurre anche nel nostro ordinamento una fattispecie autonoma di “femminicidio”<sup>16</sup>.

In ottica strutturale, sul tavolo ci sono la – forse più di tutte – controversa riforma costituzionale della giustizia, che comprenderebbe la separazione delle carriere fra giudici e pubblici ministeri, riconfigurazione i cui ipotetici risvolti liberali, pur autorevolmente argomentati, non sono immuni da implicazioni in senso radicalmente contrario<sup>17</sup>; inoltre, la sostanziale inerzia di fronte all’alto numero di suicidi in carcere, fenomeno drammatico che, nonostante gli appelli<sup>18</sup>, non solo non riceve opportune risposte, ma nel richiamato “d.d.l. sicurezza” trova elementi idonei, semmai, a produrre un suo ulteriore aggravamento<sup>19</sup>.

Sul fronte della legalità internazionale, infine, appare significativo, specie a fronte della crisi di effettività e dei tentativi di delegittimazione che sta attualmente scontando la Corte penale internazionale, l’abbandono del progetto di *Codice dei crimini internazionali* presentato nel 2022 dalla “Commissione Palazzo-Pocar”<sup>20</sup>; nonché, nella prassi, il contrasto fra Governo e magistratura, fra il resto, sui migranti deportati in Albania e puntualmente ricondotti in Italia<sup>21</sup>. Circa la “filosofia” che ispirerebbe questo complesso di azioni, tutte volte – parola del Ministro della Giustizia –, a riconfigurare il funzionamento del sistema penale fino all’inquietante obiettivo della «riforma finale»<sup>22</sup>, è accesa e polarizzata la discussione fra chi, da una parte, ne

<sup>16</sup> Sul carattere per nulla liberale e men che meno solidaristico di questa figura aggravante, inutile sul piano preventivo-repressivo e paradossale su quello comunicativo, configurata anche nello schema di d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri n. 117 del 7.3.2025 (nuovo art. 577-bis co. 1 Cp, previsto dall’art. 1), pubblicato in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), facendo leva su una categoria di motivi abietti («...quando il fatto è commesso come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna o per reprimere l’esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l’espressione della sua personalità»), cioè “motivi di genere” o fini di discriminazione di genere, e punibile con l’ergastolo, sia consentito rinviare alle considerazioni svolte, anche in chiave comparatistica, in A. Perin, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell’offesa alla pari dignità*, Torino 2024, 7 ss., 20 ss. (sul nesso storico-concettuale fra motivi e pericolosità), 123 ss. (sul cd. “motivo di genere”), 140 ss. (sulle ipotesi aggravate vigenti già riconducibili al medesimo ambito criminologico), 188 ss. (criticamente sulle tesi che giustificano l’effetto aggravante dei motivi sul piano della concezione normativa della colpevolezza), 308 ss., spec. 316-317 (contro la configurabilità di una fattispecie autonoma di omicidio-qualificato aggravata da motivi/fini o da effetti discriminatori).

<sup>17</sup> Sul p.d.l. C. 1917 (Meloni - Nordio, S. 1353), recante «Norme in materia di ordinamento giurisdizionale e di istituzione della Corte disciplinare», cfr., fra le tante, le autorevoli opinioni di G.L. Gatta, *Separazione delle carriere: la riforma costituzionale in pillole e il testo del d.d.l.*, in *SP* 2025 (1), 175 ss., per un’illustrazione schematica; E. Bruti Liberati, *Sulle proposte di riforma costituzionale in tema di ‘separazione delle carriere’*, in *RIDPP* 2024 (3), 1115 ss., particolarmente sui rischi di ingerenza, di fatto e di diritto, anche in prospettiva storica e comparatistica, del potere esecutivo e della «cultura di polizia» nell’azione della magistratura inquirente, 1130 ss., sulla controversa “parità delle armi” fra accusa e difesa, 1142 ss., criticamente sull’attuale d.d.l. C. 1917; N. Zanon, *Separare o sorteggiare?*, in *RIDPP* 2024 (3), 1161, favorevole alla separazione delle carriere come soluzione istituzionale, ma critico sulle condizioni organizzative attualmente proposte per realizzarla, specie quelle relative ai diversi CSM; T. Padovani, *Il problema non consiste nel decidere se è necessario separare le carriere, quanto piuttosto nell’interrogarsi come mai siano unite...*, in [www.camerapenalecatanzaro.it](http://www.camerapenalecatanzaro.it), 28.1.2025, sulla ritenuta inconsistenza dei principali argomenti portati contro la separazione.

<sup>18</sup> Si v. *Un triste primato del 2024: l’ennesimo record dei suicidi in carcere*, dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) e dell’Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G.D.” Pisapia (ASPP), disponibile in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 27.12.2024.

<sup>19</sup> Si v. il documento di Antigone e di ASGI, *La nuova legge sulla sicurezza è un attacco allo Stato di diritto*, in [www.antigone.it](http://www.antigone.it), 2.7.2024.

<sup>20</sup> Al riguardo, A. Vallini, “Rise and fall” di un codice dei crimini internazionali, Aa.Vv., *Forme, riforme a valori per la giustizia penale futura*, a cura di D. Castronuovo, D. Negri, Napoli 2023, 571, spec. 573 ss., 577 ss.

<sup>21</sup> Sullo sfondo della diatriba interna, c’è da considerare l’intervento della sent. CGUE, grande sez., 4.10.2024, in C-406/22, sulla definizione dei «paesi sicuri». In argomento, da ultimo, con rinvio anche ad altri precedenti contribuiti dell’autrice, G. Mentasti, *Centri per migranti in Albania: il punto sui ‘paesi sicuri’ dopo l’ultima mancata convalida e le recenti pronunce della Cassazione*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 7.2.2025.

<sup>22</sup> L’espressione è stata utilizzata dal Ministro Nordio, nel chiudere il proprio intervento alla Camera dei deputati

sostiene come detto la matrice liberale<sup>23</sup>, specie trattandosi degli interventi di riduzione del penale a beneficio della PA (e che dire degli altri?) e, sul fronte della geometria processuale, dell'allineamento della pubblica accusa ai ranghi e alle prerogative della difesa; e chi invece, dall'altra, come vedremo, ne risalta il carattere autoritario, provocando un indebolimento degli strumenti di contrasto alla corruzione e di tutela contro gli abusi di potere.

Atteso il quadro generale (tenere a mente il contesto è fondamentale per quanto circoscritto sia l'obiettivo dell'analisi), il contributo si concentra sui profili sostanziali della cd. "riforma Nordio", con particolare riguardo alla discussione di fondo, da cui dipenderanno ulteriori sviluppi nel prossimo futuro, inerente al rilievo degli obblighi eurounitari e convenzionali di incriminazione, in ottica costituzionale, e all'indirizzo politico-criminale promosso dall'attuale legislatore nazionale.

2.1. La "legge Nordio", come detto, abrogando l'art. 323 Cp, ha eliminato il reato di abuso d'ufficio *in quanto tale*. Questa è la quinta volta, se si considera anche la previsione originaria, che il legislatore interviene su quell'articolo<sup>24</sup>.

Sulla fattispecie di abuso "innominato" del 1930, indeterminata e qualificata da dolo specifico<sup>25</sup>, ma ancora residuale rispetto alle figure del peculato per distrazione (art. 314 Cp) e dell'interesse privato in atti d'ufficio (art. 324 Cp), intervenne la l. 26.4.1990, n. 86, estendendo la punibilità agli incaricati di un pubblico servizio, ridefinendo il dolo specifico (un vantaggio a sé o ad altri, o un danno ingiusto) e aumentando la pena in ipotesi di fatto commesso per procurare un ingiusto vantaggio di natura patrimoniale. Contestualmente, come vedremo fra poco, con la eliminazione della forma per "distrazione" dal peculato (art. 314 Cp) e l'abolizione dell'interesse privato in atti d'ufficio, l'abuso d'ufficio acquisì un peso maggiore nel sistema dei reati contro la PA.

La terza versione è quella vigente dal 1997 (l. 16.7.1997, n. 234) al 2020: la condotta abusiva a forma vincolata poteva consistere, alternativamente, nella «violazione di norme di legge o di regolamento» oppure nella mancata astensione «in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti», e doveva provocare intenzionalmente un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale per sé o terzi (seconda ingiustizia, intrinseca e quindi propria dell'evento, che si aggiunge a quella della condotta). Su questo base, la l.

---

sul noto "caso Almasri", il 5.2.2025, rivolgendosi esplicitamente alla magistratura: «*Andremo avanti, andremo avanti fino in fondo, senza esitazione e fino alla riforma finale!*».

<sup>23</sup> Autorevolmente, fra tutti, B. Romano, *La prospettata abrogazione dell'abuso d'ufficio: più pro che contro*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 12.12.2023, 1, spec. 16-17, il quale, rivolgendosi ai sostenitori del mantenimento dell'abuso d'ufficio, fa notare (non senza ragioni, se si riflette in ottica generale), che troppo spesso ci si dichiara, «in astratto, favorevoli ad uno sfoltoimento della foresta penalistica, ma poi – in concreto – non è mai la disposizione "giusta" quella da abrogare». Peraltro – prosegue –, «lunghe ed approfondite riflessioni sul carattere frammentario del diritto penale, e sul suo dover essere *extrema ratio*, dovrebbero semmai dare maggiore spazio e controllo all'apparato amministrativo, perché non tutti gli eventuali illeciti configurabili devono necessariamente essere illeciti penali».

<sup>24</sup> Sull'evoluzione normativa della fattispecie, attraversando la riscrittura operata dalla l. 234 del 16.7.1997, mediante la configurazione di danno data dalla «doppia ingiustizia», fino alla recente soluzione abrogativa, infine adottata, cfr., anche per molti altri riferimenti, gli studi di A. Manna, *op. cit.*, 1201 ss.; A. Merlo, *L'abuso d'ufficio. Tra legge e giudice*, Torino 2019, 1 ss.; ed E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: una questione aperta. Evoluzione e prospettive di una fattispecie discussa*, Napoli 2022, 6 ss., 30 ss.

<sup>25</sup> Si sofferma su struttura e significato dell'originaria fattispecie, di recente, B. Romano, *op. cit.*, 3 ss. Quella figura, pur residuale, era comunque troppo vaga, da cui l'autorevole critica di F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p.*, in *RIDPP* 1966, 986, spec. 990, che si esprime affinché la fattispecie fosse riconfigurata per punire la «lesione dei diritti» da parte del pubblico agente; la frammentarietà penale non andava definita mediante un mero dolo specifico (anticipatorio, non selettivo: mero fine), ma richiedendo un evento di danno dolosamente provocato al cittadino dall'atto abusivo della pubblica autorità.

6.11.2012, n. 190 (nota come “legge Severino”) inciderà sui limiti edittali della reclusione (da 6 mesi a 3 anni), sanzionando il reato con la pena da 1 a 4 anni.

La quarta riscrittura, operata dall’art. 23 del d.l. 16.7.2020, n. 76, e tesa ad arginare ermeneutiche espansive, presumibilmente responsabili della cd. “burocrazia difensiva”<sup>26</sup>, ha portato una modifica in senso ulteriormente restrittivo, sostituendo le parole «di norme di legge o di regolamento» con le seguenti: «di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità». Dall’ultima riforma non bastava più una violazione di norme subordinate, ma si richiedeva che si trattasse di regole «specifiche» ed «espressamente previste» da fonti primarie, e che non lasciassero margini di (altrimenti) insindacabile (giudizialmente) discrezionalità.

In verità, come vedremo anche in seguito, la riduzione testuale alle sole regole di legge «dalle quali non residuino margini di discrezionalità» non era idonea ad escludere del tutto la possibilità di sindacare abusi o prevaricazioni realizzati nel corso di procedimenti volti all’adozione di *atti discrezionali*. Infatti, anche l’esercizio della discrezionalità amministrativa può essere disciplinato, in certa misura, da regole vincolanti: vuoi quanto alla selezione del ventaglio delle opzioni possibili, vuoi quanto ai margini esterni dello spazio deliberativo<sup>27</sup>. Inoltre, continuava a rilevare, inalterata, l’inosservanza dell’obbligo di astensione in situazioni di conflitto di interessi<sup>28</sup>.

Ad ogni modo, anche dopo l’ultima riforma, la crociata contro l’abuso d’ufficio, norma incriminatrice ritenuta dai critici non effettiva (in termini di condanne) ma anche responsabile di iniziative giudiziarie esse stesse abusive nei confronti dei pubblici funzionari (numerose indagini a vuoto, esse stesse delle pene per cui le subisce) conduce, nell’agosto scorso, all’abrogazione dell’art. 323 Cp e all’affrettata introduzione riparativa – poco prima – dell’art. 314-bis Cp.

2.2.1. Fino alla riforma del 1990, il peculato punisce il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso di denaro o altra cosa mobile, appartenente alla pubblica amministrazione, se ne appropria, ovvero lo distrae a profitto proprio o di altri. Con la l. 26.4.1990, n. 86, che elimina la forma per “distrazione” dal peculato, abolisce l’interesse privato in atti d’ufficio e ridefinisce l’abuso d’ufficio (seconda versione)<sup>29</sup>, si tratta di stabilire entro che limiti e a che titolo quelle condotte sono ancora punibili. La loro riconducibilità interpretativa all’abuso d’ufficio viene sostenuta entro margini limitati e comunque controversi: solo se la *finalità perseguita è diversa* da quella prescritta, ma comunque riconducibile a *quelle della PA*, secondo un orientamento; anche in

<sup>26</sup> Nonostante già la fattispecie del 1997 non soffrisse di un deficit di precisione/determinatezza intollerabile; in questo senso, fra gli altri, A. Pagliaro, *L’antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d’ufficio*, in *DPP* 1999, 110; A. Manna, *Profili storico-comparatistici*, cit., 1203; N. Pisani, *Abuso d’ufficio*, in *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di S. Canestrari, L. Cornacchia, G. De Simone, Bologna 2015, 257, 263; M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent. Discrezionalità amministrativa e sindacato del giudice penale: un binomio indissolubile per la sopravvivenza dell’abuso d’ufficio*, in *www.sistemapenale.it*, 29.7.2020, 138.

<sup>27</sup> A. Perin, *L’imputazione per abuso d’ufficio: riscrittura della tipicità e giudizio di colpevolezza*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 23.10.2020, 1, 23 ss.

<sup>28</sup> Lo sottolinea S. Tordini Cagli, *Il reato di abuso d’ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta*, in *www.penaledp.it*, 25.2.2021, 7.

<sup>29</sup> Come già ricordato, la l. n. 86 del 1990, oltre ad estendere l’applicazione dell’abuso d’ufficio agli incaricati di un pubblico servizio, ne definisce il dolo specifico – l’abuso doveva essere finalizzato a procurare un ingiusto vantaggio (a sé o ad altri) o un danno ingiusto – e aumenta la pena in ipotesi di fatto commesso per procurare un vantaggio di natura patrimoniale. In virtù della contestuale eliminazione della forma per “distrazione” dal peculato (art. 314 Cp) e l’abolizione dell’interesse privato in atti d’ufficio, l’abuso d’ufficio assume un ruolo centrale nel sistema dei reati contro la PA.

ipotesi di *uso indebito del bene*, ma *senza lesione patrimoniale* dell'ente, secondo altro indirizzo. Mentre le ipotesi propriamente riconducibili all'*appropriazione*, cioè le sottrazioni alla destinazione pubblica e gli impieghi orientati al soddisfacimento di interessi privatistici dell'agente o di terzi, restano comprese nel (più grave) delitto di peculato<sup>30</sup>. In ipotesi di diversa destinazione tuttavia compatibile con le finalità dell'ente, il fatto è invece penalmente irrilevante<sup>31</sup>.

La riduzione della portata dell'abuso d'ufficio con la riforma del 2020 (quarta versione) – che interviene sulla configurazione a condotta tipica alternativa, di evento e a dolo intenzionale del 1997 (terza versione), cercando di escludere il sindacato giudiziale sugli atti discrezionali e il rilievo delle regole di esercizio vaghe e/o subordinate – ripropone il problema della rideterminazione dei suoi confini con il delitto di peculato (art. 314 Cp). Nei casi di uso indebito del bene non riconducibili alla appropriazione, si ipotizza che possa recuperare spazio, di nuovo, l'art. 314 Cp, sotto l'autonoma ipotesi meno grave di "peculato d'uso" (co. 2)<sup>32</sup>.

Dare conto di questa sorta di dinamica a vasi comunicanti, spinta da riscritture selettive e reinterpretazioni espansive, fra art. 314 e art. 323 Cp<sup>33</sup>, è rilevante in quanto il d.l. 92/2024 (poi convertito, con modifiche, nella l. 112/2024), che ha previsto il nuovo art. 314-bis Cp<sup>34</sup>, se da un lato è parso voler dirimere la questione relativa alle condotte distrattive, risalente a trentaquattro anni prima<sup>35</sup>, dall'altro, cercando di giustificare un intervento discutibilmente compatibile con i presupposti dell'art. 77 Cost., indica espressamente che si tratta di definire il reato di indebita destinazione di beni ad opera del pubblico agente, per l'appunto, con «straordinaria necessità e urgenza» «anche in relazione agli obblighi euro-unitari».

Il problema dell'esatta collocazione della *distrattione* si ripropone anche fra art. 314 Cp e art. 314-bis Cp, posta la difficoltà, già segnalata in letteratura, di riuscire a trovare una soluzione ottimale: (a) se il nuovo art. 314-bis Cp dovesse "riprendersi" forme di distrazione prima ricondotte al peculato, riducendo la portata applicativa di quest'ultimo, gli esiti sarebbero «paradossali», sia in riferimento alla comune "appropriazione indebita" (art. 646 Cp), punita con la più elevata pena della reclusione da 2 a 5 anni, sia perché quelle condotte passerebbero dall'essere punite con la reclusione da 4 anni a 10 anni e 6 mesi (art. 314 co. 1 Cp), all'essere sanzionate con la pena della reclusione da 6 mesi a 3 anni<sup>36</sup>; (b) d'altronde, se si adottasse invece un atteggiamento interpretativo conservativo, la nuova figura, inidonea per sua struttura a configurare un rapporto di specialità con il peculato<sup>37</sup> e dallo spettro limitato anche come

<sup>30</sup> Cfr. sul punto, anche per altri richiami, E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 32 ss.; A. Roiati, *op. cit.*, 8 ss.

<sup>31</sup> Di recente, con maggiori dettagli sugli orientamenti interpretativi relativi ai rapporti fra peculato e abuso d'ufficio all'indomani della riforma del 1990, A. Roiati, *op. cit.*, 6 ss.

<sup>32</sup> M. Gambardella, *Simul stabunt vel simul cadent*, cit., 153 s.

<sup>33</sup> Altri riferimenti in argomento, di nuovo, in A. Roiati, *op. cit.*, 6 ss.

<sup>34</sup> «Fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. / La pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000.»

<sup>35</sup> G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio*, cit., 135; criticamente anche A. Roiati, *op. cit.*, 10.

<sup>36</sup> Sul punto, S. Seminara, *Sui possibili significati del nuovo articolo 314-bis c.p.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19.7.2024, 7 ss.; A. Roiati, *op. cit.*, 14 ss.; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 36. È fatto salvo quanto disposto dall'art. 314-bis co. 2 Cp, introdotto in sede di conversione, che aumenta la pena (da 6 mesi a 4 anni) quando «il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000».

<sup>37</sup> S. Seminara, *op. cit.*, 6-7.

forma residua di “abuso per distrazione”, rischierebbe di assumere una scarsissima portata applicativa<sup>38</sup>.

Insomma, all’introduzione dell’art. 314-bis Cp non è apparso sotteso uno scopo di tutela chiaro. Se, da un lato, con l’attenzione rivolta all’art. 314 Cp, si poteva pensare che il legislatore avesse inteso attenuare la sanzione di alcune forme distrattive (restringendo il peculato per appropriazione), dall’altro, volgendo lo sguardo al buco creato dall’abrogazione dell’art. 323 Cp, ci si era evidentemente accorti di dover rimediare mettendo una toppa, perché quel buco potuto comportare una violazione di obblighi di tutela penale rilevanti ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost. (*infra*)<sup>39</sup>.

Di fronte a queste alternative, la prima pronuncia della Cassazione in merito inaugura l’orientamento conservativo, nel senso di non assegnare all’art. 314-bis Cp ipotesi già punibili, a titolo di peculato, ai sensi dell’art. 314 Cp<sup>40</sup>. La decisione della Corte dà atto della struttura ibrida della nuova fattispecie<sup>41</sup>, recante elementi del peculato e dell’abuso d’ufficio, e si sofferma sia sul ricorso del legislatore alla clausola di riserva<sup>42</sup>, sia sull’utilizzo del verbo «destina» per descrivere la condotta tipica e, secondo i giudici, «al fine di evitare equivoci in ordine alla volontà di reintrodurre una distinzione tra peculato per appropriazione e per distrazione non più contemplata nel codice penale dal 1990»<sup>43</sup>.

La Sesta sezione stabilisce che il reato di “indebita destinazione di denaro o cose mobili”, lasciando «inalterato l’ambito applicativo del delitto di peculato» – che resta circoscritto alle condotte che integrano «un’effettiva appropriazione perché la *res* è sottratta in modo definitivo dalla finalità pubblica per conseguire finalità private proprie o altrui» –, interviene a sanzionare penalmente le condotte distrattive che la giurisprudenza riferiva all’abuso di ufficio<sup>44</sup>.

In definitiva: l’ambito del vecchio art. 323 Cp ancora penalmente rilevante, quale ipotesi di «abuso distrattivo» di beni pubblici<sup>45</sup>, è quello dato dalle condotte di «“mero mutamento della destinazione di legge del denaro o delle cose mobili pubbliche”, pur sempre compatibili con i

<sup>38</sup> Ancora A. Roiati, *op. cit.*, 15, secondo il quale la «soluzione conservativa» (nel frattempo adottata dalla Cassazione, *infra*, nt. 40), problematica in quanto «sterilizzante» la portata della novella e discutibile sul piano dell’interpretazione del concetto di “appropriazione” (per l’autore, «non è difficile rilevare l’inevitabile forzatura argomentativa insita nel continuare a ricondurre il concetto di indebita destinazione in quello di appropriazione, pur a fronte di due specifiche previsioni normative, eterogenee tra loro, che poggiano il loro *discrimen* proprio sulla scissione contenutistica tra condotta distrattiva e condotta appropriativa»), attenuerebbe i «profili di incostituzionalità» dell’articolo 314-bis Cp, per «violazione dei principi di ragionevolezza, uguaglianza e proporzionalità della pena».

<sup>39</sup> Al riguardo, fra i primi interventi, ancora S. Seminara, *op. cit.*, 5 ss., 12 s.

<sup>40</sup> Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, con nota di G.L. Gatta, *La Cassazione sul nuovo art. 314 bis c.p.: continuità normativa con l’abuso d’ufficio distrattivo e nessuna interferenza con il peculato*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 13.2.2025.

<sup>41</sup> Aspetto già evidenziato da M. Gambardella, *Peculato, abuso d’ufficio e nuovo delitto di «indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314-bis c.p.). I riflessi intertemporali del decreto-legge n. 92/2024*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17.7.2024, § 4, secondo il quale sarebbe stato meglio non introdurre «un *hirco cervus*», una figura «per metà peculato e per metà abuso d’ufficio», risultando preferibile, secondo l’autore, l’inserimento di una nuova ipotesi di distrazione nell’ambito dell’art. 314 Cp e in un apposito co. 3.

<sup>42</sup> Clausola con cui, secondo la Corte, «il legislatore ha inteso escludere un’incidenza della nuova fattispecie sull’ambito applicativo dell’art. 314 c.p., per come interpretato dal diritto vivente» (Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (25)).

<sup>43</sup> Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (25).

<sup>44</sup> Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit. (25-26).

<sup>45</sup> Accoglie l’espressione anche G.L. Gatta, *La Cassazione sul nuovo art. 314 bis c.p.: continuità normativa con l’abuso d’ufficio distrattivo e nessuna interferenza con il peculato*, 13.2.2025, in alternativa a quella, che sarebbe stata più adatta all’esito interpretativo opposto, di «peculato per distrazione»; cfr. al riguardo anche S. Seminara, *op. cit.*, 4 ss.

fini istituzionali dell'ente di appartenenza dell'agente pubblico»<sup>46</sup> (ipotesi invero, quando il fine fosse *compatibile*, talvolta opportunamente escluse anche dal previgente art. 323 Cp). E rispetto ad esse si applicherà, in forza dell'art. 2 co. 4 Cp, «la *lex mitior* costituita dalla nuova cornice edittale»<sup>47</sup>.

Anche la sentenza rileva che, in realtà, più che ridefinire il confine fra appropriazione (art. 314 Cp) e distrazione (ora art. 314-bis Cp), il fine perseguito dal legislatore è stato quello di «evitare il contrasto con gli obblighi di criminalizzazione derivanti dal diritto dell'Unione europea»<sup>48</sup>; scelta che appare in effetti riflessa dalla sostituzione del riferimento all'art. 323 Cp con quello all'art. 314 bis Cp, quale abuso residuo, nell'art. 322-bis Cp. (delitti dei membri delle Corti internazionali o degli organi delle Comunità europee o di assemblee parlamentari internazionali o di organizzazioni internazionali e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri).

Questo indirizzo interpretativo, che protegge l'ambito applicativo del peculato e restituisce all'ordinamento un pezzo di abuso d'ufficio, andrà tenuto a mente nel valutare le questioni di legittimità costituzionale per violazione di vincoli eurounitari e internazionali nel frattempo sollevate; questioni rispetto alle quali è dirimente stabilire l'area lasciata scoperta dal diritto penale interno (non solo sulla carta, ma anche nella prassi) rispetto ai – presumibilmente più ampi – contorni degli obblighi di tutela.

Per comprendere allora in che termini si può porre il problema dell'inadempimento sopravvenuto, andiamo a definire meglio il perimetro dell'*abolitio criminis parziale* derivante dall'abrogazione dell'art. 323 e dall'introduzione dell'art. 314-bis Cp.

2.2.2. La questione interpretativa principale, utile a valutare il risultato dell'operazione legislativa, non solo sul piano analitico-interpretativo, ma anche su quello politico-criminale, concerne la definizione delle ipotesi di prevaricazione *non più penalmente rilevanti*.

Prima dell'abrogazione, l'abuso d'ufficio copriva le seguenti categorie di fatti: favoritismi (abuso di vantaggio patrimoniale intenzionale *a sé o a terzi*), eventualmente con pregiudizio *di terzi* (abuso di vantaggio patrimoniale intenzionale e danno indiretto *a terzi*), anche in ipotesi di mancata astensione in conflitto di interessi; prevaricazioni in senso stretto (abuso con danno intenzionale *a terzi*).

Dalla riforma del 2020, però, il sindacato giudiziale non avrebbe più potuto raggiungere gli atti discrezionali (secondo l'interpretazione generale), salvo che (secondo una lettura forse più precisa) il soggetto attivo incorresse in violazione di regole legali “rigide” di esercizio (cioè dei *limiti interni* o dei *perimetri esterni* entro i quali *qualunque atto o decisione* è legittima espressione del potere discrezionale), sul presupposto che la funzione pubblica preordinata all'adozione di *atti* discrezionali può essere disciplinata da tali regole “rigide”<sup>49</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza successiva all'intervento del 2020 è andata oltre al consentire l'operatività della fattispecie nei casi in cui l'attività, pur astrattamente discrezionale, fosse in concreto vincolata. Infatti, sul piano delle fonti rilevanti, qualche sentenza ha recuperato la tesi, non accettabile, che, già da prima, voleva riconoscere effetto integrativo diretto all'art. 97 co. 2 Cost.<sup>50</sup>, e comunque rilievo anche a violazioni regolamentarie quando si trattasse di fonti

<sup>46</sup> Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (26).

<sup>47</sup> Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (26), in virtù della «continuità normativa» tra art. 323 e art. 314-bis Cp, quanto all'ipotesi di «abuso distrattivo».

<sup>48</sup> Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (26).

<sup>49</sup> A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 23 ss., con altri riferimenti.

<sup>50</sup> Per richiami e considerazioni critiche, A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 9 ss., 18-19, 23 ss., 29-30; più di recente, E.M. Ambrosetti, *La giurisprudenza in materia dei delitti contro la pubblica amministrazione come osservatorio privilegiato per una verifica della discussa “interpretazione creativa” della Corte di Cassazione*, in *disCrimen*, 11.12.2024, 10 ss.

richiamate dalla legge, oppure quando mancassero i presupposti per l'esercizio di azioni discrezionali; inoltre, è stata valorizzata l'ipotesi alternativa della mancata astensione in conflitto di interessi, modalità tipica di abuso non toccata da quella riforma<sup>51</sup>.

Ora, con la "riforma Nordio", che recupera solo la specifica forma dell'abuso d'ufficio consistente nella "indebita destinazione" (esclusa quella su beni immobili), tutto il resto diventerebbe, *prima facie*, penalmente irrilevante. E *il resto* comprende *tutti* gli atti di strumentalizzazione dell'ufficio a fini privati (atti di favoritismo, con evento di vantaggio patrimoniale, per sé o per altri) e quelli di prevaricazione (abusi di danno) commessi con consapevole violazione di specifiche regole modali e che non implicino, avendone il possesso o la disponibilità, la distrazione di denaro o beni mobili<sup>52</sup>.

Peraltro, il nuovo art. 314-bis Cp ricorre alla tecnica selettiva mutuata dall'art. 323 Cp (versione 2020), qualificando la *distrazione* come destinazione «ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità», con conseguente irrilevanza penale anche di molte distrazioni di denaro o beni mobili<sup>53</sup>.

È fatta salva, comunque, per quanto a rigore *fuori* dall'ambito prima coperto dall'art. 323 Cp, l'applicabilità di altre figure, più o *meno gravi*: quali per es. delitti di corruzione, concussione, falso<sup>54</sup>; oppure di omissione o di rifiuto di atti d'ufficio<sup>55</sup>.

La monolitica cesura operata dal legislatore potrà essere comunque "smussata" anche dall'adattamento o dal recupero da parte della giurisprudenza di altre figure esistenti (come era avvenuto anche in passato, specie all'indomani delle riforme del 1990 e del 2020<sup>56</sup>).

Con l'entrata in vigore della "legge Nordio", si era osservato che non sarebbe stata più punibile, fra le altre, l'ipotesi di *abuso di favoritismo* in concorsi pubblici per l'assunzione di personale, posto che, in casi di questo genere, le figure della turbativa d'asta e del procedimento di scelta del contraente (artt. 353 e 353-bis Cp), secondo un recente e «forse col senno di poi

<sup>51</sup> Per puntuali riferimenti, O. Di Giovine, *Introduzione. Tra storia e commemorazione dell'abuso d'ufficio*, in *RIDPP* 2024 (2), 663, 665 ss.; E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 18 ss.; G. Fiandaca, A. Merlo, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio: una vittoria simbolica nell'ambito di un'ostinata guerra tra poteri?*, in *disCrimen*, 23.2.2025, 3.

<sup>52</sup> Ambito già definito, come visto, dalla prima sentenza di legittimità nel frattempo intervenuta, nel rilevare che, oltre alla condotte distrattive aventi ad oggetto beni immobili, un'ulteriore riduzione dello spazio di rilevanza delle condotte in precedenza riconducibili all'abuso di ufficio «si realizza in relazione al presupposto della condotta: il possesso o la disponibilità della *res* (...) è, infatti, presupposto più stringente, e quindi maggiormente selettivo, rispetto a quello allora previsto dall'art. 323 cod. pen., che utilizzava la formula "nello svolgimento delle funzioni o del servizio"» (Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit., § 4.2.5 (27)). Fra gli abusi commessi mediante sfruttamento dell'ufficio e non più punibili, S. Seminara, *op. cit.*, 3, e A. Roiati, *op. cit.*, 11, segnalano la casistica relativa allo sfruttamento, a fini privati, della forza lavoro appartenente alla pubblica amministrazione (ipotesi non coperta dal peculato, in quanto l'energia umana non è riducibile a «cosa mobile»).

<sup>53</sup> A. Roiati, *op. cit.*, 11-12, il quale rileva il conseguente rischio di nuove «torsioni interpretative» volte a collegare la fonte secondaria che disciplino l'uso di quei beni pubblici «ad una generica fonte primaria».

<sup>54</sup> Avverte E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 41 ss., che la eliminazione dell'art. 323 Cp non dovrebbe comportare la riespansione applicativa di altre figure più gravi; riespansione che, appunta l'autrice, potrebbe essere arginata anche da alcune novità introdotte dal d.lgs. 10.10.2022 n. 150 (cd. "riforma Cartabia"), operanti sul piano processuale, idonee a evitare iscrizioni strumentali (art. 335 co. 1 Cpp) e a favorire le archiviazioni (art. 408 Cpp).

<sup>55</sup> Segnala l'irragionevolezza dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio, a fronte del fatto di continuare invece a punire il meno grave fatto di rifiutare od omettere di compiere un atto d'ufficio (art. 328 Cp), G.L. Gatta, *Abuso d'ufficio e traffico d'influenze*, cit., 190.

<sup>56</sup> V. i riferimenti indicati da E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 16 ss.



“intempestivo” orientamento» della Cassazione<sup>57</sup>, che si rivolgeva all’abuso d’ufficio, non sarebbe configurabile<sup>58</sup>.

Si poteva spesso trattare, in verità, di ipotesi di abuso sub-specie di *eccesso cd. intrinseco di potere*, discutibilmente idonee a integrare il requisito della “doppia ingiustizia” richiesto dall’abrogato art. 323 Cp, specie dopo la riforma del 2020, che aveva ristretto alle «specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità» il novero delle norme di esercizio la cui violazione poteva integrare la prima classe di condotta tipica (salva l’ipotesi alternativa, della violazione dell’obbligo di astensione). A rigore, infatti, questo elemento di tipicità avrebbe richiesto una duplice – quindi autonoma – valutazione in ordine alla (consapevole) illegittimità della condotta, rispetto a regole modali specifiche e di rango primario, e alla (intenzionale) ingiustizia dell’evento, non potendosi far discendere l’ingiustizia della condotta dall’ingiustizia dell’evento e neppure, a maggior ragione, dall’ipotetica – pur se manifesta – intenzione del pubblico agente di strumentalizzare lo spazio di discrezionalità attinente al merito valutativo a fini di favoritismo<sup>59</sup>; né, viceversa, l’ingiustizia dell’evento avrebbe potuto discendere soltanto da quella della condotta. Non sarebbe quindi bastato sindacare l’opportunità della condotta senza una chiara violazione di una regola rigida, essendo necessaria la *fuoriuscita* dell’azione pubblica dal novero di tutte le opzioni possibili in base alle regole di disciplina di rango primario (vigente l’ultima configurazione dell’art. 323 Cp)<sup>60</sup>. Il mero “sviamento”, pur percepibile, ancorché antecedente a un evento ingiusto o la cui ingiustizia fosse ricavabile da indici di atteggiamenti finalistici (propositi di prevaricazione o di favoritismo), sarebbe stato comunque penalmente irrilevante.

Così, per es., tornando alle ipotesi di *favoritismo* (abuso di vantaggio patrimoniale intenzionale ed eventuale danno indiretto *a terzi*), una valutazione comparativa dei titoli dei candidati, nell’ambito di un concorso universitario, palesemente insensata (per es. “sviata” da propositi discriminatori occulti) in base a parametri qualitativi *oggettivi ma non vincolanti*, non avrebbe integrato un abuso penalmente rilevante per l’art. 323 Cp, in quanto non contraria a una regola esplicita e specifica di esercizio di rango primario.

Il *limite invalicabile* dal giudice, nello svolgimento del sindacato sull’attività discrezionale del pubblico agente, s’identificava con la illegittimità oggettiva della condotta, in “nesso di rischio” con l’evento ingiusto e intenzionale tipico<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> V. per es. Cass. pen., sez. VI, 24.5.2023 (dep. 18.9.2023), n. 38127, che stabilisce (dando seguito ad altre decisioni precedenti) l’impossibilità di ricomprendere nell’ambito di applicazione degli artt. 353 e 353-bis Cp le procedure che abbiano oggetto diverso dalla fornitura di beni o dalla prestazione di servizi, per cui l’ipotesi configurabile per le procedure di reclutamento era quella prevista dall’art. 323 Cp, già ristretto nel 2020 ed ora eliminato.

<sup>58</sup> G.L. Gatta, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 141 ss.; sul punto, nel dettaglio, anche E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 39 ss. Cfr., sugli effetti dell’abrogazione dell’abuso d’ufficio in materia di concorsi pubblici, a commento di T. Milano, 11.9.2024 (dep. 11.11.2024), M.C. Ubiali, *Concorso pubblico truccato anticipando i temi delle prove: non potendo più ricorrere alla turbativa d’asta e all’abuso d’ufficio, il Tribunale di Milano condanna per rivelazione di segreti d’ufficio*, in *SP* 2024 (12), 83 ss., vicenda che testimonia il possibile ricorso ad altre fattispecie – per es. il delitto di “rivelazione di segreto d’ufficio” (art. 326 Cp) – in alcune ipotesi in cui l’abuso d’ufficio – preferito alla turbativa d’asta dalla recente giurisprudenza (a partire da Cass. pen., sez. VI, 10.5.2023, n. 26225: *Ibid.*, 84 ss.), ma poi abrogato dal legislatore – non è pertanto più applicabile.

<sup>59</sup> A. Perin, *L’imputazione per abuso d’ufficio*, cit., 25 ss.

<sup>60</sup> Quando il pubblico agente «*eccede*» il potere discrezionale, ne sta al di fuori. Quello che esercita è un potere di fatto, che affonda le sue radici nel potere discrezionale, ma non è più tale»: con chiarezza, A. Pagliaro, *op. cit.*, 110 s.

<sup>61</sup> Cfr. con ulteriori annotazioni problematiche E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 17 ss., spec. 23-25; e, volendo, A. Perin, *L’imputazione per abuso d’ufficio*, cit., spec. 13 ss., sulla “proposta Castaldo-Naddeo”, che prevedeva l’inserimento del requisito del “nesso di rischio” fra disvalore della condotta

In definitiva, già prima – ma, ancor più chiaramente, all’esito – della riforma del 2020, simili ipotesi di *abuso di favoritismo* in concorsi pubblici avrebbero dovuto generalmente ricadere fuori dalla portata della fattispecie di cui all’art. 323 Cp. Ciò nonostante, restava uno spazio applicativo idoneo a coprire altre ipotesi di *eccesso*, pur trattandosi di potere discrezionale, quando si fosse trattato di violazione di specifiche regole di esercizio inerenti all’uso di tale potere. Così, permaneva anche un ragionevole (magari non ottimale, ma tant’era...) spazio di tutela preventiva e se del caso repressiva<sup>62</sup>.

3. Oltre ad aver abolito l’art. 323 Cp, la l. 114/2024 (art. 1, lett. e) ha anche inciso sull’art. 346-bis Cp<sup>63</sup>, restringendo notevolmente l’ambito applicativo della fattispecie introdotta dalla l. 190/2012 (la già richiamata “legge Severino”)<sup>64</sup> e poi ritoccata, in senso estensivo, dalla l. 9.1.2019, n. 3 (cd. “legge spazza-corrotti”)<sup>65</sup>.

---

ed evento, come elemento esplicito della fattispecie obiettiva di abuso d’ufficio («*Il danno o il vantaggio ingiustamente prodotti devono costituire la concretizzazione di quanto la norma violata intende prevenire*»).

<sup>62</sup> Anche su questo punto, cfr. le precise osservazioni di E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 24-25.

<sup>63</sup> L’attuale formulazione è la seguente (art. 346-bis Cp): «*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319 e 319-ter e nei reati di corruzione di cui all’articolo 322-bis, utilizzando intenzionalmente allo scopo relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità economica, per remunerare un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, in relazione all’esercizio delle sue funzioni, ovvero per realizzare un’altra mediazione illecita, è punito con la pena della reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni e sei mesi. / Ai fini di cui al primo comma, per altra mediazione illecita si intende la mediazione per indurre il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis a compiere un atto contrario ai doveri d’ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito. / La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altra utilità economica. / La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità economica riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio o una delle qualifiche di cui all’articolo 322-bis. / La pena è altresì aumentata se i fatti sono commessi in relazione all’esercizio di attività giudiziarie o per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*».

<sup>64</sup> Art. 346-bis Cp (versione originaria): «*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. / La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. / La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. / Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all’esercizio di attività giudiziarie. / Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita*».

<sup>65</sup> Queste le modifiche apportate nel 2019 dall’intervento “spazza-corrotti”: 1) Il primo comma è sostituito dal seguente: «*Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 318, 319, 319-ter e nei reati di corruzione di cui all’articolo 322-bis, sfruttando o vantando relazioni esistenti o asserite con un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altra utilità, come prezzo della propria mediazione illecita verso un pubblico ufficiale o un incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis, ovvero per remunerarlo in relazione all’esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, è punito con la pena della reclusione da un anno a quattro anni e sei mesi*». / 2) Al secondo e al terzo comma, le parole: «*altro vantaggio patrimoniale*» sono sostituite dalle seguenti: «*altra utilità*». / 3) al quarto comma sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: «*o per remunerare il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all’articolo 322-bis in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio o all’omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio*».

Ora, all'esito della terza riformulazione<sup>66</sup>, avvenuta mediante sostituzione, per l'integrazione del reato (art. 346-bis co. 1 Cp): (1) le relazioni del "mediatore" con il pubblico agente (pubblico ufficiale, incaricato di un pubblico servizio o altro soggetto di cui all'art. 322-bis Cp) devono *esistere* (non possono essere meramente asserite) ed essere effettivamente *utilizzate* (non meramente vantate); (2) l'utilizzo deve avvenire con *dolo intenzionale "allo scopo"* – s'intende, ma non è chiaro, di remunerare il funzionario pubblico –; (3) facendo dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o *altra utilità economica* (non più quindi anche *altri vantaggi*)<sup>67</sup>; (4) con il fine (quel medesimo scopo) di remunerare il pubblico agente in relazione all'esercizio delle *funzioni* (non anche i suoi *poteri*), ovvero di realizzare un'*altra mediazione illecita*, (5) cioè, ai sensi del co. 2, «*la mediazione per indurre il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio o uno degli altri soggetti di cui all'articolo 322-bis a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito*»<sup>68</sup>.

In definitiva, come è stato osservato, perdono rilevanza penale lo sfruttamento, da parte del mediatore, di relazioni meramente *asserite o millantate*<sup>69</sup>; le ipotesi in cui la contropartita della mediazione illecita *non sia una utilità economica*<sup>70</sup>; le mediazioni finalizzate ad atti solo anti-doverosi, ma non penalmente rilevanti. E, su questo piano, un ulteriore ritaglio deriva proprio dall'esclusione dell'abuso d'ufficio tra i possibili reati-scopo in seguito all'abrogazione dell'art. 323 Cp; fatto salvo però quello "distrattivo", se verrà confermato l'orientamento inaugurato dalla Cassazione<sup>71</sup>, oltre ad altri possibili delitti-scopo dei pubblici ufficiali (quali, fra gli altri, rivelazioni di segreti d'ufficio, ritardi od omissioni di atti dovuti, turbative d'asta)<sup>72</sup>. Meno impattanti, sul piano pratico, appaiono le modifiche relative all'elemento soggettivo (l'inedita intenzionalità di dolo specifico, ambigua e superflua), comunque difficile da

<sup>66</sup> Per ulteriori dettagli sull'evoluzione della disciplina dell'art. 346-bis Cp, dalla "legge Severino" alla "legge Nordio", V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1125 ss.

<sup>67</sup> Su questo, G.L. Gatta, *La legge Nordio e il "soffocamento applicativo"*, cit., 147.

<sup>68</sup> La modifica riprende, oggettivizzandola, la nozione *finalistica* adottata dalla Cassazione nel definire «mediazione illecita» quella «finalizzata alla commissione di un "fatto di reato" idoneo a produrre vantaggi per il privato committente»: Cass. pen., sez. VI, 14.10.2021 (dep. 13.1.2022), n. 1182, § 3.6 (10); Cass. pen., sez. VI, 8.7.2021 (dep. 9.11.2021), n. 40518, § 4.1 (19).

<sup>69</sup> Sulla esclusione della *venditio fumi* dal "traffico di influenze" (vantate), attraverso le controverse vicende segnate dalla riforma "spazza-corrotti" del 2019 e dalla successiva giurisprudenza di legittimità, fino al «colpo d'accetta» della "legge Nordio", V. Mongillo, *Millantato credito e traffico di influenze illecite dalle Sezioni unite alla legge Nordio: un tramonto parallelo?*, in *Giur. it.* 2025 (1), 169 ss., spec. 175 ss.: ora, «tutte le vanterie non veritiere di ingerenze o entrate privilegiate presso pubblici ufficiali, inclusa l'ostentazione o amplificazione maliziosa di rapporti di conoscenza effettivi ma avulsi da un credito reale, così come tutte le condotte tendenti ad abusare della fiducia dell'interlocutore (compresa la falsa prospettazione di dover corrompere)» sono state escluse dalla di tipicità dell'art. 346-bis c.p.». Mentre «le costellazioni casistiche prima riconducibili al millantato credito (1° comma e 2° comma) potranno ora essere punite, al più, a titolo di truffa ex art. 640, 1° comma, c.p. (o eventualmente aggravata), in presenza dei medesimi presupposti fattuali che un tempo portavano la giurisprudenza a ritenere possibile un concorso formale eterogeneo tra i due reati».

<sup>70</sup> Cfr. già M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio e di riformulazione del traffico di influenze illecite*, in *www.sistemapenale.it*, 18.9.2023, § 4.

<sup>71</sup> Che è quanto, dopo la sent. cit. *supra* (Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025), ha ribadito anche Cass. pen., sez. I, 10.1.2025 (dep. 7.2.2025), n. 5041, che rigetta un'istanza di revoca di una sentenza di condanna, identificando il reato-fine del traffico di influenze accertato con un «abuso distrattivo», cioè l'ipotesi di abuso rimasta penalmente rilevante dopo la "legge Nordio", in quanto coperta dall'art. 314-bis Cp. V. §§ 4.3 ss. (10 ss.) della sentenza, che accoglie il precedente; inoltre, la nota di G.L. Gatta, *Traffico di influenze finalizzato all'abuso d'ufficio distrattivo: nessuna abolitio criminis. La Cassazione conferma il rigetto dell'istanza di revoca della condanna dell'ex Sindaco di Roma Alemanno*, in *sistemapenale.it*, 13.2.2025.

<sup>72</sup> V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1135.

accreditare, e quella che escluderebbe l'esercizio dei *poteri* dei soggetti rivestiti di qualifiche pubblicistiche<sup>73</sup>.

Allo stato, nonostante questo svuotamento<sup>74</sup>, che in un certo senso aggrava la sua fumosità costitutiva<sup>75</sup>, il “traffico illecito” dovrebbe comunque poter assumere due forme tipiche: a) l'impegno a remunerare il pubblico agente («traffico corruttivo»), quale atto anticipatorio rispetto alle fattispecie di corruzione richiamate nella clausola di riserva (artt. 318, 319, 319-ter, 322-bis); b) la mediazione illecita non corruttiva («traffico clientelare»)<sup>76</sup>.

La riforma ha esteso l'applicabilità al “traffico di influenze illecite” della circostanza attenuante del ravvedimento operoso (art. 323-bis co. 2 Cp) e della causa di non punibilità della denuncia volontaria del fatto (art. 323-ter Cp); in questo modo, ferme le questioni sostanziali e processuali sollevate specie dalla previsione del secondo istituto, si rimedierebbe comunque alla «singolare esclusione di un delitto caratterizzato dalla struttura bilaterale tipica dei reati-contratto dal novero di quelli per i quali l'autodenunciante può ottenere l'esenzione da pena»<sup>77</sup>, assecondando ulteriormente la *ratio* preventiva sottesa all'obiettivo di stroncare sul nascere e di far emergere i comportamenti illeciti *lato sensu* corruttivi.

Sul piano sanzionatorio, vi è un aumento di sei mesi della pena minima edittale della reclusione prevista al co. 1, ora da 1 anno e 6 mesi a 4 anni e 6 mesi (alzando il massimo a 5 anni si raggiungerebbe la soglia che consente le intercettazioni, ai sensi dell'art. 266 Cpp).

Anche con riguardo a questo secondo versante del riassetto dei delitti contro la PA, come stiamo per vedere, in letteratura e in giurisprudenza sono stati sollevati da subito dubbi di costituzionalità; questioni che, quindi, invocano di nuovo un intervento *in malam partem* della Consulta volto a restaurare, in ottemperanza agli obblighi convenzionali sottoscritti, quanto ora la “legge Nordio” ha reso penalmente irrilevante<sup>78</sup>.

4.1.1. L'operazione che dà la “spallata” all'art. 323 Cp (e al relativo presidio di tutela dell'imparzialità della PA, quindi anche del singolo di fronte ad essa) è apparsa problematica, anzitutto, sotto il profilo dell'adempimento agli impegni eurounitari di incriminazione, rilevanti ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.; obblighi che, per sua stessa ammissione, hanno spinto il legislatore, senza però risolvere il problema, a ripiegare parzialmente introducendo l'art. 314-bis Cp (il residuo di abuso d'ufficio rinato come “abuso per distrazione”).

L'abuso d'ufficio ha sempre scontato dubbi di costituzionalità: inizialmente, quello “innominato”, perché indeterminato, benché residuale; poi, specie dopo la riforma del 1997, al contrario, secondo alcuni perché troppo selettivo. Con l'ulteriore ritaglio del 2020, l'esclusione del sindacato sugli atti discrezionali aveva sollevato ulteriori perplessità di fronte ai principi di

<sup>73</sup> Aspetto tecnicamente problematico ma risolvibile per irrilevanza: cfr. G.L. Gatta, *La legge Nordio e il “soffocamento applicativo”*, cit., 147; V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1134.

<sup>74</sup> «Ridotto così il traffico di influenze a poco più di una norma ancillare a indagini sulla corruzione già abbondantemente possibili», osserva M. Donini, *Abuso di ufficio ultimo atto. Una abolitio criminis per limitare i processi, non gli illeciti*, in [www.diariodidirittopubblico.it](http://www.diariodidirittopubblico.it), 3.11.2024, se ne ricava che anche questa norma «non ha un *ubi consistam* sostanziale, ma (...) solo di continenza processuale: non si cominceranno indagini anticipate, basate solo sul reato di abuso (ora che non c'è più), per cercare altro».

<sup>75</sup> R. Alagna, *Il racconto dell'ancella: note critiche sul traffico di influenze illecite*, in *RIDPP* 2024 (2), 627, 629 ss.

<sup>76</sup> V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1130, con annotazioni problematiche specie sulla seconda ipotesi, quando si tratti di mediatori privati che si muovono sull'incerto confine fra *lobbying* e intermediazione illecita. Critica l'autore, in particolare, a fronte della vaghezza del co. 2, la perdurante assenza di una regolamentazione extrapenale dell'attività di *lobbying* (*ibid.*, 1133 ss.). Sul punto, anche con elementi propositivi, R. Alagna, *op. cit.*, 631 ss.

<sup>77</sup> V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1132.

<sup>78</sup> Cfr. V. Mongillo, *Splendore e morte del traffico di influenze illecite. Dalle Sezioni Unite alla Riforma Nordio*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 22.3.2024; G.L. Gatta, *La legge Nordio e il “soffocamento applicativo”*, cit., 145 ss.

uguaglianza e ragionevolezza, imparzialità e buon andamento della PA<sup>79</sup>; irragionevolezza che, come vedremo, riemergerebbe a maggior ragione al cospetto dell'abrogazione (ma *abolitio criminis* solo parziale).

La novità riguarda ora la natura dei profili di incostituzionalità segnalati sia in dottrina che in giurisprudenza, che risiederebbero nell'inadempimenti degli obblighi convenzionali di tutela.

La questione rileva a sua volta su due piani consequenziali:

- (1) quello prettamente sostanziale, relativo alla definizione della quota di tutela "scoperta" rispetto all'area di intervento richiesta da quegli impegni;
- (2) quello relativo alle conseguenze, sul piano del giudizio di illegittimità *ex art. 11 e 117 Cost.*, di quell'inadempimento.

Partiamo dal primo profilo.

L'impegno di criminalizzazione di cui all'art. 4 co. 3 della Direttiva (UE) 2017/1371 (PIF) non sarebbe soddisfatto dalla norma che incrimina il peculato (art. 314 Cp), perché, come detto, essa si riferisce alle sole ipotesi di *appropriazione* e non anche di *distrazione*, ricondotte precedentemente, in parte, e in via interpretativa, all'abuso d'ufficio (da cui la fretta di intervenire per decreto-legge)<sup>80</sup>. Tuttavia, neanche la previsione "riparativa" dell'abuso distrattivo (art. 314-bis Cp) sarebbe idonea a soddisfare quell'impegno, specie laddove la nuova figura non copre le ipotesi di distrazione su *beni immobili* (mentre l'art. 4 co. 3 della citata Direttiva (UE), ma con riferimento agli interessi finanziari dell'UE, non discrimina)<sup>81</sup>.

Ulteriormente, prima della legge di conversione, ma ai margini dell'area virtualmente coperta da obblighi di tutela vincolanti, cioè sul piano "disponibile" della valutazione di opportunità politico-criminale, si era suggerito di intervenire sull'art. 314-bis Cp, eliminando l'espressione che circoscrive la tipicità a violazioni relative a «specifiche disposizioni di legge» o «atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità», quale «improprio lascito del moribondo abuso d'ufficio», in favore dell'avverbio «indebitamente»<sup>82</sup>. Questa soluzione, oltre a non sembrare obbligata, riproporrebbe però problemi del passato, specie rispetto alla criminalizzazione di violazioni di regole di esercizio nascoste fra i mille rivoli della normativa secondaria (criminalizzazione, comunque, almeno riducibile in pratica, se l'elemento soggettivo dell'abuso d'ufficio – dolo pieno sulla condotta e intenzionale sull'evento – fosse sempre stato preso sul serio<sup>83</sup>).

Anche sul fronte del "traffico d'influenze illecite", la reazione quasi immediata, sia in dottrina che in giurisprudenza, chiama in causa la Consulta, a cui si chiede di rilevare il sopravvenuto inadempimento dell'obbligo individuato nell'art. 12 dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 1999)<sup>84</sup>. L'obbligo di criminalizzazione, in questo caso, sarebbe

<sup>79</sup> G.L. Gatta, *Da 'spazza-corrotti' a 'basta paura'. Il decreto-semplificazioni e la riforma con parziale abolizione dell'abuso d'ufficio, approvata dal governo 'salvo intese' (e la riserva di legge?)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 17.7.2020, che, circa l'esclusione dalla tipicità dell'abuso d'ufficio delle ipotesi di violazione delle regole a disciplina dell'attività amministrativa realizzate con l'intento di perseguire un ingiusto vantaggio patrimoniale o di recare un danno ingiusto, osservava come l'esito della riforma del 2020 non fosse «ragionevole, in chiave di prevenzione e repressione delle offese ai beni, di rango costituzionale, del buon andamento e dell'imparzialità».

<sup>80</sup> G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio*, cit., 138.

<sup>81</sup> La norma convenzionale è riprodotta *infra*, nt. 118. Per quanto considerato, appunta G.L. Gatta, *La Cassazione sul nuovo art. 314 bis c.p.*, cit., § 3.2., questioni di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 11 e 117 co.1 Cost., potrebbero essere sollevate «solo nei procedimenti in cui vengano in rilievo condotte offensive di interessi finanziari dell'UE».

<sup>82</sup> G.L. Gatta, *Morte dell'abuso d'ufficio*, cit., 139 ss.

<sup>83</sup> Prendere sul serio la colpevolezza – e questa è responsabilità esclusiva di *chi applica le leggi* – avrebbe aiutato ad evitare l'abrogazione dell'art. 323 Cp: A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 30 ss., 37.

<sup>84</sup> Art. 12 (Traffico d'influenza), nella versione tradotta reperita nel sito del Consiglio d'Europa: «*Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti fatti, quando sono commessi intenzionalmente, siano definiti reati penali [sic] secondo il proprio diritto interno: il fatto di promettere, offrire*

violato dalla “legge Nordio” rispetto al sezionato rilievo di relazioni anche solo millantate o supposte, laddove l’art. 12 si riferisce alle condotte di «(...) chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un’influenza (...) indipendentemente dal fatto che l’influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l’esito ricercato»<sup>85</sup>; inoltre, all’irrelevanza di qualsiasi altro «vantaggio indebito»; comunque, al più ampio concetto sovranazionale di “mediazione illecita” a fronte di quanto ora dispone l’art. 346-bis Cp<sup>86</sup>.

Attesa la (comunque discutibile) definizione del perimetro dell’area di tutela “scoperta” dagli artt. 314-bis e 346-bis Cp, rispetto a quella che si ritenga imposta dagli obblighi pattizi (non configurabili per l’abuso d’ufficio *tout court*, in quanto non previsto come tale, allo stato, da alcuna fonte europea o sovranazionale<sup>87</sup>), si pone poi, come detto, il problema relativo alle eventuali conseguenze, sul piano del giudizio di legittimità costituzionale, di quell’inadempimento: si tratta cioè di valutare se l’inadempimento statale sopravvenuto di un obbligo di tutela penale possa consentire alla Corte cost., per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., di dichiarare illegittima (*in malam partem*) una legge di depenalizzazione totale o parziale sopravvenuta, facendo rivivere la figura abrogata, parti di essa, oppure comunque la fattispecie precedente al ritaglio contestato.

In passato, l’orientamento della Consulta – proprio in materia di abuso d’ufficio – è apparso restrittivo di fronte alle questioni tese a sostenere la sussistenza di obblighi costituzionali di tutela penale *contro scelte legislative di depenalizzazione* anche parziale (C. cost. 28.12.1998, n. 447<sup>88</sup>, e C. cost. 18.1.2022, n. 8)<sup>89</sup>. Nella seconda sentenza richiamata, in particolare, sono dichiarate in parte inammissibili e in parte infondate questioni di legittimità costituzionale sollevate in rapporto alla riforma restrittiva del 2020. Inammissibili vengono giudicate le questioni riguardanti la sostenuta violazione dei principi di cui agli artt. 3 e 97 Cost., in quanto viene preclusa la possibilità di procedere a dichiarazioni di incostituzionalità *in malam partem* trattandosi di una «norma penale favorevole», che cioè preveda una totale o parziale *abolitio criminis*, poiché da ciò deriverebbe il ripristino della fattispecie abrogata, espressione di una

---

*o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un’influenza sulla decisione di una persona di cui agli articoli 2, 4–6 e 9–11, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l’offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l’influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l’esito ricercato».*

<sup>85</sup> Anche la Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, presentata dalla Commissione il 3.5.2023 sulla «lotta contro la corruzione, che sostituisce la decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio e la convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee e degli Stati membri dell’Unione europea, e che modifica la Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio», all’art. 10 (*Trading in influence*), adotta l’espressione «*real or supposed influence*». Le note preliminari specificano che la fattispecie è punibile «*regardless of whether the influence is exerted or whether it’s supposed exercise leads to results*».

<sup>86</sup> Cfr. Mongillo, *Millantato credito*, cit., 177; Id., *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1133; già M. Pelissero, *Sulla proposta di abolizione*, cit., § 5.

<sup>87</sup> Vi è però ancora da considerare la cit. Proposta di Direttiva sulla lotta alla corruzione (*supra*, nt. 85). Il testo finale potrebbe prevedere un obbligo di incriminazione (...*shall take the necessary measures... as a criminal offence*) dell’abuso d’ufficio (*Abuse of functions*) all’art. 11(1): al riguardo, M. Gambardella, *La “Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione” al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d’ufficio e traffico di influenze*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 27.7.2023; V. Mongillo, *Strengths and Weaknesses of the Proposal for a EU Directive on Combating Corruption*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 31.07.2023; E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 29 ss. Tuttavia, è in ballo una proposta di modifica dell’art. 11 della Direttiva, che trasformerebbe l’obbligo in una mera facoltà (cfr. B. Romano, *op. cit.*, 16).

<sup>88</sup> Qui la Consulta dichiara inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell’art. 323 Cp, come sostituito dall’art. 1 della l. 16.7.1997, n. 234.

<sup>89</sup> Entrambe richiamate, in argomento, da V. Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale*, Torino 2023, 25 ss.

«scelta di criminalizzazione non più attuale» (diversamente, trattandosi di «norme penali di favore», che «stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento», la Corte stabilisce che l'eventuale effetto *in malam partem* di una sua decisione «non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria»<sup>90</sup>.

Nondimeno, pur a fronte di questa regola generale di inammissibilità rispetto alle «norme penali favorevoli», la Consulta ha anche in più occasioni individuato, tra le eccezioni a quel divieto di sindacato *in malam partem*, proprio «la contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma, Cost.» (C. cost. 23.1.2019, n. 37, § 7.1)<sup>91</sup>.

E a ciò si aggiunge che la Corte ha dichiarato inammissibili referendum su discipline penali per evitare l'inosservanza di obblighi di incriminazione<sup>92</sup>. In questo senso, merita di essere segnalata la sentenza sul quesito referendario relativo al delitto di “omicidio del consenziente” di cui all'art. 579 Cp (C. cost., 2.3.2022, n. 50)<sup>93</sup>, decisione in cui la questione dell'esistenza di obblighi costituzionali di incriminazione emerge in modo più «nitido» rispetto al passato<sup>94</sup>. Infatti, nel ricevere e respingere un quesito che aveva il proposito di estendere le condizioni di liceità dell'aiuto al suicidio (in base alla sent. C. cost. 242/2019, di sostanziale conferma dell'ordinanza 207/2018) alle ipotesi affini di omicidio del consenziente, ma che avrebbe avuto l'effetto di eliminare la norma incriminatrice (per la natura abrogativa del referendum), con il risultato di «rendere penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa, fuori dai casi in cui il consenso risulti invalido per l'incapacità dell'offeso o per un vizio della sua formazione» (§ 3.2), la pronuncia qualifica la fattispecie in questione come «normativa costituzionalmente necessaria» (§ 5)<sup>95</sup>. La Corte vede nel *diritto alla vita* «il primo dei diritti inviolabili dell'uomo, in quanto presupposto per l'esercizio di tutti gli altri», sostenendo che da esso discenderebbe «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello –

<sup>90</sup> C. cost. 2022/8, cit., § 7.

<sup>91</sup> Con richiamo a due precedenti: C. cost. 2010/28; e C. cost. 2014/32, la quale, in materia di stupefacenti, procede – mediante dichiarazione di illegittimità costituzionale di una legge di conversione di un decreto-legge – al ripristino di disposizioni penali sostituite, con effetti in parte *in malam partem* rispetto alla disciplina intervenuta ma dichiarata illegittima; la Corte motiva la decisione rilevando che, altrimenti, «resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione» (decisione-quadro n. 2004/757/GAI), con conseguente «violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.» (§ 5). Rammenta peraltro la stessa sent. (§ 6) che, secondo giurisprudenza della Corte, «sin dalla sentenza n. 148 del 1983, si è ritenuto che gli eventuali effetti *in malam partem* di una decisione (...) non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all'art. 25 Cost.) di “configurare nuove norme penali” (sentenza n. 394 del 2006), siano esse incriminatrici o sanzionatorie (...)» (eventualità non rilevata in quel giudizio, posto che la decisione non fece «altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore»).

<sup>92</sup> Per analoghe sottolineature, volte a sostenere il cammino delle questioni di costituzionalità nel frattempo sollevate contro la “legge Nordio”, G.L. Gatta, *La legge Nordio e il “soffocamento applicativo” del traffico di influenze*, cit., 150.

<sup>93</sup> Nella stessa direzione, in materia di stupefacenti, C. cost. n. 51 del 2022, spec. § 9.2.

<sup>94</sup> Per quanto, come rileva L. Masera, *Tutela della vita e obblighi di incriminazione. Brevi riflessioni a partire dalla sentenza della Corte costituzionale sull'inammissibilità del referendum in materia di omicidio del consenziente*, in *Fundamental rights 2023* (1), 74 ss., la Corte non vi faccia esplicito riferimento; v. anche F. Diamanti, *Liberté chérie. Sull'inammissibilità del referendum in materia di omicidio del consenziente*, in [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu), 15.4.2022, 19 ss.

<sup>95</sup> Per altri riferimenti, L. Masera, *op. cit.*, 78.

diametralmente opposto – di riconoscere all’individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire» (§ 5.2).

Quindi: pur non essendo «legge a contenuto costituzionalmente vincolato», l’art. 579 Cp non potrebbe venir semplicemente abrogato. Il legislatore potrebbe prevedere una disciplina diversa, a condizione di «preservare il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali esse si saldano» (§ 5.3). Dunque, al di là di ulteriori considerazioni di merito (inerenti all’utilizzo argomentativo del *diritto* alla vita per imporre un *divieto* all’autodeterminazione), che in questa sede non importa approfondire, la Corte, pur implicitamente, afferma l’esistenza di un obbligo di tutela di rilievo costituzionale<sup>96</sup>.

Atteso questo rilievo acquisito dagli obblighi di tutela, costituzionali e convenzionali, possiamo ora illustrare come la giurisprudenza successiva alla “riforma Nordio” cerca di percorrere quel sentiero, “battendolo” ulteriormente.

Ad oggi, rispetto all’eliminazione dell’abuso d’ufficio (art. 1 co. 1 lett. b, l. 114/2024), al netto dell’introduzione parzialmente riparativa dell’art. 314-bis Cp<sup>97</sup>, questioni di costituzionalità sono state sollevate sia per violazione degli artt. 11 e 117 co. 1 Cost., sia anche per inosservanza dell’art. 97 Cost.<sup>98</sup>

L’argomento che fa leva sull’inosservanza dell’art. 97 Cost. appare tuttavia, non da oggi, troppo debole<sup>99</sup>. È vero che la riforma Nordio ha creato vuoti di tutela rispetto al buon andamento e all’imparzialità della PA, specie perché la retromarcia del penale non è stata «compensata» dall’introduzione di illeciti amministrativi. Ma una cosa è la base costituzionale che una norma incriminatrice può trovare a proprio supporto, così legittimandosi (come ci ha insegnato *Franco Bricola*)<sup>100</sup>, altra cosa è ricavare da quella base un *dover-essere punitivo*. In questo secondo senso, peraltro, l’art. 97 Cost. recherebbe tutt’al più un obbligo di tutela *implicito*, cioè in definitiva un obbligo *a piacere* del quale non sarebbe comunque possibile definire il perimetro. Quindi, non si vede come si possa metterlo a raffronto, in termini di inadempimento, con l’assetto normativo vigente.

Sul fronte dei vincoli derivanti dal diritto internazionale e, in particolare, dalla Convenzione ONU contro la corruzione del 2003 (Convenzione di Mérida), è stato chiarito che l’art. 19 si limita ad invitare il legislatore interno ad adottare una disciplina che incrimini l’abuso d’ufficio (*shall consider adopting*), ma non lo obbliga in tal senso (non ricorre l’espressione *shall adopt*)<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> L. Maserà, *op. cit.*, 81.

<sup>97</sup> Operazione che, come visto, la Cassazione ha nel frattempo interpretato in modo “conservativo”, cioè ritenendo invariato l’ambito di applicazione del peculato (art. 314 Cp) e collocando l’attuale art. 314-bis Cp nell’ambito di tutela precedentemente coperto dall’abuso d’ufficio (v. *supra*, Cass. pen., sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4025, cit.)

<sup>98</sup> La prima è stata sollevata da T. Firenze, sez. III, ord. 24.9.2024, con nota di G.L. Gatta, *Abolizione dell’abuso d’ufficio: a Firenze una prima ordinanza di remissione alla Consulta. esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o di stand-still)?*, in *SP* 2024 (9), 71 ss. Seguono le questioni sollevate dal medesimo T. Firenze, ord. 3.10.2024 e ord. 25.10.2024; dal T. Locri, ord. del 30.9.2024; dal T. Busto Arsizio, ord. 21.10.2024; e dal T. Bolzano, ord. 11.11.2024. Da ultimo, sulla stessa linea, interviene Cass. pen., sez. VI, ord. 21.2.2025 (dep. 7.3.2025), n. 9442, in *www.sistemapenale.it*, 7.3.2025 (v. *infra*, nt. 103).

<sup>99</sup> Cfr., anche per altri richiami sull’ancoraggio dell’abuso d’ufficio all’art. 97 Cost., B. Romano, *op. cit.*, 5 ss.

<sup>100</sup> V. *infra*, § 4.1.2.1 e nt. 111.

<sup>101</sup> Art. 19: «Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity». Lo rileva per es. B. Romano, *op. cit.*, 16.



Tuttavia, già secondo la prima ordinanza, gli Stati-parte che al momento della ratifica prevedevano l'abuso d'ufficio sarebbero soggetti ad un vincolo a mantenere in vita il reato: un obbligo di «*stand-still*», cioè «l'obbligo internazionale di mantenere le cose, così come sono»<sup>102</sup>. Anche questa però è una via quantomeno discutibile, sia sul piano della sostenibilità di un simile obbligo, sia su quello delle sue eventuali implicazioni.

Sempre con riguardo alla Convenzione di Mérida, un'ulteriore tesi – emersa in dottrina e ora articolata anche dalla prima ordinanza della Cassazione intervenuta in questo nuovo campo di battaglia – sostiene che la norma di matrice convenzionale, con riguardo agli artt. 7 co. 4 e 65, «se applicata in buona fede, forse, potrebbe implicare se non un obbligo di criminalizzazione, uno di *stand-still* o quanto meno una sorta di standard *de minimis* di criminalizzazione al fine di tutelare una certa stabilità del regime di lotta alla corruzione»<sup>103</sup>.

In merito alle predette questioni, va peraltro ricordato l'intervento in senso parzialmente contrario con cui il Tribunale di Reggio Emilia ha invece respinto le eccezioni di illegittimità costituzionale sollevate dalla Procura nell'ambito della cd. “vicenda di Bibbiano”. Il tribunale giudica astrattamente ammissibile, ma infondata nel merito, la questione posta, con riferimento all'art. 117 Cost., in relazione all'art. 19 della Convenzione di Mérida, mancando un obbligo di incriminazione dell'abuso d'ufficio, e non essendo nemmeno sostenibile l'esistenza di un «divieto di regresso»; tuttavia, si ritiene ammissibile e «in parte non manifestamente infondata» la questione sollevata per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost., in riferimento alla Direttiva 2017/1371 quanto all'obbligo dell'art. 4, in attenzione alla cancellazione del riferimento all'art. 323 Cp nell'art. 322-bis Cp, sostituito solo con il richiamo al nuovo art. 314-bis Cp: «rispetto a condotte distrattive che abbiano ad oggetto immobili, l'intervenuta abrogazione dell'abuso d'ufficio determinerebbe un inadempimento sopravvenuto all'obbligo di incriminazione

<sup>102</sup> T. Firenze, sez. III, ord. 24.9.2024, cit., § III.1 (11). La questione sarebbe fondata, si legge nell'ordinanza, anche sull'art. 7 co. 4 della Convenzione di Mérida, che vincolerebbe gli Stati contraenti a «mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse» (15). La disposizione convenzionale prevede che: «*Each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, endeavour to adopt, maintain and strengthen systems that promote transparency and prevent conflicts of interest*». V. *infra* anche la nt. seguente.

<sup>103</sup> In termini prudentemente dubitativi, G.M. Ruotolo, *L'abrogazione del reato di abuso d'ufficio alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 19.12.2024, il quale, se da un lato esclude l'esistenza di un obbligo di *stand-still* ai sensi del diritto internazionale generale, dall'altro rileva che l'abrogazione dell'abuso d'ufficio «potrebbe comportare una violazione sia dell'art. 65 sia dell'art. 7.4 della Convenzione, rilevanti ai sensi del vincolo di rispetto degli obblighi internazionali che l'art. 117 Cost. impone». L'art. 65 prevede una «clausola di esecuzione o di implementazione», che aggiunge all'obbligo di rispettarlo sul piano internazionale «anche quello, parimenti internazionale, di conformarvi il proprio ordinamento interno»; l'art. 7 co. 4 della Convenzione (cit. *supra*, nt. 102) impegna invece lo Stato-parte «ad adoperarsi per adottare, rafforzare e (...) mantenere sistemi che promuovano la trasparenza e prevengano i conflitti di interessi, come effettivamente il reato abrogato faceva». Contrari, invece, G. Fiandaca, A. Merlo, *op. cit.*, 5-6, per i quali esisterebbe soltanto un più limitato «obbligo per lo Stato italiano di prendere seriamente in considerazione l'opportunità di introdurre o mantenere fattispecie volte a sanzionare l'abuso funzionale».

Questa impostazione è seguita e sviluppata da Cass. pen., sez. VI, ord. 21.2.2025 (dep. 7.3.2025), n. 9442, cit., la quale, ritenendo la questione ammissibile in virtù della giurisprudenza della Consulta cit. *supra*, nt. 91 (§ 3, 4 ss.), argomenta la possibile incostituzionalità dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio ad opera della l. 114/2024 alla luce degli artt. 1, 7 co. 4, 19 e 65 della Convenzione di Mérida (§§ 6 ss.); al § 9 si legge che la convenzione pone «non solo obblighi di criminalizzazione, ma anche di efficace persecuzione, di perseguimento e di mantenimento degli *standard* di efficacia stabiliti nella prevenzione della corruzione». La penalizzazione dell'abuso d'ufficio non rileverebbe soltanto per l'art. 19 (*supra*, nt. 101), ma anche «quale strumento normativo specificamente destinato a rendere efficace ed effettivo il sistema di prevenzione della corruzione, favorendo la trasparenza e prevenendo i conflitti di interessi». L'abrogazione dell'abuso d'ufficio, «non compensata dall'adozione di meccanismi preventivi o repressivi» alternativi, avrebbe dunque violato l'obbligo di «adoperarsi per “mantenere” gli *standard* di tutela raggiunti nell'efficace prevenzione della corruzione» (§ 10, con richiamo dell'art. 7 co. 4 della convenzione).

sovranaazionale», essendo la fattispecie di indebita destinazione, attualmente richiamata dall'art. 322-bis c.p., circoscritta alle distrazioni di denaro o cose mobili<sup>104</sup>.

Quanto alla parziale *abolitio criminis* dell'art. 346 Cp, la prima iniziativa adottata con possibilità di successo<sup>105</sup> viene dalla Procura di Roma<sup>106</sup>, che, riprendendo argomento avanzati in dottrina, in una memoria poi sostanzialmente fatta propria dal G.u.p.<sup>107</sup>, lamenta una «totale asfissia applicativa» della figura, «tale da portare in concreto all'ineffettività di ogni profilo sanzionatorio»; insomma, una «*factio* incriminatrice, dotata di un elevatissimo tasso di ineffettività, che *disvuole ciò che vuole*», anche in ragione dell'abolizione del reato-scopo dell'abuso d'ufficio<sup>108</sup> (abolizione che, ricordiamolo, attesa la giurisprudenza di Cassazione nel frattempo intervenuta, è parzialmente emendata dall'art. 314-bis, la cui previsione – una specie di minimo ravvedimento con un occhio rivolto all'UE – ci restituisce, anche ai fini dell'art. 346 Cp, un piccolo pezzo di abuso d'ufficio).

In questo caso, il risultato di un intervento *in malam partem* della Consulta per violazione di un obbligo convenzionale – rinvenuto nell'art. 12 della Convenzione di Strasburgo<sup>109</sup> – dovrebbe consistere nella rinascita della fattispecie configurata dalla riforma del 2019<sup>110</sup>.

4.1.2. La questione generale che queste vicende ripropongono può essere declinata in due aspetti: (1) il primo riguarda l'*an* della configurabilità di obblighi di tutela in senso stretto (non mere raccomandazioni), nonché la definizione del loro perimetro, attesa la loro formulazione, e poi del loro corretto adempimento alla luce del quadro costituzionale di riferimento e della natura giuridica degli oggetti di tutela; (2) il secondo concerne il *quomodo* dell'adempimento, mediante l'implementazione dello strumento pattizio nel diritto interno, ed eventualmente tramite un intervento *in malam partem* di ripristino da parte della Consulta.

4.1.2.1. Come indicato, gli obblighi di tutela posso avere natura costituzionale o convenzionale. Accettare l'esistenza di *obblighi costituzionali* significa richiedere alla Costituzione, non soltanto di contenere l'esercizio del potere punitivo, eventualmente legittimandolo (riconoscendone quindi la *possibilità*)<sup>111</sup>, ma anche di *imporlo*. In tal senso, il potere della Carta di vincolare la discrezionalità del legislatore penale (la politica-criminale in senso stretto) si baserebbe nel riconoscimento di interessi sicuramente meritevoli di tutela penale, beni giuridici

<sup>104</sup> V. al riguardo A. Roiati, *op. cit.*, 27-28.

<sup>105</sup> Il primo tentativo era stato fatto dalla Procura di Foggia: v. la scheda di G.L. Gatta, *Abolizione parziale del traffico di influenze illecite: la procura di foggia chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 1.10.2024.

<sup>106</sup> Procura di Roma, memoria del 2.12.2024, disponibile in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), con nota di G.L. Gatta, «Asfissia applicativa» e «ineffettività» del riformato reato di traffico di influenze illecite: la Procura di Roma chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale (processo sulle mascherine – covid), in *SP* 2024 (12), 75 ss.

<sup>107</sup> G.u.p. Roma, ord. 31.1.2025, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), con nota di G.L. Gatta.

<sup>108</sup> Procura di Roma, memoria cit., § 3.

<sup>109</sup> La Convenzione di Strasburgo – sottolinea la memoria della Procura di Roma, cit., § 3 (5) –, non richiede l'introduzione di un «traffico di influenze illecite» qualunque, bensì la configurazione di una fattispecie con un «contenuto minimo» che «non limita la mediazione onerosa illecita a quella diretta a commettere un atto contrario diretto ai doveri d'ufficio costituente reato».

<sup>110</sup> Come la Procura di Roma sottolinea nella sua cit. memoria (§ 2, 2), quella riforma «aveva riscosso il positivo apprezzamento della Commissione GRECO, organismo internazionale che presidia l'attuazione della convenzione del Consiglio d'Europa, superando le critiche espresse in precedenza nei suoi cicli di valutazione».

<sup>111</sup> Secondo la ben nota impostazione di F. Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, a cura di S. Canestrari, A. Melchionda, Milano 1997, 539 ss., spec. 564-565; accolta anche da L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*<sup>6</sup>, Bari-Roma 2000, spec. 477.

la cui offesa o messa in pericolo, a certe condizioni, non ammetterebbe l'astensione dall'intervento repressivo<sup>112</sup>.

La difficoltà di ammettere l'esistenza di un limite rigido e assoluto alle ragioni sottese al principio di sussidiarietà penale, limite che deriverebbe dal riconoscimento di un obbligo costituzionale di tutela, si comprende anche alla luce nell'unico esempio espressamente previsto dalla Costituzione italiana, all'art. 13 co. 4<sup>113</sup>, disposizione che andrebbe combinata con l'art. 28 Cost., che prevede la responsabilità dei pubblici ufficiali per la «violazione dei diritti»; e inoltre con l'art. 27 co. 3 Cost., che vieta pene contrarie al «senso di umanità», oltre ad assegnare loro una funzione rieducativa.

La *ratio* dell'art. 13 co. 4 Cost. si ritrova nell'esigenza di tutelare i diritti fondamentali del singolo, specie quando la libertà personale è limitata dall'esercizio della forza pubblica. I principi fondamentali dello Stato di diritto liberale verrebbero (ancora) violati se l'ordinamento non assicurasse ai consociati forme di tutela qualificate rispetto a chi ricopre posizioni di autorità, in particolar modo trattandosi di esercizio attuale di poteri costrittivi. Il dovere di punire appare giustificato, trattandosi di tutelare le libertà fondamentali violate durante l'esperienza totalitaria che la Costituzione democratica e repubblicana ha inteso superare, al fine di arginare i più gravi abusi e arbitri da parte degli agenti dello Stato<sup>114</sup>.

Trarne una giustificazione dogmatica generale degli obblighi costituzionali di tutela penale significherebbe però andare molto oltre la *ratio* di questa disposizione<sup>115</sup>.

Se si guarda con attenzione alla storia dell'argomento che sostiene il riconoscimento di obblighi costituzionali, specie di quelli *impliciti* (sarebbe il caso, secondo parte della giurisprudenza,

<sup>112</sup> Quindi non sarebbe l'eccesso di punibilità, bensì l'impunità ciò che verrebbe assunto come problema, specie con riferimento a beni giuridici fondamentali la cui protezione avrebbe un valore preponderante rispetto al costo intrinseco della reazione punitiva: D. Pulitanò, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *RIDPP* 1983, 500. Rileva in termini analoghi A. Cavaliere, *op. cit.*, 77, che «sostenere obblighi di tutela penale significa molto di più che affermare la necessità di un'affermazione di responsabilità: significa sostenere la necessità dell'inflizione di una pena (...)».

<sup>113</sup> Ai sensi del quale «è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà». Si v. C. Paonessa, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009, 88 ss.; di recente, N. Zanon, *Violenza ai danni delle persone private della libertà: i lavori preparatori dell'art. 13, comma 4, della Costituzione*, in *RIDPP* 2024 (3), 901 ss., il quale ricorda, fra le altre, la posizione di Aldo Moro in sede costituente, secondo il quale non sarebbe stato opportuno utilizzare l'espressione «è punita» (presente nella proposta dei relatori *La Pira e Basso*), perché «alla Costituzione compete soltanto di indicare principi fondamentali» (analoga sensibilità fu espressa anche da Grilli). Si intravede, al riguardo, la discussione, inaugurata da Franco Bricola, sui rapporti fra diritto penale e Costituzione (*supra*, nt. 111): mentre a questa egli assegnò una funzione *legittimante* l'intervento penale, cioè meramente *giustificativa*, oggi si tende a cercare anche nella Costituzione – anche oltre l'art. 13 co. 4 Cost. – fonti di veri e propri *obblighi di intervento punitivo* (anche *impliciti*, per es. nell'art. 97 Cost.). Zanon (*ibid.*, 911 ss., 914 ss.) riporta anche altri interventi in cui, con chiaro riferimento alle violenze del fascismo, compare – ed è significativo ricardalo oggi – il termine «tortura»; ed evidenzia, fra gli altri, quello di Giuseppe Bettiol, a sostegno di una «Costituzione antipoliziesca, in quanto è antifascista».

<sup>114</sup> Fra gli altri, sul fondamento del divieto di torturare, G. Fornasari, *I delitti contro l'umanità e l'uguaglianza: alcune osservazioni sulla proposta del gruppo di lavoro della AIPDP*, in Aa.Vv., *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., 776; Id., 'Right to Punishment' e principi penalistici. Una critica della retorica anti-impunità, Napoli 2023, 106; R. Cornelli, *Sostenere l'insostenibile. Un'analisi critica delle tesi a supporto della proposta di abrogazione del reato di tortura*, in *RIDPP* 2023 (2), 745, spec. 749 (la scelta di arretrare «la tutela penale di fronte a gravi abusi di pubblici ufficiali» «mina la tenuta dello stato di diritto in una sua dimensione essenziale, quella del rapporto tra individuo e autorità»).

<sup>115</sup> N. Zanon, *Violenza ai danni delle persone private della libertà*, cit., 917 ss., concorda, richiamando il cit. saggio di Pulitanò (cit. *supra*, nt. 112), con «la rassicurante conclusione che, in questo caso, il riferimento (testuale e, apparentemente, indiscutibile) alla tutela penale si inserisce, con una certa naturalezza, in un contesto in cui, normalmente, al diritto penale è affidata la tutela della persona umana dalla violenza, una tutela, oltretutto, comprensibilmente rinforzata se la persona è già indifesa, nelle mani della forza pubblica statale».

dell'art. 97 Cost.), ci si avvede degli esiti controproducenti rispetto alla tutela dei diritti di libertà. Quell'argomento, infatti, è stato e continua ad essere evocato a sostegno dell'obbligo di punire l'interruzione volontaria di gravidanza quasi senza eccezioni, anche quando limiti alla criminalizzazione – e all'ingerenza nei diritti fondamentali della donna – deriverebbero dall'applicazione di scriminanti generali. Inoltre, il medesimo argomento, con riguardo tutela alla vita cd. indipendente, è alla base della recente decisione di inammissibilità sul referendum abrogativo dell'art. 579 Cp sull'omicidio del consenziente (C. cost. 50/2022). In entrambi i casi, il rilievo riconosciuto a presunti obblighi di tutela – riconoscimento di una *tutela minima* asseritamente necessaria, veicolato in realtà da discutibili preferenze bio-etiche del giudice delle leggi – porta ad una compressione notevole dell'autodeterminazione individuale<sup>116</sup>.

Sul piano sovranazionale, invece, la vigenza di obblighi di tutela penale non è più discutibile. Nel contesto in esame, la spinta a prevedere una disciplina penalistica, in effetti, proviene – oltre che da convenzioni sovranazionali<sup>117</sup> – dal diritto dell'Unione Europea (in base all'art. 83.1 TrFUE sulla competenza penale autonoma ed indiretta dell'UE), con particolare riguardo all'impegno derivante dall'art. 4 co. 3 della Direttiva (UE) 2017/1371, del 5.7.2017, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale (cd. Direttiva PIF)<sup>118</sup>.

In termini generali, eventualmente superata la questione dell'*an* di un obbligo di tutela, resta comunque da confrontarsi con i limiti del *quomodo* dell'adempimento, specie in attenzione alle garanzie che potrebbero ostacolare quel proposito di tutela.

Da questo punto di vista, attesa la necessità di compiere valutazioni in chiave di «bilanciamento di beni» e di «sussidiarietà ed effettività dell'intervento penale»<sup>119</sup>, il carattere *relativo* degli obblighi di tutela può derivare da considerazioni inerenti, essenzialmente, ai seguenti profili:

- (i) la genericità e/o ambiguità degli obiettivi posti, anche qualora lo strumento convenzionale si spinga nel dettaglio;
- (ii) la necessità, di fronte a qualunque progetto innovativo, di valutarne l'impatto mediante l'adozione di norme di diritto interno, tenendo conto delle caratteristiche e dei margini costituzionali – quali eventuali “contro-limiti” – dell'ordinamento nazionale;
- (iii) l'opportunità di non assumere a priori la necessità di prevedere nuove e/o più gravi risposte punitive, magari di carattere meramente simbolico, ma di valutare la loro introduzione o il loro mantenimento in base a parametri di efficacia preventiva e di possibili ragioni contrarie;
- (iv) il variabile grado di indeterminatezza dell'area di tutela coperta dalla “fattispecie di adempimento”, a causa delle incertezze interpretative e applicative che la caratterizzano sul piano del diritto vivente.

<sup>116</sup> Si rinvia al riguardo alle più ampie considerazioni recentemente svolte in A. Perin, *Motivi aggravanti*, cit., 265 ss., 268 ss. La sensibilità espressa ha elementi di contatto con quella autorevolmente esposta da N. Zanon, *Violenza ai danni delle persone private della libertà*, cit., 920.

<sup>117</sup> La Convenzione del Consiglio d'Europa sulla corruzione (Strasburgo, 1999) e la Convenzione Onu contro la corruzione (Mérida, 2003).

<sup>118</sup> Art. 4 co. 3: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionale, l'appropriazione indebita costituisca reato. / Ai fini della presente direttiva, s'intende per «appropriazione indebita» l'azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione» (nella versione in inglese: « (...) 'misappropriation' means the action of a public official who is directly or indirectly entrusted with the management of funds or assets to commit or disburse funds or appropriate or use assets contrary to the purpose for which they were intended in any way which damages the Union's financial interests»).

<sup>119</sup> A. Cavaliere, *op. cit.*, 72 ss. In senso analogo, sviluppando ulteriori riflessioni che in questa sede ritornano, cfr. A. Perin, *Motivi aggravanti*, cit., 259 ss., 270 ss., 279.

Quanto appena schematizzato in generale, sembra valere anche per l'abuso d'ufficio e per il traffico di influenze.

(i) Quanto al primo profilo, la Direttiva PIF non impone – come del resto difficilmente potrebbe fare – una figura generale e residuale quale era l'abuso d'ufficio. Dunque, ha ragione chi rileva che «l'abolizione di una figura generale residuale e sussidiaria non è un tabù, rientrando nelle linee politiche di un diritto sempre più selezionato su illeciti tipizzati»<sup>120</sup>.

D'altro canto, trattandosi dell'art. 346-bis Cp, l'art. 12 della Convenzione di Strasburgo è in effetti «un caso macroscopico di vaghezza e imprecisione, che implica un ampio margine di apprezzamento da parte dei legislatori nazionali e quasi reclama un intervento volto a ricondurre la fattispecie a un minimum di tassatività»<sup>121</sup>.

(ii) Quanto all'impatto dell'adozione di norme di diritto interno alla luce delle garanzie e dei contro-limiti interni<sup>122</sup>, rispetto all'art. 4 co. 3 della Direttiva PIF non sembrano porsi particolari problemi, atteso il carattere intenzionale e dannoso delle “appropriazioni indebite” qualificate del funzionario che si richiede di punire; inoltre, pare difficile sostenere che la figura abrogata, specie nell'ultima versione vigente, fosse *così indeterminata* da cozzare con il principio di legalità. In termini positivi (di legittimazione dell'intervento di tutela, *non* della sua imposizione), l'art. 97 Cost. attribuisce dignità primaria al buon andamento e alla imparzialità della PA.

Le condivisibili perplessità espresse, invece, rispetto alla redazione della norma recante l'obbligo di sanzionare il “traffico di influenza”, di cui all'art. 12 della Convenzione di Strasburgo sulla corruzione, possono riflettersi, in ossequio al principio di legalità e a quello di offensività, nella necessità di maggiore precisione e quindi anche di maggior selettività da parte del legislatore interno<sup>123</sup>.

(iii) Sul terzo piano di valutazione, inerente alla sussidiarietà penale, rileva il dibattito sull'opportunità di prevedere strumenti preventivi e sanzionatori non penali. Si tratterebbe di intervenire quindi, non solo per ripristinare o almeno recuperare in parte l'intervento penale,

<sup>120</sup> M. Donini, *Abuso di ufficio ultimo atto*, cit.

<sup>121</sup> «La scelta compiuta, al riguardo, dal legislatore è poco felice sul piano tecnico e sicuramente criticabile dal punto di vista politico-criminale, ma non per questo necessariamente contraria a Costituzione»: V. Mongillo, *Millantato credito*, cit., p. 177; con maggior dettaglio, Id., *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1136.

<sup>122</sup> Si rinvia alla copiosa letteratura sul caso *Taricco*.

<sup>123</sup> Un altro caso, pur estraneo ai reati contro la PA, in cui si pone lo stesso problema e quindi la necessità di restringere sul piano attuativo l'ambito segnato dagli obblighi di criminalizzazione, relativamente indeterminati, in forza di contro-limiti interni (legalità e offensività), è dato dalla Convenzione cd. “MEDICRIME” del Consiglio d'Europa, che l'Italia ha sottoscritto immediatamente, pur non avendola ad oggi ratificata (*Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health*, Mosca, 2011). Questo strumento di armonizzazione, nel prevedere obblighi di criminalizzazione a tutela della salute pubblica (artt. da 5 a 8) e nel definire in modo omnicomprendente il concetto portante di “contraffazione” (art. 4.j Convenzione MEDICRIME), non fa alcun cenno al requisito del *pericolo*, astratto, astratto-concreto o concreto che sia. Dovremmo quindi ricavarne che gli Stati-parte sono obbligati a prevedere figure di *pericolo presunto*, a prescindere da qualsivoglia minima esigenza di offensività? In altri termini: costituirebbe *inadempimento* degli obblighi convenzionali la scelta del futuro legislatore di *restringere* – o di *mantenere più limitato* – l'intervento interno per *prevalenti ragioni di principio*? Sull'opportunità di precisare la nozione di “contraffazione” della Convenzione MEDICRIME sul terreno del principio di offensività, e quindi di ridurre l'ambito punitivo rispetto al *più ampio perimetro convenzionale*, A. Gargani, *Tecniche di tutela penale della salute pubblica: il settore dei prodotti sanitari*, in Aa.Vv., *La convenzione MEDICRIME sulla contraffazione dei prodotti sanitarie la tutela della salute pubblica in Italia*, in SP 2024 (n. speciale, a cura di O. Alarcón-Jiménez, L. Masera, A. Perin, L. Salazar), 19 ss., spec. 28-29; concorde, con annotazioni comparatistiche, A. Perin, *La convenzione “MEDICRIME” del Consiglio d'Europa: la tutela penale della salute pubblica mediante il contrasto alla contraffazione dei prodotti sanitari. Conclusioni e prospettive*, ivi, 193, spec. 197 ss., 201 ss.

ma anche e soprattutto, come prima *ratio*, per adottare realistiche ed efficaci strategie di prevenzione<sup>124</sup>.

(iv) Non occorre infine spendere altre parole, alla luce di quanto già osservato, sulle incertezze applicative riguardanti l'art. 323 Cp; incertezze che in verità sembrano essere state ridotte dai primi interventi della Cassazione, che hanno collocato il nuovo art. 314-bis Cp nello spazio lasciato vuoto dell'abrogato art. 323 Cp, così sottraendolo alla sfera del peculato (art. 314 Cp) e riportandolo all'interno del residuo "traffico di influenze" (art. 346-bis Cp).

Queste considerazioni mostrano perché l'argomento dell'inadempimento degli obblighi eurounitari, pur ammettendo che possa essere fondato, è comunque *relativo*: perché nella sua formalità non è conclusivo. Pur valido, esso non acquista l'ulteriore vigore di cui avrebbe bisogno per superare i propri *limiti intrinseci* e quindi prevalere, se non sorretto "a monte" anche da valide e prevalenti (internamente) ragioni politico-criminali<sup>125</sup>.

Prima di procedere oltre, però, un *caveat* importante.

Sostenere che gli obblighi di tutela penale, anche quelli convenzionali, sono "relativi", quanto all'*an* e al loro esatto perimetro e contenuto, quindi anche al *quomodo* della loro attuazione, non significa screditare l'importanza del rispetto della legalità internazionale; tendenza invece in voga di questi tempi connotati da una generale reazione nazionalistica. Piuttosto, quanto sostenuto significa che il rispetto della legalità internazionale – e segnatamente degli obblighi di tutela sottoscritti e ratificati – passa anche da un'assunzione di responsabilità del legislatore interno e della politica che lo dirige, responsabilità guidata dal principio di sussidiarietà e dagli altri principi dell'ordinamento, quali argini ed eventuali "contro-limiti" ai possibili risvolti illiberali – bisognerebbe riconoscerlo – delle fonti pattizie. Va da sé che questo richiamo alla responsabilità implica anche quella da assumere in sede di negoziati, sia quando si tratti di redigere convenzioni internazionali, sia quando si discuta il contenuto di direttive europee recanti obblighi di tutela penale.

4.1.2.2. Ulteriore risvolto problematico risiede nel corollario per cui da quegli obblighi di tutela penale deriverebbe la possibilità per la Corte costituzionale (che non è un organo politico) di dichiarare l'illegittimità di disposizioni abrogative che «in qualche modo ne ostacolano l'adempimento», cioè «interventi *in malam partem*» a tutela di determinati beni giuridici fondanti quei doveri di incriminazione.

In linea di principio, si ritiene che una dichiarazione di incostituzionalità *in malam partem* non violi la riserva di legge (art. 25 Cost.) – che protegge la sfera politico-democratica di competenza esclusiva del legislatore –, a condizione che la scelta di criminalizzazione risieda non nella decisione della Consulta, ma nella reviviscenza della legge attuativa precedente<sup>126</sup>.

Trattandosi di obblighi costituzionali, ai quali la Consulta allude di recente ma senza riconoscerli esplicitamente<sup>127</sup>, sorgono però questioni di non poco conto: «quali sono i beni giuridici per la cui tutela sarebbe costituzionalmente obbligatorio l'intervento penalistico? Tutti i beni giuridici costituzionalmente rilevanti? O solo alcuni? E scelti sulla base di quali criteri?»<sup>128</sup>

<sup>124</sup> Cfr. al riguardo E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: una questione aperta*, cit., 315 ss.; G. Busia, *I limiti del diritto penale e il rapporto tra prevenzione e repressione nei reati contro la pubblica amministrazione*, in RIDPP 2024 (2), 711 ss., spec. 721 ss.

<sup>125</sup> Le ragioni di opportunità politico-criminale possono essere bilanciabili sul piano argomentativo: a fronte di ragioni a favore della criminalizzazione, non dovrebbero prevalere ragioni contrarie (incentivi criminogeni, paradossi, disfunzionalità comunicative, ecc.).

<sup>126</sup> Prudente, sul punto, V. Manes, *Il cammino dell'armonizzazione*, cit., 40.

<sup>127</sup> C. cost. 2022/50, cit.

<sup>128</sup> Per queste osservazioni e le questioni poste, L. Masera, *op. cit.*, 85 ss., spec. 87-88.

Nel caso concreto, come stabilire se nell'art. 97 Cost., che si riferisce al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione, c'è uno di questi? Si è già detto che il suo carattere tutt'al più *implicito* non consente di operare raffronti in termini di adempimento. Inoltre, anche al di là della discutibile configurabilità in astratto di doveri di tutela di matrice costituzionale nel nostro ordinamento, nel caso di specie, volendo valorizzare il parametro dell'art. 97 Cost., la Consulta dovrebbe introdurre un'ulteriore eccezione alla regola di inammissibilità del ricorso basata sul divieto di sindacare le norme penali con effetti in *malam partem*<sup>129</sup>.

Trattandosi di obblighi convenzionali, che uno Stato sceglie di sottoscrivere e poi di ratificare, impegnandosi sia internazionalmente sia a livello interno, valgono anzitutto le considerazioni generali fatte sul carattere *relativo* di quegli impegni di criminalizzazione.

Dopodiché, anche in questo caso, si pongono altre questioni.

Quanto all'abrogazione dell'art. 323 Cp, una dichiarazione di incostituzionalità farebbe rivivere la fattispecie ritagliata nel 2020. La Consulta realizzerebbe un'operazione molto delicata, sia per le sue implicazioni sistematiche (art. 25 Cost.), sindacando *in malam partem* in base a un obbligo (Direttiva PIF) non esplicitamente riferito alla fattispecie abrogata, sia per i tesi rapporti fra politica (potere esecutivo) e magistratura e i relativi fragili equilibri costituzionali.

Nello scenario ipotetico dell'accoglimento, il legislatore potrebbe comunque, fra le altre strade, eliminare nuovamente l'art. 323 Cp e intervenire sull'attuale art. 314-bis Cp, dando rilevanza *anche* alle condotte da punire obbligatoriamente (atteso l'art. 4 co. 3 della Direttiva PIF, gli abusi distrattivi su beni immobili che ledano gli interessi finanziari dell'UE). Se aggiungere quanto indicato alla tipicità dell'abuso distrattivo è ciò che manca per adempiere, a quel punto la Corte non potrebbe più intervenire (anche se all'orizzonte occorre tenere conto dell'ulteriore variabile, data dalla entrata in vigore di una Direttiva che potrebbe contenere ulteriori mandati di intervento penale in materia)<sup>130</sup>.

Resterebbe comunque fuori tutta l'area di abusi non distrattivi aboliti. Ma oltre l'area dell'obbligo, c'è un territorio che spetta solo alla politica criminale governare.

Il percorso potrebbe apparire più agevole per riesumare la versione precedente del "traffico di influenze", in virtù del riferimento esplicito e diretto dell'obbligo di tutela quale parametro mediato di costituzionalità; parametro del quale, però, è stata giustamente rilevata la relativa indeterminatezza. Per cui il contro-limite del principio di legalità suggerisce l'infondatezza della questione di legittimità costituzionale<sup>131</sup>. Altrimenti, il prezzo sarebbe alto: la Corte cost. farebbe soccombere un sicuro ed irrinunciabile presidio di garanzia in forza di una discutibile e rinunciabile esigenza di punire. Si produrrebbe un totale ribaltamento della logica "classica", *bricoliana*<sup>132</sup>, basata sul ruolo limitante e giustificante della Costituzione rispetto all'esercizio

<sup>129</sup> T. Firenze, ord. 24.9.2024, cit., § II (9).

<sup>130</sup> *Supra*, nt. 85 e 87.

<sup>131</sup> V. Mongillo, *Il nuovo traffico di influenze*, cit., 1137, il quale anzi argomenta che la questione potrebbe persino essere ribaltata, in quanto sarebbe la «legge di ratifica della Convenzione, nella parte che ha recepito l'art. 12, unitamente all'art. 1, comma 10, della l. n. 3/2019, che l'ha resa integralmente vincolante (impedendo al Governo il rinnovo di qualsiasi riserva e quindi imponendo un recepimento senza limitazioni), a potersi esporre a una valutazione di contrarietà alla Costituzione». L'argomento è acuto, ma si potrebbe osservare che il mero recepimento non deve per forza rendere lo strumento convenzionale *integralmente vincolante*, perché il legislatore, nel dare esecuzione interna all'impegno di criminalizzazione e quindi nel disciplinare le figure di reato pertinenti, potrebbe (dovrebbe) adottare autonomamente i "contro-limiti" necessari (evitando così, nella prospettiva indicata da *Mongillo*, di dover ricorrere alla Consulta).

<sup>132</sup> *Supra*, nt. 111.

dello *ius puniendi*, in favore di quella basata sul riconoscimento degli obblighi di tutela e del dovere preponderante di punire<sup>133</sup>: un'operazione pericolosa e dagli esiti imponderabili<sup>134</sup>.

4.2. Un giudizio di incostituzionalità *in malam partem* che facesse rivivere l'art. 323 Cp riproporrebbe le medesime questioni del passato (salvo, s'intende, la legittimità della sua abrogazione). Nel rivolgersi allora idealmente all'interprete e al futuro legislatore, si possono mettere in luce alcune ragioni idonee a guidarne, rispettivamente, l'indirizzo interpretativo e l'azione normativa.

Come risaputo, alla base del movimento favorevole alla spallata all'abuso d'ufficio c'era l'osservazione dell'eccessiva "pressione" investigativa e giudiziaria sul pubblico funzionario "in buona fede"<sup>135</sup>. Una pressione dannosa, una pena in sé, e per di più inconcludente sul piano propriamente repressivo<sup>136</sup>. Questo problema, però, avrebbe potuto risolversi, non tanto o non soltanto sul piano della riscrittura della fattispecie, quanto, ancor prima, su quello degli strumenti ermeneutici e applicativi rimessi al prudente utilizzo dell'inquirente e del giudicante; strumenti che sarebbero valse (e potrebbe ancora valere in questo ipotetico scenario futuro) a rendere più determinata e prevedibile la norma.

Esaminando una delle più interessanti ipotesi di riforma dell'abuso d'ufficio<sup>137</sup> (la "proposta Castaldo-Naddeo")<sup>138</sup>, all'indomani dell'intervento del 2020 si era già rilevata l'esistenza di un falso parallelismo fra la "burocrazia difensiva" e gli effetti controproducenti dell'eccessiva pressione prodotta dalla sanzione della colpa in ambito sanitario (cd. "medicina difensiva"). Infatti, l'argomento del "timore" di fronte al "rischio penale", se si comprende rispetto ad una categoria di responsabilità come quella colposa (fondamentalmente *errore*, da cui l'incertezza sugli esiti di attività *rischiose*), non si adatta altrettanto bene a quella dolosa, men che meno se qualificata dal dolo intenzionale. Il problema, piuttosto, può emergere quando una fattispecie

<sup>133</sup> Sul piano dei limiti legittimanti la criminalizzazione, per un lucido esame critico delle tesi che, oltre ai *doveri di punire*, se del caso a tutela di diritti, evocano anche il *diritto alla punizione*, mettendo la vittima (e non più l'autore) al centro del diritto penale, G. Fornasari, 'Right to Punishment', cit., 11 ss., spec. 68 ss., 101 ss., 153 ss.

<sup>134</sup> A questo paiono riferirsi anche le note finali con cui, condivisibilmente, N. Zanon, *Violenza ai danni delle persone private della libertà*, cit., 921, avverte che l'operazione di rafforzamento di beni e diritti mediante il diritto penale, per quanto possa apparire nelle intenzioni «rivolta al "bene"», rischia di schiudere scenari in cui il capovolgimento della *logica classica* (la Costituzione come limite, assenza di obblighi di punire) «non sarebbe sempre volto al "bene"».

<sup>135</sup> Per tutti, B. Romano, *op. cit.*, 10, secondo il quale, anche attraverso il «cavallo di Troia dell'abuso d'ufficio», quale strumento di controllo sulle scelte della PA, si sarebbero «affidati al diritto penale, al processo penale e a tutto ciò che "gira" loro intorno un ruolo ed una funzione che hanno in ben pochi Paesi». «La norma di cui all'art. 323 Cp è stata (...) – secondo l'autore – *probabilmente* una delle principali cause della c.d. fuga dalla firma», una «reazione» a quell'ingerenza data dal controllo di legalità (corsivo nostro).

<sup>136</sup> Ancora B. Romano, *op. cit.*, 14, il quale mostra – richiamando la relazione al d.d.l. S. 808 – che fra 2021 e 2022 il numero iscrizioni nel registro degli indagati superava di poco quello dei provvedimenti di archiviazione. «Numeri insostenibili», che meritavano «una profonda riflessione critica». Poche condanne, insomma, a dispetto della pena patita nel corso delle indagini. Ma «Quanti reati non si commettono per la presenza di illeciti penali i quali, pur di difficile accertamento, mantengono un valore di deterrente comportamentale?», replica a quel genere di argomenti M. Donini, *Abuso d'ufficio ultimo atto*, cit.: «Solo l'1% dei detenuti in carcere ha commesso reati economici. E allora? Che cosa prova tutto ciò? Che devono essere aboliti anch'essi? E come affermare che non avrebbero nessun impatto preventivo? Sostenerlo sarebbe davvero clamoroso».

<sup>137</sup> Non sono mancate ulteriori ipotesi di ritocco dell'art. 323 Cp: v. E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 1, nt. 1.

<sup>138</sup> M. Naddeo, *Abuso d'ufficio: tipicità umbratile o legalità crepuscolare del diritto vivente? Dogmatica di categorie e struttura del tipo nella prospettiva de lege ferenda*, in Aa.Vv., *Migliorare le performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, a cura di A. Castaldo, Torino 2018, 34.



che dovrebbe essere integralmente dolosa viene imputata surrettiziamente anche *a titolo di colpa*, almeno per un segmento della sua tipicità obiettiva, l'antigiuridicità della condotta<sup>139</sup>.

Se l'imputazione avesse sempre richiesto il dolo diretto anche per la violazione di legge (la sua consapevolezza effettiva), in "nesso di rischio" con l'evento coperto da dolo intenzionale, viene da chiedersi: quando mai la previsione dell'abuso d'ufficio avrebbe potuto generare "timore della firma" e atteggiamenti di "amministrazione difensiva"? La consapevolezza della violazione è infatti *incompatibile con qualunque ipotesi di errore* o persino di *dubbio*. Pertanto, qualunque ipotesi di errore o di dubbio (dolo eventuale compreso) avrebbe dovuto condurre a scartare l'ipotesi accusatoria.

Per le stesse ragioni, *de lege ferenda* perdono pregio anche le proposte di schermare il pubblico agente, vuoi attraverso la predisposizione di un sistema di linee guide (elemento della "proposta Castaldo-Naddeo", anch'esso ispirato dall'esperienza – non confortante – in materia di colpa medica), vuoi ricorrendo alla soluzione abrogativa infine adottata dalla "legge Nordio".

Il problema dell'abuso giudiziale dell'abuso d'ufficio poteva invece risolversi, almeno in parte, rinunciando a perseguire condotte carenti sul piano della colpevolezza rispetto alla condotta, abbandonando la prospettiva dell'errore di diritto su norma extra-penale (l'art. 5 Cp che si prende abusivamente lo spazio dell'art. 47 u. co. Cp) e interpretando la fattispecie come intrinsecamente *dolosa dall'inizio alla fine*<sup>140</sup>.

Sul versante della fattispecie obiettiva, avuto riguardo al dibattito maturato prima della riforma del 2020, l'elemento di maggior utilità era apparso l'inserimento – solo eventualmente per diritto positivo – del "nesso di rischio", così come indicato, condivisibilmente, nella "proposta Castaldo-Naddeo". Esso si sarebbe rivelato utile a non disperdere il requisito della "doppia ingiustizia", a imporre un ulteriore onere di motivazione al giudice in ordine alla rilevanza effettiva della violazione rispetto al risultato dato dalla composizione ingiusta degli interessi in gioco; anche, alle condizioni dette, rispetto agli atti discrezionali del pubblico agente.

Solo l'ipotesi di "sviamento" del pubblico agente all'interno del perimetro tracciato da determinati parametri di riferimento (eccesso di potere *intrinseco*) sarebbe stata esclusa dalla portata dell'abuso d'ufficio (sarebbe stato tendenzialmente inevitabile dedurre la violazione di legge – disvalore della condotta – dall'ingiustizia dell'evento, vanificando il contrappeso del "nesso di rischio")<sup>141</sup>; uno spettro di tutela rinunciabile, per ragioni di opportunità, in quanto utile a preservare l'autonomia della PA da ingerenze eccessive e, magari, a convincere – o a lasciare pochi argomenti a – i detrattori dell'art. 323 Cp.

La previsione dell'abuso d'ufficio sarebbe valsa e potrebbe (ancora) valere a prevenire e a sanzionare il fatto del pubblico agente che, violando consapevolmente le leggi che ne disciplinano la funzione, intenzionalmente cagioni un danno ingiusto o ricavi per sé o per altri un ingiusto vantaggio patrimoniale, sempre che l'evento sia di quelli che la regola violata mirava a prevenire<sup>142</sup>.

<sup>139</sup> A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 13 ss., 31 ss., 35-36, dove la tesi sostenuta, che riguarda più in generale i controversi rapporti fra art. 5 Cp e art. 47 Cp., era quella di intendere la "violazione di legge" come elemento normativo attinente al fatto del reato di abuso, da ricondurre pertanto al regime generale (del dolo) di cui all'art. 47 Cp.

<sup>140</sup> All'indomani della riforma del 2020, sottolinea le responsabilità del formante giurisprudenziale, «favorito» però anche, «in modo più o meno consapevole ed intenzionale», da un «legislatore che abdica al proprio ruolo di selettore dei fatti punibili predisponendo fattispecie a tipicità aperta», S. Tordini Cagli, *op. cit.*, 8 ss.

<sup>141</sup> A. Perin, *L'imputazione per abuso d'ufficio*, cit., 13-14, 36.

<sup>142</sup> Qualora poi l'abuso o la prevaricazione determini un evento di coercizione discriminatoria, che accompagni l'ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero qualifichi in termini di specialità il danno ingiusto (attesa la versione previgente dell'art. 323 Cp), la figura abolita – ma ipoteticamente reviviscente – si presterebbe ad essere circostanziata tramite l'applicazione dell'art. 604-ter Cp: A. Perin, *Motivi aggravanti*, cit., 307 ss., 312-314, dove si propone però una riformulazione della circostanza aggravante conforme al principio di offensività.

4.2.2. Volendo invece escludere lo scenario della reviviscenza dell'art. 323 Cp con il riproporsi delle medesime questioni e delle medesime ragioni di scontro, il futuro legislatore che intendesse, non solo abolire di nuovo l'abuso generale (ipoteticamente resuscitato dalla Corte cost.) e adempire gli obblighi di tutela (per es. come detto, intervenendo solo sull'art. 314-bis Cp in senso conforme, aggiungendo la parte richiesta dal diritto europeo), ma anche *andare oltre il mero adempimento dell'obbligo*, recuperando *altre aree di tutela penale prima coperte dall'art. 323 Cp*, dovrebbe valutare il ritocco o la previsione di figure *ad hoc*.

Allo stato, come detto, sono state rese penalmente irrilevanti le ipotesi *favoritismo* (con evento di vantaggio patrimoniale, per sé o per altri, ed eventualmente danno) e quelle di *prevaricazione* (abusi di danno), per le quali comunque si richiedeva la consapevolezza della violazione di regole modali specifiche e di rango primario e l'intenzionalità dell'evento.

Nella direzione di una nuova fattispecie che colmi quel vuoto, procede la proposta – affacciata prima dell'approvazione definitiva dell'ultima riforma, che, come visto, copre in parte l'appropriazione indebita grazie all'art. 314-bis Cp – di «delineare il fatto punibile costruendolo attorno al conflitto di interessi», richiedendo, specie per le ipotesi di favoritismo, il danno per la PA quale requisito di tipicità (sul modello dell'infedeltà patrimoniale)<sup>143</sup>.

Per altro verso, puntando a figure specifiche e settoriali, ben prima del ritaglio del 2020 un'altra soluzione portava a rivalutare la proposta della “Commissione Morbidelli” (1996) di prevedere tre distinte figure di evento, accomunate dall'esercizio «in maniera arbitraria e strumentale» dei «poteri inerenti alle funzioni o al servizio»: prevaricazione (danno); favoritismo affaristico (vantaggio patrimoniale a terzi); sfruttamento privato dell'ufficio (vantaggio patrimoniale proprio)<sup>144</sup>. Allo stato, se si mantenesse l'art. 314-bis Cp, aggiornandolo alla luce degli impegni UE, si tratterebbe magari di riflettere, tenuto conto anche del dibattito critico intercorso, soprattutto sulla prima.

Un'altra opzione, ora più plausibile solo in ipotesi di *tabula rasa*, prevedeva invece due fattispecie incriminatrici a distribuirsi la tutela consentita dall'art. 97 Cost.: una diretta a tutelare il bene dell'imparzialità della PA, l'altra a garantire il suo buon andamento<sup>145</sup>.

Alla luce delle ipotesi non più punibili all'esito dell'abrogazione dell'art. 323 Cp, si è fatta strada inoltre l'idea di intervenire su fattispecie già esistenti (gli artt. 353 Cp, “turbata libertà degli incanti”, e 353-bis Cp, “turbata libertà del procedimento di scelta del contraente”), oppure di introdurne di nuove in senso analogo (per es., una nuova fattispecie di “turbata libertà di un pubblico concorso”), (ri-)configurandole in modo tale da poter operare in maniera più precisa in ambiti specifici, ora tendenzialmente scoperti, come quello degli appalti e per l'appunto quello dei concorsi pubblici<sup>146</sup>.

Si tratta di proposte degne di essere vagliate, specie qualora la Consulta eviti di riesumare la figura unitaria abrogata, lasciando quindi al legislatore la responsabilità di colmare alcuni vuoti aggiungendo nuovi presidi all'art. 314-bis Cp. Tutte scontano però il rischio di generare tante difficoltà interpretative quanti saranno i nuovi confini di tipicità.

<sup>143</sup> M.N. Masullo, *L'equivoca correlazione tra abuso d'ufficio e burocrazia difensiva*, in *RIDPP* 2024 (2), 687, spec. 696-697.

<sup>144</sup> Cfr. V. Manes, *Abuso d'ufficio e progetti di riforma: i limiti dell'attuale formulazione alla luce delle soluzioni proposte*, in *RIDPP* 1997 (4), 1202 ss., spec. 1219; M. Parodi Giusino, *Aspetti problematici della disciplina dell'abuso d'ufficio in relazione all'eccesso di potere ed alla discrezionalità amministrativa*, in *RTDPE* 2009, 879 ss.; A. Merlo, *op. cit.*, 110 ss.; T. Padovani, *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 28.7.2020, 1, 13.

<sup>145</sup> N. Gratteri, A. Mazzone, *Come delimitare l'abuso d'ufficio*, in *www.ilsole24ore.com*, 22.2.2012.

<sup>146</sup> E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine*, cit., 39 ss., 46 ss., con particolare riguardo alla proposta di inserire, precisando meglio i caratteri degli artt. 353 e 353-bis Cp, una fattispecie di “turbata libertà di un pubblico concorso”, «che si estendesse anche alla fase prodromica di redazione del bando».

Per il resto – ma questo dipenderà dal grado di arretramento del penale all’esito di un riassetto non ancora stabilizzato, in attesa della Consulta, e questo vale anche per il ridotto “traffico di influenze” –, ci dovrebbe affidare alle misure extra-penali di supporto<sup>147</sup>.

5. La “riforma Nordio” ha creato vuoti di tutela, anzitutto general-preventiva, problematici sul piano politico-criminale e su quello costituzionale della *ragionevolezza*.

Si è ridotto notevolmente l’intervento del diritto penale, favorendo gli agenti della PA; ma, al cospetto di fatti, comunque, dolosamente illeciti (perché quello era l’elemento soggettivo, in parte intenzionale, richiesto dall’art. 323 Cp), oltre che offensivi rispetto a interessi costituzionali e ai diritti dei singoli, non sono state elaborate strategie alternative di intervento. Eppure, proposte di nuove fattispecie unitarie o di discipline più settoriali e articolate, da esaminare e valutare ulteriormente, non mancavano.

Profili di irragionevolezza, apprezzabili in ottica sistematica, si colgono nella scelta “identitaria” – netta, indiscutibile, irrevocabile – di abrogare l’abuso d’ufficio (con recupero della forma distrattiva, spinto da vincoli sovranazionali discutibilmente adempiuti), mentre per es. si continua a punire il fatto, strutturalmente meno grave, di rifiutare od omettere di compiere un atto d’ufficio.

In ottica generale, si vede chiaramente che, mentre da una parte si punta a produrre un notevole incremento della penalità a sfavore di categorie soggettive *meno amiche*<sup>148</sup>, dall’altra si protegge il pubblico agente che prevarica o abusa del proprio ruolo, privando le Procure di una quota importante di potere di controllo sulla legalità del suo operato. Si tratta, quindi, di un’azione in contrasto con il principio di eguaglianza<sup>149</sup>.

Basterebbe questo, senza necessità di forzare l’interpretazione di talvolta discutibili e comunque relativi obblighi internazionali (con il *caveat* importante di cui sopra) e di chiamare in causa la Consulta, a giustificare un giudizio negativo sull’operato del legislatore.

Quanto osservato non esime però da responsabilità chi è chiamato ad applicare le leggi secondo la Costituzione: certi eccessi di *creatività punitiva*, come quelli emersi attorno all’art. 323 Cp, non di rado oltre i confini della sua mutevole tipicità, sono essi stessi indebite invasioni di campo in detrimento delle garanzie fondamentali che tutelano gli individui soggetti all’esercizio dei poteri della PA.

Sul piano politico-criminale, comunque, non si vede nulla di *liberale* in una riforma che conserva un residuo di tutela per gli interessi patrimoniali della macchina pubblica, continuando a sanzionare certe forme di infedeltà del funzionario (forzata, a dispetto dell’atteggiamento nazionalista, da quei vincoli sovranazionali<sup>150</sup>), ma abbandona il singolo di fronte ad un’ampia gamma di abusi e prevaricazioni dolosamente commesse da chi esercita pubbliche funzioni (compresi i magistrati).

Certamente, al di là delle soluzioni che potrà trovare la giurisprudenza ricorrendo a fattispecie limitrofe – fermo il divieto di analogia *in malam partem* –, con la riduzione del controllo giudiziale sull’imparzialità della PA aumenta la libertà dei pubblici agenti di essere parziali<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> Fra gli altri, S. Tordini Cagli, *op. cit.*, 12; per ulteriori riferimenti, E. Mattevi, *L’abuso d’ufficio: considerazioni a margine*, cit., 50; e V. Mongillo, *Millantato credito*, cit., 177, nt. 40.

<sup>148</sup> Tra i quali «i più disagiati, che affollano le carceri teatro di suicidi (...)»: G.L. Gatta, *Morte dell’abuso d’ufficio*, cit., 143. Ci si riferisce alla sostanziale inerzia di fronte a quel dramma, inerzia aggravata dalla previsione di ulteriori misure repressive per chi in quelle carceri osasse protestare (*supra*, § 1).

<sup>149</sup> Vi alludono chiaramente anche G. De Francesco, *La riforma della giustizia e gli stratagemmi della politica*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 10.7.2023, 2 (nel riferirsi a una sorta di «giustizia ‘a geometria variabile’» e al «favor accordato agli esponenti del ceto politico-amministrativo»); S. Seminara, *op. cit.*, 7; M. Donini, *Abuso d’ufficio ultimo atto*, cit., *passim*; dopo la penultima riforma, già T. Padovani, *Vita, morte e miracoli*, cit., 9.

<sup>150</sup> Vincoli che però, come si è cercato di argomentare, sarebbe miope idealizzare.

<sup>151</sup> Ed è qui degna di nota una considerazione espressa da Indro Montanelli, notoriamente un liberal-conservatore,

Ed è questo, in fondo, l'aspetto più rilevante, perché mostra che la "legge Nordio" è una norma di favore, strutturalmente iniqua, coerente con un piano complessivo di ri-torsione della giustizia penale colmo di aspetti autoritari<sup>152</sup>.

---

intervistato da *Enzo Biagi* in «Questo Secolo» nel 1983: osservò *Montanelli*, parlando dell'Italia del fascismo, che «Mussolini capì una cosa fondamentale, che per piacere agli italiani bisognava dare a ciascuno di essi una piccola fetta di potere col diritto di abusarne (...)».

<sup>152</sup> *Supra*, § 1.

## L'INFINITA PARABOLA DELLA PERICOLOSITÀ SOCIALE: MISURE DI SICUREZZA E “CARCERE DURO” FRA LEGALITÀ COSTITUZIONALE E CONVENZIONALE\*

di Andrea Perruccio (*Dottorando di ricerca in Diritto penale, Università degli Studi dell'Insubria*)

Sotto la lente dello zeitgeist di matrice sovranazionale, il binomio pena-misura di sicurezza rimane al centro di un acceso dibattito, invero mai sopito, intorno alla ragionevolezza e alla fondatezza teorica dei modelli di difesa sociale. Sul fronte interno, la condizione giuridica degli internati non solo continua a fare il paio con lo status detentionis, ma rinviene, ex lege, il suo “doppio” nell’art. 41-bis co. 2 Op, sollecitando un continuo dialogo fra Corti. È in questa duplice prospettiva che s’innestano le istanze di razionalizzazione del sistema, nel tentativo di controbilanciare le difficoltà e le incertezze di una magmatica prassi applicativa.

Under the lens of the supranational zeitgeist, the combination penalty-security measures is central to the debate on reasonableness and theoretical foundation of social defense model. On the home front, the legal condition of internees not only continues to be paired with the status detentionis but find its “double” in the art. 41-bis co. 2 Op, urging a continuous dialogue between Courts. In this respect, the request for rationalization of the system engages in an attempt to counteract the difficulties and uncertainties of a chaotic application practice.

SOMMARIO: 1. Dalla «penalità sostenibile» all’infinita parabola della pericolosità sociale: uno sguardo sui tempi della pericolosità. – 2. Primo tempo: l’attualità del doppio binario nella legalità costituzionale e nella scena politico-criminale italiana. – 2.1. Intermezzo: critica all’argomento teleologico e a quello storico-evolutivo. – 2.2. L’attualità del doppio binario nella legalità convenzionale. – 3. Secondo tempo: la dinamica della pericolosità sociale e i suoi effetti trasformativi sulla ratio delle misure di sicurezza detentive – 3.1. Gli internati nella sede dell’art. 41-bis Op: una prognosi “a due velocità”. – 4. Terzo tempo: l’ancoraggio delle misure di sicurezza detentive al paradigma rieducativo. Aporie e prospettive. – 5. Note conclusive: la perdurante necessità di una gestione del tempo conforme a Costituzione.

1. In uno dei suoi scritti intitolati ad una *penalità sostenibile*, Massimo Pavarini osservava come la finalità prevalente del sistema delle pene fosse diventata quella di «razionalizzare la gestione di gruppi sociali ad alto rischio criminale» a scapito della finalità specialpreventiva<sup>1</sup>. Recuperando il punto di vista di Pavarini, è da ritenere che l’immagine più calzante per la pericolosità sociale<sup>2</sup>, quale categoria generale, sia quella di una “parabola infinita”: un luogo geometrico dagli angoli smussati ma tutt’ora presente – anzi, onnipresente<sup>3</sup> – nel sistema.

\* Si tratta del testo, ampliato e corredato di note, della relazione tenuta al Convegno nazionale “Spazi di privazione della libertà personale e diritti delle persone ristrette” organizzato dall’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, in collaborazione con Di.P.La.P., e tenutosi il 4 ottobre 2024 presso Villa Ruspoli, Firenze.

<sup>1</sup> M. Pavarini, *Per una penalità sostenibile*, in *Dignitas. Percorsi di carcere e giustizia* 2003, 3, 6 ss.

<sup>2</sup> Sulla quale v., ex multis, B. Petrocelli, *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova 1940, 231 ss.; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, 3 ss.; *Pericolosità sociale e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini, L. Stortoni, Bologna 2013, 2 ss.

<sup>3</sup> Sulla persistenza e pervasività della categoria della pericolosità sociale nell’ordinamento, cfr. ex pluribus F. Basile, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, 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, 955 ss.

Il riferimento alla *penalità sostenibile* – e alle sue *chances* nell’attuale orizzonte della prevenzione<sup>4</sup> – offre l’abbrivio per una riflessione sui *tempi* della pericolosità criminale<sup>5</sup>.

A tal fine, a offrire una prospettiva privilegiata è la Corte costituzionale, chiamata a dirimere una questione di legittimità dell’art. 41-*bis* co. 2 e 2-*quater* Op<sup>6</sup>. Il cerchio si stringe intorno a un’*icona*<sup>7</sup> dell’emergenza penitenziaria tutt’ora molto discussa<sup>8</sup>, tanto da evocare quell’«*ossimoro invincibile*»<sup>9</sup> in cui si contrappongono un «*diritto alla sicurezza*», da un lato, e una «*sicurezza dei diritti*»<sup>10</sup>, dall’altro.

Prima di entrare nel merito della questione, un’avvertenza è d’obbligo: con tale pronuncia, si varca la soglia di un *tempo* che sembrava lontano. Non solo per il *thema decidendum*, dal quale emergono veri e propri *reperti giuridici* – *idest*: la misura di sicurezza della casa di lavoro prevista dall’art. 216 Cp<sup>11</sup>, e “aggravata” dall’art. 41-*bis* Op – ma anche e soprattutto per i risvolti applicativi che ne potrebbero derivare. Coglie nel segno chi, nel commentare la logica combinatoria sottesa ai due canali esecutivi, si lancia in affermazioni lapidarie: «*un vero buco nero è poi quello in cui precipitano coloro che, espiata la pena detentiva in regime di 41-bis, sono poi sottoposti, a causa della loro pericolosità, a una misura di sicurezza detentiva*»<sup>12</sup>.

Rivolgiamo dunque lo sguardo a quel rapporto di lunga data che ha finito per avviluppare su se stesse la pena, da un lato, e la misura di sicurezza detentiva, dall’altro<sup>13</sup> e sugli annessi profili di criticità<sup>14</sup>. Lo faremo *in tre tempi*: 1) verificando l’attualità del doppio binario nella legalità costituzionale e convenzionale, onde vagliare la plausibilità di un “doppio” canale esecutivo secondo le regole dell’art. 41-*bis* Op, anche alla luce delle ultime istanze politico-criminali; 2) guardando alla dinamica della pericolosità sociale in prossimità dei regimi detentivi speciali, al fine di testarne le implicazioni sistematiche; 3) mantenendo il *focus* sulla centralità della persona.

<sup>4</sup> Rimarranno al di fuori della presente disamina i profili di criticità relativi alla prevenzione *praeter delictum*, sulla quale si rinvia a M. Pelissero, *Le misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità organizzata. Efficienza e garanzia nella prospettiva sovranazionale*, in *Politica criminale e cultura giuspenalistica. Scritti in onore di S. Moccia*, a cura di A. Cavaliere, C. Longobardo, V. Masarone, F. Schiaffo, A. Sessa, Napoli 2017, 675 e ss.; D. Petrini, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure «praeter delictum»*, Napoli 1996; D. Pulitanò, *Misure di prevenzione e problema della prevenzione*, in *RIDPP* 2017, 639 ss.

<sup>5</sup> B. Petrocelli, *op. cit.*, 231.

<sup>6</sup> C. cost., 21.9.2021 n. 197, in *PPG*, 21.10.2021. Per un commento, v. F. Fiorentin, *Il «carcere duro» e gli internati in misura di sicurezza: qualche riflessione a margine di un’importante sentenza della Corte costituzionale*, in *DPenCont* 2021, 4, 50 ss.

<sup>7</sup> C. Fiorio, *Art. 41-bis parliamone*, in *AP* 2015, 2, 1 s.; A. Della Bella, *Spunti per una rilettura del regime detentivo speciale alla luce del principio di proporzionalità*, in *CROSS* 2023, 1, 39 ss.

<sup>8</sup> Sulle criticità del “41-*bis* Op”, v. anche M. Palma, *Un regime speciale*, in *CROSS* 2023, 1, 68 ss.

<sup>9</sup> Il virgolettato rimanda alla monografia di L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019.

<sup>10</sup> L. Riscato, *op. cit.*; v. anche *I diritti fondamentali della persona alla prova dell’emergenza*, a cura di S. Moccia, Napoli 2009.

<sup>11</sup> Si tratta di istituto appartenente alla dimensione originaria delle misure di sicurezza, come ci ricorda, fra gli altri, M. Donini, *Punire e non punire. Un pendolo storico divenuto sistema*, in *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell’Italia repubblicana*, a cura di M. Donini, L. Garlati, M. N. Miletta, R. Orlandi, Roma 2024, 227 ss.

<sup>12</sup> L. Ferrajoli, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma 2024, 193.

<sup>13</sup> Sull’argomento, cfr. G. Bettiol, *In tema di unificazione di pena e misura di sicurezza*, in *RIDP* 1942-1943, 213. Sul rapporto tra pena e misura di sicurezza, cfr. V. Cavallo, *Il problema dei rapporti tra le pene e le misure di sicurezza*, in *Scritti in onore di De Marsico*, a cura di G. Leone, I, Milano 1960, 249 ss.

<sup>14</sup> Cfr. P. Nuvolone, *Il problema dell’unificazione della pena e delle misure di sicurezza*, in *RP* 1954, 125 ss.

2. Interrogarsi sull'attualità del doppio binario è come percorrere le *scale di Escher*, attesa la relatività dei risultati ottenibili, a seconda del *locus* normativo considerato<sup>15</sup>. Per quanto qui interessa, si può dire che l'ipotesi estrema, relativa all'applicazione congiunta di una misura di sicurezza detentiva e del regime detentivo differenziato *ex art. 41-bis Op* sia anche una fattispecie "rivelatrice": quella che sembrava l'ipotesi di scuola della l. 26.7.1975 n. 354 è finita, per converso, sotto i riflettori, restituendo, in una certa misura, *attualità* alle misure di sicurezza detentive destinate agli imputabili<sup>16</sup>.

In questa fase storica della penalità, contrassegnata da una crescente attenzione per i patrimoni illeciti<sup>17</sup>, e dal conseguente *ruolo strategico*<sup>18</sup> affidato alla "giustizia penale patrimoniale", parlare di "attualità" con riferimento alle misure di sicurezza detentive, suona quasi come un fuor d'opera.

È tuttavia in prossimità dei regimi detentivi speciali che si registra un approccio *conservativo* al doppio binario: è qui che il lavoro della giurisprudenza – soprattutto costituzionale – giunge al crocevia di una sistematica che si profila nella sua «*permanente attualità*»<sup>19</sup>, forte di quelli che si possono definire «*caratteri permanenti*» del diritto penale<sup>20</sup>.

Corroborano questo dato alcune tendenze politico-criminali dell'ultimo decennio.

A titolo d'esempio, di una vera e propria "proposta" di *rivisitazione* del doppio binario, per quanto riguarda i soggetti imputabili, si rinviene una traccia, quanto mai eloquente, nella riforma Orlando (l. 23.6.2017 n. 103). In quella sede, si prevedeva una delega al Governo per il riordino della disciplina delle misure di sicurezza personali, da attuarsi nel rispetto di sei criteri direttivi<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Con riguardo ai soggetti non imputabili, l'attualità delle misure a contenimento della pericolosità sociale non sembra messa in discussione, alla luce dei progetti di riforma susseguitesesi in tempi recenti e delle ultime interpolazioni al codice di procedura penale, l'ultima ad opera della l. 8.8.2024 n. 112. Su tali profili, cfr. A. Calcaterra, B. Secchi, *Brevi note sugli interventi del "decreto carceri" in tema di misure di sicurezza*, in *www.sistemapenale.it*, 16.9.2024. Sul tema è tornata a pronunciarsi la C. eur. con la pronuncia *Cramesteter c. Italia*, 6.6.2024, a conferma della "perenne" vivacità del dibattito anche sul versante della legalità convenzionale. Per ampie e ulteriori riflessioni, cfr. *ex multis*, *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno al carcere, REMS, e CPR*, a cura di A. Massaro, Roma 2017.

<sup>16</sup> Va osservato che l'applicazione di tali misure sia oggi statisticamente ridimensionata. Tuttavia, la previsione di un regime detentivo speciale esteso ai soggetti internati parrebbe rafforzare le medesime censure già avanzate da altra autorevole dottrina, secondo cui "la colonia agricola e la casa di lavoro nella realtà somigliano come una goccia d'acqua agli stabilimenti destinati ai condannati". Così, F. Antolisei, *Pene e misure di sicurezza*, in *RIDP* 1933, 120. Sul punto, giova richiamare il *XVIII rapporto Antigone*, secondo cui l'esecuzione delle case di lavoro scontrerebbe difficoltà relative all'attuazione di alcuni principi fondamentali, primo fra tutti quello di differenziazione *ex art. 64 Op*; nel *Rapporto tematico sul regime detentivo speciale del Garante nazionale* (7.1.2019), la sistemazione dei pochi internati sottoposti all'*art. 41-bis co. 2 Op* non sembra soddisfare i requisiti strutturali imposti dalle fonti di rango sub-primario (da ultimo, circ. DAP n. 3676/5126 del 2.10.2017).

<sup>17</sup> Sull'argomento, v. *ex multis*, *La giustizia patrimoniale penale*, a cura di A. Bargi, A. Cisterna, Torino 2011; A.M. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001.

<sup>18</sup> Cfr. F. Palazzo, F. Viganò, *Diritto penale. Una conversazione*, Bologna 2018, 112: «Decisamente lontana, se non estranea, sia dalla misura di sicurezza che dalla pena (...) la confisca del provento è un esempio eclatante di un diritto che cambia profondamente (...) oggi essa è al centro della politica sanzionatoria italiana ed europea e di un dibattito anche costituzionale che non era nemmeno immaginabile in questi termini».

<sup>19</sup> Cfr. M. Donini, *op. cit.*, 227.

<sup>20</sup> Tra gli altri, l'attenzione all'autore del reato (anziché sul solo reato) e la presenza delle misure di sicurezza accanto alla pena. Sul punto, cfr. M. Donini, *op. cit.*, 227. Sul carattere permanente delle istanze preventive e, di conseguenza, del ricorso a regimi detentivi speciali e differenziati, incalzato dal c.d. crimine "mediatico", cfr. *ex pluribus*, M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, *cit.*, 17 ss.; L. Riscato, *op. cit.*, 3 ss.; C.E. Paliero, *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed 'effetti penali' dei media)*, in *RIDPP* 2006, 467 ss.

<sup>21</sup> Cfr. F. M. De Martino, *La (mancata) riforma Orlando in tema di misure di sicurezza: non tutti i mali vengono per nuocere*, in *AP* 2019, 1, 4.

È significativo come tra questi rientrasse la previsione di un'*applicazione congiunta* di pena e misura di sicurezza "*soltanto*" per i delitti di cui all'art. 407 co. 2 lett. a Cpp: una chiara e *naturale* allocazione del doppio binario – sia pur ipotetica e inattuata – in corrispondenza di quella criminalità "*differenziabile*" in fase esecutiva, attraverso il ricorso ai regimi detentivi speciali (sia pur a fronte delle ipotesi eterogenee di cui all'art. 407 co. 2 lett. a Cpp).

A spiegare la permanenza di una pur residuale applicazione delle misure di sicurezza custodiali incentrate sull'autore imputabile è stata, altresì, una buona dose di anticorpi a protezione da quelle che Luigi Ferrajoli chiama, in uno dei suoi saggi meno recenti, norme penali *costitutive*, vale a dire quelle norme che, diversamente dalle norme penali cc.dd. *regolative*, "puniscono" l'uomo per ciò che è, per il suo *modo di essere* (*idest*: pericoloso)<sup>22</sup>. Da qui gli argomenti a sostegno dell'ipotesi di una "progressione esecutiva" fra *regimi detentivi* ("art. 41-bis" Op da un lato; misura di sicurezza dall'altro):

a) quello *teleologico*, per cui si afferma che le misure di sicurezza, *diversamente* dalle pene, *non* puniscono, non avendo alcuna funzione afflittivo-retributiva<sup>23</sup>;

b) quello *storico-evolutivo*, per cui si dice che a "smussare gli angoli" della pericolosità sociale sia stato il superamento di certi automatismi e presunzioni a favore della discrezionalità del giudice<sup>24</sup>.

È necessario confrontare tali argomenti con alcune note critiche provenienti dalla dottrina.

2.1. Calati nel più ampio contesto del dibattito dottrinale, entrambi gli argomenti si espongono ad alcune criticità.

Rispetto all'argomento *sub a*), nulla esclude che ad avere contenuto afflittivo sia anche ciò che formalmente non è pena<sup>25</sup>. Così, ad esempio, Bettiol, a commento di quello che l'Autore individua come «*il contributo più serio, robusto e poderoso*» in tema di pericolosità sociale<sup>26</sup>, ricorda come il concetto di "*misura*" sottenda, in sé, l'utilizzo di un termine "ombrello", suscettibile di includere tanto le "sanzioni" quanto le "misure di sicurezza". Lo stesso Autore, nel ricercare il fondamento giustificativo delle *misure* (di sicurezza), non nasconde una certa «*apprensione politica*» di fronte alle argomentazioni di natura prettamente *formale* alla base del doppio binario<sup>27</sup>. Nella sostanza, la funzione preventiva delle *misure* ben potrebbe coesistere con quella ontologicamente punitiva del diritto penale e al riguardo Bettiol sembra temere per la tenuta stessa dello *Stato di diritto*.

<sup>22</sup> L. Ferrajoli, *Modelli del linguaggio legislativo penale*, in *Il linguaggio del diritto*, a cura di U. Scarpelli, P. Di Lucia, Milano 1994, 453: «il contenuto delle leggi penali deve consistere in proibizioni di azioni aleticamente contingenti, cioè né impossibili né necessarie. Sono conseguentemente precluse, da tale principio le leggi penali costitutive, le quali non regolano comportamenti, non contengono divieti, non consentono l'alternativa tra osservanza o inosservanza, ma direttamente costituiscono i presupposti della pena stigmatizzando o qualificando come rei un soggetto o una classe di soggetti a causa del loro modo di essere anziché del loro modo di agire».

<sup>23</sup> Le misure di sicurezza risponderebbero, a tale stregua, a un principio di *utilità* e non di *giustizia*. Cfr. A. Rocco, *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela*, in *Op. Giur.*, III, Roma 1933, 743.

<sup>24</sup> Incalzata, a partire dagli anni '70, dallo strumento della revoca *in ogni tempo* della misura di sicurezza a prescindere dallo spirare del termine minimo stabilito dalla legge. Su questi profili, si rinvia alle osservazioni di F. Urban, *Discrezionalità del giudice e automatismi: profili problematici nel sistema delle misure di sicurezza*, in *DPenCont* 2016, 2, 89 ss.

<sup>25</sup> Dello stesso segno, con riferimento alle misure di sicurezza destinate agli imputabili, sono le osservazioni di R. Bartoli, *La "galassia afflittiva": sistematica, fondamento, legittimità. Primo studio per un affresco*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2.3.2021, 11.

<sup>26</sup> L'insigne Autore richiama, in proposito, il lavoro di B. Petrocelli, *La pericolosità, cit.*. Sul punto, v. G. Bettiol, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *JUS* 1941, 4, 578.

<sup>27</sup> G. Bettiol, *Aspetti etico-politici, cit.*, 580.



In tempi più recenti, Marcello Gallo riconduce<sup>28</sup>, fra gli altri, le misure di sicurezza alla *materia penale* già prima della ormai celeberrima giurisprudenza di Strasburgo<sup>29</sup>, e ciò senza passare da alcun argomento teleologico-funzionale<sup>30</sup>.

Da ultimo, l'assunto per cui le misure di sicurezza, quand'anche applicate secondo le regole dell'art. 41-*bis* Op, assolverebbero tutt'altra funzione – al punto da convergere, come si dirà più avanti, verso una funzione “risocializzante”<sup>31</sup> – non solo sembra infrangere il presupposto di partenza, costruito sulla stessa dicotomia fra i due poli concettuali (pena *detentiva*-misura di sicurezza *detentiva*); ma sembra difettare per eccesso.

Come si vedrà, esso non tiene conto delle difficoltà realizzative che, allo stato, la casa di lavoro incontra nella sede dell'art. 41-*bis* Op (sotto il profilo della *necessaria* diversificazione delle modalità esecutive).

Di qui la critica all'argomento *sub b*), in quanto si profila una realtà *esecutiva* ben diversa, specie con riguardo all'art. 41-*bis* co. 2 Op, spesso cadenzata dallo strumento della proroga e, quindi, *da un dilatarsi dei tempi della pericolosità* e della restrizione.

Da questo breve inciso, possiamo ora passare alla *legalità convenzionale*.

2.2. Guardando alla giurisprudenza di Strasburgo, e restringendo il *focus* sulle misure di sicurezza di tipo carcerario, si può osservare lo stesso approccio *conservativo*. Ad oggi, può dirsi ormai ben tollerato sia il regime detentivo differenziato previsto dall'art. 41-*bis* Op<sup>32</sup>, sia la misura di sicurezza detentiva, anche quella potenzialmente *indeterminata*, da ciò derivando una sorta di “lasciapassare” per l'applicazione congiunta dei due canali esecutivi. Va ricordato, infatti, che la Corte EDU, nel ricondurre la custodia di sicurezza tedesca alla *materia penale*<sup>33</sup>, lo ha fatto per meglio regolarne *l'applicazione* nel tempo – optando per il principio di irretroattività, a corollario di una legalità più stringente – lasciando impregiudicato l'aspetto legato alla *durata* nel tempo. Quest'ultima, pur rappresentando uno dei parametri in base al quale vagliare la legittimità di una misura, non può, di per sé sola, dirsi risolutiva nel giudizio di legalità convenzionale<sup>34</sup>. Unica eccezione sarebbe data dalle misure connotate da c.d. *perpetuità*, tali da precludere ogni *chance* di ritorno alla libertà, sì da collidere con l'art. 3 CEDU sotto il profilo del divieto di trattamenti inumani e degradanti.

<sup>28</sup> M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino 2020, 164.

<sup>29</sup> C. eur., 8.6.1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*. Sull'argomento, con precipuo riguardo al doppio binario, v. A. Massaro, *Europeizzazione del diritto penale e razionalizzazione del sistema sanzionatorio: il superamento dei 'doppi binari' nazionali nel segno sostanzialistico-funzionale della materia penale*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 15.7.2015.

<sup>30</sup> M. Gallo, *op. cit.*, 163.

<sup>31</sup> Benché riconosciuta, fra gli altri, dallo stesso G. Bettiol, *Aspetti etico-politici, cit.*, 587. Dello stesso segno, sembrerebbero le osservazioni di F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano 1965, 403 e 406.

<sup>32</sup> Osserva, in proposito, M. Palma, *op. cit.*, 72, come la Corte di Strasburgo non abbia «*mai riscontrato che il regime ex articolo 41-bis comma 2 o.p. costituisse in sé una violazione dell'art. 3 della Convenzione europea dei diritti umani*». Per un'ampia rassegna della giurisprudenza di Strasburgo, in ordine alla compatibilità dell'art. 41-*bis* Op con l'art. 3 della C.e.du., cfr. *ex pluribus* G. Mannozi, *Diritti dichiarati e diritti violati: teoria e prassi della sanzione penale al cospetto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano 2011, 360 ss.

<sup>33</sup> C. eur., 17.12.2009, *M. c. Germania*, in CP 2010, 3270, con nota di F. Rocchi, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung e i suoi riflessi sul sistema del 'doppio binario' italiano*.

<sup>34</sup> C. eur., 28.6.2005, *Gallico c. Italia* precisa che nessuna violazione dell'art. 3 CEDU può ravvisarsi in conseguenza del mero trascorrere del tempo. Nello stesso senso, cfr. C. eur., 19.3.2013, *Riina c. Italia*, secondo cui: «*la durata deve essere esaminata alla luce delle circostanze di ogni caso di specie, il che implica in particolare di verificare se il rinnovo e la proroga delle restrizioni [siano] giustificati o meno*».

Nel complesso, se rapportata al regime differenziato e alle misure di sicurezza detentive, la “questione del tempo” a Strasburgo non sembra essere un problema<sup>35</sup>, sia pur al cospetto di parametri ben determinati e aggiuntivi<sup>36</sup>.

Se ci soffermiamo sulla “dinamica” della pericolosità sociale, si arriva al *punctum dolens* del sistema, e cioè alla *non* ravvisabile diversificazione, sul piano delle modalità esecutive, tra le due risposte ordinamentali: pena e misura di sicurezza finiscono col diventare strutturalmente omogenee.

3. Le stagioni normative della pericolosità sembrano cadenzate da un moto parabolico: raggiunto il picco delle istanze securitarie, l'emergenza *si normalizza* e la categoria finisce col travalicare i confini evanescenti delle misure di sicurezza per attingere altri oggetti dell'universo penalistico. La tendenziale convergenza fra pena e misura di sicurezza andrebbe, dunque, imputata alla stessa caratteristica della pericolosità sociale di essere divenuta un “ampio contenitore” a livello legislativo<sup>37</sup>.

Da tale presa d'atto sembra muovere l'evoluzione del dibattito dottrinale: se la pericolosità è, in una certa qual misura, *immanente* al sistema, e *pluribus unum*? Si è al cospetto di una nozione “unitaria” di pericolosità sociale?<sup>38</sup>

Con precipuo riguardo alla pericolosità “*qualificata*” ex artt. 41-*bis* co. 2 e 4-*bis* co. 1 Op, la misura di sicurezza svolgerebbe la funzione di “*complemento di pena*”<sup>39</sup>; sempre in quest'ottica, nel prisma della prevenzione *post delictum*, la differenziazione del trattamento ex art. 41-*bis* Op sottende una pretesa di esaustività della risposta sanzionatoria, affinché la stessa sia conformatata e quindi completa sotto un duplice aspetto, *rieducativo* e *preventivo* insieme.

Peraltro, tenendo ferme le esigenze di contenimento della criminalità organizzata<sup>40</sup>, l'internamento “aggravato” ex art. 41-*bis* Op disvela qui l'esistenza di un paradosso: se la casa di lavoro assolve una funzione “altra” e “aggiuntiva”, assumendo i tratti “risocializzanti” della pena, l'impressione che ne deriva è quella di addivenire a una pena “al quadrato”.

In altre parole: la natura *liquida* della pericolosità sociale, intesa quale categoria capace di “travalicare” gli immaginari confini del sistema normativo, può sortire effetti inattesi sulla stessa funzione del doppio binario, cui si accompagnano non pochi interrogativi sul piano della *pratica esecutiva*.

Non solo perché la “riscoperta” delle misure di sicurezza detentive, in questa precisa “terra di confine”, sembra realizzare una “fuga” dal comparto della singola emergenza, per aprire a una forma *emotiva*<sup>41</sup> di prevenzione *post delictum* (in cui la sicurezza rassomiglia, nella sostanza,

<sup>35</sup> Cfr. M. Palma, *op. cit.*, 73: «*la Corte afferma di aver avuto molte occasioni per considerare l'art. 41-bis dell'Ordinamento penitenziario italiano e di aver sempre concluso che l'imposizione di tale regime non solleva in sé questioni relative all'articolo [3] della Convenzione, anche quando è stato imposto per lunghi periodi di tempo*». Il riferimento è a C. eur., 25.10.2018, *Provenzano c. Italia*.

<sup>36</sup> Vale a dire: 1) prevedibilità della misura; 2) nesso di causalità con una sentenza di condanna; 3) proporzionalità; 4) ragionevolezza rispetto a concrete esigenze di prevenzione. Sul tema, cfr. V. Masarone, *Le misure di sicurezza detentive alla luce della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo: dal sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali ulteriori argomenti in favore del superamento del 'doppio binario'*, *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, a cura di S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli 2023, 101 ss.

<sup>37</sup> Nello stesso senso, F. Basile, *op. cit.*, 955 ss.

<sup>38</sup> F. Basile, *op. cit.*, 955; B. Petrocelli, *op. cit.*, 231.

<sup>39</sup> M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, *cit.*, 209 ss.

<sup>40</sup> A definirne il “perimetro interpretativo e applicativo” è, fra le altre, C. cost., 26.11.1997 n. 376, in *GC* 1998, 3623.

<sup>41</sup> Bene afferma M. Pelissero, *Pericolosità sociale*, *cit.*, 386, a proposito dell'efficacia illusoria delle misure custodiali in funzione di complemento di pena, le quali non aggiungono: «*nulla sul piano della efficacia del controllo, se non una tranquillità simbolica*».

ad un bene giuridico<sup>42</sup>); ma anche perché tale forma di prevenzione parrebbe, nella sostanza, sospinta da un approccio più “fenomenico”<sup>43</sup> che “fattuale” al *delictum*, quindi, poco attento alla *concreta* realtà esecutiva che dovrebbe prevenirlo<sup>44</sup>.

In effetti, allo stato, non si danno disposizioni idonee a chiarire, con sufficiente precisione, il *quomodo* dell’esecuzione di una misura di sicurezza “in regime differenziale”.

Non resta che guardare più da vicino alla posizione degli internati nella sede dell’art. 41-*bis* Op.

3.1. Nel richiamare lo *status* di internato, l’art. 41-*bis* Op esemplifica bene la suddetta capacità della pericolosità sociale di “travalicare” i confini normativi. Allo stesso tempo, tale richiamo ci costringe a fare in conti con una prognosi *a due velocità*: da un lato, la durata della misura di sicurezza detentiva viene ad essere circoscritta temporalmente all’indomani del d.l. 31.3.2014 n. 52<sup>45</sup>; all’opposto, l’art. 41-*bis* Op prevede, invece, che «*il mero decorso del tempo non costituisce, di per sé, elemento sufficiente per escludere la capacità di mantenere collegamenti con l’associazione criminale*».

Incrociando dati normativi ed empirici, e tenuto conto del dato – non assoluto ma comunque significativo – che le questioni di legittimità concernenti l’art. 41-*bis* Op riguardano per lo più detenuti “ultraventennali”<sup>46</sup>, si comprende come il sopraggiungere di una misura di sicurezza detentiva realizzi l’esatto contrario di quell’idea di *penalità sostenibile* rievocata da Pavarini. In primo luogo, perché si rende effimero il *legame causale* con la sentenza di condanna, cui risulta vincolata la misura nella *legalità convenzionale*; in secondo luogo, il confronto sinottico fra i due regimi esecutivi mette a nudo – *a parità di funzioni* – quelli che sono gli “orologi molli” della pericolosità, i quali continuerebbero a scandire un tempo diverso, potenzialmente incerto, a scapito della *prevedibilità* della misura, quale ulteriore requisito di *legalità convenzionale*.

I timori paventati parrebbero, comunque, ridimensionati dalla Consulta, lì dove si afferma che all’internato *deve* essere garantito l’effettivo svolgimento *intra moenia* di attività lavorativa, pena la perdita di senso della casa di lavoro.

Non resta, allora, che varcare la soglia di questo “terzo tempo” della pericolosità, così ancorato alla “centralità della persona” da rinvenirne il suo stesso fondamento giustificativo.

4. La sentenza dalla quale siamo partiti raggiunge una *soluzione di equilibrio*: la negazione di una finalità retributiva, nel segno di una riscoperta finalità rieducativa, disvela una sorta di

<sup>42</sup> Sull’inutilizzabilità del concetto di sicurezza in funzione di bene giuridico, v., *ex multis*, F. Palazzo, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *QuestG* 2006, 673; L. Risicato, *op. cit.*, 8; G. Forti, *Per una discussione sui limiti morali del diritto penale, tra visioni “liberali” e “paternalismi giuridici”*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C.E. Paliero, Milano 2006, 283 ss.; A. Cavaliere, *Punire per ottenere ‘sicurezza’: corsi e ricorsi di un’illusione repressiva e prospettive alternative*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 20.4.2021, 17.

<sup>43</sup> Cfr. F. Palazzo, F. Viganò, *op. cit.*, 40. Eloquenti le osservazioni di L. Risicato, *op. cit.*, 3, secondo cui: «*la sensazione netta – e affatto rassicurante – è quella del ritorno a un diritto penale fondato sull’esigenza di neutralizzare categorie di soggetti socialmente pericolosi*».

<sup>44</sup> Cfr. A. Pugiotto, *Quattro interrogativi (e alcune considerazioni) sulla compatibilità costituzionale del 41-bis*, in *Volti e maschere della pena – Opg e carcere duro, muri della pena e giustizia riparativa*, a cura di F. Corleone, A. Pugiotto, Roma 2013, 200; M. Pavarini, *Il “carcere duro” tra efficacia e legittimità*, in *Criminalia* 2007, 268.

<sup>45</sup> Cfr. G.L. Gatta, *Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima (applicabile anche alle misure in corso, a noi pare)*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 6.6.2014.

<sup>46</sup> D. Pulitanò, *La giustizia penale e il tempo*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2.12.2019, 12.

*sincretismo ermeneutico*, dato dal ricongiungimento di due tesi originariamente contrapposte nella più risalente giurisprudenza costituzionale<sup>47</sup>.

Sull'equazione *misure di sicurezza-rieducazione*, occorre peraltro indugiare.

In una logica di bilanciamento<sup>48</sup> tra istanze di prevenzione e diritti fondamentali<sup>49</sup>, già predicabile in tema di “carcere duro”<sup>50</sup>, vi sarebbero, in effetti, *due tempi*: da un lato, un tempo ritagliato sulle logiche securitarie; dall'altro, il tempo *costituzionale della risocializzazione*<sup>51</sup>, che pure dovrebbe permeare il regime detentivo differenziato<sup>52</sup>.

Ma a scricchiolare, sotto tale profilo, è l'accostamento dell'essenza “lavoristica” della casa di lavoro *ex art. 216 Cp* alla «*meticolosità parossistica*»<sup>53</sup> caratterizzante l'art. 41-*bis*, comma secondo, Op. Garantire effettivi spazi di lavoro<sup>54</sup> è operazione che, *nella pratica esecutiva*, chiama in causa i “tempi della pericolosità” all'interno del sistema speciale, i quali debbono sganciarsi, in misura ragionevole, da quell'eccesso di funzionalismo altrimenti responsabile di una *duplicazione*, quanto a contenuti, della risposta ordinamentale. Se è vero che «è *nella pratica esecutiva della pena che il diritto penale approda alla concretezza della sua ragion d'essere – o funzione – nella società*»<sup>55</sup>, l'incompiuta diversificazione tra i due canali esecutivi<sup>56</sup> cela un *deficit* di determinatezza che, a ben guardare, rischia di fraporsi a quella stessa funzione<sup>57</sup> “*risocializzante*” evocata dal *dictum* costituzionale.

Ciò nonostante, il Giudice delle leggi sembra restituire vitalità alle prolusioni dottrinali di Bricola, che nel commentare il sistema del doppio binario, dirà che le misure di sicurezza non sono incompatibili con il concetto di rieducazione<sup>58</sup> (sempreché il potere discrezionale del giudice rimanga indirizzato *agli scopi di risocializzazione* attribuibili anche alle misure di sicurezza). L'intervento della Corte costituzionale può, quindi, apprezzarsi per una *maieutica*

<sup>47</sup> Da un lato, secondo C. cost., 1.6.1967 n. 68, in *GC* 1967, la funzione rieducativa sarebbe radicata nella stessa natura delle misure di sicurezza; dall'altro, con un ribaltamento di prospettiva, la stessa Corte, in due sentenze di poco successive, la n. 69 del 1970 e la n. 167 del 1972, puntualizza che: «le misure di sicurezza si differenziano ontologicamente dalle pene per la diversità della natura e delle finalità: esecutive e precauzionali le prime, rieducative e retributive le seconde».

<sup>48</sup> A. Della Bella, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41-bis o.p.*, Milano 2016, 309 ss.

<sup>49</sup> Anche tra gli addetti ai lavori permane la consapevolezza circa l'esistenza di un nocciolo duro – rappresentato dall'esigenza di garantire comunque i diritti fondamentali – anche all'interno del regime differenziato *ex art. 41-bis*. Così, ad esempio, F. Minniti, *Intelligence e sistema penitenziario. Indagini in una terra di confine*, Catanzaro 2012, 116 ss.

<sup>50</sup> A. Della Bella, *Il “carcere duro”, cit.*, 309 ss.

<sup>51</sup> V. ad esempio R. De Vito, *L'orologio della società e la clessidra del carcere. Riflessioni sul tempo della pena*, in *QuestG* 2017, 1, 39 ss.; G. Mannozi, *Gli ingranaggi dell'orologio penalistico: brevi note sul tempo nel diritto penale*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia* 2022, 4, 189 ss.

<sup>52</sup> Significative, in tal senso, sono le *guidelines* del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, racchiuse nel Rapporto già citato nella nota 18.

<sup>53</sup> M. Palma, *op. cit.*, 71, il quale rimanda alle “fonti di rango minore” del Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria, tra cui la circolare del 2.10.2017, n. 3676/616.

<sup>54</sup> Cfr., fra gli altri, F. Malzani, *Le dimensioni della dignità nel lavoro carcerario*, Torino 2022, 3 ss.

<sup>55</sup> F. Palazzo, F. Viganò, *op. cit.*, 105.

<sup>56</sup> Come dimostrato dal XVIII rapporto Antigone, sul quale v. nota 18.

<sup>57</sup> Imprescindibile il richiamo a S. Moccia, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, 86: «invero il principio di determinatezza/tassatività esprime un valore assoluto di tipo teleologico-funzionale: ciò che significa che una norma indeterminata non consente la realizzazione di alcuna funzione razionale della pena».

<sup>58</sup> Nello stesso senso, G. Bettiol, *Aspetti etico-politici, cit.*, 587: «è ben vero che un sistema di misure bene ordinato e applicato deve portare per natura sua al ricupero sociale dell'individuo».

incentrata sui diritti dei ristretti<sup>59</sup> – in ispecie: la dimensione del lavoro carcerario – che si auspica possa incentivare il legislatore.

5. Fino a un decennio fa, l'indeterminatezza delle misure di sicurezza detentive era indice di un legame identitario con la pena detentiva<sup>60</sup>. Al netto di queste brevi riflessioni, è difficile affermare che *i tempi* della pericolosità siano ad oggi diversi.

Si è osservato come il sopraggiungere di un'altra detenzione – nelle forme di una misura di sicurezza carceraria – generi, rispetto ai profili temporali dell'art. 41-bis Op, una *dilatazione dei tempi* della pericolosità, nel senso di un allontanamento progressivo dalla commissione del fatto di reato. Si allentano, in altre parole, i legami con il «*sintomo imprescindibile della pericolosità stessa*»<sup>61</sup>, se è vero che la perpetrazione del fatto «*costituisce uno degli elementi su cui si fonda il giudizio relativo*» ex art. 133 Cp (cui rinvia l'art. 203 Cp.).

L'allontanamento dal fatto non può che erodere, sia pur in un lento stillicidio, il diritto penale *del fatto*, sostituendo al *fatto* la pericolosità. A farne le spese sono, altresì, le «*due anime*» della prevenzione<sup>62</sup>, a cagione della strutturale omogeneità dei due canali esecutivi in oggetto, che è tale da far prevalere l'«*anima negativa*» (la finalità custodiale) su quella «*positiva*» (la finalità rieducativa).

Tra le soluzioni prospettate, vi è quella di ancorare le misure di sicurezza a un limite temporale massimo. Tuttavia, non sembra che il d.l. 52/2014 abbia reciso il legame fra pena e misura di sicurezza. In effetti, *la durata di una misura di sicurezza non può essere rapportata alla gravità del reato commesso*, a meno che non si voglia abdicare alla stessa categoria della pericolosità sociale<sup>63</sup>.

Tenendo ferma la vigenza del “doppio binario”, è nota l'opzione di ripiegare sul c.d. *correttivo della vicarietà*<sup>64</sup>, anticipando l'esecuzione della misura di sicurezza rispetto all'esecuzione della pena, sì da scomputare da quest'ultima il tempo trascorso nella prima. Soluzione, questa, che andrebbe a compensare le già incisive ristrettezze procedimentali (restando precluso, per l'internato in regime differenziale, l'accesso alla *semilibertà* e alle *licenze*), nel rispetto del *principio di proporzione*. Infine, è invalsa l'idea di “travasare”<sup>65</sup> le valutazioni sulla pericolosità da una sede – il Ministro della Giustizia per l'art. 41-bis – a un'altra – l'Ufficio di Sorveglianza per la misura di sicurezza che vi si aggiunga. Ciò al fine di efficientare i tempi dell'accertamento (evitando così una sorta di circolo vizioso tra i due regimi).

Qualunque percorso si intraprenda, rimane ferma e incrollabile la necessità di una *gestione del tempo* conforme a Costituzione, dal momento che il vero *vulnus* delle misure di sicurezza sembra dato non tanto e non solo dal loro potenziale segregativo, quanto soprattutto dalla *gestione del tempo* che ne deriva<sup>66</sup>. E allora costante dovrà rimanere l'attenzione sulle *concrete* possibilità di recupero della persona, tali da restituirle *dignità incondizionata*<sup>67</sup>.

<sup>59</sup> Cfr. M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in AIC 2016, 3, 2 ss.

<sup>60</sup> M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 209 ss.

<sup>61</sup> M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, I, Torino 2020, 164. Sulla natura di “indizio sintomatico” riferibile al “previo reato”, cfr. B. Petrocelli, *op. cit.*, 214; G. Bettiol, *Diritto penale*<sup>11</sup>, Padova 1982, 890.

<sup>62</sup> M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 385.

<sup>63</sup> In senso concorde, A. Massaro, *Europeizzazione*, cit., 9; G. Bettiol, *Aspetti etico-politici*, cit., 584.

<sup>64</sup> M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 350; R. Bartoli, *La “galassia afflittiva”*, cit., 11.

<sup>65</sup> F. Basile, *op. cit.*, 985 ss.

<sup>66</sup> Nello stesso senso, G. Mannozi, *Gli ingranaggi dell'orologio penalistico*, cit., 210.

<sup>67</sup> L'espressione richiama le osservazioni del Prof. Francesco Palazzo, pronunciate in chiusura del Convegno che ha dato seguito alla presente relazione.

## ANTAGONISMO PENALE O AGONISMO POLITICO? REIMMAGINARE LE POLITICHE CONTRO IL TRAFFICO E LA TRATTA ALLA LUCE DELLE ESPERIENZE DEI MIGRANTI

di Mattia Pinto (*Assistant Professor, University of York*)

Questo saggio analizza criticamente l'impiego del diritto penale nella gestione dell'immigrazione in Italia, concentrandosi in particolare sulla tratta di persone e sul traffico di migranti. Si evidenzia come tanto i governi quanto le organizzazioni per i diritti umani adottino un approccio di «antagonismo penale», identificando coloro che facilitano tali pratiche come il nemico principale e la repressione penale come la soluzione preferita. Il concetto di «penalità di confine» è utilizzato per descrivere questo uso del potere penale in relazione ai confini, sia per proteggere che per contrastare chi li attraversa. Il saggio critica questa logica panpenalista in materia migratoria, dimostrando come essa non solo non riesca a contrastare gli abusi, ma finisca per aumentare il numero di migranti incarcerati, distogliendo l'attenzione dal ruolo cruciale delle politiche anti-migratorie nel creare condizioni di sfruttamento e violenza. Seguendo l'approccio di «agonismo politico» proposto da Chantal Mouffe, il saggio propone un cambiamento di paradigma: piuttosto che concentrarsi sulla criminalizzazione degli autori di tratta e di traffico, si propone l'istituzione di un confronto agonistico con le istituzioni statali responsabili delle politiche migratorie. Attraverso lotte sia istituzionali che extra-istituzionali, l'azione e le risorse dello Stato dovrebbero essere reindirizzate verso politiche più favorevoli ai migranti. Sebbene sia difficile passare dall'antagonismo penale all'agonismo politico senza un cambiamento nelle condizioni globali che alimentano la migrazione e le politiche securitarie, sforzi in questa direzione potrebbero comunque ridurre l'uso della «penalità di confine», mitigando così una delle principali fonti di violenza contro i migranti.

This article critically examines the use of criminal law in managing immigration in Italy, with a particular focus on human trafficking and migrant smuggling. It argues that both governments and human rights activists tend to adopt a stance of “penal antagonism”, targeting those who facilitate such practices as the main enemy and adopting criminal repression as the primary response. The concept of “border penalty” is introduced to describe how penal power is used to both protect and counter border crossers. The article critiques this penal approach to migration, showing how it not only fails to address abuses but also leads to an increased number of migrants incarcerated, diverting attention from the fundamental role of anti-migratory policies in fostering conditions of exploitation and violence. Drawing on Chantal Mouffe’s theory of “political agonism”, the article advocates for a paradigm shift: instead of focusing on criminalising traffickers and smugglers, it suggests engaging in an agonistic confrontation with state institutions responsible for migration policies. Through both institutional and extra-institutional struggles, state action and resources should be redirected towards more migrant-friendly policies. Although transitioning from penal antagonism to political agonism is hard without broader changes to the global conditions driving migration and securitarian policies, efforts in this direction could still reduce the reliance on “border penalty”, thereby mitigating a significant source of violence against migrants.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La prospettiva agonistica di Mouffe. – 3. Antagonismo penale. – 3.1. L’approccio securitario. – 3.2. L’approccio vittimocentrico. 4. Agonismo politico. – 5. Conclusione.

1. Nei giorni successivi al naufragio avvenuto a febbraio 2023 al largo di Steccato di Cutro, la Presidente del Consiglio Giorgia Meloni annunciò l'intenzione del suo governo di adottare «una politica di maggiore fermezza»<sup>1</sup>. In questa direzione, venne approvato il d.l. 20/2023, noto come Decreto Cutro, che ha inasprito le pene per i cosiddetti “scafisti”, ossia individui accusati di trasportare illegalmente migranti attraverso il Mediterraneo, e ha reso più difficile per i migranti rimanere e ricevere accoglienza in Italia<sup>2</sup>. Il decreto, successivamente convertito dalla l. 50/2023, ha introdotto il nuovo reato di «morte o lesioni come conseguenza di delitti in materia di immigrazione clandestina»<sup>3</sup>. Tale reato prevede pene detentive da venti a trenta anni per chiunque «promuove, dirige, organizza, finanzia o in qualunque modo effettua» il trasporto di migranti in Italia in condizioni di grave pericolo risultando nella morte di più persone. Inoltre, il decreto ha ristretto le condizioni per il divieto di espulsione di migranti a rischio di persecuzione, limitando le possibilità di ottenere il permesso di soggiorno per protezione speciale<sup>4</sup>.

Il Decreto Cutro riflette l'approccio prevalente tra i governi europei in tema di immigrazione, caratterizzato da scarsa tolleranza verso i migranti che cercano asilo o migliori condizioni di vita in altri Paesi, e da politiche che ostacolano il loro arrivo o la loro permanenza in Europa<sup>5</sup>. Allo stesso tempo, queste politiche di “fermezza” vengono presentate come essenziali per contrastare il «traffico di esseri umani» e proteggere le persone vulnerabili<sup>6</sup>. Nonostante le critiche da parte di attivisti e organizzazioni per i diritti umani sul modo in cui i governi gestiscono l'accoglienza dei migranti, vi è una generale accettazione, se non approvazione, delle azioni contro gli “scafisti” e i “traffickanti di esseri umani”, come il nuovo reato introdotto dal Decreto Cutro.

L'azione penale contro i “traffickanti di esseri umani” – termine vago con cui solitamente si riferisce sia agli autori di traffico di migranti (*migrant smugglers*) e di tratta di persone (*human traffickers*) – trova ampio sostegno politico e sociale<sup>7</sup>. Questi individui e le loro organizzazioni sono percepiti come una minaccia alla sicurezza nazionale e come violatori dei diritti e della dignità dei migranti, in particolare di donne e bambini<sup>8</sup>. Per contrastare i traffickanti, le autorità italiane, in linea con altri Paesi europei, hanno mobilitato tutto l'arsenale penale a loro disposizione: dal 2013, circa 3200 persone sono state arrestate per reati legati all'immigrazione, principalmente con l'accusa di essere “scafisti” e aver trasportato migranti attraverso il Mediterraneo<sup>9</sup>. Le leggi che criminalizzano gli “scafisti” e i presunti “traffickanti” non solo

<sup>1</sup> Cutro, Meloni tira dritto: «Massima fermezza sull'immigrazione irregolare», in [www.open.online](http://www.open.online), 9.3.2023.

<sup>2</sup> d.l. 10.3.2023 n. 20, conv. in l. dalla l. 5.5.2023 n. 50.

<sup>3</sup> art. 12-bis d.lgs. 25.7.1998 n. 286 (TuImm).

<sup>4</sup> art. 7 d.l. 20/2023.

<sup>5</sup> R. Munster, *Securitizing Immigration: The Politics of Risk in the EU*, New York 2009.

<sup>6</sup> *Lotta al traffico di esseri umani, l'intervento congiunto del Presidente Meloni e del Primo Ministro Sunak, Governo Italiano - Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in [www.governo.it](http://www.governo.it), 6.10.2023; *Dichiarazioni alla stampa con il Primo Ministro Starmer, l'intervento introduttivo del Presidente Meloni*, in [www.governo.it](http://www.governo.it), 16.9.2024.

<sup>7</sup> Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria (Protocollo contro il traffico di migranti), redatto il 15.11.2000 a New York, sottoscritto il 12.12.2000 ed entrato in vigore il 28.1.2004; Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale sulla prevenzione, soppressione e persecuzione del traffico di esseri umani, in particolar modo donne e bambini (Protocollo sulla tratta di esseri umani), redatto il 15.11.2000 a New York, sottoscritto il 12.12.2000 ed entrato in vigore il 25.12.2003. V. Militello e A. Spena, *Between Criminalization and Protection: The Italian Way of Dealing with Migrant Smuggling and Trafficking Within the European and International Context*, Leiden 2019.

<sup>8</sup> Sulla figura dell'autore di tratta, v. lo *special issue* sul tema nella rivista *Anti-Trafficking Review* (n. 18.2022).

<sup>9</sup> ARCI Porco Rosso, *Senza Frontiere: La Criminalizzazione Dei Cosiddetti Scafisti Nel 2023*, in [www.arciporcorosso.it](http://www.arciporcorosso.it), 13.2.2024.

mirano a proteggere i confini nazionali, ma rispecchiano anche la normativa internazionale in materia di traffico (*migrant smuggling*) e tratta (*human trafficking*)<sup>10</sup>. La distinzione tra l'uso del diritto penale per prevenire l'immigrazione irregolare e quello per tutelare i diritti dei migranti è spesso ambigua. I reati contro la persona e quelli di immigrazione vengono perseguiti congiuntamente, e le autorità giudiziarie assumono un duplice ruolo: da un lato guardiani dell'ordine pubblico, dall'altro protettori dei migranti. Il termine «penalità di confine» può descrivere l'uso del potere penale in relazione ai confini, che sia per proteggere o per contrastare coloro che li attraversano<sup>11</sup>.

Questo saggio si inserisce nel solco del dibattito accademico sull'impiego dello strumento penale nelle politiche migratorie, esplorando i costi sociali e politici derivanti dall'utilizzo di strumenti punitivi come principali leve di azione politica in questo ambito. La discussione si fonda sull'ampia attenzione che la comunità accademica ha rivolto all'uso del potere penale per disincentivare la migrazione, salvaguardare i confini e regolare la presenza dei non-cittadini, come evidenziato da studi recenti<sup>12</sup>. Contribuisce inoltre alla ricerca socio-giuridica sulla commistione tra immigrazione e diritto penale: la «*crimmigration*»<sup>13</sup>. Tuttavia, diversamente dalla maggior parte della ricerca su questi temi, questo saggio considera come la «penalità di confine» non sia necessariamente repressiva, ma anche spesso «benevola»<sup>14</sup> e intrecciata con preoccupazioni umanitarie<sup>15</sup>, come offrire giustizia alle vittime di tratta<sup>16</sup>. In effetti, nonostante la letteratura tenda a presentare l'approccio al fenomeno della tratta fondato sui diritti umani come opposto a quello fondato sul modello securitario<sup>17</sup>, le differenze tra i due modelli molto sfumate, poiché entrambi gli approcci attribuiscono grande importanza

<sup>10</sup> Protocollo contro il traffico di migranti, cit.; Protocollo sulla tratta di esseri umani, cit.

<sup>11</sup> M. Pinto, *Border penalty as antagonistic politics*, in *Theoretical Criminology* 2024, 5 ss.

<sup>12</sup> K. F. Aas e M. Bosworth (a cura di), *The Borders of Punishment: Migration, Citizenship, and Social Exclusion*, Oxford 2013; A. Aliverti, *Crimes of Mobility: Criminal Law and the Regulation of Immigration*, Abingdon 2013; M. Bosworth, *Inside Immigration Detention*, Oxford, 2014; D. Melossi, *Crime, Punishment and Migration*, London 2015; V. Mitsilegas, *The Criminalisation of Migration in Europe: Challenges for Human Rights and the Rule of Law*, Cham 2015; G.L. Gatta, *La pena nell'era della «crimmigration»: tra Europa e Stati Uniti*, in *La pena, ancora: fra attualità e tradizione: studi in onore di Emilio Dolcini*, a cura di C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta, Milano 2018, 987 ss.; K. Franko, *The Crimmigrant Other: Migration and Penal Power*, Abingdon 2020; G. Fabini., V. Ferraris e A. Sbraccia, *Migrazioni, criminalità, criminalizzazione*, in *Devianza e questione criminale. Temi, problemi e prospettive*, a cura di T. Pitch, Roma 2022, 81 ss.

<sup>13</sup> G. L. Gatta, V. Mitsilegas e S. Zirulia (a cura di), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on «Crimmigration»*, Oxford, 2021; G. Mentasti, *La «crimmigration» nel sistema italiano: Tra scelte di incriminazione e ricorso al trattamento amministrativo*, Milano 2021; L. Siracusa, *Sulle tracce della crimmigration in Europa: l'espulsione dello straniero in un confronto fra Spagna, Italia e Francia*, in *RTrimDPenEc* 2019, 273 ss.; A. Spena, *La crimmigration e l'espulsione dello straniero-massa*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 2017, 495 ss.; J. Stumpf, *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign Power*, in *American University Law Review* 2006, 367 ss.; I. Gullì, *La crimmigration come orizzonte totalizzante della legislazione emergenziale nel disequilibrio tra la protezione dei confini e la tutela dei diritti fondamentali*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2023.

<sup>14</sup> V. Barker, *Penal power at the border: Realigning state and nation*, in *Theoretical Criminology* 2017, 441 ss.

<sup>15</sup> M. Bosworth, *Penal Humanitarianism? Sovereign Power in an Era of Mass Migration*, in *New Criminal Law Review* 2017, 39 ss.; M.I. Ticktin, *Casualties of Care: Immigration and the Politics of Humanitarianism in France*, Barkley, 2011.

<sup>16</sup> C. Aradau, *Rethinking trafficking in women: politics out of security*, New York 2008; E. Bernstein, *Brokered subjects: sex, trafficking, and the politics of freedom*, Chicago 2018; P. Kotiswaran, *Transnational Criminal Law in a Globalised World: The Case of Trafficking*, in *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law* 2019, 52 ss.

<sup>17</sup> P. Degani, *Lotta alla tratta di persone e diritti umani: Un'analisi del sistema degli interventi a sostegno delle vittime alla luce dei fenomeni di grave sfruttamento in Italia*, Padova 2020; M.G. Giammarinaro, *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, Maria Grazia Giammarinaro, A/75/169, New York 2020.



all'azione giudiziaria e alla punizione degli autori di tratta e traffico<sup>18</sup>. Il saggio critica la «penalità di confine» indipendentemente dalle motivazioni e i valori su cui si fonda, collocando l'analisi nel contesto dell'Italia e del suo ruolo nelle migrazioni attraverso il Mediterraneo<sup>19</sup>. La tesi centrale del saggio è che, in Italia, la «penalità di confine», indipendentemente dal fatto che sia motivata da prospettive securitarie o di protezione dei diritti umani, riflette e contribuisce a un approccio politico antagonista. La normativa penale relativa alla tratta e al traffico viene impiegata sia per criminalizzare ed escludere migranti indesiderati (spesso razzializzati) sia per proteggere i migranti più vulnerabili e condannare le violazioni dei loro diritti. In maniera innovativa rispetto al dibattito accademico esistente, il saggio non critica solo l'approccio panpenalista dei governi, ma anche l'invocazione dell'azione giudiziaria e penale da parte degli attivisti per i diritti umani. Si sostiene che in un contesto politico di crescente avversione nei confronti dell'immigrazione, l'uso dello strumento penale per tutelare la dignità dei migranti porta ad intensificare la loro sofferenza e il loro sfruttamento, piuttosto che mitigarli. Si ritiene invece che le politiche contro la tratta e il traffico dovrebbero concentrarsi sull'esperienza vissuta dai migranti e sulle cause strutturali del loro sfruttamento. Questa prospettiva attribuisce le radici degli abusi e dello sfruttamento non tanto ai comportamenti criminali di singoli attori devianti, quanto piuttosto alle politiche anti-immigrazione promulgate dai governi. In tale ottica, e basandosi sul lavoro della politologa Chantal Mouffe<sup>20</sup>, il saggio sostiene la necessità di adottare un approccio di agonismo politico piuttosto che di antagonismo penale nell'affrontare la tratta e il traffico. Invece di concentrarsi sulla criminalizzazione degli autori di queste pratiche, si dovrebbe instaurare un rapporto agonistico con le istituzioni statali responsabili delle politiche migratorie. Queste istituzioni non dovrebbero essere considerate come nemici da rigettare, ma come avversari temporanei che, attraverso lotte sia istituzionali che extra-istituzionali, possono essere trasformati e orientati verso politiche più favorevoli ai migranti.

Il saggio è strutturato lungo tre sezioni. Nella prima, vengono introdotti i concetti di «agonismo» e «antagonismo» secondo la teoria di Mouffe, utilizzati come lenti di analisi per esaminare e valutare criticamente la «penalità di confine» nel contesto della tratta e del traffico. La seconda sezione evidenzia come la «penalità di confine» in Italia rifletta e perpetui una politica antagonista, che si traduce, indipendentemente dalle motivazioni a favore o contro l'immigrazione, in una maggiore criminalizzazione e detenzione di migranti. Questa parte analizza sia la politica di sicurezza adottata dal governo italiano nella gestione della tratta e del traffico, sia la prospettiva centrata sulla vittima promossa da attivisti e organizzazioni per i

<sup>18</sup> M. Pinto, *Discursive alignment of trafficking, rights and crime control*, in *International Journal of Law in Context* 2023, 122 ss.; H. Shamir, *A Labor Paradigm for Human Trafficking*, in *UCLA Law Review* 2012, 76 ss.

<sup>19</sup> R. Sicurella (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare. Esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Milano 2012; F. Rocchi e E. Rosi (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli 2013; A. Di Martino, F. Biondi, I. Boiano e R. Raffaelli (a cura di), *La criminalizzazione dell'immigrazione irregolare: legislazione e prassi in Italia*, Pisa 2013; V. Militello e A. Spena, *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino 2015; S. Bernardi, *I (possibili) profili penalistici delle attività di ricerca e soccorso in mare*, in *DPenCont* 2018, 134 ss.; V. Militello, *I traffici illeciti nell'area del Mediterraneo. Prevenzione e repressione nel diritto interno, europeo ed internazionale*, in *DPenCont* 2018, 4 ss.; S. Manacorda, *Il contrasto penalistico della tratta e del traffico di migranti nella stagione della chiusura delle frontiere*, in *DPP* 2018, 1389 ss.; S. Manacorda, *Tratta e traffico di migranti: il nodo della giurisdizione tra territorialità ed extraterritorialità*, in AA.VV., *Le nuove frontiere dell'immigrazione. Verso percorsi di legalità, inclusione e sicurezza*, Catania 2018; A. Mangiaracina, V. Militello, L. Siracusa e A. Spena (a cura di), *I traffici illeciti nel mediterraneo: Persone, stupefacenti, tabacco*, Torino 2020; F. Curi, F. Martelloni, A. Sbraccia, E. Valentini, *I migranti sui sentieri del diritto: Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processual-penalistici*, Torino 2021.

<sup>20</sup> C. Mouffe, *Agonistics: Thinking the World Politically*, Londra 2013; C. Mouffe, *The Democratic Paradox*, Londra 2000; E. Laclau e C. Mouffe, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Politics*, Londra 2001.

diritti umani. Infine, la terza sezione sostiene la necessità di un cambio di paradigma nell'affrontare la tratta e il traffico: si propone un approccio agonistico che rifiuti la logica penale e che, basandosi sull'esperienza diretta dei migranti, promuova una risposta non penale, ma democratica e politica al fenomeno.

2. La riflessione di Mouffe critica il modello deliberativo contemporaneo di democrazia, promosso da pensatori come Habermas e Rawls, e suggerisce un'alternativa che tenga conto delle passioni e dei conflitti come forze motrici della politica<sup>21</sup>. Nel suo lavoro *Egemonia e strategia socialista*, scritto con Ernesto Laclau, Mouffe sostiene che il «politico» (*political*) non può essere compreso senza i concetti di antagonismo ed egemonia<sup>22</sup>. Questi termini esprimono la dimensione di «negatività radicale» intrinseca nelle relazioni umane: antagonismo indica la persistente possibilità di un conflitto inconciliabile tra gruppi sociali con interessi e valori incompatibili; egemonia si riferisce al processo attraverso il quale si formano pratiche sociali dominanti che strutturano l'ordine sociale. Tali concetti indicano l'impossibilità di una vita sociale e politica senza frizioni e rapporti di potere.

Nei suoi lavori successivi, Mouffe approfondisce il «politico» come generatore di identità collettive, delineate dalla demarcazione di un «noi» contro un «loro»<sup>23</sup>. Tale demarcazione può essere agonista o antagonista a seconda di come vengono percepite e gestite le differenze. L'agonismo è una modalità di relazione che accetta le differenze come legittime. Ciascuna delle parti vede l'avversario come un contendente «con cui si condivide una comune fedeltà ai principi democratici di “libertà e uguaglianza per tutti”, pur essendo in disaccordo sulla loro interpretazione»<sup>24</sup>. Al contrario, l'antagonismo si configura come uno «scontro tra valori morali non negoziabili o identità essenzialiste», dove le differenze sono viste come minacce e l'avversario come nemico<sup>25</sup>. Mouffe argomenta che la politica dovrebbe favorire il conflitto agonistico, costruendo identità collettive attorno a obiettivi democratici e canalizzando le passioni verso progetti democratici<sup>26</sup>. Mouffe scrive: «Nelle società liberaldemocratiche, il conflitto non può e non deve essere eliminato, poiché la democrazia pluralista si fonda proprio sul riconoscimento e la legittimazione del dissenso. Ciò che la politica liberaldemocratica richiede è che gli altri non siano visti come nemici da distruggere, ma come avversari le cui idee possono essere contestate, anche vigorosamente, ma il cui diritto di esprimere tali idee non deve essere messo in discussione»<sup>27</sup>.

Per Mouffe, la sfida della democrazia consiste nel promuovere una distinzione noi/loro che mantenga il pluralismo e prevenga la violenza potenziale nelle relazioni umane. Quanto segue si ispira al lavoro di Mouffe per suggerire che la «penalità di confine» italiana, a prescindere dai suoi sostenitori e dalle sue motivazioni a favore o contro l'immigrazione, esprime una politica di antagonismo penale. Questa politica non solo criminalizza i migranti, ma deteriora anche la qualità della democrazia. Il resto del saggio propone quindi un approccio più agonistico nella gestione della tratta e del traffico, che, attraverso iniziative sia istituzionali che extra-istituzionali, riorienta le istituzioni statali verso politiche più inclusive e favorevoli ai migranti.

<sup>21</sup> C. Mouffe, *Agonistics*, cit.

<sup>22</sup> E. Laclau e C. Mouffe, *op. cit.*

<sup>23</sup> C. Mouffe, *The Democratic Paradox*, cit.; *Agonistics*, cit.

<sup>24</sup> C. Mouffe, *Agonistics*, cit., 7.

<sup>25</sup> C. Mouffe, *Agonistics*, cit., 7.

<sup>26</sup> C. Mouffe, *The Democratic Paradox*, cit.

<sup>27</sup> C. Mouffe, *Agonistics*, cit., 7. Questa ed altre traduzioni dall'inglese contenute in questo articolo sono ad opera dell'autore.

3. Le migrazioni transnazionali rappresentano uno dei temi più divisivi nel dibattito pubblico italiano e nei Paesi del nord globale<sup>28</sup>. Le complesse dinamiche di potere e i valori fondamentali in gioco spesso trasformano questo dibattito in un antagonismo acuto, dove le parti in conflitto mettono in discussione la legittimità delle opinioni e azioni altrui<sup>29</sup>. Nonostante ciò, esiste un aspetto delle migrazioni che ha guadagnato consenso trasversale: la lotta contro la tratta di persone e il traffico di migranti<sup>30</sup>. I Protocolli di Palermo, adottati nel 2000<sup>31</sup>, hanno ricevuto un'ampia ratifica internazionale e sono diventati il fulcro dell'azione di molte organizzazioni non governative (ONG), posizionando la lotta contro gli autori di tratta e traffico al centro del discorso politico globale<sup>32</sup>. Questi soggetti vengono universalmente presentati come criminali senza scrupoli, impegnati in attività immorali e illegali che violano i diritti umani delle loro vittime, e pertanto, si ritiene debbano essere identificati e puniti severamente<sup>33</sup>. In questo contesto, l'antagonismo tipico del dibattito migratorio si sposta dagli avversari politici ai cosiddetti "trafficienti" e viene intensificato dal ricorso allo strumento penale.

Questa tendenza all'impiego del diritto penale come strumento per governare questioni etico-politiche non è limitata alla migrazione, ma è un fenomeno più ampio che investe diverse questioni sociali<sup>34</sup>. Come osserva Ian Loader, questo fenomeno è sia conseguenza che causa del declino della politica agonistica<sup>35</sup>. Il diritto penale è il ramo più intollerante e censorio del diritto<sup>36</sup>. Ogni atto di criminalizzazione implica una decisione di esclusione che può portare alla segregazione o alla stigmatizzazione degli individui come devianti. L'approccio antagonista si intensifica quando sia i governi che la società civile, nonostante le divergenze sulle politiche migratorie, si uniscono nella lotta comune contro la tratta e, in parte, il traffico attraverso l'intervento penale. La sezione 3.1 illustra come i governi utilizzino il diritto penale per proteggere i confini e gli interessi nazionali, mentre la sezione 3.2 mostra come gli attivisti e le organizzazioni per i diritti umani vedano il diritto penale come uno strumento per rendere giustizia alle vittime.

<sup>28</sup> A. Heath, E. Davidov, R. Ford, E.G.T. Green, A. Ramos e P. Schmidt, *Contested terrain: explaining divergent patterns of public opinion towards immigration within Europe*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2020, 475 ss.; G. Grappi (a cura di), *Migration and the Contested Politics of Justice. Europe and the Global Dimension*, Londra 2021.

<sup>29</sup> M. Pinto, *Border penalty*, cit.

<sup>30</sup> S. Manacorda, *Il contrasto penalistico della tratta*, cit.; J. O'Connell Davidson, *The Right to Locomotion? Trafficking, Slavery and the State*, in *Revisiting the Law and Governance of Trafficking, Forced Labor and Modern Slavery*, a cura di P. Kotiswaran, Cambridge 2017, 157 ss.

<sup>31</sup> Protocollo contro il traffico di migranti, cit.; Protocollo sulla tratta di esseri umani, cit.

<sup>32</sup> S. Okyere, *The master's tools will never dismantle the master's house: time to rethink the Palermo protocol*, in *Palermo Protocol 20th anniversary special: Are we better off on the inside?*, a cura di J. Quirk, N. Howard e C. Thibos, Londra 2021, 49 ss.

<sup>33</sup> M. Jarbussynova, *Commentary to the OSCE Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings, the 2005 Addendum Addressing Special Needs of Child Victims of Trafficking for Protection and Assistance and the 2013 Addendum to the OSCE Action Plan to Combat Trafficking in Human Beings: One Decade Later*, Vienna 2015, 19 ss.; Per una critica, v. S. Zirulia, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare: Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Torino 2023, 63 ss.

<sup>34</sup> M. Donini, *Il Diritto Penale come Etica Pubblica: Considerazioni sul Politico Quale «Tipo d'Autore»*, Modena 2015; H. Aviram, *Progressive Punitivism: Notes on the Use of Punitive Social Control to Advance Social Justice Ends*, in *Buffalo Law Review* 2020, 199 ss.; J. Simon, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear*, Oxford 2007.

<sup>35</sup> I. Loader, *The Anti-Politics of Crime*, in *Theoretical Criminology* 2008, 399 ss.

<sup>36</sup> M. Donini, *op. cit.*

3.1. Negli ultimi decenni, gli Stati europei hanno adottato un approccio sempre più securitario nei confronti dell'immigrazione<sup>37</sup>. La politica di chiusura delle frontiere ha negato l'ingresso sicuro alla maggior parte delle persone provenienti dal sud globale, provocando violenza e illegalità quando i migranti cercano di attraversare confini militarizzati. Il Mediterraneo è diventato «il confine più letale al mondo»<sup>38</sup>, con oltre 30.000 migranti morti o dispersi dal 2014<sup>39</sup>. I governi italiani che si sono succeduti negli ultimi anni, indipendentemente dal colore politico, hanno imposto la chiusura delle frontiere utilizzando mezzi fisici come respingimenti, espulsioni e la collaborazione con la cosiddetta “guardia costiera libica” per intercettare le imbarcazioni dei migranti. Nel 2023, il governo ha concordato con l'Albania la costruzione di centri di accoglienza in territorio albanese dove ha tentato, per il momento senza successo, di trasferire e detenere le persone salvate in mare dalle navi italiane durante la valutazione per l'asilo<sup>40</sup>.

Inoltre, l'Italia ha imposto la chiusura delle frontiere anche attraverso il diritto, incluso l'incremento della commistione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione<sup>41</sup>. Questo rappresenta un approccio antagonista all'immigrazione. Come osserva Juliet Stumpf, sia il diritto dell'immigrazione che il diritto penale agiscono «come guardiani dell'appartenenza alla società, determinando se un individuo debba essere incluso o escluso dalla nostra comunità»<sup>42</sup>. Questi strumenti giuridici creano e applicano la distinzione noi/loro, che si acuisce quando diritto dell'immigrazione e diritto penale convergono nella «*crimmigration*». Questo approccio securitario incarna la distinzione noi/loro in termini essenzialisti. I cittadini sono considerati membri legittimi con diritti e privilegi basati sul loro passaporto, etnia e cultura. Al contrario, alcuni non-cittadini (spesso razzializzati) vengono esclusi, puniti ed espulsi perché ritenuti indegni di appartenere alla comunità nazionale<sup>43</sup>.

Le politiche di sicurezza adottate dall'Italia mirano a disincentivare l'immigrazione e a rendere il paese meno accogliente per gli immigrati indesiderati<sup>44</sup>. Tuttavia, tali misure vengono spesso giustificate come strumenti necessari per combattere il traffico e la tratta, nonché per tutelare i migranti più vulnerabili. Il governo italiano descrive l'immigrazione come un fenomeno orchestrato da reti criminali transnazionali, stabilendo così un legame diretto tra la chiusura dei confini e le azioni contro la tratta e il traffico<sup>45</sup>. Questo è, per altro, in linea con le disposizioni dei Protocolli di Palermo sulla tratta di persone e contro il traffico di migranti<sup>46</sup>, non a caso emanati sotto l'auspicio dell'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e del crimine (UNODC) e ad integrazione della Convenzione delle Nazioni Unite contro la

<sup>37</sup> A. Caputo, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in *Ius migrandi: Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, a cura di M. Giovannetti e N. Zorzella, Milano 2020, 164 ss.; A. Cavaliere, *Punire per ottenere 'sicurezza': Corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 2021.

<sup>38</sup> M. Albahari, *Crimes of peace: Mediterranean migrations at the world's deadliest border*, Philadelphia 2015.

<sup>39</sup> IOM, *Mediterranean / Missing Migrants Project*, in [www.missingmigrants.iom.int](http://www.missingmigrants.iom.int), 2025.

<sup>40</sup> Il 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 6.9.2023, è stato ratificato ed eseguito con l. 21.2.2024 n. 14.

<sup>41</sup> G.L. Gatta, *op. cit.*

<sup>42</sup> J. Stumpf, *op. cit.*, 396 s.

<sup>43</sup> V. Barker e P. Scharff Smith, *This is Denmark: Prison Islands and the Detention of Immigrants*, in *British Journal of Criminology* 2021, 1540 ss. Su come il potere punitivo imprima sul migrante uno *status* di alterità rispetto al cittadino, v. L. Ricci, *Alterità e potere punitivo nello scenario europeo contemporaneo. Spunti a sostegno di un approccio critico post-coloniale*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 2022.

<sup>44</sup> A. Caputo, *op. cit.*

<sup>45</sup> *Intervento del Presidente Meloni alla 78ma Assemblea Generale delle Nazioni Unite*, in [www.governo.it](http://www.governo.it), 20.9.2023.

<sup>46</sup> Protocollo contro il traffico di migranti, *cit.*; Protocollo sulla tratta di esseri umani, *cit.*

criminalità organizzata transnazionale<sup>47</sup>. Gli articoli 11 di entrambi i Protocolli prevedono, infatti, un rafforzamento dei controlli alle frontiere per impedire i flussi migratori irregolari<sup>48</sup>. In altre parole, secondo la visione del governo italiano, condivisa da molti altri esecutivi europei, il contrasto alla tratta e al traffico deve essere intrinsecamente connesso alla lotta più generale contro le organizzazioni criminali transnazionali, le quali sono accusate di gestire, tra altre attività illecite (come il traffico di armi e droga, il riciclaggio di denaro e il terrorismo)<sup>49</sup>, l'ingresso in Europa di migranti irregolari<sup>50</sup>.

L'Italia ha dato attuazione ai propri obblighi internazionali in materia di tratta di persone e di traffico di migranti tra il 2003 e il 2014<sup>51</sup>. La tratta è un reato specifico<sup>52</sup>, mentre il traffico di migranti rientra nel reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina<sup>53</sup>. Negli ultimi anni, tali norme sono state impiegate spesso, sebbene sia importante riconoscere che le autorità italiane si sono concentrate maggiormente sul perseguimento del traffico rispetto alla tratta, con conseguenti risultati disomogenei nell'applicazione dei due reati<sup>54</sup>.

Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, utilizzato per combattere il traffico, è sanzionato con pene che variano dai due ai sei anni di reclusione, per il favoreggiamento "semplice", e con pene più elevate per i casi aggravati<sup>55</sup>. Il reato si applica a chiunque contribuisca, anche marginalmente, all'ingresso irregolare di stranieri nel paese, a prescindere dal movente di lucro<sup>56</sup>. Questa norma non riguarda solo l'attività dei cosiddetti "trafficienti", ma si estende anche a coloro che vengono identificati alla guida di imbarcazioni cariche di migranti o che assistono immigrati irregolari<sup>57</sup>. La normativa punta a proteggere i confini nazionali, senza distinguere tra gli organizzatori del viaggio e i semplici partecipanti. Migliaia di migranti, accusati di essere "scafisti" per aver guidato imbarcazioni attraverso il Mediterraneo, sono stati arrestati e puniti per questo reato<sup>58</sup>. Il Ministero dell'Interno ha riferito che, nel periodo 2022-2023, sono stati arrestati in Italia 550 "scafisti"<sup>59</sup>, una cifra in linea con le statistiche dal 2013<sup>60</sup>.

<sup>47</sup> Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, redatta il 15.11.2000, sottoscritta il 12.12.2000 a Palermo ed entrata in vigore il 29.9.2003.

<sup>48</sup> art 11 Protocollo contro il traffico di migranti, cit.; art 11 Protocollo sulla tratta di esseri umani, cit.

<sup>49</sup> Consiglio di Sicurezza dell'ONU, res. 2331.2016, S/RES/2331; Consiglio di Sicurezza dell'ONU, res 2388.2017, S/RES/2388.

<sup>50</sup> Per un approfondimento, v. A. Mangiaracina, V. Militello, L. Siracusa e A. Spina (a cura di), *op. cit.*

<sup>51</sup> L. 11.8.2003 n. 228; d.lgs. 4.3.2014 n. 24. Sulle differenze tra tratta di persone e traffico di migranti, v. C. Stoppioni, *Tratta, sfruttamento e smuggling: Un'ipotesi di finium regundorum a partire da una recente sentenza*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2019.

<sup>52</sup> art. 601 Cp. A. Di Martino, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù*, in *AP* 2019, 1 ss.

<sup>53</sup> art. 12. TuImm; sul punto, v. S. Zirulia, *op. cit.*

<sup>54</sup> Dipartimento di Stato degli USA, *2023 Trafficking in Persons Report: Italy*, in [www.state.gov](http://www.state.gov), 2023. Sugli intrecci tra le fenomenologie criminose sottese alla tratta di migranti e alla tratta di persone, v. V. Militello, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *RIDPP* 2018, 86 ss.; A. Centonze, *Criminalità organizzata transnazionale e flussi migratori illegali*, Milano 2020, 141 ss.

<sup>55</sup> art. 12 co. 1, 3 e 3-ter TuImm.

<sup>56</sup> A. Spina, *Migrant Smuggling: a Normative and Phenomenological View from Italy*, in *op. cit.* a cura di V. Militello e A. Spina; A. Spina, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in *op. cit.* a cura di A. Mangiaracina, V. Militello, L. Siracusa e A. Spina, 150 ss.

<sup>57</sup> Per un'analisi critica, v. A. Spina, *Smuggling umanitario e scriminanti*, in *RIDPP* 2019, 1859 ss.

<sup>58</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *Dal mare al carcere: La criminalizzazione dei cosiddetti scafisti*, in <https://dal-mare-al-carcere.info/>, 2021; S. Zirulia, *op. cit.*, 217 ss.

<sup>59</sup> ARCI Porco Rosso, *op. cit.*

<sup>60</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*

Tamar Pitch descrive la criminalizzazione dei migranti in Italia come un esempio di «diritto penale del nemico»<sup>61</sup>, «dove rileva piuttosto chi si è rispetto a ciò di cui si è imputato, il tipo d'autore piuttosto che il reato, essendo la logica quella della difesa sociale»<sup>62</sup>. Un rapporto di ARCI Porco Rosso e Alarm Phone, intitolato *Dal mare al carcere*, ritiene che i procedimenti contro i cosiddetti “scafisti” siano spesso «politicamente condizionati»: nella ricerca dello “scafista”, usato come capro espiatorio, le garanzie processuali rischiano di venire trascurate e i principi fondamentali del diritto penale di essere violati<sup>63</sup>. Secondo il rapporto, gli arresti seguirebbero procedure opache, volte più a individuare un colpevole a tutti i costi che a perseguire gli effettivi organizzatori o facilitatori del viaggio<sup>64</sup>. Gli “scafisti” affronterebbero accuse basate su prove inconsistenti e testimonianze inaffidabili, con accesso limitato alla difesa e processi a porte chiuse. I diritti delle persone incarcerate come “scafisti” sarebbero ignorati: il contatto con le famiglie sarebbe spesso negato, non verrebbero forniti loro traduttori e i minori finirebbero a volte in prigioni per adulti<sup>65</sup>. Sempre secondo il rapporto, durante i processi, i pubblici ministeri, sfruttando la vulnerabilità degli imputati stranieri privi di risorse economiche o reti di supporto, adotterebbero un approccio estremamente punitivo, richiedendo spesso la pena massima, inclusa l'ergastolo<sup>66</sup>. Secondo i dati del Ministero della Giustizia italiano, riportati dalla BBC, a marzo 2022 nelle carceri italiane si trovavano 952 persone accusate di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, di cui 562 già condannate<sup>67</sup>.

La legislazione penale volta a combattere il traffico colpisce anche coloro che forniscono assistenza agli immigrati irregolari, attraverso la cosiddetta «criminalizzazione della solidarietà»<sup>68</sup>. In questo contesto, la prospettiva antagonista di un «noi» che definisce «loro» come un problema criminale si estende dagli autori di traffico a chiunque assista i migranti. Questo nonostante la legge italiana esenta dal reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina «le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno»<sup>69</sup>. Le ONG impegnate in operazioni di ricerca e salvataggio nel Mediterraneo sono diventate uno dei principali bersagli di questa criminalizzazione<sup>70</sup>. Queste organizzazioni sono attive in mare perché le azioni di controllo delle frontiere dell'Unione Europea e dell'Italia non si occupano generalmente di salvataggio di vite umane, sostenendo che ciò incentiverebbe ulteriormente le azioni dei trafficanti. Nel 2017, l'allora governo Gentiloni tentò di imporre alle ONG un codice di condotta che limitava significativamente le loro operazioni, a seguito di accuse, da parte dei media e di politici, di

<sup>61</sup> G. Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *ZStW* 1985, 751 ss.

<sup>62</sup> T. Pitch, *Il malinteso della vittima: Una lettura femminista della cultura punitiva*, Torino 2022, 36.

<sup>63</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*, 55.

<sup>64</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*

<sup>65</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*

<sup>66</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*, 55.

<sup>67</sup> *The African migrants who Italy accuses of people smuggling*, in [www.bbc.co.uk](http://www.bbc.co.uk), 31.3.2022.

<sup>68</sup> S. Carrera, V. Mitsilegas, J. Allsopp e L. Vosyliute, *Policing Humanitarianism: EU Policies Against Human Smuggling and their Impact on Civil Society*, Oxford 2020; L. Masera, *La criminalizzazione delle ONG e il valore della solidarietà in uno Stato democratico*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2019.

<sup>69</sup> art. 12 co. 2 TuImm. Per un'analisi critica sulla (quasi) inutilità di questa disposizione, S. Zirulia, *op. cit.*, 197 ss.

<sup>70</sup> A. Sciarba, *Disobbedienza civile o lotta per il diritto? Un bilancio di cinque anni di criminalizzazione del soccorso in mare*, in *Legalità, giustizia, disuguaglianze: una crisi contemporanea*, a cura di S. Anastasia e T. Pitch, Roma 2022, 87 ss.; C. Chapman, *Fighting for the right to save others: Responses by civil society to the criminalization of solidarity in the Mediterranean Sea post-2015*, in *Criminalization of Activism: Historical, Present and Future Perspectives*, a cura di V. Weis, Londra 2021, 115 ss.; A. Di Martino e L. Ricci, *L'inosservanza della limitazione o del divieto di transito e sosta nel mare territoriale come delitto*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2021.

costituire un fattore di attrazione (*pull factor*) per l'immigrazione irregolare<sup>71</sup>. Inoltre, alcune procure avviarono indagini penali per verificare possibili collusioni tra le navi di soccorso e i trafficanti<sup>72</sup>. Nel 2018, con l'insediamento di Matteo Salvini come Ministro dell'Interno, il divieto di sbarcare migranti nei porti italiani per giorni e settimane venne imposto non solo alle ONG, ma anche alle navi della guardia costiera italiana<sup>73</sup>. Questo ha portato a ulteriori procedimenti penali contro gli equipaggi delle navi, con accuse che hanno spaziato dal reato favoreggiamento dell'immigrazione clandestina a quello di resistenza a pubblico ufficiale<sup>74</sup>. Nonostante tali indagini siano spesso crollate per mancanza di prove<sup>75</sup>, hanno ricevuto una vasta copertura mediatica, contribuendo a creare un clima di stigmatizzazione nei confronti dell'assistenza umanitaria<sup>76</sup>.

L'articolo 601 Cp punisce con la reclusione da otto a vent'anni il reato di tratta di persone. Questo reato comprende il traffico di persone già ridotte in schiavitù o in servitù, nonché il traffico di persone attraverso mezzi coercitivi o sfruttando situazioni di vulnerabilità allo scopo di sfruttamento (per esempio prostituzione, lavoro forzato o accattonaggio)<sup>77</sup>. Sebbene tale reato sembrerebbe proteggere i migranti più vulnerabili, come donne e bambini, dallo sfruttamento, agli occhi degli attori statali il vero problema della tratta non è tanto la violazione dei diritti umani delle vittime quanto la minaccia che essa rappresenta per "la sicurezza" dello Stato<sup>78</sup>. Anche in questo caso l'approccio dominante è l'antagonismo penale, che si focalizza sugli autori di tratta, immaginati come appartenenti ad organizzazioni criminali straniere, che non pagano tasse e non devono alcuna lealtà allo Stato, e che possono minacciare la sicurezza nazionale. È questo il "flagello" che gli Stati sembrano essere interessati a combattere, non per eliminare lo sfruttamento o la sofferenza delle vittime, ma per rafforzare il proprio monopolio sulla violenza e sul controllo della mobilità<sup>79</sup>.

Di conseguenza, nonostante le norme internazionali promuovano un approccio olistico alla tratta, comprendente prevenzione, perseguimento penale e protezione dei diritti delle vittime (noto come approccio «3 P»), l'azione delle autorità italiane tende a privilegiare l'aspetto penale<sup>80</sup>. Questo sbilanciamento è dovuto alla percezione di una connessione tra tratta e criminalità organizzata, portando giudici e pubblici ministeri a focalizzarsi su casi con elementi transnazionali, coinvolgimento di reti criminali organizzate e mancanza di consenso da parte

<sup>71</sup> E. Cusumano e F. Bell, *Guilt by association? The criminalisation of sea rescue NGOs in Italian media*, in *Journal of Ethnic and Migration Studies* 2021, 4285 ss.; C. Amenta, P. Di Betta e C. Ferrara, *La crisi dei migranti nel Mediterraneo Centrale: le operazioni search and rescue non sono un fattore di attrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2021, 17 ss.; F. Ferri, *Il Codice di condotta per le ONG e i diritti dei migranti: fra diritto internazionale e politiche europee*, in *Diritti umani e diritto internazionale* 2018, 189 ss.

<sup>72</sup> S. Bernardi, *op. cit.*

<sup>73</sup> L. Masera, *Soccorsi in mare e diritto penale nella stagione dei porti chiusi. Alcune riflessioni a partire dal caso di Carola Rackete*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2022.

<sup>74</sup> L. Masera, *op. cit.*

<sup>75</sup> Si consideri, ad esempio, il caso che ha coinvolto la nave Iuventa. 7 anni dopo l'inizio delle indagini, il 19.4.2024, il G.u.p. di Trapani ha emesso una sentenza di non luogo a procedere perché «il fatto non sussiste» (T. Trapani 19.4.2024 n. 126/2024).

<sup>76</sup> L. Masera, *op. cit.*

<sup>77</sup> F. Nicodemi, *Il sistema anti-tratta italiano compie venti anni. L'evoluzione delle misure legislative e di assistenza per le vittime e le interconnessioni con il sistema della protezione internazionale*, in *op. cit.*, a cura di M. Giovannetti e N. Zorzella, 164 ss.

<sup>78</sup> J. O'Connell Davidson, *The Right to Locomotion?*, cit., 170.

<sup>79</sup> J. O'Connell Davidson, *The Right to Locomotion?*, cit.; J. O'Connell Davidson, *New slavery, old binaries: human trafficking and the borders of 'freedom'*, in *Global Network* 2010, 244 ss.

<sup>80</sup> V. Militello, *Trafficking in Human Beings vs. Migrant Smuggling: A Dangerous Relationship*, in *op. cit.* a cura di V. Militello e A. Spina.

delle vittime<sup>81</sup>. Tra il 2016 e il 2019, 610 individui sono stati denunciati o arrestati in Italia per tratta di persone, con una prevalenza di cittadini nigeriani accusati di appartenere alla cosiddetta “Mafia nigeriana”<sup>82</sup>. La presenza di questa organizzazione sul territorio italiano è stata a lungo sostenuta dalla Direzione Investigativa Antimafia (DIA)<sup>83</sup>. Tuttavia, nonostante le diverse condanne, in alcuni casi le tesi accusatorie sono state smentite dai processi, come nel caso di cinque persone a Palermo, assolte in Cassazione dall’accusa di appartenere a questa organizzazione<sup>84</sup>. Recentemente, un’inchiesta dei giornalisti Zach Campbell e Lorenzo D’Agostino pubblicata su *Bloomberg* ha sollevato dubbi sull’esistenza stessa della “Mafia nigeriana”, sostenendo che un documento chiave per le accuse, la cosiddetta “Bibbia Verde”, potrebbe essere un falso contenente passaggi copiati da film sulla mafia e documenti di altre organizzazioni criminali americane<sup>85</sup>.

Mentre le misure di perseguimento penale per contrastare la tratta tendono a focalizzarsi sulla lotta alla criminalità organizzata, trascurando così altri contesti di tratta, le misure a protezione dei diritti delle vittime sono ancora piuttosto carenti<sup>86</sup>. Un rapporto recente del Gruppo di esperti sulla lotta alla tratta di esseri umani (GRETA) del Consiglio d’Europa ha evidenziato come le politiche restrittive sull’immigrazione in Italia favoriscano un clima di criminalizzazione dei migranti, con il risultato che molte potenziali vittime non denunciano i loro casi alle autorità per paura di essere detenute e deportate<sup>87</sup>. Inoltre, le vittime di tratta sono spesso perseguite e condannate per reati commessi durante il loro sfruttamento, come il traffico di droga, il possesso di documenti d’identità falsi o l’ingresso irregolare nel paese<sup>88</sup>. Anche quando identificate correttamente, queste vittime raramente ricevono informazioni sui loro diritti o assistenza legale adeguata, che invece è fornita principalmente da ONG specializzate nella lotta alla tratta<sup>89</sup>.

3.2. Sostenitori dei diritti umani e studiosi di migrazioni criticano ampiamente l’approccio securitario dei governi, mettendo in discussione la sua efficacia e moralità. Nonostante ciò, molti di loro sono favorevoli e spesso invocano l’uso del diritto penale (nazionale o internazionale) per tutelare i diritti dei migranti e per contrastare la violenza e lo sfruttamento che essi subiscono nell’attraversare le frontiere ad opera di gruppi criminali<sup>90</sup>. Gli attivisti chiedono che i procedimenti penali passino dal criminalizzare l’immigrazione irregolare al punire coloro che causano e traggono profitto dallo sfruttamento e dalle sofferenze dei migranti<sup>91</sup>. Come ha spiegato Itamar Mann: «Mettere più persone in carcere può mai essere

<sup>81</sup> GRETA, *Evaluation Report: Italy. Third evaluation report: Access to justice and effective remedies for victims of trafficking in human beings*, GRETA(2024)03, Strasburgo 2024.

<sup>82</sup> Servizio Analisi Criminale del Dipartimento della Pubblica Sicurezza, Direzione Centrale della Polizia Criminale, *Tratta degli esseri umani in Italia: Focus*, Roma 2021. Sul punto, v. N. Zammarchi, *I secret cults nigeriani. Aspetti criminologici e penalistici di un fenomeno in espansione*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 2023.

<sup>83</sup> DIA, *Relazione del Ministro dell’Interno al Parlamento sull’attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia*, Roma 2021.

<sup>84</sup> Cass. 21.02.2023 n. 14444, in *CP* 2023.

<sup>85</sup> Z. Campbell e L. D’Agostino, *This Supposed Mafia Manifesto Doesn’t Stand Up to a Google Search*, in [www.bloomberg.com](http://www.bloomberg.com), 2023.

<sup>86</sup> F. Nicodemi, *Tratta di persone, schiavitù, sfruttamento lavorativo. Le diverse forme di protezione e di tutela accordabili in considerazione della varietà delle fattispecie e dei bisogni delle persone*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2024, 1 ss.

<sup>87</sup> GRETA, *op. cit.*

<sup>88</sup> GRETA, *op. cit.*

<sup>89</sup> GRETA, *op. cit.*

<sup>90</sup> I. Mann, *Border Violence as Crime*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law* 2021, 675 ss.; M. Pinto, *Discursive alignment*, *cit.*

<sup>91</sup> G. Raimondo, *Invisible Crimes: Accountability for Crimes against Migrants in Libya*, in *European Journal of*



una soluzione progressista a qualcosa? Forse non è una soluzione. Ma finché il carcere esiste, lasciamo che sia occupato da coloro che hanno commesso i crimini più gravi, piuttosto che da migranti e rifugiati»<sup>92</sup>.

In particolare, attivisti e organizzazioni per i diritti umani riconoscono il potenziale della normativa contro la tratta di persone e, perfino, contro il traffico di migranti, vedendo in queste disposizioni uno strumento per condannare le violazioni dei diritti dei migranti<sup>93</sup>. Sebbene gli Stati tendano a combattere questi fenomeni per ragioni di sicurezza nazionale piuttosto che per la protezione dei diritti umani<sup>94</sup>, tali sforzi di criminalizzazione, uniti ad attività di assistenza e sostegno per le vittime, sono visti come essenziali per assicurare giustizia alle vittime e ai soggetti più vulnerabili, nonché punire i loro potenti aguzzini<sup>95</sup>. Come sostiene Janie Chuang: «quando viene utilizzato in senso vittimocentrico ed è incentrato sulla tutela dei diritti, il diritto penale offre un indubbio strumento di giustizia per i più gravi abusi»<sup>96</sup>.

Anche il ricorso al diritto penale per tutelare i diritti dei migranti è motivato da, e a sua volta rafforza, politiche di antagonismo penale. In questo caso, la distinzione tra «noi» e «loro» viene stabilita tramite un linguaggio moralizzante. Per gli attivisti per i diritti umani, lo scontro non ha ad oggetto caratteristiche fisse, come l'etnia o la nazionalità, quanto piuttosto valori morali non negoziabili che appaiono minacciati dagli autori di tratta e di traffico. Di fronte alle gravissime violazioni dei diritti umani che subiscono i migranti, gli attivisti aspirano a usare la «voce morale»<sup>97</sup> del diritto penale per denunciare questi abusi e sottolineare la loro assoluta gravità. Questa prospettiva rispecchia la visione del sociologo Émile Durkheim del diritto penale come mezzo per manifestare disapprovazione morale, consolidare la solidarietà comunitaria e restaurare l'ordine morale infranto<sup>98</sup>. Pertanto, l'approccio vittimocentrico opera all'interno di un quadro moral-penale, che utilizza il linguaggio del bene e del male per distinguere chiaramente tra «noi» (i giusti difensori dei diritti umani) e «loro» (i malvagi violatori), utilizzando la pena per evidenziare questa distinzione<sup>99</sup>.

I sostenitori di un approccio vittimocentrico sostengono un utilizzo del diritto penale qualitativamente differente rispetto al suo utilizzo tipico da parte dei governi, piuttosto che una sua mera riduzione quantitativa<sup>100</sup>. Facendo leva sugli obblighi derivanti dal diritto penale internazionale e dal diritto internazionale dei diritti umani<sup>101</sup>, essi enfatizzano la necessità di un regime penale nei confronti degli autori degli abusi, assicurando al contempo che le vittime non siano penalizzate dal processo di criminalizzazione<sup>102</sup>. L'obiettivo è assicurare che «siano

---

*Migration* 2023, 328 ss.; L. Parsi e F. Vitarelli, *Attuazione delle politiche anti-migratorie e crimini contro l'umanità*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2023.

<sup>92</sup> I. Mann, *op. cit.*, 723.

<sup>93</sup> Il preambolo della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani definisce la tratta di esseri umani «una violazione dei diritti umani e un'offesa alla dignità e all'integrità dell'essere umano» (Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, firmata il 16.5.2005 a Varsavia ed entrata in vigore il 1.2.2008).

<sup>94</sup> A. Spena, *op. cit.*, 142.

<sup>95</sup> V. Militello, *op. cit.*

<sup>96</sup> J. A. Chuang, *Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law*, in *American Journal of International Law* 2014, 641 («when pursued in a victim-centered, rights-protective manner, criminal justice interventions unquestionably offer much-needed accountability and restitution for egregious wrongs»).

<sup>97</sup> A. Duff, *Punishment, Communication and Community: Studies in Crime and Public Policy*, Oxford 2001.

<sup>98</sup> É. Durkheim, *The Division of Labor in Society*, New York 1933.

<sup>99</sup> C. Mouffe, *Democracy, human rights and cosmopolitanism: an agonistic approach*, in *The Meanings of Rights: The Philosophy and Social Theory of Human Rights*, a cura di C. Douzinas e C. Gearty, Cambridge 2014, 181 ss.; C. Mouffe, *Agonistics*, cit.

<sup>100</sup> A. T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge 2010, 370.

<sup>101</sup> C. eur., 7.1.2010 *Rantsev c. Cipro e Russia*.

<sup>102</sup> art. 26 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, cit.

i trafficanti, e non le vittime, a finire dietro le sbarre»<sup>103</sup>. L'impiego di misure penali serve anche a contrastare le disuguaglianze di potere che alimenta la tratta di persone. La giustizia penale agirebbe quindi come bilanciamento, riducendo la vulnerabilità delle vittime e riequilibrando il rapporto tra paura e potere: l'idea è che il timore di conseguenze penali ridurrebbe la sicurezza e la prepotenza degli autori di tratta, rendendo meno vulnerabili le potenziali vittime<sup>104</sup>. Inoltre, alla macchina punitiva viene assegnata un ruolo simbolico ed espressivo contro chi viola i diritti umani. Punire soggetti ritenuti potenti attraverso il diritto penale mira a erodere il loro scudo di privilegi, promuovendo l'uguaglianza davanti alla legge<sup>105</sup>. La condanna di questi individui diventerebbe così un atto riparatorio per le vittime, offrendo loro un senso di giustizia e ristoro<sup>106</sup>.

I preamboli dei Protocolli di Palermo giustificano esplicitamente l'adozione di misure penali come necessarie per proteggere i «diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti» delle vittime della tratta<sup>107</sup> e «fornire ai migranti un trattamento umano e una piena tutela dei loro diritti»<sup>108</sup>. In attuazione di tali principi, i tribunali italiani hanno sviluppato una ricca giurisprudenza riguardante l'applicazione delle leggi italiane a reati commessi all'estero o in acque internazionali<sup>109</sup>. L'obiettivo principale è proteggere le vittime, prevenendo situazioni di impunità per gravi violazioni dei diritti umani e assicurando alla giustizia penale coloro che promuovono, organizzano e gestiscono il loro traffico e gli abusi contro di essi<sup>110</sup>. Un esempio significativo di questa estensione giurisdizionale è il caso *Deji*, deciso della Corte d'Assise di Agrigento, che ha condannato a più di 24 anni di reclusione un cittadino nigeriano per diversi reati, tra cui fattispecie associative finalizzate alla tratta di persone (artt. 416, 601 Cp e art. 4 l. 146/2006) e al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 co. 3 d.lgs. 286/1998)<sup>111</sup>. Secondo i pubblici ministeri, l'imputato era stato precedentemente detenuto in un centro di prigionia libico ed aveva accettato di seviziare altri migranti in cambio del trasporto gratuito in Italia<sup>112</sup>. Un altro caso in corso riguarda un eritreo accusato di essere a capo di un'organizzazione transnazionale per il traffico di migranti dall'Africa centrale all'Europa. Quest'uomo è stato arrestato nel 2022 dall'Interpol ad Addis Abeba ed estradato in Italia. Il processo presso la Corte d'Assise di Catania, dove sarebbero sbarcati i migranti che avrebbe aiutato a trafficare, è iniziato nel 2023. L'arresto è stato possibile grazie a una squadra di cooperazione internazionale congiunta, che ha coinvolto le autorità giudiziarie e di polizia di diversi Paesi europei, l'Europol e, dal 2022, la Corte Penale Internazionale (CPI)<sup>113</sup>. Il Procuratore della CPI ha dichiarato che l'ingresso nella squadra ha rappresentato un ulteriore passo avanti per assicurare alla giustizia i «trafficanti» che abusano dei «membri più vulnerabili

<sup>103</sup> R. Annison, *In the Dock: Examining the UK's Criminal Justice Response to Trafficking*, in [www.antislavery.org](http://www.antislavery.org), 2013.

<sup>104</sup> cf. CSJ, *It Happens Here: Equipping the United Kingdom to fight modern slavery*, in [www.centreforsocialjustice.org.uk](http://www.centreforsocialjustice.org.uk), 2013, 150.

<sup>105</sup> Amnesty International e Anti-Slavery International, *Memorandum on the draft European Convention on Action against Trafficking in Human Beings: Protection of the Rights of Trafficked Persons*, in [www.amnesty.org](http://www.amnesty.org), 2004, 10.

<sup>106</sup> G. Salvi, *Le organizzazioni criminali e il traffico di migranti*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 2016.

<sup>107</sup> Preambolo del Protocollo sulla tratta di esseri umani, cit.

<sup>108</sup> Preambolo del Protocollo contro il traffico di migranti, cit.

<sup>109</sup> A. Centonze, *op. cit.*, 68 ss.; M. Crippa, *La giustizia penale internazionale di fronte ai tribunali domestici*, Milano 2022.

<sup>110</sup> S. Manacorda, *Tratta e traffico di migranti*, cit.

<sup>111</sup> Ass. Agrigento, 16.7.2019 n. 2/2019.

<sup>112</sup> F. Patanè, *Agrigento: 24 anni e sei mesi di carcere per il torturatore del lager libico*, in [www.larepubblica.it](http://www.larepubblica.it), 16.7.2019.

<sup>113</sup> M. Capacci, *Human trafficking in Libya: the ICC promises, national courts act*, in [www.justiceinfo.net](http://www.justiceinfo.net), 2023.

della società, quelli che non hanno la possibilità di far valere i loro diritti umani fondamentali»<sup>114</sup>.

Anche il recente caso intorno alla mancata attuazione del mandato di arresto emesso dalla CPI nei confronti del capo della polizia giudiziaria libica Almasri evidenzia bene il ruolo cruciale della giustizia penale, nazionale e internazionale, per le organizzazioni e gli attivisti per i diritti umani. Mentre il governo ha confermato che la sua azione securitaria si applica solo ad alcuni migranti e che preferisce fare guerra agli “scafisti” piuttosto che arrestare chi controlla i flussi, accademici, esperti di giustizia penale internazionale e attivisti per i diritti umani hanno criticato duramente la decisione di rimandare Almasri in Libia<sup>115</sup>. Al di là delle questioni procedurali e del mancato rispetto degli obblighi internazionali da parte dell'Italia<sup>116</sup>, è stato sostenuto che la scelta italiana sia particolarmente deplorabile perché, quando si è presentata l'opportunità di processare (e punire) un vero e potente “trafficante”, l'Italia si è voltata dall'altra parte, negando giustizia ai migranti vittime dei suoi crimini<sup>117</sup>.

Dunque, il diritto penale emerge come strumento principale nella lotta contro gli autori di tratta e traffico, sia in chiave securitaria che vittimocentrica<sup>118</sup>. Analizzando come i meccanismi penali sono applicati nella pratica in Italia nel contesto migratorio, molti processi penali sembrerebbero assumere un duplice scopo: controllare i flussi migratori e proteggere i diritti dei migranti e delle vittime di tratta<sup>119</sup>. Le pene detentive più severe per condanne legate alla tratta appaiono spesso connesse a condanne per reati di immigrazione. Le autorità di frontiera, i pubblici ministeri e i giudici finiscono per agire come guardiani sia dei confini nazionali che della dignità dei migranti più vulnerabili. È, tuttavia, importante notare che questa «penalità di confine» colpisce prevalentemente i migranti razzializzati. Gli “scafisti”, i presunti “trafficienti” e “gli sfruttatori di esseri umani” arrestati e detenuti in Italia sono spesso migranti loro stessi, quasi tutti giunti sul territorio italiano attraverso la rotta mediterranea. D'altronde, il diritto penale non è uno strumento nelle mani degli attivisti per i migranti o delle singole vittime, ma richiede un'autorità istituzionale che faccia rispettare la legge e punisca i colpevoli. In un clima in cui le opinioni anti-immigrazione sono egemoniche, è più probabile che il diritto penale finisca per prendere di mira i migranti piuttosto che i loro sfruttatori (e così si è visto nel caso Almasri).

Dato il presunto legame tra gli autori di tratta e traffico e la criminalità organizzata italiana, sono generalmente le procure antimafia ad indagare sui crimini di tratta di persone e traffico di migranti. Dotate di vasti poteri investigativi, che includono l'uso intensivo di intercettazioni telefoniche e operazioni sotto copertura, queste procure hanno ampliato il loro raggio d'azione ben oltre i confini nazionali<sup>120</sup>. Non sono solo i governi a richiedere l'impiego di ampi poteri di polizia; sono gli stessi attivisti per i diritti umani a promuovere un uso crescente di misure

<sup>114</sup> K. A. Khan, *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Team on crimes against migrants in Libya*, in [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), 7.9.2022.

<sup>115</sup> SIDI - Società Italiana di Diritto Internazionale e Diritto dell'Unione Europea, *Sulla vicenda relativa alla liberazione e al rimpatrio di Osama Elmasry*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2025; C. Tarfusser, *Il caso Al-Masri ovvero come distruggere la, già ridotta, credibilità di un paese*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2025.

<sup>116</sup> Sul punto, v., per esempio, M. Crippa e L. Parsi, *I profili di responsabilità del generale libico Elmasry nel mandato di arresto della Corte penale internazionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2025.

<sup>117</sup> R. Noury, *Caso Almasri: la Libia e l'impunità hanno vinto, mentre l'Italia ci ha perso la faccia*, in [www.ilfattoquotidiano.it](http://www.ilfattoquotidiano.it), 23.1.2025.

<sup>118</sup> M. Pinto, *Discursive alignment of trafficking, rights and crime control*, cit.

<sup>119</sup> C. cost., 8.2.2022 n. 63, in *GCos* 2022, 4.3.

<sup>120</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*; M. Minetti, *International Legal Principles, Penal Populism and Criminalisation of 'Unwanted Migration': An Italian Cautionary Tale*, in *International Community Law Review* 2022, 358 ss.

di sorveglianza e strumenti forensi ad alta tecnologia<sup>121</sup>, nonché la creazione di unità operative di polizia specializzate «nella lotta contro la tratta degli esseri umani e nella protezione delle vittime»<sup>122</sup>. La strategia adottata dalle procure anti-mafia italiane mira a disarticolare le reti di traffico in Libia, arrestando membri di basso rango e proponendo accordi di collaborazione per risalire ai vertici dell'organizzazione<sup>123</sup>. Tuttavia, si osserva che, nella maggior parte dei casi, le operazioni antimafia sembrano essersi concentrate su migranti, etichettati come “scafisti” per aver pilotato imbarcazioni nel Mediterraneo, mentre raramente i capi delle reti criminali sono stati effettivamente processati e condannati<sup>124</sup>. In tribunale, la narrazione antagonista prevale: i presunti “scafisti” vengono ritenuti colpevoli per tutte le morti e gli abusi avvenuti in mare, anche in assenza di coinvolgimento diretto<sup>125</sup>. Un caso emblematico è quello dei “calciatori libici”, quattro migranti e calciatori semi-professionisti, accusati di aver guidato un'imbarcazione naufragata nel 2015, che ha portato alla morte di 49 persone. Nonostante alcune organizzazioni e giornalisti abbiano evidenziato incongruenze e contraddizioni nelle testimonianze<sup>126</sup>, la Corte di Cassazione ha confermato nel 2021 la loro condanna a 30 anni di carcere, giudicando insufficienti per annullare la sentenza i dubbi sollevati sull'affidabilità delle prove<sup>127</sup>.

Varie indagini e rapporti di organizzazioni per i diritti dei migranti hanno osservato che, nella lotta penale contro i presunti sfruttatori, le indagini rischiano spesso di essere condotte in fretta, come se l'obiettivo principale sia trovare un colpevole, più che garantire giustizia<sup>128</sup>. Un esempio emblematico riguarda le indagini successive al naufragio del 2013 vicino a Lampedusa, in cui persero la vita 368 persone. I procuratori antimafia italiani, nel tentativo di individuare i responsabili, si concentrarono su un contadino eritreo, estradato dal Sudan. Tuttavia, prove sostanziali, tra cui test del DNA, testimonianze e registrazioni audio, mostrarono ben presto che si trattava di un errore di identificazione, poiché il vero trafficante si trovava ancora in libertà a Kampala. Nonostante ciò, le autorità italiane hanno continuato a negare l'errore per anni, arrivando persino a intimidire attivisti e giornalisti che lo avevano denunciato, intercettando le loro comunicazioni. Dopo tre anni di detenzione, la Corte d'Assise di Palermo ha ammesso l'errore di identità dell'imputato, ma lo ha condannato comunque per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, poiché aveva aiutato quattro familiari e amici a raggiungere la Libia. La sentenza è stata successivamente confermata in appello<sup>129</sup>.

Questi casi, alimentati anche dalla retorica della lotta all'impunità e per la giustizia per le vittime, finiscono per legittimare una crescente incarcerazione e stigmatizzazione di migranti non-bianchi e non-europei. In un contesto in cui i confini sono già fortemente militarizzati, l'utilizzo del diritto penale per contrastare la tratta e il traffico, pur con buone intenzioni, rischia di rendere l'attraversamento del Mediterraneo ancora più pericoloso. L'urgenza di arrestare

<sup>121</sup> J.N. Ezeilo, *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children*, Joy Ngozi Ezeilo, A/HRC/20/18, Geneva 2012.

<sup>122</sup> art. 29(1) Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, cit.

<sup>123</sup> Z. Campbell e L. D'Agostino, *Italy's Anti-Mafia Directorate and the “Dirty Campaign” to Criminalize Migration*, in [www.theintercept.com](http://www.theintercept.com), 30.4.2021.

<sup>124</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*

<sup>125</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*

<sup>126</sup> *Press release: Italian High Court Sentences Libyan Football Players to 30 Years for Alleged Smuggling and Murder*, in [www.borderline-europe.de](http://www.borderline-europe.de), 2.7.2021.

<sup>127</sup> Cass 2.7.2021 n. 31652, in *CP* 2021. Sul punto, v. F. Curi, *La giurisdizione in alto mare: tra universalità tentata e territorialità consumata (commento a cassazione, sez. 1, 2 luglio 2021, n.31652)*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2022, 197 ss.

<sup>128</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*; Z. Campbell e L. D'Agostino, *op. cit.*

<sup>129</sup> F. Vassallo Paleologo, *Una condanna in appello malgrado l'errore di persona: esiste ancora il diritto di asilo?*, in [www.a-dif.org](http://www.a-dif.org), 2022.

presunti “trafficienti” e “scafisti” a ogni costo ha portato a pratiche pericolose per la vita dei migranti, come documentato da ARCI Porco Rosso e Alarm Phone<sup>130</sup>. Migranti esperti evitano di assumere il ruolo di capitani a causa dei rischi penali, lasciando le imbarcazioni a persone meno esperte. Durante il viaggio, i passeggeri sono spesso costretti a rimanere nascosti sottocoperta, rischiando l’asfissia. In alcuni casi, i migranti vengono trasferiti in acque internazionali su imbarcazioni inadeguate, mentre gli organizzatori del traffico fanno ritorno in Libia. Durante le operazioni di ricerca e soccorso, le autorità italiane sembrerebbero dare priorità all’identificazione degli “scafisti” piuttosto che al soccorso dei migranti. Le indagini penali hanno inoltre spinto all’organizzazione dei viaggi in maniera ancora più segreta, riducendo i tempi di pianificazione e aumentando i pericoli.

La «penalità di confine» non solo esacerba le difficoltà dei migranti, ma danneggia anche la qualità della democrazia. Quando attivisti per i diritti dei migranti e politici anti-immigrazione trattano la tratta e il traffico come questioni prettamente penali, si verifica una convergenza involontaria delle loro azioni<sup>131</sup>. Questa prospettiva penalizzante limita la diversità delle strategie politiche<sup>132</sup> e distoglie l’attenzione da un dibattito politico sostanziale. La migrazione, un argomento politico complesso che tocca interessi e valori contrapposti viene ridotta a un fenomeno causato principalmente da “vile criminalità”. Di conseguenza, questioni che meriterebbero una discussione approfondita in chiave politica sono degradate a meri reati da perseguire in tribunale<sup>133</sup>. La «penalità di confine» favorisce e finanzia un sistema in cui le istituzioni giudiziarie diventano la soluzione preimpostata ai problemi sociali, a discapito di un dibattito politico, anche acceso ma fondamentale per la democrazia<sup>134</sup>. Inoltre, tale antagonismo penale devia l’attenzione dal ruolo delle leggi e delle politiche governative nell’incoraggiare pratiche di sfruttamento, quali la criminalizzazione del lavoro sessuale, la sorveglianza intensiva delle frontiere, la deregolamentazione del mercato del lavoro e la riduzione di programmi di assistenza sociale<sup>135</sup>. Questo approccio disincentiva anche l’esplorazione e il finanziamento di soluzioni alternative non statali, come iniziative comunitarie e di assistenza e supporto reciproco volte a proteggere e sostenere individui marginalizzati e vulnerabili<sup>136</sup>, e tende a promuovere progetti *top-down* che escludono le stesse comunità che le politiche anti-tratta intendono aiutare<sup>137</sup>.

4. Tamar Pitch, in un libro che critica l’uso politico del potenziale simbolico del penale, si chiede: «si può sul serio pensare che sfruttamento, oppressione, disuguaglianza di risorse, di potere (anche simbolico), discriminazioni varie si possono affrontare con la giustizia penale?»<sup>138</sup>. La sua risposta è chiara: «la giustizia penale sembra offrire una soluzione semplice e a portata di mano. Solo che non è la soluzione, e nemmeno parte della soluzione: piuttosto, è

<sup>130</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*

<sup>131</sup> M. Pinto, *Discursive alignment*, cit., 136.

<sup>132</sup> C. Aradau, *op. cit.*, 15.

<sup>133</sup> cf. C. Invernizzi Accetti, *Repoliticizing Environmentalism: Beyond Technocracy and Populism*, in *Critical Review* 2021, 47 ss.

<sup>134</sup> T. Pitch, *op. cit.*

<sup>135</sup> cf. J. A. Chuang, *Rescuing Trafficking from Ideological Capture: Prostitution Reform and Anti-Trafficking Law and Policy*, in *University of Pennsylvania Law Review* 2010, 1694.

<sup>136</sup> Commissione Europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the EU Strategy on Combatting Trafficking in Human Beings 2021-2025*, COM(2021) 171 final, Bruxelles 2021.

<sup>137</sup> R. Broad e N. Turnbull, *From Human Trafficking to Modern Slavery: The Development of Anti-Trafficking Policy in the UK*, in *European Journal on Criminal Policy and Research* 2019, 130.

<sup>138</sup> T. Pitch, *op. cit.*, 52 s.

una parte consistente del problema»<sup>139</sup>. In effetti, il diritto penale non è in grado di affrontare le complesse dinamiche sociali, economiche e politiche che sottendono le migrazioni di massa, le risposte securitarie dei governi, nonché gli abusi e l'illegalità ad esse connesse. Piuttosto, la soluzione alla violenza e allo sfruttamento legati ai traffici nel Mediterraneo va ricercata in un approccio agonista, che affronti le migrazioni come questione puramente politica, piuttosto che penale.

È risaputo che lo sfruttamento, la tratta e il traffico di migranti avvengono perché le persone provenienti dal sud globale desiderano spostarsi verso il nord globale. Per molti di loro, ciò è possibile solo affidandosi a qualcuno che, illegalmente, organizza il loro passaggio attraverso i confini. È, dunque, ingenuo ed essenzialmente inutile affrontare la tratta e il traffico senza prima considerare il più ampio tema politico della gestione dell'immigrazione. Di fronte a questa questione, visioni divergenti sul futuro inevitabilmente si scontrano, spesso con toni aspri. La natura conflittuale del dibattito tra attivisti pro-immigrazione e governi contrari è anche radicata in relazioni di potere asimmetriche e altre dinamiche strutturali, come il conflitto di classe e l'iniqua distribuzione delle risorse a livello globale. Ciò che è cruciale non è l'eliminazione del conflitto politico riducendo la migrazione a una mera questione amministrativa apolitica e neppure la traslazione del conflitto verso il nemico comune degli "sfruttatori" e dei "trafficienti". Piuttosto, gli attivisti pro-immigrazione dovrebbero instaurare un rapporto agonistico con le istituzioni statali responsabili delle politiche migratorie. Queste istituzioni dovrebbero essere viste sia come ostacoli che come potenziali risorse contro la lotta alla violenza e allo sfruttamento legati alle migrazioni; in altre parole, come avversari temporanei che, tramite l'azione politica, possono essere trasformati e orientati verso politiche più favorevoli ai migranti. La dimensione antagonista non viene eliminata, perché la lotta tra progetti politici opposti (pro o contro la migrazione) non è facilmente conciliabile. Rimane un conflitto, ma che si svolge «in condizioni regolate da un insieme di procedure democratiche accettate dagli avversari»<sup>140</sup>, piuttosto che attraverso la criminalizzazione e la demonizzazione di un nemico comune.

Se ci schieriamo dalla parte dei migranti e contro il loro sfruttamento, l'approccio agonista ci invita ad affrontare la tratta (e, volendo, anche il traffico di migranti) a partire dalle loro cause sociopolitiche: quali responsabilità hanno le politiche dei governi europei nel creare le condizioni in cui lo sfruttamento di esseri umani e la violenza contro i migranti diventano possibili? Quali azioni si possono intraprendere per rimediare a queste responsabilità e quali soluzioni vanno proposte? La formulazione e l'implementazione delle risposte richiedono un'azione politica informata dalle esperienze concrete dei migranti.

In primo luogo, è necessario ascoltare i migranti e le loro esperienze. Le prospettive e le esperienze delle comunità più vulnerabili alla tratta e alle violenze legate al traffico di migranti sono abitualmente trascurate per la loro natura politicamente scomoda<sup>141</sup>. Ciò è dovuto principalmente al fatto che tali comunità includono migranti irregolari e lavoratori stranieri precari, spesso impiegati nel settore informale, come le lavoratrici del sesso. Ascoltando attentamente questi gruppi, si comprende che soluzioni semplicistiche, come l'arresto e la detenzione di singoli "trafficienti" (che spesso sono migranti essi stessi), sono inefficaci. Si rivela invece l'importanza di affrontare questioni più ampie e complesse come disuguaglianza e povertà, carenza di canali legali d'immigrazione e politiche del lavoro che favoriscono lo sfruttamento<sup>142</sup>. Le comunità di migranti non solo devono essere messe nelle condizioni di

<sup>139</sup> T. Pitch, *op. cit.*, 53.

<sup>140</sup> C. Mouffe, *Agonistics*, cit., 9.

<sup>141</sup> International Committee on the Rights of Sex Workers in Europe, *Missed Opportunities and Exclusion: Sex Workers Reflect on Two Decades of Anti-trafficking*, in *op. cit.*, a cura di J. Quirk, N. Howard e C. Thibos, 28.

<sup>142</sup> M.G. Giammarinaro, *Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and*

contribuire con le loro testimonianze alle politiche anti-tratta e anti-sfruttamento, ma devono esse stesse diventare il motore trainante del cambiamento all'interno di tali politiche.

In secondo luogo, è necessario comprendere e affrontare le responsabilità statali. La ricerca migratoria mostra che i migranti sono spesso consapevoli dei pericoli legati all'attraversamento dei confini<sup>143</sup>. Se decidono di intraprendere viaggi costosi e pericolosi, è perché percepiscono i benefici della migrazione come superiori ai rischi<sup>144</sup>. Tuttavia, questo forte desiderio di mobilità si scontra con gli sforzi degli stati del nord globale di controllare i flussi migratori e bloccare l'accesso a gruppi indesiderati. La militarizzazione delle frontiere e la simultanea riduzione di canali legali e sicuri di immigrazione hanno creato un ambiente che favorisce lo sfruttamento da parte di individui senza scrupoli e un mercato per i servizi di migrazione irregolare<sup>145</sup>. È vero che alcuni individui approfittano della vulnerabilità politicamente indotta dei migranti irregolari e non si fanno problemi a sfruttare e abusare soggetti più vulnerabili. Tuttavia, gli approcci dominanti alla tratta e al traffico tendono a dipingere tutti coloro che facilitano il trasporto di migranti come vili criminali, distogliendo l'attenzione dalla vera radice del problema: le politiche statali di controllo dei flussi migratori<sup>146</sup>.

In terzo luogo, è necessario impegnarsi politicamente per porre fine alle politiche anti-immigrazione statali. Se è vero che, senza confini militarizzati, il potere di coloro che sfruttano e abusano i migranti si ridurrebbe notevolmente, allora è essenziale opporsi fermamente alle politiche di controllo dei flussi migratori e promuovere politiche di confini aperti<sup>147</sup>. Questo significherebbe quasi certamente la fine del supporto a campagne anti-tratta e anti-traffico da parte delle élite politiche ed economiche, ma ciò consentirebbe di focalizzarsi sulle radici del problema anziché sui loro sintomi. Si ritiene spesso che, nella lotta contro la tratta e il traffico, sia necessario cercare di ottenere un consenso trasversale, sull'assunto che il contrasto alla violenza e allo sfruttamento dovrebbe mettere tutti d'accordo. Questa prospettiva, però, tende a consolidare la percezione della tratta e del traffico come problemi di natura tecnica e amministrativa, ignorando l'intricato sistema di natura politica, socio-economica e valoriale che ne è alla base<sup>148</sup>.

Poiché è lo Stato a creare o rafforzare le cause della tratta e delle migrazioni irregolari, esso ha anche il potere di correggerle<sup>149</sup>. Non tutte le manifestazioni di violenza e sfruttamento sono risolvibili attraverso l'intervento statale, poiché sono influenzate anche da complessi fattori economici e sociali. Tuttavia, laddove si riconosca una responsabilità statale nel generare le condizioni che favoriscono la tratta e lo sfruttamento di esseri umani, è necessario instaurare un rapporto agonistico-conflittuale con lo Stato (o l'UE) e le sue istituzioni al fine di riorientare le politiche verso un approccio più favorevole ai migranti<sup>150</sup>. Si tratta certo di un compito arduo, quella che Gramsci chiamerebbe una «guerra di posizione», da condurre su più fronti, sia istituzionali che extra-istituzionali<sup>151</sup>. Esistono già iniziative in questo senso, spesso messe in ombra dai tentativi, certamente più altisonanti ma meno efficaci, di arrestare e punire presunti «trafficienti» e «scafisti». I migranti, nonostante siano esclusi dalle istituzioni e dalla

---

*children*, A/70/260, New York 2015, 20.

<sup>143</sup> J. O'Connell Davidson, *The Right to Locomotion?*, cit., 160.

<sup>144</sup> Andersson, *Illegality, Inc.*, Oakland 2014.

<sup>145</sup> J. O'Connell Davidson, *The Right to Locomotion?*, cit., 165; J. A. Chuang, *Rescuing Trafficking*, cit., 1702 s.; S. Zirulia, *op. cit.*, 63 ss.

<sup>146</sup> J. O'Connell Davidson, *The Right to Locomotion?*, cit., 165.

<sup>147</sup> M. Tazzioli e N. De Genova, *Border Abolitionism: Analytics/Politics*, in *Social Text* 2023, 1 ss.

<sup>148</sup> J. Quirk, *Are We Better Off on the Inside? Modern Slavery and Human Trafficking as Platforms for Political Mobilisation*, in *op. cit.*, a cura di J. Quirk, N. Howard e C. Thibos, 9.

<sup>149</sup> V. Mantouvalou, *Structural Injustice and Workers' Rights*, Oxford 2023.

<sup>150</sup> cf. A. Terwiel, *The Revolutionary Politics of Abolition*, in *Polity* 2023, 662 ss.

<sup>151</sup> C. Mouffe, *Agonistics*, cit.

cittadinanza, hanno talvolta ottenuto un riconoscimento come interlocutori politici e promosso cambiamenti positivi per i loro diritti<sup>152</sup>. Ad esempio, i braccianti migranti in Puglia hanno combattuto contro lo sfruttamento e migliorato le loro condizioni di vita e di lavoro attraverso l'auto-gestione e la creazione di para-sindacati<sup>153</sup>. Anche le ONG che soccorrono i migranti nel Mediterraneo rappresentano forme di lotta extra-istituzionale. Nonostante le accuse di essere «taxi del mare» o «amici dei trafficanti»<sup>154</sup>, queste organizzazioni prendono la legge «nelle loro mani» e la perseguono dal basso, «loro malgrado e mossi dal desiderio di giustizia»<sup>155</sup>. Come afferma una ONG sul suo sito web, la loro azione è «obbedienza civile e disobbedienza morale»: disobbedienza alle politiche anti-immigrazione; obbedienza «alle leggi costituzionali e internazionali, alla dichiarazione dei diritti umani e alla legge del mare»<sup>156</sup>.

Infine, è necessario superare l'utilizzo del diritto penale come strumento per contrastare la tratta e il traffico: non solo in un'ottica securitaria, ma anche in un'ottica di tutela delle vittime e dei loro diritti. Una politica agonista a favore dei migranti non mira a cancellare improvvisamente ogni confine o qualsiasi avversione all'immigrazione nella società, poiché entrambe le azioni comporterebbero le loro forme di violenza<sup>157</sup>. L'obiettivo è piuttosto quello di promuovere un clima politico che rifiuti ogni violenza e sfruttamento nei confronti dei migranti. Ciò richiede ovviamente cambiamenti sostanziali a livello globale. Un primo passo, anche se non in sé risolutivo, consiste nel favorire una maggiore sensibilità critica verso la violenza e le ingiustizie razziali perpetuate dalla «penalità di confine», che sia essa motivata da un approccio securitario o vittimocentrico<sup>158</sup>. Come osservato, la strategia prevalente in Italia e in altri paesi del nord globale è stata quella di criminalizzare le azioni degli autori di tratta e di traffico. Organizzazioni per i diritti umani talvolta approvano misure penali se motivate dal voler tutelare i diritti delle vittime. Questo metodo, indipendentemente dalle motivazioni, non solo si è dimostrato inefficace, in quanto ignora le cause politiche, sociali ed economiche che stanno alla base delle migrazioni, ma ha anche spesso provocato «danni collaterali» molto più gravi rispetto ai benefici ottenuti<sup>159</sup>. Nonostante le politiche a favore dei migranti incontrino difficoltà nell'essere implementate, favorire il superamento del diritto penale nel contrasto a questi fenomeni può contribuire a mitigare la sofferenza dei migranti, spostando parte dell'attenzione dall'azione giudiziaria a soluzioni più politiche alla violenza e allo sfruttamento.

I trattati internazionali contro la tratta di persone e il traffico di migranti ai quali l'Italia aderisce si focalizzano prevalentemente sulla repressione delle azioni degli autori dei reati, piuttosto che sulle cause strutturali dello sfruttamento e delle violenze che subiscono i migranti. Una possibile strategia volta a decelerare l'utilizzo del penale, che al contempo non implicherebbe abbandonare i trattati esistenti, potrebbe far leva, da un lato, sulle norme internazionali che già prevedono la non punibilità delle vittime e, dall'altro, sulla flessibilità e discrezionalità

<sup>152</sup> C. Fernández-Bessa, *A theoretical typology of border activism: From the streets to the Council*, in *Theoretical Criminology* 2019, 156 ss.

<sup>153</sup> A. Corrado, F. Caruso e C. Macciani, *Migrazioni, sindacalismo e autorganizzazione nelle campagne*, in *Mondi Migranti* 2023, 133 ss.

<sup>154</sup> E. Cusumano e F. Bell, *op. cit.*

<sup>155</sup> F. Mégret, *Activists on the High Seas: Reinventing International Law from the Mare Liberum?*, in *International Community Law Review* 2021, 368.

<sup>156</sup> *what we do, Mediterranean Saving Humans*, in [www.savinghumansusa.org](http://www.savinghumansusa.org). Sui risvolti penale della «disobbedienza consapevole», v. A. Evangelisti, *Dilemmi pratici e giuridici della disobbedienza consapevole*, in [www.lalegislationepenale.eu](http://www.lalegislationepenale.eu), 2025.

<sup>157</sup> M.I. Ticktin, *op. cit.*, 225.

<sup>158</sup> M. Tazzioli e N. De Genova, *op. cit.*, 5.

<sup>159</sup> GAATW, *Collateral Damage: The Impact of Anti-Trafficking Measures on Human Rights around the World*, Bangkok 2007.



concessa agli stati dalle disposizioni generali dei trattati<sup>160</sup>. In effetti, nonostante alcuni principi cardine, i trattati lasciano agli stati un buon margine di autonomia e creatività nell'affrontare la tratta e il traffico a livello nazionale<sup>161</sup>.

Innanzitutto, l'Italia potrebbe introdurre esplicitamente una norma specifica nel proprio ordinamento che sancisca il principio di non punibilità per le vittime di tratta e per le persone trafficate, qualora siano coinvolte in attività illegali a causa della loro situazione<sup>162</sup>. Sebbene l'attuale normativa italiana non contempli esplicitamente tale disposizione, la giurisprudenza ha talvolta raggiunto lo stesso obiettivo interpretando lo stato di necessità, codificato nell'articolo 54 Cp, in chiave scusante, in maniera conforme alle Convenzioni del Consiglio d'Europa e alla normativa dell'UE<sup>163</sup>. La non punibilità della vittima (o della persona trafficata), piuttosto che la punibilità dell'autore di tratta (o di traffico), dovrebbe diventare il criterio interpretativo cardine della disciplina in materia migratoria<sup>164</sup>. A tal fine, il principio di non punibilità dovrebbe essere esteso il più possibile (se non per via legislativa, almeno per via giurisprudenziale), includendo non solo coloro già identificati come vittime di tratta, ma anche ogni migrante oggetto di traffico, plausibilmente a rischio di abusi. Insieme alla non punibilità, dovrebbero essere adottate e rafforzate disposizioni chiare che impediscano la detenzione amministrativa, l'espulsione dal territorio italiano e il rimpatrio non volontario dei migranti vittime di tratta o che denunciano sfruttamento e violenze<sup>165</sup>.

Inoltre, l'Italia dovrebbe decriminalizzare nella sua totalità il lavoro sessuale<sup>166</sup>, così come ogni altro comportamento che non costituisce «sfruttamento» secondo la definizione del Protocollo sulla tratta<sup>167</sup>. La decriminalizzazione dovrebbe anche avere ad oggetto i reati di ingresso, soggiorno e reingresso illegale nel territorio italiano da parte di uno straniero non comunitario<sup>168</sup>, nonché il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina quando questo non costituisce «traffico di migranti» come definito dal Protocollo contro il traffico di migranti<sup>169</sup>. La nuova normativa dovrebbe esplicitamente considerare lo scopo di lucro come elemento costitutivo del reato di traffico di migranti, escludendo al contempo la responsabilità dei migranti oggetto di traffico e di coloro che agiscono per motivi altruistici e umanitari<sup>170</sup>.

<sup>160</sup> cf. M.G. Giammarinaro, *Concluding remarks by UN Special Rapporteur on Trafficking in Persons Maria Grazia Giammarinaro*, in AA.VV., *20 Years After: Implementing and Going Beyond the Palermo Protocol*, Geneva 2020.

<sup>161</sup> A. Di Martino, *Inter-Legality and Criminal Law*, in *The Challenge of Inter-Legality*, a cura di J. Klabbers e G. Palombella, Cambridge 2019, 261 s.; P. Kotiswaran, *Protocol at the Crossroads: Rethinking anti-trafficking law from an Indian labour law perspective*, in *Anti-Trafficking Review* 2015, 33 ss.

<sup>162</sup> art. 26 Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, cit.; dir. anti-tratta dell'UE, dir. 2011/36/UE; C. eur., 16.2.2021, *VCL e AN c. Regno Unito*. Per una discussione sul tema dell'effettiva applicazione del principio di non punibilità delle vittime di tratta, v. D. Mancini, *Il principio di non punibilità delle vittime di tratta*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2022, 267 ss.

<sup>163</sup> Cass., 16.11.2023, n. 2319 in *CP* 2023. Sul punto, L. Ricci, *Protecting the vulnerable offender: the non-punishment of the victim of trafficking within the Italian penal system*, in [www.adimblog.com](http://www.adimblog.com), 2024.

<sup>164</sup> In questa direzione, le proposte interpretative in A. Di Martino, *Supporto organizzato e supporto individuale a migranti non autorizzati*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza* 2023, 1 ss.; A. Spena, *op. cit.*

<sup>165</sup> F. Nicodemi, *op. cit.*

<sup>166</sup> Gruppo Esperte/i contro sfruttamento e tratta, *Osservazioni critiche sul disegno di legge Maiorino in materia di prostituzione*, in [www.giammarinaro.net](http://www.giammarinaro.net), 2022; N. Vuolajärvi, *Criminalizzare l'Acquisto di Servizi Sessuali: Esperienze dai Paesi Nordici*, London 2022; Collettivo Ombre Rosse, *Siamo ombre rosse: sex worker transfemministe contro la violenza, lo stigma e la criminalizzazione*, in *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia: Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, a cura di G. Garofalo Geymonat e G. Selmi, Torino 2022, 137 ss.; M. Smith e J. Mac, *Revolted Prostitutes: The Fight for Sex Workers' Rights*, Londra 2020.

<sup>167</sup> art. 3 Protocollo sulla tratta di esseri umani, cit.

<sup>168</sup> artt. 10-bis, 13 co. 13 e 13 co. 13-bis TuImm.

<sup>169</sup> art. 3 Protocollo contro il traffico di migranti, cit.

<sup>170</sup> Il Tribunale di Bologna ha recentemente rimesso una questione alla Corte di giustizia dell'UE, chiedendo se il

Infine, è necessario un approccio che sfidi direttamente il paradigma punitivo dominante nell'attuale politica migratoria italiana. Tale strategia dovrebbe promuovere l'abrogazione delle disposizioni di «*crimmigration*» presenti nel Testo Unico sull'Immigrazione e porre fine all'uso di eccezionali poteri antimafia sia per proteggere le vittime che per contrastare i flussi migratori<sup>171</sup>. Tutto ciò non sarebbe comunque sufficiente a superare l'utilizzo del penale in materia migratoria, ma probabilmente aiuterebbe a ridurne considerevolmente l'uso.

5. Non si può ignorare il ruolo che le politiche anti-migrazione giocano nel favorire lo sfruttamento e la violenza legati alla tratta di persone e al traffico di migranti. Dovrebbe apparire paradossale quando Meloni o altri leader politici europei condannano a gran voce «le bande di trafficanti» che «sfruttano e traggono profitto dalla miseria dei più vulnerabili»<sup>172</sup>, mentre sono essi stessi a promuovere politiche migratorie che spingono i migranti tra le braccia dei loro sfruttatori. Eppure, nonostante le critiche rivolte alle misure anti-immigrazione del governo italiano, attivisti e organizzazioni per i diritti umani trovano un punto di accordo con Meloni riguardo alle misure contro la tratta e, talvolta, il traffico di esseri umani: i cosiddetti «trafficienti» sono ritenuti la causa principale di violenze e sfruttamento e, pertanto, devono essere severamente puniti.

Questo saggio ha evidenziato come, nella lotta contro la tratta e il traffico, tanto i governi quanto le organizzazioni per i diritti umani adottino un approccio basato sull'antagonismo penale, identificando in coloro che facilitano queste pratiche il nemico principale e nell'azione penale la soluzione preferita. Tuttavia, questo approccio panpenalista in materia migratoria non solo non riesce a contrastare gli abusi, ma porta anche all'incarcerazione di un numero sempre più elevato di migranti e distoglie l'attenzione dal ruolo cruciale delle politiche anti-migratorie nel creare condizioni di sfruttamento e violenza. Ispirandosi al lavoro di Mouffe, il saggio ha proposto un approccio politico agonista come alternativa: anziché concentrarsi sulla criminalizzazione dei presunti autori di tratta e di traffico, si è suggerito di instaurare un rapporto agonistico con le istituzioni statali responsabili delle politiche migratorie. Attraverso lotte sia istituzionali che extra-istituzionali, l'azione e le risorse dello Stato dovrebbero essere reindirizzate verso politiche più favorevoli ai migranti. È vero che il passaggio da antagonismo penale ad agonismo politico è difficile senza cambiamenti nelle condizioni globali che inducono alla migrazione e favoriscono le politiche securitarie dei governi. Tuttavia, sforzi in questa direzione potrebbero contribuire a mitigare l'uso della «penalità di confine», attenuando così una delle principali fonti di violenza contro i migranti.

---

reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sia compatibile con il diritto dell'UE, considerando che non prevede lo scopo di lucro come elemento costitutivo del reato e, allo stesso tempo, non obbliga gli Stati membri a escludere la responsabilità di coloro che agiscono per motivi altruistici e umanitari. Cfr. T. Bologna, ord. 17.7.2023. Sul punto, v. M. F. Angori, *La "criminalizzazione della solidarietà" nella normativa italiana ed europea: criticità e prospettive di riforma per la promozione di un'immigrazione sostenibile*, in AP 2023, 1 ss. Nelle conclusioni del 7.11.2024, l'avvocato generale R. de la Tour ha ritenuto che il diritto dell'UE non escluda la punibilità di chi favorisce l'immigrazione clandestina per ragioni umanitarie. Tuttavia, ha sottolineato che il giudice nazionale deve poter distinguere tra chi agisce per necessità o solidarietà e chi opera con dolo e scopo di lucro.

<sup>171</sup> ARCI Porco Rosso and Alarm Phone, *op. cit.*

<sup>172</sup> *Lotta al traffico di esseri umani*, cit.

## LA RIFORMA NORDIO (L. N. 114/2024) IN TEMA DI IMPUGNAZIONI: NOTE PROBLEMATICHE

di Antonino Pulvirenti (*Professore associato di diritto processuale penale, Università Lumsa Palermo*)

Il contributo si propone di analizzare le modifiche apportate dalla “Riforma Nordio” agli artt. 581 e 593 c.p.p. Gli interventi, in tema, rispettivamente, di requisiti formali di ammissibilità delle impugnazioni e di appellabilità, da parte del pubblico ministero, delle sentenze di proscioglimento, sembrano, da una parte, voler prendere le distanze dalla “logica collaborazionista” recentemente intrapresa dalla “Riforma Cartabia” (2022) e, dall’altra, voler “rivitalizzare” il *favor innocentiae* invocato dalla “Riforma Pecorella” (2006) a giustificazione dei limiti opponibili al potere di impugnazione del pubblico ministero. I risultati, tuttavia, si espongono a molteplici critiche, sia per l’incompletezza di cui appare ora affetta la disciplina della *vocatio in iudicium* nel giudizio di appello sia per la dubbia “tenuta costituzionale” dei nuovi artt. 581 comma 1-*quater* e 593 comma 2 c.p.p.

The contribution aims to analyze the changes made by the "Nordio Reform" to Articles 581 and 593 of the Code of Criminal Procedure. The interventions, regarding, respectively, the formal requirements for admissibility of appeals and appealability, by the public prosecutor, of acquittals, seem, on the one hand, to want to distance themselves from the "collaborationist logic" recently undertaken by the "Cartabia Reform" (2022) and, on the other, to want to "revitalize" the *favor innocentiae* invoked by the "Pecorella Reform" (2006) to justify the limits that can be applied to the public prosecutor's power of appeal. The results, however, are exposed to multiple criticisms, due to the incompleteness that now appears to affect the discipline of the *vocatio in iudicium* in the appeal judgment and due to the dubious "constitutional validity" of the new Articles 581 paragraph 1-*quater* and 593 paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure

SOMMARIO: 1. I lavori preparatori della riforma, tra riflessioni, pressioni e disattenzioni. – 2. L’abrogazione dell’art. 581 co. 1-*ter* Cpp. – 3. Il riassetto dello “specifico mandato” difensivo per l’impugnazione della sentenza emessa nei confronti dell’imputato assente. - 4. Ridotti i margini di appellabilità delle sentenze di proscioglimento da parte del Pubblico Ministero. – Breve riflessione finale: ancora una “riforma *spot*”.

1. La legge 9.8.2024 n. 114, comunemente indicata come “Riforma Nordio” per essere stata promossa dall’attuale Guardasigilli Carlo Nordio, ha introdotto modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all’ordinamento giudiziario e al codice dell’ordinamento militare<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per una analisi panoramica della l. n. 114/2024, cfr. AA.VV., *Dossier. Le riforme Nordio 2024*, Napoli 2024, 3-94; *Riforma Nordio. Commento alla legge n. 114 del 9 agosto 2024*, a cura di V. Giordano, Torino 2024; A. Barletta, *La riforma Nordio in materia penale. Una panoramica d’insieme ed alcune considerazioni critiche*, in *Osservatorio cost.* 2004, (5), 81 ss.; V. de Gioia – S. Grassi, *Le riforme Nordio. Commento alle modifiche al Codice penale e al Codice di procedura penale*, Piacenza 2024. Per ulteriori approfondimenti, in relazione alla materia processuale penale, cfr. L. Acampora, *Riforme in materia di misure cautelari personali: l’interrogatorio preventivo e la decisione collegiale per l’applicazione della custodia in carcere*, in AA.VV., *Dossier*, cit., 28 ss.; L. Acampora, *Decorrenza dell’efficacia delle norme in materia di composizione collegiale del giudice per le indagini preliminari*, in AA.VV., *Dossier*, cit., 91 ss.; M. Autieri, *Ddl Nordio, riforma della giustizia? Questioni (irrisolte) di diritto sostanziale e di diritto processuale*, in *Dir. pen. globalizzazione* 2023, 95 ss.; G. Biondi, *L’art. 581, co. 1-ter e 1-*quater*, Cpp, tra (frettolosi) interventi legislativi correttivi e questioni rimesse alle Sezioni unite*, in *www.sistemapenale.it*, 7.8.2024; I. Borasi, *Interrogatorio cautelare preventivo come prologo per indagini*

In verità, così come accaduto in passato per altre leggi di riforma in materia processuale penale<sup>2</sup>, l'uso della suddetta espressione si giustifica esclusivamente per comodità espositiva e non certo per l'oggettivo contenuto della legge, la cui frammentarietà è antitetica a quel carattere di organicità e sistematicità che contraddistingue, per sua natura, una “vera” riforma, ovverosia qualcosa che si pone l'obiettivo di dare “nuova forma” a un complesso normativo preesistente<sup>3</sup>. La considerazione, poi, è ancor più pertinente se riferita a ciò che costituisce l'oggetto del presente contributo: le modifiche apportate alla disciplina codicistica sulle impugnazioni. Si tratta di appena tre disposizioni, due relative alle impugnazioni in generale e una esclusivamente all'appello.

Le prime due intervengono sull'art. 581 Cpp, del quale abrogano il co. 1-ter e modificano il successivo co. 1-quater. La parte espunta è quella secondo cui «con l'atto d'impugnazione delle parti private e dei difensori» doveva essere «depositata, a pena d'inammissibilità, la dichiarazione o elezione di domicilio, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio». La parte, invece, modificata concerne lo «specifico mandato» che, nel «caso di imputato rispetto al quale si è proceduto in assenza», il difensore deve, sempre «a pena di inammissibilità», depositare «con l'atto d'impugnazione ... rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio». In tale disposizione l'art. 2 co. 1 lett. o, l. n. 114/2024 ha inserito le parole «di ufficio» dopo le parole «del difensore», circoscrivendo, così, solo al suddetto la prescrizione formale ivi prevista.

---

*preliminari “trasparenti”*: elucubrazioni per un fantastic voyage, in *RP* 2024, 1170 ss.; P. Bronzo, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12.4.2024; S.F. De Rosa, *Tutela del segreto difensivo e divieto di pubblicazione*, in *AA.VV.*, *Dossier*, cit., 28 ss.; S.F. De Rosa, *Modifica alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale*, in *AA.VV.*, *Dossier*, cit., 78 ss.; G. Della Monica, *L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento per i reati a citazione diretta*, in *Riforma Nordio*, a cura di V. Giordano, cit., 99 ss.; T. Di Candia, *Legge Nordio e art. 581, co. 1-quater Cpp: potenziali ricadute sulla tenuta costituzionale dello specifico mandato a impugnare*, in *ANPP* 2024, 543 ss.; M. Gialuz, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 22.7.2024; G. Illuminati, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in *RIDPP* 2023, 883 ss.; F. Lombardi, *Le modifiche in tema di informazione di garanzia*, in *AA.VV.*, *Dossier*, cit., 70 ss.; F. Lombardi, *Le modifiche in tema di impugnazioni: l'alleggerimento degli oneri difensivi e l'erosione dei poteri del Pubblico Ministero*, in *AA.VV.*, *Dossier*, cit., 73 ss.; E. Lorenzetto, *Informazione di garanzia e impugnazioni dopo la legge Nordio: l'eterno ritorno*, in *DPP* 2024, 1155 ss.; L. Ludovici, *Disegno di legge c.d. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, in *questa Rivista*, 7.5.2024; L. Ludovici, *Le novità della legge Nordio in materia cautelare: i contenuti, i problemi, le (possibili) soluzioni*, in *DPP* 2024, 1139 ss.; M. Giordano, *Le novità della riforma “Nordio” in materia di intercettazioni*, in *Riforma Nordio*, a cura di V. Giordano, cit., 73 ss.; M. Malerba, *Osservazioni sul contraddittorio anticipato in ambito cautelare. Note a margine del d.d.l. S. n. 808 (cd. d.d.l. Nordio)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 30.7.2024; A. Marandola, *I vulnera del diritto di difesa anticipato in sede cautelare nella Riforma Nordio*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 10.9.2024; A. Marandola, *La saga infinita dell'art. 581, co. 1°-ter, Cpp*, in *GI* 2024, 2476 ss.; R. Muzzica, *Giudice per le indagini preliminari e misure cautelari*, in *Riforma Nordio*, a cura di Giordano, cit., 41 ss.; F. Porcu, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 2.8.2023; S. Ricchitelli, *Le impugnazioni penali dopo la Riforma Nordio*, in [www.diritto.it](http://www.diritto.it), 18.9.2024; G. Spangher, *Riforma Nordio: tutti i dubbi legati alla procedura cautelare*, in *GD* 2023 (34) 12 ss.

<sup>2</sup> È ricorrente, in dottrina, la critica di scarsa organicità e di asistematicità delle più importanti riforme intervenute, in materia, negli ultimi decenni. Tra le tante analisi critiche, in via esemplificativa, cfr., in riferimento alla Riforma Pecorella (l. 20.2.2006 n. 46.), A. Capone, *I poteri di impugnazione delle parti: il punto dopo le più recenti pronunce della Corte costituzionale*, in *CP* 2010, 562; alla Riforma Orlando (l. 23.6.2017 n. 103), P. Ferrua, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *DPP* 2017, 1265; e, alla Riforma Cartabia (d.lgs. 10.10.2022 n. 150), M. Daniele, *La riforma della giustizia penale e il modello perduto*, in *CP* 2021, 3069 ss.

<sup>3</sup> L'etimologia del verbo “riformare”, riportata in [www.etimo.it](http://www.etimo.it), conduce al latino “re-formare”, cioè “formare di nuovo”.

Relativamente all'appello, la riforma "tocca" l'art. 593 Cpp, giacché riduce l'ambito del potere di appello delle sentenze di proscioglimento in capo al pubblico ministero, escludendovi, testualmente, quelle «per i reati di cui all'articolo 550, commi 1 e 2».

Ora, ripercorrendo i lavori parlamentari che hanno condotto all'approvazione della legge in argomento, si osserva come le novelle sopra riportate abbiano avuto un *iter* formativo molto diverso tra loro, posto che, mentre il ritocco all'art. 593 Cpp, facente parte del testo originario del disegno di legge<sup>4</sup>, ha attraversato un normale "travaglio" deliberativo (nel senso che la proposta, una volta relazionata e argomentata dai proponenti, ha poi costituito, sia in sede di commissione referente sia in sede assembleare, tema di confronto tra le varie forze politiche<sup>5</sup>), le modifiche all'art. 581 Cpp originano dall'approvazione di un "lapidario" emendamento, intervenuto in una fase avanzata della trattazione in commissione<sup>6</sup> e sul cui contenuto non risulta essere stato "innescato", né dalla maggioranza né dall'opposizione, uno specifico dibattito. Il che, verosimilmente, deve aver contribuito alla scarsa qualità del prodotto finale, "certificata" dall'omesso coordinamento del nuovo testo dell'art. 581 Cpp con il testo, immutato, dell'art. 157-ter co. 3 Cpp. In quest'ultimo, infatti, continua ad essere contenuto l'esplicito riferimento alla notificazione dell'atto di citazione a giudizio presso il domicilio dichiarato o eletto ai sensi dell'articolo 581, commi 1-ter, quale notificazione da fare, in via esclusiva, «in caso di impugnazione proposta dall'imputato o nel suo interesse», nonostante tale adempimento, in virtù dell'abrogazione del medesimo co. 1-ter ad opera dell'art. 2 co. 1 lett. o, l. n. 114/2024, non sia più esigibile dall'imputante<sup>7</sup>. Il problema, è evidente, può essere agevolmente superato per via ermeneutica, ritenendo che l'art. 581 Cpp, nella versione resa vigente dalla l. n. 114/2024, in quanto legge generale posteriore all'art. 157-ter Cpp<sup>8</sup> e con questo incompatibile, ne abbia determinato la tacita abrogazione. Residua, però, il valore sintomatico di una tale disattenzione, la quale, invero, autorizza a dubitare che la riforma, nella parte *de qua*, sia stata preceduta da una adeguata riflessione in ordine alle "ricadute asistematiche" che - come si dirà meglio in seguito (v., *infra*, § 2) - essa potrà avere sulla disciplina delle impugnazioni penali e non abbia, piuttosto, costituito il frutto di una "opportunistica cedevolezza" alle pressioni esercitate dalla classe forense<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Il testo del d.d.l. n. S-808 è consultabile in [www.senato.it](http://www.senato.it), dove, attraverso il link <https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/57329.htm>, è, altresì, possibile consultare tutta la documentazione inerente alla sua trattazione, dapprima nel Senato (al quale il progetto è stato trasmesso in data 19.7.2023) e poi nella Camera dei deputati (ove il d.d.l. ha acquisito il n. C-1718, per essere definitivamente approvato in data 10.7.2024). Promulgata il 9.8.2024, la l. n. 114, è stata pubblicata in *GU* il 10.8.2024.

<sup>5</sup> Tra i tanti interventi che hanno riguardato la proposta di modifica dell'art. 593 Cpp, si segnalano, in chiave critica, quelli dei Senatori R.M.F. Scarpinato, A. Lopreato, A. Bilotti e dei Deputati D. Dori, V. D'Orsi, F. Gianassi, dai quali hanno avuto origine più "questioni pregiudiziali", tutte respinte, tanto in Commissione quanto in Assemblea.

<sup>6</sup> Trattasi dell'emendamento n. 2.73, proposto dalla Senatrice M. Gelmini e approvato, in data 11.1.2024, dalla 2ª Commissione permanente Giustizia della Camera.

<sup>7</sup> Fatta eccezione, come meglio si dirà nel § 3, per l'imputato che è stato giudicato in assenza e che è assistito da un difensore di ufficio. Per questi, invero, il riferimento dell'art. 157-ter co. 3 Cpp all'art. 581 co. 1-*quater* Cpp è ancora valido.

<sup>8</sup> La cui introduzione, invero, si deve all'art. 10 d.lgs. n. 150/2022.

<sup>9</sup> Si vuol fare riferimento alla presa di posizione adottata, con il comunicato del 15 giugno 2023 (v. [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it)), dall'Unione delle Camere Penali (UCPI) sul d.d.l. n. S-808 nel testo licenziato dal Governo. Comunicato nel quale si legge: «Molto deludente anche il mancato intervento, pur promesso dal Ministro, in tema di oneri imposti dalla riforma Cartabia, a pena di inammissibilità, alle impugnazioni difensive, con grave pregiudizio soprattutto per i soggetti socialmente deboli, assistiti dai difensori di ufficio, che spesso non hanno la materiale possibilità di sottoscrivere il nuovo mandato ad impugnare». Peraltro, il successivo emendamento con il quale è stato modificato l'art. 581 Cpp, non ha recepito per intero le sollecitazioni provenienti dall'UCPI, atteso che la necessità del mandato specifico per impugnare la sentenza emessa nei confronti dell'imputato assente non è stata totalmente eliminata, bensì circoscritta proprio alle impugnazioni proposte da

2. Il co. 1-*ter* dell'art. 581 Cpp, ora soppresso dalla l. n. 114/2024, era stato introdotto nel codice di rito dalla "Riforma Cartabia" del 2022<sup>10</sup>, con il dichiarato proposito (comune alla contestuale introduzione del co. 1-*bis* dell'art. 581 Cpp<sup>11</sup> e alle modifiche apportate all'art. 582 Cpp<sup>12</sup>) di «innalzare il livello qualitativo dell'atto d'impugnazione e del relativo giudizio in chiave di efficienza, semplificando al contempo le forme in ottica acceleratoria»<sup>13</sup>. Al cospetto di una tale, pur laconica, dichiarazione di intenti presente nel *database* della Riforma Cartabia, nei lavori preparatori della Riforma Nordio non è rinvenibile una esplicitazione del fine assegnato alla superiore modifica codicistica<sup>14</sup>. La logica, tuttavia, autorizza a presumere che quest'ultima muova da una censura della *ratio* sottostante alla legge previgente, la cui abrogazione altrimenti sarebbe priva di spiegazione. Pertanto, quel che nel disegno della prima riforma costituiva un fattore di "semplificazione" della fase di instaurazione del giudizio di impugnazione, legittimamente esigibile dalle parti in funzione di accelerazione del

---

“imputati assenti” assistiti da difensori di ufficio. Da qui l'ulteriore malcontento manifestato dall'UCPI con il successivo comunicato emanato in data 8 febbraio 2024, nel quale si afferma che «la limitazione dell'onere di dotarsi di uno specifico mandato ad impugnare alle sole difese di ufficio (...) rende ancor più evidente ed ingiusta la compressione del diritto di impugnazione in quanto finisce con il penalizzare gli imputati investiti da una difesa di ufficio, spesso appartenenti alle fasce culturalmente, economicamente e socialmente più deboli, creando una inammissibile distinzione fra imputati di serie A e di serie B».

<sup>10</sup> Inserendo l'art. 581 co. 1-*ter* nel codice di procedura penale, l'art. 33 co. 1 lett. *d*, d.lgs. n. 150/2022, ha dato attuazione al criterio di cui all'art. 1 co. 13 lett. *a*, l. 27.9.2021 n. 134 (*Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*), in base al quale il legislatore delegato, «fermo restando il criterio di cui al co. 7 lett. *h*, dettato per il processo in assenza» (vale a dire il criterio da cui è scaturita l'introduzione dell'ulteriore co. 1-*quater* nello stesso art. 581 Cpp), è stato chiamato a «prevedere che con l'atto di impugnazione, a pena di inammissibilità, sia depositata dichiarazione o elezione di domicilio ai fini della notificazione dell'atto introduttivo del giudizio di impugnazione». Come può osservarsi dal mero raffronto tra le due disposizioni, la norma codicistica si è limitata a riprodurre, quasi integralmente, il tenore letterale del suddetto criterio, rispetto al quale, invero, ha specificato soltanto che l'adempimento riguarda l'atto d'impugnazione «delle parti private e dei difensori» e, nell'indicare il fine a cui è preordinata la dichiarazione o elezione di domicilio, ha sostituito il generico riferimento alla notificazione dell'«atto introduttivo del giudizio di impugnazione» con l'espressione «notificazione del decreto di citazione a giudizio». Così facendo, però, ha omesso di fare chiarezza sul punto del criterio che, più di ogni altro, avrebbe meritato una specificazione, vale a dire quello nel quale si afferma che il nuovo adempimento deve essere posto in essere «con l'atto di impugnazione» (cors. agg.). Stabilire la conseguenza derivante dall'uso della preposizione «con» [chiarendo, cioè, se alla stessa dovesse attribuirsi, rispetto alla presentazione dell'atto di impugnazione, il significato di una relazione di “tempo” o solo di “modo”, avrebbe, probabilmente, evitato la più annosa delle questioni interpretative che, fin dalla sua entrata in vigore, hanno condizionato l'applicazione dell'art. 581 co. 1-*ter* Cpp, fino a rendere necessario l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite (v., *infra*, nt. 25)].

<sup>11</sup> Trattasi della disposizione che ha reso più stringente il requisito di specificità estrinseca dei motivi di appello, sul quale, anche per gli antecedenti giurisprudenziali (Cass., S.U., 22.2.2017, n. 8825, in *CEDCass.*, m. 268822) e legislativi (art. 1 co. 55 l. n. 103/2017) che ne hanno, in parte, anticipato gli effetti, cfr., A. Capone, *Le impugnazioni tra speditezza e garanzie*, in *DPP* 2023, 184 ss.; G. De Marzo, *La disciplina in materia di impugnazioni penali nella riforma Cartabia (d.leg. 10 ottobre 2022, n. 150)*, in *FI* (V), 305 ss., e, volendo, A. Pulvirenti, *La "nuova" specificità e il pericolo di ulteriori spazi concessi all'inammissibilità dell'appello*, in *AP*, 10.3.2023.

<sup>12</sup> L'art. 33 co. 1 lett. *e* n. 1, d.lgs. n. 150/2022, innovando l'art. 582 co. 1 Cpp, ha previsto la modalità telematica (art. 111-*bis* Cpp) quale regola generale per il deposito dell'atto di impugnazione, fatta salva, per le parti private, la facoltà di presentare l'atto anche personalmente, o a mezzo di incaricato, nella cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato (art. 582 co. 1-*bis* Cpp).

<sup>13</sup> Cfr. la *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150*, in *GU* 19.10.2022, *SG* n. 245, *Suppl. straordinario* n. 5, 324.

<sup>14</sup> Invero, dalla consultazione, in [www.senato.it](http://www.senato.it), dei lavori preparatori della l. n. 114/2024, non emerge traccia di una tale esplicitazione. Neanche nella relazione finale esposta oralmente dalla Senatrice Giulia Bongiorno (v. Resoconto stenografico della seduta n. 154 del 6.2.2024) è rinvenibile un riferimento specifico alla modifica legislativa in questione.

procedimento, sembra avere assunto, nell'ottica della "controriforma", il significato di un irragionevole ostacolo all'esercizio del diritto dell'imputato a impugnare, che, come tale, andava rimosso<sup>15</sup>.

Prescindendo, per il momento, da qualsivoglia considerazione sul merito di un tale *dietrofront* legislativo, certo è che l'art. 581 co. 1-ter Cpp, nei quasi diciotto mesi di vigenza<sup>16</sup>, ha avuto, a causa della sua ambiguità lessicale, un ambito applicativo tutt'altro che lineare, finendo, in concreto, per agire in direzione opposta alla semplificazione del giudizio di impugnazione<sup>17</sup>. Invero, raggiunto un assetto ermeneutico abbastanza stabile in ordine ai soggetti destinatari del requisito formale di ammissibilità<sup>18</sup> e ai mezzi di impugnazione ai quali lo stesso requisito era riferibile<sup>19</sup>, lo "stallo" applicativo si è manifestato riguardo all'individuazione del tempo e del modo in cui la dichiarazione o elezione di domicilio doveva essere effettuata.

È risultato controverso, anzitutto, se, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione, occorresse una dichiarazione o elezione di domicilio da effettuarsi necessariamente con l'atto di impugnazione oppure se, al medesimo fine, fosse sufficiente l'esistenza di una precedente elezione o dichiarazione. L'orientamento (maggioritario) favorevole alla prima opzione

<sup>15</sup> Cfr. E. Lorenzetto, *Informazione di garanzia e impugnazioni*, cit., 1160.

<sup>16</sup> L'art. 89 co. 3 d.lgs. n. 150/2022 stabilisce che le disposizioni degli artt. 157-ter co. 3, 581 co. 1-ter e 1-quater, e 585 co. 1-bis, del codice di procedura penale si applicano per le sole impugnazioni proposte avverso sentenze pronunciate in data successiva a quella di entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, dunque al 30 dicembre 2022.

<sup>17</sup> A. Marandola, *La saga infinita*, cit., 2478.

<sup>18</sup> In tale direzione, nella giurisprudenza di legittimità, si è, costantemente, affermato che l'art. 581 co. 1-ter Cpp non trovava applicazione nei confronti della parte civile, del responsabile civile e del soggetto civilmente obbligato per la pena pecuniaria, posto che tale adempimento sarebbe risultato «inutile ed eccessivamente formalistico, in ragione dello statuto processuale di tali parti, rinvenibile negli artt. 100, co. 1 e 5, e 154, co. 4, Cpp» (così Cass., sez. V, 13.11.2023, n. 6993, in *DG* 8.3.2024, conf. Cass., sez. VI, 9.5.2024, n. 20565, in *DeJure*; e, ancora, che la medesima previsione non si applicava all'imputato detenuto al momento della proposizione del gravame, posto che tale adempimento sarebbe stato «privato di effetto in ragione della vigenza dell'obbligo di procedere alla notificazione a mani proprie dell'imputato detenuto» e avrebbe comportato «la violazione del diritto all'accesso effettivo alla giustizia sancito dall'art. 6 Cedu» (così, per tutte, Cass., sez. II, 13.9.2023, n. 38442, in *CP* 2024, 993). Molto meno omogenea, invece, è risultata la giurisprudenza relativa all'applicabilità dell'art. 581 co. 1-ter Cpp, nell'ipotesi di imputato che, al momento del deposito dell'impugnazione, si trovava detenuto per altra causa, giacché, in tal caso, sono coesistite più tesi: quella della totale inapplicabilità (Cass., sez. VI, 2.5.2024, n. 21086, in *OneLegale*; Cass., sez. IV, 9.1.2024, n. 4342, in *CEDCass.*, m. 285749), quella della totale applicabilità (Cass., sez. V, 28.11.2023, n. 4606, in *CEDCass.*, m. 285973); quella che, differenziando, sosteneva l'inapplicabilità o l'applicabilità a seconda che tale peculiare condizione fosse o non fosse nota al giudice procedente (Cass., sez. II, 17.5.2024, n. 24902, in *DG* 25.6.2024).

<sup>19</sup> Al riguardo, Cass., sez. II, 13.9.2023, n. 40824, in *CEDCass.*, m. 285256-01, ha escluso l'applicabilità dell'art. 581 co. 1-ter Cpp al ricorso per cassazione, non essendo prevista nel giudizio di legittimità la notificazione all'imputato di un decreto di citazione a giudizio. Parimenti, è stata ritenuta l'inapplicabilità dell'art. 581, co. 1-ter Cpp all'opposizione al decreto penale di condanna, «in quanto l'art. 461 co. 1 Cpp richiama esclusivamente le modalità di presentazione dell'atto di impugnazione previste dall'art. 582 Cpp e non anche la forma dell'impugnazione e i requisiti di ammissibilità previsti dall'art. 581 Cpp» (Cass., sez. V, 9.1.2024, n. 4613, in *CEDCass.*, m. 285978-01; Cass., sez. II, 7.5.2024, n. 23520, in *DG* 13.6.2024; *contra*, R. Bricchetti, *Ancora sui commi 1 ter e 1 quater dell'art. 581 c.p.p.*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 14.6.2023); all'appello cautelare ex art. 310 Cpp, «trattandosi di disposizione di stretta interpretazione e, pertanto, non applicabile analogicamente alle impugnazioni cautelari» (Cass., sez. I, 7.6.2023, n. 29321, in *CEDCass.*, m. 284996-01; Cass., sez. IV, 3.5.2023, n. 22140, in *FI* 2023, (II), 381); e al procedimento di prevenzione (Cass., sez. VI, 16.11.2023, n. 11726, in *CEDCass.*, m. 286180-01; *contra*, Cass., sez. II, 9.4.2024, n. 26510, in *DPP* 2024, 1454). Dubbia è l'applicazione dell'art. 581 co. 1-ter Cpp alla richiesta di revisione: «in senso affermativo» potrebbe deporre il rilievo che l'art. 636 co. 1 Cpp rinvia all'art. 601 Cpp; «tuttavia, il comma 1-ter è riferito all'atto di impugnazione delle parti private e dei difensori, espressione che porta ad escludere ogni riferimento ai soggetti legittimati alla richiesta di revisione ex art. 632, in particolare il condannato o un suo prossimo congiunto e, se il condannato è morto, l'erede o un prossimo congiunto» (così R. Bricchetti, *Ancora sui commi 1 ter e 1 quater*, cit.).

fondava il proprio convincimento sull'incoerenza che una diversa lettura avrebbe avuto rispetto alla *ratio* della disposizione codicistica, individuata «nella finalità di assicurare la regolare e celere celebrazione del giudizio di impugnazione e di agevolare l'attività di notificazione dell'atto introduttivo del giudizio»<sup>20</sup>. L'orientamento che, invece, si accontentava della preesistenza di una dichiarazione o elezione di domicilio (e che, quindi, circoscriveva l'applicabilità dell'art. 581 co. 1-ter Cpp, alla sola ipotesi in cui l'imputato non avesse già eletto domicilio nel corso del procedimento), richiamando il cogente carattere di tassatività delle cause di inammissibilità, valorizzava la ristrettezza del dato letterale (ovverosia il fatto che nel citato comma nulla si prescriveva esplicitamente sul rapporto cronologico tra la dichiarazione o elezione di domicilio e la presentazione dell'atto di impugnazione)<sup>21</sup>. In tale direzione, si sottolineava, altresì, la differenza tra la lettera del co. 1-ter e quella del co. 1-quater (dov'è espressamente stabilito che lo «specifico mandato ad impugnare ... contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato», deve essere stato «rilasciato dopo la pronuncia della sentenza»), per poter sostenere che, se il legislatore avesse voluto estendere anche alla prima fattispecie il rigore formale riservato alla seconda ipotesi, lo avrebbe dovuto indicare *apertis verbis*<sup>22</sup>. Ma, la disomogeneità interpretativa si è manifestata anche all'interno dell'orientamento più “permissivo”, dove alla posizione di chi riteneva bastevole la presenza in atti della dichiarazione o elezione di domicilio<sup>23</sup> si contrapponeva quella di chi esigeva il richiamo o l'allegazione all'impugnazione della precedente elezione o dichiarazione<sup>24</sup>. Di qui il ricorso alle Sezioni Unite, la cui decisione, intervenuta qualche mese addietro, è nota, nel momento in cui scriviamo, soltanto nella parte dispositiva<sup>25</sup>. Però, nell'attesa del deposito delle relative motivazioni, è già possibile percepire la natura “compromissoria” della soluzione adottata dal massimo consesso della Cassazione. Secondo gli ermellini, infatti, l'art. 581 co. 1-ter Cpp deve essere interpretato «nel senso che è sufficiente che l'impugnazione contenga il richiamo espresso e specifico ad una precedente dichiarazione o elezione di domicilio e alla sua collocazione nel fascicolo processuale, tale da consentire l'immediata e inequivoca individuazione del luogo in cui eseguire la notificazione». La sensazione è che la composizione di vertice della Cassazione, così statuendo, abbia voluto, da un lato, preservare il profilo funzionale dell'istituto (confermando l'onere collaborativo imposto all'impugnante ed evitando che sia il giudice a dover verificare, volta per volta, l'ultima dichiarazione o elezione di domicilio “utile” ai fini della notificazione), e, dall'altro, delegittimare il ricorso a sterili

<sup>20</sup> Così, tra le altre, in motivaz., Cass., sez. VI, 16.1.2024, n. 7020, in *CEDCass.*, m. 285985-01, secondo cui «la norma [...] (*imponere*) alla parte impugnante un onere di leale collaborazione, funzionale alla regolare e celere notificazione del decreto di citazione a giudizio, in relazione alla quale la cancelleria (*veniva*) evidentemente sgravata dall'onere di ricerca delle precedenti dichiarazioni o elezioni di domicilio e alla individuazione, in caso di pluralità di tali atti nel corso del processo, dell'ultima manifestazione di volontà dell'imputato». Conf. G. Biondi, *L'art. 581*, cit.; C. Citterio, *L'imputato del giusto processo (ovvero degli articoli 581, commi 1-ter e 1-quater, cod. proc. pen.)*, in *www.giustiziainsieme.it*, 28.2.2023.

<sup>21</sup> In questo senso, v. Cass., sez. VI, 10.4.2024, n. 22287, in *CEDCass.*, m. 286625-01. Conf., R. Bricchetti, *Ancora sui commi 1 ter e 1 quater*, cit.

<sup>22</sup> Cass., sez. VI, 10.4.2024, n. 22287, cit.

<sup>23</sup> Cass., sez. II, 9.5.2024, n. 20515, inedita, richiamata, in motivaz., da Cass. sez. V, 19.6.2024, n. 26458, in *OneLegale*, vale a dire dalla pronuncia che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite (v., *infra*, nt. 25) e nella cui fattispecie l'imputato aveva presenziato al giudizio di primo grado, ma non risultava aver allegato a mezzo del difensore, né richiamato nell'atto di appello, o, comunque, nella sua intestazione, una pregressa dichiarazione o elezione di domicilio.

<sup>24</sup> Cass., sez. II, 9.5.2024, n. 23275, in *DPP* 2024, 1203.

<sup>25</sup> Cass., S.U., 24 ottobre 2024, Pres. Cassano, est. Liberati (informazione provvisoria), in *www.sistemapenale.it*, 25.10.2024. Cfr. E. Corvaglia, *L'art. 581 co. 1-ter e 1-quater Cpp: cronaca di una morte annunciata (informazione provvisoria delle Sezioni Unite del 24 ottobre 2024)*. *Contrasti giurisprudenziali e sviluppi normativi*, in *Giur. pen.* 2024, (10).



formalismi (escludendo, ove una dichiarazione o elezione sia già in atti, la necessità che l'atto sia "graficamente" reiterato, piuttosto che, semplicemente, richiamato).

Abrogato il co. 1-*ter* dell'art. 581 Cpp, la rilevanza pratica dell'intervento nomofilattico sopra descritto è circoscritta alle impugnazioni alle quali il suddetto riferimento normativo continua ad applicarsi, cioè a quelle proposte sino al 24 agosto 2024. A tale "residuo di vitalità" dell'istituto voluto dalla Riforma Cartabia appaiono, pertanto, destinati gli effetti della soluzione di equilibrio - tra l'esigenza di ragionevole durata del giudizio di impugnazione e quella di tutela (effettiva) del diritto di difesa - escogitata dalle Sezioni Unite. Non appare privo di incognite, invece, il regime ora riservato alle impugnazioni rientranti nella sfera di operatività della l. n. 114/2024, riguardo, in particolare, alla disciplina applicabile alle operazioni di notificazione del decreto di citazione a giudizio *ex art.* 601 co. 1 Cpp.

L'adempimento imposto dall'art. 581 co. 1-*ter* Cpp s'inseriva in un disegno normativo avente pretesa di completezza, all'interno del quale, posta la regola generale della notificazione all'imputato non detenuto degli atti introduttivi del giudizio «al domicilio dichiarato o eletto ai sensi dell'art. 161 co. 1» o, in «mancanza di un domicilio dichiarato o eletto, fuori dai casi di cui all'art. 161 co. 4 (...), nei luoghi e con le modalità di cui all'art. 157» (art. 157-*ter* co. 1 Cpp), una previsione speciale era riservata alla notificazione del decreto di citazione a giudizio all'imputato impugnante, da eseguire, cioè, «esclusivamente presso il domicilio dichiarato o eletto ai sensi dell'articolo 581 co. 1-*ter* e 1-*quater*» (art. 157-*ter* co. 3 Cpp)<sup>26</sup>.

Di tale disegno, la l. n. 114/2024 ha ora fatto venire meno una componente essenziale (l'obbligo di indicazione del domicilio contestualmente all'atto di impugnazione), creando un vuoto che, giocoforza, dovrà essere colmato dal "diritto giurisprudenziale", salvo immaginare un, ben più auspicabile, intervento correttivo del legislatore. Il principale interrogativo al quale dovrà essere data una risposta attiene all'*iter* di notificazione applicabile nell'ipotesi in cui, al momento della presentazione dell'impugnazione, la parte (o, nel suo interesse, il difensore) non deposita una correlata dichiarazione o elezione di domicilio<sup>27</sup> (non essendo più, la stessa, prescritta a pena di inammissibilità)<sup>28</sup>. Due, essenzialmente, le situazioni prospettabili.

La prima: qualora il domicilio non sia stato dichiarato o eletto neanche nelle fasi antecedenti all'impugnazione, residua l'applicabilità dell'art. 157-*ter* co. 1 Cpp (non potendo più

<sup>26</sup> A conferma del rapporto di specialità sussistente tra il co. 1 e il co. 1-*ter* dell'art. 157 Cpp, cfr. Cass., sez. VI, 8.2.2024, n. 16665, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it): «La disposizione di cui al co. 1-*ter* dell'articolo 581 del Cpp, che sanziona a pena di inammissibilità l'impugnazione in caso di mancato contestuale deposito della dichiarazione o elezione di domicilio, deve interpretarsi nel senso che, una volta definito il grado di giudizio, ai fini della notificazione della citazione per il giudizio di appello, non può farsi riferimento al domicilio precedente dichiarato o eletto, essendo necessaria una nuova dichiarazione o elezione di domicilio. Attraverso la disposizione in esame, il legislatore ha, dunque, introdotto, una norma speciale derogatoria della disciplina generale contenuta all'art. 157-*ter*, co. 1, secondo periodo, del Cpp, prevedendo, per la sola notificazione della citazione per il giudizio di appello, un'unica forma di notificazione presso il domicilio dichiarato o eletto, il cui mancato deposito con l'atto di impugnazione, rendendo colpevolmente impossibile tale notificazione, determina la inammissibilità dell'impugnazione. Da ciò consegue che la dichiarazione o elezione di domicilio che, ai sensi dell'art. 581 co. 1-*ter* del Cpp, va depositata, a pena di inammissibilità, unitamente all'atto d'impugnazione delle parti private e dei difensori, dev'essere successiva alla pronuncia della sentenza impugnata, poiché, alla luce della nuova formulazione dell'articolo 164 del Cpp, quella effettuata nel precedente grado non ha più durata illimitata».

<sup>27</sup> Oppure non richiama espressamente e specificamente una dichiarazione o elezione di domicilio in precedenza depositata. L'atto di richiamo, infatti, alla luce di quanto stabilito da Cass., S.U., 24.10.2024, inf. provv. cit., deve ritenersi, pur dopo l'abrogazione dell'art. 581 co. 1-*ter* Cpp, equivalente alla presentazione di una nuova dichiarazione o elezione di domicilio.

<sup>28</sup> «Di qui» - evidenza E. Lorenzetto, *Informazione di garanzia e impugnazioni*, cit., 1162 - «una probabile ricomparsa di quelle difficoltà pratiche, nella notificazione del decreto di citazione (segnatamente, all'imputato), alle quali il comma 1-*ter* dell'art. 581 c.p.p. aveva inteso rimediare impegnando le parti (*rectius*, l'imputato) a un promovimento coscienzioso del giudizio di impugnazione ai fini di un miglioramento sul piano organizzativo».

considerarsi vigente il co. 3 della medesima disposizione), così che la notificazione all'imputato non detenuto della citazione a giudizio, «fuori dai casi di cui all'articolo 161 co. 4» Cpp, come sopra detto, dovrà essere «eseguita nei luoghi e con le modalità di cui all'art. 157, con esclusione delle modalità di cui all'articolo 148 co. 1» Cpp<sup>29</sup>.

Diversa è la seconda situazione, ipotizzabile nel caso in cui la dichiarazione o elezione di domicilio, assente nell'atto di impugnazione<sup>30</sup>, sia stata già effettuata dall'imputato in una fase o in un grado precedente del procedimento. Qui la soluzione dipende dalla portata che si ritiene di attribuire all'art. 164 Cpp, il cui testo, interpolato dalla Riforma Cartabia, recita che «la determinazione del domicilio dichiarato o eletto è valida per le notificazioni dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, degli atti di citazione in giudizio ai sensi degli articoli 450 co. 2, 456, 552 e 601, nonché del decreto penale», e non più – come si affermava nella versione previgente - «per ogni stato e grado del procedimento»<sup>31</sup>. Ove si opti per una portata totalmente innovativa della citata disposizione, tale per cui la dichiarazione o elezione di domicilio cessa definitivamente di avere efficacia all'interno dello stesso segmento procedimentale nel quale è stata depositata, dovrebbe desumersene che l'ipotesi sopra prospettata sia equiparabile a quella in cui la parte impugnante non abbia mai effettuato tale manifestazione di volontà. Con l'ulteriore conseguenza che al suddetto, anche in questo caso, la notificazione della citazione a giudizio andrebbe fatta in base alla disciplina “ordinaria” di cui all'art. 157. Qualora, al contrario, si ritenga che la modifica apportata all'art. 164 Cpp dalla Riforma Cartabia non sottintenda una innovazione così radicale, ma si sia resa necessaria soltanto per ragioni di coordinamento con l'art. 157 co. 1-*bis* Cpp<sup>32</sup>, la notificazione della citazione a giudizio alla parte impugnante che abbia già dichiarato o eletto un domicilio potrà essere eseguita facendo riferimento al domicilio oggetto dell'ultima dichiarazione o elezione (la cui presenza in atti sarà obbligo del giudice verificare, e non onere della parte indicare).

La mera dimensione testuale dell'art. 164 Cpp non preclude alcuna delle soluzioni sopra prospettate, tant'è che, vigente l'art. 581 co. 1-*ter* Cpp, entrambe hanno trovato spazio nella giurisprudenza di legittimità<sup>33</sup>. Al riguardo, un punto fermo potrà, forse, rinvenirsi nella

<sup>29</sup> Conf., E. Lorenzetto, 1162, *Informazione di garanzia e impugnazioni*, cit., 1162.

<sup>30</sup> Interpretando la disposizione in coerenza con il principio di effettività del diritto di difesa, all'ipotesi in cui la dichiarazione o l'elezione di domicilio è inserita in calce all'atto di impugnazione dovrebbe ritenersi equiparabile quella in cui la medesima manifestazione negoziale è contenuta in un atto separato, presentato contestualmente allo stesso atto o, comunque, entro il termine perentorio per il deposito di quest'ultimo. Il “deposito frazionato”, però, è stato ritenuto causa di inammissibilità dell'impugnazione da Cass., sez. IV, 7.3.2024, n. 28659, in *CEDCass.*, m. 286813-01): «in tema di impugnazioni, l'atto di appello sprovvisto della dichiarazione o elezione di domicilio risulta inammissibile anche nel caso in cui, in pendenza del termine per impugnare, sia depositato un ulteriore atto di appello cui sia allegata la dichiarazione o elezione di domicilio, risolvendosi quest'ultimo nella mera ripetizione di quello originario, finalizzata, attraverso l'indicata allegazione, ad eludere la *ratio* del disposto di cui all'art. 581, co. 1-*ter*, Cpp». Si osservi, tuttavia, che la stessa la sentenza, in motivazione, ritiene «impregiudicata la questione della consumazione del diritto di impugnazione con la presentazione, nel termine per impugnare, di un altro atto di appello».

<sup>31</sup> La modifica, nei termini riferiti nel testo, si deve all'art. 10 co. 1 lett. *r*, d.lgs. n. 150/2022, che ha sostituito anche la rubrica della disposizione, da «durata del domicilio dichiarato o eletto» a «efficacia della dichiarazione e dell'elezione di domicilio». Tanto nella versione vigente, quanto in quella previgente, è fatto «salvo» il caso dell'imputato detenuto, al quale le notificazioni «anche successive alla prima, sono sempre eseguite nel luogo di detenzione mediante consegna di copia alla persona» (art. 156 co. 1 Cpp).

<sup>32</sup> Cioè, per escludere che la determinazione del domicilio dichiarato o eletto dall'imputato possa avere validità anche per le notificazioni «successive alla prima», diverse dalla notificazione della *vocatio in iudicium*, e, quindi, prevalere sulla modalità prescritta dall'art. 157-*bis* co. 1 Cpp: «mediante consegna al difensore di fiducia o di ufficio». Per l'affermazione, in giurisprudenza, di tale principio v., *infra*, nt. 33.

<sup>33</sup> Nel senso che, alla luce della nuova formulazione dell'art. 164 Cpp, la dichiarazione o elezione di domicilio effettuata nel precedente grado non ha più durata illimitata, cfr. Cass., sez. II, 12.4.2024, n. 23462, in *CEDCass.*, m. 286374-01; Cass., sez. V, 19.3.2024, n. 17055, in *CEDCass.*, m. 286357-01. Viceversa, nel senso che, pur

prossima trama motivazionale del già ricordato pronunciamento delle Sezioni Unite, essendo alquanto probabile che l'Alta Corte, al fine di giustificare la propria conclusione sulla questione principale, riterrà di dover delimitare, incidentalmente, l'efficacia temporale della dichiarazione o elezione di domicilio alla luce del nuovo disposto di cui all'art. 164 Cpp.

La previsione più realistica induce a pensare che, in assenza di un dato legislativo dalle rime obbligate, il giudice di legittimità prediligerà l'alternativa più compatibile con la "logica collaborazionistica" propria della Riforma Cartabia, preservando, in coerenza con tale obiettivo, l'efficacia prolungata della dichiarazione o elezione di domicilio effettuata prima dell'impugnazione<sup>34</sup>. Un tale scenario, però, potrebbe avere degli "effetti collaterali" negativi, nella misura in cui rischierebbe di alimentare dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 598-ter co. 1 Cpp, laddove si prevede che, «in caso di regolarità delle notificazioni, l'imputato appellante non presente all'udienza di cui agli artt. 599 e 602 è sempre giudicato in assenza anche fuori dei casi di cui all'art. 420-bis». In sostanza, la "cura" volta ad assicurare la speditezza delle notificazioni rischierebbe di cagionare una, più grave, patologia, relativa al diritto dell'imputato a partecipare personalmente al proprio giudizio. Non si vede, da questo punto di vista, come l'antecedente logico-giuridico dell'esercizio di tale diritto – vale a dire l'accesso dell'imputato alla sfera di effettiva conoscibilità del giudizio che lo riguarda – possa ora essere assicurato sistematicamente dalla sola formale "regolarità" della notificazione dell'atto di citazione per il giudizio di appello. In breve: mentre la prescrizione fissata dall'art. 581 co. 1-ter Cpp determinava la plausibilità (tra l'altro, non senza serie riserve<sup>35</sup>) della

---

dopo la suddetta modifica, «la dichiarazione o elezione di domicilio effettuata nel giudizio di primo grado è funzionale proprio alla individuazione del luogo ove l'imputato potrà ricevere la notificazione della citazione nel giudizio di appello», cfr., in motivaz., Cass., sez. VI, 10.4.2024, n. 22287, in *CEDCass.*, m. 286625-01. Analogamente, secondo Cass., sez. II, 29.2.2024, n. 16480, in *CEDCass.*, m. 286269-01, ai fini della questione in oggetto, non è «assolutamente risolutiva l'abrogazione della dizione "in ogni stato e grado del procedimento" nell'ambito dell'art. 164 Cpp, che deve essere necessariamente letta come elemento di armonizzazione quanto alle nuove caratteristiche derivanti dalla disciplina di cui agli artt. 157-bis e segg. Cpp».

<sup>34</sup> Una conclusione che, in astratto, appare conciliabile con la soluzione data dalle Sezioni Unite alla questione principale sul significato da attribuire all'art. 581 co. 1-ter Cpp, giacché, in tal senso, potrebbe affermarsi che la perdurante efficacia della dichiarazione o elezione di domicilio è proprio ciò che ne rende bastevole il mero richiamo con l'atto di impugnazione. Anche la conclusione opposta, però, a ben vedere, potrebbe risultare astrattamente compatibile con il dispositivo emerso dall'informazione provvisoria sull'esito della suddetta questione. In tal senso, cioè, potrebbe sostenersi che il "richiamo", piuttosto che presupporre la persistente validità della precedente dichiarazione o elezione di domicilio, è l'atto necessario attraverso il quale la pregressa manifestazione di volontà "riacquista" efficacia. Un'efficacia che, diversamente, risulterebbe definitivamente compromessa.

<sup>35</sup> Per quanto ragionevole, il meccanismo di cui all'art. 598-ter co. 1 Cpp, basandosi, pur sempre, su una presunzione (sovrapposibilità della conoscenza legale alla conoscenza reale) suscettibile di errore, non garantisce l'effettività del diritto dell'imputato ad autodeterminarsi consapevolmente nell'esercizio del diritto a partecipare personalmente al proprio processo. Infatti, affinché il processo di appello celebrato in assenza dell'imputato senza la previa certezza della volontà di costui di non parteciparvi soddisfi ugualmente l'obbligo dell'ordinamento di conformarsi all'art. 6 Cedu, sarebbe necessario attribuire al medesimo imputato, in via compensativa, il diritto incondizionato ad un nuovo giudizio sul merito della causa. Quel che, tuttavia, nella fattispecie qui considerata non pare rinvenibile, posto che, da un lato, la rescissione del giudicato, ex art. 629-bis co. 1 Cpp, presuppone che il richiedente «provi che sia stato dichiarato assente in mancanza dei presupposti previsti dall'articolo 420-bis» (vale a dire, proprio ciò di cui l'art. 598-ter co. 1 Cpp autorizza a non tenere conto) e, dall'altro, l'art. 175 co. 2.1, Cpp circoscrive la concessione all'imputato della restituzione nel termine per impugnare ai «casi previsti dall'art. 420-bis co. 2 e 3», oltre che alla «prova di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e di non aver potuto proporre impugnazione nei termini senza sua colpa». In termini più generali, sulla stretta connessione che, alla luce della giurisprudenza convenzionale e dei diversi atti normativi europei che si occupano della materia, dovrebbe esserci tra «conoscenza del processo ed accesso ad un nuovo giudizio» per la tutela del diritto alla partecipazione dell'imputato al processo, tale per cui «se non si garantisce la prima, deve essere assicurato il secondo», cfr. F. Alonzi, *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto alla conoscenza della*

sequenza imposta dall'art. 598-ter co. 1 Cpp<sup>36</sup>, adesso appare irragionevole far derivare, automaticamente, la legittimità del processo in assenza dalla “conoscenza legale” della *vocatio in iudicium*<sup>37</sup>. Infatti, in assenza di un'apposita manifestazione di volontà dell'imputato circa il domicilio ove rendersi “raggiungibile” (ed esposto alla notificazione in via “mediata” di cui all'art. 161 co. 4 Cpp<sup>38</sup>) per l'instaurazione del giudizio di appello, non è detto che la conoscenza legale sia sempre sovrapponibile alla conoscenza effettiva, né è possibile reiterare il ragionamento presuntivo originariamente sotteso all'art. 598 co. 1-ter Cpp: ritenere, cioè, che il mancato perfezionamento della notifica nei confronti dell'imputato che abbia consapevolmente dichiarato o eletto il domicilio funzionale alla citazione a giudizio, equivalga alla volontà del medesimo di sottrarsi alla conoscenza del procedimento<sup>39</sup>.

In ogni caso, quel che, nel complesso, emerge è un quadro foriero di incertezze applicative, in grado di appesantire oltremodo le procedure di notificazione della citazione a giudizio dell'imputato impugnante<sup>40</sup> e di “seminare”, in una fase avanzata del procedimento, gravi invalidità processuali. Rimane, dunque, il dubbio di fondo, cioè se vi fosse davvero bisogno di rimuovere una soluzione normativa di ragionevole “compromesso” in cambio di un *novum* così oscuro e insidioso, tanto per l'ordinamento quanto per l'imputato.

3. L'altro intervento della Riforma Nordio sulla forma dell'impugnazione concerne la sentenza emessa nei confronti dell'imputato «rispetto al quale si è proceduto in assenza», in quanto soggetto che, pur essendo venuto, con certezza, a conoscenza del processo, ha rinunciato a parteciparvi personalmente (espressamente o non presentandosi all'udienza)<sup>41</sup>. La

---

vocatio in iudicium *da parte dell'imputato*, in GC 2017, 220.

<sup>36</sup> G. Biondi, *L'art. 581*, cit.

<sup>37</sup> «Di conseguenza» – osserva E. Lorenzetto, *Informazione di garanzia e impugnazioni*, cit., 1163 – l'art. 598-ter co. 1 Cpp «conserverebbe uno scampolo di ragionevolezza» solo «se impugna il difensore d'ufficio dell'imputato assente in primo grado», stante, in questo caso, la residua applicabilità, *ex art. 581 co. 1-quater Cpp*, dell'obbligo di depositare, unitamente all'impugnazione, la dichiarazione o elezione di domicilio.

<sup>38</sup> Così definita, nell'affermare il principio che «l'inammissibilità dell'appello *ex art. 581 co. 1-quater Cpp* non può essere dichiarata senza avere previamente verificato la concreta idoneità del domicilio dichiarato o eletto, ai fini della regolare notifica all'imputato del decreto di citazione a giudizio», da Cass., sez. IV, 26.9.2024, in *CEDCass.*, m. 286956-01.

<sup>39</sup> Attribuisce tale significato all'art. 598-ter co. 1 Cpp anche P. Ventura, *Il nuovo giudizio d'appello*, in *La giustizia penale dopo la c.d. Riforma Cartabia*, a cura di R.M. Geraci, Torino 2024, 432, secondo cui, in ragione di tale disciplina, l'appellante «risulta sempre a conoscenza del processo e della sentenza; per cui la sua assenza può essere ricondotta alla libera scelta di non partecipare, e il giudice è esonerato dal fornire la prova dell'effettiva conoscenza della pendenza del processo ai sensi dell'art. 420-bis co. 2 Cpp». Conf., in giurisprudenza, Cass., sez. III, 31.1.2024, n. 9705, in *DG* 8.3.2024.

<sup>40</sup> Si consideri, infatti, che, venuto meno il riferimento “certo” al domicilio, imposto dall'art. 581 co. 1-ter Cpp, l'iter di notificazione, indipendentemente dall'opzione interpretativa che prevarrà nella prassi, sarà ben più complesso, giacché dovrà procedersi all'intero espletamento delle fasi prescritte dall'art. 157 Cpp oppure, nella migliore delle ipotesi (ove, cioè, sussistano delle preve dichiarazioni o elezioni di domicilio e si ritenga che le stesse conservino ancora efficacia), verificare attentamente quale sia l'ultima dichiarazione o elezione validamente utilizzabile ai fini della *vocatio in iudicium*.

<sup>41</sup> Nozione nella quale Cass., sez. I, 16.4.2024, n. 25935, in *CEDCass.*, m. 286598-01, fa rientrare anche l'imputato «assente che sia stato dichiarato latitante, non essendo configurabile alcuna compressione del diritto di difesa, poiché il latitante non è giuridicamente impossibilitato a mantenere contatti con il proprio difensore al fine di concordare le strategie difensive». Invece, secondo Cass., sez. II, 8.3.2024, n. 13714, in *CEDCass.*, m. 286208-01, il disposto dell'art. 581 co. 1-quater Cpp non trova applicazione in caso di appello proposto nell'interesse dell'imputato avverso la sentenza emessa in esito a giudizio abbreviato instaurato su richiesta del difensore munito di procura speciale. In tale eventualità, infatti, «dovendo lo stesso ritenersi presente *ex art. 420 co. 2-ter c.p.p.*», difetta il presupposto giustificativo della citata disposizione codicistica, così come del maggior termine assegnato dall'art. 585 co. 1-bis Cpp al difensore per la presentazione dell'atto di impugnazione, il quale, quindi, dovrà attenersi ai termini ordinari di decadenza (Cass., sez. III, 12.10.2023, n. 43835, in *CEDCass.*, m. 285332).

legittimazione a impugnare tale sentenza spetta, autonomamente, all'imputato e al difensore di costui «al momento del deposito del provvedimento» ovvero al «difensore nominato a tal fine». L'autonomia del difensore, però, subisce un importante limite in ragione della modalità che l'art. 581 co. 1-*quater* Cpp gli prescrive di osservare a pena di inammissibilità: depositare, con l'atto d'impugnazione, uno «specifico mandato ad impugnare, rilasciato dopo la pronuncia della sentenza e contenente la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato, ai fini della notificazione del decreto di citazione a giudizio»<sup>42</sup>. L'aggravio formale si deve al d.lgs. n. 150/2022, che, così facendo, in verità, ha ripristinato, seppure con alcune non secondarie differenze, il disposto già contenuto nel testo originario del codice di rito (che, a sua volta, lo aveva «importato» da una «appendice» del codice previgente)<sup>43</sup>. Ora, ritornando su tale disciplina, la l. n. 114/2024, nonostante le pressioni provenienti dalla classe forense, non ha eliminato del tutto il requisito dello «specifico mandato», ma ne ha ristretto l'applicazione al solo difensore d'ufficio<sup>44</sup>.

Prima di considerare gli effetti della differenziazione così introdotta, è doveroso fissare lo scopo a cui è preordinato il meccanismo congegnato dall'art. 581 co. 1-*quater* Cpp e «confermato» dall'attuale legislatore. A parte l'aspirazione alla facilitazione (e conseguente velocizzazione) delle operazioni di notificazione della *vocatio in iudicium*, che il comma citato condivideva con l'abrogato comma 1-*ter*, la disposizione di cui si discute mira alla razionalizzazione della tutela giurisdizionale riconosciuta all'imputato assente. Essa, nello specifico, intende evitare l'inutile, e dispendiosa, duplicazione di giudizi impugnatori<sup>45</sup>. Evenienza che potrebbe verificarsi tutte le volte in cui, impugnata la sentenza autonomamente dal difensore dell'imputato, quest'ultimo, dopo il giudicato, chieda la restituzione nel termine per impugnare (art. 175 co. 2.1 Cpp) oppure esperisca il rimedio straordinario della rescissione del giudicato *ex art. 629-bis* co. 1 Cpp, adducendo (e fornendo la prova), rispettivamente, «di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e di non aver potuto proporre impugnazione nei termini senza sua colpa» o di essere «stato dichiarato assente in mancanza dei presupposti previsti dall'art. 420-*bis*» e di non aver «potuto proporre impugnazione della

<sup>42</sup> Sottolinea l'«antitesi» che «sembra porsi» tra l'art. 581 co. 1-*quater* Cpp e la «regola generale» dell'art. 571 co. 3 Cpp, F. Siracusano, *Le impugnazioni in generale*, in D. Siracusano – A. Galati – G. Tranchina – E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, ed. a cura di G. Di Chiara – V. Patanè – F. Siracusano, Milano 2023, 828.

<sup>43</sup> La prescrizione, infatti, prima di essere eliminata dall'art. 46, l. 16.12.1999 n. 479 (c.d. legge Carotti), si trovava all'interno dell'art. 571 co. 3 Cpp. Quest'ultimo, a sua volta, aveva mutuato la prescrizione dall'art. 192 ultimo co. Cpp 1930, introdotto dall'art. 2, l. 23.1.1989 n. 22. La norma previgente, in entrambi i testi ora citati, così recitava: «(...) contro una sentenza contumaciale, il difensore può proporre impugnazione solo se munito di specifico mandato, rilasciato con la nomina o anche successivamente nelle forme per questa previste». Pertanto, rispetto a quanto ora previsto dall'art. 581 co. 1-*quater* Cpp, non era necessario che il mandato specifico fosse rilasciato dopo la pronuncia della sentenza contumaciale, né era prescritto che esso dovesse contenere la dichiarazione o l'elezione di domicilio dell'imputato.

<sup>44</sup> La giurisprudenza di legittimità ritiene che la prescrizione di cui all'art. 581 co. 1-*quater* Cpp, attenendo alle impugnazioni in generale, debba trovare applicazione anche al ricorso per cassazione, così da «garantire l'effettiva conoscenza della pendenza del processo» (Cass., sez. VI, 10.1.2024, n. 6264, in *CEDCass.*, m. 285984-01); con la precisazione che, invece, non è necessaria la contestuale dichiarazione o elezione di domicilio dell'imputato, v. Cass., sez. VI, 7.12.2023, n. 2323, in *CEDCass.*, m. 285891-01); e ciò, secondo un certo orientamento, nonostante nella disposizione si faccia esclusivo riferimento all'impugnazione delle «sentenze», pure nell'ipotesi in cui l'oggetto del ricorso sia l'ordinanza di inammissibilità dell'appello pronunciata *de plano* per la mancata allegazione allo stesso della dichiarazione o elezione di domicilio dell'imputato (Cass., sez. I, 7.5.2024, n. 28912, in *CEDCass.*, m. 286791-01; *contra*, Cass., sez. II, 16.5.2024, n. 25419, in *CEDCass.*, m. 86466-01). In tutti questi casi, la Cassazione può dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione con procedimento *de plano* ai sensi dell'art. 610 co. 5-*bis* Cpp (Cass., sez. II, 15.1.2024, n. 4800, in *PPG* 2024, 695, con nota di F. Tribisonna, *L'inammissibilità “de plano” del ricorso per cassazione privo di uno specifico mandato ad impugnare: una lettura estensiva non priva di insidie*).

<sup>45</sup> G. Biondi, *L'art. 581*, cit.

sentenza nei termini senza sua colpa, salvo risulti che abbia avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo prima della pronuncia della sentenza». Il rilascio di uno specifico mandato a impugnare, insieme alla notifica, presso il domicilio contestualmente dichiarato o eletto, dell'atto introduttivo del conseguente giudizio, dovrebbe escludere che l'imputato possa poi invocare la mancata conoscenza effettiva della pendenza del procedimento e, quindi, attivare i suddetti strumenti "compensativi"<sup>46</sup>.

A ben vedere, quindi, un tale aggravio formale delle condizioni di ammissibilità dell'impugnazione ordinaria non rafforza la tutela del diritto di difesa dell'impugnante, rispondendo, piuttosto, a una logica di efficienza nell'organizzazione complessiva del procedimento penale. Si rammenti, invero, che, nella vigenza della disciplina intercorsa tra la l. n. 479/1999 e il d.lgs. n. 150/2022, allorquando, cioè, per l'impugnazione della sentenza contumaciale da parte del difensore non era richiesto alcun mandato specifico, l'iniziativa impugnatoria autonomamente intrapresa dal difensore non ostava alla successiva impugnazione straordinaria dell'imputato, non potendosi, al riguardo, opporre a costui il principio della "unicità dell'impugnazione"<sup>47</sup>. La doppia prescrizione formale imposta dall'art. 581 co. 1-*quater* Cpp mira a contrastare il rischio di una siffatta duplicazione di rimedi, ponendo le condizioni perché la tutela del diritto dell'imputato a partecipare al processo sia, razionalmente, concentrata in un'unica sede, sia essa quella ordinaria o quella straordinaria. In sostanza, entro la prospettiva del legislatore, se nella fase ordinaria del procedimento non si realizzano i presupposti dimostrativi di una conoscenza certa del processo da parte dell'imputato, non v'è ragione perché la fase proceda ulteriormente portando con sé il rischio di una elevata probabilità di successiva instaurazione dell'impugnazione straordinaria.

Il punto è comprendere se, dietro a uno schema apparentemente lineare, possa, invece, nascondersi un *deficit* di tutela. Occorre, cioè, stabilire se l'onere del difensore di munirsi di uno specifico mandato non possa costituire un irragionevole ostacolo all'esercizio del diritto di difesa (del quale il diritto all'impugnazione è sicura espressione)<sup>48</sup> nelle diverse fattispecie

<sup>46</sup> La *ratio* sottostante all'art. 581 co. 1-*quater* Cpp è la responsabilizzazione pretesa da un imputato che, essendo già stato dichiarato assente nella sussistenza dei presupposti di cui all'art. 420-*bis* Cpp, si presume a conoscenza del procedimento e, quindi, in grado di entrare tempestivamente in contatto con il proprio difensore. Ma, se quel che il difensore contesta con l'impugnazione è proprio la correttezza della dichiarazione di assenza, la suddetta pretesa perde, dal punto di vista logico-sistematico, la sua stessa ragion d'essere. Appare, pertanto, corretto quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui «il disposto di cui all'art. 581 co. 1-*quater* Cpp (...) non è applicabile al giudizio di cassazione, nel caso in cui formi oggetto del gravame l'ordinanza dichiarativa dell'assenza dell'imputato» (Cass., sez. I, 18.1.2024, n. 9426, in *PPG* 2024, 1506, con nota di A. Scarnera, *Sull'applicabilità dei nuovi oneri formali ex art. 581, comma 1-quater, c.p.p. al ricorso per cassazione proposto avverso l'ordinanza dichiarativa dell'assenza*, *ivi*, 1517; Cass., sez. V, 20.6.2024, n. 30589, in *CED Cass.*, m. 286815-02)

<sup>47</sup> Ciò che, in verità, non poteva opporsi all'imputato a partire dalla sentenza della C. cost., 4.12.2009, n. 317, in *GC* 2009, 4747, con nota di G. Ubertis, *Sistema multilivello dei diritti fondamentali e prospettiva abolizionista del processo contumaciale*, *ivi*, 4765, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 175, co. 2, Cpp, nella parte in cui non consentiva la restituzione dell'imputato, che non avesse avuto effettiva conoscenza del procedimento o del provvedimento, nel termine per proporre impugnazione contro la sentenza contumaciale, nel concorso delle ulteriori condizioni indicate dalla legge, quando analoga impugnazione fosse stata proposta in precedenza dal difensore dello stesso imputato. La Corte, infatti, così statuendo, ha escluso che il diritto dell'imputato potesse essere "consumato" dall'atto del difensore (normalmente nominato), posto che questi, non avendo ricevuto un mandato "ad hoc", agiva esclusivamente di propria iniziativa.

<sup>48</sup> In questo senso, prima della Riforma Nordio, cfr., tra gli altri, O. Mazza, *Ideologie della riforma Cartabia: la Procedura penale del nemico*, in *DPP* 2023, 433; F. Siracusano, *Le impugnazioni*, *cit.*, 828; N. Rombi, *Il nuovo processo in assenza*, in *DPP* 2013, 129; C. Trabace, *Troppe ombre sulla nuova assenza dell'imputato in appello*, in *PPG* 2024, 1300 s. La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha più volte giudicato manifestamente infondata la questione di legittimità dei commi 1-*ter* e 1-*quater* dell'art. 581 Cpp per contrasto con gli artt. 24, 27 e 111 Cost., sull'assunto che «tali disposizioni non comportano alcuna limitazione all'esercizio del potere di

in cui, essendo l'imputato effettivamente venuto a conoscenza del giudizio di primo grado, non vi è possibilità alcuna che la mancata attivazione dell'impugnazione nella fase ordinaria del procedimento sia "recuperata" mediante il successivo esperimento dei rimedi straordinari. Irragionevolezza che i fautori della Riforma Cartabia hanno ritenuto di poter escludere concependo l'onere formale dello specifico mandato all'interno di quella, più ampia, logica collaborazionista, di cui si è già detto, tra l'ordinamento e l'unità complessa assistito/difensore. Detto altrimenti, richiedere all'imputato e al suo difensore di mantenere, nel corso del procedimento, un rapporto professionale-comunicativo tendenzialmente stabile rappresenterebbe niente di più che una forma di leale cooperazione che la parte porrebbe in essere in termini ampiamente proporzionati rispetto a quel che dovrebbe essere l'interesse comune alla realizzazione della ragionevole durata del processo.

Nel quadro così delineato si inserisce la differenziazione voluta dalla Riforma Nordio, in base alla quale, mentre l'ammissibilità dell'impugnazione del difensore d'ufficio (dell'imputato assente) continua a essere subordinata alla capacità di quest'ultimo di entrare in contatto con l'assistito e di farsi rilasciare un valido mandato *ad hoc*, l'impugnazione del difensore di fiducia, indipendentemente dal fatto che l'imputato sia stato giudicato in presenza o in assenza, è stata "deformalizzata" (nel senso che è stata "sganciata" da fonti di legittimazione ulteriori rispetto al "normale" mandato difensivo preesistente alla sentenza oggetto del gravame).

La scelta del nomoteta non convince e appare foriera di attrito con il principio sancito dall'art. 3 co. 1 Cost.

Che la posizione del difensore d'ufficio, in rapporto alla capacità di contatto e di dialogo con il proprio assistito, sia diversa, in senso peggiorativo, da quella di cui "gode" il difensore di fiducia non è confutabile, per la semplice ragione che l'origine della relazione professionale, per il primo, è un atto di "imperio" dell'ordinamento, invece, per il secondo, è un negozio giuridico liberamente voluto dal diretto interessato. Correlativamente, le probabilità che all'instaurazione del rapporto processuale non consegua una effettiva e continuativa relazione professionale sono, nella prima situazione, molto più concrete. È del tutto sensato, quindi, che, in assenza di un mandato fiduciario, non possa presumersi che l'impugnazione del difensore sia sempre il frutto di una condivisione con l'assistito e che la stessa impugnazione, pertanto, non prevenga il rischio di dispendiose iniziative impugnatorie *post iudicatum*, potenzialmente idonee a vanificare l'esito del giudizio ordinario<sup>49</sup>. Ma, se, in considerazione di ciò, lo "specifico mandato" richiesto al difensore d'ufficio può, in una certa misura, apparire coerente con le esigenze di organizzazione della giurisdizione, altrettanto non può dirsi dalla visuale dell'imputato. Invero, nel contesto ora descritto, chi rimane, ingiustamente, sprovvisto di tutela è quell'imputato che all'inizio del giudizio di primo grado, nel pieno esercizio dei suoi diritti,

---

impugnazione spettante personalmente all'imputato, ma solo regolano le modalità di esercizio della concorrente ed accessoria facoltà riconosciuta al suo difensore, sicché essi non collidono né con il principio della inviolabilità del diritto di difesa, né con la presunzione di non colpevolezza operante fino alla definitività della condanna, né con il diritto ad impugnare le sentenze con il ricorso per cassazione per il vizio di violazione di legge» (Cass., sez. VI, 20.12.2023, n. 3365, in *CEDCass.*, m. 285900-01; conf., Cass., sez. IV, 11.10.2023, n. 43718, in *CEDCass.*, m. 285324-01). Ragioni che Cass., sez. III, 4.7.2024, n. 41244, in *DG* 12.11.2024, ha ritenuto riferibili «anche alla fattispecie di impugnante assistito da difensore di ufficio».

<sup>49</sup> Il punto è condiviso da L. Ludovici, *Disegno di legge c.d. Nordio*, cit., 25, il quale, però, segnala come il «ragionamento sotteso all'intervento novellistico», vale a dire il fatto che «il rischio di giudizi di impugnazione di cui l'imputato assente non abbia contezza ricorre soltanto nel caso di difesa d'ufficio e non anche nell'ipotesi di difensore fiduciario», renda irragionevole che «la norma richieda ancora che il mandato ad impugnare», rilasciato al difensori di fiducia, «rechi una data di rilascio successiva alla deliberazione della sentenza». Invero, «una volta formalizzata nel processo, la nomina fiduciaria, quale che ne sia stata la data di rilascio, è di per sé sola idonea a scongiurare il pericolo che l'imputato ignori la sentenza emessa nei suoi confronti nonché i futuri sviluppi della reg giudicanda».

decide, coscientemente, di non partecipare personalmente al processo e di avvalersi dell'assistenza di un difensore d'ufficio, salvo poi, per le più svariate ragioni, "perdere" o gestire malamente il contatto con quest'ultimo, fino al punto di non acquisire, in tempo utile, la conoscenza della sentenza emessa nei suoi confronti. Costui potrà "subire", inconsapevolmente, un giudicato pregiudizievole, che il difensore d'ufficio, in quanto sprovvisto di specifico mandato, non avrà potuto evitare e rispetto al quale non sarà possibile nemmeno richiedere la restituzione nel termine (non potendo l'imputato fornire la «prova di non aver avuto effettiva conoscenza della pendenza del processo e di non aver potuto proporre impugnazione nei termini senza sua colpa», così come, invece, pretende l'art. 175 co. 2.1 Cpp). Vero è che la previsione della dilatazione del termine per impugnare, appositamente riservata dall'art. 585 co. 1-*bis* Cpp, al «difensore dell'imputato giudicato in assenza»<sup>50</sup>, mitiga la percentuale di verifica del rischio paventato, ma altrettanto vero è che l'attenuazione quantitativa del problema non ne elimina l'astratta configurabilità<sup>51</sup>.

Nella soluzione legislativa in argomento sembra nascondersi anche un elemento di contraddittorietà: da una parte, l'ordinamento, al fine di togliere autonomia alla legittimazione a impugnare del difensore di ufficio (art. 581 co. 1-*quater* Cpp) si avvale della, in sé e per sé ragionevole, presunzione di soluzione di continuità nel rapporto professionale tra costui e l'assistito; da un'altra parte, però, lo stesso ordinamento, allorché stabilisce che all'imputato non detenuto, dopo la notifica del primo atto, le notificazioni successive (diverse dalla notificazione dell'avviso di fissazione dell'udienza preliminare, della citazione in giudizio ai sensi degli artt. 450 co. 2, 456, 552 e 601, nonché del decreto penale di condanna), «saranno effettuate mediante consegna al difensore di fiducia o a quello nominato d'ufficio» (art. 157 co. 8-*ter* Cpp), affida alla presunzione di continuità del suddetto rapporto l'attuazione della garanzia di conoscibilità, da parte del medesimo imputato, dell'evoluzione del giudizio nel quale si procede in sua assenza<sup>52</sup>.

Il *vulnus* al diritto di difesa dell'imputato assistito da un difensore d'ufficio, messo a confronto con la posizione riservata all'imputato assente assistito da un difensore di fiducia, origina un grave squilibrio. Il secondo, al cospetto della stessa scelta processuale (non partecipare personalmente al processo), ha un accesso più agevolato all'impugnazione, giacché, non solo, dopo l'emissione della sentenza che definisce il giudizio, non deve conferire al proprio difensore un mandato diverso da quello, generico, originariamente rilasciatogli, ma non è neanche tenuto a dichiarare o eleggere un domicilio, essendo venuta meno, nei suoi confronti,

<sup>50</sup> La disposizione, introdotta dall'art. 33 co. 1 lett. *f*, d.lgs. n. 150/2022, al fine di compensare il maggior tempo che, presumibilmente, occorre al difensore dell'imputato assente per munirsi dello "specifico mandato", non è stata modificata dalla l. n. 114/2024, continuando così a riferirsi al «difensore» senza specificazione alcuna. Pertanto, essa dovrebbe ancora applicarsi tanto a vantaggio del difensore d'ufficio, quanto a quello di fiducia, nonostante su quest'ultimo non gravi più il supplemento formale richiesto dall'art. 581 co. 1-*quater* Cpp. Per quanto astrattamente più ragionevole, una diversa interpretazione finirebbe per rendere incerta la decorrenza del termine per impugnare destinato al difensore di fiducia dell'imputato assente e, di conseguenza, per porsi in conflitto con l'esigenza di tassatività delle cause di decadenza del relativo diritto.

<sup>51</sup> Deve, però, segnalarsi che il problema, anche dopo l'intervento della "Riforma Nordio", potrebbe essere "aggirato" dal difensore facendosi rilasciare dall'imputato, antecedentemente all'emissione della sentenza di primo grado, una «procura speciale» a impugnare. Invero, l'art. 571 co. 1 Cpp continua a prevedere che «l'imputato può proporre impugnazione personalmente o per mezzo di un procuratore speciale nominato anche prima della emissione del provvedimento» e nulla autorizza ad escludere che destinatario della procura possa essere anche il difensore d'ufficio (Cfr. C. Citterio, *L'imputato del giusto processo*, cit.). Non è, tuttavia, una soluzione priva di insidie, ove si rifletta sul fatto che, conferendo la suddetta procura speciale, l'imputato, a differenza di quel che accadrebbe con il mero (specifico) mandato difensivo, consuma il suo diritto all'impugnazione e, di conseguenza, non potrà più essere ammesso alla restituzione nel termine *ex* art. 175 Cpp (Cass., sez. VI, 9.2.2017, in *DG* 6.3.2017).

<sup>52</sup> Analoga perplessità è espressa da G. Biondi, *L'art. 581*, cit.



anche l'applicabilità dell'art. 581 co. 1-ter Cpp. V'è di più: egli, potendo omettere il suddetto mandato specifico successivo alla conclusione del giudizio, non “condivide” formalmente l'impugnazione del difensore e non “certifica”, quindi, la personale conoscenza della sentenza emessa in sua assenza, così che, per le ragioni sopra dette, conserva, in astratto, la possibilità, una volta intervenuto il giudicato, di esercitare i rimedi straordinari. Una differenza di trattamento, quella descritta, che, tra l'altro, appare ancora più inaccettabile nella misura in cui colpisce il soggetto, di norma, processualmente più debole, essendo ben più frequente l'ipotesi in cui l'omessa nomina fiduciaria dell'imputato sia legata, non già a una libera scelta, ma a situazioni di privazione sociale, culturale o economica, ovverosia a quell'*humus* di diseguaglianza sostanziale al quale l'art. 3 co. 2 Cost. riconduce un dovere dell'ordinamento di riequilibrio delle posizioni; il contrario di ciò che, sul punto, sembra fare la legge in commento<sup>53</sup>.

Può solo ipotizzarsi, e auspicarsi, che a un tale riequilibrio provveda il “diritto giurisprudenziale”, allentando, a beneficio dell'imputato più svantaggiato, il rigore accertativo dei presupposti richiesti a costui per l'accesso ai rimedi straordinari (in particolare, di quello relativo alla «colpa» eziologicamente connessa dagli artt. 175 e 629-bis Cpp alla mancata presentazione dell'impugnazione ordinaria).

4. L'ultima delle modifiche qui oggetto di interesse è quella alla quale, potenzialmente, è riconducibile il maggior impatto sistematico<sup>54</sup>, giacché tocca un punto nevralgico, qual è, soprattutto da quando il nostro modello processuale ha virato verso l'accusatorio, quello relativo al regime di appellabilità delle sentenze di proscioglimento da parte del pubblico ministero. L'art. 593 co. 2 Cpp, così come ora interpolato dall'art. 2 co. 1 lett. p, l. n. 114/2024, esclude, in termini assoluti, l'ammissibilità dell'appello del pubblico ministero avverso le «sentenze di proscioglimento per i reati di cui all'art. 550 co. 1 e 2» Cpp (cioè quelle relative ai reati per i quali il pubblico ministero esercita l'azione penale con la citazione diretta a giudizio). Si osservi che, prima di tale sopravvenienza legislativa, il pubblico ministero non incontrava alcuna preclusione alla presentazione di siffatta impugnazione, se non quella, comune all'imputato, riguardante «le sentenze di proscioglimento relative a reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena alternativa» (art. 593 co. 3 Cpp).

Sono noti, sul tema, il tortuoso percorso che il legislatore del 2006 (Riforma Pecorella) intraprese per introdurre la regola della generale inappellabilità delle sentenze di proscioglimento (con la sola eccezione dell'appello incentrato sulla richiesta di rinnovazione dibattimentale per l'acquisizione di una prova decisiva)<sup>55</sup> e i successivi sviluppi che, in seno alla giurisprudenza costituzionale, condussero alla censura, e conseguente vanificazione, di tale

<sup>53</sup> In chiave critica, v. anche C. Trabace, *Troppe ombre*, cit., 1304; F. Tribisonna, *L'inammissibilità “de plano”*, cit., 719.

<sup>54</sup> E. Lorenzetto, *Informazione di garanzia e impugnazioni*, cit., 1164.

<sup>55</sup> Nella versione derivante dall'art. 1, l. n. 46/2006, l'art. 593 co. 2 Cpp così prevedeva: «L'imputato e il pubblico ministero possono appellare contro le sentenze di proscioglimento nelle ipotesi di cui all'art. 603, co. 2, se la nuova prova è decisiva. Qualora il giudice, in via preliminare, non disponga la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale dichiara con ordinanza l'inammissibilità dell'appello. Entro quarantacinque giorni dalla notifica del provvedimento le parti possono proporre ricorso per cassazione anche contro la sentenza di primo grado».

percorso<sup>56</sup>. In presenza di una copiosa letteratura alla quale poter rinviare<sup>57</sup>, sarebbe di scarsa utilità ricostruire i dettagli di quegli eventi, né siffatta operazione risulterebbe coerente con la fisionomia di questo contributo, che mira – lo si è intuito – ad analizzare le più immediate conseguenze che le novelle potranno avere sul terreno della loro concreta applicazione. Tuttavia, tale analisi non potrà prescindere da alcuni passaggi argomentativi della sentenza con la quale, nel 2007, la Corte costituzionale ebbe a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'allora riformato art. 593 Cpp, anche perché a questi stessi passaggi ha più volte fatto riferimento, nel corso dei lavori preparatori, il legislatore della Riforma Nordio. L'autore delle leggi, infatti, ha ritenuto di poter rintracciare in detta sentenza la "copertura costituzionale" del proprio intervento, precisamente nella parte in cui la Consulta, pur "bocciando" la versione dell'inappellabilità congegnata dalla Riforma Pecorella, ebbe a precisare che una diversa distribuzione, tra imputato e pubblico ministero, del potere di appello delle sentenze, non solo non è incompatibile con la Costituzione, ma, per certi versi, è correlata alle differenze funzionali esistenti tra le due Parti<sup>58</sup>. Principio, questo, che, tra l'altro, il Giudice delle leggi ha

<sup>56</sup> Il riferimento è alla sentenza C. cost., 6.2.2007, n. 26, in *CP* 2007, 1883, con nota di M. Ceresa Gastaldo, *Non è costituzionalmente tollerabile la menomazione del potere di appello del pubblico ministero*, ivi, 1894, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 20 febbraio 2006 n. 46, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, (*escludeva*) che il pubblico ministero (*potesse*) appellare contro le sentenze di proscioglimento, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603, co. 2, del medesimo codice, se la nuova prova *era* decisiva»; alla sentenza C. cost., 20.7.2007, n. 320, in *GC* 2007, 3096, con nota di F. Caprioli, *Limiti all'appello del pubblico ministero e parità delle parti nel giudizio abbreviato*, in *GC* 2007, ivi, 3112, che ha esteso il medesimo principio alle sentenze di proscioglimento emesse a seguito di giudizio abbreviato; e alla sentenza C. cost., 4.4.2008, n. 85, in *GC* 2008, 1032, con nota di M. Bargis, *L'imputato può nuovamente appellare (con un limite) le sentenze dibattimentali di proscioglimento: la Corte costituzionale elimina (e nel contempo crea) asimmetrie*, ivi, 1046, che ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della l. 20.2.2006 n. 46, nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 del codice di procedura penale, (*escludeva*) che l'imputato (*potesse*) appellare contro le sentenze di proscioglimento relative a reati diversi dalle contravvenzioni punite con la sola ammenda o con pena alternativa, fatta eccezione per le ipotesi previste dall'art. 603 co. 2 del medesimo codice, se la nuova prova (*era*) decisiva».

<sup>57</sup> Cfr., senza pretesa di esaustività, A. Bargi – A. Gaito, *Il ricorrente ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria: l'eccentrica definizione della funzione di garanzia del P.M. nel sistema delle impugnazioni*, in *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, a cura di A. Gaito, Torino 2007, 1; F. Caprioli, *I nuovi limiti all'appellabilità delle sentenze di proscioglimento tra diritti dell'individuo e "parità delle armi"*, in *GI* 2007, 253; A. Caputo, *I poteri di impugnazione delle parti: il punto dopo le più recenti pronunce della Corte Costituzionale*, in *CP* 2010, 562; A. De Caro, *Inappellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del p.m.: l'incostituzionalità della "Pecorella". L'illegittimità costituzionale del divieto di appello del pubblico ministero tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione*, in *DPP* 2007, 618; G. Di Chiara, *(In tema di) inappellabilità delle sentenze di proscioglimento da parte del pubblico ministero*, in *FI* 2007, (I), 641; P. Ferrua, *Inappellabilità delle sentenze di assoluzione da parte del p.m.: l'incostituzionalità della "Pecorella". La sentenza costituzionale sull'inappellabilità del proscioglimento e il diritto al "riesame" dell'imputato*, in *DPP* 2007, 611; G. Garuti, *Dall'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento ai nuovi "vincoli" in punto di archiviazione e di condanna dell'imputato*, in *DPP* 2006, 800; V. Grevi, *Appello del pubblico ministero e obbligatorietà dell'azione penale*, in *CP* 2007, 1414; A. Marandola, *Restituita al pubblico ministero la legittimazione all'appello nell'abbreviato (C. cost. n. 320 del 2007)*, in *Studium Juris* 2007 1419; A. Presutti, *L'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento tra regola ed eccezione*, in *RIDPP* 2006, 1194; L. Pulito, *Incostituzionale l'inappellabilità delle sentenze di proscioglimento da parte del P.M.: una decisione che non va ogni oltre ogni ragionevole dubbio*, in *ANPP* 2007, 312; A. Scalfati, *Restituito il potere d'impugnazione senza riequilibrio complessivo*, in *GD* 2007, (8), 78; G. Spangher, *"Legge Pecorella": ritorno al passato*, *GP* 2008, (I) 148; D. Vicoli, *Parità delle parti e giudizio abbreviato: cade per il pubblico ministero il divieto di appello delle sentenze di proscioglimento*, in *CP* 2007, 4429. Per un'analisi panoramica della Riforma Pecorella, cfr. *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, a cura di M. Bargis – F. Caprioli, Torino 2007; *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di A. Gaito, Torino 2006; *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006, n. 46 "Legge Pecorella"*, a cura di A. Scalfati, Milano 2006.

<sup>58</sup> Trattasi della parte della sentenza n. 26/2007, cit., nella quale il Giudice delle leggi afferma che, «per quanto

ribadito in ulteriori occasioni, sia antecedenti sia successive alla pronuncia del 2007, nelle quali, chiamata a valutare la legittimità costituzionale di diversi limiti legislativi posti all'appellabilità delle sentenze, ha respinto le relative questioni sul presupposto della rispondenza di detti limiti al margine di fisiologica differenziabilità tra i poteri delle due Parti<sup>59</sup>. Le ripetute questioni di pregiudizialità costituzionale che, sul punto, la Riforma Nordio ha dovuto superare nelle aule parlamentari<sup>60</sup> e le perplessità che, sia durante i lavori preparatori sia all'indomani dell'approvazione della legge, sono state manifestate da parte della dottrina<sup>61</sup> e della magistratura<sup>62</sup>, fanno agevolmente presagire che anche il testo vigente dell'art. 593 co. 2 Cpp sarà sottoposto al vaglio della Consulta<sup>63</sup>. Ed è ragionevole attendersi che la Corte costituzionale, una volta interpellata, valuterà il nuovo prodotto legislativo riprendendo le fila del ragionamento cristallizzato nella sentenza n. 26/2007. Pertanto, diviene necessario, come sopra detto, richiamare i criteri dal cui mancato rispetto quella sentenza fece dipendere l'incostituzionalità della versione dell'allora vigente art. 593 Cpp. Trattasi, in sintesi, dei criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, che la Consulta - basta rileggere con attenzione la citata pronuncia - non intende come una endiadi, bensì come fattori dotati di distinta identità concettuale, di modo che l'accertata sussistenza dell'uno non implica l'automatico "assorbimento" dell'altro, che, al contrario, deve essere verificato autonomamente<sup>64</sup>. Ne deriva

---

attiene alla disciplina delle impugnazioni, parità delle parti non significa, nel processo penale, necessaria omologazione di poteri e facoltà»; e prosegue specificando come «il potere di impugnazione nel merito della sentenza di primo grado da parte del pubblico ministero presenti margini di "cedevolezza" più ampi, a fronte di esigenze contrapposte, rispetto a quelli che connotano il simmetrico potere dell'imputato. Il potere di impugnazione della parte pubblica trova, infatti, copertura costituzionale unicamente entro i limiti di operatività del principio di parità delle parti - "flessibile" in rapporto alle *rationes* dianzi evidenziate - non potendo essere configurato come proiezione necessaria del principio di obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale, di cui all'art. 112 Cost. (sentenza n. 280 del 1995; ordinanze n. 165 del 2003, n. 347 del 2002, n. 421 del 2001 e n. 426 del 1998); mentre il potere di impugnazione dell'imputato viene a correlarsi anche al fondamentale valore espresso dal diritto di difesa (art. 24 Cost.), che ne accresce la forza di resistenza di fronte a sollecitazioni di segno inverso (sentenza n. 98 del 1994)». Il collegamento tra tale principio e la modifica dell'art. 593 Cpp contenuta nella Riforma Nordio è sottolineato nel *Dossier XIX Legislatura, 1° agosto 2023, Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare – AS n. 808*, del Servizio Studi Senato della Repubblica e Camera dei Deputati, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 30.

<sup>59</sup> V. C. cost., 21.12.2001, n. 421, in *CP* 2002, 1369, che ha sancito la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 443 co. 3 Cpp, sollevata, in riferimento all'art. 111 Cost., nella parte in cui non prevede la possibilità per il p.m. di proporre appello avverso le sentenze di condanna pronunciate dal giudice dell'udienza preliminare in sede di giudizio abbreviato; e C. cost., 26.2.2020, n. 34, in *GD* 2020, (13) 106, che dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 593 Cpp, come sostituito dall'art. 2 co. 1 lett. a, d.lgs. 6.2.2018, n. 11, «nella parte in cui prevede che il pubblico ministero può appellare contro le sentenze di condanna solo quando modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato».

<sup>60</sup> V., *supra*, nt. 5.

<sup>61</sup> Cfr. P. Bronzo, *Brevi note*, cit., 6 ss.; M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio"*, cit., secondo il quale la Riforma Nordio è intervenuta, in materia di appello, «in maniera approssimativa e semplicistica»; L. Ludovici, *Disegno di legge c.d. Nordio*, cit., 26 ss.

<sup>62</sup> V. il *Parere sul disegno di legge AS n. 808 recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario (ddl c.d. Nordio)*, reso dal CSM, con delibera del 21.2.2024 (consultabile in [www.csm.it](http://www.csm.it), alla sezione «Pareri e proposte al Ministro»), su richiesta del Ministro della Giustizia, 48: «sembra potersi affermare che le modifiche al secondo comma dell'art. 593 Cpp che il legislatore intende introdurre, valutate, come indicato dalla Corte, "sulla base del rapporto comparativo tra la *ratio* che ispira, nel singolo caso, la norma generatrice della disparità e l'ampiezza dello 'scalino' da essa creato tra le posizioni delle parti", potrebbero prestarsi ad eventuali rilievi in punto di sproporzione tra la *ratio* dell'intervento e l'entità del sacrificio imposto alla parte pubblica».

<sup>63</sup> A. Barletta, *La riforma Nordio*, cit., 103.

<sup>64</sup> Si consideri, in tale direzione, quanto affermato in C. cost., 6.2.2007, n. 26, cit.: «(...) nella cornice dei valori costituzionali, la parità delle parti non corrisponde necessariamente ad una eguale distribuzione di poteri e facoltà

che anche il “taglio” asimmetrico all’appellabilità dotato di ragionevolezza, in quanto supportato da un interesse costituzionalmente tutelato (tale è stato ritenuto, ad esempio, quello all’economia processuale caratterizzante il regime impugnatorio delle sentenze definitive dei riti speciali alternativi al dibattimento<sup>65</sup>), una volta superato il primo “filtro”, deve essere vagliato sotto il profilo della proporzionalità. Deve, cioè, verificarsi se la contrazione del potere di appello di una Parte (nella specie, del pubblico ministero) sia correlata alla maggiore rilevanza che, dal punto di vista funzionale, a detta Parte è riconosciuta dall’ordinamento nella fase che genera la sentenza da impugnare, posto che, ove così non fosse, la contrazione determinerebbe, in contrasto con il combinato disposto dagli artt. 3, 111 co. 2, Cost., un inaccettabile squilibrio tra le Parti<sup>66</sup>.

Non si ignora, evidentemente, che il ragionamento della Corte costituzionale (soprattutto nella parte inerente al secondo criterio) sia stato duramente criticato da parte autorevole della dottrina, la quale, attribuendo al diverso regime di appellabilità delle sentenze tra imputato e pubblico ministero una matrice costituzionale completamente diversa (costituzionalizzazione del diritto di appello dell’imputato, da una parte, e inconciliabilità dell’appello del pubblico ministero con la presunzione di non colpevolezza di cui all’art. 27 co. 2 Cost. e con la regola di giudizio ad essa sottintesa, dall’altra<sup>67</sup>), esclude, in linea di principio, che, sul tema, le due

---

fra i protagonisti del processo. In particolare, per quanto attiene alla disciplina delle impugnazioni - ferma restando la possibilità per il legislatore, dianzi accennata, di una generale revisione del ruolo e della struttura dell’istituto dell’appello - non contraddice, comunque, il principio di parità l’eventuale differente modulazione dell’appello medesimo per l’imputato e per il pubblico ministero, purché essa avvenga nel rispetto del canone della ragionevolezza, con i corollari di adeguatezza e proporzionalità (...). Criteri ai quali, secondo la Consulta, non era conforme l’asimmetria creata dalla Riforma Pecorella, in quanto «generalizzata» (perché non riferita a talune categorie di reati, ma estesa indistintamente a tutti i processi: «di modo che la riforma, mentre lascia intatto il potere di appello dell’imputato, in caso di soccombenza, anche quando si tratti di illeciti bagatellari - salva la preesistente eccezione relativa alle sentenze di condanna alla sola pena dell’ammenda (...) fa invece cadere quello della pubblica accusa anche quando si discuta dei delitti più severamente puniti e di maggiore allarme sociale, che coinvolgono valori di primario rilievo costituzionale») e «unilaterale» («perché non trova alcuna specifica “contropartita” in particolari modalità di svolgimento del processo - come invece nell’ipotesi già scrutinata dalla Corte in relazione al rito abbreviato, caratterizzata da una contrapposta rinuncia dell’imputato all’esercizio di proprie facoltà, atta a comprimere i tempi processuali - essendo sancita in rapporto al giudizio ordinario, nel quale l’accertamento è compiuto nel contraddittorio delle parti, secondo le generali cadenze prefigurate dal codice di rito»).

<sup>65</sup> Cfr. C. cost., 21.12.2001, n. 421, cit.; C. cost., 27.1.2004, n. 46, in *GC* 2004, 631, con nota di Spangher, *Resta inappellabile per il p.m. - anche in via incidentale - la sentenza di condanna del giudizio abbreviato*, ivi, 637, ove la Consulta, nel dichiarare «manifestamente infondata, in riferimento all’art. 111 co. 2 Cost., la q.l.c. degli art. 443 co. 3 e 595 Cpp, nella parte in cui escludono l’appello incidentale del p.m. contro le sentenze di condanna pronunciate a seguito di giudizio abbreviato», ha affermato: «premesso che il principio di parità delle parti non comporta necessariamente l’identità tra i poteri processuali del p.m. e quelli dell’imputato e che il limite all’appello della parte pubblica continua a trovare giustificazione nell’obiettivo primario della rapida e completa definizione dei processi svoltisi in primo grado con il rito abbreviato, l’esclusione dell’impugnazione incidentale della parte pubblica non può considerarsi inutile, sul piano dell’economia processuale, giacché, anche in presenza dell’appello principale dell’imputato, essa serve comunque a ridurre le questioni di merito deducibili nei confronti della sentenza emessa nel giudizio abbreviato e di riflesso a ridurre anche le occasioni di ricorso per cassazione (...).»

<sup>66</sup> In questo senso, ad esempio, C. cost., 21.12.2001, n. 421, cit., esclusa la fondatezza della questione dell’art. 443, co. 3, Cpp, sollevata, in riferimento all’art. 111 Cost., nella parte in cui non prevede la possibilità per il p.m. di proporre appello avverso le sentenze di condanna pronunciate dal giudice dell’udienza preliminare in sede di giudizio abbreviato, per essere la norma impugnata in linea con l’obiettivo di una rapida definizione dei processi celebrati con il rito abbreviato, ha ulteriormente osservato che tale rito «implica una decisione fondata, *in primis*, sul materiale probatorio raccolto dalla parte che subisce la limitazione censurata, fuori delle garanzie del contraddittorio». Il che, in quella occasione, ha consentito alla Corte di escludere la violazione del principio di parità tra le parti.

<sup>67</sup> G. Spangher, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni*, cit., 244.

posizioni possano essere collocate sullo stesso piano e, di conseguenza, essere suscettibili di comparazione in una logica di eguaglianza funzionale<sup>68</sup>. Ritenendo, però, improbabile un *revirement* della Consulta e volendo mantener fede al nostro specifico obiettivo, rimaniamo entro i confini di pensiero tracciati dalla sentenza n. 26/2007, al fine di riflettere - senza alcuna pretesa di chiaroveggenza - sulla capacità di “tenuta” del nuovo art. 593 Cpp al cospetto di un ipotetico futuro giudizio di costituzionalità.

Orbene, in relazione al primo dei parametri sui quali dovrà basarsi tale giudizio, cioè quello della ragionevolezza, potrebbe addursi la sussistenza del requisito, in virtù del fatto che l’inibizione del potere di appello del pubblico ministero non è generalizzata, ma contenuta entro il novero dei reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio. Un tale contenimento, quindi, nell’ottica del legislatore, consentirebbe di conseguire rilevanti obiettivi di economia processuale (e, indirettamente, di attenuare il rischio di sfioramento dei giudizi di appello per sopravvenuta improcedibilità *ex art. 344-bis Cpp*), senza, con ciò, intaccare il generale potere di accesso del pubblico ministero al controllo di merito delle sentenze che lo hanno visto “soccumbente”<sup>69</sup>. La tesi, però, si rivelerebbe “tronca” se non la si spingesse fino a individuare la ragione per la quale proprio quei reati, anziché altri, debbano subire la riduzione dei margini di appellabilità in nome del primato di esigenze efficientiste. A tal proposito, potrebbe sostenersi che il segmento mancante sia rinvenibile nel minor tasso di complessità dell’accertamento dei menzionati reati e, a riscontro di tale tesi, potrebbe mutuarsi dalla sentenza n. 298/2008 il ragionamento con il quale la Consulta respinse l’inappellabilità delle sentenze emesse dal giudice di pace penale<sup>70</sup>. In verità, difficilmente un argomentare di tal fatta coglierebbe nel segno, giacché le due sfere di competenza, quella del tribunale monocratico e quella del giudice di pace (art. 4, d.lgs. 28.8.2000 n. 274), sono molto diverse. In quest’ultima vi rientrano soltanto reati bagatellari e, per lo più, espressivi di

<sup>68</sup> Pur con diversi approcci, rientrano in tale pensiero critico, tra gli altri, A. De Caro, *L’illegittimità costituzionale del divieto di appello del pubblico ministero tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione*, in *DPP* 2007, 623 ss., il quale censura la sentenza C. cost., 6.2.2007, n. 26, cit., evidenziando come la stessa, da un lato, non chiarisca «la ragion d’essere del diritto all’impugnazione di merito da parte dell’organo di accusa» e, dall’altro, per quanto concerne il potere di appello dell’imputato, sembri prescindere «dall’esistenza di una sua autonoma giustificazione»; P. Ferrua, *La sentenza costituzionale sull’inappellabilità del proscioglimento e il diritto al “riesame” dell’imputato*, in *DPP* 2007, 613, secondo cui «nella specie non era difficile trovare una “ragionevole giustificazione” alla scelta dell’inappellabilità»; D. Vicoli, *Irragionevoli i limiti all’appello del pubblico ministero, ma labili i confini tra norma illegittima e norma inopportuna*, in *GI* 2008, 260. Condivide, invece, la pronuncia della Corte costituzionale, ritenendola «robustamente argomentata», F. Caprioli, *I nuovi limiti*, cit., 250. Nella stessa direzione, v. M. Ceresa Gastaldo, *Non è costituzionalmente tollerabile*, cit., 1894 ss.; R.E. Kostoris, *Le modifiche al codice di procedura penale in tema di appello e di ricorso per cassazione introdotte dalla c.d. “legge Pecorella”*, in *RDP* 2006, 642.

<sup>69</sup> Si legge, infatti, nella *Relazione al ddl n. 808 – Atti Parlamentari – Senato della Repubblica – XIX Legislatura*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 8 - 9: «l’intervento mira a ridisegnare il potere d’impugnazione del pubblico ministero, tenendo conto – nel limitarlo – di quanto stabilito dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 26 del 2007: in particolare, si dà carico dell’esigenza di che la rimodulazione del potere di appellare del pubblico ministero non risulti né “generalizzata” né “unilaterale” (...). Viene, quindi, ulteriormente modificato l’art. 593 Cpp, al fine di escludere che l’organo dell’accusa possa proporre appello rispetto a sentenze di proscioglimento relative a reati di contenuta gravità, che (...) sono stati individuati attraverso il riferimento al catalogo dei reati per i quali l’art. 550 Cpp prevede la citazione diretta a giudizio: ciò che, trattandosi di fattispecie già considerate dalla legge anche di più agevole accertamento processuale, rafforza ulteriormente i profili di coerenza sistematica, e più in generale di ragionevolezza, della novella. Restano dunque appellabili le decisioni di assoluzione per i reati più gravi, compresi tutti quelli contro la persona che determinano particolare allarme sociale, tra i quali sono ricompresi i reati cosiddetti da codice rosso».

<sup>70</sup> C. cost., 25.7.2008, n. 298, in *GC* 2008, 3270, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale, in riferimento agli artt. 3 e 111 della Costituzione, dell’art. 9, co. 2, della l. 46/2006, nella parte in cui - modificando l’art. 36, co. 1, del d.lgs. 28.8.2000, n. 274 - non consente al pubblico ministero di proporre appello avverso le sentenze di proscioglimento del giudice di pace.

microconflittualità interindividuale, rispetto ai quali, effettivamente, è ragionevole presumere l'ordinaria semplicità dell'accertamento giudiziale, tanto da poterne affidare lo svolgimento esclusivamente a giudici non togati<sup>71</sup>. Stessa presunzione non potrebbe farsi per la sfera di cognizione attribuita, ex art. 550 co. 2 Cpp, al tribunale in composizione monocratica, essendo in questa rinvenibili numerose fattispecie penali i cui elementi oggettivi e soggettivi sono, sul piano astratto, molto complessi, financo, a volte, più complessi di quelli propri delle fattispecie appartenenti alla competenza per materia di un giudice "superiore"<sup>72</sup>. Se così è, allora, la ragione fondante la selezione tipologica dei reati va trovata altrove e, in tale direzione, sembra nel giusto chi afferma come essa possa rinvenirsi unicamente nella minore rilevanza del bene giuridico tutelato dalla fattispecie penale alla quale si riferisce l'inappellabilità<sup>73</sup>. In questa diversa accezione muta anche la logica sottesa alla selezione voluta dalla Riforma Nordio, che non è più tecnico-giuridica in senso stretto, ma squisitamente "politica". Attiene, cioè, alla facoltà del legislatore di far corrispondere a una minore gravità del reato una minore affidabilità euristica del relativo accertamento giurisdizionale o, detto in altro modo, un maggior tasso di errore del medesimo accertamento. Il tutto, è ovvio, ove si accetti, a monte, che l'attivazione del controllo di merito contribuisca, in astratto, alla riduzione di un tale errore<sup>74</sup>. Entro siffatte coordinate, il nucleo attorno al quale ruota l'indagine sulla conformità costituzionale dell'art. 593 co. 2 Cpp diviene quello della discrezionalità del legislatore e, perciò, della sua possibile sindacabilità da parte del Giudice delle leggi.

Una prima considerazione sembra militare per l'insindacabilità. Lo stesso paradigma "minore rilevanza del bene giuridico/minore affidabilità cognitiva del giudizio" è già alla base della rivendicazione di paternità, nel nostro sistema processuale penale, dei riti speciali alternativi al dibattimento che utilizzano forme di cognizione sommaria, quali il decreto penale di condanna e il patteggiamento. Riti che, com'è noto, hanno superato ampiamente (seppure con rilievi fortemente opinabili) il vaglio di costituzionalità della Corte costituzionale<sup>75</sup>, la quale ora, ove venisse interpellata sul tema qui in discussione, non potrebbe, ad avviso di chi scrive, porsi in contraddizione con il suo stesso pensiero.

Vero è che, occupandosi della legalità costituzionale di detti riti speciali, la Corte ha potuto motivare richiamando, quale fattore derogatorio del "contraddittorio per la prova", la loro base negoziale, ma il rilievo non è decisivo. Infatti, la suddetta capacità derogatoria attribuita al consenso dell'imputato non vive di vita propria, poiché la sua stessa esistenza dipende da una

<sup>71</sup> C. cost., 25.7.2008, n. 298, cit., a giustificazione della propria decisione, afferma che «la limitazione del potere di appello del pubblico ministero, stabilita dal novellato art. 36 del d.lgs. n. 274 del 2000, non è affatto «generalizzata». Essa concerne, al contrario, i soli reati di competenza del giudice di pace, ossia un circoscritto gruppo di figure criminose di minore gravità e di ridotto allarme sociale: figure espressive, in buona parte, di conflitti a carattere interpersonale e per le quali è comunque esclusa l'applicabilità di pene detentive». Al tempo stesso - prosegue la sentenza - la limitazione «viene ad innestarsi su un modulo processuale (il procedimento davanti al giudice di pace), che (...) presenta caratteristiche assolutamente peculiari. Esso risulta improntato a finalità di snellezza, semplificazione e rapidità, che lo rendono non comparabile con il procedimento davanti al tribunale, e comunque tali da giustificare sensibili deviazioni rispetto al modello ordinario».

<sup>72</sup> Il rilievo – segnala P. Bronzo, *Brevi note*, cit., 7 - «vale ancor di più dopo la riforma Cartabia che (non solo ha ridotto il tasso di semplificazione della procedura, introducendo l'udienza predibattimentale, ma ha accresciuto in modo assai rimarchevole l'elenco dei reati del secondo comma) dell'art. 550. Il che «rende assai dubbio il rispetto di criteri di ragionevolezza e proporzionalità del divieto d'appello da parte del pubblico ministero».

<sup>73</sup> P. Bronzo, *Brevi note*, cit., 7.

<sup>74</sup> Il diritto a impugnare quale rimedio contro l'errore giudiziario è sottolineato, tra gli altri, da A. Gaito, *Le impugnazioni in generale*, in AA.VV., *Procedura penale*, Torino 2023, 929 ss.; C. Trabace, *Troppe ombre*, cit., 1298.

<sup>75</sup> V., per il decreto penale di condanna, C. cost., 23.12.1998, in *CP* 1999, 1100; C. cost., 16.4.2003, n. 132, in *GC* 2003, 2; e, per il patteggiamento, *praesertim*, C. cost., 2.7.1990, n. 313, in *GI* 1992, (I), 1872; C. cost., 11.12.1997, n. 399, in *DPP* 1998, 284.

previa valutazione dell'ordinamento circa l'opportunità (politica) di individuare un ambito entro il quale il consenso può operare e rispetto al quale, dunque, la rinuncia a un pieno accertamento della regiudicanda è "socialmente tollerabile". In parole più povere, accettando o richiedendo il decreto penale o il patteggiamento, è l'imputato che rinuncia, implicitamente, a essere giudicato con le maggiori garanzie epistemologiche del giusto processo penale, ma, a monte di ciò, è l'ordinamento che contempla e accetta la presenza di zone cognitive grigie. Orbene, è questa "rinuncia originaria" che accomuna la contrazione cognitiva dei procedimenti speciali all'omologa contrazione derivante dalla riduzione del controllo di merito dell'accertamento delle fattispecie penali di cui all'art. 550, co. 1 e 2, Cpp. In entrambi i casi, l'ordinamento esercita la prerogativa di differenziare, discrezionalmente, il modello processuale in ragione della diversità del reato da accertare e lo fa mirando, in ultima analisi, alla realizzazione di un'unica finalità: l'economia processuale funzionale al buon andamento complessivo della giurisdizione.

Una precisazione è doverosa. Così opinando, lo scrivente non vuol contraddirsi rispetto a quanto altrove sostenuto in merito alla dubbia compatibilità costituzionale della regola di giudizio attualmente utilizzata per la definizione del patteggiamento<sup>76</sup>, ma solo evidenziare quella che, nella prospettiva di un giudizio di costituzionalità sull'art. 593 co. 2 Cpp, sarebbe una questione di coerenza interna alla giurisprudenza costituzionale. Insomma, delle due l'una: o si rimette in discussione la tenuta costituzionale della giurisdizione acognitiva caratterizzante il rito monitorio e il rito consensuale oppure coerenza esige che lo stesso metro di valutazione sia adoperato per legittimare analoghe rinunce, dirette o - come nel caso che ci occupa - indirette, alla *plena cognitio* dell'accertamento penale.

Come specificato in premessa, la riflessione sulla legittimità costituzionale dell'art. 593 co. 2 Cpp, o, sarebbe più corretto dire, sulla sua coerenza con i principi elaborati dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 26/2007 (e nelle sentenze di questa confermate), non può arrestarsi alla verifica di rispondenza al criterio della ragionevolezza, essendo, altresì, necessario estendere il controllo all'ulteriore criterio della proporzionalità. Acquisito, pertanto, il convincimento che restringere l'ambito dei casi di appellabilità delle sentenze di proscioglimento non è una soluzione legislativa, in sé e per sé considerata, irragionevole, bensì giustificata da un interesse meritevole di apprezzamento e, sotto il profilo del giudizio di costituzionalità, insindacabile, rimane da interrogarsi se la stessa restrizione non finisca, però, per alterare quella "proporzionalità" che la Consulta reputa doverosa affinché non si produca una asimmetria patologica tra le Parti.

Sul punto, le nubi sono più dense. Posto che il regime di appellabilità delle sentenze di condanna non è stato intaccato dalla "Riforma Nordio" – la quale, quindi, ha ritenuto di non dover bilanciare l'erosione del terreno di appellabilità delle sentenze di proscioglimento con un'analogia *deminutio* del primo regime – quel che, rimanendo ancorati all'impostazione del citato precedente costituzionale, deve verificarsi è se il minor potere di impugnazione attribuito al pubblico ministero "soccombente" possa trovare spiegazione nell'esigenza di compensare un *surplus* di potere previamente attribuito a costui nel giudizio di primo grado. Quel che si vuole dire, in sostanza, è che la "compensazione" non può avere fondamento nell'asserzione di un'astratta e generalizzata "prevalenza strutturale" del pubblico ministero sulla posizione processuale dell'imputato, dovendo la sproporzione essere rintracciata su di un piano rigorosamente funzionale. Con la conseguenza che, se sproporzione vi è, essa deve essere direttamente correlata alla stessa funzione interessata dalla limitazione, non già a una funzione espletata in una fase diversa e ormai priva di collegamento con le attività della fase in cui è giunto il procedimento. È quel che, però, nel nostro caso, non sembra potersi dire. Non sembra,

<sup>76</sup> A. Pulvirenti, *Controllo e motivazione della sentenza di patteggiamento*, Bari 2024.

infatti, che l'indubbia posizione di supremazia della quale tutt'ora gode il pubblico ministero nelle indagini preliminari possa, automaticamente, riverberarsi sul giudizio di primo grado (dove le parti hanno parità di poteri in ordine sia all'ammissione sia alla formazione della prova) e, dunque, giustificare una pretesa di riequilibrio delle posizioni nel successivo grado di merito. Non sono visibili, in sostanza, nel giudizio dibattimentale asimmetrie tra le parti tali da giustificare, riguardo al suo epilogo, un arretramento del potere di iniziativa del pubblico ministero rispetto a quello dell'imputato<sup>77</sup>.

A schiarire le nubi non può contribuire, a nostro avviso, il richiamo alle contrazioni che il pubblico ministero subisce nell'esercizio del diritto a proporre appello avverso le sentenze di condanna (artt. 443 co. 3, 593 co. 1, Cpp) e alle "patenti di costituzionalità" delle quali tali contrazioni possono fregiarsi per essere passate indenni al vaglio della Consulta. Le situazioni – ammonisce la Corte – non sono equiparabili, posto che, in quei casi, la riduzione del potere di appello del pubblico ministero è resa tollerabile dal soddisfacimento, seppure parziale, della sua pretesa punitiva, così che egli non può essere qualificato "soccumbente"<sup>78</sup>. Piuttosto, l'aver, tramite la Riforma Orlando, esteso tale limite del pubblico ministero alle sentenze di condanna emesse con il rito ordinario<sup>79</sup> potrebbe rafforzare il sospetto di illegittimità costituzionale dello squilibrio venutosi a creare ai danni del suddetto, il quale oggi, al cospetto di un imputato che, dopo la sentenza n. 26/2007, ha mantenuto pressoché inalterata la propria prerogativa impugnatoria contro le sentenze che ne hanno determinato, *in toto* o in parte, la soccombenza, ha "subito" una, quasi integrale, limitazione al potere di appello degli esiti di

<sup>77</sup> Cfr. M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio"*, cit., ritiene che il legislatore del 2024 non abbia «tenuto in alcuna considerazione le indicazioni fornite dalla Corte costituzionale con le sentenze che quindici anni fa avevano dichiarato illegittima la riforma Pecorella» e abbia, così, introdotto uno squilibrio tra le parti «privo di giustificazione e del tutto sproporzionato, perché unilaterale». Esso, infatti, intervenendo «in rapporto al giudizio ordinario, nel quale l'accertamento è compiuto nel contraddittorio delle parti, secondo le generali cadenze prefigurate dal codice di rito», non trova «alcuna specifica "contropartita" in particolari modalità di svolgimento del processo». Conf. E. Lorenzetto, *Informazione di garanzia e impugnazioni*, cit., 1166, la quale sottolinea anche un ulteriore «paradosso» riconducibile alla l. n. 114/2024: «se, per i reati meno gravi (citazione diretta a giudizio), una volta inibito l'appello del pubblico ministero è venuto meno il rischio della prima condanna in appello, viceversa per i reati più gravi (rito con udienza preliminare), il persistente appello della pubblica accusa materializza l'eventualità della condanna pronunciata per la prima volta in appello, rispetto alla quale l'imputato potrà giovare del solo ricorso per cassazione. Prospettiva che riporta *in auge* la proposta di un'abolizione integrale dell'appello del pubblico ministero» (ivi, 1167).

<sup>78</sup> Cfr. C. cost., 23.7.1991, n. 363, in *GI* 1994, (I), 114, ove la Consulta, al fine di dichiarare l'infondatezza della questione di legittimità dell'art. 443 co. 3 Cpp, sollevata, in relazione agli artt. 3 e 27 Cost., nella parte in cui non consente al pubblico ministero di proporre impugnazione avverso le sentenze di condanna emesse al termine del giudizio abbreviato, ha affermato che «tale limite trova fondamento, da un lato, nell'obiettivo primario di una rapida e completa definizione dei processi svoltisi in primo grado secondo il rito abbreviato, dall'altro, nella circostanza che la sentenza di condanna emessa in primo grado sulla base di tale rito segna comunque la realizzazione della pretesa punitiva fatta valere nel processo attraverso l'azione intrapresa dal pubblico ministero». Il concetto è, poi, stato ribadito, tra le altre, in C. cost., 27.1.2004, n. 46, cit.; C. cost., 6.2.2007, n. 26, cit.; C. cost., 26.2.2020, n. 34, cit. (relativamente al limite posto, *ex art.* 593 co. 1 Cpp, al potere di appello del pubblico ministero nei confronti delle sentenze di condanna emesse con il rito ordinario).

<sup>79</sup> Il riferimento è alla c.d. "Riforma Orlando *bis*", ovvero alla l. n. 114/2024, art. 2 co. 1 lett. a, d.lgs. 6.2.2018, n. 11, che, modificando il testo precedente dell'art. 593 co. 1 Cpp («salvo quanto previsto dagli articoli 443 co. 3, 448 co. 2, 579 e 680, il pubblico ministero e l'imputato possono appellare contro le sentenze di condanna»), ha stabilito che «il pubblico ministero può appellare contro le medesime sentenze solo quando modificano il titolo del reato o escludono la sussistenza di una circostanza aggravante ad effetto speciale o stabiliscono una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato». La stessa riforma ha confermato, invece, l'inappellabilità, da parte sia dell'imputato sia del pubblico ministero, delle sole «sentenze di condanna per le quali è stata applicata la sola pena dell'ammenda» (ipotesi alle quali il d.lgs. n. 150/2022 ha successivamente aggiunto le condanne a pena sostitutiva del lavoro di pubblica utilità).



soccombente parziale e una piena obliterazione, in relazione ai reati di cui all'art. 550 co. 1 e 2 Cpp, del potere di appello degli esiti di totale soccombente<sup>80</sup>.

Tutto ciò, è bene ribadirlo, perderebbe di rilevanza nella remota ipotesi in cui la Consulta mutasse decisamente approccio alla questione, non concependo più il potere di impugnazione della parte privata in rapporto di reciproca dipendenza con quello della parte pubblica (tale per cui, l'estensione dell'uno deve, in linea di massima, riflettersi su quello dell'altra), bensì, attribuendogli fondamenti costituzionali del tutto distinti e non sovrapponibili: il diritto di difesa e la presunzione di non colpevolezza per l'appello dell'imputato e il potere/dovere di esercitare la pretesa punitiva per l'appello del pubblico ministero. Così collocati, i due poteri finirebbero di essere interdipendenti, giacché la tendenziale intangibilità del diritto di appello dell'imputato non inciderebbe sulla contestuale restrizione dell'omologo diritto del pubblico ministero, la cui autonoma legittimità costituzionale, a quel punto, dipenderebbe esclusivamente dalla sussistenza di un presupposto ragionevole<sup>81</sup>.

5. Negli oltre trentacinque anni di vigenza (e, soprattutto, negli ultimi venti), il codice di rito è stato interessato da molteplici riforme di rilevante impatto (più quantitativo che qualitativo), alle quali, periodicamente, si sono aggiunti tantissimi micro-interventi, effettuati, nelle materie più svariate, dai legislatori via via succedutisi<sup>82</sup>. Il che, indipendentemente da qualsivoglia

<sup>80</sup> La Riforma Nordio, non intervenendo sull'art. 576 Cpp, ha mantenuto inalterato il diritto della parte civile di proporre appello, ai soli effetti della responsabilità civile, avverso le sentenze di proscioglimento pronunciate nel giudizio di primo grado per i reati di cui all'art. 550 Cpp. Diritto il cui esercizio, stante la sopravvenuta impossibilità che le medesime sentenze siano impugnate anche agli effetti penali, determina la prosecuzione del procedimento dinanzi al giudice civile competente (art. 573 co. 1-bis Cpp). A tal proposito, vi è chi ritiene che, nell'ipotesi, non improbabile, di riproposizione di questioni di legittimità costituzionale dell'art. 593 Cpp analoghe a quelle sollevate in ordine alle disposizioni della legge Pecorella, «potrebbe essere nuovamente denunciato un ulteriore profilo di disuguaglianza, venendo il pubblico ministero a trovarsi in posizione deteriore anche rispetto a tale parte privata» (F. Porcu, *Le modifiche*, cit., 19).

<sup>81</sup> Si rammenti, al riguardo, che la "Commissione Lattanzi" (istituita con d.m. 16.3.2021), tra le proposte di modifica al ddl A.C. 2435, aveva inserito «l'inappellabilità delle sentenze di condanna e di proscioglimento da parte del pubblico ministero», senza eccezione alcuna. Tale scelta derivò dalla condivisione dell'idea che «lo strumento a disposizione del pubblico ministero per attivare un controllo di legalità (sulla corretta applicazione della norma sostanziale), di legittimità (su eventuali *errores in procedendo*) e di razionalità del giudizio di fatto (sulla corretta applicazione delle regole della logica) della decisione sia il ricorso per Cassazione» (anche in considerazione dell'ampiezza del vizio di motivazione contemplato dall'art. 606, co. 1 lett. e Cpp, «che consente un controllo della corrispondenza della motivazione agli atti probatori»); e, per converso, che «l'indisponibilità per il pubblico ministero di un rimedio finalizzato a ottenere un nuovo giudizio di fatto in sede di appello discende (...), con riguardo alle sentenze di proscioglimento, dallo *standard* dell'oltre ogni ragionevole dubbio, che promana dall'art. 27 co. 2 Cost. e rende inconcepibile sul piano logico il raggiungimento della certezza processuale dopo un giudizio di proscioglimento, se non in presenza di vizi di motivazione che escludano la riproponibilità della valutazione alternativa e a seguito di una articolata e problematica rinnovazione istruttoria». Al tempo stesso, però, la medesima proposta intendeva trasformare l'appello «in uno strumento di controllo a critica vincolata della pronuncia di primo grado», al fine di portare «a termine un processo di razionalizzazione resosi necessario dalla crisi di rigetto determinata dalla estraneità della tradizionale disciplina delle impugnazioni nel corpo di un processo accusatorio» (v. Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 - 24.5.2021*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 25.5.2021, 36-37). Entrambe le proposte, com'è noto, non sono state recepite dal d.lgs. n. 150/2022. Cfr., sul punto, M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio"*, cit., secondo cui la proposta Lattanzi, pur essendo organica, «è stata abbandonata per le critiche corporative incrociate, provenienti tanto dall'avvocatura, quanto dalla magistratura», mentre la Riforma Nordio è intervenuta «in materia di appello in maniera approssimativa e semplicistica».

<sup>82</sup> Quel che M. Daniele, *La crisi del codice di procedura penale: un fenomeno irreversibile?*, in *RDP* 2024, 91, ha definito «un cantiere sempre aperto». Negli stessi termini, E. Maccora, *Il cantiere sempre aperto della giustizia*

considerazione di merito sul contenuto delle singole novelle, è, di per sé, un fenomeno patologico, poiché il continuo rimaneggiamento ha riguardato una materia alla quale, nel rispetto della sua peculiare natura, dovrebbe essere garantita una certa stabilità. L'efficacia di un istituto processuale di nuovo conio si misura "a lungo raggio", dovendo prima esaurirsi quella fase nella quale l'attendibilità dei risultati può essere alterata da numerosi fattori a formazione progressiva, tra i quali la stabilizzazione ermeneutica della relativa disposizione, il rodaggio della sottostante prassi applicativa, il raccordo funzionale con gli istituti preesistenti e, non da ultimo, a volte, la "metabolizzazione culturale" della novità da parte degli "operatori". A ciò si aggiunga, quale motivo che dovrebbe indurre il legislatore a una particolare prudenza, l'elevata - e, negli ultimi anni, sempre più accentuata - esposizione mediatica della materia, il cui repentino cambiamento contenutistico è idoneo, anche in ragione delle distorsioni informative che oggi imperano nella comunicazione di massa, a produrre nei consociati una percezione di grave disorientamento.

Il fenomeno della frequente mutevolezza del codice di rito assume dimensioni ancora più degenerative quando una riforma è succeduta, entro un margine temporale medio-breve, da una controriforma<sup>83</sup>, spinta, non tanto da una vera riflessione critica sui contenuti e sugli effetti del dato preesistente, quanto dall'esigenza di assecondare, per ragioni di opportunità politica, pressioni provenienti da soggetti esterni rappresentativi di un interesse settoriale<sup>84</sup>.

La sensazione è che anche la l. n. 114/2024, per le parti qui commentate, si iscriva nel panorama ora descritto, avendo apportato innovazioni che paiono affette da estemporaneità e asistematicità. Nel primo senso, ci riferiamo all'abrogazione del co. 1-*ter* dell'art. 581 Cpp e alla interpolazione del co. 1-*quater* della stessa norma, le quali, nel recepire, parzialmente, le istanze della classe forense, non solo hanno adottato, acriticamente, una logica delle impugnazioni antitetica a quella della Riforma Cartabia<sup>85</sup>, ma lo hanno fatto in termini così

---

*penale. Prmissime osservazioni al DDL Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 6.7.2023.

<sup>83</sup> Così come precisato in apertura di questo contributo, utilizziamo i suddetti termini nella riduttiva accezione di riforme settoriali, non di vere e proprie "ricostruzioni" organiche dell'intero modello processuale. La differenza è rilevante, poiché, quando si verifica la suddetta sequenza, il rischio è che a un intervento asistematico se ne sostituisca un altro anch'esso asistematico e, per di più, disomogeneo rispetto sia alla versione originaria del codice sia a quella "intermedia".

<sup>84</sup> Al riguardo, di «riformismo apparente, che cela l'eterno ritorno degli identici problemi, malgrado il preteso intervento risolutivo del legislatore», parla E. Lorenzetto, *Informazione di garanzia e impugnazioni*, cit., 1156.

<sup>85</sup> Nel commentare il ddl 808, la contrapposizione era già stata segnalata da G. Biondi, *L'art. 581*, cit.: «nella logica del riformatore Cartabia, (...) il diritto di impugnazione, senza dubbio garantito a tutte le parti, e, *in primis*, all'imputato, va inteso come diritto esercitabile quando ne sussiste effettivamente la necessità. In questo ordine di idee, la relazione processuale tra imputato e difensore diventa effettivamente essenziale: a fronte delle tante opzioni difensive che il codice di rito mette a disposizione, il difensore deve svolgere innanzitutto un'effettiva opera di comunicazione e informazione, affinché la scelta dell'impugnazione da parte dell'imputato sia il più possibile consapevole. Solo così è raggiungibile l'obiettivo della celebrazione di giudizi di impugnazione promossi effettivamente con lo scopo di sottoporre a controllo la sentenza gravata, e non per altri scopi, più o meno processuali, che in alcuni casi travalicano lo stesso interesse dell'imputato, appesantendo inutilmente il "fardello" delle Corti di Appello o della Corte di Cassazione. Il d.d.l. Nordio rischia, da questo punto di vista, di segnare un punto di arresto, facendo tornare indietro le lancette dell'orologio. Sarà compito soprattutto della classe forense, che tanto ha voluto l'intervento correttivo in questione, non disperdere quei principi e quella logica che era alla base della riforma Cartabia, nell'interesse superiore della Giustizia». Nella stessa direzione, scrive C. Citterio, *L'imputato del giusto processo*, cit.: «l'imputato che consapevolmente si disinteressa del proprio procedimento dopo essere stato informato di contenuto e prospettive e dell'obbligo di mantenere contatto e reperibilità non è l'imputato/tipo parametro su cui il giusto processo tara i propri principi. E lo scostamento "a lui imputabile" (157.8-*quater*) rimane a suo danno». Analoga perplessità è manifestata da M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio"*, cit., «rispetto a un ordinamento che, dopo aver riformato l'assenza per assicurare che si proceda solo nel caso in cui l'imputato sia a conoscenza del processo, finisce per consentire a questi di

repentini da ignorare le contestuali esigenze di raccordo con la residua legislazione in tema di notificazione della *vocatio in iudicium* che siffatte modifiche avrebbero (non fosse altro che per ragioni di completezza e di non contraddittorietà interna) richiesto. Nel secondo senso, il riferimento deve intendersi al nuovo art. 593 co. 2 Cpp, che, pur non avendo avuto un “parto” parlamentare altrettanto frettoloso, appare ugualmente affetto da una certa dose di approssimazione<sup>86</sup>, nella misura in cui ha la pretesa di incidere su un assetto delle impugnazioni da sempre fonte di acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale, senza, però, sentire il dovere di farlo in una prospettiva più ampia (coinvolgente tanto la posizione del pubblico ministero quanto quella dell’imputato, ma, soprattutto, implicante una rimodulazione complessiva della fisionomia del giudizio di appello) e, forse, sottovalutando il rischio che anche questo tentativo di riduzione del potere di appello possa finire presto sotto la scure della Corte costituzionale o, nella migliore delle ipotesi, introdurre un ulteriore elemento di disorganicità dell’istituto.

Tra il serio e il faceto, potrebbe avanzarsi una proposta provocatoria: sulla falsariga di quanto accaduto per l’amnistia e l’indulto (art. 79 Cost.), imporre, quantomeno per certe aree tematiche della giurisdizione penale, un procedimento legislativo a maggioranza rafforzata, così da preservarne l’impermeabilità ai continui e repentini interventi di chirurgia legislativa dettati da motivazioni di puro equilibrio politico-elettorale.

---

disinteressarsi del tutto del suo processo».

<sup>86</sup> In tal senso, la dottrina ha evidenziato anche un difetto di «tecnica normativa», rintracciabile nel fatto che la nuova formulazione dell’art. 593 Cpp, limitandosi a dire ciò che il pubblico ministero *non può fare*, sembra aver fatto venir meno, rispetto al proscioglimento per i reati ai quali non si riferisce il divieto, «la base legale del potere d’appello» della parte pubblica. Base la cui esplicitazione, in una materia, come quella delle impugnazioni, retta da «canoni di stretta legalità e tipicità delle fattispecie», sarebbe, a rigore, necessaria. Il rilievo, pur espresso da P. Bronzo, *Brevi note*, cit., 6 s., in sede di audizione del 28 marzo 2024 dinanzi alla Commissione II Giustizia della Camera dei Deputati sul ddl C. 1718, è rimasto del tutto inascoltato dal legislatore della riforma. Da qui, la necessità che l’incongruenza sia superata in via interpretativa (ritenendo, cioè, che la relatività del divieto postuli una opposta regola generale), essendo, altrimenti, la disposizione destinata, inevitabilmente, alla declaratoria di illegittimità costituzionale per violazione, sotto il profilo della ragionevolezza, dell’art. 3 Cost. In termini analoghi, M. Gialuz, *Le novità della “manovra Nordio”*, cit., il quale segnala, altresì, come il ddl Nordio nulla dica riguardo alla legittimazione del pubblico ministero ad appellare le sentenze di assoluzione pronunciate all’esito del giudizio abbreviato e le sentenze di non luogo a procedere emesse a conclusione dell’udienza predibattimentale ex art. 554-bis Cpp. L’Autore, pertanto, dubita della ragionevolezza di un sistema che, in ordine alle medesime fattispecie penali, consente al pubblico ministero di appellare la sentenza di assoluzione pronunciata in abbreviato e quella di non luogo a procedere, ma non la sentenza liberatoria adottata all’esito del dibattimento. Per una più ampia riflessione sulla «decadenza del *drafting* legislativo» e sui conseguenti sconfinamenti del diritto giurisprudenziale, cfr. M. Daniele, *La crisi del codice*, cit., 95.

## QUALI ALTERNATIVE AL RICOVERO IN REMS? LA LIBERTÀ VIGILATA C.D. TERAPEUTICA E LE PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

di Sofia Regini (*Dottoranda di ricerca in diritto penale, Università di Trento*)

Il presente intervento mira a vagliare la praticabilità di soluzioni applicative per la tutela della salute degli autori di reato infermi di mente diverse tanto dal modello custodiale delle REMS, quanto da quello surrettiziamente coercitivo della libertà vigilata c.d. terapeutica. Se la sent. 22/2022 della Corte costituzionale ha rivelato la precoce “crisi” dell’istituto delle REMS, vi è ora l’urgenza di trovare alternative anche rispetto alla libertà vigilata terapeutica, strumento “principe” del sistema delle misure di sicurezza, che tuttavia pone non irrilevanti problemi di compatibilità con i principi cardine del diritto penale, primo fra tutti il principio di legalità.

This paper examines the feasibility of applicative solutions for the protection of the health of mentally ill offenders other than both the custodial model of the REMS and the surreptitiously coercive model of therapeutic probation. If Sentence 22/2022 of the Constitutional Court has revealed the early ‘crisis’ of the REMS institution, there is now an urgent need to find alternatives to therapeutic probation, the principal instrument of the security measures system, which however poses not insignificant problems of compatibility with the cardinal principles of Criminal Law, first and foremost the principle of legality.

SOMMARIO: 1. Introduzione: tre anni dopo la sent. 22/2022. – 2. Il “successo” della libertà vigilata c.d. terapeutica. – 3. Le criticità della libertà vigilata terapeutica. – 4. Le possibili alternative: spunti dal passato e dal diritto comparato. – 5. Conclusioni.

1. A quasi tre anni dalla pronuncia della sent. 22/2022, con cui la Corte costituzionale ha messo in luce la strutturale inadeguatezza dell’attuale sistema delle residenze per l’esecuzione delle misure di sicurezza (REMS), quel che è certo è che vi è ora la necessità e l’urgenza di trovare soluzioni terapeutiche alternative alle misure di sicurezza custodiali.

I giudici costituzionali, pur limitando il proprio spazio di intervento con una sorta di “*self-restraint*”, che si è tradotto in una declaratoria di inammissibilità delle questioni sollevate dal G.i.p. di Tivoli, tra le righe, hanno indicato quale possibile alternativa al ricovero in REMS il potenziamento del ricorso alla misura della libertà vigilata c.d. terapeutica<sup>1</sup>.

Questo *favor* per la libertà vigilata, in realtà, non stupisce affatto, ma si inserisce – come vedremo *infra* – in un filone di illustri precedenti costituzionali in materia, che, a partire dai primi anni Duemila, hanno consentito alla libertà vigilata di assurgere ad «architrave dell’intero sistema delle misure di sicurezza»<sup>2</sup>. Il problema è quello di capire – ed è proprio ciò che si proverà a fare nel prosieguo di questo intervento – se l’indicazione della Consulta di incrementare il ricorso alla misura della libertà vigilata sia davvero una soluzione auspicabile, ovvero se non sottenda il rischio di aprire la via a rimedi ancor più nocivi del male che s’intende curare.

In quest’ottica, il discorso si articolerà in tre snodi essenziali: in primo luogo si presenterà l’istituto della libertà vigilata terapeutica, cercando di ripercorrere le ragioni del suo successo applicativo; successivamente si analizzeranno le criticità e le possibili derive del ricorso a tale

<sup>1</sup> C. cost., 27.1.2022 n. 22, in *GD* 2022 (7), 84 ss.

<sup>2</sup> M. Miravalle, *Non solo R.E.M.S. Le “altre” misure di sicurezza tra cura e controllo*, in *Dieci anni di Rems*, a cura di M. Pelissero, L. Scomparin, G. Torrente, Napoli-Torino 2022, 383.

misura e, infine, si proverà a prospettare l'adozione di soluzioni alternative, diverse tanto dal ricovero in REMS quanto dalla libertà vigilata terapeutica.

2. Volendo fornire le coordinate essenziali dell'istituto della libertà vigilata, occorre innanzitutto dire che essa rappresenta la principale misura di sicurezza personale non detentiva. Disciplinata all'art. 228 Cp, essa si consustanzia in una serie di limitazione della libertà personale del reo, il quale si vede imporre dal giudice prescrizioni idonee ad evitare la commissione di nuovi reati. Le prescrizioni devono essere tali da incentivare il riadattamento sociale del destinatario mediante il lavoro e possono avere un contenuto assolutamente vario, concretizzandosi tanto in un "facere positivo" quando in un obbligo di "non facere".

L'ampio potere discrezionale del giudice nell'imporre prescrizioni si giustifica in ragione della spiccata natura special-preventiva della misura ed in funzione dell'esigenza di una individualizzazione del trattamento a carico del reo. Se quello appena delineato è lo statuto generale della libertà vigilata, tale misura, nel corso degli anni, grazie all'intervento della Corte costituzionale, si è arricchita anche di una funzione terapeutica rispetto agli autori di reato infermi di mente.

Con la sent. 253/2003, infatti, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222 Cp, nella parte in cui non consentiva al giudice di adottare, in luogo del ricovero in OPG, una misura ugualmente idonea a garantire adeguate cure all'infermo di mente e contenerne la sua pericolosità sociale, ma meno afflittiva, andando così a cristallizzare i principi di «flessibilità» della disciplina delle misure di sicurezza e di «sussidiarietà» delle misure a carattere detentivo<sup>3</sup>.

A distanza di poco meno di un anno, con la sent. 367/2004, è stato dichiarato parzialmente illegittimo anche l'art. 206 Cp nella parte in cui non consentiva al giudice – in sede di applicazione provvisoria di misure di sicurezza – di disporre, in luogo del ricovero in OPG, una misura non detentiva idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua pericolosità sociale.

In questo modo, i giudici costituzionali, da una parte, hanno fatto propri gli approdi più avanzati della scienza psichiatrica che in quel periodo era giunta a dimostrare come la segregazione rappresenti sempre un «fattore di regressione» nella cura della malattia mentale<sup>4</sup>, dovendovi ricorrere solo in casi di estrema criticità e comunque per brevi periodi di tempo, dall'altra, hanno dato pieno riconoscimento alla volontà del legislatore di attribuire alla libertà vigilata un ruolo protagonista nel novero delle misure di sicurezza, come dimostrato dal disposto dell'art. 215 Cp.

A seguito di tali pronunce, il ricorso alla libertà vigilata terapeutica ha conosciuto un tangibile incremento, tanto che nell'ultimo decennio il numero di persone sottoposte a tale misura è aumentato di oltre il 20% ed oggi è di sette volte superiore a quello delle persone ricoverate in REMS<sup>5</sup>. Inoltre, da quanto emerso dall'ultima Relazione al Parlamento del Garante Nazionale delle persone private della libertà personale, nel 2023, su 675 persone in attesa di fare ingresso in REMS, ben 633 erano sottoposte in via provvisoria a libertà vigilata terapeutica<sup>6</sup>, a dimostrazione del fatto che tale misura viene concepita proprio come diretta e naturale alternativa a quella di tipo custodiale.

3. Ma quali sono in concreto le prescrizioni terapeutiche che possono essere imposte con la libertà vigilata? Ecco che qui, andando ad osservare la prassi applicativa, per citare il professor

<sup>3</sup> M. Pelissero, *Quale futuro per le misure di sicurezza?*, in *RIDPP* 2013, 1279.

<sup>4</sup> M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, 191.

<sup>5</sup> M. Miravalle, *op. cit.*, 366 ss.

<sup>6</sup> *Relazione al Parlamento 2023*, in [www.garantenazionaleliberta.it](http://www.garantenazionaleliberta.it), 15.6.2023, 269.

Pelissero, «si scopre il vaso di Pandora» ed emergono tutte le distorsioni e le contraddizioni di una soluzione che, almeno inizialmente, era stata accolta positivamente dalla dottrina (si pensi ai primi entusiastici commenti “a caldo” di Franco Della Casa alla sent. 376/2004)<sup>7</sup>.

Infatti, il carattere estremamente flessibile della libertà vigilata, che rende tale misura simile ad un recipiente vuoto che può essere riempito di contenuto grazie al potere discrezionale del giudice, rischia di sottendere una sorta di “truffa delle etichette”, ove il giudice, nel disporre l’applicazione di una misura astrattamente non detentiva, prescrive la permanenza forzata in strutture residenziali sociosanitarie.

L’analisi giurisprudenziale ci dimostra come nella maggior parte dei casi la finalità terapeutica venga conseguita attraverso l’imposizione della prescrizione della permanenza presso una comunità terapeutica, corredata financo dal divieto di allontanarsi dalla stessa senza la previa autorizzazione del giudice. A questo punto, appare lampante il rischio che la libertà vigilata nella sua realtà applicativa travalichi il limite delle misure di sicurezza di tipo detentivo, trasformandosi *de facto* in una di essa.

Tale pericolosa deriva ha richiamato l’attenzione non solo della dottrina, ma anche della Suprema Corte che, con più arresti, ha tentato di tracciare il confine tra libertà vigilata terapeutica “legittima” ed “illegittima”. In particolare, gli Ermellini hanno stabilito che il giudice può imporre la permanenza in una comunità terapeutica, purché la natura e le modalità esecutive della prescrizione non ne snaturino il carattere non detentivo<sup>8</sup>.

Tuttavia, alla chiarezza del principio di diritto non corrisponde una traduzione in essere altrettanto cristallina. Infatti, secondo la Suprema Corte, l’imposizione del divieto di allontanamento dalla struttura sociosanitaria in determinate fasce orarie sarebbe comunque legittima, in quanto si tratterebbe di «prescrizioni esclusivamente funzionali all’esecuzione del programma terapeutico, che non comportano alcun sacrificio aggiuntivo alla libertà di movimento rispetto a quello che inerisce strutturalmente a un qualsiasi percorso di cura»<sup>9</sup>.

Quindi, con pronunce un po’ pilatesche, la giurisprudenza di legittimità di fatto avalla la “metamorfosi” a cui è andata incontro la libertà vigilata terapeutica nell’ultimo ventennio<sup>10</sup>, rendendola un’alternativa “per equivalente” al ricovero in REMS.

Il problema è che tale mutazione del DNA della misura della libertà vigilata non è scevra di numerosi profili di illegittimità. Sono tre, infatti, i parametri costituzionali messi in crisi da tale soluzione applicativa: il principio di legalità, di cui all’art. 25 co. 3 Cost., il principio di inviolabilità della libertà personale *ex art.* 13 Cost. e il divieto di trattamenti sanitari di cui all’art. 32 Cost. Più nello specifico, il principio di stretta legalità delle misure di sicurezza, così come enunciato all’art. 199 Cp, impone al giudice di scegliere la misura più adatta all’interno del catalogo a *numerus clausus* predisposto dal legislatore, non potendo spingersi a modificare una misura a tal punto da crearne una nuova<sup>11</sup>.

In maniera del tutto paradossale, quindi, l’ampio ricorso alla libertà vigilata terapeutica ha legittimato l’ingresso nel nostro ordinamento di una misura sottratta a tutte le garanzie tipiche delle misure detentive, aprendo la via a quattro possibili distorsioni: a) l’elusione dei termini di durata massima prescritti per le misure detentive, con la conseguenza che il paziente potrebbe rimanere “incastrato” nel circuito delle misure di sicurezza *sine die*<sup>12</sup>; b) l’elusione

<sup>7</sup> F. Della Casa, *La Corte costituzionale corregge l’automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *GCos* 2004, 3398.

<sup>8</sup> *Ex multis*, Cass. 14.9.2020, n. 28575, in *CEDCass*, m. 256052.

<sup>9</sup> Cass. 12.11.2019, n. 50383, in *CEDCass*, m. 277338.

<sup>10</sup> Cfr. M.T. Collica, *Vizio di mente: nozione, accertamento e prospettive*, Torino 2007, 223.

<sup>11</sup> I. Pedace, *Libertà vigilata terapeutica: quali limiti per il giudice?*, in *DPP* 2021, 472.

<sup>12</sup> Cfr. A. Massaro, *Sorvegliare, curare e non punire*, in *RIMEDL* 2015, 1379.

dei limiti di capienza massima del numero di pazienti ricoverati in REMS<sup>13</sup>; c) l'attribuzione di eccessive responsabilità a operatori sanitari non adeguatamente formati per il trattamento di autori di reato affetti da infermità mentale; d) l'introduzione di una forma di confinamento completamente sottratta al controllo imparziale dei Garanti delle persone private della libertà.

4. Dunque, occorre scongiurare il rischio che la sent. 22/2022 porti all'adozione di "soluzioni pronte all'uso", scarsamente ossequiose dei principi costituzionali posti a presidio della materia penale, quale appare per l'appunto la libertà vigilata terapeutica allo stato attuale.

In altre parole, occorre adoperarsi per trovare ulteriori strumenti per il trattamento del folle-reo. Un simile sforzo era già stato compiuto nel 2018 dalla Commissione ministeriale presieduta dal professor Pelissero nell'ambito della l. 103/2017, che nella sua relazione illustrativa aveva avanzato interessanti proposte che vale la pena ricordare anche in questa sede<sup>14</sup>.

Previa modifica della definizione di «vizio di mente» di cui agli artt. 88 e 89 Cp e della nozione di «pericolosità sociale» di cui all'art. 203 Cp, il gruppo di lavoro proponeva di introdurre delle specifiche «misure terapeutiche» per soggetti non imputabili affetti da infermità di mente e socialmente pericolosi, che si sarebbero sostanziate in una misura a carattere non detentivo (la «vigilanza terapeutica») e in una di tipo detentivo (il «ricovero in residenza terapeutica giudiziaria», sostitutiva delle REMS).

Onde garantire il pieno rispetto del principio di legalità, quindi, si proponeva di scindere la libertà vigilata – destinata solo ai soggetti imputabili – da quella di tipo terapeutico, evidenziandone così le sostanziali differenze in termini di natura, contenuti, scopi e disciplina. Inoltre, l'applicazione delle misure terapeutiche veniva prevista soltanto in caso di commissione di delitti puniti con la pena detentiva non inferiore nel massimo a tre anni: al di sotto di tale soglia, si sarebbero potuti attivare soltanto i servizi territoriali a tutela della salute mentale.

Ma le novità più interessanti erano quelle riguardanti gli artt. 228 e 229 Cp, che, disciplinando nel dettaglio le prescrizioni a corredo delle due misure terapeutiche, avrebbero ridotto grandemente lo spazio di discrezionalità del giudice, pur lasciando intatta la possibilità di individualizzare e modellare il piano terapeutico sulle specifiche esigenze del reo. Come precisato nella relazione illustrativa, la previsione di forme di residenzialità anche nell'ambito della vigilanza terapeutica non l'avrebbe trasformata in una misura di tipo custodiale, poiché si sarebbe comunque trattato di una prescrizione obbligatoria e non coercitiva.

Altri spunti per evitare possibili travalimenti delle misure di sicurezza non detentive in quelle a carattere custodiale arrivano dallo studio comparatistico di ordinamenti stranieri: in Spagna, ad esempio, il principio di proporzionalità in materia di misure di sicurezza non comprende solo il dato quantitativo della durata della stessa, ma anche quello qualitativo, in forza del quale non può mai essere applicata una misura di tipo detentivo se la pena prevista per il reato-presupposto non è, a sua volta, di tipo detentivo<sup>15</sup>.

Ciò significa che le finalità terapeutiche devono essere perseguite anche attraverso la previsione di misure di sicurezza non detentive per l'ipotesi in cui il soggetto infermo di mente abbia commesso un reato-presupposto non punibile con la reclusione. Proprio per questo motivo l'art. 106 del *Código Penal* prevede che la *libertad vigilada* possa connotarsi per finalità

<sup>13</sup> M. Miravalle, *op. cit.*, 363 ss.

<sup>14</sup> *Relazione illustrativa*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it), 5.6.2018, 60 ss.

<sup>15</sup> B.C. Bayond, A.U. Mora, *Fundamentacion dogmatica y principios reguladores del sistema de medidas de seguridad y reinsercion social aplicables a inimputables semiimputables*, in *Repositorio de Universidad de Zaragoza*, 1.1.2016.

terapeutiche, concretizzabili nell'imposizione dell'obbligo di seguire un trattamento medico esterno o di sottoporsi a controlli medici periodici<sup>16</sup>.

Le disposizioni spagnole ricalcano il modello portoghese che prevede il c.d. trattamento ambulatoriale, quale misura di sicurezza di tipo non detentivo per i soggetti affetti da malattia mentale<sup>17</sup>.

5. In conclusione, possiamo dire che, per quanto necessaria ed improrogabile, la sola riforma del sistema delle REMS non è di per sé sufficiente a garantire il pieno rispetto dei diritti degli autori di reato affetti da malattia mentale, dal momento che il nostro ordinamento non è provvisto di uno strumentario adeguato neanche al di fuori del modello prettamente custodiale. Quindi, parallelamente al ripensamento della disciplina delle REMS, si rende imprescindibile un intervento anche in materia di libertà vigilata, nell'ottica di definirne i confini e il contenuto della sua accezione terapeutica. Per questo, sarebbe auspicabile guardare alle autorevoli proposte avanzate in passato e alle esperienze di ordinamenti stranieri.

Il sospetto, tuttavia, è che meri interventi sulla disciplina dei singoli istituti possano comportare benefici effimeri – proprio come è avvenuto con l'introduzione della REMS e il contestuale superamento degli OPG – se prima non si passa per un radicale ripensamento delle nozioni che stanno alla base dell'intera materia, ossia delle nozioni di «pericolosità sociale», «imputabilità» e «infermità di mente».

Insomma, volendo parafrasare la famosa citazione di Tomasi da Lampedusa, se vogliamo che tutto *non* rimanga com'è, bisogna che tutto cambi.

---

<sup>16</sup> L. Fernando, B. Flore, *El Tratamiento Médico Externo Por Razon Penal*, in *Derecho Y Salud* 2023, 45 ss.

<sup>17</sup> *Medidas de Segurança*, in [www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br), 15.9.2023.



## IL FUTURO DEL “DOPPIO BINARIO” PER I *DANGEROUS OFFENDERS* IN UN SISTEMA PENALE INTEGRATO

di Francesca Rocchi (*Ricercatrice di diritto penale, Università di Teramo*)

Il c.d. doppio binario a carico di soggetti imputabili, ritenuti socialmente pericolosi, è funzionale alla riduzione del rischio di recidiva e pertanto non può prescindere dal tipo di criminalità che si vuole prevenire e di cui il reato commesso è espressione. Per superare i fondati dubbi di illegittimità costituzionale e convenzionale dell'attuale sistema, nonché i suoi noti limiti pratico applicativi, non si può più fare a meno dell'ausilio di altre scienze empiriche, siano esse sociali, criminologiche od attuariali, nonché eventualmente anche dell'I.A., che affianchino, ma non sostituiscano, la necessaria discrezionalità giudiziale. Tali scienze potranno aiutare, da un lato, il legislatore a delimitare l'ambito di applicabilità di queste misure, sia in senso oggettivo, individuando un criterio selettivo dei reati interessati, basato sulla rilevanza dei beni giuridici posti in pericolo da certa criminalità persistente, sia in senso soggettivo, rispetto a determinate tipologie criminologiche di autori; e, dall'altro lato, potranno essere d'ausilio al giudice nel delicato accertamento della pericolosità sociale del reo.

The so-called double track against indictable offenders, considered socially dangerous offenders, is functional to reducing the risk of recidivism and therefore cannot ignore the type of crime that is intended to be prevented and of which the crime committed is an expression. To overcome the well-founded doubts of constitutional and conventional illegitimacy of the current system, as well as its known practical application limits, it is no longer possible to ignore the assistance of other empirical sciences, i.e. social, criminological or actuarial ones, as well as possibly also AI, which support, but do not replace, the necessary judicial discretion. These sciences may help, on one hand, the legislator to delimit the scope of applicability of these measures, both in an objective sense, identifying a selective criterion of the crimes involved, based on the relevance of the legal assets endangered by certain persistent crimes, and in a subjective sense, regarding to certain criminological types of perpetrators; and, on the other hand, will be able to assist the judge in the delicate assessment of the social dangerousness of the offender.

SOMMARIO: 1. Le tradizionali critiche della dottrina al sistema sanzionatorio a doppio binario a carico dei rei imputabili socialmente pericolosi. – 2. La recente espansione del sistema a doppio binario. – 3. I possibili “rimedi” ai tradizionali limiti del sistema del doppio binario. – 4. Le condizioni di sostenibilità costituzionale e convenzionale di un sistema di misure di sicurezza *post delictum* per i *dangerous offenders*. – 5. Conclusioni.

1. Da molti anni parte autorevole della dottrina contesta la stessa legittimità costituzionale del c.d. doppio binario, ovvero la possibilità, per talune categorie di delinquenti imputabili, ritenuti pericolosi socialmente, di prevedere una doppia sanzione, l'una (la pena) basata sulla colpevolezza del reo e proporzionata alla gravità del fatto (*Tatschuld*), l'altra (la misura di sicurezza) basata sulla pericolosità sociale (*Gefährlichkeit*), che può essere di durata addirittura indeterminata<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano 1978; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 88 ss.; A.a.Vv., *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, a cura di S. Moccia e A. Cavaliere, Napoli 2023, *passim*; L. Fornari, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *RIDPP*, 1993, 569 ss.; M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, *passim*; A.a.Vv.,

Un sistema siffatto, presente fin nella versione originaria del Codice Rocco, ha iniziato, infatti, a mostrare le sue incongruenze sotto il profilo assiologico, rispetto ai principi costituzionali, e dal punto di vista teleologico, rispetto alle nuove funzioni assegnate alla pena, che è andata perdendo il solo scopo retributivo, a vantaggio delle finalità preventive; ed, infine, sotto il profilo prasseologico, visto che lo scopo di prevenzione speciale doveva essere raggiunto, nelle case di lavoro e nelle colonie agricole (art. 216 Cp), attraverso il lavoro che spesso, tuttavia, risulta(va) del tutto assente.

Le principali critiche mosse al sistema del doppio binario a carico dei delinquenti pericolosi, imputabili, possono condensarsi, per economia espositiva, in due ordini di ragioni.

In primo luogo, lo scopo di prevenzione speciale negativa e positiva è oggi pacificamente perseguito anche dalla pena, insieme a quello retributivo e di prevenzione generale. Pertanto, le misure di sicurezza custodiali si risolverebbero in una mera “duplicazione della pena detentiva”, sproporzionata rispetto alla gravità del reato e al limite garantistico della colpevolezza per il fatto (*Strafzumessungsschuld*). Ciò, paradossalmente, sembra oggi ancor più esatto visto che è caduta la sola autentica differenza con la pena, ovvero l’indeterminatezza della durata massima delle misure di sicurezza, che era dovuta alla presunta impossibilità di prevedere in anticipo quando cessi la pericolosità sociale<sup>2</sup>. Questa importante innovazione, peraltro, resta prevista in una legge complementare, senza aver modificato sul punto il codice penale, per esigenze di *Realpolitik*, contrariamente al principio di riserva di codice (art. 3 *bis* Cp), che avrebbe consigliato una revisione organica della disciplina delle misure di sicurezza *intra codicem*<sup>3</sup>, che, come vedremo, non si è ancora realizzata. Peraltro, secondo parte della dottrina, lo stesso criterio adottato per definire la durata massima delle misure di sicurezza, coincidente con il massimo edittale della pena – eccetto per i delitti puniti con l’ergastolo, per i quali la durata resta illimitata - sembra confermare la tesi della sovrapposibilità tra pene e misure di sicurezza<sup>4</sup>.

Anche spostandoci sul piano concreto, purtroppo, non si scorgono differenze sostanziali in termini di esecuzione, in quanto la casa di lavoro o colonia agricola risultano in tutto simili a sezioni carcerarie<sup>5</sup> e, come in queste ultime, il lavoro tende a mancare e molti degli internati, pur avendo una bassa pericolosità sociale, tendono a restare sottoposti ad esse per la oggettiva mancanza di opportunità all’esterno delle misure di reinserimento e accompagnamento nella società, finendo per colpire il mero disagio sociale e psichico degli strati più emarginati della

---

*Pericolosità e giustizia penale*, a cura di M. Pavarini e L. Stortoni, Bologna 2013, *passim*; T. Padovani, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa 2014, *passim*.

<sup>2</sup> Cfr. art. 1, co. 1 *quater* d.l. 31.03.2014, n. 52, conv. in l. dalla l. 30.05.2014, n. 81: «Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo».

<sup>3</sup> Così, condivisibilmente, F. Schiaffo, *O.P.G. e misure di sicurezza: le ipotesi per una riforma di sistema alternativa ad un superamento radicale*, in A.a. V.v., *Le misure di sicurezza personali: problemi e prospettive di riforma*, cit., 265 ss., che peraltro contesta il criterio di ancorare la durata massima delle misure di sicurezza alla durata in astratto della relativa comminatoria edittale e non al criterio della commisurazione della pena in concreto, come anche la scelta di non porre un limite alla durata della misura detentiva di sicurezza quando è illimitata anche la pena (v. 278 s.).

<sup>4</sup> F. Schiaffo, *O.P.G. e misure di sicurezza*, cit., 282 s.

<sup>5</sup> Gli artt. 1 e 13 Ord. pen. e l’art. 1, 2° co. D.P.R. n. 230/2000 declinano il percorso trattamentale e l’individualizzazione del trattamento riferendoli sia al detenuto, condannato ad eseguire una pena detentiva, sia all’internato, come è chiamato colui che esegue una misura di sicurezza. Agli internati può essere concessa in ogni tempo la sola misura alternativa della semilibertà, mentre risultano inibiti i permessi premio. Ai soli internati si riferisce inoltre la previsione delle licenze finali di esperimento di cui all’art. 53 Ord. pen.

società<sup>6</sup>. Nella maggior parte delle case lavoro, molti internati sono dichiarati formalmente inabili a lavorare per problemi psichiatrici. Risulta evidente, dunque, che il solo lavoro, nel loro caso, non sarebbe sufficiente sia in ottica rieducativa e di reinserimento sociale, sia in una mera ottica di prevenzione speciale negativa, per ridurre la loro pericolosità, cosicché nel loro caso è quasi scontato che le periodiche revisioni portino ad un rinnovo del loro stato di internamento, senza reali possibilità di ritorno in libertà, in attesa del termine di durata massima.

La differenza nell'esecuzione delle due sanzioni sembra inoltre assottigliarsi anche in virtù di quell'orientamento giurisprudenziale, che sembra ormai *ius receptum*, in base al quale «il regime penitenziario previsto dall'art. 41-bis ord. pen. è applicabile anche agli internati cui sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva – come quella della casa di lavoro –, potendo ricorrere nei confronti di costoro le medesime esigenze tutelate con la sottoposizione a regime differenziato dei detenuti in esecuzione di una pena»<sup>7</sup>, purché – come precisato dalla Consulta – il trattamento differenziale previsto dall'art. 41-bis ord. pen. si adatti alla condizione dell'internato e gli consenta di svolgere effettivamente un'attività lavorativa<sup>8</sup>.

La seconda inossidabile obiezione che viene mossa al sistema del doppio binario attiene al secondo presupposto, di carattere soggettivo, per l'adozione di misure di sicurezza, che è la pericolosità sociale: concetto assai vago e difficile da poter accertare<sup>9</sup>, tanto più che il giudice non ha a disposizione strumenti di indagine e probatori, mancando talvolta informazioni sufficienti in ordine alla stessa persona del reo, dovendosi affidare al suo mero “intuito”, quando non addirittura al suo incontrollabile *arbitrium*<sup>10</sup>, senza perciò poter garantire agli internati una reale difesa e un contraddittorio, visto peraltro l'impossibilità per il giudice di potersi giovare dell'ausilio delle scienze empiriche, non essendo ammesse perizie per stabilire «il carattere e la personalità dell'imputato e in genere le qualità psichiche indipendenti da cause patologiche» (art. 220 co. 2 Cpp)<sup>11</sup>. D'altronde, la dottrina penalistica più attenta, a

<sup>6</sup> Come rilevato nel *XVIII Rapporto sulle condizioni di detenzione di Antigone* (2022), le misure di sicurezza detentive scontano un'evidente insufficienza gestionale concreta, in quanto nella maggior parte delle case lavoro molti internati «sono dichiarati formalmente inabili a lavorare per problemi psichiatrici». Così, ad esempio, «nel carcere di Vasto si assiste al paradosso di una casa di lavoro dove delle 108 persone presenti, 22 sono affetti da psicosi, 38 da gravi disturbi della personalità, 25 da depressioni, 5 da disturbi bipolari», consultabile in <https://www.rapportoantigone.it/diciottesimo-rapporto-sulle-condizioni-di-detenzione/la-casa-di-lavoro-e-la-colonia-agricola/>, ult. consultazione 15.01.2025.

<sup>7</sup> Cass. pen., Sez. I, 27.11.2017, n. 10619 (rv. 272310).

<sup>8</sup> Cfr. C. cost., 21.10.2021, n. 197, con note critiche di A. Menghini, *Internati e 41-bis ord. penit.: tra duplicazione di pena e principio rieducativo*, in *GI*, 2022, 3, 725 ss.; A. Massaro, *La proporzionalità-congruità e il finalismo rieducativo delle misure di sicurezza salvano l'applicazione dell'art. 41-bis ord. penit. agli internati*, in *DPP*, 2022, 765.

<sup>9</sup> Parlava di “malattia infantile della criminologia” già C. Debuyst, *La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie*, in *Criminologie*, 1984, 7 ss., oggi trad. ital. a cura di S. D'Amato in *CrD*, 2024, 203 ss. Analogamente, nell'ambito del contesto italiano, critiche erano state già sollevate da M. Bertolino, *Il “crimine” della pericolosità sociale: riflessioni da una riforma in corso*, in *RIML*, 2016, 1371 ss. Di recente, sulla categoria della pericolosità sociale cfr. F. Basile, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? Spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *RIDPP*, 2018, 644 ss., il quale sottolinea come, a fronte di una supposta crisi della pericolosità sociale quale “categoria concettuale”, si registra nel tempo un imperituro e crescente successo della stessa dal punto di vista legislativo, in quanto «il settore delle misure di sicurezza (...) non esaurisce affatto il vasto e variegato territorio in cui attecchisce la prognosi circa la probabile futura commissione di reati»: basti pensare alle misure cautelari, al sistema penitenziario, fino alle misure di prevenzione, senza parlare della stessa circostanza aggravante della recidiva, imperniata sul concetto di pericolosità e sulla prognosi di futura commissione di reati.

<sup>10</sup> G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*<sup>8</sup>, Bologna 2019, 880.

<sup>11</sup> Diffusamente sull'importanza di reintrodurre lo strumento della perizia a tal fine eliminando il divieto di cui all'art. 220 Cpp, ci sia consentito rinviare a F. Rocchi, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità. Prospettive di*

dimostrazione della sostanziale sovrapposizione contenutistica e funzionale tra le due sanzioni, sottolinea la coincidenza dei parametri di riferimento per la valutazione della pericolosità sociale (art. 203 co. 2 Cp) - sia nelle ipotesi 'ordinarie' di pericolosità sociale, sia nelle ipotesi di pericolosità sociale qualificata (artt. 103, 105 e 108 Cp) - con quelli per la commisurazione della pena ex art. 133 Cp<sup>12</sup>.

L'insieme di queste considerazioni ha spinto, perciò, le Commissioni ministeriali di Riforma del codice penale (si pensi a quella Grosso fino ad arrivare a quella Pisapia) a proporre un definitivo superamento delle misure di sicurezza, quantomeno per gli autori imputabili pericolosi<sup>13</sup>.

L'intento di queste brevi riflessioni è quello di verificare, appunto, se tale orientamento della dottrina possa ancora essere sostenibile alla luce nel nuovo quadro di armonizzazione europea del sistema sanzionatorio, nonché delle nuove tecnologie e scienze empiriche, che potrebbero essere di supporto, *de iure condendo*, al legislatore per delimitare l'ambito di applicabilità di queste misure, sia in senso oggettivo, individuando un criterio selettivo dei reati interessati, basato sulla rilevanza dei beni giuridici posti in pericolo da certa criminalità persistente, sia in senso soggettivo, rispetto a determinate tipologie criminologiche di autori, diverse da quelle anacronistiche vigenti (artt. 103, 105, 108 Cp).

In un'ottica di sistema penale integrato, inoltre, tali scienze potranno coadiuvare il giudice nel delicato accertamento prognostico della pericolosità sociale del reo, sia in una fase iniziale (*risk assessment*) sia in fase di esecuzione e revoca delle stesse, nella individualizzazione del migliore percorso trattamentale e rieducativo (*risk management*), non solo in un'ottica securitaria di mera incapacitazione e difesa sociale, bensì in un'ottica di reale risocializzazione.

2. Il quasi unanime orientamento della scienza penalistica verso un definitivo superamento del sistema del doppio binario, all'inizio del nuovo millennio, si è però radicalmente scontrato con le nuove politiche criminali europee, che quasi contemporaneamente hanno portato ad una vera e propria "rinascita" delle misure di sicurezza, anche detentive (si pensi alla *rétention de sûreté* in Francia e alla rivalutazione, in chiave sempre più securitaria, della *Sicherungsverwahrung* in Germania), che ha, purtroppo, dato luogo ad una vera e propria saga giudiziaria a partire dal noto caso M. c. Germania, che ha visto interpellare più volte la Corte di Strasburgo in merito alla legittimità delle misure custodiali di sicurezza tedesche, e che, passando per la Corte Costituzionale federale, ha costretto il legislatore della Repubblica federale di Germania a riformare in parte la misura, senza tuttavia metterne in discussione l'impostazione di base, che poggia tutt'oggi sul sistema a doppio binario per i delinquenti più pericolosi<sup>14</sup>.

A ciò si aggiunga anche che, a livello europeo, il dibattito ha portato all'approvazione della Racc. CM/Rec (2014)3 del Comitato Ministri del Consiglio d'Europa *concerning dangerous offenders*, che sollecitando i paesi ad armonizzare e circoscrivere l'area dei soggetti destinatari delle misure di sicurezza di tipo detentivo a quelli che abbiano commesso «gravi reati violenti» o «reati sessuali», e che presentino un rischio di recidiva «elevato, concreto e perdurante», sembra, perciò, dare per scontata la stessa legittimità di tali misure custodiali<sup>15</sup>.

---

*indagine nel sistema penale integrato*, Napoli 2020, 154 e 434 ss.

<sup>12</sup> Così S. Moccia, *Da Kant al 'binario unico'*, cit., 14.

<sup>13</sup> Per un'analisi dettagliata delle proposte contenute nei Progetti di riforma ministeriali, in tema di "doppio binario", si rinvia a A.a.V.v., *Quale riforma del codice penale? Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, a cura di C. Fiore, S. Moccia, A. Cavaliere, Napoli 2009, e volendo a F. Rocchi, *La recidiva*, cit., 557 ss., e in ptc. 583 ss.

<sup>14</sup> Cfr., tra tutti, M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., *passim*.

<sup>15</sup> Adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati Membri il 19 febbraio 2014, durante il 1192° incontro dei Ministri deputati, consultabile in [www.coe.int/cm](http://www.coe.int/cm).

Questo trend è stato ampiamente seguito anche a livello domestico, come dimostrano i lavori del Tavolo 11 degli Stati Generali per l'esecuzione Penale<sup>16</sup> e la l. delega n. 103/2017 (c.d. Riforma Orlando), che tra le direttive e i principi prevedeva una rivisitazione – non un'abolizione – tra l'altro, delle misure di sicurezza personali, anche di tipo detentivo, affidata alla “Commissione Pelissero”, i cui lavori hanno prodotto una proposta di articolato, che, sebbene non sia giunta ad approvazione, costituisce un esempio di doppio binario rispettoso dei principi di garanzia costituzionali e convenzionali<sup>17</sup>.

3. Le ragioni che spingono la prevalente dottrina a ritenere superato il sistema del c.d. doppio binario, dovrebbero, infatti, a nostro avviso, essere riconsiderate, da un punto di vista sistematico e politico-criminale.

In primo luogo, si è preso ormai coscienza della necessità di un sistema basato anche sulla prevenzione del c.d. “rischio di recidiva” (Stato di Prevenzione), soprattutto per alcuni settori della criminalità. Se è pur vero che anche la pena ha tra i suoi scopi quello di prevenzione speciale, è indubitabile che questo vada letto sia in senso positivo, come reinserimento sociale, sia in senso negativo come riduzione, se non neutralizzazione del “rischio di recidiva”, che incide sulla sicurezza collettiva, che nessuno Stato è, ancora, in grado di tollerare<sup>18</sup>. Si tratta di limitare al minimo l'intervento di misure custodiali *post delictum* nei casi di un elevato indice di pericolosità in relazione a reati di rilevante dannosità sociale, contro la vita e l'incolumità individuale, alla ricerca di un doveroso equilibrio tra lo scopo di tutela della collettività e i principi di garanzia.

La stessa giurisprudenza della Corte EDU non ravvisa un contrasto in senso assoluto tra un sistema sanzionatorio improntato alla logica del ‘doppio binario’ e la CEDU, a condizione che vengano rispettate le seguenti condizioni: 1) la previsione di una base legale legittima dal punto di vista dei canoni di accessibilità e prevedibilità; 2) la sussistenza di un rapporto di proporzione tra misura e scopo legittimo perseguito; 3) l'esistenza di un nesso causale, logico oltre che cronologico, tra la privazione di libertà e la condanna per l'avvenuta commissione di un reato; 4) la diversificazione – sul piano esecutivo e funzionale – tra le misure custodiali e la pena carceraria<sup>19</sup>.

Se dunque potrebbero dirsi superati ormai i dubbi in merito alla stessa legittimità costituzionale e convenzionale del sistema a doppio binario *ex sé*, resta di verificare se quello italiano risponda ai presupposti concreti richiesti dalla Corte sovranazionale.

<sup>16</sup> V. M. Pelissero, *Gli Stati generali sul l'esecuzione penale: i problemi noti messi a nudo e la necessità di risposte di sistema*, in *DPP*, 2016, 1125 ss.

<sup>17</sup> Il riferimento è ai lavori della Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Marco Pelissero, incaricata di redigere lo schema di decreto legislativo in base alla l. delega n. 103 del 2017. L'articolato e relazione illustrativa sono consultabili in [https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Pelissero\\_relazione\\_articolato\\_19lug2017.pdf](https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/Pelissero_relazione_articolato_19lug2017.pdf).

<sup>18</sup> Evidenziano il dovere dello Stato di protezione della collettività, e dunque l'esigenza che la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza della società, in taluni casi, debba prevalere rispetto alla pretesa di libertà del singolo, tra i più autorevoli, C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed., I, München 2006, § 3, Rn. 66 ss.; W. Frisch, *Die Maßregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem*, in *ZStW*, 1990, 367 ss.; W. Hassemer, *Sicurezza attraverso il diritto penale*, in *CrD*, 2008, 40 ss. (trad. it. a cura di A. Cavaliere di *Sicherheit durch Strafrecht*, in *StV*, 2006, 325 ss.); Id., *Glanz und Elend der Maßregeln im Strafrecht*, in *Festschrift für Erich Samson zum 70. Geburtstag*, a cura di W. Joecks – H. Ostendorf – T. Rotsch – T. Rönnau, Samson, R. Schmitz, Heidelberg 2010, 31 ss.; F. Viganò, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *RIDPP*, 2012, 1339 s.

<sup>19</sup> Per una recente analisi della giurisprudenza europea sul tema, sebbene giunga a conclusioni divergenti, cfr. V. Masarone, *Le misure di sicurezza detentive alla luce della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo: dal sistema europeo di tutela dei diritti fondamentali ulteriori argomenti in favore del superamento del ‘doppio binario’*, in A.a. V.v., *Le misure di sicurezza personali*, cit., 101 ss.

Le prime tre condizioni sembrerebbero già previste dal nostro sistema in quanto il presupposto legale delle misure di sicurezza fin dalla sua origine è quello della previa commissione di un reato (art. 202, co. 1 Cp), già previsto come tale prima della commissione del fatto nonché dell'applicazione della misura, e questo non vi è dubbio consista in una vera e propria garanzia per il reo<sup>20</sup>.

Ciò che invece appare assai distante dai presupposti di legittimità convenzionale e dunque, in via interposta, anche costituzionale, sembra essere l'eccessiva ampiezza della base legale: poiché non vi è alcuna selezione del tipo di reati che possono costituire presupposto oggettivo per l'applicazione di una misura di sicurezza personale limitativa della libertà personale.

Il nostro sistema delle misure di sicurezza *post delictum* a carico degli imputabili, risulta, inoltre, decisamente lontano dal rispetto della quarta condizione, ovvero la diversificazione, sotto il profilo esecutivo, tra la pena detentiva e la misura di sicurezza detentiva, in quanto, sebbene, in taluni casi, si eseguano in luoghi diversi, la seconda manifesta sul piano concreto una totale carenza di contenuto, specie terapeutico-riabilitativo, il lavoro è del tutto assente e non vi sono percorsi realmente differenziati, che tengano anche conto del tipo di criminalità, di cui i reati commessi sono espressione<sup>21</sup>.

La Corte EDU, nonché la Corte Costituzionale federale tedesca<sup>22</sup>, infatti, per scongiurare il rischio della “truffa delle etichette”, affermano in particolare che, sul piano esecutivo, occorre diversificare i contenuti applicativi delle misure di sicurezza rispetto alla pena carceraria, a partire dagli stessi luoghi di internamento, che non dovrebbero semplicemente consistere in sezioni più o meno separate del medesimo istituto penitenziario nel quale sono detenuti i soggetti che ancora devono scontare la pena, bensì in luoghi distinti che diano effettive opportunità, anche terapeutiche, laddove necessario, di riduzione dei fattori individuali e sociali che contribuiscono all'elevato rischio di reiterazione del reato (*Abstandgebote Prinzip*)<sup>23</sup>.

Particolare apprezzamento, perciò, dovrebbe essere riservato, in ottica proprio di differenziazione del percorso rieducativo, *de iure condendo*, al Progetto Pelissero, che offre una serie più vasta di scelte al magistrato di sorveglianza, che non sarebbe più vincolato alla rigida scelta tra misura personale non detentiva (libertà vigilata) e quella detentiva (colonia agricola o casa lavoro), bensì potrebbe optare per un ventaglio di misure diversificate a seconda del reato (o meglio dei reati) sintomatici commessi, ovvero dell'evoluzione del comportamento inframurario rilevata dall'internato o detenuto, anche in caso di violazione delle prescrizioni della libertà vigilata, che dunque non dovrebbero necessariamente portare all'esecuzione di una misura detentiva, in caso di violazione delle prescrizioni impartite<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Sull'importante funzione di garanzia svolta, all'interno del sistema delle misure di sicurezza, dalla previa commissione di un reato, v. già E. Musco, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, cit., 109.

<sup>21</sup> Cfr. *XVIII Rapporto di Antigone*, cit.

<sup>22</sup> Cfr. BVerfG, sent. 4 maggio 2011. Per un commento di questa pronuncia, *ex professo*, in lingua italiana, sia consentito rinviare al nostro F. Rocchi, *Le misure di sicurezza custodiali personali in Germania e Francia*, in A.a.V.v., *Le misure di sicurezza personali*, cit., 162 ss.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> La Corte costituzionale, con riferimento a diverse misure di sicurezza personali limitative della libertà personale, ha ribadito il principio secondo il quale «si deve escludere l'automatismo che impone al giudice di disporre comunque la misura detentiva, anche quando una misura meno drastica, e in particolare una misura più elastica e non segregante come la libertà vigilata, accompagnata da prescrizioni stabilite dal giudice medesimo, si riveli capace, in concreto, di soddisfare contemporaneamente le esigenze di cura e tutela della persona interessata e di controllo della sua pericolosità sociale», così con riferimento all'assegnazione a una casa di cura e di custodia (art. 219 Cp), v. C. cost. n. 208 del 2009; C. cost. n. 253 del 2003, in tema di ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario e dell'art. 206 Cp (C. cost. n. 367 del 2004), in tema di applicazione provvisoria delle misure di sicurezza, nella parte in cui non consentono al giudice di adottare, in luogo delle misure previste, una misura di sicurezza non detentiva idonea ad assicurare alla persona inferma di mente cure adeguate e a contenere la sua

In secondo luogo, oggi, diverse scienze sembrerebbero offrire maggiore sostegno nella elaborazione dei c.d. giudizi predittivi, rendendo meno vago e più affidabile il giudizio sulla pericolosità sociale che, pur se lasciato sempre alla discrezionalità del giudice, dovrebbe potersi giovare di una più certa, e meno discriminatoria, base fattuale<sup>25</sup>.

4. Il problema della legittimità delle misure di sicurezza è dunque strettamente collegato, in primo luogo, ad un aggiornamento empirico della definizione dei *potenziali soggetti destinatari*, che oggi è ancora legata alle figure del delinquente abituale, professionale e per tendenza (artt. 103, 105, 108 Cp), senza alcuna, necessaria, distinzione in merito alla tipologia di criminalità alla quale questi appartengono<sup>26</sup>. Potenzialmente, infatti, possono essere internati in una stessa casa lavoro: ladri, truffatori, ricettatori seriali, insieme a *stalker*, pedofili o autori di violenze di genere e femminicidi, senza alcuna forma di individualizzazione sul piano del trattamento rieducativo e sociale.

Il ricorso alle misure di sicurezza custodiali (art. 216 Cp), invece, in conformità alla seconda condizione posta dalla giurisprudenza della Cedu e immanente nella nostra Carta costituzionale (art. 27 Cost.), dovrebbe guardare ai soli responsabili di reati contro la persona, che abbiano commesso delitti con l'uso di violenza, utilizzando il criterio selettivo della "gravità del reato", ovvero, ad esempio, quello che, *mutatis mutandis*, è stato adottato per la causa di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131 *bis* Cp), circoscrivendone l'applicazione solo alla classe di delitti che abbiano un minimo edittale elevato: ad esempio non meno di quattro o cinque anni.

In altri termini, si dovrebbe prevedere un sistema a doppio binario completamente rovesciato rispetto all'attuale, che è generalista.

Riguardo al secondo aspetto più problematico dell'intera disciplina delle misure di sicurezza detentive, dipendente dalla scarsa attendibilità dei giudizi prognostici di pericolosità sociale, anche i giudici, nel formulare i loro giudizi predittivi, nell'adozione delle misure di sicurezza e nella scelta tra quelle non detentive, di sorveglianza in libertà o quelle custodiali, così come nel periodico giudizio di revisione o revoca e messa in libertà, oggi potranno avvalersi dei

---

pericolosità sociale. V. anche C. cost., 27.12.2018, n. 250, che ha dichiarato manifestamente inammissibile la q.l.c. degli artt. 676 co. 1 e 679 co. 1 Cpp, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost., ed infondata la q.l.c. dell'art. 231 co. 2 Cp, nella parte in cui, in caso di trasgressioni degli obblighi imposti dalla libertà vigilata, non consente al magistrato di sorveglianza di applicare la misura di sicurezza patrimoniale della confisca, imponendo, invece, l'applicazione della misura di sicurezza detentiva, con assegnazione a una casa di lavoro o a una colonia agricola, sollevata in riferimento agli artt. 13 co. 1 e 2, e 24 co. 2, Cost. A parere della Consulta, infatti, sussistono spazi per un'interpretazione costituzionalmente orientata al rispetto della libertà personale, diritto fondamentale e inviolabile, che può soffrire la limitazione di forme di detenzione, quale l'assegnazione a una casa di lavoro o a una colonia agricola, solo nello stretto rispetto del principio di riserva assoluta di legge di cui all'art. 13 co. 2 Cost.: il giudice, che ritenga una misura di sicurezza detentiva essere, allo stato, sproporzionata ed eccedente le finalità di prevenzione, ben potrebbe limitarsi ad aggravare la stessa libertà vigilata, inasprendo le prescrizioni ex art. 228, co. 2, Cp, nel rispetto del principio di residualità della misura di sicurezza detentiva quale *extrema ratio*. Sull'incostituzionalità degli automatismi *in peius* in sede di applicazione delle misure di sicurezza, con riguardo a C. cost. n. 367 del 2004, cfr. F. Della Casa, *La Corte costituzionale corregge l'automatismo del ricovero provvisorio nella struttura manicomiale promuovendo la libertà vigilata al rango di alternativa*, in *GCos*, 2004, 3998 ss.

<sup>25</sup> A. M. Maugeri, *L'uso di algoritmi predittivi per accertare la pericolosità sociale: una sfida tra evidence based practices e tutela dei diritti fondamentali*, in *Arch. Pen.*, 2021, n. 1; M. Gialuz, *Quando la giustizia penale incontra l'intelligenza artificiale: luci e ombre dei Risk Assessment Tools tra Stati Uniti ed Europa*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 29.05.2019; F. Basile, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *DPUomo*, 29.09.2019.

<sup>26</sup> Basti vedere che a queste categorie, criminologicamente superate, ancora si riferisce l'istituto della non punibilità per particolare tenuità del fatto, ex art. 131 *bis*, co. 4 Cp

sempre più affidabili *predictive tools*, che purtroppo non potranno mai sostituire la necessaria valutazione critica del giudice<sup>27</sup>.

È un dato ormai assodato, infatti, che il diritto dell'Unione Europea vieta le decisioni giurisdizionali adottate esclusivamente attraverso *software* di intelligenza artificiale (I.A.), che elaborano dati reali per formulare una risposta in termini probabilistici, senza alcun coinvolgimento dell'intelligenza umana sul risultato decisionale, soprattutto con finalità predittiva, in relazione alla reiterazione di un reato o alla pericolosità sociale.

Il legislatore dell'UE nell'assunzione delle decisioni giudiziarie in materia penale richiede il controllo umano *ex post* sulle valutazioni emesse dai sistemi di IA, così da mantenere la necessaria interazione tra macchina ed essere umano (c.d. *human in the loop*). Spetta, cioè, sempre al giudice il compito di valutare il risultato statistico o predittivo dell'algoritmo, considerandone il peso dimostrativo in relazione all'oggetto del giudizio, mediante un ragionamento critico, che valorizzi le specificità del caso concreto.

Ciò emergerebbe anche da un prima lettura del recente Reg. UE (c.d. *I.A. Act*)<sup>28</sup>, il quale, pur considerando tra i sistemi di I.A. ad "alto rischio", ai sensi dell'art. 6, par. 2 (All. III), i sistemi utilizzati dalle autorità di contrasto «per determinare il rischio di commissione del reato o di recidiva in relazione a una persona fisica [...] per valutare i tratti e le caratteristiche della personalità o il comportamento criminale pregresso di persone fisiche o gruppi», specifica come tale divieto «non si applica ai sistemi di IA utilizzati a sostegno della valutazione umana del coinvolgimento di una persona in un'attività criminosa, che si basa già su fatti oggettivi e verificabili direttamente connessi a un'attività criminosa», sottolineando, da un lato, la necessità che l'utilizzo degli eventuali *predictive tools* sia ancorato sempre a dati oggettivi e dunque ad un nesso con il fatto di reato – e non a meri sospetti o ipotesi – ed infine che vi sia sempre il controllo umano degli *output* eventualmente generati dall'I.A.<sup>29</sup>.

Pur prendendo atto di queste avvertenze e limiti, oggi imposti anche a livello sovranazionale, non deve però, a nostro avviso, essere impedito il ricorso a questi strumenti da parte del giudice, poiché, come parte della più attenta dottrina ha già messo in rilievo, «tali dispositivi potrebbero agire con una metodologia oggettiva e priva di pregiudizi e il vantaggio dell'utilizzo di algoritmi predittivi potrebbe essere rappresentato da una maggiore certezza del diritto, mentre sino ad ora la valutazione della pericolosità sociale, soprattutto nella parte prognostica del giudizio (predittiva rispetto al futuro), consiste per lo più in giudizi intuitivi, affidati all'esperienza personale dei giudici e al loro buon senso»<sup>30</sup>.

Si pensi, per tutti, al sistema, noto con l'acronimo S.A.R.A (*Spousal assault risk assessment*), sviluppato in Canada nel 1995 da P. Randall Kropp e Stephen D. Hart<sup>31</sup>, e applicato con successo a livello internazionale, per la stima del rischio della recidiva da parte degli autori di atti violenti ("*risk assessment e risk management*"), adottato ormai anche in Italia tra le buone prassi, nate dal confronto tra le Procure generali in materia di violenza di genere<sup>32</sup>, che consiste

<sup>27</sup> Cfr. R.E. Kostoris, *Intelligenza artificiale, strumenti predittivi e processo penale*, in *CP*, 2024, 1642 ss.

<sup>28</sup> Cfr. Reg. (UE), 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 (pubb. in G.U.E il 12.7.2024), sull'*Artificial Intelligence*, §61, dove classifica espressamente alcuni sistemi di IA destinati all'amministrazione della giustizia tra i sistemi "ad alto rischio" «in considerazione del loro impatto potenzialmente significativo sulla democrazia, sullo Stato di diritto, sulle libertà individuali e sul diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale».

<sup>29</sup> Cfr. V. Vasta, *Diritto dell'Unione europea e. Riflessi sul procedimento penale*, in *RIDPP*, 2024, 271 ss.

<sup>30</sup> Così A. Maugeri, cit., 19. In tal senso v. anche V. Manes, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *DisCrimen*, 15.05.2020, 12

<sup>31</sup> P.R. Kropp, S.D. Hart, *The Spousal Assault Risk Assessment (SARA) Guide: Reliability and Validity in Adult Male Offenders*, in *Law Hum Behav*, 2000, 101 ss.

<sup>32</sup> Cfr. L. Salvato - P. Fimiani, *Gli orientamenti della Procura Generale della Cassazione in materia di violenza di genere*, in *Sist. Pen.*, 4.05.2023, 24.



in un sistema di linee guida di valutazione dei c.d. fattori di rischio di violenza, che possono consentire di valutare il grado di pericolosità del soggetto maltrattante ed il rischio di recidiva.

5. Una simile rivisitazione, infine, non potrebbe non passare, a livello sistematico, a nostro avviso, anche da una revisione del ruolo della “capacità a delinquere” (*rectius* della pericolosità del reo) nella commisurazione della pena, così come, *de iure condendo*, dall’abolizione della recidiva, come circostanza aggravante ultraedittale del reato, in modo che la *ratio* della maggiore pericolosità sociale<sup>33</sup> possa venire in rilievo solo una volta all’interno del progetto di commisurazione della pena in senso lato, così come già avvenuto in Germania. Occorre considerare infatti che ciò potrebbe avere favorevoli conseguenze anche in termini di riduzione del sovraffollamento carcerario, indubbiamente influenzato dalla presenza di rei recidivi, sottoposti a sanzioni di lunga durata magari per reati dolosi contro il patrimonio oppure per spaccio di sostanze stupefacenti, in entrambe i casi di carattere bagatellare e purtuttavia non considerabili di “particolare tenuità” ex art. 131 *bis* Cp proprio per il loro carattere abituale. In questi casi, in un sistema a doppio binario riformato nel senso descritto in precedenza, difficilmente questi rei potrebbero essere sottoposti ad una misura di sicurezza detentiva, in quanto l’applicabilità di quest’ultima sarebbe limitata solo a rei condannati per reati gravi, generalmente contro la persona<sup>34</sup>.

In conclusione, non si tratta tanto di abbandonare il sistema a doppio binario, bensì di rendere effettivi i principi imposti dalla giurisprudenza sovranazionale in materia, e già in parte recepiti dalla nostra giurisprudenza costituzionale, primo fra tutti il principio dell’*extrema ratio* e sussidiarietà nell’applicazione di misure di sicurezza custodiali, a vantaggio di misure di sorveglianza e controllo in libertà<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Recentemente riconosciuta anche in Cass. pen., Sez. Un., sent. n. 32318/2023.

<sup>34</sup> Non è un caso certamente se la Germania è considerata tra i paesi c.d. *exceptionalists* per il calo registrato nella popolazione carceraria, rispetto agli altri ordinamenti europei, cfr. F. Dünkel, *European penology: The rise and fall of prison population rates in Europe in times of migrant crises and terrorism*, in EJC, 14, 6, 2017, 634 e 642.

<sup>35</sup> V. *supra* nt. 24.

**QUALCOSA DI MEGLIO DEL CARCERE. SULLA RAGIONEVOLEZZA DI UNA PROGETTAZIONE POLITICO-CRIMINALE INTEGRATA E DI UNA DIVERSIFICAZIONE DELLE PENE PRINCIPALI\***

di Gianluca Sebastiani (*Dottore di ricerca in diritto penale, Università Cattolica di Milano*)

Il modo in cui oggi si risponde alle condotte penalmente rilevanti non risulta, per molti aspetti, né razionale né umano. Alla luce dei principi costituzionali e dei più accreditati studi criminologici, il presente contributo evidenzia come una seria prevenzione dei reati non costituisca l'effetto di pratiche repressive e stigmatizzanti, ma sia possibile solo laddove si promuovano scelte di adesione volontaria ai precetti normativi, per il cui rafforzamento gioca un ruolo chiave proprio il recupero di chi abbia infranto la legge; fermo sempre, senza meno, l'intervento su tutti quei fattori – in ambito economico, sociale e culturale – che sono in grado di favorire la proliferazione delle attività illecite. Si esprime, quindi, l'orientamento per una risposta al reato intesa come un progetto, piuttosto che come corrispettivo, offrendo alcuni spunti essenziali per una progettazione complessiva in materia politico-criminale che apra all'introduzione di pene principali prescrittive e al concorso di tutti i settori giuridici nella prevenzione della delinquenza, in un'ottica di ultima *ratio* del ricorso al carcere e di tutela promozionale della persona.

The way in which criminally relevant conduct is currently responded to is, in many respects, neither rational nor human. In light of the Italian constitutional principles and the most accredited criminological studies, this paper highlights how a serious prevention of crime is not the effect of repressive and stigmatizing practices, but it is possible only if one promotes the voluntary acceptance of regulatory precepts, for the strengthening of which, the recovery of those who have breached the law plays a key role; without prejudice to the intervention on all those factors – in the economic, social and cultural spheres – which are capable of encouraging the proliferation of illicit activities. It therefore expresses the orientation for a response to the crime built as a project, rather than as retribution, offering some essential ideas for an overall planning in political-criminal matters that opens up to the introduction of prescriptive main penalties and to the participation of all legal sectors in the prevention of delinquency, from a perspective of ultima ratio of the use of prison and promotional protection of the person.

SOMMARIO: 1. Il piano dell'indagine. – 2. Sulla necessità di un approccio più razionale al problema del crimine. – 3. *Vademecum* per una progettazione politico-criminale ispirata a prospettive di diversificazione delle risposte sanzionatorie e al recupero della dimensione dialogica nell'ambito della giustizia penale.

«Dalla prima infanzia sino alla tomba qualcosa in fondo al cuore di ogni essere umano, nonostante tutta l'esperienza dei crimini compiuti, sofferti e osservati, si aspetta invincibilmente che gli venga fatto del bene e non del male».  
(S. Weil, *La persona e il sacro*, 1943)

«Une pénalité qui prétend prendre effet sur les individus et leur vie ne peut pas éviter de se transformer perpétuellement elle-même».  
(M. Foucault, *Contre les peines de substitution*, 1981)

1. L'odierno sistema delle pene principali – sostanzialmente monistico e afflittivo, che ha il suo fuoco nello “scandalo” del carcere (mimesi della violenza che il diritto penale intenderebbe combattere<sup>1</sup>) – difficilmente produce reintegrazione sociale, favorendo piuttosto la recidiva; raramente, inoltre, pone riparo alle conseguenze pregiudizievoli dei reati, non dimostrandosi in grado di garantire risposte concrete agli autentici bisogni delle vittime e alla domanda di sicurezza proveniente dalla società. È ormai da tempo, infatti, che, anche fra i non addetti ai lavori, si parla apertamente di *crisi* della giustizia penale, alludendo, con ciò, non soltanto alle note difficoltà di funzionamento pratico dell'attività giudiziaria, ma anche, e soprattutto, a una perdita di legittimazione che investe gli stessi presupposti assiologici e i modelli d'intervento dello strumento penalistico<sup>2</sup>.

2. Affinché una riprogettazione del sistema penale sia possibile, è necessario *un radicale mutamento di paradigma*, che conduca all'adozione – anche in rapporto ai profili sanzionatori – di strategie preventive non simboliche, orientate al recupero del consenso sulla validità del

---

\* Testo riveduto della relazione, di cui mantiene il carattere espositivo sintetico con apparato bibliografico essenziale, svolta il 4 ottobre 2024 presso la Villa Ruspoli dell'Università degli Studi di Firenze nell'ambito del Convegno “Spazi di privazione della libertà personale e diritti delle persone ristrette” organizzato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto penale (AIPDP) in collaborazione con il Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale (Di.P.La.P.).

<sup>1</sup> Sulle conseguenze negative irrefutabilmente connesse all'esperienza carceraria, si veda, *ex multis*, F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna 2006, 143 ss. Cfr. inoltre, emblematicamente, Associazione Antigone, *Nodo alla gola. XX Rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione* (2024), in [www.rapportoantigone.it](http://www.rapportoantigone.it); nonché *Un triste primato del 2024: l'ennesimo record dei suicidi in carcere*, in [www.aipdp.it](http://www.aipdp.it), documento con cui l'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP) e l'Associazione tra gli Studiosi del Processo Penale “G.D. Pisapia” (ASPP), alla luce dei dati contenuti nel *report* sui suicidi in carcere predisposto dal Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale, aggiornato al 20 dicembre 2024, esprimono il proprio sconcerto per l'allarmante realtà delle carceri italiane, richiamando l'attenzione della società civile e delle istituzioni.

<sup>2</sup> In argomento, restano fondamentali L. Eusebi, *La pena “in crisi”. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia 1990; F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*<sup>3</sup>, Milano 2003; M. Tonry, *Thinking about Crime. Sense and Sensibility in American Penal Culture*, New York 2004; K. Lüderssen, *Il declino del diritto penale*, Milano 2005. Per un illuminante spaccato sullo “stato dell'arte” circa teoria e prassi della pena e del sistema sanzionatorio, si vedano altresì gli autorevoli scritti contenuti 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. Si segnala, inoltre, il volume di S. Cecchi, G. Di Rosa, T.E. Epidendio, *Partire dalla pena. Il tramonto del carcere*, Macerata 2015, ove gli autori, tutti magistrati, pur muovendo da prospettive diverse, convengono sulla necessità di un allontanamento dal paradigma afflittivo-detentivo in direzione di un sistema sanzionatorio pluralistico, in grado di fornire risposte più adeguate ai diritti dei condannati e delle persone offese. Sulla crisi generalizzata dell'istituzione carceraria, si vedano poi, tra gli altri, A. Brossat, *Scarcerare la società*, Milano 2003; L. Re, *Carcere e globalizzazione. Il boom penitenziario negli Stati Uniti e in Europa*<sup>3</sup>, Roma - Bari 2011; L. Ferrari, *No prison. Ovvero il fallimento del carcere*, Soveria Mannelli 2015. Con specifico riguardo alle obiezioni teologiche ed etico-filosofiche opponibili al modello retributivo della giustizia – fondato sul formalismo di una ritenuta corrispettività aritmetica tra fatto colpevole e pena, espressa plasticamente dalla nota immagine della bilancia – si vedano, infine, E. Wiesnet, *Pena e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto fra cristianesimo e pena*<sup>2</sup>, Brescia 2024; L. Eusebi, *La “nuova” retribuzione*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci, E. Dolcini, Milano 1985, 93 ss.; *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, a cura di L. Eusebi, Milano 1989; C.M. Martini, *Non è giustizia. La colpa, il carcere e la Parola di Dio*, Milano 2003; *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, a cura di L. Eusebi, Milano 2015; L. Eusebi, *La Chiesa e il problema della pena. Sulla risposta al negativo come sfida giuridica e teologica*<sup>2</sup>, Brescia 2022; nonché, in una prospettiva interreligiosa, *Perdono e giustizia nelle Religioni. Atti del Convegno “Non è giustizia rispondere con il male al male. Un punto di incontro fra le tradizioni religiose?”*, Milano, Università Cattolica, 12 maggio 2002, a cura di A. Acerbi, L. Eusebi, in *Humanitas* 2004, n. 2, 261 ss.

precetto normativo, aperte alla riparazione e affrancate da logiche ritorsive. Nella consapevolezza che il livello di tutela concreta dei beni giuridici non costituisce l'effetto di pratiche repressive e stigmatizzanti<sup>3</sup>, ma dipende soprattutto dal livello di autorevolezza – per dirla con Lüderssen di *Legitimationskraft* – che i precetti normativi si rivelano in grado di assumere all'interno del consesso sociale. Fermo sempre, ovviamente, l'intervento – a tutt'oggi, purtroppo, in gran parte disatteso – sulle pre-condizioni (personali, socio-ambientali, culturali ed economiche) suscettibili di favorire lo sviluppo e la proliferazione della delinquenza.

La stessa centralità attribuita alla dignità umana nelle odierne società democratiche esige, del pari, l'apertura a modalità di risposta al reato in cui la *finalità reintegratrice*, la *dimensione dialogico-riconciliativa* e la *sollecitudine verso le vittime* trovino un'espressione non soltanto precettistica: sicché l'esercizio della funzione giurisdizionale, in sede di determinazione della pena, possa realmente giungere a configurarsi come un'elaborazione progettuale pur sempre *secondo il bene* di tutti i protagonisti della vicenda delittuosa, piuttosto che come un corrispettivo<sup>4</sup>. Una progettazione che abbia, cioè, contenuti definiti secondo logiche di *riparazione*, di *recupero* e di *corresponsabilità* tali da risultare significativa sia rispetto alla condizione personale del destinatario, sia rispetto alla ricomposizione della frattura del legame sociale provocata dall'illecito.

L'aspirazione fondante e irrinunciabile del vivere *in societate* è, d'altronde, proprio quella di realizzare una “società adulta”<sup>5</sup> e accogliente dalla quale *nessuno* possa dirsi *escluso*<sup>6</sup>. Lettura della condizione umana, questa, che sembra incontrare piena conferma nell'impianto fondativo della nostra Costituzione, la quale vanta, manifestamente, un legame inscindibile con la persona, trovando continuità, fra l'altro, nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Riconoscere i diritti umani inviolabili e il principio di uguaglianza (artt. 2 e 3 Cost.) e affermare che ciascuno ha il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società (art. 4 Cost.) equivale, infatti, a dire che «nessun contributo può andare perduto, giacché *ogni cittadino è una risorsa* e ha qualcosa di positivo da offrire al bene comune»; e che, dunque, «l'emarginazione di *un solo* cittadino rende più povera *l'intera* società»<sup>7</sup>.

Gli studi criminologici più accreditati e le recenti acquisizioni delle scienze umane e sociali, del resto, evidenziano come, in chiave politico-criminale, risulti più opportuno lavorare in senso *inclusivo*, anziché operare secondo metodologie puramente repressive<sup>8</sup>. Agire in senso preventivo, infatti, si rivela realmente efficace se ha a che fare con dimensioni dialogico-

<sup>3</sup> Sul fallimento, a livello macroscopico, di tutti i sistemi di controllo repressivi, si veda, paradigmaticamente, U.S. National Commission on Terrorist Attacks, *The 9/11 Commission Report. Final Report of the National Commission on Terrorist Attacks upon the United States*, New York - London 2004, rapporto ufficiale della Commissione d'inchiesta istituita all'indomani del tragico attentato suicida alle Torri Gemelle dell'11 settembre 2001.

<sup>4</sup> Sul tema, sia consentito il rinvio a G. Sebastiani, *Il ruolo della persona nei sistemi penali italiano e canonico: nuove prospettive per un problema irrisolto?*, in *Apollinaris* 2016, 55 ss.

<sup>5</sup> «Parliamo di società adulta riferendoci a quella nella quale i cittadini, liberati dalla schiavitù dell'ignoranza e della miseria, sono in grado di prendere coscienza dei propri doveri. In questa società la sola vera garanzia di progresso, inteso come sviluppo del bene comune, sta nella partecipazione attiva e cosciente dei cittadini ai problemi e alla vita del Paese» (U. Sciascia, *Cultura politica*, Brescia 1966, 7).

<sup>6</sup> A. Iaccarino, *Nessuno resti escluso. La giustizia oltre i confini*, Città del Vaticano 2013.

<sup>7</sup> A. Vallini, *Intervento introduttivo*, in *La Costituzione repubblicana. Fondamenti, principi e valori, tra attualità e prospettive*, a cura di C. Mirabelli, Milano 2010, 2-3 (corsi nostri).

<sup>8</sup> Si veda, per tutti, I. Marchetti, C. Mazzucato, *La pena “in castigo”. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano 2006, con ulteriori riferimenti bibliografici.

relazionali o, maieuticamente, di persuasione, volte – come si è detto – a mantenere elevato, anche attraverso la configurazione delle sanzioni (cioè in modo che queste ultime, *già mediante il loro contenuto*, lascino emergere le esigenze di tutela del bene che sia stato offeso), il livello di autorevolezza delle norme giuridiche, e dunque il *consenso* a esse liberamente prestato dai membri della società civile: per il cui rafforzamento svolge una funzione insostituibile, ancorché spesso sottovalutata, proprio l'avvenuta responsabilizzazione di chi, in precedenza, abbia violato la legge.

Niente, infatti, è in grado di rafforzare maggiormente l'*autorevolezza* delle norme – vale a dire: la loro capacità di *convincere*, e dunque la deliberata accettazione di esse da parte dei cittadini – più della decisione personale di chi, prendendo volontariamente le distanze da una previa esperienza criminosa, scelga di operare in un'ottica riparativa nei confronti delle vittime o della collettività<sup>9</sup>.

Di qui l'esigenza di un serio investimento istituzionale in una politica socio-economica d'inclusione e l'impegno comune diretto al *recupero* dell'agente di reato: che non costituiscono, quindi, una "concessione umanitaria" in conflitto con gli interessi collettivi, bensì un *fattore cardine* di ogni valida strategia generalpreventiva<sup>10</sup>.

Ne deriva che l'art. 27 co. 3 Cost – secondo cui *le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato* (e che, tra l'altro, non menziona il carcere<sup>11</sup>) – non appare riducibile a «una pur importante norma di chiusura del sistema», rappresentando piuttosto «una scelta di campo ben precisa a fini politico-criminali»<sup>12</sup>.

Pur senza pretese di esaustività, risulta allora quanto mai opportuno tentare di descrivere la fisionomia essenziale di *una progettazione politico-criminale integrata* che valorizzi il contributo di tutti i settori del diritto nella protezione dei beni giuridici, tesaurizzando quelle strategie di giustizia riparativa e di risocializzazione che si dimostrano le uniche idonee a conseguire effetti preventivi stabili e a porsi in una consonanza non meramente formale con i

<sup>9</sup> In una prospettiva squisitamente criminologica, sull'importanza dei meccanismi imitativi si vedano, tra gli altri, C.R. Shaw, H.D. McKay, *Juvenile Delinquency and Urban Areas*, Chicago 1942, i quali – riprendendo alcune intuizioni di altri ricercatori della Scuola di Chicago – hanno analizzato lo sviluppo di una tradizione criminale in alcune zone urbane della città dell'Illinois, trasmessa quasi per osmosi da una generazione all'altra nonostante l'avvicendamento degli abitanti; A. Bandura, *Social Learning Theory*, Englewood Cliffs 1977, per cui le basi della personalità si costruiscono principalmente attraverso l'elaborazione cognitiva di esperienze emotive e comportamentali di tipo relazionale; nonché la nota *teoria delle associazioni differenziali* enunciata dal sociologo americano Edwin H. Sutherland, secondo cui «il comportamento criminale è appreso a contatto con individui che definiscono tale comportamento favorevolmente e in isolamento da altri individui che di esso danno una definizione sfavorevole», sicché, «nelle condizioni adatte, una certa persona tiene un comportamento criminale soltanto se le definizioni favorevoli prevalgono su quelle sfavorevoli» (E.H. Sutherland, *Il crimine dei colletti bianchi. La versione integrale*, Milano 1987, 305).

<sup>10</sup> Dati alla mano, peraltro, è possibile osservare come la gran parte della popolazione penitenziaria sia oggi costituita da *outsider* sociali (stranieri, tossicodipendenti, analfabeti o semi-analfabeti, *etc.*), i quali – non risultando, di solito, particolarmente pericolosi (in quanto, a motivo della loro marginalità, non sembrano in grado di provocare una destabilizzazione collettiva sul piano politico-economico o morale) – necessiterebbero, piuttosto, di valide misure riabilitative e di sostegno per consolidare la propria identità civile. Con specifico riguardo alla situazione carceraria italiana, si veda, sul punto, il contributo *I numeri della detenzione*, rinvenibile in Associazione Antigone, *op. cit.* Sul tema della marginalità, si rinvia, invece, alle interessanti riflessioni svolte da Z. Bauman, *Vite di scarto*, Roma - Bari 2004.

<sup>11</sup> Cfr. G. Di Rosa, *La giustizia della pena*, in S. Cecchi, G. Di Rosa, T.E. Epidendio, *op. cit.*, 180.

<sup>12</sup> L. Eusebi, *La svolta riparativa del paradigma sanzionatorio. Vademecum per un'evoluzione necessaria*, in *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. Mannozi, G.A. Lodigiani, Bologna 2015, 100.

valori costituzionali: in una prospettiva di *extrema ratio* del ricorso al carcere e di tutela promozionale della persona, attuata nei termini di una puntuale diversificazione delle metodologie preventive e delle tipologie sanzionatorie rispetto ai differenti obiettivi di tutela e agli eterogenei contesti criminali.

3. Su questa base argomentativa, si intendono prospettare alcune linee guida capaci di offrire profili, nel contempo, di maggior effettività, economicità e umanità, nonché idonee a consentire uno sgravio delle procedure giudiziarie e una riduzione permanente della popolazione penitenziaria.

Occorrerebbe valorizzare, anzitutto, la prevenzione *ante delictum* nelle sue due dimensioni: quella educativo-culturale (trasmissione dei valori cardine della vita civile) e politico-sociale (presenza operosa delle istituzioni e dei servizi sociali sul territorio per intervenire anticipatamente nelle situazioni a rischio suscettibili di evolvere in reati: si pensi, per esempio, a taluni relazioni affettive *borderline*, maturate in contesti segnati da un'estrema marginalità sociale e/o da fragilità psichica); e quella attinente alle norme non penali – di carattere civile, amministrativo, tributario, *etc.* – volte a disincentivare le condotte antigiuridiche (si pensi, per esempio, al ruolo della legislazione in tema di appalti per il contenimento della corruzione, oppure all'eliminazione dei c.d. paradisi fiscali e bancari, indispensabile per un serio contrasto della criminalità economica e organizzata).

Il carcere, inoltre, dovrebbe trovare applicazione solo nei casi in cui sussista un concreto pericolo di reiterazione di gravi delitti da parte del reo o quando questi necessiti di essere allontanato dall'influsso criminogeno di un'organizzazione criminale.

In conformità a tale orientamento, saranno pertanto da preferire quali pene principali – insieme a sanzioni capaci d'incidere in modo significativo, quando serva, sugli *interessi materiali* soggiacenti al delitto e, segnatamente, sui profitti conseguiti in modo criminoso<sup>13</sup> (la cui applicazione, peraltro, appare pur sempre giustificabile secondo un orientamento *lato sensu* riparativo, quale forma di contribuzione rafforzata da parte dell'agente di reato ai bisogni della comunità civile in precedenza danneggiata dall'illecito, della quale egli rimane membro) – provvedimenti *prescrittivi* (comprendenti sia divieti che obblighi) di carattere progettuale: aventi, cioè, natura d'impegno in favore della collettività o della vittima, oppure carattere terapeutico-riabilitativo, ove si diano specifiche problematiche individuali.

Sempre che, ovviamente, sussista il consenso del destinatario, e senza che ciò comporti in alcun modo il venir meno di limiti garantistici dell'intervento sanzionatorio, il quale, anche nella sua conformazione progettuale, esige pur sempre di essere definito in astratto dal legislatore sulla base di un'oculata strategia preventiva e di trovare applicazione entro i limiti specificamente previsti *ex lege*.

Come pure sembra potersi accogliere un saggio sfruttamento della detenzione domiciliare, purché modulata secondo un'ottica reintegratrice tramite provvedimenti di carattere riparativo e risocializzativo.

Andrebbero, inoltre, promossi gli strumenti di definizione anticipata del processo (diversi dai riti speciali) già sperimentati in Italia, nonché l'esperienza significativa della *mediazione penale*.

In quest'ottica, pur essendo necessaria ogni cautela con riguardo agli appartenenti a forme di criminalità molto grave, sembra anzi ragionevole che il legislatore arrivi a prevedere in modo

---

<sup>13</sup> Tra simili risposte ordinamentali, si ricordano la confisca dei patrimoni acquisiti illecitamente, la responsabilità da reato degli enti giuridici, provvedimenti interdittivi nell'ambito del *management* imprenditoriale o pubblico-amministrativo, obblighi conformativi o di ripristino, un utilizzo ponderato delle sanzioni pecuniarie per tassi (che tenga conto cioè del reddito, del patrimonio e degli obblighi familiari del reo).

esplicito la *residualità* del ricorso alla detenzione (vale a dire: la praticabilità della stessa solo a seguito di un giudizio del Tribunale che ne *motivi e comprovi*, sulla base di avvalorati elementi probatori, l'effettiva necessità, attestando come inattuabile il ricorso a sanzioni prescrittive o a strumenti alternativi), perseguendo, del pari, una finalità pur sempre reintegratrice del ricorso al carcere<sup>14</sup> che si ritenga non altrimenti evitabile (mediante l'offerta ai detenuti, per esempio, di percorsi d'inserimento lavorativo realmente *qualificanti* sul piano professionale ed evitando preclusioni – di diritto o di fatto – all'accesso ai benefici penitenziari).

Per consentire un'effettiva individualizzazione della pena, appare infine necessaria una valorizzazione sistemica del modello processuale bifasico<sup>15</sup> (ora introdotto in materia di sanzioni sostitutive) mediante la soppressione del divieto d'indagine sulla personalità dell'imputato adulto durante il processo, oggi derogabile solo nell'ipotesi in cui debba verificarsi la sussistenza di condizioni patologiche rilevanti ai fini dell'imputabilità. Tale preclusione, infatti, appare motivata dalla volontà del legislatore di evitare possibili condizionamenti dell'organo giudicante in sede decisionale e, dunque, derive rispondenti a logiche di *Täterschuld*: rischio, questo, fronteggiabile in concreto proprio mediante la posticipazione dello studio (se accettato) della personalità dell'imputato a un momento successivo rispetto all'indagine sul fatto e sulla colpevolezza, cui potrebbe aggiungersi il rilievo di elementi propositivi formulati dallo stesso condannato.

L'evoluzione in parola, d'altronde, «potrebbe rendere più pregnante sul piano umano, e dunque più interessante, lo stesso ruolo assegnato ai magistrati giudicanti (non senza riflessi riguardo al pubblico ministero), venendo esso ad assumere, in tal modo, anche una dimensione per così dire *costruttiva* nei confronti dell'agente di reato»<sup>16</sup>; con la conseguente necessità di un «nuovo paradigma pedagogico» nella formazione del giudice, sì da affinarne la sensibilità umana e giuridica, valorizzandone, del pari, la *discrezionalità* in sede giudiziaria – intesa non come arbitrio, ma come attuazione nel caso concreto delle disposizioni legislative – quale elemento necessario e proficuo circa la determinazione delle sanzioni.

<sup>14</sup> Sull'argomento, si vedano le stimolanti riflessioni contenute in *Carcere. Uno spazio per la persona*, a cura di E. Fizzotti, M. Gatti, Roma 2007.

<sup>15</sup> Sul processo bifasico si veda, diffusamente, L. Tumminello, *Il volto del reo. L'individualizzazione della pena fra legalità ed equità*, Milano 2010, 289 ss. (con ulteriore, ampia bibliografia).

<sup>16</sup> L. Eusebi, *La svolta*, cit., 106 (corsivo nell'originale).

## IL CASO AL-MASRI OVVERO COME DISTRUGGERE LA, GIÀ RIDOTTA, CREDIBILITÀ DI UN PAESE

di Cuno Tarfusser (*Ex Giudice della Corte Penale Internazionale*)

In questo articolo, Cuno Tarfusser, dal 2009 al 2019 giudice della Corte penale internazionale, ricostruisce le fasi che, dapprima, hanno portato all'arresto da parte della polizia italiana di Al-Masri, cittadino libico e ufficiale dell'esercito destinatario di un mandato di arresto emesso dalla Corte e, solo poche ore dopo, hanno portato alla sua rocambolesca e frettolosa liberazione, come risultato di una sospetta cooperazione tra autorità giudiziarie e politiche favorita dall'errata interpretazione della legge italiana che adegua il suo ordinamento giuridico alle disposizioni dello Statuto di Roma. A parere dell'autore, la conseguenza immediata di tale incredibile comportamento da parte delle autorità giudiziarie e politiche italiane è un'enorme perdita, se non il definitivo collasso, della credibilità internazionale dello stesso Paese, l'Italia, che ha dato vita alla Corte ed è considerato la culla del diritto.

In this Article, Cuno Tarfusser, from 2009 to 2019 Judge of the International Criminal Court, reconstructs the phases that, first, led to the arrest by the Italian Police of Mr Al Masri, a Libyan citizen and military officer wanted by an arrest warrant issued by the Court and, only a few hours later, led to his daring and hasty release as a result of a suspicious cooperation between judicial and political authorities favoured by the misinterpretation of the Italian law adapting its legal system to the provisions of the Rome Statute. In the author's opinion, the immediate consequence of such incredible, unbelievable behavior on the part of the Italian judicial and political authorities, is an enormous loss, even a collapse, of the international credibility of the very country, Italy, that gave birth to the Court and is considered as the cradle of law.

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Corte Penale Internazionale. – 3. Sabato 18 gennaio 2025. – 4. Domenica 19 gennaio 2025. – 5. Da lunedì 20 gennaio 2025. – 6. Martedì 21 gennaio 2025 – 7. L'ordinanza della Corte d'appello. – 8. Atto dovuto o atto voluto?

1. Ha davvero dell'incredibile come, nel giro di poche ore, fretta, approssimazione, ed ora anche opacità, abbiano causato un incalcolabile danno alla giustizia, al governo, alla giustizia internazionale e alla credibilità dell'Italia; quella stessa Italia una volta culla del diritto (questa almeno è la retorica) e culla della giustizia internazionale, avendo avuto un ruolo decisivo nella nascita, a Roma nel 1998, della Corte penale Internazionale, che - forse è il caso di ricordarlo – in virtù della ratifica (legge n. 232/1999 ) fa parte dell'architettura giudiziaria del nostro Paese.

In questa breve disamina volta ad evidenziare in quale fase del procedimento sono stati commessi errori e chi li ha commessi, causando questa perdita di credibilità, procederò cronologicamente.

2. La Corte Penale Internazionale non è certamente un organo giudiziario perfetto e nemmeno lo potrebbe essere, considerato che è il frutto di una conferenza diplomatica, svoltasi a Roma nel giugno/luglio 1998, e quindi inevitabilmente di molti compromessi. Lo posso dire io, ma lo potrebbero dire molte altre italiane e molti altri italiani che, dalla sua entrata in vigore l'1° luglio 2002, hanno dato il loro contributo per rendere la Corte funzionale ai fini per cui è stata



creata, ovvero “*porre termine all’impunità degli autori di tali crimini [i crimini internazionali, ndr] contribuendo in tal modo alla prevenzione di nuovi crimini*”<sup>1</sup>.

Tanto premesso, e per gli undici anni che ho trascorso all’interno della Corte, quale giudice e anche quale suo vicepresidente, conoscendone quindi perfettamente i meccanismi e le dinamiche, posso dire che cadono nel vuoto tutte le accuse complottiste e le speculazioni politiche che le vengono rivolte in relazione alla vicenda Al-Masri. Nessuna stranezza nella tempistica del mandato di arresto, nessun complotto in danno dell’Italia, nessuna volontà di “colpire” il nostro Paese e il suo governo. Lo affermo senza timore di essere smentito, conoscendo benissimo il funzionamento e le dinamiche proprio di quella Divisione preliminare di cui ho fatto parte ed essendo ancora in assiduo contatto con diversi esponenti della Corte.

La segnalazione dell’Interpol che Al-Masri - da tempo inserito nel suo sistema informatico con una cd *blue notice* - era arrivato in Europa diventando “catturabile”, è giunta alla Corte in un momento successivo prossimo al 6 gennaio 2025, rendendo attuale e urgente la richiesta di mandato di arresto, che il Procuratore presso la Corte, Karim Khan, aveva depositato alla Camera preliminare il 2 ottobre 2024.

Del tutto comprensibile e nulla di strano che la Camera preliminare - che non tratta solo il caso Al-Masri ed i cui giudici siedono anche in altre Divisioni e Camere della Corte – avesse preso in mano la richiesta di arresto solo a seguito di questa segnalazione. Da questo momento era diventato urgente **(i)** leggere attentamente la richiesta e le prove allegate, **(ii)** discutere in camera di consiglio le questioni sostanziali e processuali, **(iii)** deliberare e **(iv)** redigere il provvedimento in lingua inglese con traduzione in arabo. I passaggi sommariamente descritti, già di per sé lenti e complessi, sono stati ulteriormente rallentati dall’emergere di un’opinione dissenziale (anche questo nulla di strano, anzi!), seppure solo per motivi processuali, non certo sostanziali.

3. Finalmente la mattina di sabato 18 gennaio 2025 la CPI emette il mandato di arresto a carico di Al-Masri per innumerevoli ipotesi di crimini contro l’umanità. Lo fa tramettendolo al *Registrar*, organo amministrativo della Corte che cura i rapporti con l’esterno. Lo stesso 18 gennaio 2025 la CPI, per il tramite del *Registrar*, informa sei paesi europei dei possibili *whereabouts* del catturando, chiedendo la collaborazione per il suo arresto e la consegna.

Questa informazione è avvenuta per il tramite dei cd *focal points* o punti di contatto, indicati da ciascun paese. Per l’Italia il punto di contatto è l’Ambasciata italiana nei Paesi Bassi. *Quindi il 18 gennaio, informata del mandato di cattura l’Ambasciata italiana, la Corte ha assolto al suo dovere di informare il Governo e per esso il Ministro della Giustizia.*

Contestualmente la CPI ha chiesto ad INTERPOL di modificare la segnalazione nel loro sistema informatico da *blue notice* (monitorare) a *red notice* (arrestare).

4. L’Ufficio DIGOS della Questura di Torino, allertato della presenza sul territorio di propria competenza di una persona iscritta per le ricerche e l’arresto nel sistema INTERPOL, di prima mattina di domenica 19 gennaio si reca nell’albergo in cui questi alloggiava, dando esecuzione al mandato di arresto emesso da un’Autorità giudiziaria – la Corte penale internazionale - riconosciuta dall’ordinamento italiano in forza, come detto sopra, della legge di ratifica dello Statuto di Roma n 232/1999. Dell’avvenuto arresto informa immediatamente, ed in perfetta conformità della legge, il Ministero della Giustizia, la Corte d’appello di Roma e il Procuratore generale di Roma.

---

<sup>1</sup> Dal preambolo allo Statuto di Roma.

5. A questo punto – essendo il Ministro informato sin da sabato 18 dalla CPI del mandato di arresto a carico di Al-Masri ed essendo il Ministro, il procuratore generale e la Corte d’appello di Roma informati sin da domenica 19 dalla DIGOS dell’avvenuto arresto di Al-Masri – *“il procuratore generale presso la corte d’appello di Roma, ricevuti gli atti, chiede (avrebbe dovuto chiedere) alla medesima corte d’appello l’applicazione della misura della custodia cautelare nei confronti della quale è richiesta la consegna.”* (art. 11, 1° comma, legge n. 237/2012).

La Corte, a sua volta, previa identificazione della persona e richiesta del suo consenso, o meno, alla consegna alla Corte Penale Internazionale entro tre giorni dall’arresto (art. 11, 4° comma, legge n. 237/2012), avrebbe dovuto provvedere con ordinanza, ricorribile per Cassazione, sulla custodia cautelare, confermandola, eventualmente concedendo la libertà provvisoria, con o senza prescrizioni, previa informazione della Corte penale internazionale (art. 11, 2° e 3° comma, legge n. 237/2012).

Questa prima fase non doveva certamente essere svolta e concludersi nelle 48 ore, come sostenuto da più parti per giustificare i tempi precipitosi, bensì nei cinque giorni dall’esecuzione della misura previsti dall’art 717 c.p.p. cui rinvia l’art. 3 della legge 237/2012<sup>2</sup>. Questa tempistica è sostenuta anche dall’analoga previsione dell’art. 294 c.p.p. in materia di interrogatorio di garanzia che deve seguire l’esecuzione di una misura cautelare.

A questo punto si sarebbe aperta una seconda, breve, fase procedimentale, volta a verificare l’insussistenza delle condizioni che impedirebbero la consegna della persona alla CPI, ovvero: mandato non emesso dalla CPI, persona diversa da quella ricercata, violazione di principi fondamentali e persona già condannata nello Stato per i medesimi fatti. (art. 13, 3° comma, legge n. 237/2012).

In assenza di condizioni ostative, la Corte avrebbe dovuto decidere per la consegna della persona alla CPI, trasmettendola al Ministro per l’esecuzione.

Ricevuta la sentenza *“il Ministro della Giustizia provvede con decreto sulla richiesta di consegna entro venti giorni”* (art. 13, 7° comma, legge n. 237/2012). La lettera della norma *non lascia spazio discrezionale al Ministro* che, in linea con l’obbligo di cooperazione degli Stati Parte con la CPI (artt. 86 e segg. dello Statuto di Roma<sup>3</sup>), *“provvede”* alla consegna.

Unico modo per sottrarsi all’obbligo di cooperazione è quello di assumersi la responsabilità politica violando lo Statuto di Roma che, ribadisco, è norma interna dello Stato, cercando di dare una giustificazione, la più plausibile possibile (ragione di Stato), nel giudizio che la Corte certamente avvierà per l’accertamento della violazione dell’obbligo di cooperazione (art. 87, 7° comma, Statuto di Roma<sup>4</sup>).

6. Anzi che seguire la semplice e lineare *road-map* dettata dalla legge, dalla logica, dal buon senso, e anzi che agire con la dovuta trasparenza, il giorno successivo, 21 gennaio, la vicenda Al-Masri precipita nel caos giudiziario e politico.

Questa la cronaca:

- Il 21 gennaio Al-Masri è in stato di detenzione da circa 50 ore;
- Il 21 gennaio sul tavolo della Corte d’appello giunge un’istanza di

<sup>2</sup> *“In materia di consegna ... si osservano, se non diversamente disposto dalla presente legge e dallo statuto, le norme contenute nel ... codice di procedura penale”* in materia di estradizione.

<sup>3</sup> State Parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court.

<sup>4</sup> Where a State party fails to comply with a request to cooperate by the Court contrary to the provision of this Statute, thereby preventing the Court from exercising its functions and powers under this Statute, the Court may make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council.

scarcerazione della difesa del detenuto;

- Il 21 gennaio la Corte d'appello trasmette l'istanza al Procuratore generale affinché esprima il proprio parere;

- Il 21 gennaio, anziché esprimere parere contrario all'accoglimento dell'istanza e chiedere, come previsto per legge, l'applicazione della custodia cautelare, il Procuratore generale incredibilmente *"chiede che codesta Corte dichiari la **irritualità**<sup>5</sup> dell'arresto in quanto non preceduto dalle interlocuzioni con il Ministro della Giustizia<sup>6</sup>, titolare dei rapporti con la Corte Penale Internazionale; ministro interessato da questo Ufficio in data 20 gennaio u.s. immediatamente dopo aver ricevuto gli atti dalla Questura di Torino e che, ad oggi, non ha fatto pervenire nessuna richiesta in merito. Per l'effetto non ricorrono le condizioni per la convalida e, conseguentemente, per una richiesta volta all'applicazione della misura cautelare. Ne deriva la immediata scarcerazione del prevenuto"*.

- Il 21 gennaio, ricevuto il parere del procuratore generale, la Corte di appello emette ordinanza con cui, con motivazione, a essere benevoli, avventurosa (come dirò tra poco), rimette in libertà la persona colpita da mandato di arresto della CPI. Sembra un miracolo di efficienza e tempestività di una giustizia solitamente accusata di eccesso di formalismo e lentezza. Purtroppo così non è.

Da quanto detto è evidente come all'origine del *cortocircuito* che si è verificato nell'ambito della vicenda Al-Masri si colloca la magistratura, nelle persone del Procuratore generale e dei componenti il collegio della Corte d'appello di Roma, che hanno interpretato le norme in modo né letterale, né ragionevole, certamente non in base alla volontà del legislatore e comunque in senso abrogativo, non solo della legge n. 237/2012, ma della cooperazione con la Corte penale internazionale, essendo evidente che *l'interpretazione offerta non permetterà l'esecuzione di nessun mandato di arresto della CPI sul territorio italiano. Né oggi, né mai.*

- Il 21 gennaio, infine, un aereo di Stato parte, ancora e sempre in mattinata, da Roma alla volta di Torino dove imbarca la persona colpita da mandato di arresto per crimini contro l'umanità della CPI e la riporta in Libia.

A quest'ultimo proposito sarebbe estremamente interessante conoscere l'esatta e dettagliata tempistica tra il momento del deposito dell'istanza difensiva nella Cancelleria della Corte - **(i)** deposito dell'istanza, **(ii)** sottoposizione della stessa al Presidente, **(iii)** invio per il parere al procuratore generale **(iv)** restituzione alla Corte, **(iv)** convocazione della Camera di Consiglio, discussione collegiale, redazione dell'ordinanza e suo deposito in Cancelleria, **(v)** comunicazione dell'ordine di scarcerazione al carcere - sino a quando viene dato ordine di volo ai piloti.

Vi è ragione di temere che, approfondendo, questa tempistica possa mettere a nudo non solo una sinergia tra giustizia requirente e giustizia giudicante - a sostegno della necessità della separazione delle carriere - ma anche tra potere politico e potere giudiziario, con buona pace dell'autonomia e indipendenza della magistratura, in una materia, oltretutto in cui gli spazi di discrezionalità sono - come vedremo - strettissimi.

7. Veniamo ora al merito dell'ordinanza della Corte d'appello di Roma e quindi all'atto che ha dato inizio a tutta questa imbarazzante vicenda politico giudiziaria.

Nella parte espositiva e motivazionale del suo provvedimento la Corte, in estrema sintesi, afferma **(i)** che la legge 237/2012 che pone *"norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della CPI"* non prevede l'ipotesi dell'**arresto di iniziativa** da parte della polizia giudiziaria ma *"prescrive una prodromica e irrinunciabile interlocuzione tra Ministro*

---

<sup>5</sup> L'enfasi è mia.

<sup>6</sup> Come detto, la circostanza non è vera.

della Giustizia e la procura generale“ e (ii) che nel caso di specie non è possibile ricorrere all’art. 3 della legge 237 secondo cui “*in materia di consegna [ ... ] si osservano, se non diversamente disposto dalla presente legge e dallo statuto (di Roma ndr) le norme contenute nel [ ... ] codice di procedura penale*” - quelle in base alle quali la Digos di Torino ha agito - perché la legge 237 in materia di applicazione di una misura cautelare “*prescrive una procedura analiticamente scandita*”, “*prescrive una prodromica e irrinunciabile interlocuzione tra Ministro della Giustizia e procura generali*” e “*ha prescritto analiticamente il relativo procedimento, in cui non vi è una previsione attinente alla possibilità di intervento ‘di iniziativa’ della polizia giudiziaria*”, una procedura “*specificamente scandita*<sup>7</sup> in tutti i suoi passaggi” che, sempre ad avviso della Corte, esclude l’arresto di iniziativa della polizia giudiziaria.

Da queste premesse - totalmente errate, come dirò – la Corte conclude con una evidente contraddizione in termini laddove dichiara il “*non luogo a provvedere sull’arresto*”, per provvedervi subito dopo ordinando “*l’immediata scarcerazione*” della persona sul presupposto che l’arresto è “*irrituale*<sup>8</sup> poiché non previsto dalla legge”, così mutuando il linguaggio atecnico utilizzato dal Procuratore generale nel suo parere, riportato *verbatim* nell’ordinanza quasi a volerlo corresponsabilizzare in questo avventuroso provvedimento che, oltretutto, viene emesso senza nemmeno avere proceduto all’obbligatoria identificazione della persona di cui stavano ordinando la scarcerazione (art. 11, IV comma, l. 237/2012).

Di fronte ad un arresto che la Corte qualifica di iniziativa – ma che, come dirò tra poco, di iniziativa non è affatto - il giudice, o “convalida” oppure “non convalida” l’arresto. Il “non luogo a provvedere”, provvedendo, è un evidente controsenso, un ossimoro. Se, poi, l’arresto è stato eseguito nelle forme e nelle ipotesi previste dalla legge, l’arresto è “legittimo”, mentre se è stato eseguito in un caso non previsto dalla legge, esso è “illegittimo”. Certamente un arresto non è mai “irrituale”, una terminologia atecnica che tradisce l’insicurezza di chi la utilizza.

Perché sostengo che, nel caso in discussione, non siamo di fronte ad un arresto di iniziativa della polizia giudiziaria, come sostiene la Corte?

Perché la Digos ha dato esecuzione a un mandato di arresto emesso da un organo giudiziario che è, e le cui regole sono, parte integrante del nostro ordinamento giuridico in virtù, come ho detto all’inizio, della ratifica (legge n. 232/1999) dello Statuto di Roma.

Tant’è vero e aggiungo, che la legge non parla di “estradizione”, ma di “consegna”, quindi di una procedura più agile e meno burocratica che comunque presuppone che sulla persona da consegnare si eserciti un potere.

Da quanto detto emerge chiaramente come - stando ai fatti e alla legge, non alle chiacchiere, alle speculazioni, alle tesi complottiste e alle avventurose interpretazioni orientate al vantaggio politico dell’una o dell’altra parte – in questa vicenda hanno agito correttamente la Corte penale internazionale e la DIGOS di Torino, mentre ha sbagliato l’autorità giudiziaria; sbaglio di cui ha approfittato il governo, da un lato rimanendo inerte (Ministro della Giustizia), dall’altro precipitosamente espellendo (Ministro dell’Interno) un soggetto accusato dalla Corte penale internazionale di numerosissime ipotesi di crimini contro l’umanità. Non v’è dubbio che, come ha detto il Ministro degli Esteri, la CPI “non è il verbo”, ma mi permetto di ricordare al Ministro che la CPI agisce in base allo Statuto di Roma e quindi alle regole su cui la Comunità Internazionale, riunita a Roma nel 1998, si è accordata per processare le persone macchiate “*dei crimini più gravi che riguardano l’insieme della comunità internazionale*”, che “non

<sup>7</sup> Le enfasi nella citazione sono mie.

<sup>8</sup> L’enfasi è mia.

*possono rimanere impuniti e la cui repressione deve essere efficacemente garantita mediante provvedimenti adottati in ambito nazionale ed attraverso il rafforzamento della cooperazione internazionale”<sup>9</sup>.*

#### 8. “Atto dovuto” o “atto voluto”?

Da quando, martedì 28 gennaio, il Procuratore della Repubblica di Roma ha iscritto nel registro degli indagati la Presidente del consiglio Meloni, i Ministri Nordio e Piantedosi e il Sottosegretario di Stato Mantovano, l’interrogativo scuote la politica e la stampa, deviando l’attenzione dell’opinione pubblica dal vero problema: quello del tracollo di credibilità internazionale dell’Italia determinato dall’aver scarcerato e riportato a casa, con tutti gli onori, un soggetto accusato dalla Corte penale internazionale di crimini brutali e di annientamento di persone.

Una platea di accademici, avvocati, magistrati, ricercatori si cimenta con l’interrogativo.

Ma il diritto è un’opinione, e a quelle sin qui espresse aggiungo la mia, senza ovviamente alcuna pretesa che costituisca, neanche essa, “il verbo”. Mi riconosco giusto una qualche legittimazione per i miei quarant’anni di magistrato – di cui otto da Procuratore e undici da Giudice della Corte penale Internazionale – vissuti lontanissimo dalle “correnti ideologiche” e da ogni pubblica manifestazione pro o contro qualcuno o qualcosa; non posso essere collocato, insomma, né tra le toghe “rosse”, né tra quelle “nere”.

Così, mi sono chiesto come mi sarei comportato se mi fossi trovato nella necessità di decidere. Ebbene, anche in considerazione del clima politico già estremamente conflittuale, probabilmente sarei stato più riflessivo, sfruttando tutto il termine di 15 giorni che la legge<sup>10</sup> lascia al Procuratore per trasmettere gli atti al Tribunale dei Ministri, anziché trasmettere la denuncia, pervenuta venerdì 24 gennaio, già il successivo martedì 28 dopo avere iscritto i quattro denunciati a registro indagati (Mod. 21).

Rilevo, a proposito della inusitata fretta del Procuratore di Roma nel disfarsi del procedimento, che analoga fretta accompagnata dal mancato approfondimento delle questioni fattuali e giuridiche aveva animato tutti i protagonisti di questa vicenda - Procuratore generale, Corte d’appello, Ministro dell’Interno – quando poco prima, con tempismo sospetto, avevano operato per invece salvare dal “giusto processo” un presunto criminale internazionale. Unica eccezione il Ministro della Giustizia. Questi, informato il 18 gennaio dell’emissione del mandato di arresto e il 19 gennaio della sua avvenuta esecuzione, ha riflettuto in un silenzio assordante per diciotto giorni prima di andare in Parlamento, ove, anziché scusarsi per la drammatica perdita di credibilità internazionale, ha dimostrando scarsa conoscenza delle norme, degli obblighi che da esse derivano e dei meccanismi della Corte Penale Internazionale, cercando di addossare tutta la responsabilità agli unici due organismi che non ne hanno: la CPI e la Digos di Torino. Il Ministro si è addirittura arrogato le funzioni di giudice, censurando il mandato di arresto dichiarandone la nullità e, in conclusione del suo surreale intervento, “minacciando” persino di utilizzare la sua autorità per chiedere spiegazioni alla Corte, non sapendo che sarà la Corte

<sup>9</sup> Dal Preambolo dello Statuto di Roma che evidentemente, Autorità giudiziaria di Roma e Governo, non conoscono, non ricordano o, in nome della Ragion di Stato, non vogliono ricordare.

<sup>10</sup> Art. 6, legge costituzionale n. 1 del 1989.

1. I rapporti, i referti e le denunce concernenti i reati indicati dall’ art. 96 della Costituzione sono presentati o inviati al procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d’appello competente per territorio.

2. Il procuratore della Repubblica, omessa ogni indagine, entro il termine di quindici giorni, trasmette con le sue richieste gli atti relativi al collegio di cui al successivo articolo 7, dandone immediata comunicazione ai soggetti interessati perché questi possano presentare memorie al collegio o chiedere di essere ascoltati.

a chiedere<sup>11</sup> a lui e all'Italia spiegazioni per la violazione degli obblighi di cui all'art. 86<sup>12</sup> dello Statuto di Roma.

Avrei, come dicevo, riflettuto *frigido pacatoque animo* sui paletti fissati dalla legge e sugli spazi di discrezionalità decisionali lasciati al Procuratore. Detti paletti, che disegnano per differenza anche gli spazi discrezionali, sono indubbiamente **(i)** il termine di quindici giorni per trasmettere gli atti, **(ii)** il divieto di svolgere indagini in quel lasso di tempo e **(iii)** l'obbligo di immediata informazione.

E se, in quei 15 giorni concessi dalla legge, il Procuratore non può indagare, egli può tuttavia attingere da fonti aperte informazioni che completino una denuncia che, per quanto se ne sa, è assai scarna; quei 15 giorni, insomma, gli possono servire per valutare se iscrivere la denuncia a mod. 21 (noti), a mod. 44 (ignoti) o a modello 45 (fatti non costituenti reato). La trasmissione al Tribunale dei Ministri, del resto, deve essere comunicata non già agli indagati, nel qual caso l'iscrizione a modello 21 sarebbe inevitabile, bensì *"ai soggetti interessati"*.

Mi sarei poi interrogato su come avrei trattato la denuncia se, anziché provenire da una fonte genericamente qualificata - un avvocato, già sottosegretario al Ministro della Giustizia - avesse recato la firma del classico Nigerio Negidio, titolare del Bar Sport di una città qualsiasi.

Infine, mi sarei chiesto se, in assenza di denuncia, avrei agito *motu proprio*, trattandosi di reati perseguibili d'ufficio.

Dire oggi come avrei deciso sarebbe una facile speculazione. Certo è che avrei esaurito tutto il tempo a mia disposizione sviscerando ogni possibile profilo: tra quelli sostanziali, anche la fondatezza dell'ipotesi del favoreggiamento personale, oggi specificamente riferita pure alle investigazioni della Corte penale internazionale, valutando persino l'iscrizione dei magistrati che, inopinatamente e frettolosamente scarcerando l'arrestato, hanno reso possibili le condotte dei Ministri.

---

<sup>11</sup> Art. 87, comma 7, Statuto di Roma. *"Where a State Party fails to comply with a request to cooperate by the Court contrary to the provisions of this Statute, thereby preventing the Court from exercising its functions and powers under this Statute, the Court may make a finding to that effect and refer the matter to the Assembly of States Parties or, where the Security Council referred the matter to the Court, to the Security Council."*

<sup>12</sup> Art. 86, Statuto di Roma *"States Parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court. Article 87 Requests for cooperation: general provisions."*

## LE RECENTI RIFORME IN MATERIA DI INTERCETTAZIONI: ALCUNE CRITICITÀ E QUALCHE PROSPETTIVA

di Wanda Nocerino (*Ricercatrice di diritto processuale penale, Università di Foggia*)

Nell'ultimo biennio, il legislatore ha emanato una serie di provvedimenti volti a rafforzare le esigenze di segretezza delle comunicazioni, soprattutto in rapporto a fatti processualmente irrilevanti o che coinvolgono terzi estranei al procedimento. Se è indiscutibilmente pregevole l'intento che anima le singole riforme, il risultato non è del tutto soddisfacente, mancando un disegno organico al quale ricollegare le modifiche che appaiono piuttosto episodiche e pressoché casuali. Al di là del contenuto delle novelle, l'occasione è utile per riflettere sulle peculiarità che connotano la produzione normativa dell'ultimo tempo: da un lato, si assiste ad un'ipertrofia legislativa su questioni che potrebbero essere risolte in via interpretativa, dall'altro, si nota l'assenza di riforme su aspetti che, per converso, necessitano di una tipizzazione disciplinare.

In the last two years, a series of measures aimed at strengthening the requirements of secrecy of communications and confidentiality, especially in relation to procedural facts which are irrelevant or involving third parties unrelated to the proceedings. If the value of the intent that animates the individual reforms is indisputable, the product is not entirely satisfactory, lacking an organic plan to which to reconnect single changes which appear rather episodic and almost random. The occasion is useful to reflect on the undeniable paradox that characterizes recent times: on the one hand, we are witnessing legislative hypertrophy on issues that could be resolved through interpretation, on the other, we note the absence of reforms on aspects which, conversely, require regulatory stabilization.

SOMMARIO: 1. Le intercettazioni nel labirinto della politica. – 2. Gli scampoli normativi del c.d. “Decreto giustizia”. – 2.1. *Segue*: il ritocco della nozione di “criminalità organizzata” e i riflessi sui procedimenti pendenti. – 2.2. *Segue*: l'apparente recupero delle esigenze di segretezza delle comunicazioni. – 3. Le novità della c.d. “manovra Nordio”. – 3.1. *Segue*: il rafforzamento delle garanzie di libertà del difensore. – 3.2. *Segue*: la stretta in materia di pubblicabilità e accessibilità delle intercettazioni. – 4. Le modifiche *in fieri* della proposta di legge c.d. “Zanettin”. – 5. Un bilancio complessivo e qualche possibile soluzione..

1. Periodicamente, proprio quando sembra che l'attenzione giuridica e politica sia rivolta ad altri temi del diritto, il legislatore interviene a colpi di scure per ridisegnare o rimodernare la disciplina delle intercettazioni che, ponendosi al crocevia tra esigenze di efficienza del processo e garanzie fondamentali<sup>1</sup>, rappresenta il terreno sul quale si misurano le scelte valoriali di fondo dell'ordinamento costituito.

Diritto di difesa, diritto di cronaca, diritto del singolo e dei consociati al rispetto della privacy, inviolabilità del domicilio, segretezza della corrispondenza, sono solo alcuni dei valori da bilanciare con l'altrettanto essenziale interesse all'accertamento dei reati e della responsabilità penale<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Si esprime così V. Grevi, *Le intercettazioni al crocevia tra efficienza del processo e garanzie dei diritti*, in *Le intercettazioni di conversazioni e comunicazioni. Un problema cruciale per la civiltà e l'efficienza del processo e per le garanzie dei diritti*, Milano 2009, 23.

<sup>2</sup> Trattandosi di «un'idrovora cieca che tutto raccoglie» (così G. Giostra, *I nuovi equilibri alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, in *RIDPP* 2018, 522), l'intercettazione rappresenta un

Non può, quindi, sorprendere che i Governi succedutisi nel tempo si siano freneticamente adoperati per tentare di regolare i rapporti di forza tra pervasività ed efficacia investigativa dello strumento in questione, nell'ottica di assicurare il mantenimento degli equilibri istituzionali del Paese<sup>3</sup> e sedare l'eterno dibattito tra magistratura e politica<sup>4</sup>.

Da questo angolo di visuale, emerge un dato non proprio rassicurante: la materia delle intercettazioni sembra trovarsi perennemente intrappolata nel labirinto della politica, in balia delle ideologie sottese alle diverse legislature; di conseguenza, la relativa disciplina risulta caratterizzata da un perdurante stato di incertezza, da un moto correttivo perpetuo finalizzato non solo a ricercare soluzioni per superare le criticità che affliggono l'istituto, ma anche per garantire il mantenimento della stabilità della compagine governativa di quel preciso momento storico<sup>5</sup>.

---

mezzo assolutamente rilevante (*rectius*: indispensabile) nell'orizzonte investigativo ma geneticamente invasivo della sfera più intima e personale di chiunque rimane intrappolato nella sua rete, superando il baluardo inviolabile della privacy che sempre deve essere tutelato in un ordinamento democratico. Tali aspetti risultano già ampiamente battuti dalla più autorevole dottrina. Senza pretese di completezza, già durante la vigenza del Codice del 1930, G. Conso, *Processo penale e Costituzione: dodici anni di pagine sparse*, Milano 1969; P. Grosso, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *EdD*, XXI, Milano 1971, 889; G. Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano 1983, 187. A seguito dell'entrata in vigore del Codice del 1988, E. Aprile, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Prove*, I, a cura di A. Scalfati, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, Torino 2009, 475; M. Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano 2003, 256; P. Bruno, voce *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dpen.*, X, Torino 2001, 175; A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano 1996, 44; L. Filippi, voce *Intercettazioni telefoniche*, in *EdD*, VI, Milano 2002, 565; Id., *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1997, 16; C. Marinelli, *Intercettazioni processuali e nuovi mezzi di ricerca della prova*, Milano 2007, 56; N. Triggiani, *Giustizia penale e informazione. La pubblicazione di notizie, atti e immagini*, Padova 2012. Da ultimo, S. Agosta, *Quadro costituzionale e nuove forme di captazione*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, a cura di P. Maggio, Torino 2023, 13.

<sup>3</sup> Senza andare troppo indietro nel tempo, si pensi alla straordinaria vicenda che ha interessato il tema delle intercettazioni nell'ultimo decennio. Ci si riferisce, in particolare, alla riforma operata dal d.lgs. 29.12.2017 n. 216, in attuazione della delega contenuta nell'art. 1 della l. 23.6.2017 n. 103 (c.d. "Riforma Orlando") che prevedeva, almeno in origine, profonde innovazioni sistematiche della disciplina. Tuttavia, la novella, ancor prima di vedere la luce, ha subito altrettante modifiche ad opera del d.l. 30.12.2019 n. 161, convertito, con modificazioni, dalla l. 28.2.2020 n. 7 (c.d. "controriforma Bonafede") e della l. 9.1.2019 n. 3 (c.d. "legge Spazzacorrotti"); riforme che hanno profondamente ridimensionato la portata rivoluzionaria promessa dalla precedente legislatura. Il che, sebbene inaspettato perché improvviso, non ha sorpreso a causa del mutamento della compagine governativa con l'insediamento in Parlamento della nuova legislatura: la divergenza di vedute tra l'ex Ministro della Giustizia del Partito Democratico, Andrea Orlando, e il suo successore del Movimento Cinque Stelle, Alfonso Bonafede, era nota ai più: tra il mese di giugno e luglio 2018, subito dopo il varo del primo Governo di Giuseppe Conte, il Ministro aveva già espresso pubblicamente l'intento di avviare una "riforma della riforma" in tempi brevi quale correttivo al contuso sistema giudiziario. Infatti, il 22 giugno 2018, intervenendo a un convegno organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, il Ministro della Giustizia Alfonso Bonafede aveva dichiarato: «il mio impegno prioritario è capire le linee della riscrittura del provvedimento e su questo avvierò un confronto già la prossima settimana con procure e avvocati». Per una panoramica dell'assetto riformato, per tutti, Aa. Vv., *Il fragile mosaico delle strategie difensive. Dalla legge Orlando all'esordio della XVIII legislatura*, a cura di S. Lorusso, Torino 2020.

<sup>4</sup> Sul punto, acutamente, E. Albamonte, *L'eterno dibattito tra magistratura e politica in tema di intercettazioni*, in *QuestG*, 16.6.2016.

<sup>5</sup> M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *www.sistemapenale.it*, 22.7.2024, per cui «problemi delicatissimi vengono affrontati con modifiche tecnicamente discutibili e, soprattutto, a senso unico: attraverso disposizioni che, in diversi casi, non tengono in alcun conto il necessario bilanciamento con altre esigenze costituzionalmente rilevanti [...]».



In questo contesto, l'iperattività del legislatore dell'ultimo biennio sembra un *déjà vu*. Sulla scorta degli *input* provenienti dalla Corte di Strasburgo<sup>6</sup>, sono stati promulgati alcuni provvedimenti (quasi tutti giunti al traguardo dell'approvazione parlamentare)<sup>7</sup> volti a rafforzare le esigenze di segretezza delle comunicazioni e di riservatezza, soprattutto in rapporto a fatti processualmente irrilevanti o che coinvolgono terzi estranei al procedimento<sup>8</sup>. Se è indiscutibilmente pregevole l'intento che anima le singole riforme<sup>9</sup> – soprattutto nella parte in cui sembrano recepire le istanze provenienti da tempo dalla dottrina processualpenalistica più avveduta<sup>10</sup> –, quello che non convince del tutto è il metodo impiegato per raggiungere un simile obiettivo.

Intanto, continua a permanere l'abitudine di introdurre modifiche normative ricorrendo al duttile strumento del decreto legge anche in situazioni prive del carattere di eccezionalità.

Senza entrare nel merito dei suoi contenuti<sup>11</sup>, il primo intervento dell'attuale Governo sul tema delle intercettazioni (c.d. "Decreto giustizia") assume la forma di un provvedimento urgente, nato con il dichiarato intento di evitare il consolidamento di un orientamento

<sup>6</sup> Cfr. C. eur., 23.5.2024, *Contrada c. Italia*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 26.6.2024, con nota di L. Giordano, *Considerazioni sulla sentenza della CEDU Contrada c. Italia n. 4: per un'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme di codice di rito*, sull'annoso dibattito relativo alla necessità di un controllo interno sulla legalità del provvedimento con cui è stata disposta l'intercettazione a carico di soggetti terzi, estranei alla vicenda processuale; C. eur., 22.2.2024, *Kaczmarek c. Polonia*, in rapporto alla pubblicità del contenuto delle intercettazioni irrilevanti ai fini processuali; C. eur., 12.1.2023, *Potoczka e Adamco c. Slovacchia*, sul *quantum* motivazionale del provvedimento autorizzativo.

<sup>7</sup> Come meglio si dirà nel prosieguo (cfr. §§ 2, 3 e 4), l'ultimo legislatore è intervenuto con d.l. 10.8.2023 n. 105, recante "*Disposizioni urgenti in materia di processo penale, di processo civile, di contrasto agli incendi boschivi, di recupero dalle tossicodipendenze, di salute e di cultura, nonché in materia di personale della magistratura e della pubblica amministrazione*", convertito con modificazioni dalla l. 9.10.2023 n. 137, in *GU* 9.10.2023 n. 236 (c.d. "Decreto giustizia") e con l. 9.8.2024 n. 114, recante "*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*", in *GU* 10.8.2024 n. 187 (c.d. "legge Nordio"). Si staglia, sullo sfondo, l'ombra di un ulteriore intervento attualmente all'esame della Camera. Si tratta del disegno di legge c.d. "Zanettin" del 10.11.2023 n. 932, recante "*Modifiche alla disciplina delle intercettazioni tra l'indagato e il proprio difensore, nonché in materia di proroga delle operazioni*", approvato il 9 ottobre scorso con il nuovo titolo "*Modifiche alla disciplina in materia di durata delle operazioni di intercettazione*".

<sup>8</sup> Come emerge dall'esposizione delle linee programmatiche del Ministro della Giustizia all'indomani del suo insediamento, la riforma delle intercettazioni rappresenta una priorità del Governo «considerando che, per come costruita, la disciplina vigente rappresenta un pericolo per la riservatezza e per l'onore delle persone più o meno direttamente coinvolte nella vicenda processuale». C. Nordio, *Intervento al Senato*, 6.12.2022, consultabile su [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8.12.2022.

<sup>9</sup> Il *leitmotiv* che permeava la c.d. "Riforma Orlando" risiedeva nella tutela della riservatezza dei soggetti solo occasionalmente coinvolti dallo strumento captativo: come precisato, «[D]ette disposizioni perseguono lo scopo di escludere, in tempi ragionevolmente certi e prossimi alla conclusione delle indagini, ogni riferimento a persone solo occasionalmente coinvolte dall'attività di ascolto e di espungere il materiale documentale, *ivi* compreso quello registrato, non rilevante a fini di giustizia, nella prospettiva di impedire l'indebita divulgazione di fatti e riferimento a persone estranee alla vicenda oggetto dell'attività investigativa che ha giustificato il ricorso a tale incisivo mezzo di ricerca della prova». Così C.D.M., *D.lgs. – Disposizioni in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni, in attuazione dell'art. 1, legge 23 giugno 2017, n. 103 – Relazione*, in [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com).

<sup>10</sup> Ci si riferisce, in particolare, alle modifiche introdotte dal c.d. "Decreto giustizia" sul *quantum* motivazionale del decreto di autorizzazione a procedere e in tema di circolazione delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state disposte, nonché alle innovazioni della c.d. "legge Nordio" sulle garanzie di libertà del difensore e sul regime di pubblicità del contenuto delle conversazioni irrilevanti per il processo. Per una disamina di questi specifici aspetti, anche in rapporto al recepimento delle istanze della dottrina maggioritaria, cfr. §§ 2.1 e 3.1.

<sup>11</sup> Sul punto, si rinvia a § 2.

giurisprudenziale<sup>12</sup> che avrebbe potuto compromettere l'utilizzabilità del materiale probatorio acquisito sulla base del diritto vivente<sup>13</sup>.

Non si può che rimanere perplessi di una simile impostazione.

In primo luogo, la scelta di impiegare lo strumento normativo del decreto legge sembra espressione di una prassi ormai tipica del nostro ordinamento e di quella «cultura dell'emergenza divenuta un dato strutturale della legislazione italiana in materia di giustizia penale [...] frutto di decretazione d'urgenza o di iniziative parlamentari e governative avviate senza la dovuta ponderazione, a seguito del clamore suscitato da qualche fatto di cronaca»<sup>14</sup>.

In secondo luogo, è abbastanza singolare immaginare che il legislatore sia costretto a intervenire ogniqualvolta si avverta la preoccupazione che una singola pronuncia possa inaugurare un nuovo orientamento, sia pur ortodosso. Queste sono logiche che sollecitano l'azione risolutrice della giurisprudenza di legittimità, magari l'avvento delle Sezioni Unite, ma non certo giustificano l'intromissione dell'esecutivo<sup>15</sup>.

L'insoddisfazione non sembra mitigarsi quando ci si confronta con le successive riforme intervenute in materia. Anche laddove il legislatore scelga di procedere nelle forme «ordinarie» (c.d. «legge Nordio» e l'istituenda riforma c.d. «Zanettin»)<sup>16</sup>, il risultato non è del tutto soddisfacente, mancando un disegno organico al quale ricollegare le singole modifiche che appaiono piuttosto episodiche e pressoché casuali<sup>17</sup>; il che contribuisce a rendere ulteriormente dispersiva una materia che già di per sé non spicca per linearità.

Quello che traspare è un legislatore «debole e in affanno»<sup>18</sup> impegnato a inseguire una realtà che non riesce di fatto a dominare; un legislatore che, in questo confuso gioco di piani paralleli, «ricorda sempre più la Penelope di omerica memoria: impegnata a disfare di notte quella stessa tela che di giorno si affannava a tessere»<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Si tratta di un isolato orientamento espresso da Cass. 30.3.2022 n. 34895, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 21.7.2023, con nota di G. Tessitore, *Sulla nozione di "criminalità organizzata" ai fini della disciplina in deroga delle intercettazioni*, che si pone in contrasto con il granitico filone interpretativo inaugurato da Cass. S.U. 28.4.2016 n. 26889, in *CP* 2016, 3536, con nota di W. Nocerino, *Le Sezioni Unite risolvono l'enigma: l'utilizzabilità del "captatore informatico" nel processo penale*. Sul punto, cfr. nt. 40.

<sup>13</sup> Cfr. Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri, n. 43 del 17.7.2023, disponibile su [www.governo.it](http://www.governo.it).

<sup>14</sup> Si esprime così S. Lorusso, *Il fascino discreto dell'emergenza*, in *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, a cura di S. Lorusso, Padova 2008, XXI. Più in generale, sulla legislazione dell'emergenza, per tutti, G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli 1982.

<sup>15</sup> Sul punto, G.L. Gatta, *Intercettazioni e criminalità organizzata: quando a voler precisare si finisce per complicare*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8.8.2023; C. Parodi, *D.l. n. 105/2023: ancora una volta, novità in tema di intercettazioni*, in *Il Penalista*, 11.8.2023; D. Scarpino, *Intercettazioni e delitti di "criminalità organizzata" tra vecchi problemi e nuove soluzioni*, in *CP* 2024, 1666. Secondo G. Amarelli, *"Reati di criminalità organizzata" ed intercettazioni: è davvero utile un decreto-legge di interpretazione autentica?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 25.7.2023, «nel pieno rispetto del principio di separazione dei poteri, si potrebbe lasciare la questione nelle mani della stessa giurisprudenza evitando intrusioni del legislatore, magari immaginando una assegnazione d'ufficio da parte del Primo Presidente della Corte di Cassazione alle Sezioni unite ai sensi dell'art. 610 co. 2 Cpp, trattandosi di questione di speciale importanza, pur non sussistendo un contrasto giurisprudenziale. Certamente i tempi sarebbero più lunghi di quelli di un decreto-legge e, forse, anche di una legge parlamentare, ma gli esiti molto probabilmente sarebbero più ragionevoli e meno bruschi».

<sup>16</sup> Cfr. §§ 3 e 4.

<sup>17</sup> In questo senso L. Filippi, *Intercettazioni: un intervento legislativo all'insegna della tutela della privacy*, in *Le novità della legge Nordio*, a cura di G. Spangher, Pisa 2024, 21; G. Illuminati, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura*, in *RIDPP* 2023, 884.

<sup>18</sup> Così M. Daniele, *La crisi del codice di procedura penale: una crisi irreversibile?*, in *RDP* 2024, 92.

<sup>19</sup> Testualmente L. Ludovici, *Disegno di legge c.d. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 7.5.2024, 2. In questo senso anche O. Mazza, *Tornare al processo accusatorio: anfibolie della controriforma*, in *DPP* 2024, 433.

Comunque, fatta eccezione per alcuni nodi problematici e qualche discutibile effetto pratico, non sembra che le modifiche introducano novità eclatanti che, prese singolarmente, «non devono scandalizzare e non meritano nemmeno di essere demolite dalla critica»<sup>20</sup>.

Al di là del contenuto delle singole riforme, l'occasione è utile per riflettere sull'innegabile paradosso che caratterizza la produzione normativa dell'ultimo tempo: per un verso, si assiste a un'ipertrofia legislativa su questioni che potrebbero essere risolte in via interpretativa, per l'altro, si nota l'assenza di riforme su aspetti che necessitano di una tipizzazione disciplinare.

2. Il primo vero banco di prova su cui si misura l'azione del nuovo Governo in materia di intercettazioni è il c.d. "Decreto giustizia"<sup>21</sup> che concentra le principali novità di natura processuale nell'art. 1, rubricato "*Disposizioni in materia di intercettazioni*"<sup>22</sup>.

Occorre immediatamente precisare che, nella sua conformazione iniziale, l'articolato si presentava assai scarno, contenendo una sola previsione atta a fare chiarezza sulla complessa nozione di "criminalità organizzata", così da «rendere più organico il sistema processuale, anche in ragione dei numerosi procedimenti in corso in cui si registrano indirizzi non univoci»<sup>23</sup>.

Nel corso dei lavori di conversione qualcosa è cambiato. Il decreto, infatti, non supera indenne il vaglio della Commissione giustizia venendo arricchito di ulteriori "dettagli" che intaccano molti altri aspetti dell'istituto, quali il *quantum* motivazionale del decreto autorizzativo, la procedura esecutiva e finanche il regime di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi<sup>24</sup>.

Quello che ne deriva è un prodotto assai più variegato rispetto al modello originario: come si evince dalle modifiche apportate, il provvedimento legislativo non è più solo finalizzato a delineare il perimetro operativo della nozione di "criminalità organizzata" ma è diretto ad incidere *tout court* sulla materia delle intercettazioni, al fine di renderla – almeno sulla carta – più conforme alle esigenze di privatezza dei soggetti coinvolti.

Venendo al contenuto del testo normativo, il comma 1 dell'art. 1, estende la disciplina derogatoria di cui all'art. 13 d.l. n. 152 del 1991<sup>25</sup> all'intero catalogo di reati contemplati

<sup>20</sup> Così G. Illuminati, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio*, cit., 884.

<sup>21</sup> D.l. 10.8.2023 n. 105, cit., convertito con modificazioni dalla l. 9.10.2023 n. 137, cit. Conviene precisare che in una precedente occasione, il Guardasigilli – in linea con gli obiettivi programmatici del Governo (cfr. § 1, nt. 8) – ha operato una modifica alle intercettazioni preventive effettuate dai Servizi di informazione per la sicurezza attraverso la manovra finanziaria approvata per l'anno 2023. Cfr. Proposta emendativa 123.01000. in Commissione V in sede referente riferita al C. 643 *bis* pubblicata nel Bollettino delle Giunte e Commissioni del 20 dicembre 2022. Per un commento, v. W. Nocerino, *La riforma delle intercettazioni preventive d'intelligence*, in *www.sistemapenale.it*, 5.1.2023.

<sup>22</sup> Per un primo commento alla riforma L. Filippi, *La miniriforma delle intercettazioni: più luci che ombre*, in *www.penedp.it*, 19.10.2023; L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *DPP* 2024, 11; F. Lazzeri, *Convertito in legge, con modificazioni, il d.l. 105/23: novità in tema di intercettazioni, incendio boschivo, ambiente e 231*, in *www.sistemapenale.it*, 5.10.2023; D. Scarpino, *Intercettazioni e delitti di "criminalità organizzata" tra vecchi problemi e nuove soluzioni*, cit., 1657. Per dovere di completezza, si segnala che l'art. 2 del decreto - anch'esso modificato in sede di referente - istituisce le infrastrutture digitali centralizzate per le intercettazioni con l'obiettivo di assicurare più elevati livelli di sicurezza dei sistemi informativi funzionali alle attività di intercettazione eseguite da ciascun ufficio del p.m.

<sup>23</sup> Così Relazione illustrativa al d.l. 105/2023, in *www.giustizia.it*, 2.

<sup>24</sup> Cfr. commi 2-*bis* e 2-*quinqies* dell'art. 1 d.l. 105/2023.

<sup>25</sup> D.l. 13.5.1991 n. 152, recante "*Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa*", convertito, con modificazioni, in l. 12.7.1991 n. 203, in *GU* 12.7.1991 n. 162. Come è noto, per i reati di criminalità organizzata e terrorismo, la norma prevede dei requisiti "attenuati" rispetto a quelli tradizionali: le intercettazioni tra presenti possono essere condotte anche nel

dall'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp, ossia i «procedimenti per delitti, consumati o tentati, di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti (art. 452-*quaterdecies* Cp) e di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 Cp), ovvero commessi con finalità di terrorismo o avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* Cp o per agevolare l'attività delle associazioni di tipo mafioso previste dalla medesima disposizione».

In questo modo, la novella – superando l'*overturning* giurisprudenziale del 2022<sup>26</sup> – statuisce che la disciplina derogatoria può trovare impiego anche nel caso di reati di carattere monosoggettivo o realizzati in concorso se commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* Cp, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni contemplate nella medesima disposizione o per finalità terroristica.

Le modifiche introdotte, secondo quanto previsto dal comma 2, si applicano anche ai procedimenti in corso alla data di entrata in vigore del decreto citato, ossia dall'11 agosto del 2023.

Il comma 2 *bis* rafforza ulteriormente il contenuto del provvedimento con cui il g.i.p. dispone le intercettazioni tra presenti mediante captatore informatico, integrando la previsione di cui all'art. 267 co. 1 Cpp<sup>27</sup>. Secondo la nuova disposizione, il decreto autorizzativo deve esporre con «autonoma valutazione» le specifiche ragioni che rendono «in concreto» necessario il ricorso a una così invasiva modalità captativa<sup>28</sup>.

Si tratta di una previsione che non soffre eccezioni di sorta, dovendo il giudice ottemperare al suo dovere motivazionale sia nel caso di autorizzazione a procedere per i reati comuni, che in rapporto a quelli distrettuali, di cui all'art. 51 Cpp, e di criminalità economica, ovvero i reati commessi dai pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio nell'esercizio delle loro funzioni.

---

domicilio a prescindere dal «fondato motivo di ritenere che in quel luogo si stia consumando un'attività criminosa»; l'intercettazione è ammessa sulla base di «sufficienti indizi» (e non gravi, *ex art.* 267 Cpp), quando la stessa è «necessaria» (e non indispensabile *ex art.* 267 Cpp) alla prosecuzione delle indagini; la durata delle operazioni non può superare i 40 giorni, prorogabili di 20. Di qui, per i reati “gravi” non contemplati dall'art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp, richiamati dall'art. 266 co. 2-*bis* Cpp, sono ammesse le intercettazioni ambientali domiciliari senza alcun limite se si tratta di captazioni “tradizionali”. Sul tema, per tutti, D. Manzione, *Una normativa “d'emergenza” per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza e il buon andamento dell'attività amministrativa (d.l. 152/1991 e l. n. 203/1991): uno sguardo d'insieme*, in LP 1992, 852 ss. La normativa viene progressivamente ampliata, ai sensi dell'art. 3 d.l. 18.10.2001 n. 374, ai procedimenti per i delitti di cui all'art. 270-*ter* Cpp e ai delitti delineati dall'art. 407 co. 1 lett. a n. 4 Cpp, nonché ai delitti di cui agli artt. 270 co. 3 e 306 co. 2 Cpp. Inoltre, l'art. 9 l. 11.8.2003 n. 228 estende l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 13 d.l. 13.5.1991 n. 152, in relazione ai procedimenti per i delitti previsti dal Libro II, Titolo XII, Capo III, Sez. I, Cp (al netto delle ipotesi ricomprese nell'art. 51 co. 3-*bis* Cpp), nonché a quelli previsti dall'art. 3 l. 20.2.1958 n. 75.

<sup>26</sup> Cass. 30.3.2022 n. 34895, cit.

<sup>27</sup> Nella versione precedente, il comma 1 dell'art. 267 Cpp prevedeva che il decreto con cui l'autorità giudiziaria acconsente alle intercettazioni mediante *Trojan* assume le vesti di un provvedimento corredato da una motivazione “rafforzata”, dovendo il giudice indicare le specifiche ragioni che rendono necessaria la peculiare modalità operativa. Sul punto, W. Nocerino, *Le intercettazioni mediante captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Padova 2021, 90. Più in generale, sulla motivazione “rafforzata”, per tutti, M. Cecchi, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilius curiae*, Padova 2021.

<sup>28</sup> Sul rapporto tra *quantum* motivazionale del decreto autorizzativo e potenzialità intrusive del captatore informatico, *ex multis*, P. Bronzo, *Intercettazione ambientale tramite captatore informatico: limiti di ammissibilità, uso in altri processi e divieti probatori*, in *Nuove norme in tema di intercettazioni. Tutela della riservatezza, garanzie difensive e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra-R. Orlandi, Torino 2018, 254; F. Caprioli, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *RBDPP* 2017, 2, 497; D. Curtotti-W. Nocerino, *Le intercettazioni tra presenti con captatore informatico*, in *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso, Padova 2017, 560.

Il comma 2-ter si preoccupa di rafforzare le esigenze di privacy dell'indagato e dei soggetti estranei alla vicenda processuale ma occasionalmente raggiunti dall'intercettazione.

In particolare, la lett. a modifica il comma 2 dell'art. 268 Cpp, limitando la trascrizione nel verbale «soltanto» alle comunicazioni intercettate rilevanti ai fini di indagine, «anche a favore dell'indagato». Si precisa, inoltre, che il contenuto inconsistente per le investigazioni non è trascritto «neppure sommariamente e nessuna menzione ne viene riportata nei verbali e nelle annotazioni della polizia giudiziaria, nei quali è apposta l'espressa dicitura: “La conversazione omessa non è utile alle indagini”».

La lett. b incide sul contenuto del comma 2-bis dell'art. 268 Cpp, rinvigorendo gli obblighi di vigilanza del p.m. sulla verbalizzazione delle intercettazioni da parte dell'ufficiale di p.g. affinché «i verbali vengano redatti in conformità alle prescrizioni del comma 2, come modificato, e che in essi non vengano riportati fatti e circostanze afferenti alla vita privata degli interlocutori»<sup>29</sup>.

Infine, il decreto intacca la disciplina dell'art. 270 Cpp in materia di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni in un procedimento diverso da quello per cui sono state disposte<sup>30</sup>: con una nuova inversione di tendenza, il legislatore preferisce ripristinare lo *status quo ante* 2020, prevedendo che la deroga al divieto di trasmigrazione dei risultati captativi può essere consentita solo nel caso in cui «risultino rilevanti e indispensabili per l'accertamento di delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza». In questo modo, viene riproposta la disciplina previgente che va interpretata alla luce dell'insegnamento delle sezioni unite c.d. “Cavallo”<sup>31</sup>. Tale modifica, per effetto della previsione di cui al comma 2-quinquies, si applica ai procedimenti iscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione, ossia l'11 ottobre 2023<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> Come meglio si dirà nel prosieguo (cfr. § 3), la norma subisce un'ulteriore modifica ad opera della c.d. “legge Nordio”.

<sup>30</sup> La vorticoso stagione di riforme che ha interessato gli anni 2017-2020 non ha risparmiato il comma 1 dell'art. 270 Cpp che ha subito un'imponente modifica sotto un duplice profilo: da un lato, sono state rafforzate le condizioni per legittimare l'impiego dei risultati captativi in procedimenti diversi da quelli indicati nel decreto autorizzativo, attraverso l'introduzione del requisito della rilevanza che completa l'indispensabilità investigativa; dall'altro, è stata introdotta un'ulteriore ipotesi derogatoria al regime di inutilizzabilità, prevedendo che la trasmigrazione del captato possa considerarsi legittima non solo per l'accertamento dei delitti per i quali l'arresto in flagranza è obbligatorio, ma anche dei reati di cui all'art. 266 co. 1 Cpp. Cfr. l. 7/2020, che ha modificato l'art. 2 co. 1 lett. g d.l. 161/2019, attraverso l'interpolazione di un nuovo punto “01”. Per un primo commento, A. Marandola, *Intercettazioni: una riforma nel segno della “non dispersione”*. I nuovi limiti di utilizzabilità ex art. 270 c.p.p., in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it), 24.2.2020.

<sup>31</sup> Qualche mese prima dell'intervento riformatore, le Sezioni Unite si sono pronunciate sulla nozione di “diverso procedimento”, prevedendo che il divieto di cui al comma 1 dell'art. 270 Cpp non opera, oltre che nel caso di reati successivamente emersi che siano ricompresi tra quelli per cui è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza, anche con riferimento ai risultati relativi ai reati che sono connessi ex art. 12 lett. b e c Cpp (c.d. connessione “forte” o “sostanziale”), sempre che rientrino nei limiti di ammissibilità previsti dalla legge. Cfr. Cass. S.U. 28.11.2019 n. 51, in *GD* 2020, 6, 79 ss., con nota di A. Natalini, *Uso obliquo dei flussi: vaglio d'ammissibilità sempre necessario*. Vedila, altresì, in *CP* 2020, 1877, con nota di K. Natali, *Sezioni Unite e “Legge Bonafede”: nuove regole per l'uso trasversale delle intercettazioni*. Sul tema, anche G. Illuminati, *Utilizzazione delle intercettazioni in procedimenti diversi: le sezioni unite ristabiliscono la legalità costituzionale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 30.1.2020.

<sup>32</sup> Si ripropone, in tal modo, la regola già adottata dall'art. 9 d.lgs. 216/2017 che ha dato origine a una delicata questione interpretativa. Secondo un indirizzo giurisprudenziale, la locuzione “procedimenti penali iscritti dopo il 31 agosto 2020”, adoperata dalla disposizione in parola si riferisce ai procedimenti nel cui ambito si intendano utilizzare i risultati di intercettazioni *aliunde* captate e non già ai procedimenti in cui le stesse siano state autorizzate. Cfr. Cass. 13.6.2023 n. 37143, non massimata; Cass. 20.7.2022 n. 37169, in *CEDCass*, m. 283874; Cass. 20.7.2022 n. 37911, non massimata). Un diverso indirizzo giurisprudenziale, invece, sostiene che la nuova

2.1. Sulla base del quadro delineato, è possibile tirare le fila della portata e del “peso” della disciplina introdotta nel 2023, anche in considerazione dei primi apporti della giurisprudenza di legittimità che, nonostante la giovane età della novella, è già intervenuta per tracciare le coordinate ermeneutiche del testo legislativo<sup>33</sup>.

Intanto, ci si può ritenere soddisfatti della scelta di innovare la vetusta previsione di cui all’art. 13 d.l. 152/1991, allargando le maglie della disciplina speciale a tutte le fattispecie di reato contemplate nell’art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp<sup>34</sup>.

In questo modo, il legislatore non solo garantisce una maggiore coerenza sistematica al c.d. “doppio binario investigativo”<sup>35</sup>, allineandosi al tenore di altre disposizioni codicistiche che disciplinano i procedimenti relativi ai reati di criminalità organizzata<sup>36</sup>, ma riequilibra in chiave teleologica il rapporto tra garanzie fondamentali ed esigenze di accertamento di fattispecie

---

regola contenuta nell’art. 270 Cpp «non si applica ai procedimenti penali iscritti anteriormente al 31 agosto 2020 – data a cui è stata differita, da ultimo, l’operatività del “*novum*” normativo dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 giugno 2020 n. 70 – a nulla rilevando che, per effetto della separazione di posizioni processuali disposta per ragioni di competenza, si sia proceduto a nuove iscrizioni in epoca successiva a tale data». Così Cass. 24.11.2022 n. 9846, in *CEDCass*, m. 284256. La questione è stata rimessa di recente alle Sezioni unite, per cui «[L]a disciplina del regime di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, di cui all’art. 270, comma 1, cod. proc. pen. – nel testo introdotto dal decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161 [...] – si applica solo nel caso in cui il procedimento nel quale sono state compiute le intercettazioni sia stato iscritto successivamente al 31 agosto 2020». Cass. S.U. 18.4.2024 n. 36764, in *CEDCass*, m. 287005.

<sup>33</sup> Ci si riferisce, in particolare, a Cass. 28.9.2023 n. 47643, in *www.sistemapenale.it*, 7.12.2023, con nota di M. Toriello, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sul decreto-legge n. 105 del 2023: quella introdotta in materia di intercettazioni è norma di interpretazione autentica*, in relazione alla previsione di cui al comma 2 dell’art. 1 d.l. 105/2023. Cfr. nt. 44.

<sup>34</sup> *Contra* L. Filippi, *La miniriforma delle intercettazioni*, cit., 2, per cui «in questo modo l’elenco dei reati che fruiscono della deroga ai presupposti ordinari in tema di intercettazione si allunga eccessivamente e l’eccezione diventa sempre più la regola, sacrificando in modo irragionevole la segretezza delle comunicazioni tutelata dall’art. 15 Cost.».

<sup>35</sup> Sul tema, per tutti, G. Borelli, *Processo penale e criminalità organizzata*, in *Modelli differenziati di accertamento*, II, a cura di G. Garuti, in *Trattato di procedura penale*, cit., 264.

<sup>36</sup> Si pensi alla previsione di cui all’art. 54-*ter* Cpp che, regolando una specifica competenza della Procura generale presso la Corte di cassazione nel caso di contrasti tra uffici del p.m., riconduce espressamente alla nozione di criminalità organizzata i delitti di cui all’art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp. Si pensi ancora all’art. 371-*bis* Cpp che, disciplinando l’attività di coordinamento del Procuratore generale antimafia e antiterrorismo, precisa che questi esercita le sue funzioni in relazioni ai procedimenti per le fattispecie ricomprese nell’art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp, precisando che queste ultime disposizioni delineano il perimetro dei delitti di “mafia” e, cioè, quelli di criminalità organizzata. Sul punto, approfonditamente L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., 15. Inoltre, l’innesto si pone in linea di continuità con la riforma operata dalla l. 7/2020 in rapporto all’utilizzo del captatore informatico quale strumento tecnico di captazione. Va considerato, infatti, che la novella introduce un “doppio binario di disciplina”, tracciando una netta distinzione tra i delitti di criminalità mafiosa e assimilati e tutte le altre tipologie di reato per cui sono ammesse le intercettazioni. In particolare, ai sensi dell’art. 266 co. 2-*bis* Cpp, l’intercettazione ambientale mediante l’inserimento di un captatore informatico su un dispositivo elettronico portatile «è sempre consentita» nei procedimenti per i delitti di cui all’art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp, nonché – per effetto della l. 3/2019, poi avallato ed ampliato dal legislatore nel 2020 – nei procedimenti “gravi” di criminalità economica commessi dai pubblici ufficiali e dagli incaricati di pubblico servizio; viceversa, per tutti gli altri delitti è ammessa nel domicilio «solo se vi è fondato motivo di ritenere che *ivi* si stia svolgendo l’attività criminosa», così come previsto dal comma 2 del medesimo articolo. In questo modo, il legislatore ha formalmente ricompreso le fattispecie di cui all’art. 51 co. 3-*bis* e 3-*quater* Cpp nell’alveo dei reati di criminalità organizzata. Sul punto, W. Nocerino, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 82.

caratterizzate da una spiccata pericolosità criminale<sup>37</sup>. È di tutta evidenza, infatti, che anche nel caso di reati monosoggettivi “aggravati”<sup>38</sup> sussistono esigenze di “semplificazione” dell’attività di indagini in ragione dell’eccezionale insidiosità che connota tali delitti, seppur privi del carattere associativo.

In una prospettiva più ampia, l’integrazione normativa è anche utile ad ancorare a parametri “certi” la nozione di criminalità organizzata, contribuendo a fissare le basi per rendere maggiormente intelligibile una materia che da sempre genera contrasti in dottrina<sup>39</sup> e in giurisprudenza<sup>40</sup>, considerata l’assenza di definizioni legislative adeguate<sup>41</sup>.

Da questo punto di vista, si ritiene che la scelta *de qua* mostra una certa sensibilità verso i parametri di determinatezza e prevedibilità dell’atto intercettivo richiesti a gran voce dalla giurisprudenza sovranazionale<sup>42</sup>, per cui le legislazioni nazionali devono definire l’ambito applicativo delle misure di controllo dando ai cittadini un’adeguata indicazione delle circostanze per cui le autorità pubbliche hanno il potere di ricorrervi, anche mediante una chiara definizione della natura dei reati che possono dare luogo al loro impiego<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Sul tema, per tutti, A. Bernasconi, voce *Criminalità organizzata*, in *EdD*, IV, Milano 2000, 501.

<sup>38</sup> Si tratta, come anticipato (cfr. § 2, nt. 25), di reati aggravati in quanto commessi per scopi terroristici ovvero per l’impiego del “metodo mafioso” o per agevolare un’associazione mafiosa.

<sup>39</sup> Per una panoramica delle posizioni espresse, si veda A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, cit., 83 ss.; C. Carmona, *Le intercettazioni ambientali in relazione alla normativa del 1991 sui reati di criminalità organizzata*, in *RIDPP* 1999, 344; G. Conso, *La criminalità organizzata nel linguaggio del legislatore*, in *GP* 1992, III, 391; G. Leo, *La nozione processuale di criminalità organizzata*, in *CM* 2005, 7; G. Fiandaca, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *IP* 1991, I, 5; G. Melillo, *La ricerca della prova fra clausole generali e garanzie costituzionali: il caso della disciplina delle intercettazioni nei procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata*, in *CP* 1997, 1930.

<sup>40</sup> Circoscrivendo l’analisi ai tempi più recenti, secondo Cass. S.U. 28.4.2016 n. 26889, cit., «ai fini dell’applicazione della disciplina derogatoria delle norme codicistiche prevista dall’art. 13 del D.L. n. 152 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991, per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell’art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p. nonché quelli comunque facenti capo ad un’associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato». In questa prospettiva, adottando un approccio teleologico-finalistico inaugurato da Cass. S.U. 22.3.2005 n. 17706, in *CP* 2010, 2916, con nota di G. Melillo, *Appunti in tema di sospensione feriale dei termini relativi a procedimenti per reati di criminalità organizzata*, e superando l’impostazione seguita da Cass. S.U. 15.7.2010 n. 37501, in *CEDCass*, m. 247994, la Corte ricomprende nella nozione di criminalità organizzata anche i reati di natura non strettamente associativa. *Contra* Cass. 30.3.2022 n. 34895, cit., secondo cui «per delitti di “criminalità organizzata” [...] devono intendersi tutti i reati di tipo associativo, anche comuni, correlati ad attività criminose più diverse, ai quali è riferito il richiamo ai delitti elencati nell’art. 51, commi 3 *bis* e 3 *quater*, c.p.p., con esclusione delle ipotesi di mero concorso nei delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all’art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di agevolarne l’attività». Per una ricostruzione della giurisprudenza antecedente, L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., 12; D. Scarpino, *Intercettazioni e delitti di “criminalità organizzata”*, cit., 1659; G. Tessitore, *Sulla nozione di “criminalità organizzata”*, cit., 2.

<sup>41</sup> Invero, la previsione di cui all’art. 13 d.l. 152/1991 fa un generico riferimento al concetto di delitti di criminalità organizzata senza richiamare un preciso elenco di norme incriminatrici. Come evidenziato da G. Conso, *La criminalità organizzata nel linguaggio legislativo*, in *GP* 1992, III, 385, «la determinazione del concreto contenuto della nozione di “criminalità organizzata” costituisce una condizione necessaria affinché possano stabilirsi i limiti precisi di operatività di quelle deroghe all’ordinario svolgimento del processo».

<sup>42</sup> Per una dettagliata ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU, cfr. A. Bargi, *L’elusione delle garanzie sostanziali convenzionali nella riforma delle intercettazioni tra illusione (la tutela della privacy) e realtà*, in *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito-D. Chinnici, Padova 2018, 94.

<sup>43</sup> Cfr. C. eur., 4.12.2015, *Roman Zakharov c. Russia*. Successivamente, i giudici di Strasburgo ribadiscono con fermezza il principio *de quo*, ritenendo illegittime le operazioni compiute dall’autorità britannica che, organizzando intercettazioni di massa, non avrebbe perseguito un obiettivo specifico, ma avrebbe compiuto un’attività meramente esplorativa e finalizzata alla ricerca di dati da catalogare e, se del caso, utilizzare. Donde

Non è, invece, del tutto convincente la scelta di “retrodatare” gli effetti del *novum* legislativo, incidendo inesorabilmente sul regime di utilizzabilità probatoria dei risultati delle captazioni disposte in procedimenti iscritti prima della vigenza del testo novellato.

Per alcuni<sup>44</sup>, il *dictum* troverebbe giustificazione nella qualificazione della previsione quale norma di interpretazione autentica del significato originario dell’art. 13 d.l. 152/1991.

Precisamente – considerato che la funzione della norma interpretativa è quella di «chiarire il senso di disposizioni preesistenti, ovvero di imporre una delle possibili varianti di senso compatibili col tenore letterale, sia al fine di eliminare eventuali incertezze interpretative, sia per rimediare ad interpretazioni giurisprudenziali divergenti con la linea politica del diritto voluta dal legislatore»<sup>45</sup> - la novella dovrebbe essere qualificata come meramente ricognitiva dell’esistente, rendendo palese il significato che la disposizione presentava fin dall’inizio della sua introduzione<sup>46</sup>.

In questo modo, sarebbe da considerarsi legittimo l’effetto retroattivo del *novum* legislativo. L’approdo non sembra, però, del tutto soddisfacente.

Al di là del tenore letterale della previsione<sup>47</sup>, va chiarito che le norme di interpretazione autentica, per definizione, non hanno carattere modificativo e, quindi, non introducono elementi di novità nell’ordinamento, limitandosi a chiarire il significato già incluso nell’originario enunciato normativo.

In questo caso, invece, la novella – pur formalizzando quanto espresso dalla giurisprudenza di legittimità<sup>48</sup> – incide direttamente sul contenuto dell’art. 13 d.l. 152/1991, ampliandone

---

l’infrazione dell’art. 8 Cedu per l’assenza degli invocati requisiti di necessità e di proporzionalità. Cfr. C. eur., 25.5.2021, *Big Brother c. Regno Unito*.

<sup>44</sup> In questo senso L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., 15; D. Scarpino, *Intercettazioni e delitti di “criminalità organizzata”*, cit., 1659; M. Toriello, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sul decreto-legge n. 105 del 2023*, cit., 10. Del medesimo avviso la giurisprudenza di legittimità, per cui «ha natura di norma interpretativa, come tale applicabile retroattivamente, la previsione dell’art. 1 d.l. 10 agosto 2023, n. 105, convertito dalla legge 9 ottobre 2023, n. 137, che ha definito l’ambito applicativo della disciplina “speciale” di cui all’art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 [...] riguardante i presupposti e le modalità esecutive delle operazioni di captazione nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata, tra i quali quelli, consumati o tentati, commessi avvalendosi delle condizioni previste dall’art. 416 bis c.p. o al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso contemplate». Così Cass. 28.9.2023 n. 47643, cit.

<sup>45</sup> L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., 12.

<sup>46</sup> Secondo L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., 15, «lasciano propendere per la qualificazione dell’ art. 1 co. 1 d.l. n. 105 del 2023 in termini di norma di interpretazione della disciplina precedente: - l’*occasio legis*, da individuarsi nella situazione di incertezza interpretativa in ordine all’esatto ambito di applicazione dell’art. 13, d.l. n. 152 del 1991 determinata dalla sentenza del 2022; la volontà legislativa alla base della disposizione espressa dalla relazione di accompagnamento; - il perimetro di operatività della disciplina derogatoria delle norme sulle intercettazioni di cui all’art. 266 ss. c.p.p., che è stato fatto coincidere con quello già indicato dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite “Scurato”». In senso analogo M. Toriello, *La prima pronuncia della Corte di Cassazione sul decreto-legge n. 105 del 2023*, cit., 10.

<sup>47</sup> Il tenore letterale del comma 2 dell’art. 1 d.l. 105/2023, per cui «[L]e disposizioni [...] si applicano anche nei procedimenti [...]», suggerisce che sia stata estesa l’area operativa della disciplina delle intercettazioni di criminalità organizzata rispetto a quanto previsto in precedenza.

<sup>48</sup> Su questa posizione G. Amato, *Nozione di criminalità organizzata: un chiarimento per escludere dubbi*, in *GD* 2023, 40, 52; Id., *Un intervento forse non necessario che spettava alle Sezioni unite*, ivi, 32/33, 22; G.L. Gatta, *Intercettazioni e criminalità organizzata*, cit., 5. Come anche emerge nel *Dossier del Servizio Studi del Senato*, 6.9.2023, «[...] la disposizione in esame, prevedendo che tale nuova norma si applichi anche ai procedimenti in corso, non specifica in quale fase tali procedimenti debbano trovarsi affinché essa possa trovare applicazione, e cioè se essa, ad esempio, trovi applicazione solo per i procedimenti in cui non sia ancora stata richiesta l’autorizzazione allo svolgimento di intercettazioni o per quelli nei quali non si sia ancora deciso sulla utilizzabilità del materiale probatorio acquisito».



ufficialmente la portata attraverso una modifica del suo aspetto originario. Come precisato, «le norme di interpretazione autentica devono davvero essere tali e non, invece, delle norme modificative/innovative travestite da norme di interpretazione autentica per derogare agli ordinari principi in tema di successione di leggi nel tempo. Frodi delle etichette non sono ammissibili e su di esse è vigile la Corte costituzionale»<sup>49</sup>.

In questa prospettiva, si ritiene che la disposizione debba essere qualificata come norma sostanzialmente innovativa; di conseguenza, ricorrendo al principio del *tempus regit actum*<sup>50</sup>, il *novum* legislativo dovrebbe trovare applicazione solo in relazione alle intercettazioni autorizzate dopo l'entrata in vigore del decreto.

Così ragionando, sembra quasi che l'intervento del legislatore sia funzionale a salvare a ogni costo le indagini pregresse ricorrendo a una sanatoria (neppure tanto implicita) di intercettazioni che potrebbero essere ritenute illegali in ragione della normativa vigente al momento in cui sono state autorizzate<sup>51</sup>.

Da questo punto di vista, la norma transitoria «è di più che dubbia legittimità costituzionale perché gli artt. 15 Cost. e 8 Cedu consentono limitazioni alla riservatezza nei limiti e con le garanzie stabilite dalla legge; una legge che, evidentemente, deve preesistere rispetto al momento in cui quelle limitazioni sono disposte»<sup>52</sup>.

2.2. Proseguendo l'esegesi del dettato normativo, non si può fare a meno di sottolineare la pregevolezza della *ratio* sottesa alle modifiche intervenute sugli artt. 267, 268 e 270 Cpp.

Per quanto concerne il decreto che autorizza l'impiego del captatore informatico a fini intercettivi, il legislatore – quasi come un palliativo al male inferto dalle infinite e indefinite potenzialità investigative del *virus* informatico – sceglie di rinvigorire le regole a cui l'autorità giudiziaria deve soggiacere per legittimare il compimento delle operazioni captative.

Da questo punto di vista, completando l'*iter* già segnato con la riforma del 2020<sup>53</sup>, il decreto con cui l'autorità giudiziaria acconsente alle intercettazioni mediante *Trojan* assume le vesti di un provvedimento corredato da una motivazione “rafforzata”, dovendo indicare, con autonoma valutazione, le specifiche ragioni che rendono necessaria, in concreto, la peculiare modalità operativa.

Si tratta di una scelta funzionale – almeno in astratto – a limitare ulteriormente l'impiego del *malware* ai soli casi eccezionali nei quali si riscontrano specifiche esigenze investigative che giustificano il ricorso allo strumento *de quo*, nel pieno rispetto del principio di proporzionalità in sede di applicazione dell'istituto<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> Testualmente, G.L. Gatta, *Intercettazioni e criminalità organizzata*, cit., 5. Secondo V. Zagrebelsky, *Manuale di diritto costituzionale*, I, Torino 1990, 91, le norme di interpretazione autentica intervengono solo in presenza di «concreti dubbi e oscillazioni interpretative»; in mancanza di tali presupposti, «si avrebbe, piuttosto, la sostituzione di una norma ad un'altra».

<sup>50</sup> Su cui, per tutti, M. Chiavario, *Norme processuali penali nel tempo: sintetica rivisitazione (a base giurisprudenziale) di una problematica sempre attuale*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 31.7.2017.

<sup>51</sup> Va, infatti, considerato che il comma 2 dell'art. 1, d.l. 105/2023 fa salvo il ricorso alle più blande disposizioni di cui all'art. 13 d.l. 152/1991 anche in rapporto a fattispecie di reato che fino all'entrata in vigore del decreto non erano formalmente ricomprese nella nozione di criminalità organizzata.

<sup>52</sup> Così G.L. Gatta, *Intercettazioni e criminalità organizzata*, cit., 7.

<sup>53</sup> Cfr. § 2.

<sup>54</sup> Come precisato, «[L]a proporzionalità evoca [...] una correlazione del mezzo rispetto al fine, nel senso che tra strumento normativo regolatore e realizzazione del fine che con esso si intende perseguire, l'opera di “bilanciamento” deve condurre ad un equilibrato componimento dei sacrifici». Così A. Macchia, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *CP 2020*, 1, 19. Sul bilanciamento di interessi contrapposti, senza pretese di completezza, E. Cottu, *Giudizio di ragionevolezza e vaglio di proporzionalità della pena: verso*

Rimangono, tuttavia, alcune zone d'ombra nella disciplina novellata che rischiano di tradire l'idea di fondo che anima l'intervento legislativo.

Intanto, si avverte come persa l'occasione per chiarire definitivamente i parametri che il provvedimento autorizzativo deve detenere per giustificare il ricorso al captatore informatico quale *extrema ratio*, cui ricorrere solo allorquando gli altri sistemi di indagine risultino inefficaci rispetto allo scopo perseguito. A ben riflettere, infatti, la "necessarietà" prevista non equivale al requisito dell'"indispensabilità" che, per converso, non è richiesta dal dato normativo novellato e, come già evidenziato dalla dottrina, «il giudizio di necessità non coincide con quello di certa infruttuosità delle altre forme di intercettazione ambientale quanto piuttosto con la prova [...] di una meno agevole praticabilità delle operazioni tradizionali»<sup>55</sup>.

Ciò significa che, allo stato, continua a non essere richiesta la prova del fatto che il ricorso a tale strumento operativo sia l'unica soluzione praticabile, dal momento che «la necessità deve riguardare il *quomodo* dell'intercettazione; essa deve consistere in un giudizio di congruità tra la tecnica esecutiva ed il particolare contesto investigativo contingente nel quale si deve andare ad operare per svolgere proficuamente le indagini»<sup>56</sup>.

In questa prospettiva, sarebbe stato sufficiente imporre l'obbligo per il giudice di esplicitare in motivazione le ragioni che, nel caso concreto, impongono l'uso del captatore informatico e quelle che impediscono il ricorso alle intercettazioni tradizionali.

Nemmeno il riferimento all'autonoma valutazione e all'apprezzamento, in concreto, della necessità dello strumento captativo assicurano l'eccezionalità del ricorso al *virus* informatico.

*In primis*, seguendo l'elaborazione giurisprudenziale intervenuta sul contenuto dell'ordinanza cautelare di cui all'art. 292 Cpp<sup>57</sup>, la prescrizione non sembra precludere *ex se* la legittimità del richiamo, in tutto o in parte, ad altri atti del procedimento penale<sup>58</sup> ovvero della motivazione *per relationem*<sup>59</sup>.

---

*il superamento del modello triadico?*, in DPP 2017, 473; V. Manes-V. Napoleoni, *La legge penale illegittima*, Torino 2019, 362; V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte del legislatore e sindacato di legittimità*, in *Libro dell'anno del diritto*, Roma 2013, 104; A. Merlo, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in RIDPP 2016, 1427; A. Morrone, voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *EdD*, II, Milano 2008, 187. Con precipuo riferimento al principio di proporzione quale argine degli abusi derivanti dall'impiego dei moderni strumenti di indagine, D. Negri, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in RIDPP 2020, 3; Id., *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale*, Milano 2019, 55; F. Nicolichia, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 8.1.2018; L. Parlato, *Le perquisizioni online: un tema che resta un tabù*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni*, cit., 355.

<sup>55</sup> Così D. Pretti, *Prime riflessioni a margine della nuova disciplina sulle intercettazioni*, in *DPenCont* 1/2018, 219.

<sup>56</sup> Testualmente *Relazione dell'ufficio del massimario della Corte di Cassazione sulla legge 28 febbraio 2020, n. 7, conversione in legge con modificazioni del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, n. 35*, in *GP* 30.3.2020, 8.

<sup>57</sup> Cfr. Cass. 20.6.2018 n. 30774, in *CEDCass*, m. 273658.

<sup>58</sup> In questo senso L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., 16.

<sup>59</sup> Secondo L. Filippi, *La miniriforma delle intercettazioni*, cit., 3, «non dubitiamo che presto la Corte di cassazione ammetterà la motivazione *per relationem*, come le Sezioni unite affermarono nella nota sentenza Primavera». Ci si riferisce a Cass. S.U. 21.6.2000 n. 17, in *CP* 2001, 69, per cui «[L]a motivazione "*per relationem*" di un provvedimento giudiziale è da considerare legittima quando: 1)- faccia riferimento, recettizio o di semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione

*In secundis*, occorre considerare che le valutazioni che il giudice può compiere per vagliare in concreto la necessità del *Trojan* restano, di fatto, ancorate alle indicazioni contenute nella richiesta autorizzativa del p.m. il quale rimane l'unico soggetto a poter apprezzare le effettive difficoltà pratiche e operative all'utilizzo di strumenti di captazione meno invasivi.

Di qui, al fine di consentire al giudice una decisione "informata" sulla indispensabilità del ricorso al *virus* informatico, sarebbe stato necessario prescrivere la trasmissione di tutti gli atti di indagine o almeno, come previsto dall'art. 291 co. 1 Cpp per le richieste di misure cautelari, di tutti gli elementi a favore dell'imputato e le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate<sup>60</sup>.

Con riferimento alle modifiche attinenti al contenuto del verbale delle operazioni di intercettazioni di cui all'art. 268 Cpp, il decreto intende riequilibrare le esigenze di riservatezza con la necessità di assicurare il corretto accertamento del fatto di reato, introducendo una serie di limitazioni alle trascrizioni delle comunicazioni irrilevanti per l'indagine e rafforzando gli obblighi di vigilanza del p.m. sulla regolarità delle attività captative della p.g.<sup>61</sup>.

Seppur pregevoli "sulla carta", le modifiche rischiano di generare un cortocircuito sistemico di non agevole composizione, finendo per appesantire l'indagine e comprimere il diritto di difesa. Non si può fare a meno di notare come la "prognosi di rilevanza" dell'intercettazione sia tutt'altro che un'operazione agevole, considerato che non è sempre facile distinguere ciò che merita attenzione nell'indagine da ciò che invece può essere trascurato: il binomio rilevanza/irrilevanza non certo costituisce un parametro oggettivo, immutabile nel corso dell'investigazione, potendo essere soggetto a interpretazioni diverse in base alla sensibilità degli ascoltatori.

In questa prospettiva, «affidare la valutazione sulla valenza difensiva di una conversazione alla sola p.g. lascia perplessi, perché essa [...] non sempre potrebbe coglierne la portata»<sup>62</sup>.

Di conseguenza, sia il p.m. che la difesa – non potendo contare sul contenuto dei c.d. brogliacci di ascolto – si troverebbero di fronte all'incombenza di dover ascoltare integralmente le tracce audio per recuperare conversazioni che, nel frattempo, sono diventate utili o rilevanti per l'indagine<sup>63</sup>.

Da ultimo, in rapporto alle modifiche della disciplina di cui all'art. 270 Cpp, non pare sussistano obiezioni di sorta: attraverso il ripristino dello *status quo ante* 2020, il legislatore assicura il contenimento della disciplina derogatoria rafforzando il divieto di trasmissioni

---

propria del provvedimento di destinazione; 2)- fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3)- l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione». Nello stesso senso anche la giurisprudenza successiva. Più di recente, Cass. 18.2.2019 n. 1168, in *CEDCass*, m. 274996; Cass. 29.5.2018 n. 55199, *ivi*, m. 274252; Cass. 4.11.2014 n. 53420, *ivi*, m. 261839. Con precipuo riferimento alle intercettazioni mediante *virus* informatico, la Suprema Corte ha anche chiarito che l'obbligo di indicare, nel decreto autorizzativo, le ragioni che rendono necessario il ricorso proprio a quella invasiva modalità di captazione in luogo di altre meno impattanti sulla sfera privata può essere adempiuto mediante il rinvio *per relationem* ad atti a firma della p.g. Cfr. Cass. 3.3.2021 n. 14260, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 3.6.2021.

<sup>60</sup> Testualmente L. Filippi, *La miniriforma delle intercettazioni*, cit., 3.

<sup>61</sup> Si tratta di limitazioni che, come meglio si dirà nel prosieguo (cfr. § 3), risultano ulteriormente rafforzate dalla c.d. "Riforma Nordio".

<sup>62</sup> Così L. Filippi, *La miniriforma delle intercettazioni*, cit., 4.

<sup>63</sup> In questo senso L. Giordano, *Una nuova riforma della disciplina delle intercettazioni*, cit., 17.

delle intercettazioni in procedimenti diversi da quelli in cui sono state disposte, nell'ottica di innalzare le garanzie di tutela della segretezza delle intercettazioni<sup>64</sup>.

Si intende in tal modo fare propria quella logica di *extrema ratio* nella quale si inserisce, in generale, il ricorso al mezzo di ricerca della prova e, in particolare, la deroga al divieto di utilizzo *aliunde* dei dati intercettati, seguendo i moniti provenienti dalle Corti superiori<sup>65</sup>.

3. Non fa in tempo a stabilizzarsi la l. 9.10.2023 n. 137, che un nuovo moto riformatore si abbatte sulla disciplina delle intercettazioni: a soli dieci mesi dalla conversione del “Decreto giustizia”, viene promulgata la c.d. “legge Nordio”<sup>66</sup> che completa – e a tratti sostituisce – l'*iter* di riforma avviato dalla nuova compagine governativa.

Con il dichiarato intento di rafforzare le garanzie costituzionali, la novella non stravolge *tout court* la disciplina delle intercettazioni ma, attraverso interventi di microchirurgia normativa<sup>67</sup>, agisce su un duplice fronte: da una parte, viene salvaguardato il diritto di difesa, nell'ottica di garantire la libertà e la segretezza delle comunicazioni intercorrenti o intercorse tra difensore e assistito, anche nei casi in cui vengano adoperati strumenti diversi da quelli tradizionali<sup>68</sup>; dall'altra, vengono poste alcune limitazioni alla propalazione del contenuto delle intercettazioni, di modo che fatti processualmente irrilevanti e/o riferiti a interlocutori estranei alla vicenda processuale non vengano posti a conoscenza dell'opinione pubblica.

Precisamente, l'art. 2 co. 1 lett. *a* prevede l'innesto di due commi all'art. 103 Cpp, così rimodernando la normativa relativa alle garanzie di libertà del difensore al fine di adeguare l'esercizio della funzione difensiva al progresso tecnologico e al diffondersi di nuove forme comunicative.

<sup>64</sup> Sul tema, per tutti, F. Ruggieri, *Divieti probatori e inutilizzabilità nella disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milano 2001, 102.

<sup>65</sup> Cfr. C.G.U.E, 2.3.2021, C-748/18; C.G.U.E, 6.10.2020, C-511/18, C-512/18 e C-520/18. Sul punto, per tutti, E.N. La Rocca, *L'art. 270 c.p.p. e la proporzionalità perduta: moniti per un recupero dalla Corte di Giustizia UE*, in *AP* 2021, 2.

<sup>66</sup> L. 114/2024, cit. Per commenti alla riforma *in parte qua*, A. Cisterna, *Legge Nordio: le intercettazioni*, in *QuestG*, 5.9.2024; F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore...ma scontenta i "curiosi"*, in *DPP* 2024, 1168; L. Filippi, *Intercettazione: un intervento legislativo all'insegna della tutela della privacy*, cit., 21. In relazione al d.d.l. Nordio, si vedano i commenti di P. Bronzo, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in *www.sistemapenale.it*, 28.3.2024; G. Illuminati, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio*, cit., 883; M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale*, cit., 1; L. Ludovici, *Disegno di legge c.d. Nordio*, cit., 1; F. Porcu, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, in *www.penedp.it*, 2.8.2023.

<sup>67</sup> L'espressione appartiene a G. Spangher, *Il "Nordio": un intervento "chirurgico" nel segno delle garanzie individuali*, in *Le novità della legge Nordio*, cit., 5.

<sup>68</sup> Vale la pena precisare che, proprio come il suo predecessore, il testo legislativo si è rin vigorito in corso d'opera. In effetti, il d.d.l. n. 808, presentato al Senato nella seduta n. 89 del 19.7.2023, nasceva con lo scopo di limitare la pubblicità del contenuto delle intercettazioni e di offrire una più adeguata protezione dei soggetti casualmente intercettati. In effetti, la modifica dell'art. 103 Cpp non rappresenta una prerogativa del disegno di legge c.d. “Nordio” ma del d.d.l. 932/2023 (c.d. “d.d.l. Zanettin”). Poi, accogliendo l'appello dell'Unione delle Camere Penali alla Commissione giustizia (<https://www.ildubbio.news/giustizia/si-voti-per-proibire-le-intercettazioni-del-difensore-lappello-dei-penalisti-ui76pdlv>), la previsione viene inserita nella riforma *de qua* a fronte della necessità di intervenire nel più breve tempo possibile. L'ampliamento “in corso d'opera” del suo contenuto è dipeso dalla lunga gestazione del testo legislativo: secondo G. Spangher, *E' stato definitivamente approvato il d.d.l. Nordio*, in *Ius*, 10.7.2023, è da escludere che si sia trattato di «una procedura rapida anche se la maggioranza di governo ha dimostrato una certa compattezza lungo l'intero *iter* parlamentare». In questa prospettiva, non va nemmeno sottovalutato il tempo di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, dato che «il Presidente della Repubblica ha fatto uso di tutto il tempo a lui conferito dall'art. 73 co. 1 Cost., in base al quale le leggi sono promulgate entro un mese dall'approvazione». Così G. Spangher, *Riforma Nordio e vacatio legis*, in *www.penedp.it*, 26.8.2024.

Il comma 6 *bis* tipizza il divieto di acquisizione «di ogni forma di comunicazione, anche diversa dalla corrispondenza», intercorsa tra il difensore e il suo assistito salvo che «l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti del corpo del reato».

In questo modo, il legislatore – recependo il principio di diritto introdotto dalla Consulta con la nota sentenza n. 170 del 2023<sup>69</sup> – estende la tutela a qualunque tipo di messaggio intercorrente o intercorso tra imputato o indagato e il suo difensore, anche se avvenuto per il tramite di posta elettronica o *App* di messaggistica istantanea.

Parallelamente, al fine di rendere concreto il divieto e di evitare indebite conoscenze di comunicazioni di cui è interdetta la captazione, la novella introduce il comma 6 *ter* all'art. 103 Cpp, per cui «[L]’autorità giudiziaria [...] interromp[e] immediatamente le operazioni di intercettazione quando risulta che la conversazione o la comunicazione rientra tra quelle vietate», ossia quelle per cui è inibita ogni forma di captazione secondo i dettami dell'art. 271 Cpp.

Pertanto, la norma si intende riferita non solo alle comunicazioni intercorrenti tra difensore e assistito – sempre che risultino riferite all'esercizio della funzione difensiva<sup>70</sup> –, ma anche a quelle che coinvolgono gli altri soggetti ricompresi nel comma 2 dell'art. 271 Cpp, ossia le «persone indicate nell'art. 200 co. 1 Cpp quando hanno a oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione, salvo che le stesse persone abbiano depresso sugli stessi fatti o li abbiano in altro modo divulgati».

L'art. 2 co. 1 lett. *b* e *c* modifica le disposizioni relative al divieto di pubblicazione di atti e di immagini, di cui all'art. 114 Cpp, e al rilascio di copie, estratti e certificati, *ex art.* 116 Cpp, di modo da «assicurare una maggiore tutela del terzo rispetto alla circolazione delle comunicazioni intercettate»<sup>71</sup>.

<sup>69</sup> C. cost., 7.6.2023 n. 170, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 27.7.2023, per cui il concetto di corrispondenza comprende qualsiasi comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, realizzata in modo diverso dalla conversazione in presenza e che prescinde dal mezzo tecnico utilizzato e, pertanto, si estende anche alla posta elettronica e ai messaggi inviati tramite l'applicativo *WhatsApp* o *sms* o sistemi simili, in quanto «del tutto assimilabili a lettere o a biglietti chiusi», perché accessibili soltanto mediante codici di accesso o altri meccanismi di identificazione. Di conseguenza, in tali ipotesi, trova applicazione la tutela prevista dall'art. 15 Cost., che assicura la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, consentendone la limitazione sulla base delle riserve di legge e di giurisdizione, ovvero con le garanzie previste dalla legge e soltanto con atto motivato dell'autorità giudiziaria. Per un commento della sentenza, A. Chelo, *Davvero legittimo il sequestro di messaggi e-mail già letti?*, in *GC* 2023, 296; D. Curtotti, *La sentenza costituzionale n. 170 del 2023 e le comunicazioni “apparenti”: quando un eccesso di garanzie non sempre è un moltiplicatore di garanzie*, in *DI* 2023, 4/5, 708. L. Filippi, *Il cellulare “contenitore” di corrispondenza anche se già letta dal destinatario*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), 6.9.2023. Più di recente, C. cost., 28.12.2023 n. 227; C. cost., 12.1.2023 n. 2. Sul punto, G. M. Baccari, *Lo scambio di messaggi WhatsApp costituisce “corrispondenza”*, in *PPG* 2024, 4, 862. Per dovere di completezza, si precisa che il principio viene recepito dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass. 21.5.2024 n. 31180, non massimata.

<sup>70</sup> Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, «[L]’art. 103, comma 5, c.p.p., nel vietare le intercettazioni delle conversazioni o comunicazioni dei difensori, riguarda l'attività captativa in danno del difensore in quanto tale ed ha dunque ad oggetto le sole conversazioni o comunicazioni – individuabili, ai fini della loro inutilizzabilità, a seguito di una verifica postuma – inerenti all'esercizio delle funzioni del suo ufficio e non si estende ad ogni altra conversazione che si svolga nel suo ufficio o domicilio». Così Cass. 29.12.2016 n. 55253, in *CEDCass*, m. 268618. In questo senso anche Cass. 17.3.2015 n. 18638, *ivi*, m. 263548; Cass. 13.10.2014 n. 42854, *ivi*, m. 261081; Cass. 18.6.2014 n. 26323, *ivi*, m. 259585.

<sup>71</sup> Relazione di accompagnamento ad A.S. 808-A, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*, in [www.senato.it](http://www.senato.it), 26.1.2024.

*In primis*, la novella rafforza le condizioni per cui è possibile divulgare il contenuto captativo intervenendo sul co. 2 *bis* dell'art. 114 Cpp: se, per effetto della riforma del 2019<sup>72</sup>, la norma contemplava il «divieto di pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni non acquisite ai sensi degli artt. 268, 415 *bis* e 454 Cpp»<sup>73</sup>, allo stato, l'interdizione si estende alle captazioni «non riprodott[e] dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento».

Ciò significa che il legislatore intende «“alza[re] l'asticella” dei limiti alla pubblicabilità»<sup>74</sup>, poiché mentre in passato la pubblicazione del contenuto delle intercettazioni veniva collegata alla sua avvenuta ripulitura delle parti irrilevanti o lesive<sup>75</sup>, la nuova previsione ammette l'ostensione delle captazioni solo se vi è stato un concreto impiego processuale che ne abbia provocato una qualche divulgazione, o perché impiegate nella motivazione di un provvedimento giudiziale, oppure perché utilizzate nel corso del dibattimento<sup>76</sup>.

*In secundis*, quale conseguenza del più rigido regime di pubblicazione del contenuto delle intercettazioni, il novellato art. 116 co. 1 Cpp impartisce una stretta alla procedura di rilascio delle copie delle captazioni non pubblicabili a soggetti diversi dalle parti e dai loro difensori, «salvo che la richiesta sia motivata dall'esigenza di utilizzare i risultati delle intercettazioni in altro procedimento specificamente indicato».

<sup>72</sup> La previsione di cui al comma 2-*bis* dell'art. 114 è stata introdotta dall'art. 2 co. 1 lett. a d.l. 161/2019.

<sup>73</sup> Secondo la normativa previgente, la diffusione del contenuto delle intercettazioni era consentita solo per le captazioni acquisite al procedimento attraverso la rinnovata udienza di stralcio o grazie alle speciali procedure da instaurare subito dopo la chiusura delle indagini o *in limine* al giudizio immediato. Sul punto, *ex multis*, K. La Regina, *Obblighi di deposito e diritti di difesa*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., 149; S. Renzetti, *Il percorso dei colloqui intercettati: dal brogliaccio alla prova*, in *Revisioni normative in tema di intercettazioni comunicative. Riservatezza, garanzie e nuove tecnologie informatiche*, a cura di G. Giostra-R. Orlandi, Torino 2021, 57; A. Zampini, *Perimetro del segreto e regime di pubblicabilità delle intercettazioni: rilievi critici e spunti interpretativi*, in *RIDPP* 2022, 1565.

<sup>74</sup> Testualmente L. Filippi, *Intercettazione: un intervento legislativo all'insegna della tutela della privacy*, cit., 23, il quale rileva che «[p]uò accadere che non tutte le intercettazioni acquisite al fascicolo delle indagini confluiscono nella motivazione di un provvedimento giurisdizionale [...] o siano utilizzate [...] nel corso del dibattimento. La differenza è notevole e ribadisce lo spartiacque tra il contenuto del fascicolo per le indagini [...] e quello del fascicolo del dibattimento o addirittura la motivazione del provvedimento del giudice».

<sup>75</sup> In questo senso P. Bronzo, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio*, cit., 1, il quale chiarisce che in passato era vietata «la pubblicazione del contenuto delle intercettazioni – e *a fortiori* anche il testo – finché queste non fossero state sottoposte ad un filtro che avesse separato le parti processualmente rilevanti da quelle che non lo sono e, successivamente a tale momento, [era] consentita soltanto limitatamente alle parti così acquisite al processo».

<sup>76</sup> In dottrina sono stati sollevati dubbi interpretativi sulla locuzione “utilizzo nel corso del dibattimento”, posto che i verbali e le registrazioni, a seguito della eventuale perizia trascrittiva, «sono di regola inseriti nel fascicolo per il dibattimento al momento della sua formazione [...] e possono essere acquisiti mediante lettura o indicazione ai sensi dell'art. 511 c.p.p.». Così G. Illuminati, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio*, cit., 889. In senso analogo anche M. Gialuz, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale*, cit., il quale intravede «difficoltà a capire il senso dell'utilizzo nel corso del dibattimento: il che è grave – soprattutto in termini di legalità sostanziale – se solo si considera che l'art. 114 c.p.p. contribuisce a tratteggiare indirettamente i confini della fattispecie incriminatrice dell'art. 684 c.p.p.». Secondo P. Bronzo, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio*, cit., 2, l'espressione allude «ad un uso precedente alla sentenza conclusiva del giudizio (altrimenti l'ipotesi rientrerebbe già nella prima fattispecie) e può essere riferita ad una contestazione “impropria” del contenuto di una intercettazione effettuata ad un testimone durante l'esame, o semplicemente alla rievocazione della conversazione intercettata nel corso della discussione, o comunque nel racconto probatorio che ogni parte nell'istruzione svolge all'interno del proprio caso».

Si tratta, a ben guardare, di una limitazione di natura «soggettiva»<sup>77</sup> poiché concerne i soli casi in cui la richiesta venga presentata da individui diversi dalle parti e dai loro difensori, quale potrebbe essere, ad esempio, un giornalista<sup>78</sup>.

L'art. 2 co. 1 lett. *d*, inserendosi nel solco già tracciato dalla riforma del 2023<sup>79</sup>, interviene sulla procedura esecutiva delle intercettazioni di cui all'art. 268 co. 2-*bis* Cpp.

Se già prima della novella – per effetto dell'innesto del “Decreto giustizia” – era vietata la verbalizzazione delle conversazioni inerenti alla vita privata degli interlocutori, allo stato la limitazione è estesa alle comunicazioni che consentono di identificare soggetti estranei alla vicenda processuale ma casualmente intercettati, salvo che risultino rilevanti per le indagini.

Parallelamente, il punto 2 della medesima disposizione opera una modifica del comma 6 dell'art. 268 Cpp, dal quale si ricava l'obbligo di stralcio anche delle registrazioni e dei verbali riguardanti «soggetti diversi dalle parti», salvo che ne sia dimostrata la loro rilevanza ai fini delle indagini.

In questa prospettiva, il potere-dovere del giudice di procedere, anche d'ufficio, allo stralcio delle registrazioni dei verbali inutilizzabili o contenenti dati personali viene di fatto esteso anche alle registrazioni e ai verbali riguardanti soggetti terzi non coinvolti nelle indagini<sup>80</sup>.

3.1. Dall'esegesi complessiva del “pacchetto Nordio”, si delinea una riforma che “un po' dà e un po' toglie” al sistema.

Sicuramente, non si tratta di una legge capace di garantire organicità alla disciplina delle intercettazioni e né tantomeno di incidere sugli snodi fondamentali dell'istituto ma certamente «c'è un affilato disegno più che garantista, teso ad assicurare maggiore tutela alla persona inquisita, ma anche ai soggetti estranei che il processo tocca tangenzialmente e spesso sprovisti di adeguata tutela»<sup>81</sup>.

<sup>77</sup> Così F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore...ma scontenta i “curiosi”*, cit., 1174.

<sup>78</sup> In questo senso L. Filippi, *Intercettazione: un intervento legislativo all'insegna della tutela della privacy*, cit., 24.

<sup>79</sup> Cfr. § 2.

<sup>80</sup> Come rileva F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore...ma scontenta i “curiosi”*, cit., 1175, «[P]er effetto di tali modifiche all'art. 268 c.p.p., da un lato viene ampliato l'obbligo di vigilanza del pubblico ministero sulle modalità di redazione dei verbali delle operazioni [...] e, d'altro lato, sono incrementati i casi in cui il giudice è tenuto a “stralciare” le intercettazioni, poiché alle ipotesi già contemplate in cui lo stralcio avviene in ragione dell'inutilizzabilità o per esigenze di tutela dei “dati personali sensibili” si va ad affiancare quella concernente i dati “che consentono di identificare soggetti diversi dalle parti”, salvo che risultino rilevanti ai fini delle indagini». Per dovere di completezza, si precisa che la riforma, sempre nell'ottica della protezione della riservatezza del terzo estraneo al procedimento, procede a modificare gli artt. 291 e 292 Cpp. Rispetto all'art. 291 Cpp, l'art. 2 co. 1 lett. *e n. 1* interviene sul comma 1-*ter*, che consente, quando necessario, alla pubblica accusa di riprodurre nella richiesta di applicazione della misura cautelare solo i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni intercettate. Per effetto della novella, in tal caso, è comunque impedita la possibilità di «indicare i dati personali dei soggetti diversi dalle parti, salvo che ciò sia indispensabile per la compiuta esposizione». Analogamente, viene modificato l'art. 292 Cpp, precludendo al giudice di riportare nell'ordinanza applicativa della misura cautelare la stessa tipologia di dati, a meno che – di nuovo – questo «sia indispensabile per la compiuta esposizione degli elementi rilevanti» (art. 2 co. 1 lett. *f n. 2*).

<sup>81</sup> Così G. Spangher, *Il “Nordio”: un intervento “chirurgico” nel segno delle garanzie individuali*, cit., 5, il quale chiarisce che, al di là dei variegati temi di intervento, il *fil rouge* sotteso alla riforma è «quello di ridurre i rischi e i danni di una attività giudiziaria che si vuole ricondotta, invece, nella sua essenzialità, a tutela dell'individuo senza pregiudicare le esigenze di accertamento della responsabilità e degli strumenti posti al suo accertamento».

In questa prospettiva, non può che essere accolto con favore il ritocco operato alla previsione di cui all'art. 103 Cpp, nell'ottica di assicurare il corretto e concreto esercizio del diritto di difesa garantito dall'art. 24 co. 2 Cost.<sup>82</sup>. La riforma, infatti, allineando il micro-cosmo delle intercettazioni ai dettami della Corte di Strasburgo<sup>83</sup> e della Corte costituzionale<sup>84</sup>, offre una tutela onnicomprensiva alle comunicazioni intercorse o intercorrenti tra difensore e assistito, estendendola anche alle forme di interlocuzione più innovative<sup>85</sup>.

Ciò dimostra una certa sensibilità del legislatore nel tutelare le nuove esigenze dell'individuo informatizzato, considerato che «i diritti fondamentali sono oggetto di tutela “progressiva” [...] nel senso di un loro opportuno adeguamento all'evoluzione tecnologica e alle sfide del tempo»<sup>86</sup> e della nuova realtà digitalizzata.

Altrettanto apprezzabile è la volontà di rendere effettivo il divieto di intercettazione comunicazioni non sottoponibili a captazione: il legislatore sembra cogliere l'inefficacia – sul piano “valoriale” – della patologia dell'inutilizzabilità che, operando “a valle”, non può rappresentare un palliativo al danno inferto ai diritti individuali realizzata “a monte”.

Al di là del merito della riforma, si riscontrano riserve sotto il profilo metodologico.

Con precipuo riferimento al neo-introdotta comma 6-bis, emergono non poche perplessità in rapporto al perimetro applicativo soggettivo della disposizione.

Sia dalla collocazione topografica<sup>87</sup> che dall'interpretazione letterale del *novum* legislativo, emerge che l'esclusione debba essere limitata alle sole comunicazioni tra l'imputato e il proprio difensore, non estendendosi a quelle intercorse o intercorrenti tra gli altri soggetti del processo e i rispettivi difensori.

Dunque, sembra quasi che la norma escluda da tale forma di garanzia la persona offesa e di quella danneggiata, quand'anche si fosse costituita parte civile<sup>88</sup>.

Probabilmente, il *vulnus* verrà colmato in via interpretativa, ampliando la previsione a tutte le forme comunicative che intervengono tra tutti i soggetti del procedimento e i rispettivi legali, uniformandosi alla disciplina dei commi precedenti che hanno portata più ampia.

Con riferimento alla disciplina di cui al comma 6-ter, al netto di alcune sbavature formali<sup>89</sup>, quello che preoccupa maggiormente gli interpreti è l'effettiva realizzabilità di quanto promesso

<sup>82</sup> Secondo L. Filippi, *L'intercettazione di comunicazioni*, Milano 1996, 77, il divieto di intercettazione delle comunicazioni del difensore nell'ambito dell'art. 24 co. 2 Cost., poiché in questo modo il legislatore ha «privilegia[to] le esigenze di difesa rispetto a quelle dell'acquisizione della prova».

<sup>83</sup> Cfr. C. eur., 21.1.2020, *Xavier De Silveira c. Francia*; C. eur., 3.12.2019, *Kirdök e a. c. Turchia*.

<sup>84</sup> C. cost., 28.12.2023 n. 227, cit.; C. cost., 7.6.2023 n. 170, cit.; C. cost., 12.1.2023 n. 2, cit.

<sup>85</sup> Come chiarisce F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore...ma scontenta i “curiosi”*, cit., 1171, «l'inedito comma 6-bis adotta una dicitura ancora più ampia [di quella adottata dalla Consulta con la sentenza n. 170/2023], giacché include ogni forma di comunicazione “anche” diversa dalla corrispondenza, riteniamo che – anche al fine di adeguare il testo della legge al progresso normativo – il divieto riguardi le comunicazioni intercorse su *WhatsApp* o su altre *chat*, come potrebbero essere quelle tramite *Facebook* o *Instagram*».

<sup>86</sup> Così R. Orlandi, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela “progressiva” dei diritti fondamentali*, in *RIDPP* 2014, 1134.

<sup>87</sup> Il comma 6-bis dell'art. 103 Cpp rappresenta, a rigor di logica, un'estensione del precedente comma 6 che, come noto, vieta il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza intercorsa tra il solo imputato e il proprio difensore, senza fare riferimento agli altri soggetti e parti.

<sup>88</sup> In questo senso L. Filippi, *Intercettazione: un intervento legislativo all'insegna della tutela della privacy*, cit., 20.

<sup>89</sup> Secondo F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore...ma scontenta i “curiosi”*, cit., 1173, «la disposizione faccia erroneamente riferimento alle comunicazioni “vietate” anziché alle comunicazioni delle quali è vietata l'intercettazione. Ed infatti, non esistono comunicazioni vietate, ma comunicazioni in relazione alle quali vige un divieto di intercettazione».



dal testo riformato. A ben guardare, infatti, non viene previsto «un dispositivo tecnologico che assicuri la reale interruzione dell’ascolto»<sup>90</sup>; inoltre, non esistendo un registro nel quale annotare i numeri delle utenze del difensore per impedire *ad origine* l’ascolto<sup>91</sup>, non è sempre agevole individuare le conversazioni di cui è vietata l’intercettazione<sup>92</sup>.

Il rischio, quindi, è che la previsione rimanga lettera morta o, peggio, rappresenti una “truffa delle etichette” che finisce per aggravare le incombenze degli investigatori senza, tuttavia, offrire concreta protezione ai diritti di libertà dei soggetti coinvolti.

3.2. La modifica degli artt. 114 e 116 Cpp rappresenta uno degli aspetti più controversi della “Riforma Nordio”, visto che sul tema della ostensibilità del contenuto delle intercettazioni converge la mai sedata tensione tra le esigenze di privacy dei dati, il diritto di cronaca e la libertà di stampa<sup>93</sup>.

Non a caso, la riforma è oggetto di profonde critiche sia da parte dei giornalisti che intravedono nella stessa una sorta di “bavaglio alla stampa”<sup>94</sup>, sia dalla dottrina processualpenalistica che considera la normativa eccessivamente sbilanciata a favore della tutela della *privacy* a scapito del diritto all’informazione<sup>95</sup>, paventando finanche dubbi di costituzionalità<sup>96</sup>.

---

Inoltre, l’Autore rileva anche che «sarebbe stato preferibile includere tale previsione in un comma 5 *bis* anziché qualificarlo come una estensione del comma 6, dato che è il comma 5 a contemplare i casi in cui è vietata l’intercettazione».

<sup>90</sup> M. Gialuz, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale*, cit., 3.

<sup>91</sup> A onor del vero, il primo d.l.l. d’iniziativa del Senatore Zanettin del 10 novembre 2023 prevedeva, al comma 3, l’istituzione con decreto del Ministero della Giustizia di un albo delle utenze telefoniche. Cfr. § 4.

<sup>92</sup> Secondo L. Filippi, *Intercettazione: un intervento legislativo all’insegna della tutela della privacy*, cit., 21, «la innovazione avrebbe potuto essere più efficace se, anziché consentire l’intercettazione di qualsiasi conversazione, salvo poi appurare che riguardino l’esercizio della difesa, si fosse prescritto alla polizia giudiziaria di annotare i numeri delle utenze del difensore, impedendo *ab initio* l’ascolto di quelle intrattenute dall’indagato con il difensore medesimo».

<sup>93</sup> Si sa che la pubblicazione di atti di un’indagine penale, nell’esercizio del diritto di cronaca giudiziaria, fondato ad un tempo sull’art. 21 e sull’art. 101 della Costituzione è funzionale, da un lato, all’informazione della collettività su notizie di interesse pubblico, e dall’altro al controllo democratico della giustizia da parte del popolo nel cui nome essa viene amministrata. Parallelamente, esiste un diritto al rispetto della vita privata che potrebbe essere lesa pubblicazione di un colloquio riservato. La letteratura sul tema è assai vasta. Senza pretese di completezza, cfr. L. Camaldo, *La pubblicazione degli atti processuali tra giusto processo e libertà di stampa*, Milano 2012; G. Giostra, *Processo penale e informazione*, Milano 1989; V. Manes, *Giustizia mediatica. Gli effetti perversi sui diritti fondamentali*, Bologna 2022; G. Mantovani, *Informazione, giustizia penale e diritti della persona*, Napoli 2011; F. Porcu, *Pubblicità e segretezza nel processo penale. Tra indicazioni normative e profili attuativi*, Padova 2019; N. Triggiani, *Giustizia penale e informazione*, cit.

<sup>94</sup> Cfr. <https://www.ilfattoquotidiano.it/2023/12/20/il-bavaglio-alle-fonti-e-quello-alla-stampa-da-cartabia-a-nordio-e-costa-la-lunga-guerra-della-politica-allinformazione-giudiziaria/7388948/>.

<sup>95</sup> M. Gialuz, *Le novità della “manovra Nordio” in materia processuale: quando l’ideologia rischia di provocare un’eterogenesi dei fini*, cit., ritiene che l’intervento normativo «sacrific[hi] in modo irragionevole il diritto alla cronaca e la libertà di stampa sull’altare del diritto alla riservatezza. Una volta entrate nel perimetro degli atti processuali conoscibili dal giudice non possono che prevalere quelle ‘esigenze di trasparenza e di controllo sociale sullo svolgimento della vicenda processuale’, che stanno al fondamento della divulgabilità degli atti inseriti nel fascicolo per il dibattimento. A prescindere dalla circostanza che siano state evocate o meno dalle parti oppure che siano state citate dal giudice».

<sup>96</sup> Secondo P. Bronzo, *Brevi note sul “disegno di legge Nordio”*, cit., «[i]l limite che si propone di introdurre sarebbe, peraltro, dissonante rispetto all’insegnamento del giudice delle leggi che, con la sentenza n. 59 del 1995 quando ha dichiarato incostituzionale l’art. 114, comma 3, c.p.p. nella parte in cui non consente la pubblicazione degli atti del fascicolo del dibattimento anteriormente alla sentenza di primo grado, ci ha ricordato che i divieti di pubblicazione hanno la finalità di contemperare gli interessi dell’informazione con quelli delle investigazioni e

Invero, pur riconoscendo la fondatezza delle perplessità avanzate sul punto, emergono ulteriori argomentazioni che fanno propendere l'interprete per una differente soluzione.

Si parta da un assunto, quasi scontato: il presupposto per la divulgazione di informazioni all'esterno del circuito procedimentale è la diretta attinenza di quel dato all'inchiesta; certamente, non può essere riconosciuto un interesse pubblico alla diffusione di notizie riguardanti la sfera personale degli individui qualora queste risultino completamente scollegate da una vicenda giudiziaria.

Segue il corollario: la libertà di stampa non può spingersi fino a ricomprendere fatti e notizie prive di rilievo per l'indagine o per il processo, trovando il suo limite invalicabile nell'esigenza di assicurare la riservatezza dei soggetti solo occasionalmente coinvolti nella vicenda giudiziaria.

Sembra, allora, che la soluzione per risolvere l'enigma risieda nella corretta definizione del concetto di "rilevanza" della notizia per il processo, poiché dal modo di intendere tale nozione dipende la possibilità di diffondere il contenuto dell'intercettazione per soddisfare il diritto all'informazione.

Al fine di ancorare la "rilevanza" a parametri oggettivi, evitando l'interferenza di condizioni personalistiche, non sembra sufficiente limitare la pubblicazione dei colloqui intercettati prima che sia avvenuto lo *screening* acquisitivo ex artt. 268, 415-bis e 454 Cpp. Occorre necessariamente verificare se quell'informazione abbia trovato impiego in sede investigativa o procedimentale, considerato che la "prova" della diretta attinenza con il processo non può che derivare dalla concreta riproduzione dell'informazione ottenuta dall'intercettazione in un provvedimento giurisdizionale o nella sua utilizzazione in dibattimento<sup>97</sup>.

In questa prospettiva, può dirsi che la modifica *in parte qua* abbia colto nel segno: operando un adeguato bilanciamento tra le esigenze difensive e il diritto all'informazione, la novella contribuisce ad evitare il gratuito pregiudizio alla riservatezza che può arrecare la diffusione di notizie prive di rilevanza processuale<sup>98</sup>.

D'altra parte, va anche considerato che un'indebita fuga di notizie finisce per minare il principio del libero convincimento del giudice<sup>99</sup> e, dunque, la condizione di imparzialità

---

dunque non possono ragionevolmente riferirsi alla pubblicazione di quanto contenuto nel fascicolo per il dibattimento, che attiene, per definizione, agli atti che il giudice deve conoscere. Gli atti processuali che sono acquisiti al processo devono essere, insomma, sempre pubblicabili».

<sup>97</sup> In questa prospettiva, L. Filippi, *Intercettazione: un intervento legislativo all'insegna della tutela della privacy*, cit., 20. Come precisa F. Demartis, *Intercettazioni: un correttivo che rafforza la riservatezza delle comunicazioni e tutela l'attività del difensore...ma scontenta i "curiosi"*, cit., 1174, «le comunicazioni da pubblicare debbano essere solo quelle utilizzate dal giudice per l'adozione di un provvedimento, posto che il pubblico ministero potrebbe ritenere rilevanti ai fini delle indagini conversazioni che, a ben vedere, non presentano alcuna connessione con la fattispecie criminosa in relazione alla quale si sta procedendo».

<sup>98</sup> In questo senso G. Giostra, *I nuovi equilibri alla riservatezza e diritto di cronaca nella riformata disciplina delle intercettazioni*, cit., 526.

<sup>99</sup> Sul punto, *ex plurimis*, G. Carlizzi, *Libero convincimento e ragionevole dubbio nel processo penale. Storia prassi teoria*, Bologna 2018; A. Giovane, voce *Principio del libero convincimento*, in *Dpen.*, IV, Torino 1995, 478; F.M. Iacoviello, *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *EdD*, IV, Milano 2000, 761; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del Giudice*, Milano 1994; M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992.

dell'organo della giurisdizione<sup>100</sup> che, come è noto, è tenuto a decidere senza sopportare il “peso” del pregiudizio derivante dagli atti raccolti unilateralmente<sup>101</sup>.

Si intende dire, in altre parole, che l'ostensibilità indiscriminata del contenuto di intercettazioni irrilevanti può influenzare o condizionare il “futuro” giudice del dibattimento nel suo convincimento a causa della divulgazione del contenuto di atto per soddisfare la «morbosa curiosità»<sup>102</sup> del *quisque de populo*.

Da questo punto di vista, deve ritenersi che la stretta alla pubblicabilità delle intercettazioni “irrilevanti” è funzionale anche a tutelare la verginità cognitiva del giudice del dibattimento, posto che informazioni distorte di un dialogo riservato o comunque non sufficientemente verificate dall'autorità procedente sono in grado (almeno in potenza) di fuorviare l'attività decisoria dell'organo della giurisdizione<sup>103</sup>.

4. Il quadro non può dirsi completo senza approfondire l'ultima modifica *in fieri* alla disciplina delle intercettazioni.

Si tratta del d.d.l. c.d. “Zanettin”<sup>104</sup>, approvato dal Senato il 9 ottobre 2024 e attualmente sottoposto al vaglio della Commissione giustizia della Camera<sup>105</sup>.

Proprio come i suoi predecessori, anche la riforma in esame è di lunga gestazione: non a caso, il testo di legge subisce notevoli rimaneggiamenti nelle more della trasmissione all'altro ramo parlamentare; rimaneggiamenti che, invero, hanno completamente trasfigurato il progetto rispetto alla sua originaria conformazione<sup>106</sup>.

Allo stato, il d.d.l. consta di un unico articolo, volto a ridisegnare i termini di durata massima complessiva delle intercettazioni.

<sup>100</sup> Sul principio *de quo*, senza pretese di completezza, H. Belluta, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex-officio*, Torino 2006; S. Buzzelli, voce *Giusto processo*, in *Dpen.*, I, Torino 2004, 354; L. Caraceni, *Poteri d'ufficio in materia probatoria e imparzialità del giudice penale*, Milano 2007; M. Chiavario, voce *Giusto processo*, in *EGT*, X, Roma 2001, 6, 128; G. Dean, *I requisiti di terzietà ed imparzialità del giudice*, in *Fisionomia costituzionale del processo penale*, a cura di Id., Torino 2007, 165 s.; P. Ferrua, *Il “giusto processo”*, Bologna 2012, 102; E. Marzaduri, sub *art. 1, l. cost. 23/11/1999, n. 2. Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione. Commento*, in *LP* 2000, 770 s.; G. Ubertis, voce *Giusto processo*, in *EdD*, II, Milano 2008, 421.

<sup>101</sup> Cfr. E. Amodio, *Estetica della giustizia penale*, Milano 2016; N. Triggiani, *Dall'“informazione sul processo” a “processo celebrato sui mezzi di informazione”: l'inarrestabile deriva giustizialista del c.d. “processo mediatico”*, in *ANPP* 2023, 2, 125. Più in generale, G. Ubertis, *Profili di epistemologia giudiziaria*, Milano 2015.

<sup>102</sup> Così E. Bruti Liberati, *Delitti in prima pagina. La giustizia nella società dell'informazione*, Milano 2022, 44.

<sup>103</sup> F.R. Dinacci, *Segreto, informazione e processo equo*, in *DPP* 2011, 1258. Nel senso che non esiste una sfera conoscitiva separata da quella “emozionale”, M. Massa, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano 1964, 259. Più di recente, A. Forza, G. Mengon, R. Rumiati, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna 2017.

<sup>104</sup> D.d.l. 932/2023, cit.

<sup>105</sup> Atto camera C. 2084, disponibile al sito: [www.camera.it/leg19/126?&leg=19&idDocumento=2084](http://www.camera.it/leg19/126?&leg=19&idDocumento=2084).

<sup>106</sup> Va precisato che, in origine, il testo legislativo constava di tre articoli: il primo, relativo alle modifiche da apportare all'art. 103 Cpp per rafforzare la tutela delle garanzie di libertà e segretezza delle comunicazioni tra difensore e assistito; il secondo, inerente alle modifiche sui termini di durata delle intercettazioni; il terzo, volto alla predisposizione dell'albo delle utenze telefoniche riconducibili ai difensori dei soggetti interessati alla vicenda processuale. Nelle more della trasmissione alla Camera, il testo viene più volte rimaneggiato. Intanto, a seguito della spinta dell'Unione delle Camere Penali alla Commissione giustizia nella seduta n. 89 del 19.7.2023 (cfr. nt. 66), l'art. 1 confluisce nella “quasi pronta” riforma “Nordio” ed è stato, così, espunto dal d.d.l. in esame che appare molto più riscato. Poi, il d.d.l., durante l'esame in Commissione giustizia del Senato, cambia ulteriormente veste. Oltre alla modifica della rubrica del testo legislativo (cfr. nt. 7), viene anche eliminato il riferimento alla creazione dell'albo delle utenze dei difensori (cfr. nt. 89), rimanendo solo la previsione di modifica dell'art. 267 co. 3 Cpp.

In particolare, il comma 1 incide sulla previsione di cui al comma 3 dell'art. 267 Cpp, prevedendo che le operazioni captative non possono essere prorogate oltre 45 giorni, salvo che «l'assoluta indispensabilità delle operazioni per una durata superiore sia giustificata dall'emergere di elementi specifici e concreti, che devono essere oggetto di espressa motivazione».

Il comma 2 interviene sull'art. 13 d.l. 152/1991, statuendo che il limite di durata complessiva delle intercettazioni non trova applicazione con riguardo ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata e di terrorismo per i quali continua ad applicarsi la normativa "speciale"<sup>107</sup>.

Con la piena consapevolezza della parzialità del quadro a disposizione, può dirsi che il progetto di riforma – proprio come le precedenti modifiche già sedimentate – nasce da un proposito più che pregevole. È innegabile, infatti, che l'esigenza di predeterminare la durata massima alle intercettazioni sia funzionale ad assicurare che il mezzo di ricerca della prova non si trasformi in uno strumento di monitoraggio *sine die* per svolgere indagini *ad explorandum*<sup>108</sup>.

Per come costruita, però, la disciplina, ancor prima di vedere la luce, desta non poche tensioni sotto il profilo "pratico" e altrettante voragini interpretative di non agevole composizione.

Intanto, si manifestano perplessità in ragione della brevità del termine oltre il quale l'intercettazione è ammessa a condizioni alquanto stringenti; il che, si è detto, «genera preoccupazioni per l'efficienza investigativa»<sup>109</sup>.

Se le suggestioni provenienti dal mondo "esterno" non dovessero essere accolte dal legislatore, è inevitabile che si determinerà un appesantimento delle funzioni dell'organo della giurisdizione, il quale sarà costretto a vagliare praticamente con cadenza poco più che mensile la sussistenza delle condizioni per autorizzare la "proroga delle proroghe".

Probabilmente, sarebbe stato preferibile immaginare un termine più ampio per consentire al giudice una riflessione maggiormente approfondita sulle condizioni che legittimano la prosecuzione delle operazioni.

Inoltre, si riscontra una certa vaghezza – che sa, in alcuni tratti, di vera e propria approssimazione – nella perimetrazione dei presupposti per i quali è consentita la deroga alla durata massima delle intercettazioni<sup>110</sup>.

I dubbi si polarizzano intorno a due aspetti centrali.

Il primo, attiene al "momento" in cui devono emergere gli elementi che giustificano la prosecuzione delle operazioni. Ci si chiede se sia sufficiente che tali condizioni affiorino in un qualsiasi momento ricompreso nel periodo precedente al termine massimo di durata delle operazioni, ovvero se sia necessario che tali presupposti – dotati del carattere di novità rispetto a quelli che hanno giustificato le precedenti proroghe – maturino durante l'arco temporale in cui si sviluppa il tempo "supplementare" di intercettazione.

A rigor di logica, dovrebbe ritenersi maggiormente confacente alla *ratio* della previsione quest'ultima opzione, poiché se si aderisse alla prima teoria verrebbe meno il requisito della "straordinarietà" che giustifica le captazioni oltre i termini massimi consentiti dalla legge.

Il secondo aspetto, invece, inerisce alla "fonte" da cui emergono gli elementi che legittimano operazioni captative prolungate. Ci si domanda, in sostanza, se tali requisiti debbano emergere

<sup>107</sup> Cfr. § 2, nt. 25.

<sup>108</sup> La predeterminazione della durata dell'ingerenza rappresenta un requisito imposto anche dalla giurisprudenza sovranazionale. Cfr. C. eur., 15.1.2015, *Dragojević c. Croazia*.

<sup>109</sup> P. Fimiani, *Sulla proposta di legge C. 2084 in materia di "Modifiche alla disciplina in materia di durata delle operazioni di intercettazione"*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 28.11.2024.

<sup>110</sup> Su questi aspetti, approfonditamente, P. Fimiani, *Sulla proposta di legge*, cit., 6.

esclusivamente dalle attività intercettive ovvero se le nuove evidenze possono provenire da altri strumenti di indagine.

Da una lettura sistematica delle norme, deve ritenersi che tale seconda opzione sia maggiormente in linea con la previsione dell'art. 267 Cpp che non pare limitare l'autorizzazione delle proroghe alle esigenze investigative emerse esclusivamente per il tramite dell'intercettazione stessa.

Un'ultima riflessione riguarda la possibilità che la riforma possa davvero raggiungere lo scopo per cui è stata ideata.

Ci si riferisce alla scelta di imporre un provvedimento motivato "espresso" per autorizzare la prosecuzione *ultra die* dell'attività captativa.

Pur se doveroso perché in linea con quanto previsto dall'art. 15 Cost. e 8 Cedu, la previsione rischia di determinare un cortocircuito procedimentale che incrina ancor di più il fragile equilibrio dell'istituto. A ben riflettere, infatti, potrebbe essere avallata la prassi – già nota nel campo dell'autorizzazione alla proroga delle intercettazioni<sup>111</sup> – per cui è ammessa una motivazione più snella e meno specifica del provvedimento cui viene legittimata la prosecuzione *ultra die* delle operazioni intercettive.

Se così fosse, la riforma rischierebbe di rimanere confinata sulla carta, risolvendosi in una mera "ratifica" della constatata plausibilità delle ragioni esposte nella richiesta del p.m.

In questa prospettiva, sulla scia di quanto è stato fatto a proposito del captatore informatico<sup>112</sup>, sarebbe preferibile prevedere una "motivazione rafforzata" del decreto autorizzativo, così da ridurre il rischio di un "appiattimento" del giudice alle indicazioni della procura e, di conseguenza, assicurare alla previsione normativa una qualche speranza di "concretezza" sotto il profilo pratico.

5. Dopo aver ripercorso le tappe salienti della tormentata e convulsa legislazione dell'ultimo biennio in materia di intercettazioni ed evidenziate le falle esistenti anche della normativa *in fieri*, possono trarsi alcune considerazioni che provano a spingersi fino ad avanzare possibili soluzioni giuridiche.

Allo stato dell'arte, il nobile tentativo di rafforzare le garanzie di libertà dei soggetti più o meno direttamente coinvolti nella vicenda processuale si scontra con l'irrisolutezza del prodotto legislativo che non spicca per completezza e coerenza normativa.

Sono tante le lacune e altrettanti i difetti metodologici; molteplici sono, poi, le incongruenze nella trasposizione, sul piano normativo, dei principi messi in luce dal legislatore delle riforme. Ma non poteva essere altrimenti, perché quando si sceglie di intervenire in maniera sporadica e convulsa su una materia già di per sé caratterizzata da una certa irrisolutezza, il prodotto che ne deriva è certamente poco soddisfacente.

Forse, questo è il tempo della riflessione e dell'assestamento: dopo anni spesi a rincorrere una "perfezione imperfetta", occorre fare un passo indietro e attendere che la giurisprudenza faccia

---

<sup>111</sup> L'assunto si giustifica traendo spunto dalla giurisprudenza di legittimità che, in tema di proroga delle intercettazioni, prevede che «la motivazione dei decreti di proroga può essere ispirata a criteri di minore specificità rispetto alle motivazioni del decreto di autorizzazione, potendosi anche risolvere nel dare atto della plausibilità delle ragioni esposte nella richiesta del pubblico ministero». Così Cass. 1.7.2020 n. 22524, in *CEDCass*, m. 279564. In senso contrario, la dottrina sottolinea come «l'essenza della proroga non può militare incurvature del diritto alla motivazione, occorre[ndo] sempre la dimostrazione di un ragionamento in qualche modo specifico». In questi termini, P. Maggio-V. Virga, *Le richieste e i provvedimenti di autorizzazione*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., 120.

<sup>112</sup> Cfr. § 2.

il suo corso, che il prodotto legislativo venga metabolizzato, che gli interpreti recepiscano i nuovi meccanismi di intervento<sup>113</sup>.

Ciò che, invece, occorre ripensare con urgenza è la normativa relativa alle captazioni mediante strumenti tecnici di registrazione e controllo<sup>114</sup> che, nonostante la convulsa stagione di riforme culminate nella l. 28.2.2020 n. 7<sup>115</sup>, continua a presentare numerose criticità operative, non superabili se non per il tramite di un intervento legislativo chiarificatore.

Si sa che l'avvento delle nuove tecnologie di indagine – tanto efficienti ed efficaci ma sempre più invasive per la sfera privata degli individui, perché caratterizzate da una «potenza investigativa senza precedenti»<sup>116</sup> – ha rotto gli schemi, disallineando i rapporti di forza tra i valori in gioco; valori che sono riusciti a resistere all'urto della modernità grazie a norme processuali che, tutto sommato, fino ad un certo tempo, sono state in grado di bilanciare le esigenze investigative e la tutela dei diritti fondamentali.

Oggi quelle norme non reggono più, non perché risultano lacunose o imperfette ma perché sono anacronistiche, non risultando più in grado di reggere in una realtà non più solo fisica ma eterea, in un mondo sempre più interconnesso verso forme di condivisione ed esternazione inimmaginabili in passato.

---

<sup>113</sup> Secondo L. Giordano, *Considerazioni sulla sentenza della CEDU Contrada c. Italia n. 4*, cit., 12, « [L]a disciplina delle intercettazioni, piuttosto che essere considerata come un cantiere sempre aperto [...] necessita di tregua e riflessione».

<sup>114</sup> Si pensi al captatore informatico, per cui risulta praticamente impossibile prevedere in anticipo i luoghi oggetto di captazione e, dunque, pronosticare quando e come si aprirà l'occhio dell'investigatore. Si converrà che un conto è posizionare microspie in un determinato luogo ("ambiente") oggetto di intercettazione, ben altro è inoculare il *virus Trojan* all'interno di un dispositivo elettronico portatile: il telefono cellulare è, oramai, uno strumento che accompagna ogni movimento del soggetto ed è ovvio che, se usato con finalità captatorie, è in grado di operare un controllo indiscriminato della vita privata e sociale di ogni individuo. Sul punto, si rinvia a W. Nocerino, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., *passim*. Si pensi ancora all'*IMSI Catcher*, attraverso cui le forze di polizia (e i servizi di intelligence) possono monitorare tutti i dispositivi elettronici presenti in un certo raggio di azione, identificare i titolari delle utenze individuate e procedere alla captazione di comunicazioni e al tracciamento dei dati che transitano sulla "macchina-bersaglio". Sul punto, cfr. A. Camon, *Il cacciatore di IMSI*, in *AP* 2020, 1, 1. Cfr. pure W. Nocerino, *Il tramonto dei mezzi di ricerca della prova nell'era 2.0*, in *DPP* 2021, 1017. Solo un cenno alle investigazioni sulle piattaforme criptate. Al di là dei problemi di tassonomia probatoria legati a qualificare l'attività di acquisizione dei risultati di intercettazioni sulle piattaforme criptate (cfr. Cass. S.U. 29.2.2024 n. 23756 e Cass. S.U. 29.2.2024 n. 23755, in *www.penaledp.it*, 21.10.2024, con nota di W. Nocerino-O. Murro, *Più ombre che luci nella sentenza delle Sezioni Unite in tema di criptofonini*), la possibilità di gestire un *server* e apprendere tutto quello che contiene è un'attività di sorveglianza massiva. Come anche precisato, «[S]e, la legge consente di violare la riservatezza di quelle comunicazioni rispetto alle quali sussistono determinati presupposti giustificativi, non si vede come un giudice possa autorizzare un'attività di intercettazione (telematica) nella consapevolezza che, così facendo, sta automaticamente consentendo la captazione a tappeto di tutti i flussi comunicativi veicolati dal *server* infettato e tutto questo in assenza dei necessari requisiti stabiliti dalla legge». Così L. Ludovici, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, *ivi* 2023, 3, 420.

<sup>115</sup> Cfr. § 1, nt. 3. La normativa congegnata dal legislatore del 2020 rappresenta uno dei più grandi ossimori ordinamentali offerti nell'ultimo tempo, dal momento che al *caos* generato degli spasmodici interventi riformatori non corrisponde la completezza della disciplina offerta. Nel marasma che ha colpito la disciplina delle intercettazioni, infatti, si avverte come persa l'occasione per una ridefinizione costituzionalmente orientata delle altre attività (diverse dall'intercettazione di conversazioni e comunicazioni tra presenti) che il *malware*, almeno in potenza, è in grado di svolgere. E, come acutamente osservato, «[S]orge [...] il dubbio che l'indeterminatezza del presupposto sia tale da alimentare pratiche investigative idonee a scalfire anche il nucleo più intimo e inviolabile del diritto alla riservatezza». Così R. Orlandi, *Una giustizia penale a misura di nemici?*, in *RIDPP* 2020, 718.

<sup>116</sup> Così S. Lorusso, *Intercettazioni e CEDU. Un circuito a geometria variabile*, in *La nuova disciplina delle intercettazioni*, cit., 6.

In questa prospettiva, diventa dirimente l'intervento del legislatore che, lungi dal negare cittadinanza alle nuove forme di captazione tecnologicamente avanzate, è chiamato a stabilire a quali condizioni possa considerarsi legittimo il ricorso a strumenti di indagine tecnica, identificando le garanzie fondamentali che devono essere sempre assicurate indipendentemente dal mezzo impiegato.

In altre parole, quello che allo stato risulta improrogabile è l'introduzione di una normativa organica per regolare le attività di accesso, osservazione e acquisizione di dati e informazioni mediante l'impiego di sempre più sofisticate tecniche di indagine, predisponendo le garanzie fondamentali che devono essere sempre riconosciute all'indagato e ai soggetti terzi occasionalmente coinvolti, a prescindere dalla tecnica investigativa impiegata.

L'obiettivo più imminente è la tipizzazione di una nuova categoria probatoria ("intrusione informatica", potrebbe definirsi) con la quale individuare i "casi" e i "modi" dell'ingerenza nella sfera privata di tutti gli individui coinvolti a vario titolo nell'attività investigativa<sup>117</sup>, così da rendere il sacrificio dei diritti inviolabili assolutamente rispettoso del principio di stretta legalità<sup>118</sup> e di proporzione<sup>119</sup>.

---

<sup>117</sup> Per queste riflessioni, W. Nocerino, *Le intercettazioni mediante captatore informatico*, cit., 317.

<sup>118</sup> Il principio è enunciato a più riprese dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Limitandosi alla giurisprudenza più recente, C. eur., 17.12.2020, *Saber c. Norvegia*; C. eur., 30.1.2020, *Vinks e Ribicka c. Lettonia*; C. eur., 30.5.2017, *Trabajo Rueda c. Spagna*; C. eur., 27.4.2017, *Sommer c. Germania*.

<sup>119</sup> Cfr. C. eur., 14.3.2002, *Puzinas c. Lituania*. Il test di proporzionalità della misura rappresenta il cuore dell'esame della giustificazione dell'ingerenza statale nei diritti fondamentali. Esso rappresenta una fondamentale inversione dei rapporti tra la persona e l'autorità: in questo caso sono le pubbliche autorità che, per legittimare le proprie azioni od omissioni, devono dimostrare che le scelte adottate non incidono in maniera sproporzionata sui diritti delle persone. Sul principio di proporzione quale canone di legittimità della misura intrusiva adottata, così come introdotto dalla giurisprudenza creativa della giurisprudenza europea, v., per tutte, C. eur., 20.9.2018, *Solka e Rybicka c. Polonia*. Per un approfondimento su tali riflessioni, cfr. D. Curtotti, *Le intercettazioni e la giurisprudenza europea*, in *L'intercettazione di comunicazione*, a cura di T. Bene, Bari 2018.

## LA DISCIPLINA DELLE REMS TRA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI E PERSISTENTI CRITICITÀ\*

di Federico Valente Bagattini (*Assegnista di ricerca in diritto penale, Università di Firenze*)

Dopo aver brevemente ripercorso l'evoluzione della disciplina delle misure di sicurezza a contenuto terapeutico negli ultimi 50 anni, l'Autore si concentra sulle principali criticità che affliggono il sistema vigente: le liste d'attesa che, grazie alla regolamentazione approvata in sede di Conferenza Unificata il 30 novembre 2022, sembrano essere state nettamente ridimensionate rispetto a qualche anno fa; la disciplina della vita quotidiana dei pazienti all'interno delle REMS, la cui fonte è costituita dai regolamenti adottati dalle singole strutture, rispetto ai quali si avverte l'esigenza di maggiore omogeneità; il ricorso a trattamenti coattivi, di cui vengono analizzate due ipotesi con distinte problematiche.

After briefly reviewing the evolution of the discipline of therapeutic security measures over the past 50 years, the author focuses on the main critical issues that afflict the current system: waiting lists, which, thanks to the regulations approved at the Unified Conference on November 30, 2022, seem to have been significantly reduced compared to a few years ago; the regulation of the everyday life of patients inside REMS, the source of which are the regulations adopted by the individual structures, with respect to which there is a need for more uniformity; and the use of compulsory treatment, two hypotheses of which are analyzed with distinct problems.

**SOMMARIO:** 1. Evoluzione della disciplina delle misure di sicurezza a contenuto terapeutico e caratteri del sistema vigente. – 2. Gli aspetti problematici del sistema vigente. – 3. Il problema delle liste d'attesa. – 4. I problemi relativi alla disciplina delle REMS. – 4.1. La vita dei pazienti all'interno delle REMS. – 4.2. La contenzione dei pazienti psichiatrici. – 4.2.1. La contenzione in caso di rischio di azioni violente. – 4.2.2. Uso della forza e trattamenti sanitari coattivi. – 5. Conclusioni.

1. Fino a circa metà degli anni '70 del secolo scorso, la disciplina delle misure di sicurezza applicabili al paziente psichiatrico autore di reato si caratterizzava per rigidità e rigore estremi<sup>1</sup>. Questi attributi si manifestavano in automatismi come la presunzione di pericolosità sociale dell'infermo di mente autore di reato e i termini di durata minima delle misure di sicurezza a cui si affiancava il generale orientamento del sistema alla segregazione-neutralizzazione di questi soggetti. Al proscioglimento per infermità mentale scattava in maniera pressoché automatica l'internamento nell'ospedale psichiatrico giudiziario (fino al 1975 denominato "manicomio giudiziario") mentre in caso di vizio parziale era prevista all'art. 219 Cp l'assegnazione a una casa di cura e custodia. Alla persona malata veniva così applicata una

---

\* Il presente contributo costituisce la rielaborazione – aggiornata e integrata con riferimenti bibliografici – della relazione dal titolo "*La disciplina delle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza tra tutela dei diritti fondamentali e persistenti criticità*", presentata dall'Autore al convegno "*Spazi di privazione della libertà personale e diritti delle persone ristrette*", organizzato dall'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale (AIPDP), in collaborazione con il Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura penale (DiPLaP) e con l'Università degli Studi di Firenze, tenutosi a Firenze il 4 ottobre 2024.

<sup>1</sup> M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino 2008, 91 ss., Id., *I mutamenti della disciplina delle misure terapeutiche e gli effetti indiretti sul giudizio di pericolosità sociale*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale. Tra sistema penale e servizi sanitari*, a cura di M. Bevilacqua, L. Notaro, G. Profeta, L. Ricci, A. Savarino, Torino 2021, 9 ss.



misura detentiva da cui difficilmente riusciva a liberarsi, potendo, anzi, rimanervi sottoposta anche per moltissimi anni e potenzialmente senza limiti per tutta la vita.

A partire dalla sentenza C. cost., 23.4.1974 n. 110, con cui venne dichiarato costituzionalmente illegittimo il divieto per il magistrato di sorveglianza di revocare la misura di sicurezza prima che fosse trascorso il tempo corrispondente alla durata minima prevista dalla legge, la disciplina delle misure di sicurezza a contenuto terapeutico è andata incontro a un'evoluzione molto significativa<sup>2</sup>. A questa sentenza, infatti, ne seguirono molte altre che, insieme ad alcuni interventi legislativi, hanno trasformato radicalmente il sistema. Quattro, in particolare, sembrano i caratteri impressi all'assetto attualmente vigente: flessibilità, sussidiarietà del ricorso alla misura detentiva, umanità e carattere spiccatamente terapeutico dei trattamenti.

I principi di flessibilità del sistema sanzionatorio e di sussidiarietà del ricorso alla misura limitativa della libertà personale sono stati approntati soprattutto grazie all'opera del giudice delle leggi. In un primo momento attraverso la sentenza che ha dichiarato costituzionalmente illegittimi i termini di durata minima della misura di sicurezza dell'ospedale psichiatrico giudiziario; poi, con la sent. 27.7.1982 n. 139<sup>3</sup>, che ha eliminato la presunzione di persistenza della malattia mentale del prosciolti per infermità di mente prevista all'art. 204 Cp, definitivamente abrogato dalla successiva l. 10.10.1986 n. 664. Infine, in tempi più recenti, con le sentenze C. cost. 18.7.2003 n. 253 e 29.11.2004, n. 367, che hanno dichiarato costituzionalmente illegittimi gli artt. 206 e 222 Cp nella parte in cui non consentivano al giudice di adottare, al posto del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, una diversa misura di sicurezza idonea ad assicurare adeguate cure dell'infermo di mente e a far fronte alla sua pericolosità sociale. Con quest'ultime sentenze l'internamento in struttura detentiva ha smesso di essere l'unica misura applicabile. Ad esso, infatti, è stata affiancata la libertà vigilata c.d. "terapeutica", che «non rappresenta semplicemente una misura sostitutiva dell'o.p.g., in presenza di una pericolosità sociale "attenuata", ma [...] *misura principale* destinata ai soggetti prosciolti per vizio di mente, da sostituire, in caso di pericolosità non altrimenti controllabile, con la misura di sicurezza detentiva». Detto altrimenti, «i prosciolti per infermità di mente non sono destinatari in primis dell'o.p.g. e, qualora la pericolosità sociale risulti attenuata, della libertà vigilata terapeutica, ma sono destinatari di quest'ultima misura e, solo in caso di *extrema ratio*, sarà necessario applicare il più severo regime della misura di sicurezza detentiva»<sup>4</sup>. La centralità della libertà vigilata è stata recentemente riaffermata con l'art. 3-ter co. 4 d.l. 22.12.2011 n. 211, conv. in l. dalla l. 17.2.2012 n. 9, nella parte in cui prevede che «il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale».

L'umanizzazione delle misure di sicurezza terapeutiche è stata possibile grazie alla serie di interventi legislativi che nel 2017 ha portato alla chiusura dell'ultimo dei sei ospedali

<sup>2</sup> Per un'analisi dettagliata si rinvia a M. Pelissero, *Misure di sicurezza terapeutiche e mutazioni della pericolosità sociale*, in *Dieci anni di REMS. Un'analisi interdisciplinare*, a cura di M. Pelissero, L. Scomparin, G. Torrente, Napoli 2022, 132 ss., Id., *Misure di sicurezza e Rems: una disciplina a metà del guado*, in *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale*, a cura di A. Menghini, E. Mattevi, Trento 2020, 79 ss., Id., *Sistema sanzionatorio e infermità psichica. I nodi delle questioni presenti tra riforme parziali effettuate e riforme generali mancate*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 2.10.2019, Id., *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 101 ss.

<sup>3</sup> In [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). A commento di questa sentenza si veda G. Vassalli, *L'abolizione della pericolosità presunta degli infermi di mente attraverso la cruna dell'ago*, in *GCost.* 1982, 1202 ss.

<sup>4</sup> M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 131.

psichiatrici giudiziari presenti sul territorio italiano. In questo modo è stato possibile superare un'istituzione caratterizzata da condizioni disumane, giustamente definita dall'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano un «autentico orrore indegno di un paese appena civile» (messaggio di fine anno, 31 dicembre 2012).

Con la chiusura degli opg e la conseguente istituzione delle REMS è stata altresì approntata quella che è forse la più significativa innovazione degli ultimi tempi e cioè la sanitarizzazione delle misure di sicurezza applicabili al non imputabile<sup>5</sup>. Il principale difetto del sistema previgente, infatti, al di là delle gravi ed inaccettabili condizioni materiali in cui versavano gli o.p.g., era la logica puramente securitaria e segregativa perseguita dal legislatore e che era alla base di queste istituzioni. Con l'introduzione delle nuove strutture, invece, la situazione cambia completamente. Le REMS, infatti, sono strutture a gestione esclusivamente sanitaria che, come hanno messo in evidenza la Corte costituzionale e la Corte europea dei diritti dell'uomo, tendono al recupero del paziente psichiatrico mediante programmi terapeutici individualizzati, sebbene non venga meno l'esigenza di contenerne la pericolosità sociale<sup>6</sup>.

2. Nonostante la disciplina delle misure di sicurezza a contenuto terapeutico sia stata progressivamente emendata da numerosi profili di illegittimità costituzionale, permangono ancora oggi alcuni aspetti problematici, che attengono tanto al concreto funzionamento delle REMS, quanto alla loro disciplina<sup>7</sup>.

Sotto il primo aspetto, è nota l'esistenza di liste d'attesa che ritardano l'esecuzione dei provvedimenti di ricovero. Tale situazione è stata stigmatizzata sia dalla Corte europea dei diritti dell'uomo che dalla Corte costituzionale, in quanto estremamente pregiudizievole non solo per il diritto alla salute delle persone affette da malattia mentale, ma anche per la libertà personale nel caso in cui nel frattempo il soggetto che aspetti di essere trasferito in REMS si trovi in carcere; e per l'incolumità pubblica, laddove, invece, il soggetto attenda in libertà. Nel primo caso, infatti, si realizza una detenzione illegittima qualificabile come trattamento inumano e degradante, in violazione degli artt. 13 Cost., 3 e 5 Cedu<sup>8</sup>. Nel secondo caso, invece, si determina un «difetto di tutela effettiva dei diritti fondamentali delle potenziali vittime di aggressioni, che il soggetto affetto da patologie psichiche, e già autore spesso di gravi o gravissimi fatti di reato, potrebbe nuovamente realizzare, e che l'ordinamento ha il dovere di prevenire»<sup>9</sup>.

Sotto il secondo profilo, la disciplina delle REMS viola le riserve di legge previste agli artt. 13 co. 2, 25 co. 3 e 32 co. 2 Cost. Come è stato sottolineato, «la vocazione accentuatamente

<sup>5</sup> Fra i contributi più significati si vedano, oltre ai lavori citati nelle note precedenti, S. Schiaffo, *Diritto alla salute e diritto punitivo nel sistema delle "Disposizioni per il definitivo superamenti degli ospedali psichiatrici giudiziari"*, in *DPERonline* 2023, 331 ss., Id., *La Tutela della salute mentale per "eliminare ogni forma di discriminazione e di segregazione" e il "definitivo superamento" degli o.p.g. tra devastazioni annunciate e necessità di ulteriori adeguamenti*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 25.7.2022, M. Massaro, *Le Rems e "la sottile linea rossa tra il senno e la follia"*, in *Malattia psichiatrica e pericolosità sociale*, cit., 53 ss., Id., *Tutela della salute mentale e sistema penale: dalla possibile riforma del doppio binario alla necessaria diversificazione della risposta "esecutiva"*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 13.5.2021, Id., *Sorvegliare, curare e non punire: l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" nel passaggio dagli ospedali psichiatrici giudiziari alle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza*, in *RivItMedLeg* 2015, 1357 ss., D. Piccione, *Il nuovo volto delle misure di sicurezza per il folle reo. Tra poteri istruttori e sindacato della Corte costituzionale*, in *QuadCost.* 2022, 553 ss., A. Pugiotta, *Dalla chiusura degli Ospedali psichiatrici giudiziari alla (possibile) eclissi della pena manicomiale*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 3.7.2015.

<sup>6</sup> C. eur., 24.1.2022, SY c. Italia, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 8.11.2024, C. cost., 27.1.2022, n. 22, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

<sup>7</sup> M. Pelissero, *Le misure di sicurezza personali: scoperto il vaso di Pandora*, in *DPP* 2022, 1223 ss.

<sup>8</sup> C. eur., 24.1.2022, SY c. Italia.

<sup>9</sup> C. cost., 27.1.2022, n. 22.

terapeutica di tali strutture non esclude che il trattamento in esse praticato avvenga in una situazione in cui il paziente è fortemente limitato nella propria libertà personale; e non fa venir meno, pertanto, la necessità di tutelarlo efficacemente contro sempre possibili abusi»<sup>10</sup>. Le uniche fonti legislative, però, sono gli artt. 222 e 206 Cp che prevedono i *casi* in cui può essere disposta la misura di sicurezza del ricovero in REMS e l'art. 3-ter d.l. 211/2011 che enuncia alcuni principi generali (fra cui, per es. «l'esclusiva gestione sanitaria all'interno delle strutture»). Tuttavia, non esiste una fonte di rango primario che disciplini le relative modalità di esecuzione. Al contrario, queste sono regolamentate pressoché interamente da atti non legislativi, come il d.m. 1.10.2012, adottato dal Ministro della Salute di concerto con il Ministro della Giustizia ai sensi dell'art. 3-ter co. 2 d.l. 211/2012, l'Accordo del 26 febbraio 2015 adottato in sede di Conferenza Unificata e i regolamenti delle singole REMS.

3. Attenendosi alle rilevazioni di cui si è avvalsa la Corte costituzionale all'esito dell'istruttoria disposta con ordinanza del 24 giugno 2021, n. 131, al 31 luglio 2021 il numero di persone in attesa di essere collocate in REMS era pari a 750 secondo i calcoli del Ministero della Giustizia e 568 per quelli del Ministero della Salute. Nonostante la disomogeneità dei dati, che è senz'altro indice di un inadeguato sistema di monitoraggio, questi numeri suggeriscono una certa ampiezza del problema, visto che le persone in lista d'attesa sarebbero addirittura più di quelle già collocati in REMS.

A riguardo, bisogna tener conto che il 30 novembre 2022 è stata approvata un'importante regolamentazione in grado di incidere in maniera positiva sul problema delle liste d'attesa. In sede di Conferenza Unificata, infatti, è stato stipulato un Accordo che ha previsto l'istituzione in ogni Regione dei P.U.R. (Punti Unici Regionali), a cui sono conferiti vari compiti, fra cui il coordinamento degli enti coinvolti nell'esecuzione delle misure di sicurezza a contenuto terapeutico (Autorità giudiziaria, DAP, REMS, strutture territoriali) e la gestione delle liste d'attesa<sup>11</sup>. Inoltre, ai sensi dell'art. 4 dell'Accordo, le liste dovranno essere aggiornate tenendo conto non solo del dato cronologico relativo alla data del provvedimento di applicazione della misura di sicurezza, bensì anche di criteri qualitativi relativi all'ordine di priorità di inserimento in REMS. In particolare, all'interno delle liste d'attesa regionali, i P.U.R. dovranno distinguere tra pazienti che non ricevono adeguata assistenza sanitaria perché, per esempio, si trovano detenuti in istituti penitenziari o ricoverati in SPDC, e che, pertanto, necessitano di essere collocati in REMS in via prioritaria; e soggetti che ricevono già adeguata assistenza sanitaria sul territorio, la cui posizione giuridica deve essere sottoposta al vaglio dell'Autorità Giudiziaria per l'applicazione della misura di sicurezza non detentiva. Inoltre, dalle liste dovranno essere esclusi ed inseriti in un apposito elenco coloro che non possano essere concretamente collocati in REMS perché irreperibili, espatriati o detenuti in istituti penitenziari a causa della commissione di altri reati.

Ad oggi, non è possibile affermare se queste misure di tipo organizzativo siano in grado, da sole, di risolvere il problema delle liste d'attesa, in quanto non tutte le Regioni hanno provveduto a istituire i P.U.R. e ad aggiornare le liste secondo i criteri sopra elencati. Tuttavia, i dati parziali disponibili, relativi alle Regioni che si sono già adeguate alla nuova regolamentazione, fanno ben sperare. Stando ai dati raccolti dall'Associazione Antigone,

<sup>10</sup> C. cost., 27.1.2022, n. 22.

<sup>11</sup> Rep. Atti n. 180/CU del 30 novembre 2022 a commento del quale si veda A. Calcaterra, *Le nuove linee dell'Accordo della Conferenza Stato Regioni per la gestione dei pazienti con misure di sicurezza Luci e ombre*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 13.12.2022, P. Allegri, A. Belli, G. Nese, *Salute mentale e REMS*, in *Nodo alla gola. XX rapporto di Antigone sulle condizioni di detenzione*, a cura di M. Miravalle, A. Scandurra, 237 ss., consultabile all'indirizzo [www.rapportoantigone.it](http://www.rapportoantigone.it).

infatti, quasi due terzi del numero complessivo di provvedimenti di ricovero in REMS non potrebbe essere eseguito o potrebbe essere sostituito dalla libertà vigilata<sup>12</sup>.

In attesa che tutte le Regioni si conformino al già menzionato accordo, il problema delle liste d'attesa può essere affrontato adottando due soluzioni opposte.

La prima consiste nell'aumentare la capienza complessiva delle REMS. Di fronte all'assoluta necessità di non derogare al numero chiuso pari a 20 posti letto, che garantisce contro il rischio di sovraffollamento che aveva afflitto i vecchi ospedali psichiatrici giudiziari, ciò sarebbe possibile ampliando le strutture già esistenti oppure costruendone di nuove. Contro una simile soluzione, però, militano diversi argomenti. Innanzitutto, vi è il rischio che questa possa rivelarsi una soluzione soltanto temporanea, dato che, da una parte, l'aumento del numero complessivo di posti letto potrebbe "alimentare la domanda", rappresentando, cioè, un incentivo per i giudici ad applicare con maggiore frequenza provvedimenti di ricovero in REMS; dall'altra parte, inoltre, non è possibile escludere che una futura impennata del numero di richieste di ricovero renda nuovamente insufficiente la capienza massima, con conseguente necessità di un ulteriore aumento<sup>13</sup>. In secondo luogo, l'aumento del numero di posti si scontrerebbe con il principio di sussidiarietà del ricorso alla misura di sicurezza detentiva, affermatosi nel nostro ordinamento grazie alla Corte costituzionale nei primi anni 2000 e confermato dal legislatore con l'art. 3-ter co. 4 d.l. 211/2011<sup>14</sup>. Destano, pertanto, perplessità le proposte recentemente avanzate dalla Commissione mista per i problemi della magistratura di sorveglianza e dell'esecuzione penale di aumentare i posti disponibili in REMS di circa 700 unità e di istituire strutture ad alta sicurezza in cui collocare soggetti definiti «inmendabili»<sup>15</sup>. Più condivisibili, invece, sembrano le soluzioni volte a ridurre il ricorso alle REMS, come quelle che erano contenute nella bozza di riforma elaborata nel 2017 dalla commissione ministeriale presieduta dal Prof. Marco Pelissero. In quella sede, la commissione aveva proposto di agire su due diversi fronti: a "monte", ridefinendo il giudizio di pericolosità sociale e a valle, riducendo l'ambito di applicazione della misura di sicurezza del ricovero in REMS (rinominata dalla Commissione con formula meno stigmatizzante "residenza terapeutica giudiziaria"). Sotto il primo profilo, il giudizio di pericolosità sociale in vista dell'applicazione di una misura terapeutica avrebbe dovuto avere ad oggetto unicamente prognosi di reiterazione di reati contro la persona o l'incolumità pubblica. Sotto il secondo profilo, invece, la misura di sicurezza detentiva avrebbe potuto essere applicata in casi ancor più limitati, cioè nei confronti di soggetti autori di reati contro la persona e l'incolumità pubblica puniti con pena non inferiore nel massimo a 4 anni (per i reati puniti con una pena inferiore a 4 anni, invece, era stata prevista la misura non detentiva della "vigilanza terapeutica")<sup>16</sup>. Questa soluzione, oltre ad essere maggiormente conforme ai principi di proporzionalità ed *extrema ratio*, consentirebbe di alleggerire il problema delle liste d'attesa, oggi composte, pur se in minima parte, anche da soggetti autori di reati non gravi<sup>17</sup>.

Infine, non bisogna dimenticare che «giustizia penale e interventi amministrativi [...] opera[n]o come due vasi comunicanti, aumentando o diminuendo il numero dei ricoveri in o.p.g. in corrispondenza con la minore o maggiore capacità del sistema sanitario di far fronte al disagio psichico che si manifesta anche attraverso la commissione di reati. Se queste interazioni sono

<sup>12</sup> P. Allegri, A. Belli, G. Nese, *op. cit.*, 237 ss.

<sup>13</sup> M. Pelissero, *Le misure di sicurezza personali*, cit., 1236.

<sup>14</sup> D. Piccione, *Il nuovo volto delle misure di sicurezza*, cit., 559 s.

<sup>15</sup> Il "Documento finale" della Commissione è consultabile all'indirizzo [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 10.2.2025, con commento critico di A. Calcaterra, P. Pellegrino, B. Secchi.

<sup>16</sup> M. Pelissero, *Misure di sicurezza e Rems*, cit., 86 ss., Id., *Sistema sanzionatorio e infermità psichica*, cit., 16 ss.

<sup>17</sup> Al 31 luglio 2021, circa il 10% delle liste d'attesa era composto da soggetti autori del delitto di resistenza a pubblico ufficiale (si veda C. cost., 27.1.2022, n. 22).

trascurate, qualsiasi progetto di ristrutturazione nel funzionamento e nell'ambito di applicazione degli o.p.g. è destinato al fallimento»<sup>18</sup>. È, allora, indispensabile, rafforzare i servizi sanitari presenti sul territorio sia nella presa in carico dei soggetti sottoposti alla libertà vigilata terapeutica che al fine di intercettare il disagio psichico prima ancora che questo porti alla commissione di reati.

4. Come anticipato, la Corte costituzionale con sent. 22/2022 ha affermato che la disciplina delle REMS, quasi interamente di rango non legislativo, contrasta con il principio di riserva di legge. Ciò nonostante, la Corte è stata costretta a dichiarare inammissibili le questioni, perché, in caso contrario, caducando l'intero sistema delle REMS, avrebbe causato insostenibili vuoti di tutela.

Gli aspetti che il legislatore è stato chiamato a disciplinare sono molteplici. Fra questi, vi è l'organizzazione della vita quotidiana dei pazienti all'interno delle REMS e il ricorso da parte del personale sanitario a pratiche di natura contenitiva.

4.1. Come si diceva, non esiste una legge che disciplini l'organizzazione della vita dei pazienti all'interno delle REMS né è stato chiarito quali disposizioni della l. 26.7.1975 n. 354 siano applicabili<sup>19</sup>. Ad oggi, le fonti di riferimento sono i regolamenti adottati dalle singole strutture, che si differenziano per forma e contenuti. Alcuni, sono veri e propri regolamenti suddivisi in articoli, capi e sezioni. Altri, invece, vengono denominati "carte dei servizi" ed hanno una struttura più "snella" e regole meno dettagliate. Inoltre, alcuni sono più permissivi in punto di visite, colloqui telefonici, detenzione di effetti personali e di generi alimentari. Altri, invece, sono più severi, talvolta derogando anche *in peius* alla legge sull'ordinamento penitenziario<sup>20</sup>. Poiché si tratta di aspetti che incidono sui diritti fondamentali, sarebbe necessario garantire un minimo di omogeneità, sebbene non si possa rinunciare ad un certo margine di flessibilità che permetta di adattarsi alle caratteristiche dei pazienti e delle singole strutture<sup>21</sup>.

Un discorso a sé merita il problema della sicurezza<sup>22</sup>, che il legislatore ha disciplinato prevedendo all'art. 3-ter co. 3 lett. a d.l. 211/2011 l'esclusiva gestione sanitaria delle REMS e l'esclusione della Polizia Penitenziaria; e alla lett. b l'attività perimetrale di sicurezza e di vigilanza esterna. Queste disposizioni tacciono, invece, sul problema della sicurezza all'interno delle REMS, che, quindi, sembrerebbe affidata al personale sanitario. In realtà, pressoché ogni REMS ha fatto ricorso a istituti di vigilanza privata, con notevoli differenze in punto di attività concretamente svolte. In alcuni casi il personale di vigilanza si limita a controllare gli accessi e il sistema di videosorveglianza e ad attivare l'intervento delle forze dell'ordine nelle situazioni di emergenza. In altri casi, invece, essi entrano direttamente a contatto con i pazienti, coadiuvando il personale sanitario nelle varie attività quotidiane<sup>23</sup>.

Anche su questo punto è doveroso un intervento legislativo che limiti il più possibile il ruolo di questi soggetti. Una loro presenza attiva all'interno delle REMS non è compatibile con la gestione sanitaria prevista dalla legge né essi possiedono le competenze necessarie per gestire soggetti difficili come i pazienti psichiatrici autori di reati. Inoltre, si deve evitare il rischio che

<sup>18</sup> M. Pelissero, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 142.

<sup>19</sup> K. Natali, *Vita quotidiana e diritti dei pazienti ricoverati nelle REMS: i modelli di organizzazione interna*, in *Dieci anni di REMS*, cit., 255 ss.

<sup>20</sup> K. Natali, *op. cit.*, 263 ss.

<sup>21</sup> K. Natali, *op. cit.*, 277.

<sup>22</sup> E. Penco, *La gestione della sicurezza nelle REMS: profili organizzativi, giuridici, terapeutici*, in *Dieci anni di REMS*, cit., 279 ss.

<sup>23</sup> E. Penco, *op. cit.*, 287 s.

il personale di vigilanza si trasformi in un surrogato della polizia penitenziaria, con regressione al sistema precedente l'istituzione delle REMS.

4.2. La contenzione, specie in forma meccanica, rappresenta «la massima privazione della libertà personale che [...] “può” e “deve” essere disposta dal sanitario [...] solo in situazioni straordinarie e per il tempo strettamente necessario dopo aver esercitato la massima sorveglianza sul paziente»<sup>24</sup>. A seguito di vicende giudiziarie sulle quali si sono pronunciate la Corte di Cassazione e la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>25</sup>, il tema è stato oggetto di analisi da parte di importanti organi nazionali e sovranazionali e della scienza giuridica<sup>26</sup>. Tutti, all'unisono, hanno sottolineato la natura eccezionale di tale pratica, l'assenza di un contenuto terapeutico e i gravi danni da essa potenzialmente causati.

Il Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale auspica da diversi anni la realizzazione di un registro nazionale per il monitoraggio del fenomeno<sup>27</sup>. Molti servizi psichiatrici di diagnosi e cura hanno iniziato a registrare i dati relativi alle contenzioni ma lo strumento voluto dal Garante, in grado di fornire un quadro dettagliato della situazione su tutto il territorio italiano, non è stato realizzato. Grazie all'attività del Garante stesso e del Comitato europeo per la prevenzione della tortura, però, si è a conoscenza che la contenzione è largamente praticata all'interno dei SPDC, delle case di riposo per le persone anziane e nei vecchi o.p.g. Meno nota, invece, è la situazione all'interno delle REMS.

4.2.1. Per affrontare correttamente il problema della contenzione è necessario distinguere due ipotesi. La prima si ha quando la contenzione viene praticata per bloccare manifestazioni di aggressività di pazienti che pongono in pericolo l'incolumità propria o altrui, come nel caso deciso con la recente sent. C. eur., 7.11.2024, Lavorgna c. Italia. Si tratta di una pratica di per sé illecita, che integra il reato di sequestro di persona ma che, se attuata in presenza di un pericolo attuale o imminente alla persona e nel rispetto della proporzionalità, è scriminata dagli artt. 52 o 54 Cp<sup>28</sup>. Tuttavia, anche quando realizzata entro questi ristretti limiti, la contenzione è in grado di causare gravi danni alla salute e la rottura del rapporto di fiducia tra medico e paziente, con pregiudizio per il percorso di cura di quest'ultimo<sup>29</sup>. È necessario, allora, che

<sup>24</sup> Cass. 7.11.2018 n. 50497, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it) con nota di F. Lazzeri.

<sup>25</sup> Cass. 7.11.2018 n. 50497, C. eur., 7.11.2024, Lavorgna c. Italia. A commento di questa sentenza si veda G. Dodaro, *La prosecuzione della contenzione meccanica di un paziente psichiatrico oltre il tempo strettamente necessario costituisce un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 Cedu*, in *RIDPP*, in corso di pubblicazione.

<sup>26</sup> Si vedano le relazioni al Parlamento degli anni 2023, 2020, 2019, 2018 del Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, il report del 24 marzo 2023 del Comitato europeo per la prevenzione della tortura e il parere del 23 aprile 2015 del Comitato Nazionale per la bioetica intitolato *La Contenzione: problemi bioetici*. In dottrina, G. Dodaro, *Uso dei mezzi di contenzione e responsabilità penale del sanitario*, in *La responsabilità penale in ambito medico sanitario*, a cura di P. Piccialli, Milano 2021, 369 ss., Id., *Coercizione in psichiatria tra sicurezza dei luoghi di cura e diritti fondamentali del paziente*, in *Il nodo della contenzione: diritto, psichiatra e dignità della persona*, a cura di S. Rossi, Merano 2015, 39 ss., Id., *Il problema della legittimità dell'uso della forza fisica o della contenzione meccanica nei confronti del paziente psichiatrico aggressivo o a rischio suicidario*, in *RivItMedLeg* 2011, 1483 ss., A. Algostino, *Per una interpretazione costituzionalmente orientata della contenzione meccanica*, in *La contenzione del paziente psichiatrico. Un'indagine sociologica e giuridica*, a cura di M. Cardano, A. Algostino, M. Caredda, L. Gariglio, C. Pardini, Bologna 2020, 47 ss., M. Caredda, *Introduzione all'analisi comparata: riflessioni critiche e ambito dello studio*, in *La contenzione del paziente psichiatrico*, cit., 71 ss., M. Caredda, C. Pardini, *La contenzione e il trattamento obbligatorio nei paesi europei*, in *La contenzione del paziente psichiatrico*, cit., 87 ss.

<sup>27</sup> Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2018*, 167 s.

<sup>28</sup> Cass. 7.11.2018 n. 50497.

<sup>29</sup> Comitato Nazionale per la bioetica, *op. cit.*, 16 s.

vengano realizzate politiche volte al superamento della contenzione e che il personale sanitario venga formato all'utilizzo di pratiche di *de-scalation*, in linea con le indicazioni del Comitato Nazionale per la bioetica e del Garante delle persone detenute. Anche perché «all'interno dei luoghi di cura esistono una serie di criticità che concorrono sinergicamente a determinare l'aggressività e la violenza del paziente e che rendono a loro volta inevitabile in situazioni di emergenza legare il paziente al letto. Si tratta di varianti specifiche del paziente o del personale, di varianti cliniche, di varianti di "contesto", di varianti strutturali/organizzative, infine di variabili connesse alla formazione del personale [...]. La contenzione meccanica, è dunque, la risposta del servizio a un problema di gestione del paziente, inevitabile non per ragioni oggettive ma per ragioni "soggettive" interne al singolo servizio, come conseguenza dell'assenza di risorse in grado di offrire una modalità d'intervento differente»<sup>30</sup>.

La Corte costituzionale con sent. 22/2022 ha sollecitato il legislatore ad apprestare una disciplina della contenzione all'interno delle REMS. In particolare, secondo il giudice delle leggi, dovrebbe essere chiarito «se e in che misura sia legittimo l'uso della contenzione [...] ed eventualmente quali ne siano le ammissibili modalità di esecuzione»<sup>31</sup>.

Circa i presupposti di liceità delle pratiche contenitive, in realtà non sembra che l'introduzione di una legge sia davvero indispensabile. Come si diceva sopra, infatti, la contenzione è una pratica vietata penalmente, che diventa ammissibile solo nei ristretti limiti della legittima difesa e dello stato di necessità. Poiché niente induce a ritenere che all'interno delle REMS questo non debba valere, un'eventuale disciplina legislativa *ad hoc* non potrebbe far altro che limitarsi ad esplicitare quanto già previsto in termini generali agli artt. 52 e 54 Cp. Per esempio, potrebbe essere previsto in maniera esplicita un divieto di contenzione preventiva, volta a evitare pericoli di aggressione astratti che non siano imminenti o già in atto, ed eccessivamente prolungata nel tempo. Inoltre, posto che la legatura di mani e piedi dovrebbe costituire una misura assolutamente eccezionale a cui ricorrere solo in termini di *extrema ratio*, si dovrebbe prevedere il dovere per il personale sanitario di esperire prioritariamente interventi meno invasivi, in assenza dei quali l'eventuale ricorso alla contenzione meccanica dovrebbe essere considerato illegittimo. Sebbene irrilevanti su un piano pratico/applicativo, queste previsioni potrebbero avere la funzione di chiarire una volta per tutte l'illegittimità e l'estrema gravità di simile pratiche, di cui gli operatori sanitari dovrebbero essere pienamente consapevoli<sup>32</sup>.

Ciò che dovrebbero essere disciplinate, invece, sono le concrete modalità di esecuzione della contenzione. Secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, il principio di proporzionalità non rileva solo al momento della decisione di ricorrere alla contenzione bensì durante tutta la sua durata. In particolare, ulteriori condizioni di legittimità sono il costante monitoraggio delle condizioni di salute dei pazienti e il "riesame" della misura a stretti intervalli di tempo (nell'ordine di poche ore) da parte di un medico. Ogni decisione di prolungare la contenzione dovrebbe essere annotata in un apposito registro assieme alle indicazioni relative a durata, ragioni e concrete modalità di esecuzione della misura, nonché ai nominativi del personale sanitario coinvolto<sup>33</sup>. Il legislatore sembra essersi finalmente fatto

<sup>30</sup> G. Dodaro, *Il problema della legittimità giuridica dell'uso della forza*, cit., 1489 s. In termini analoghi si esprime il Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2018*, 166, quando afferma che «le insufficienze organizzative o di risorse di personale sono talvolta alla base della difficoltà a ipotizzare e prevedere soluzioni diverse e l'impellenza dell'obbligatorietà rende opaca tale ricerca che finisce, quindi, con l'assumere l'impropria fisionomia della necessità terapeutica. L'inadeguatezza numerica del personale, infatti, più rendere più difficile l'intercettazione del disagio prima del manifestarsi della crisi, mentre la carenza di formazione del personale all'utilizzo di tecniche di *de-scalation* può portare a una sovra-utilizzazione dei mezzi contenitivi» e il Comitato Nazionale per la bioetica nel parere del 23 aprile 2015.

<sup>31</sup> C. cost., 27.1.2022, n. 22.

<sup>32</sup> Comitato Nazionale per la bioetica, *op. cit.*, 22 s.

<sup>33</sup> C. eur., 7.11.2024, Lavorgna c. Italia, §123, «The Court [...] considers that the requirement for a meaningful

carico di questi problemi all'art. 4 co. 3 d.d.l. 27.6.2024 n. 1179, attualmente in corso di esame in commissione.

4.2.2. La seconda ipotesi ha ad oggetto l'uso della forza per la realizzazione di un trattamento sanitario coattivo. Non si tratta, come nel caso precedente, di una vera e propria contenzione, bensì di vincere la resistenza opposta da un paziente all'assunzione di un farmaco.

I trattamenti sanitari coattivi per malattia mentale, impropriamente denominati "obbligatori", sono disciplinati dalla l. 23.9.1978 n. 833, che ne prevede l'applicazione con provvedimento del sindaco su parere motivato di un medico. Nel caso il trattamento debba essere eseguito all'interno di strutture ospedaliere, la procedura è più garantistica, in quanto sono previsti due pareri medici e la convalida del provvedimento del Sindaco da parte dell'Autorità Giudiziaria. Tuttavia, la Corte costituzionale sembra aver affermato che i medici operanti all'interno delle REMS sono titolari di un potere che deroga a quanto previsto dalla l. 833/1978. Nella sent. 22/2022, infatti, si legge che l'assegnazione in REMS «consiste, anzitutto, in una misura limitativa della libertà personale – il che è evidenziato già dalla circostanza che al soggetto interessato può essere legittimamente impedito di allontanarsi dalla REMS. Durante la sua esecuzione possono essere praticati al paziente trattamenti sanitari coattivi, ossia attuabili nonostante l'eventuale volontà contraria del paziente». Questo passaggio desta perplessità, anzitutto, perché, dando per scontata la possibilità di imporre interventi coattivi, si scontra con il principio del consenso informato e con quanto previsto all'art. 33 l. 833/1978, nella parte in cui prevede che «gli accertamenti e i trattamenti sanitari obbligatori [*rectius*: coattivi] di cui ai commi precedenti devono essere accompagnati da iniziative rivolte ad assicurare il consenso e la partecipazione da parte di chi vi è obbligato». Inoltre, perché conferisce ai medici un potere indeterminato, che non sembra compatibile con le riserve di legge e di giurisdizione previste all'art. 13 Cost<sup>34</sup>.

Il problema, però, è che anche la l. 833/1978, nel dettare la disciplina dei trattamenti sanitari coattivi, non è priva di criticità. Non potendo affrontare nel dettaglio questa complessa materia, ci si limita ad indicare tre profili problematici. Innanzitutto, la disciplina del TSO extraospedaliero non prevede la garanzia dell'intervento dell'autorità giudiziaria, pertanto contrasta con l'art. 13 Cost<sup>35</sup>. In secondo luogo, la tutela giurisdizionale, prevista in caso di TSO ospedaliero, non è né accessibile, in quanto il provvedimento del Sindaco che dispone il trattamento sanitario e l'ordinanza di convalida del giudice tutelare non sono oggetto di notifica all'interessato; né effettiva, in quanto non sono previsti per legge né l'audizione del paziente da parte del giudice né il parere di un perito<sup>36</sup>. Infine, la legge è del tutto indeterminata quanto

---

assessment of the imminence or immediacy of the danger of harm in order to decide on the prolongation of restraint entails that medical staff make such assessments with sufficient frequency throughout the application of the measure. It points to, in this respect, the CPT's view to the effect that when recourse is had to the mechanical restraint of a patient for more than a period of hours, the measure should be reviewed by a doctor at short intervals». La Corte, inoltre, afferma che «restrained patients must be kept under close supervision, and every use of restraint must be properly recorded» (§115). Sul punto si veda anche C. Eur., 15.9.2020, Aggerholm v. Denmark.

<sup>34</sup> Secondo E. Daly, *La distinzione fra trattamento sanitario "obbligatorio" e trattamento sanitario "coattivo" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: luci e ombre*, in *CoSS* 2022, 582, «Un simile trattamento sanitario di carattere coattivo sembra riproporre un modello di cura psichiatrica forzosa protratta nel tempo, vale a dire una misura "terapeutica" appiattita su una concezione meramente organicistica e biologistica della patologia mentale e destinata a risolversi in uno strumento ormai estraneo al nostro ordinamento giuridico e in contrasto con i principi ispiratori della legge Basaglia».

<sup>35</sup> C. Landolfi, *L'aporia della coercizione terapeutica "per malattia mentale" in un ordinamento liberaldemocratico: profili di incostituzionalità*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 31.7.2017, 124.

<sup>36</sup> Cass. 9.9.2024, n. 24124, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 7.10.2024, con nota di A. F. Catania, C. eur., 8.10.2013, *Patience Azenabor c. Italia*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).



a presupposti, finalità e contenuti dei trattamenti<sup>37</sup>. L'art. 34 l. 833/1978, infatti, prevede che il TSO possa essere disposto in presenza di non meglio precisate «alterazioni psichiche tali da richiedere urgenti interventi terapeutici» e senza specificare né quali interventi possano essere concretamente realizzati né se questi vengano disposti unicamente nell'interesse del paziente oppure anche della collettività. Non si ignora che una delle più importanti innovazioni approntate dalla riforma Basaglia sia stata l'eliminazione del requisito della pericolosità sociale quale presupposto per l'internamento in manicomio. Tuttavia, l'analisi della prassi mostra come molto spesso il TSO venga disposto nei confronti di pazienti aggressivi e potenzialmente pericolosi per l'incolumità di altri soggetti<sup>38</sup>.

5. L'analisi fin qui condotta dimostra che molte delle indicazioni contenute nella sent. 22/2022 della Corte costituzionale sono rimaste inascoltate. Sebbene, infatti, grazie all'accordo del 30 novembre 2022, il problema delle liste d'attesa sembri nettamente ridimensionato se non addirittura in via di superamento, nulla è stato fatto in ordine ai problemi di disciplina rilevati dal giudice delle leggi. È necessario, invece, che il legislatore intervenga il prima possibile per dettare regole minime applicabili a tutte le REMS e per chiarire una volta per tutte limiti e modalità del ricorso alle misure coattive.

Infine, sembra arrivato il momento anche per un generale riordino della materia delle misure di sicurezza. Oltre che in fonti di natura non legislativa, le più importanti disposizioni sono contenute nella legislazione complementare, che convive con un Codice Rocco rimasto pressoché immutato, come dimostrano i riferimenti ai superati manicomi giudiziari e ai termini di durata minima delle misure di sicurezza: una situazione che non è più accettabile, perché, com'è stato autorevolmente osservato, «è qui [...] nella disciplina delle misure di sicurezza e dell'imputabilità che si manifesta lo *stigma* forse più evidente dell'autoritarismo del codice Rocco» e che «il nostro sistema penale esibisce tutta la sua arretratezza e forse anche la sua antistoricità»<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> C. Landolfi, *L'aporia della coercizione terapeutica "per malattia mentale" in un ordinamento liberaldemocratico: analisi del T.S.O. nella prospettiva delle misure praeter delictum*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 3.5.2018, 7 ss.

<sup>38</sup> C. Landolfi, *L'aporia della coercizione terapeutica "per malattia mentale" in un ordinamento liberaldemocratico: analisi del T.S.O.*, cit., 11 ss.

<sup>39</sup> F. Palazzo, *Punire e curare: tra incertezze scientifiche ed esigenze di riforma. Relazione introduttiva*, in *Infermità mentale, imputabilità e disagio in carcere*, cit., 6.

## LE NOVITÀ DELLA “LEGGE NORDIO” IN MATERIA CAUTELARE: POCHE IDEE, MA CONFUSE

di Elena Valentini (*Professoressa associata di procedura penale, Università di Bologna*)

Il contributo passa in rassegna le modifiche operate dalla legge 9.8.2024, n. 114 alla materia cautelare personale, esaminandone i contenuti ed evidenziando i numerosi aspetti critici generati dalle modifiche che ruotano attorno alle due idee centrali della novella: l'introduzione dell'interrogatorio preventivo (già operativa dal 26 agosto del 2024) e l'istituzione del g.i.p. collegiale deputato ad emettere i provvedimenti applicativi della custodia in carcere (per ora destinata ad entrare in funzione scaduti due anni dall'entrata in vigore della legge n. 114 del 2024).

The paper illustrates the changes made by Law No. 114 of Aug. 9, 2024, in the field of personal precautionary measures examining their contents and highlighting the many critical aspects generated by the changes that revolve around the two central ideas of the new legislation: the introduction of preventive interrogation (already operational since Aug. 26, 2024) and the establishment of the collegiate judge of personal liberty who is competent to issue the measures applying custody in prison (for now, destined to become operational two years after the entry into force of Law No. 114 of 2024).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Una descrizione di massima del disegno complessivo, per orientarsi. – 3. Contraddittorio anticipato? No, interrogatorio preventivo. – 4. Interrogatorio preventivo: regola o eccezione? – 5. Una protagonista trascurata: la domanda cautelare. – 6. Ulteriori precisazioni sul perimetro applicativo dell'istituto. – 7. Contenuto e destinatari dell'invito a comparire per rendere l'interrogatorio. – 8. Il termine a difesa. – 9. Le regole dell'interrogatorio preventivo. – 10. Patologie. – 11. Un necessario bagno di realtà: la cronologia del procedimento e i suoi effetti perversi sui *pericula libertatis*. – 11.1. *Segue*: l'eventualità (tutt'altro che eventuale) delle procedure concorrenti. – 12. Il vero scopo dell'interrogatorio preventivo. – 13. Il futuro che può attendere: il “G.i.p. collegiale”. – 14. Conclusione.

1. Dopo quasi un decennio di quiete, il legislatore del 2024 è tornato a intervenire in modo organico sulla disciplina delle misure cautelari personali. Lo ha fatto con una novella – la legge 9.8.2024, n. 114 – al contempo timida e problematica, inattesa e maldestra, che cerca di tradurre in realtà due idee, avvinte fra loro ancorché destinate a incidere sul sistema a distanza di tempo l'una dall'altra: quella del “contraddittorio anticipato”, più volte accarezzata ma sempre messa da parte poiché non in grado di generare soluzioni normative appaganti, e quella del “G.i.p. collegiale”, preposto a soppiantare l'organo monocratico ove sia in predicato l'applicazione della custodia in carcere.

Se tale secondo (e più ambizioso) perno della riforma vede procrastinato il proprio ingresso in scena (per ora fissato al 26 agosto del 2026), l'istituzione dell'interrogatorio preventivo, per come concepita dalla novella, non è affatto riuscita a superare gli ostacoli e a dissipare i dubbi che avevano finora impedito al contraddittorio anticipato (in tutte le sue possibili differenti declinazioni) di divenire realtà. Tanto da essersi guadagnata un ambito operativo piuttosto residuale.

Come vedremo, il risultato complessivo delle variazioni già vigenti dalla scorsa estate dà ragione delle perplessità che a suo tempo avevano indotto il legislatore ad accantonare le svariate proposte *de iure condendo* volte a consentire l'intervento della difesa prima della

decisione sulla domanda cautelare<sup>1</sup>. A tali perplessità, riguardanti la scelta di fondo, se ne sommano oggi di ulteriori, generate dai numerosi difetti di una soluzione normativa che si è guadagnata le critiche di quasi tutti i primi commentatori (alquanto scettici verso la novella già quando ancora era in cantiere)<sup>2</sup>.

La disciplina messa nero su bianco si presenta farragginosa, e incrementa notevolmente il tasso di complessità procedurale di un rito (quello *de libertate*) già di per sé delicato; ciò farà lievitare il numero e la varietà delle questioni esegetiche ed applicative, a loro volta destinate ad alimentare un contenzioso che finirà per fiaccare ulteriormente (e inevitabilmente) un sistema in costante affanno; tutto questo, però, senza realizzare un significativo innalzamento del livello di tutela garantistica.

L'appesantimento degli oneri organizzativi per gli uffici e, più in generale, le difficoltà concrete passibili di scaturire dalla riforma sono numerosi, poiché dovuti a una serie combinata di fattori. Del resto, i compilatori per primi hanno mostrato di esserne almeno in parte consapevoli, come testimonia la scelta di posticipare l'avvento del G.i.p. collegiale in attesa che vengano in concreto potenziati gli organici della magistratura. Sennonché – come vedremo nel dettaglio – quella del G.i.p. collegiale non è l'unica innovazione suscettibile di creare problemi sul piano empirico, anzi.

Riflettendoci, altre sarebbero state le riforme da varare in materia *de libertate*. Ad esempio, ben più urgente sarebbe stata l'eliminazione dei numerosi automatismi cautelari che, inseriti e sedimentatisi nel corso degli anni, hanno visto nella novella del 2015 una rettifica solo parziale, del tutto inidonea a riportare il caso concreto al centro di una valutazione giudiziale scevra da predeterminazioni aprioristiche e astratte<sup>3</sup>; parimenti doverosa sarebbe una riscrittura del *periculum libertatis* votato ad esigenze di prevenzione speciale (di cui all'art. 274 lett. c), già al centro di iniziative di riforma abortite<sup>4</sup> e di un *referendum* parzialmente abrogativo naufragato per mancato raggiungimento del *quorum*<sup>5</sup>; come pure la necessità di ripensare i

<sup>1</sup> Numerose sono state le proposte di legge affacciate nel corso degli anni '90. A titolo esemplificativo, si possono segnalare queste: il d.d.l. n. 3462/1997 (d'iniziativa del dep. Pisanu ed altri), presentato alla Camera il 20.3.1997, che si sarebbe proposto di associare a un'udienza partecipata e precedente alla decisione di applicare custodia in carcere o arresti domiciliari la possibile imposizione di un fermo nei confronti dell'indagato; il d.d.l. n. 3516/1998 (d'iniziativa del sen. Fassone ed altri), presentato al Senato il 17.9.1998, che si premurava di affrontare i *pericula libertatis* prima della decisione cautelare ricorrendo invece all'accompagnamento coattivo dell'imputato al cospetto del giudice cautelare (con il riconoscimento della possibilità di ottenere un termine a difesa, non superiore a cinque giorni, cui però si associava quella di applicare la custodia provvisoria dell'imputato da parte del giudice); il d.d.l. n. 3237/2004 (d'iniziativa del sen. Centaro ed altri), presentato al Senato il 2.12.2004, che accordava al pubblico ministero, nel presentare richiesta applicazione di una misura cautelare, il potere di disporre «l'esecuzione provvisoria» (tale medesima proposta si prefiggeva altresì di assegnare al tribunale in composizione collegiale la competenza ad esprimersi sulla domanda cautelare, contestualmente abrogando riesame e appello cautelare).

<sup>2</sup> Critiche che tuttavia, sebbene ardue da contrastare, sono rimaste totalmente inascoltate (ne dava conto, all'indomani dell'approvazione del d.d.l. A.C. n. 1718, M. Gialuz, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 22.7.2024, 11 ss.).

<sup>3</sup> In proposito, v. per tutti S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza: eccessi e incongruenze del doppio binario cautelare*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino 2015, 101, nonché G. Della Monica, *Le presunzioni cautelari*, Torino 2023.

<sup>4</sup> Si allude in particolare alla proposta (racchiusa nell'originario d.d.l. poi sfociato nella l. n. 47/2015) di intervenire sull'art. 274 lett. c Cpp in modo da escludere che il rischio di "reiterazione" potesse essere ricavato dalle sole modalità del fatto per cui si procede e che la personalità dell'imputato potesse essere desunta unicamente dalle circostanze del fatto addebitato. Fortemente osteggiata dall'ANM, tale proposta è poi abortita, ed è stata soppiantata dal riferimento alla gravità del titolo di reato per cui si procede (che campeggia in chiusura sia della lett. c sia della lett. b dell'art. 274 Cpp).

<sup>5</sup> Come noto, il quesito proponeva l'abrogazione della porzione dell'art. 274, co. 1, lett. c concernente il rischio

connotati del giudizio di riesame, aumentando i casi di doveroso annullamento dell'ordinanza cautelare che risulti non conforme agli stringenti obblighi motivazionali prescritti dall'art. 292 Cpp.

In tutto ciò, si sarebbe invece dovuto tener ferma la scelta del contraddittorio successivo, nel tempo arricchitosi di importanti garanzie (in virtù dell'azione sinergica di legislatore, Corte costituzionale e Sezioni unite<sup>6</sup>): una scelta alla quale si potevano apportare alcuni correttivi<sup>7</sup>, ma che resta, tra i possibili compromessi in materia *de libertate*, quello comunque da preferirsi, almeno nell'opinione di chi scrive<sup>8</sup>.

2. Le innovazioni apportate dalla “legge Nordio” alla materia cautelare personale identificano una parte sostanziosa – ma non l'unica – della legge n. 114 del 2024. Ad esse se ne affiancano altre, che hanno investito tanto il codice penale (la novella è nota soprattutto per aver abrogato il delitto di abuso d'ufficio) quanto quello di rito, con modifiche in materia di intercettazioni, di informazione di garanzia e di impugnazioni (con particolare riferimento all'inappellabilità,

---

di commissione dei delitti della stessa specie (con le relative specificazioni racchiuse nell'ultima parte del precetto).

Malgrado questo esito, l'idea di por mano all'art. 274 lett. c Cpp non è affatto stata abbandonata, come dimostra l'ordine del giorno presentato alla Camera dei deputati il 7.8.2024 dall'on. Enrico Costa, che impegna il Governo « a valutare, nel solco delle iniziative già adottate con il d.d.l. Nordio, un intervento normativo finalizzato a una rimodulazione delle norme sulla custodia cautelare, con particolare riferimento alle esigenze cautelari di cui all'articolo 274 co. 1 lettera c) Cpp finalizzato a un puntuale bilanciamento tra presunzione di non colpevolezza e garanzie di sicurezza».

<sup>6</sup> L'irrobustimento del diritto di difesa (e di autodifesa) nel procedimento cautelare personale si è realizzato attraverso numerosi interventi, posti in essere dal legislatore (in particolare con le leggi 8.8.1995, n. 332, 1.3.2001, n. 63, e 18.4.2015, n. 47), dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni unite, che hanno fra l'altro progressivamente potenziato i diritti conoscitivi della difesa in seno all'incidente *de libertate*. Ciò è avvenuto innanzitutto grazie alla rideterminazione del contenuto necessario del fascicolo cautelare (che, dopo la novella del 1995, deve includere anche tutti gli elementi favorevoli alla persona sottoposta alle indagini, nonché le eventuali deduzioni e memorie difensive già depositate), di cui va assicurato l'accesso alla difesa subito dopo l'esecuzione dell'ordinanza cautelare (secondo quanto prescritto dall'art. 293 Cpp, parimenti innovato nel 1995), con annesso diritto alla copia (v. sentenza costituzionale n. 192 del 1997). Gli ulteriori, successivi sviluppi a tale proposito si devono alla giurisprudenza di legittimità, e in particolare alla sentenza Cass. S.U. 28.6.2005 n. 26798 (in *CP* 2005, 3260, con nota di L. Giuliani, *Nullità dell'interrogatorio “di garanzia” per omesso deposito degli atti ex art. 293 co. 3 Cpp: le Sezioni unite recuperano il diritto al contraddittorio nel procedimento cautelare*), che ha riconosciuto la nullità dell'interrogatorio di garanzia ove non preceduto dal deposito del *dossier* cautelare. L'approdo di tale pronuncia, che ha valorizzato i rapporti tra le singole tappe del procedimento “ordinario” di applicazione delle misure cautelari, è stato poi esteso anche a quello che si interseca con la procedura di convalida dell'arresto o del fermo (v. Cass. S.U. 30.9.2010 n. 36212, in *CP* 2011, 890 ss., con nota di M. Lo Giudice, *Sull'ostensione al difensore del dossier cautelare in sede di convalida: l'overruling delle Sezioni unite ripristina il contraddittorio effettivo*). A seguire, e grazie alla declaratoria di illegittimità costituzionale parziale dell'art. 268 Cpp (sent. cost. n. 336 del 2008, di cui si può leggere il commento di G. Illuminati, *Accesso alle intercettazioni utilizzate in sede cautelare e diritto di copia*, in *GCoS* 2008, 3761), è stato riconosciuto il diritto del difensore di ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate; pronuncia che ha posto le premesse per ulteriori sviluppi, tanto giurisprudenziali (scaturite dall'importante sentenza Cass. S.U. 22.4.2010, Lasala, in *CP* 2010, 461 ss.), quanto legislative (v. in particolare la modifica al co. 3 dell'art. 293 Cpp apportata dal d.l. 30.12.2019, n. 161, conv. con mod. dalla l. 28.2.2020, n. 7).

<sup>7</sup> Tra questi, la possibilità di chiedere ed ottenere, da parte della difesa, un differimento dell'interlocuzione tra imputato e giudice (ben oltre il termine perentorio previsto dai commi 1 e 1-bis dell'art. 294 Cpp: v. sul punto la giurisprudenza citata *infra*, note 61 e 59), come pure l'imposizione di un obbligo, in capo al giudice, di emettere un provvedimento motivato all'esito dell'interrogatorio (ove questo non si sia risolto nell'esercizio del diritto al silenzio da parte dell'indagato).

<sup>8</sup> Peraltro, come avremo modo di dimostrare, la natura settoriale della riforma dimostra come sia per primo il legislatore a non credere troppo nella necessità di rivedere le scansioni procedurali del rito cautelare.

da parte del pubblico ministero, delle sentenze di proscioglimento per i reati di cui all'art. 550, co. 1 e 2 Cpp)<sup>9</sup>.

Per poter affrontare le singole questioni poste dalle novità in materia cautelare, è opportuno dar conto del loro disegno complessivo, richiamando le singole disposizioni inserite o cambiate, concernenti tanto l'interrogatorio preventivo quanto l'istituzione del G.i.p. collegiale, e sulle quali ci si soffermerà poi più nel dettaglio.

Fra tutti, l'articolo del codice di procedura penale interessato dal più alto numero di interpolazioni è il 291, cui sono stati aggiunti i commi dall'1-*quater* all'1-*novies*. In base alle novità, prima di disporre la misura cautelare, il giudice – e, in caso di competenza collegiale (v. *infra*, par. 13), il presidente del collegio (ovvero il componente da lui delegato) – deve procedere all'interrogatorio della persona sottoposta alle indagini. L'adempimento – da svolgersi nel rispetto degli artt. 64 e 65 Cpp e da documentarsi secondo quanto stabilito dall'art. 141-*bis* Cpp – non opera ove ricorrano il pericolo di inquinamento probatorio (art. 274, lett. *a*, Cpp) o il rischio di fuga (art. 274, lett. *b*, Cpp). Esso è dunque destinato a svolgersi in costanza della sola esigenza specialpreventiva di cui all'art. art. 274, lett. *c*, Cpp; purché, tuttavia, essa non riguardi uno dei delitti di cui all'art. 407, co. 2, lett. *a*, Cpp o all'art. 362, co. 1-*ter*, Cpp, come pure «gravi delitti commessi con l'uso di armi o con altri mezzi di violenza personale». Nelle (limitate) ipotesi in cui ne è prescritto l'espletamento, l'interrogatorio va anticipato dalla notifica dell'invito a presentarsi alla persona sottoposta alle indagini e al suo difensore; se per regola generale essa deve precedere di almeno cinque giorni l'espletamento dell'incombente, per ragioni di urgenza tale termine può essere ridotto dal giudice, ma in modo da lasciare un tempo congruo per comparire. Tra le altre informazioni prescritte dall'art. 291 co. 1-*septies*, l'invito deve contenere l'avviso di deposito nella cancelleria del giudice della richiesta di applicazione della misura cautelare e degli atti ad essa allegati, con l'avvertimento della facoltà di prenderne visione ed estrarne copia.

Il giudice provvede, comunque, sulla richiesta di applicazione della misura quando l'indagato non compare senza addurre un legittimo impedimento, oppure quando egli non è stato rintracciato e il giudice ritiene le ricerche esaurienti, anche con riferimento ai luoghi di cui all'art. 159, co. 1, Cpp.

Le ricadute sanzionatorie dell'inottemperanza alla nuova disciplina sono esplicitate dalle variazioni che hanno parallelamente investito l'art. 292 Cpp, dedicato ai requisiti dell'ordinanza applicativa della misura cautelare. Tanto il mancato espletamento dell'interrogatorio preventivo quanto la nullità dell'atto conseguente alla trasgressione della disciplina relativa al contenuto necessitato dell'invito a rendere l'interrogatorio generano la nullità dell'ordinanza cautelare (art. 292, co. 3-*bis*, Cpp). L'ordinanza è altresì nulla ove non siano stati specificamente valutati gli elementi esposti dall'indagato nel corso dell'interrogatorio reso ai sensi dell'art. 291, co. 1-*quater*, Cpp (art. 292, co. 2-*ter*, Cpp). L'espressa inclusione delle dichiarazioni rilasciate dall'indagato ai sensi dell'art. 291, co. 1-*quater*, Cpp tra gli atti da trasmettere al tribunale del riesame nei termini previsti depone nel senso dell'inefficacia della misura ove tale adempimento venga omissso (secondo quanto stabilito in via generale dall'art. 309, co. 5, Cpp).

L'altro fronte di novità in materia *de libertate*, concernente l'istituzione del G.i.p. collegiale e non ancora operativo (essendo la relativa applicabilità stata differita a due anni dall'entrata in vigore della legge n. 114/2024), passa invece per una serie di inserimenti apportati agli artt. 328, 299 e 313 Cpp. In particolare, la prima fra le disposizioni citate ha visto l'innesto di un

<sup>9</sup> Come torneremo a ricordare (*infra*, § 13), a tali modifiche sono andati ad aggiungersi alcuni ritocchi alla disciplina di ordinamento giudiziario e la previsione di aumento del ruolo organico del personale di magistratura ordinaria.

nuovo comma 1-*quinquies*, stando al quale «il giudice per le indagini preliminari decide in composizione collegiale l'applicazione della misura della custodia in carcere»; analoga previsione si ritrova anche nel periodo finale aggiunto al primo comma dell'art. 313, co. 1, Cpp, dedicato al procedimento per l'applicazione provvisoria di misure di sicurezza («il giudice per le indagini preliminari procede nella composizione collegiale di cui all'art. 328, co. 1-*quinquies*, quando deve essere applicata una misura di sicurezza detentiva»). Infine, l'art. 299, co. 4, Cpp, in tema di aggravamento del regime cautelare in corso di esecuzione, è stato integrato con la frase secondo cui, «se ritiene che l'aggravamento debba comportare l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, il giudice per le indagini preliminari rimette la decisione al collegio di cui all'articolo 328, co. 1-*quinquies*».

Accanto a tali interventi sul codice di rito ne sono stati apportati altri, di natura ordinamentale e organizzativa, volti ad accompagnare e rendere possibile il funzionamento del nuovo G.i.p. collegiale. Essi non saranno oggetto di specifica analisi in questo contributo, dedicato alle sole modifiche che hanno investito la disciplina cautelare personale, a partire da quelle (già in vigore) concernenti l'interrogatorio preventivo.

3. La complessiva timidezza della riforma emerge, innanzitutto, dalla natura dello strumento privilegiato per dar voce alla difesa prima che il giudice si esprima sulla domanda cautelare: la legge n. 114 del 2024 si è infatti limitata a rendere obbligatorio l'interrogatorio di garanzia preventivo (così replicando la medesima soluzione, inaugurata nel 1997, rinvenibile nell'art. 289 Cpp). Infatti, se il legislatore avesse davvero inteso introdurre il *contraddittorio anticipato* nel sistema cautelare codicistico, avrebbe dovuto valorizzare la figura del difensore, senza relegarla alla posizione del convitato di pietra.

Certamente, il compromesso privilegiato dalla novella altera in misura minore gli equilibri del sistema, evitando di nuocere alla centralità del riesame *ex art.* 309 Cpp. Un vero *contraddittorio anticipato*, costruito sull'istituzione di un'udienza partecipata (così come avviene nel rito cautelare a carico dell'ente), avrebbe infatti senz'altro appannato il ruolo di tale istituto<sup>10</sup>; ruolo che, tuttavia, è comunque destinato ad offuscarsi nei casi in cui scatterà (ammesso e non concesso che ciò avverrà davvero) la competenza del G.i.p. collegiale<sup>11</sup>.

Specie considerando che (come vedremo) all'interrogatorio non deve necessariamente presenziare anche il difensore – il quale, pur dovendo essere messo nella condizione di partecipare, può scegliere di non farlo (e peraltro, se vi assiste, in ogni caso lo fa sostanzialmente da spettatore) –, l'opzione normativa sposata dalla riforma finisce giocoforza per alimentare il rischio che la persona attinta dalla domanda cautelare possa subire una pressione psicologica addirittura superiore a quella sperimentata da chi si presenti al cospetto del giudice dopo l'esecuzione dell'ordinanza *ex art.* 292 Cpp. In linea di massima, la scelta del silenzio da parte dell'indagato si presta infatti ad incidere sul convincimento giudiziale in misura probabilmente maggiore, ove si consideri che, nel caso di interrogatorio preventivo, il G.i.p. non risente del pregiudizio derivante dal fatto di aver già assunto la propria decisione. Ciò fa sì che l'effetto persuasivo del regime cautelare già operante a carico dell'indagato, tipicamente riscontrabile nei casi di interrogatorio successivo (*ex art.* 294 Cpp), venga qui soppiantato dalla consapevolezza che dichiarazioni dal contenuto confessorio o comunque

<sup>10</sup> Non a caso, in alcune passate proposte *de iure condendo*, all'introduzione del contraddittorio anticipato andava affiancarsi l'abrogazione del riesame (come pure dell'appello cautelare): cfr. *retro*, nota 1.

<sup>11</sup> Il giudizio di riesame resta dunque centrale, continuando a costituire un appuntamento in vista del quale la difesa, oltre a disporre di un lasso temporale meno circoscritto, può allestire una strategia in grado di aggredire l'ordinanza cautelare a quel punto già confezionata, e non ancora in predicato di esserlo.

collaborativo potrebbero scongiurare *ab ovo* l'imposizione di una misura cautelare (o comunque di una misura particolarmente afflittiva)<sup>12</sup>.

Le ricadute di questo diverso scenario si estrinsecano su due fronti, legati alla doppia natura giuridica dell'istituto *ex art. 291 co. 1-quater* Cpp, che, oltre a identificare una tappa necessaria del rito cautelare (la cui eventuale omissione o invalidità è in grado di riverberarsi sulla validità o sull'efficacia dell'ordinanza giudiziale) al contempo costituisce anche un atto a contenuto probatorio.

La prima dimensione (sulla quale torneremo anche più avanti) porta a riflettere sulla posizione dell'interrogatorio preventivo in seno alla procedura applicativa della cautela personale, e dunque a constatare che tale atto è destinato a svolgersi senza la possibilità, per la difesa, di confrontarsi con un provvedimento corredato della motivazione legislativamente prescritta dall'art. 292 Cpp. Sebbene l'esperienza concreta offra diffusa testimonianza di domande cautelari corposissime ed estesamente motivate (tanto da aver suggerito al legislatore del 2015 di sanzionare in modo esplicito il frequente ricorso al "copia-incolla"<sup>13</sup>), il fatto che l'art. 291 Cpp non prescriva un necessario apparato contenutistico e argomentativo per la richiesta del pubblico ministero fa sì che l'audizione dell'indagato possa svolgersi senza poter sempre contare su una lettura ragionata del fascicolo cautelare da parte dell'accusa.

Ora, per quanto l'inconveniente appena segnalato sia comune pure ad altre soluzioni (anche attuative di un vero e proprio contraddittorio anticipato<sup>14</sup>), rispetto all'interrogatorio preventivo esso genera ricadute più rilevanti, proprio alla luce della ulteriore natura dell'istituto, quale atto a contenuto probatorio. Natura dalla quale deriva come il *deficit* conoscitivo conseguente alla scelta di situare l'interrogatorio prima dell'emissione dell'ordinanza cautelare (e non dopo la stessa) possa rivelarsi foriero di conseguenze a lungo raggio, visto che le dichiarazioni rese dinanzi al G.i.p. potranno poi essere utilizzate anche in seno al procedimento di merito.

A tale ultimo proposito, bisogna segnalare un'imprecisione in cui è incappata la novella in commento, che ha omesso di interpolare l'art. 503, co. 6, Cpp onde coordinarlo con la novità apportata all'art. 291, co. 1-*quater*. Infatti, la disposizione continua a prevedere la possibilità di acquisire al fascicolo del dibattimento le dichiarazioni, in ipotesi utilizzate per le contestazioni, che siano state rese durante altri interrogatori svolti dinanzi al G.i.p. o al G.u.p. (a norma degli artt. 294, 299, co. 3-*ter*, 391 e 422), senza nulla stabilire in relazione a quelle rese durante l'interrogatorio preventivo. Il mancato intervento sulla disciplina delle contestazioni nell'esame dell'imputato è senz'altro da addebitare a una svista dei compilatori, del tutto analoga a quella concernente l'interrogatorio *ex art. 289* Cpp (anch'esso non menzionato dall'art. 503): l'analisi dei lavori parlamentari non offre infatti alcun indicatore che consenta di ascrivere a una scelta deliberata l'omesso ritocco all'art. 503, co. 6, Cpp, anche perché resterebbe del tutto inspiegabile la differenza rispetto a quanto viceversa stabilito

---

<sup>12</sup> Pur con le debite differenze, l'effetto psicologico finale potrebbe in qualche misura evocare la prassi abusiva della cosiddetta «sospensione della cattura», che ha indotto la scelta legislativa (messa in atto con la l. n. 332/1995) di istituire l'obbligatoria priorità cronologica dell'interrogatorio del G.i.p. rispetto a quello eventualmente condotto dal p.m. Prima della modifica apportata al comma 6 nell'art. 294 Cpp, tale prassi si realizzava attraverso l'esibizione, durante l'interrogatorio condotto dall'inquirente, dell'ordinanza di custodia cautelare già emessa dal giudice ma non ancora eseguita, ed accompagnata dal messaggio che se l'indagato avesse collaborato l'ordinanza sarebbe stata prontamente revocata (della prassi dà conto L. Lami, *Omnis tenetur se detegere, L'abolizione del diritto al silenzio nelle indagini su affari e politica*, sintesi della relazione del prof. Amodio al Convegno sul tema «Carcerazione, collaborazione, stato di diritto» tenutosi a Palermo l'11.1.1995, in *CP* 1995, 2439).

<sup>13</sup> Si allude, come intuibile, alle modifiche operate all'art. 292, co. 2, lett. c, e *c-bis* nonché all'innesto dell'ultima frase in seno all'art. 309, co. 9, Cpp.

<sup>14</sup> Come ad esempio avviene nell'udienza *ex art. 47 d. lgs. 8.6.2001, n. 231*.

dall'art. 513 Cpp (differenza che discende semplicemente dalla diversa tecnica redazionale utilizzata nel comporre le due disposizioni<sup>15</sup>).

Senonché, è chiaro come le future dinamiche dell'interrogatorio preventivo possano (almeno in parte) venire a dipendere anche dalla risposta giurisprudenziale che verrà data della differenza di trattamento processuale rispetto all'interrogatorio *ex art.* 294 Cpp. Infatti, là dove – come pare doveroso – dovesse prevalere un'esegesi fedele al dato letterale, ne uscirebbe incentivata la rinuncia al silenzio: malgrado un'eventuale ammissione degli addebiti sia destinata a determinare ricadute non confinate al solo incidente *de libertate* (ma estese anche a procedimenti speciali di natura consensuale), l'impossibilità di acquisire al fascicolo dibattimentale eventuali dichiarazioni autoaccusatorie impiegate per le contestazioni durante l'esame dell'imputato potrebbe incoraggiare scelte di collaborazione. Tuttavia, non sembra peregrino presagire una lettura pretoria di segno inverso, ancorché in contrasto con il principio di legalità processuale, facente leva sull'esistenza di un difetto di aggiornamento in sede di redazione della legge n. 114 del 2024 e sull'identità di funzione rispetto agli interrogatori di cui agli artt. 294 e 391 Cpp (viceversa nominati nell'art. 503 co. 6 Cpp)<sup>16</sup>.

4. Anticipando l'interrogatorio di garanzia senza istituire un'udienza partecipata in cui apparecchiare un vero e proprio contraddittorio, il legislatore del 2024 ha dunque optato per una soluzione piuttosto riduttiva. Ciò posto, la soluzione si rivela timida anche (e ancor più) per altre ragioni, caratterizzandosi per una serie di deroghe talmente corposa da confinare l'interrogatorio preventivo a un ruolo marcatamente residuale.

Tale prudenza nasce dai medesimi inconvenienti che avevano per anni scoraggiato l'introduzione del contraddittorio anticipato, il quale, vanificando l'effetto sorpresa tipico dell'intervento cautelare, genera la necessità di farsi carico di un possibile aggravamento del *periculum libertatis* generato proprio dalla consapevolezza, da parte del "proposto", circa la possibile applicazione di una misura restrittiva.

In astratto, tale necessità potrebbe essere affrontata in vari modi: diversificando la soluzione in funzione del titolo del delitto per cui si procede; o differenziando la risposta normativa in conseguenza del tipo e/o dell'intensità delle esigenze cautelari riscontrati nel caso specifico; oppure circoscrivendo il contraddittorio anticipato alle sole ipotesi in cui sia in predicato l'applicazione di misure meno severe rispetto a quella carceraria/custodiale. In alternativa, facendosi carico di scongiurare i *pericula libertatis* tramite una misura provvisoriamente restrittiva della libertà personale, che potrebbe assumere i connotati del fermo, di una misura obbligatoria (come gli arresti domiciliari, magari associati a monitoraggio elettronico) o

<sup>15</sup> L'art. 513 co. 1 Cpp non richiama specificamente i contesti in cui le dichiarazioni dell'imputato possano essere state precedentemente rese, limitandosi a menzionare «dichiarazioni rese dall'imputato [...] al giudice nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare».

<sup>16</sup> Come vedremo più avanti, quella appena segnalata nel testo non è l'unica differenza intercorrente tra la disciplina dedicata al nuovo interrogatorio preventivo di cui all'art. 291 co. 1-*quater* e quello tradizionale, *ex art.* 294 Cpp. Il tratto di diversità più rilevante è infatti quello insito nella mancata previsione dell'obbligatoria assistenza difensiva durante l'interrogatorio di nuovo conio, viceversa prescritta (a partire dal 2001) per l'interrogatorio di garanzia successivo, *ex art.* 294 Cpp. Entrambe le differenze paiono ascrivibili a un difetto di tecnica legislativa in cui sembra essere incappato il legislatore del 2024. Tuttavia, sebbene la causa di tali difformità sembri essere la medesima (una svista, e dunque una scelta non ponderata), le relative conseguenze non si prestano ad essere affrontate in modo univoco. Infatti, mentre un eventuale superamento interpretativo della differenza in ordine alla presenza necessaria del difensore operato estendendo anche all'interrogatorio *ex art.* 291 co. 1-*quater* Cpp l'obbligo di assistenza difensiva esplicitamente previsto solo dall'art. 294 Cpp darebbe vita a un allargamento delle garanzie, lo stesso non potrebbe dirsi ricomprendendo analogicamente anche l'interrogatorio *ex art.* 291 co. 1-*quater* tra gli atti acquisibili al fascicolo dibattimentale *ex art.* 503 co. 6 Cpp (possibilità da ritenersi preclusa, appunto perché contraria al principio di legalità processuale).



dell'accompagnamento coattivo (onde assicurare la partecipazione dell'imputato all'udienza o all'interrogatorio di garanzia anticipato): misure atte a impedire che i *pericula* possano concretamente tradursi in realtà, con la persona sottoposta alle indagini che, preavvertita, inquina il quadro probatorio, si dà alla fuga, delinque<sup>17</sup>.

Fra tutte quelle appena esemplificate, il legislatore ha scelto di adottare una combinazione tra le prime due soluzioni, scartando dunque l'idea di comprimere la libertà personale del destinatario della domanda ex art. 291 Cpp sia prima sia dopo l'incontro con il giudice chiamato ad esprimersi su tale richiesta<sup>18</sup>. La legge n. 114/2024 ha altresì escluso diversificazioni del *modus procedendi* in conseguenza della concreta intensità delle esigenze cautelari o dell'urgenza di affrontarle<sup>19</sup>: opzione che sarebbe stata forse preferibile, anche se attributiva di un'ampia discrezionalità al giudice in ordine alla scelta se procedere o meno *inaudita altera parte*<sup>20</sup>. Stessa sorte è toccata all'idea (in linea di principio non così distante da quest'ultima) di differenziare le scansioni del procedimento sulla scorta del tipo di misura cautelare da applicarsi nel caso concreto, ad esempio escludendo la necessaria interlocuzione con l'indagato ove il giudice si fosse orientato per la custodia in carcere, o comunque per una misura custodiale: idea che, se da un lato avrebbe potuto concretamente risolversi in un'eterogeneità dei fini, ponendo le premesse normative per un più esteso ricorso alla custodia carceraria, dall'altro avrebbe avuto il pregio di risultare più omogenea con quella contestualmente inserita in relazione alla futura competenza cautelare del G.i.p. collegiale (competenza destinata a scattare proprio in forza del tipo di misura in predicato di applicazione: la custodia in carcere). Nel rifiutare queste alternative, la legge n. 114 ha invece deciso di puntare su ben due ordini di deroghe al contraddittorio preventivo, connesse sia al tipo di *periculum libertatis* riscontrabile nella singola fattispecie sia al titolo del delitto di cui va scongiurato il rischio di commissione. Combinate fra loro, tali deroghe (esplicitate al co. 1-*quater* dell'art. 291 Cpp) finiscono per ridurre l'apparente regola generale – quella dell'interrogatorio preventivo – a un'eccezione confinata a casi, se non proprio sporadici, sicuramente minoritari.

Il primo ordine di eccezioni concerne il tipo di esigenza cautelare da fronteggiare nel caso concreto. L'interrogatorio preventivo è infatti escluso in radice ove sussistano il rischio di inquinamento probatorio (art. 274, lett. *a*) e quello di fuga (art. 274 lett. *b* Cpp). Solo là dove il

<sup>17</sup> Le possibili soluzioni per realizzare il contraddittorio anticipato sono state oggetto di più d'una riflessione dottrinale. Per tutti, si veda il lavoro (forte anche di un acuto sguardo comparatistico, rivolto in particolare al modello francese) di L. Giuliani, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova 2012. V. anche, fra gli altri, Aa. Vv., *G.i.p. e libertà personale. Verso un contraddittorio anticipato?*, Atti dell'incontro di studio tenutosi a Firenze, 7.5.1996, Napoli 1997; E. Marzaduri-E.Amodio-A. Albiani-G.Illuminati, *Tavola rotonda. La disciplina delle misure cautelari personali*, in *questa rivista* 2006, 371 ss.

<sup>18</sup> Di per sé sola considerata, la scelta di evitare un ampliamento delle ipotesi di fermo andrebbe salutata con favore: infatti, e sebbene la generalizzazione del fermo possa essere circoscritta alle sole ipotesi in cui si proceda per delitti di particolare gravità, gli inconvenienti di tale soluzione sono noti, e testimoniati dall'esperienza applicativa dell'istituto regolato dall'art. 384 Cpp, che vede il giudice per le indagini preliminari fortemente influenzato ad avallare una decisione – quella di restringere la libertà personale della persona sottoposta alle indagini – già presa, a monte, dal pubblico ministero. Del resto, proprio la volontà di evitare l'ampliamento dell'area delle restrizioni provvisorie della libertà personale (tipica del modello francese) aveva indotto i redattori del codice del 1988 a scartare l'introduzione del contraddittorio anticipato, che pure era stata presa in considerazione. Sennonché, come vedremo subito, la scelta di escludere qualsiasi intervento coercitivo provvisorio ha posto le premesse per confinare l'interrogatorio preventivo ad ipotesi talmente residuali da risultare prive di un impatto davvero innovativo sul sistema.

<sup>19</sup> Avrebbe ritenuto preferibile questa soluzione P. Bronzo, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in *www.sistemapenale.it* 12.4.2024, 4 (il contributo riproduce il testo scritto dell'audizione del 28.3.2024 alla Commissione II Giustizia della Camera dei Deputati sul d.d.l. C.1718).

<sup>20</sup> Difetto dal quale non è tuttavia esente la novella, che comunque (come vedremo) fa dipendere la possibilità di ridurre il termine dilatorio intercorrente tra la notifica dell'invito a comparire e l'espletamento dell'interrogatorio da generiche «ragioni di urgenza».

*periculum* da contrastare sia connesso a esigenze specialpreventive sorgerà l'obbligo di invitare a comparire l'indagato. E anche in tal caso, non sempre. Qui infatti si inserisce il secondo ordine di deroghe, che delimita ulteriormente l'operatività dell'interrogatorio preventivo, confinandolo alle sole vicende in cui il rischio di cui all'art. 274, lett. c Cpp non abbia ad oggetto «uno dei delitti indicati all'articolo 407, comma 2, lettera a), o all'articolo 362, comma 1-ter, ovvero a gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale». La fisionomia complessiva risulta davvero deludente, per una serie composita di ragioni. Come già anticipato in esordio, accanto a perplessità di portata più generale, concernenti le scelte di fondo, se ne aggiungono di ulteriori, scaturenti dalle approssimazioni in cui i compilatori sono incappati nel tradurre in legge il proprio disegno.

Circa le scelte di fondo, una prima critica nasce dalla consapevolezza in ordine alle ricadute empiriche dell'idea di diversificare il *modus procedendi* – con o senza interrogatorio preventivo – in conseguenza del tipo di rischio cautelare volta a volta riscontrato.

In proposito, è facile pronosticare a quali conseguenze potrà condurre il nuovo art. 291, co. 1-*quater* Cpp, in particolare là dove il pericolo di recidiva specifica abbia ad oggetto i delitti rispetto ai quali opera l'interrogatorio preventivo. Innanzitutto, è probabile possa registrarsi una proliferazione di domande cautelari “polivalenti” (cioè fondate su tutti e tre i *pericula libertatis*). Un esito che, di per sé, dovrebbe poter restare privo di ricadute ulteriori; come vedremo, infatti, e sebbene la disciplina non sia esplicita in tal senso, la verifica finale dei presupposti per evitare di dar corso all'interrogatorio preventivo deve ritenersi affidata al giudice e non al pubblico ministero richiedente. Tuttavia, è difficile pensare che gli effetti empirici del “doppio binario” descritto dall'art. 292 co. 1-*quater* possano restare confinati alla sola fisionomia della domanda *ex art. 291 Cpp*.

Sul punto, va prestata la dovuta attenzione alla congenita evanescenza della fattispecie cautelare. In particolare, si allude al fatto che mentre il vaglio concernente la gravità indiziaria si interroga su un fatto del passato (che dinanzi al G.i.p. presenta i connotati della “imputazione preliminare”), quello circa la sussistenza o meno dei *pericula libertatis* guarda interamente al futuro, chiamando il giudice a una prognosi inevitabilmente marcata da un più alto tasso di discrezionalità.

La combinazione tra questa caratteristica del giudizio cautelare e l'istituzione del “doppio binario” disegnato dall'art. 291 co. 1-*quater* potrebbe indurre un abbassamento degli *standard* probatori richiesti per ritenere integrati tanto il pericolo di inquinamento probatorio quanto (soprattutto) quello di fuga: infatti, condizionare l'obbligatorietà dell'interrogatorio preventivo all'insussistenza di determinati *pericula libertatis* (quelli di cui alle lett. a e b dell'art. 274 Cpp) rischia di porre le premesse per un generalizzato scivolamento verso soluzioni idonee a schivare l'intervento difensivo prima della decisione giudiziale. Con un chiaro effetto *boomerang* rispetto allo scopo dichiaratamente perseguito, che sarebbe quello di irrobustire la tutela della libertà personale attraverso un'anticipazione dell'autodifesa<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> La tendenza a ricorrere a massime di esperienza stereotipate su cui fondare la ritenuta sussistenza dei *pericula libertatis* (e in particolare di quelli *ex art. 274 lett. a e b*) ha costituito il movente dei ripetuti rimaneggiamenti che hanno nel corso degli anni investito la descrizione normativa delle esigenze cautelari. Ciò detto, è proprio il rischio di fuga (che astrattamente può andare dalla mera ideazione al fatto di essere colto con le valigie in mano) a prestarsi a letture più oscillanti, e in ipotesi meno garantistiche rispetto a quella ad oggi stabilizzatasi in giurisprudenza (su cui v. ad esempio Cass. 7.3.2018 n. 16864, *CEDCass.*, n. 273011, che, nel negare l'esistenza del rischio di fuga sulla scorta della «generica esistenza di solidi e ramificati contatti con l'estero», richiede un accertamento di «tutti gli elementi utili risultanti dagli atti, quali il comportamento processuale ed extraprocessuale, i precedenti penali, le modalità del fatto e l'entità della pena, dai quali desumere la volontà e capacità dell'indagato di darsi alla fuga»; o anche Sez. V, 27.09.2018, Roncali, *ivi*, n. 274220, secondo cui l'attualità del pericolo «non comporta necessariamente l'esistenza di condotte materiali che rivelino l'inizio dell'allontanamento o che siano comunque espressione di fatti ad esso prodromici, essendo sufficiente accertare, con giudizio prognostico verificabile, perché

La dinamica appena segnalata non può poi che alimentarsi per via dell'incremento del *periculum* derivante proprio dal venir meno dell'effetto sorpresa conseguente alla ricezione dell'invito a comparire ex art. 291 co. 1-*sexies* ss. Sulla carta, imponendo l'interlocazione preventiva con l'indagato nel solo caso in cui paia sussistere il pericolo di commissione di delitti ex art. 274 lett. c Cpp, si dovrebbe in astratto pervenire al risultato di evitare la cautela a chi fosse previamente in grado di esibire un alibi, rappresentare una situazione scagionante o comunque di escludere il rischio di "recidiva" specifica. Sennonché, gli altri due pericoli potrebbero insorgere proprio in conseguenza della ricezione dell'invito a comparire. E anche là dove così non dovesse essere *realmente*, è semplice immaginare i risultati applicativi di simili distinguo: di fronte alla fuga o all'inquinamento probatorio che si può paventare vengano messi in atto fra l'avviso e l'applicazione della cautela, chi procede con ogni probabilità finirà per evitare di esporsi, appunto presentando una domanda fondata su tutte e tre le esigenze cautelari. Per analoghe ragioni, difficilmente il giudice destinatario della domanda cautelare si discosterà da tale prospettazione; tanto più considerando gli inconvenienti pratici che scaturiscono dalla riforma, segnalati con percepibile "apprensione" nel parere reso dal CSM quando la futura legge n. 114/2024 era ancora in corso di gestazione: inconvenienti connessi all'eventualità di domande cautelari concernenti più addebiti preliminari, come pure – e a maggior ragione – riferibili a più persone sottoposte alle indagini, e rispetto alle quali si debba in ipotesi procedere secondo procedure differenziate (a volte con e a volte senza interrogatorio preventivo)<sup>22</sup>.

Sempre a commento della scelta di circoscrivere la necessaria instaurazione del contraddittorio anticipato al solo rischio di "reiterazione" del reato, è doveroso segnalare anche un pericolo ulteriore, insito nel possibile rafforzamento di una deviazione già osservabile nella pratica: ossia quella che vede nell'applicazione della misura cautelare (in specie quella custodiale) una sostanziale anticipazione della pena. Infatti, l'idea di introdurre il necessario contraddittorio preventivo solo per questo caso appare difficilmente giustificabile in un'ottica squisitamente cautelare, confermando piuttosto l'idea secondo cui, anche a prescindere da una reale attualità del rischio di reiterazione del reato, l'imposizione della cautela costituisce il naturale succedaneo di una pena destinata a operare in un momento troppo distante dalla commissione del fatto-reato<sup>23</sup>.

Ciò detto rispetto al doppio binario instaurato rispetto alla tipologia di *periculum libertatis* ravvisato nel caso concreto, resta ora da considerare il secondo ordine di deroghe, che esclude la necessaria convocazione dell'indagato al cospetto del G.i.p. là dove, pur sussistendo la sola esigenza di prevenzione speciale, il rischio di commissione di delitti abbia ad oggetto una delle fattispecie di cui all'art. 407, co. 2, lettera a), o all'art. 362, co. 1-*ter*, ovvero «gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale». è in particolare su questo secondo ordine di deroghe che si appuntano le perplessità, cui prima si faceva cenno, in ordine alle scelte di tecnica normativa operate dai compilatori.

---

ancorato alla concreta situazione di vita del soggetto, alle sue frequentazioni, ai precedenti penali, alle pendenze giudiziarie e, più in generale, a specifici elementi vicini nel tempo, l'esistenza di un effettivo e prevedibilmente prossimo pericolo di allontanamento, che richieda un tempestivo intervento cautelare»).

<sup>22</sup> CSM, *Parere sul testo del disegno di legge AS n. 808 recante: "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare"*, delibera 21.2.2024, che si può leggere al sito istituzionale del CSM. Se ne darà conto nel dettaglio *infra*, § 11.1.

<sup>23</sup> Ne è indiretta conferma quanto già riscontrabile alla luce delle prime applicazioni della novella, che offrono testimonianza di indagati i quali, dopo essersi sottoposti a interrogatorio preventivo, a distanza di mesi ancora non hanno visto sciolta la riserva in ordine all'accoglimento o al rigetto della domanda cautelare presentata a loro carico.

I primi due elenchi di delitti considerati fanno riferimento a diverse declinazioni della politica del doppio binario, già da anni gravida di ricadute anche in materia *de libertate* (peraltro interessata non da due, ma da svariati binari paralleli); declinazioni che entrano a far parte anche di questo inedito contesto normativo fondamentalmente per assicurare due gruppi di pressione, facili da individuare: da un lato il nutrito mondo dell'antimafia, e, dall'altro, i movimenti associativi sorti per contrastare la violenza di genere. Tale intento si coglie alla luce del contenuto dei due cataloghi: il primo, nato per ampliare gli ordinari limiti cronologici delle indagini preliminari in relazione a delitti tipicamente espressivi della criminalità organizzata, e divenuto oggetto di un numero considerevole di rinvii ad opera di altre disposizioni codicistiche (alcune delle quali racchiuse dal medesimo libro IV del codice di rito<sup>24</sup>); il secondo, che raggruppa una serie di reati (appunto ricorrenti nelle vicende di violenza di genere e domestica) per cui il legislatore ha inserito l'obbligo di ascoltare la persona offesa e il denunciante a ridosso dell'iscrizione della *notitia criminis*<sup>25</sup>: elenco che in buona parte coincide con quello dei delitti per i quali il nuovo art. 362-*bis* Cpp (aggiunto dalla legge 14.11.2023, n. 168) prevede un discutibile criterio di priorità sia nell'esercizio dell'azione cautelare sia in ordine alla conseguente decisione del giudice<sup>26</sup>.

La strada di escludere l'obbligatoria instaurazione del contraddittorio anticipato ove si paventi la commissione di determinati delitti si basa sulla presunzione di particolare intensità delle esigenze cautelari quale (sola) conseguenza della gravità del titolo del reato per cui si procede, secondo una logica simile (*mutatis mutandis*) a quella fondante il controverso istituto della "cattura quasi obbligatoria" *ex* art. 275, co. 3, Cpp. Oltre a impedire una valutazione delle caratteristiche delle singole vicende e dei singoli individui, tale scelta parimenti richiama in modo recettizio cataloghi nati e concepiti per scopi diversi (e non a caso collocati in contesti topografici distinti da quello cautelare)<sup>27</sup>. Così dando vita a scelte poco razionali: se l'art. 407 co. 2 lett. *a* è divenuto un contenitore «trasfigurat[o] in norm[a]-simbolo di angosce collettive»<sup>28</sup>, ormai del tutto privo di coerenza, rispetto alle ipotesi di cui all'art. 362 co. 1-*ter* l'esclusione aprioristica dell'interrogatorio preventivo sembra codificare una massima di esperienza tutt'altro che indiscutibile (non essendo così sporadici i casi in cui un'interlocuzione con l'indagato può portare a smentire la tenuta del quadro indiziario, e tanto più alla luce della massima celerità dell'azione e della decisione cautelare, prescritta dal già richiamato art. 362-*bis* Cpp).

<sup>24</sup> Limitandosi a ricordare queste ultime, v. gli artt. 295, co. 3-*bis*, 301, co. 2-*bis*, 303, co. 1, lett. *a*, n. 3, lett. *b*, n. 3-*bis* e co. 2, 307, co. 1-*bis*, Cpp.

<sup>25</sup> Il comma 1-*ter* è stato inserito dalla 19.7.2019 (c.d. Codice rosso), e da ultimo modificato con la legge 27.9.2021, n. 134.

<sup>26</sup> In particolare, l'art. 362-*bis* Cpp prescrive che il pubblico ministero debba presentare la domanda cautelare entro trenta giorni dall'iscrizione dell'autore del reato nel registro *ex* art. 335 Cpp.; il giudice avrà poi venti giorni di tempo per pronunciarsi sulla richiesta *ex* art. 291 Cpp. Contestualmente, la medesima legge 24.11.2023, n. 168 (introduttiva di queste innovazioni) ha altresì inserito il nuovo il nuovo comma 1-*bis* nell'art. 127 disp. att. Cpp, così obbligando il procuratore generale presso la corte d'appello ad acquisire trimestralmente dalle procure della Repubblica del distretto i dati sul rispetto dei termini relativi ai procedimenti di cui al nuovo articolo 362-*bis* Cpp e a inviare al procuratore generale presso la Corte di cassazione una relazione almeno semestrale. Questi termini, va detto, sono tuttavia privi di sanzione processuale.

<sup>27</sup> Come puntualmente accaduto per le altre liste di reati che ormai costellano il codice, un'ennesima declinazione del doppio binario rischierebbe di veder presto slabbrato il proprio perimetro operativo. Ma al di là di questa prospettiva futuribile e ipotetica, una diversificazione del rito fondata sul solo *nomen iuris* del reato per cui si procede sicuramente rafforzerebbe l'idea, già ben radicata – benché smentita dall'ultimo periodo delle lett. *b* e *c* dell'art. 274 Cpp –, secondo cui la sussistenza delle esigenze cautelari sarebbe da ritenere *in re ipsa* là dove si ipotizzi l'intervenuta commissione di delitti particolarmente gravi.

<sup>28</sup> L'efficace espressione è ripresa da S. Carnevale, *I limiti alle presunzioni di adeguatezza*, cit., 108.

Il livello di approssimazione del legislatore – la cui tecnica redazionale è sempre meno sorvegliata, e che tende a intervenire a compartimenti stagni, mosso dalla fretta di rispondere a singole emergenze senza mai preoccuparsi di salvaguardare l’architettura del codice – ha prodotto la gemmazione di numerosi binari, che vanno ad affiancarsi e sovrapporsi fra loro in modo non sempre perspicuo, anche perché in genere del tutto casuale. Il fenomeno si consolida anche con questa riforma, com’è dimostrato dalla totale assenza di coordinamento con i due ulteriori “contenitori” di fattispecie presenti nell’art. 275, co. 3, Cpp, rispetto ai quali vigono le due diverse declinazioni della “cattura quasi obbligatoria”<sup>29</sup>.

Se le critiche appena espresse valgono, in generale, per le prime due liste di reati che popolano il regime di eccezione (implicando l’operatività dell’interrogatorio successivo, di cui all’art. 294 Cpp), il riferimento ai «gravi delitti commessi con uso di armi o con altri mezzi di violenza personale» soffre evidentemente di un problema ulteriore, insito in un difetto di tassatività talmente eclatante da porsi in conflitto con il principio di legalità processuale. Infatti, per quanto la medesima espressione campeggi anche nel testo dell’art. 274 lett. c, che affida al giudice il compito di valutare la sussistenza del rischio di commissione di delitti, è piuttosto chiaro quanto risulti problematica la sua traslazione in seno ad un precetto che si propone di definire i presupposti di un passaggio procedimentale (l’interrogatorio preventivo) direttamente condizionante il diritto all’intervento della persona sottoposta alle indagini, e dunque presidiato dalla nullità *ex art.* 178, lett. c, Cpp<sup>30</sup>.

Tirando le fila onde cercar di cogliere l’impatto concreto dell’art. 291 co. 1-*quater* Cpp, diventa chiaro il ruolo periferico della regola apparentemente generale, foriera di notevoli complicazioni (in particolare nelle vicende cautelari che coinvolgono più addebiti e più persone sottoposte alle indagini), ma senza che a tali complicazioni corrispondano tangibili ricadute in termini di garanzia. Basterà poi anche solo un “inconveniente” (un indagato che si dà alla fuga anziché presentarsi all’interrogatorio), magari statisticamente irrilevante ma assurdo agli onori delle cronache, per dare il via a un ulteriore allargamento delle eccezioni all’interrogatorio preventivo. Oppure per spianare la strada a forme generalizzate di fermo<sup>31</sup>.

Ad un primo esame, la categoria di delitti rispetto ai quali dovrebbe operare l’interrogatorio preventivo (e sempre che si prospetti la sola esigenza cautelare di cui all’art. 274, lett. c, Cpp) risulta alquanto disomogenea; tanto, secondo alcuni, da creare «tensioni sotto il profilo della tenuta costituzionale in relazione all’art. 3»<sup>32</sup>. Si tratta di fattispecie lesive di beni giuridici distanti tra loro, caratterizzati da una diversificazione sanzionatoria piuttosto marcata e che

<sup>29</sup> Avrebbero ritenuto più coerente escludere l’interrogatorio preventivo solo in relazione ai delitti indicati nell’art. 275 Cpp G. Colaiacovo-G. Della Monica, *L’anticipazione dell’interrogatorio di garanzia*, in [www.penedep.it](http://www.penedep.it) 12.42024, 3.

Le presunzioni stabilite dall’art. 275 Cpp (valevoli appunto per categorie di delitti non corrispondenti a quelli considerati dal comma 1-*quater* dell’art. 292 Cpp) dovrebbero comunque non precludere la possibilità di svolgere l’interrogatorio di garanzia preventivo, ipoteticamente destinato a svolgersi là dove il giudice, sulla scorta di una valutazione *prima facie*, ritenga superate le presunzioni semplici di sussistenza del pericolo di inquinamento probatorio e di quello di fuga ma non anche quella di cui alla lett. c dell’art. 274 Cpp (che, se parimenti fosse ritenuta insussistente, non vedrebbe celebrato alcun interrogatorio essendo la domanda cautelare destinata a sfociare in un rigetto).

<sup>30</sup> V. già, nello stesso senso (e con l’intento di ottenere una modifica del disegno di legge originario, rimasto però invariato sul punto), CSM, *Parere*, cit., 29.

<sup>31</sup> Tale rischio è stato paventato da Daniele Negri all’incontro tenutosi presso l’Università di Bologna l’11.12.2024, nell’ambito del «Corso di alta formazione di eccellenza Nuove prospettive per la tutela dei diritti umani in materia penale» e intitolato «Libertà personale».

<sup>32</sup> M. Malerba, *Osservazioni sul contraddittorio anticipato in ambito cautelare. Note a margine del d.d.l. S. n. 808 (c.d. d.d.l. Nordio)*, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 30.7.2024, 4.

riguardano per lo più tipologie di fatti riconducibili o ai colletti bianchi oppure trasversali, ossia tipicamente posti in essere da esponenti di tutte le fasce sociali<sup>33</sup>.

Come già accennato nelle pagine precedenti, il fatto che l'alternativa tra interrogatorio preventivo o successivo venga a dipendere dalla presenza o meno di determinate esigenze cautelari, nonché dal ricorrere o meno del rischio di commissione di determinate fattispecie criminose, ha immediatamente indotto ad interrogarsi su quale sia l'organo cui è rimessa la valutazione circa l'esistenza delle condizioni per procedere in un modo (con l'interrogatorio preventivo) anziché nell'altro (con l'interrogatorio di garanzia "classico", ex art. 294 Cpp)<sup>34</sup>. Questa la domanda a cui fornire risposta: il diverso *modus procedendi* viene a dipendere dal tenore della domanda cautelare oppure la valutazione spetta al giudice cui la stessa è rivolta? La lettera della legge è piuttosto ambigua, tanto da aver a suo tempo indotto la dottrina espressasi sul disegno di legge (quando era all'esame delle Camere) a suggerire un intervento chiarificatore su tale aspetto, tutt'altro che secondario<sup>35</sup>.

In proposito, e onde non sacrificare ulteriormente lo spazio operativo dell'innovazione introdotta con l'art. 291 co. 1-*quater*, non si può che individuare nel G.i.p. l'unico depositario della valutazione concernente la sussistenza delle condizioni per derogare alla regola dell'interrogatorio preventivo. Tale soluzione si desume, oltre che da un criterio improntato al buon senso, anche dal tenore dell'ultima frase aggiunta al comma 4 dell'art. 299 ad opera della medesima legge n. 114/2024 (di cui torneremo a parlare a proposito delle innovazioni concernenti la composizione collegiale del G.i.p.). A seguito di tale interpolazione, il precetto, dedicato alla sostituzione *in pejus* dell'ordinanza cautelare in corso di esecuzione (dovuta all'aggravamento dei *pericula libertatis*), stabilisce che, «se ritiene che l'aggravamento debba comportare l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere, il giudice per le indagini preliminari rimette la decisione al collegio di cui all'articolo 328, comma 1-*quinquies*». Il tenore di questa norma, inserita dalla medesima novella, contribuisce a guidare anche la lettura dell'art. 291 co. 1-*quater*, che si esprime in termini non altrettanto chiari (menzionando la «sussistenza» di «taluna delle esigenze cautelari di cui all'articolo 274, co. 1, lettere a) e b), oppure l'esigenza cautelare di cui all'articolo 274, co. 1, lettera c), in relazione ad uno dei delitti [...]).

<sup>33</sup> Tra i reati di più frequente verifica, e senza alcuna pretesa di completezza, si possono citare i seguenti (passati in rassegna nella relazione, inedita, tenuta da Stefano Ziroldi all'incontro tenutosi presso l'Università di Trento il 13.11.2024, nell'ambito del ciclo «*Dialoghi di diritto e procedura penale*» e intitolato «*La riforma Nordio: le novità in tema di procedimento cautelare*»): furti, furti aggravati, rapina ed estorsione non aggravate, la fattispecie di cui all'art. 73 d.P.R. 309 del 1990 (che è forse il titolo di reato statisticamente più rilevante tra quelli per i quali troverà applicazione la novella, sempre che non si accompagni alla più grave ipotesi di cui al successivo art. 74); reati in materia di bancarotta, reati in materia economica (art. 648-*bis*, 648-*ter*, 648-*ter*.1 c.p.), reati fiscali (in particolare v. art. 2 e 8 d. lgs. 74/2000), reati contro la pubblica amministrazione (v. gli artt. 314, 317, 318, 319, 319-*ter*, 319-*quater* Cp), l'ipotesi di cui all'art. 589-*bis* c.p. (omicidio stradale).

Di conseguenza, tra i delitti a più alta incidenza statistica (e che suscitano il più alto allarme sociale) ai quali non si applica l'interrogatorio preventivo si collocano quelli «consumati o tentati di cui agli artt. 575 e 628 e 629 c.p. (questi ultimi, solo se aggravati), l'associazione mafiosa e i delitti orbitanti nell'alveo di cui all'art. 416-*bis* c.p., i delitti di cui agli artt. 73, ma limitatamente alle ipotesi aggravate ex art. 80, co. 2, e 74 del d.P.R. 309/1990 e i reati di cui agli artt. 609-*bis* (se aggravato), 609-*quater* e *octies* c.p., oltre ai delitti ascrivibili al cd. codice rosso» (così M. Malerba, *op. cit.*, 6).

<sup>34</sup> V. già, a commento del disegno di legge (invariato sul punto), oltre a CSM, *loc. ult. cit.*, G. Illuminati, *Le modifiche al processo penale nel D.D.L. Nordio*, in *RIDPP* 2023, 893.

<sup>35</sup> In particolare, G. Colaiacovo-G. Della Monica, *op. cit.*, 3, suggerivano di sostituire la locuzione «salvo che sussista taluna delle esigenze (...)» con quella – meno equivoca – «salvo che (il giudice) ritenga sussistente taluna delle esigenze (...)», così da rendere chiara l'impossibilità di far dipendere il passaggio o meno per l'interrogatorio preventivo dal mero tenore della domanda cautelare.

Sul punto, è utile segnalare come un dubbio simile si fosse già presentato a proposito dell'art. 289 Cpp, costituente l'archetipo della novella qui in commento<sup>36</sup>. Come noto, la legge 18.4.2015, n. 47, ha risolto la questione inserendo al comma 2 una precisazione stando alla quale «se la sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio è disposta dal giudice in luogo di una misura coercitiva richiesta dal pubblico ministero, l'interrogatorio ha luogo nei termini di cui al comma 1-*bis* dell'articolo 294» (e dunque entro cinque giorni dall'esecuzione dell'ordinanza cautelare). Non essendo analoga soluzione stata replicata dal comma 1-*quater* dell'art. 291 Cpp, il silenzio si presta ad esser letto alla luce del brocardo *ubi lex dicit, voluit, ubi tacuit, noluit*: e quindi suggerendo che l'obbligatorietà o meno dell'interrogatorio preventivo venga a dipendere dalla valutazione giudiziale, e non dal mero tenore della domanda dell'inquirente<sup>37</sup>.

Da ciò discende fra l'altro che, ove ritenga insussistenti gli estremi per disporre la cautela, il giudice dovrà rigettare la richiesta del pubblico ministero senza dar luogo all'interrogatorio preventivo: adempimento in tal caso non solo antieconomico, ma anche foriero di un inutile (e in ipotesi dannoso) sacrificio del segreto investigativo (destinato a cadere nel momento in cui viene notificato l'invito *ex art. 291 co. 1-sexies Cpp*)<sup>38</sup>.

Appurato quindi che è l'apprezzamento del giudice a determinare il passaggio o meno per l'interlocuzione preliminare con l'indagato, non va comunque tralasciata l'importanza della richiesta *ex art. 291 Cpp* quale atto di necessario innesco del procedimento cautelare. Infatti, porre la questione in termini di dicotomia – e dunque chiedendosi se la determinazione del modello procedimentale debba conseguire al contenuto dell'istanza del pubblico ministero o alla eventualmente difforme valutazione giudiziale – rischia di risultare forviante: la determinazione del *modus procedendi* deve sì correlarsi all'autonoma valutazione operata dal giudice, ma pur sempre alla luce – e senza travalicare il perimetro – della domanda cautelare.

5. La precisazione appena svolta induce chi scrive a riprendere riflessioni già sviluppate in uno studio specificamente dedicato alla domanda cautelare. In quel lavoro si era constatata la disattenzione riservata all'istituto dal codice; una disattenzione piuttosto singolare, visto che, pur affidando il potere cautelare al solo giudice, la legge permette a quest'ultimo di farne esercizio solo su istanza del pubblico ministero. Sennonché, e malgrado la totale assenza di indicazioni contenutistiche in seno all'art. 291 Cpp (che si limita a postulare la richiesta

<sup>36</sup> Il dubbio era peraltro stato risolto dalla giurisprudenza affermando che il giudice dovesse procedere preventivamente all'interrogatorio dell'indagato ai sensi dell'art. 289, co. 2 Cpp, nell'ipotesi in cui, disattendendo la richiesta del p.m. di applicazione di una misura coercitiva, avesse invece optato per la sospensione dall'esercizio del pubblico ufficio (Cass. 5.2.2008 n. 16364, in *CEDCass.* n. 239728, Cass., 27.3.2002 n. 28812, *ivi* 222018, Cass. 14.12.2000 n. 3310, *ivi* n. 217957). La novella si è invece orientata in senso opposto, onde concretamente valorizzare l'adozione della misura *ex art. 289 Cpp* che il giudice avrebbe potuto essere indotto a scartare per non pregiudicare l'effetto sorpresa perseguito da una domanda volta ad ottenere l'applicazione di una misura coercitiva (così fra gli altri P. Bronzo, *Le modifiche alle misure cautelari interdittive*, in L. Giuliani (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, cit., 161).

<sup>37</sup> Tale tesi è sposata da quasi tutti i commentatori: v. già, rispetto al (rimasto invariato) testo del disegno di legge, Illuminati, *op. ult. cit.*, 893, M. Malerba, *op. cit.*, 5; G. Spangher, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in *www.giustiziasieme.it*, 6.9.2023, § 3; L. Suraci, *Sistema cautelare e interrogatorio preventivo. Qualche riflessione*, in *www.penaledp.it*, 28.10.2024, 4, 6.

<sup>38</sup> La medesima osservazione è espressa, oltre che da Illuminati, *loc. ult. cit.*, anche da L. Suraci, *loc. ult. cit.* A proposito del segreto investigativo, il medesimo A. giustamente nota come la sua caduta, che coincide con la notifica dell'invito a comparire *ex art. 291 co. 1-sexies Cpp*, abbia un effetto fortemente responsabilizzante per il pubblico ministero. Tale effetto riguarda non solo la scelta del momento in cui presentare la domanda cautelare, ma anche l'esercizio del potere selettivo riconosciuto all'inquirente dall'art. 291 co. 1 Cpp, che gli consente di allegare alla domanda cautelare solo una parte degli atti a carico dell'indagato, così evitando di produrre al G.i.p. il fascicolo contenente tutti gli atti d'indagine fino a quel momento compiuti.

dell'accusatore, senza però regolarne i contenuti), una lettura di sistema – che veda nel ruolo assegnato al pubblico ministero in ordine alla determinazione della regiudicanda nel processo di merito l'espressione di un principio generale, valevole anche nel rito cautelare – dovrebbe comunque indurre a considerare la domanda del pubblico ministero vincolante, nonché, a monte, necessariamente dotata di precisi elementi costitutivi: un *petitum* (la misura di cui si sollecita l'applicazione); una *causa petendi* (l'esigenza cautelare posta a fondamento dell'istanza); la descrizione, sia pure ancora in forma sommaria, dell'addebito cautelare (a cui riferire la gravità indiziaria)<sup>39</sup>.

Come noto, tale ricostruzione, fedele al principio *ne procedat iudex ex officio* (e al contempo coerente con la possibilità che il pubblico ministero possa non allegare alla domanda ex art. 291 Cpp tutti gli atti d'indagine sino a quel momento acquisiti), trova un'adesione solo parziale nel diritto vivente. Infatti, pur avendo da sempre riscontrato il vizio di "ultrapetizione" nell'ordinanza ex art. 292 Cpp applicativa di una misura più gravosa di quella richiesta dal pubblico ministero<sup>40</sup>, la giurisprudenza tende ormai a ritenere il giudice libero di fondare il provvedimento restrittivo anche sulla scorta di un'esigenza cautelare diversa da quella posta a fondamento della domanda: negando quindi che in proposito possa parlarsi, con gergo mutuato dalla procedura civile, di *extrapetizione*<sup>41</sup>.

All'indomani della riforma in commento, questa concezione riduttiva del ruolo della domanda ex art. 291 Cpp quale (comunque indispensabile) atto di avvio del rito cautelare costituisce senz'altro un problema, in particolare dal punto di vista della difesa. Un problema in qualche misura alimentato (non si sa quanto consapevolmente) dal contenuto necessario dell'invito a comparire per rendere l'interrogatorio, stabilito dall'art. 291, co. 1-*septies*, Cpp (di cui meglio diremo a breve), il quale, insieme al silenzio del legislatore sul contenuto della domanda, indirettamente contribuisce ad appannare la possibile tenuta di una concezione "forte" della domanda cautelare, quale è quella ricavabile, sia pure solo in via implicita, dai pilastri del sistema. Infatti, la circostanza che l'invito a comparire debba fra l'altro racchiudere la «descrizione sommaria del fatto, comprensiva di data e luogo di commissione del reato»

<sup>39</sup> Per una descrizione degli argomenti a sostegno di tale lettura, si rinvia a E. Valentini, *La domanda cautelare nel sistema delle cautele personali*, BUP, Bologna, 2012, 117 ss. In tema, v. anche l'approfondimento di A. Albiani, *L'ultrapetizione cautelare: una questione forse prematuramente considerata risolta*, in A. Albiani-S. Marinelli, *Misure cautelari in materia di libertà personale e sequestro penale. Casi, questioni, orientamenti giurisprudenziali*, Giuffrè, Milano, 2007, 565 ss.

<sup>40</sup> Così Cass. 20.3.2014 n. 28443, in *CEDCass.* n. 260107, Cass. 26.6.2003 n. 35106, *ivi* n. 226515; Cass. 8.10.1998 n. 1554, in *GP* 1999, pt. III, c. 588. Nello stesso senso, con specifico riferimento all'impossibilità, da parte del giudice chiamato a disporre la misura degli arresti domiciliari (senza ulteriori specificazioni da parte del pubblico ministero), di imporre limiti o divieti alla facoltà dell'imputato di comunicare con persone diverse da quelle che con lui coabitano o che lo assistono, Cass. 6.12.2023 n. 51573, in *CEDCass.* n. 285629, e Cass. 27.11.2014, n. 53671, *ivi* n. 261617 (secondo cui la nullità determina unicamente l'eliminazione delle modalità *ultra petita* di esecuzione della misura, senza travolgere nella restante parte la validità ed efficacia della misura). Diversa risposta, tuttavia, rispetto alla (non dissimile) questione concernente la possibilità di applicare l'obbligo di non allontanarsi dall'abitazione in alcune ore del giorno da parte del giudice richiesto di applicare l'obbligo di dimora, si può rinvenire in Cass. 27.4.2022 n. 19463, *ivi* n. 283200. Sui risvolti (in ordine alla tenuta del principio della domanda cautelare) di alcune recenti novità normative v. A. ZAMPINI, *Una pronuncia di "costituzionalità" e nuove prospettive normative per il divieto di avvicinamento con braccialetto elettronico*, in corso di pubblicazione su *CP*.

<sup>41</sup> V. Cass. 6.11.2024 n. 42438, in *CEDCass.* n. 287260, Cass. 21.11.2006 n. 6325, *ivi* n. 235826, Cass. 19.5.1997 n. 3490, *ivi* n. 207852, Cass. 14.10.1992 n. 4033, *ivi* n. 192485, Cass. 9.7.1990 n. 2397, in *CP* 1991, II, 507; nello stesso senso, pur con la precisazione che non si possa esorbitare dai «fatti rappresentati» dal pubblico ministero, Cass., 21.10.1993 n. 3283, in *CEDCass.* n. 195550. Tutte risalenti, viceversa, le pronunce con cui la S.C. ha ritenuto la domanda cautelare vincolante in ordine al *periculum libertatis* prospettato dal pubblico ministero: v. Cass. 20.10.1995 n. 3577, *ivi* n. 203113, Cass. 12.12.1996 n. 4285, *ivi*, n. 206939, Cass. 8.3.1995, 1453, in *FI*, 1997, II, c. 56, con nota critica di A. Scaglione.



potrebbe costituire un argomento a sostegno della tesi di chi, fedele al silenzio dell'art. 291 Cpp, ritiene che l'azione cautelare possa limitarsi ad esplicitare il solo tipo di misura cautelare di cui il p.m. richiede l'applicazione; senza, dunque, che siano imprescindibili ulteriori requisiti contenutistici, corrispondenti alla determinazione del *periculum* (o dei *pericula*) *libertatis* posti a fondamento della domanda e, appunto, dell'addebito provvisorio<sup>42</sup>.

Sulla scorta di ciò, diventa infatti chiaro come un interrogatorio preventivo destinato a svolgersi senza che la difesa possa contare su una domanda cautelare conformata alla necessaria esplicitazione degli elementi costitutivi testé richiamati, o comunque senza la certezza circa la cogenza del principio di necessaria correlazione tra richiesta *ex art.* 291 e ordinanza *ex art.* 292 Cpp, finisca per abbassare notevolmente il tasso garantistico di questo appuntamento rispetto a quello regolato dall'art. 294 Cpp.

Lo svantaggio rispetto all'ipotesi dell'interrogatorio successivo rischia insomma di diventare notevole, ed è reso plastico dallo scarto tra l'imponente apparato contenutistico (ed argomentativo) preteso dall'art. 292 per l'ordinanza cautelare e il silenzio dell'art. 291 Cpp a proposito della domanda, nient'affatto colmato dalla giurisprudenza di legittimità.

Invero, e proprio forte della giurisprudenza (alquanto riduttiva) stabilizzatasi attorno al principio della domanda cautelare, il pubblico ministero potrebbe addirittura sentirsi incentivato a confezionare istanze generiche, nella prospettiva di privare la difesa di chiare coordinate su cui tarare l'impostazione dell'interrogatorio preventivo; con un risultato finale paradossalmente opposto a quello perseguito dalla novella. Anche perché nulla vieterebbe all'inquirente di indirizzare al giudice le proprie argomentazioni a sostegno della richiesta in un momento successivo alla proposizione della domanda *ex art.* 291 Cpp e all'assunzione dell'interrogatorio, come comunque gli consentirebbe di fare l'art. 121 Cpp. Pur dando prova di un *fair play* decisamente scarso, così facendo il pubblico ministero potrebbe mettere in difficoltà la difesa senza al contempo perdere l'occasione per esercitare la propria persuasione nei confronti del giudice, cui indirizzare una memoria scritta a sostegno della propria pretesa. Alla luce di ciò, stupisce dunque che il legislatore, il quale pure si è fatto carico di disciplinare il contenuto dell'invito a rendere l'interrogatorio preventivo, abbia tuttavia mancato l'occasione per fare altrettanto rispetto alla domanda cautelare, che – quando l'interrogatorio deve aver luogo prima e non dopo l'emissione dell'ordinanza *ex art.* 292 Cpp, e oltretutto con tempi assai contingentati per esercitare l'autodifesa – rappresenta l'unica lettura organica e organizzata in chiave cautelare degli atti allegati al fascicolo trasmesso al G.i.p.

6. Il tasso di complessità della disciplina in esame, già evidenziato nei paragrafi precedenti, è destinato a intricarsi ancor di più in considerazione della disciplina dinamica. Prima di esaminarla, è tuttavia bene svolgere ancora alcune premesse, utili per definire ulteriormente l'ambito operativo del nuovo istituto.

Per come scritto, esso sembra destinato a trovare applicazione solo nella fase precedente all'esercizio dell'azione penale. Infatti, tanto nell'art. 291 co. 1-*quater* quanto nell'art. 292 co. 2-*ter* Cpp, la persona da interrogare è espressamente individuata nella «persona sottoposta alle indagini»<sup>43</sup>. Ne deriva una disarmonia sistematica rispetto a quanto imposto dall'art. 294 Cpp,

<sup>42</sup> Ne potrebbe uscire ad esempio sconfessata la tesi sposata da Cass. 2.4.2008 n. 16750, in *CEDCass.* n. 236715, o da Cass. 11.12.2003 n. 20160, *ivi* n. 228566, come pure da Cass. 2.3.2021 n. 15959, *ivi* n. 281662 (che ha ritenuto non rispettato il principio della domanda relativamente alle imputazioni non indicate nella richiesta cautelare ed allegate dal pubblico ministero solo in un secondo momento, mediante una nota integrativa inviata al giudice per le indagini preliminari contenente l'indicazione di ulteriori fatti di reato).

<sup>43</sup> Meno rilevante, ad avviso di chi scrive, l'argomento (viceversa ritenuto significativo da L. Suraci, *op. cit.*, 5), desumibile dall'art. 291 co. 1-*quinqüies*, che, per l'ipotesi in cui debba esprimersi il G.i.p. collegiale (art. 328-*bis* Cpp), attribuisce il compito di svolgere l'interrogatorio al presidente del collegio o a uno dei componenti da

che, come noto, identifica quale termine ultimo per svolgere l'interrogatorio di garanzia la dichiarazione di apertura del dibattimento; ciò determina dunque un assetto stravagante, stando al quale le medesime domande cautelari che, se destinate a essere decise durante le indagini preliminari, avrebbero determinato il necessario svolgimento dell'interrogatorio preventivo, nelle fasi successive dovranno invece innescare la procedura classica, con interrogatorio *ex post* (destinato a svolgersi ove sia già stata esercitata l'azione penale ma non oltre la dichiarazione di apertura del dibattimento).

Tale lettura è obbligata, per due ragioni. Innanzitutto essa trova conferma nell'*incipit* dell'art. 294 Cpp, che, nel descrivere il perimetro operativo dell'interrogatorio di garanzia successivo, fa salvi i casi in cui abbia avuto luogo l'interrogatorio *ex art.* 291 co. 1-*quater*. Infatti, per quanto lo scopo della norma sia chiaramente quello di evitare una superflua duplicazione degli incombenti (in perfetta analogia con quanto già stabilito per il caso in cui l'interrogatorio di garanzia si sia svolto durante la convalida dell'arresto o del fermo), l'espressione impiegata dai riformatori si presta anche a imporre la tesi secondo cui, là dove si sia già approdati alla fase del processo (con l'esercizio dell'azione penale), pur non operando l'art. 294, co. 1-*quater*, debba comunque trovare applicazione l'interrogatorio *ex art.* 294 Cpp.

Inoltre, tale esegesi è obbligata anche perché, su impulso delle sentenze costituzionali n. 77 del 1997 e n. 32 del 1999 (poi "recepite" dal d.l. 22.2.1999, n. 29), l'interrogatorio *ex art.* 294 Cpp, originariamente confinato alla sola fase delle indagini preliminari, ha visto esteso il proprio perimetro fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, onde scongiurare la violazione degli artt. 24 e 3 Cost. riscontrata dal Giudice delle leggi sollecitato ad esprimersi rispetto alla stesura iniziale dell'art. 294 Cpp.

Chiaro come, tuttavia, proprio questa lettura necessitata a sua volta dimostri la complessiva irragionevolezza dell'assetto uscito dalla riforma in commento; infatti, visto che i due interrogatori – quello preventivo e quello successivo – non sono del tutto omologabili fra loro, si potrebbe anche ipotizzare una nuova questione di costituzionalità (sempre per violazione degli artt. 3 e 24 della Carta fondamentale), nella parte in cui l'art. 291 co. 1-*quater* confina l'interrogatorio *ex ante* alla sola fase delle indagini preliminari, facendolo soppiantare dall'interrogatorio *ex post* nelle fasi immediatamente successive<sup>44</sup>.

Sempre rispetto agli incerti confini operativi dell'istituto, bisognerà poi capire se esso debba trovare applicazione anche in rapporto ad alcune fattispecie oggetto di disposizioni specifiche: e dunque nel caso dell'art. 27 (per l'ipotesi di adozione della misura da parte del giudice competente dopo l'emissione dell'ordinanza cautelare "provvisoria" da parte del giudice contestualmente dichiaratosi incompetente), o dell'art. 307 (per il caso di nuovo provvedimento cautelare in caso di scarcerazione per decorrenza dei termini), o degli artt. 299 co. 4 e 276 Cpp (in relazione alla sostituzione della misura precedentemente applicata per aggravamento delle esigenze cautelari o per inottemperanza delle prescrizioni associate alla misura già in corso di esecuzione): questioni, assimilabili a quelle già postesi rispetto all'interrogatorio di garanzia *ex art.* 294 Cpp, con ogni probabilità destinate a trovare lo stesso tipo di risposta giurisprudenziale<sup>45</sup>.

---

delegato.

<sup>44</sup> In questo caso, una eventuale questione di legittimità costituzionale avrebbe tuttavia un esito forse meno scontato, vista la differenza rispetto all'assetto normativo sottoposto alla valutazione poi sfociata nelle sentenze costituzionali nn. 77 del 1997 e 32 del 1999 (in quel caso l'alternativa era tra l'operatività o meno dell'interrogatorio di garanzia, in questo invece è tra l'espletamento *ex ante* o *ex post* dell'interrogatorio rispetto all'emissione dell'ordinanza cautelare).

<sup>45</sup> Per ricostruire la risposta giurisprudenziale in relazione ad ognuna di tali questioni, si rinvia a L. Giuliani, *sub* Art. 294, in G. Illuminati-L. Giuliani, *Commentario breve al codice di procedura penale*, III ed., Padova 2020, 1313 ss. Per l'ulteriore questione, concernente l'ipotesi in cui il tribunale della libertà accolga l'appello *ex art.* 310

Infine, un'ultima questione preliminare, anch'essa riguardante l'area di operatività della nuova disciplina, coinvolge i rapporti con l'art. 289 Cpp, che, pur concernendo un'altra ipotesi di interrogatorio preventivo, nulla continua a prescrivere in ordine ai requisiti dell'invito a comparire, come pure rispetto al termine a difesa e al diritto alla *discovery* del fascicolo cautelare.

In proposito, malgrado il comma 1-*quater* dell'art. 291 Cpp esordisca con l'inciso «fermo quanto previsto dall'art. 289, comma 2, secondo periodo», esistono senz'altro gli estremi per un'interpretazione analogica, tale da estendere anche all'interrogatorio prodromico alla (eventuale) applicazione della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizio le tutele descritte dai commi 1-*sexies*, 1-*septies* e 1-*octies* (tra cui spicca l'avviso circa la possibilità di prendere visione ed estrarre copia degli atti allegati alla domanda cautelare)<sup>46</sup>. Infatti, l'*incipit* del comma 1-*quater* non preclude tale esegesi, potendo essere spiegato anche solo alla luce del diverso ambito operativo dell'interrogatorio di garanzia imposto dall'art. 289 Cpp: adempimento destinato a svolgersi ove il pubblico ministero abbia sollecitato l'applicazione di quella (sola) specifica misura interdittiva, ma qualsiasi sia l'esigenza cautelare sussistente e senza preclusioni in ordine al titolo di reato di cui si tema la reiterazione.

7. Stando al comma 1-*septies* dell'art. 291 Cpp, l'invito a comparire deve racchiudere numerose informazioni, la cui omissione può determinare la nullità dell'interrogatorio, a sua volta in grado di inficiare l'eventuale ordinanza *ex art.* 292 Cpp<sup>47</sup>.

Tra le più rilevanti, spicca quella, cui già s'è fatto cenno, concernente la necessaria descrizione del fatto, comprensiva di data e luogo di commissione del *reato* (art. 291, co. 1-*septies*, lett. c). Al contrario di quanto stabilito dall'art. 292 Cpp, la norma non prescrive espressamente anche la «indicazione delle norme di legge che si assumono violate». Tale omissione pare dovuta a una dimenticanza, e non solo perché il precetto al contempo menziona la parola *reato*, ma soprattutto considerando che, nel momento in cui si orienta per l'invito a comparire *ex art.* 291 Cpp, il giudice deve evidentemente aver riscontrato la gravità indiziaria di un delitto che supera le soglie edittali stabilite per poter attivare una misura cautelare personale<sup>48</sup>. Posto che, dunque, ci si trova al cospetto di un addebito provvisorio da ricondursi a una fattispecie penale ben

---

Cpp presentato dal pubblico ministero contro il rigetto della domanda cautelare, v. Cass. S.U. 26.3.2020, n. 17274, in *CEDCass.* n. 279281.

<sup>46</sup> V. già, in tal senso, G. Illuminati, *op. ult. cit.*, 892, nonché A. Marandola, *Troppi i dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio*, in *www.sistemapenale.it* 10.5.2024, § 3. Se dovesse prevalere questa lettura improntata all'analogia, sarebbe a quel punto risolto il contrasto giurisprudenziale relativo alla necessità o meno di procedere a un nuovo interrogatorio, successivo, secondo quanto tuttora formalmente previsto dall'art. 294 co. 1-*bis* Cpp e nella prospettiva di assicurare *ex post* il recupero del *deficit* garantistico proprio della disciplina *ex art.* 289 Cpp, che non si premura di garantire alla difesa la possibilità di accedere agli atti del fascicolo cautelare prima dell'interrogatorio prescritto da tale disposizione (la giurisprudenza di legittimità è infatti divisa sul punto: in senso favorevole alla duplicazione dell'interrogatorio, Cass. 15.3.2018 n. 96929, in *CEDCass.* n. 273416; *contra* Cass. 10.1.2018 n. 16396, *ivi*, n. 272769).

<sup>47</sup> Oltre alle indicazioni relative al tempo, al luogo e all'autorità davanti alla quale la persona sottoposta alle indagini dovrà presentarsi, e alla descrizione sommaria del fatto (sulla quale ci si soffermerà nel testo), gli avvisi prescritti dall'art. 291 co. 1-*septies* Cpp riguardano: la facoltà di nominare un difensore di fiducia e di essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato; il diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa e all'interprete e alla traduzione degli atti; il diritto di avvalersi della facoltà di non rispondere, di informare le autorità consolari e di dare avviso ai familiari; la facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa.

Rilevante è invece la carenza, giustamente segnalata dalla dottrina (A. Marandola, *op. cit.*, § 4, M. Malerba, *op. cit.*, 9), in ordine alle conseguenze della mancata comparizione (sulle quali torneremo *infra*, § 9).

<sup>48</sup> Quando si risolve a convocare la persona sottoposta alle indagini, il giudice destinatario della richiesta cautelare deve evidentemente aver considerato *prima facie* fondata la richiesta del pubblico ministero; se così non fosse, egli la rigetterebbe direttamente, senza convocare l'indagato.

definita (tale appunto da soddisfare le condizioni di cui agli artt. 273, 280 e 287 Cpp), si può concludere che, malgrado il vuoto normativo sul punto, l'invito a comparire debba comunque menzionare anche il *nomen iuris* assegnato all'imputazione preliminare (come pure le circostanze aggravanti), la cui contestazione risulta tutto fuorché accessoria<sup>49</sup>.

Sul piano della *discovery*, è oltremodo importante l'avviso – imposto dal nuovo comma 1-*octies* dell'art. 291 Cpp – circa il deposito, nella cancelleria del giudice, della domanda cautelare e del fascicolo che la accompagna, con la specificazione della facoltà di prendere visione ed estrarre copia di tutti gli atti allegati («ivi compresi i verbali delle comunicazioni e delle conversazioni intercettate, con diritto alla trasposizione delle relative registrazioni su supporto idoneo alla riproduzione dei dati»).

L'invito a comparire va necessariamente notificato, oltre che alla persona sottoposta alle indagini, anche al suo difensore. Sebbene la disposizione non espliciti l'obbligo di nominarne uno d'ufficio a chi sia sguarnito di un difensore di fiducia, tale obbligo si ricava comunque dal paradigma generale di cui all'art. 97, co. 3, Cpp, che non limita tale nomina ai soli casi in cui la presenza del difensore è necessaria, prescrivendola, più genericamente, in relazione a tutte le ipotesi in cui debba essere compiuto un atto per il quale «è prevista» la sua assistenza<sup>50</sup>. Ne discende che, con l'invito a comparire, andrà comunicata anche la nomina del difensore d'ufficio; con la consapevolezza, tuttavia, dello scarso rigore garantistico riservato dalla giurisprudenza di legittimità alle violazioni concernenti l'obbligo di comunicare il nominativo del difensore d'ufficio al relativo assistito<sup>51</sup>.

8. Stando alla regola generale (stabilita dal comma 1-*sexies* dell'art. 291 Cpp), il termine compreso tra la notifica dell'invito a comparire e la data fissata per l'interrogatorio non può essere inferiore a cinque giorni. Questa misura cronologica sembra ricalcare quella prevista dall'art. 294 co. 1 Cpp per l'interrogatorio successivo all'esecuzione della custodia in carcere. La differenza, però, è notevole: infatti, mentre quello *ex art. 294* è acceleratorio, il termine di cui al comma 1-*sexies* dell'art. 291 Cpp è dilatorio<sup>52</sup>. Ciò fa sì che nulla vieti al giudice per le indagini preliminari di optare per un lasso temporale maggiore, così accordando alla difesa più agio per studiare le carte. Tale possibilità potrebbe rivelarsi oltremodo preziosa, in particolare

<sup>49</sup> Né, in proposito, potrà farsi leva sul contenuto dell'art. 375 Cpp, che, parimenti, non prescrive la contestazione *in iure* nell'invito a comparire per rendere l'interrogatorio dinanzi al pubblico ministero durante le indagini preliminari. Tale paradigma normativo è infatti destinato ad operare lungo l'intero corso delle indagini, e dunque anche in fasi assai acerbe del procedimento penale, quando ancora i contorni della “imputazione preliminare” sono ancora assai sfocati; ben diversa è, invece, la situazione in cui tipicamente è destinato ad essere notificato l'avviso *ex art. 291 co. 1 sexies* Cpp. L'idea che, pur nel silenzio della disposizione, vada assicurata anche la contestazione del *nomen iuris* è condivisa anche da L. Suraci, *op. cit.*, 7.

<sup>50</sup> Svolge la stessa notazione anche L. Ludovici, *Le novità della legge Nordio in materia cautelare: i contenuti, i problemi, le (possibili) soluzioni*, in *DPP* 2024, 1149.

<sup>51</sup> Sulla scorta del principio di tassatività, la giurisprudenza esclude una nullità ove venga omessa la comunicazione prescritta dall'art. 28 disp. att. Cpp (v. Cass. 28.9.2018 n. 48055, in *CEDCass.* n. 275511, Cass. 3.6.2010 n. 26095, *ivi* n. 248036, riferite peraltro all'omessa comunicazione del nominativo del difensore nominato in sede di udienza; comunicazione ritenuta addirittura non obbligatoria nel caso in cui la nomina avvenga in udienza da Cass. 28.4.2017 n. 37920, *ivi* n. 270722, per via dell'inapplicabilità in tale contesto dell'art. 28 disp. att.). Né, in proposito, sembra possibile richiamarsi a quanto stabilito dall'art. 369-*bis* Cpp, che – pur prescrivendo esplicitamente a pena di nullità la comunicazione (fra l'altro) anche del nominativo del difensore d'ufficio al compimento del primo atto a cui il difensore ha diritto di assistere – si riferisce esclusivamente al pubblico ministero (e dunque non anche al giudice per le indagini preliminari).

<sup>52</sup> La differenza è tale da riflettersi anche nelle diverse modalità prescritte per portare la fissazione dell'interrogatorio a conoscenza dell'interessato: mentre l'art. 294 co. 4 impiega l'espressione «tempestivo avviso», l'art. 291 co. 1-*sexies* parla di notifica dell'invito a comparire (alla persona sottoposta alle indagini e al suo difensore).

là dove la mole del *dossier* da esaminare risulta imponente; tuttavia, e fermo restando quanto diremo circa l'eventualità che questo lasso di tempo possa essere accorciato dal giudice, l'omessa previsione del diritto, per la difesa, di ottenere una posticipazione dell'interrogatorio (se non nei casi di legittimo impedimento a comparire della persona sottoposta alle indagini) finisce per consegnare al solo buon senso del G.i.p. la scelta del momento in cui dar luogo all'interlocuzione<sup>53</sup>.

In proposito, la vicinanza di *ratio* con l'istituto di cui all'art. 294 Cpp (anch'esso preposto a verificare la sussistenza delle condizioni legittimanti l'intervento cautelare) non deve trarre in inganno. Se nel caso dell'interrogatorio successivo la misura del termine previsto a pena di caducazione dell'ordinanza *ex art.* 292 Cpp si spiega alla luce della volontà di limitare al minimo la durata di eventuali compressioni indebite della libertà personale, nel caso dell'interrogatorio preventivo tale giustificazione non sussiste. Non essendo l'indagato (ancora) ristretto *in vinculis*, altre sono le esigenze potenzialmente sottese alla determinazione dei tempi per procedere all'interrogatorio *ex art.* 291 co. 1-*quater*: innanzitutto, quella di fronteggiare un *periculum* (la possibile "reiterazione" del reato) che, dovendo sulla carta essere concreto e attuale, dovrebbe anche essere affrontato con tempestività; in secondo luogo, quella di scongiurare l'insorgenza di *pericula* in prima battuta ritenuti insussistenti (ossia quelli di inquinamento probatorio e di fuga), passibili tuttavia di presentarsi e di veder accresciuta la propria intensità proprio per effetto dell'invito a comparire.

Ciò detto con riferimento alla regola generale, l'aspetto più critico della disciplina dedicata al termine a difesa si rinviene nella deroga, stabilita nell'art. 291 co. 1-*sexies* Cpp, che accorda al giudice il potere di abbreviare il termine ove sussistano non meglio precisate «ragioni d'urgenza», così finendo per trasformare un (già di per sé risicato) termine a difesa in un mero termine a comparire.

Premesso che le ragioni di urgenza non possono certamente riguardare l'interrogatorio quanto la necessità di procedere al più presto con la decisione cautelare<sup>54</sup>, il precetto sconfessa lo spirito dichiarato della novella<sup>55</sup>, mettendo nelle mani del giudice uno strumento in grado di accelerare notevolmente i tempi della procedura (pur senza assegnargli il potere di imporre una restrizione provvisoria della libertà personale). Nell'optare per una formula tanto generica, il comma 1-*sexies* dell'art. 291 Cpp non si fa neppure carico di determinare un tempo minimo e inderogabile, così ammettendo che possa essere negato qualsiasi spazio di riflessione, e dunque trascurando la possibilità di accesso agli atti da parte della difesa. Oltre a risultare disarmonico rispetto all'assenza di una disciplina *ad hoc* dedicata agli ulteriori profili cronologici dell'intera procedura (cfr. *infra*, § 11), un tale assetto pone tutte le premesse affinché pure riguardo a tale disciplina possa riproporsi il contrasto giurisprudenziale già sorto attorno all'art. 289 Cpp, e concernente la necessità (o meno) di far seguire all'interrogatorio preventivo quello successivo (*ex art.* 294 Cpp<sup>56</sup>), poiché corredato da garanzie molto più robuste.

<sup>53</sup> Tale difetto (giudicato come tale anche da M. Malerba, *Osservazioni sul contraddittorio anticipato in ambito cautelare. Note a margine del D.D.L. S. N. 808 (c.d. d.d.l. Nordio)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it) 30.7.2024, § 9, L. Ludovici, *op. cit.*, 1146, e C. Valentini, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 11.9.2023, 6), era stato prontamente segnalato dai commentatori espressi quando ancora la riforma era in cantiere, e che avevano suggerito l'innescio di un istituto analogo a quello previsto per il giudizio di riesame dall'art. 309, co. 9-*bis*, Cpp (v. F. Porcu, *Le modifiche al codice di rito nel d.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma* in fieri, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it) 20.8.2023, § 6, e G. Colaiacovo - G. Della Monica, *op. cit.*, 5-6). Tuttavia, il legislatore non ha ritenuto di modificare il testo che era già stato approvato in prima battuta dal Senato.

<sup>54</sup> Nello stesso senso si è espresso Stefano Ziroldi, all'incontro tenutosi presso l'Università di Trento il 13.11.2024 e già citato *retro*, alla nota 33.

<sup>55</sup> Cfr. L. Ludovici, *op. cit.*, 1146, che a tale proposito ravvisa un contrasto con gli artt. 24 e 111 co. 2 Cost.

<sup>56</sup> Si è dato conto di questo contrasto giurisprudenziale *retro*, alla nota 36.

La scelta di affidare a una formula tanto vaga la possibile compressione del diritto all'intervento dell'indagato potrà generare eccezioni e contenzioso in ordine alla validità dell'interrogatorio preventivo. Sebbene la questione sussista e si sia posta anche per quello postumo (in relazione al quale è stabilito un termine massimo ma non anche minimo)<sup>57</sup>, le due situazioni normate dagli artt. 291 co. 1-*quater* e 294 Cpp non sembrano però del tutto sovrapponibili; come già osservato, nel caso di interrogatorio successivo l'esigenza di tempestività è determinata dal «preminente interesse a provocare un immediato contatto tra l'indagato e il giudice della cautela per la verifica dei presupposti per la privazione della libertà»<sup>58</sup>; non così, viceversa, per l'ipotesi di interlocuzione preventiva, funzionale a scongiurare un'ordinanza *ex art.* 292 Cpp ancora non emessa. Ciò fa sì che non necessariamente le conclusioni espresse in relazione all'interrogatorio *ex art.* 294 Cpp dalla giurisprudenza – che nega ricadute sanzionatorie ove la difesa lamenti la concreta impossibilità di studiare il *dossier* cautelare<sup>59</sup> là dove questo sia comunque stato messo a sua disposizione<sup>60</sup> – si prestino ad essere automaticamente trasferite anche alla nuova disciplina dell'interlocuzione preventiva<sup>61</sup>.

9. Ciò detto in ordine all'invito a comparire, ulteriori questioni si pongono anche in rapporto a svariati altri aspetti procedurali (anche perché alcuni fra i temi oggetto di specifica regolamentazione nell'art. 294 non vengono viceversa presi in considerazione dalle regole racchiuse nei commi 1-*quater* e ss. dell'art. 291 Cpp).

<sup>57</sup> L'assenza di un termine minimo è sentita, ed è stata fatta oggetto anche di una questione di legittimità costituzionale dell'art. 294 co. 1 Cpp (in relazione agli artt. 3, 24 e 111 Cost.), dichiarata tuttavia manifestamente inammissibile «perché comporterebbe il compimento di un'opzione che rientra nella discrezionalità del legislatore» da Cass. 5.10.2016 n. 31962, in *CEDCass.* n. 270956.

<sup>58</sup> Così, escludendo che la brevità del termine intercorrente tra la notifica dell'avviso di deposito degli atti presso il giudice che ha emesso la misura *ex art.* 293 Cpp e la data fissata per l'espletamento dell'interrogatorio di garanzia non dà luogo ad alcuna forma di nullità, Cass. 30.9.2014, n. 44902, in *CEDCass.* n. 260876.

<sup>59</sup> V. fra le altre Cass. 26.10.2021 n. 722, in *CEDCass.* n. 282466, Cass. 24.7.2020, n. 26343, *ivi* n. 279652 (e che si può leggere in *CP* 2021, 979, con nota di A. Valenti, nonché in *PPG* 2021, 412, con nota di S. Arasi), Cass. 30.9.2014 n. 44902, cit., Cass. 1.3.2013 n. 27833, *ivi* n. 255818, Cass. 11.7.2007 n. 30733, *ivi* n. 237245. Da tali pronunce si ricava che la declaratoria di nullità dell'interrogatorio (per violazione del diritto all'assistenza) viene tendenzialmente riservata ai soli casi in cui il tempo compreso fra l'avviso al difensore e lo svolgimento dell'interrogatorio non consente la fisica partecipazione all'atto e neppure la nomina di un sostituto processuale. La necessità di assicurare anche la possibilità di studiare gli atti viene esplicitamente considerata da Cass. 17.10.2013 n. 2253, in *CEDCass.* n. 257937 (anche se, nella fattispecie concreta, l'annullamento, da parte della Cassazione, dell'ordinanza del tribunale del riesame che aveva confermato quella emessa dal G.i.p. in applicazione della custodia cautelare, concerneva un avviso trasmesso via *fax* alle ore 11,33 al difensore, con studio a Roma, dello stesso giorno in cui doveva avere luogo l'interrogatorio fissato per le 16 presso il Tribunale di Siena).

<sup>60</sup> L'affermazione stando alla quale è affetto da nullità a carattere intermedio l'interrogatorio *ex art.* 294 Cpp non preceduto dal deposito del fascicolo allegato alla domanda cautelare nella cancelleria del G.i.p. si deve a Cass. S.U. 28.6.2005, cit., il cui insegnamento è stato poi esteso anche a proposito del diritto di difesa da esercitarsi in sede di convalida *ex art.* 391 Cpp da Cass. S.U. 30.9.2010, G., in *CP* 2011, 890 ss. (v. *retro*, nota 3).

<sup>61</sup> Tanto più che la Cassazione ha più volte affermato la possibilità, per l'indagato, di chiedere un differimento dell'interrogatorio (ancorché non oltre i cinque giorni dall'esecuzione dell'ordinanza cautelare: v. in tal senso le medesime pronunce citate alla nota 59), e anche considerando che la difesa potrà comunque sollecitare un nuovo interrogatorio insieme a un'istanza di revoca o di sostituzione della misura formulata ai sensi dell'art. 299 co. 3-*ter* Cpp (sempre se «basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati»).

Il fatto che la disciplina qui in commento non contempli espressamente la possibilità di sollecitare un nuovo interrogatorio preventivo dopo quello già svolto in prima battuta può senz'altro essere superata (in particolare attraverso un'interpretazione orientata *ex art.* 13 Cost.). Tuttavia, gli scenari descritti dai due diversi modelli procedurali – con interrogatorio preventivo e successivo – restano comunque diversi.

Innanzitutto, in dottrina è stata osservata l'assenza di una disciplina specificamente volta ad ottenere la presenza della persona da sottoporre a interrogatorio<sup>62</sup>. Sul punto, e benché sia stata prospettata la possibilità di disporre l'accompagnamento coattivo dell'indagato<sup>63</sup>, sono numerosi gli argomenti che portano a ragionare diversamente: argomenti di sistema, rappresentati tanto dall'omologo silenzio serbato sul punto dall'art. 294 Cpp quanto dall'espresso riconoscimento della facoltà, per l'arrestato e il fermato, di scegliere di non comparire all'udienza di convalida (v. commi 3 e 7 dell'art. 391 Cpp); la *ratio* difensiva dell'interrogatorio (dell'istituto in generale, e, in particolare, di *questo* specifico interrogatorio); su tutti, l'esigenza di non trasgredire la riserva di legge stabilita dall'art. 13 co. 2 Cost.<sup>64</sup>. Sulla scorta di ciò, la mancata presentazione dell'indagato al cospetto del giudice andrà semplicemente equiparata all'esercizio del diritto al silenzio, e comunque consentirà l'adozione della misura *inaudita altera parte*<sup>65</sup>.

Per i suoi possibili risvolti empirici, in dottrina è stata altresì criticata l'omessa previsione di un termine che stabilisca la durata massima del legittimo impedimento idoneo a determinare lo slittamento dell'incombente (e, come vedremo subito, espressamente riferito al solo indagato ma non anche al suo difensore)<sup>66</sup>. Per quanto, nel silenzio della legge, possa mutarsi la soluzione rinvenibile nel capoverso dell'art. 294 Cpp, a norma del quale «il termine per l'interrogatorio decorre nuovamente dalla data in cui il giudice riceve comunicazione della cessazione dell'impedimento o comunque accerta la cessazione dello stesso»<sup>67</sup>, non si può trascurare come le situazioni regolate rispettivamente dall'art. 294 e dall'art. 291 co. 1-*quater* non siano sovrapponibili. Invero, mentre nel caso di interrogatorio postumo l'indagato si trova già attinto dall'ordinanza cautelare, e in linea di principio non ha dunque interesse a veder posticipata l'interlocuzione con il giudice, nel caso dell'interrogatorio preventivo ben potrebbero riscontrarsi abusi del diritto, volti ad allontanare l'emissione (e la conseguente esecuzione) dell'ordinanza cautelare. La questione avrebbe dovuto suggerire una disciplina *ad hoc*, che, non potendo in effetti stabilire un limite massimo a un impedimento (la cui durata non è predeterminabile in via generale e astratta), avrebbe tuttavia potuto contemplare forme di restrizione della libertà provvisorie, magari elettronicamente monitorate; la lacuna su tale aspetto lascia dunque scoperto il fianco a possibili manovre elusive da parte dell'indagato.

Ciò posto, il più critico tra gli aspetti critici sul piano procedimentale si annida nella disciplina concernente la presenza del difensore durante lo svolgimento dell'interrogatorio. Per quanto l'invito a comparire vada notificato anche a quest'ultimo, il silenzio della legge su questo aspetto sembra infatti descrivere un atto che, a differenza di quello normato all'art. 294 Cpp, non postula la presenza necessaria del difensore<sup>68</sup>.

<sup>62</sup> M. Malerba, *op. cit.*, 7 s.

<sup>63</sup> A. Marandola, *op. cit.*, § 4.

<sup>64</sup> La possibilità di ottenere la presenza della persona sottoposta alle indagini con l'uso della forza in vista della sua sottoposizione a interrogatorio è espressamente – e molto opinabilmente – riconosciuta dal solo art. 376 Cpp, per l'ipotesi di interrogatorio disposto dal pubblico ministero, e previa autorizzazione da parte del giudice: norma che si pone in «contraddizione non marginale e purtroppo indicativa» con il diritto al silenzio (M. Nobili, *La nuova procedura penale. Lezioni agli studenti*, Clueb, Bologna, 1989, 56), e anche in possibile conflitto con il divieto di impiegare metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione (O. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Giuffrè, Milano, 2004, 102).

<sup>65</sup> Come segnalato *retro* (nota 47), è stato giustamente criticato il tenore dell'art. 291 co. 1-*septies* Cpp, che, nel descrivere il necessario contenuto dell'invito a comparire per rendere l'interrogatorio preventivo, non racchiude il necessario avvertimento in merito alle conseguenze connesse alla mancata comparizione.

<sup>66</sup> La lacuna era stata prontamente segnalata da A. Marandola, *op. cit.*, 8, e da G. Colaiacovo - G. Della Monica, *op. cit.* 6.

<sup>67</sup> Tale soluzione è prospettata da L. Ludovici, *op. cit.*, 1147 s.

<sup>68</sup> Il dato è rilevato in termini molto critici da tutti i commentatori: v. fra gli altri G. Illuminati, *op. ult. cit.*, 892,

Benché opinabile, tale silenzio non è privo di una sua plausibilità sul piano squisitamente sistematico, essendo la presenza obbligatoria del difensore in effetti prescritta solo per gli interrogatori che coinvolgono la persona (già) ristretta *in vinculis* o comunque attinta da un presidio cautelare (ancorché non di natura coercitiva). C'è poi un altro argomento a sostegno della lettura restrittiva, insito nella mancata previsione del differimento dell'interrogatorio nel caso di impedimento a comparire del difensore: un'eventualità, quella del legittimo impedimento, che come segnalato è espressamente considerata dall'art. 291 co. 1-*sexies* solo in relazione all'indagato e non anche al suo difensore.

Optando per la tesi che nega la presenza necessaria del difensore, andrà coerentemente scartata qualsiasi ricaduta sanzionatoria nel caso in cui egli sia assente, come pure la necessità di dar luogo alla nomina di un sostituto d'ufficio ai sensi dell'art. 297 co. 4 Cpp.

Tuttavia, una simile conclusione risulta clamorosamente antigarantistica, specie considerando che l'intento della novella sarebbe quello di rafforzare il diritto di difesa.

L'effetto più paradossale di questo impianto può cogliersi ponendo mente alla possibilità, da parte del pubblico ministero, di presenziare al compimento dell'atto: possibilità (affine a quella accordata dall'art. 294 co. 4 Cpp) inequivocabilmente desumibile dal fatto che egli risulta fra i destinatari dell'invito a comparire *ex art.* 291 co. 1-*sexies* Cpp. La scelta di partecipare da parte dell'inquirente – di per sé salutare, poiché idonea a proteggere l'imparzialità del giudice – potrebbe infatti accrescere la pressione psicologica sull'indagato, là dove dovesse questi dovesse ritrovarsi, da solo, contestualmente al cospetto del rappresentante dell'accusa e del giudice chiamato a pronunciarsi sulla domanda cautelare.

Lo scenario appena descritto induce a interrogarsi sulla compatibilità costituzionale di un simile assetto. A tal fine, il contrasto con gli artt. 24 e 3 della Carta fondamentale potrebbe sostenersi anche sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 302 Cpp per l'interrogatorio di garanzia da svolgersi ove l'ordinanza cautelare abbia perso efficacia per mancato rispetto dei termini prescritti dall'art. 294 Cpp. Dedicato a un interrogatorio non dissimile da quello *ex art.* 291 co. 1-*quater* – poiché parimenti collocato tra la richiesta cautelare e la successiva risposta del giudice, e dunque parimenti concernente un indagato a piede libero –, l'art. 302 richiama (fra l'altro) il comma 4 dell'art. 294 Cpp, prescrivendo dunque al difensore l'obbligo di intervenire. Tale diversa regolamentazione potrebbe dunque essere valorizzata o per sostenere una lettura costituzionalmente orientata<sup>69</sup> oppure, ove questa non dovesse attecchire, per portare la questione all'attenzione dei giudici della Consulta<sup>70</sup>.

Quanto alle modalità di svolgimento dell'interrogatorio, la disciplina è piuttosto scarna, limitandosi a un pleonastico richiamo agli artt. 64 e 65 Cpp (operato dal comma 1-*quater* dell'art. 291 Cpp) e a prevedere (al comma 1-*novies*) la necessità di una documentazione nelle forme particolarmente rigorose di cui all'art. 141-*bis* (un argomento, quest'ultimo, che depone ancora una volta per la vicinanza con l'istituto di cui all'art. 294 Cpp). Sennonché, il richiamo

---

A. Marandola, *op. cit.*, 9, M. Malerba, *op. cit.*, 9, G. Colaiacovo-G. Della Monica, *op. cit.*, 5.

<sup>69</sup> Il fatto che il vuoto legislativo su questo aspetto cruciale costituisca il probabile esito di una svista offre un valido argomento a sostegno dell'opinione di chi, muovendo dall'analogia di *ratio* rispetto all'interrogatorio di cui all'art. 294 Cpp (come pure di quello che si realizza in sede di convalida *ex art.* 391 Cpp), ritiene debba essere per forza assicurata la presenza del difensore (C. De Robbio, *Interrogatorio preventivo: istruzioni per l'uso (dieci soluzioni pratiche per sopravvivere al nuovo articolo 291 Cpp)*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) 28.10.2024, § 9). Opta per la necessità di un'applicazione analogica dell'art. 294 co. 4 Cpp anche A. Nappi, 65.2- *Procedimento applicativo*, in *Guida online al codice di procedura penale*, in [www.guidanappi.it](http://www.guidanappi.it) 2025.

<sup>70</sup> L'irragionevole differenza è segnalata da L. Ludovici, *op. cit.*, 1149, che, nel criticare questo aspetto della disciplina in commento, menziona anche la necessaria presenza del difensore nei casi in cui l'interrogatorio si svolga in sede di convalida *ex art.* 391 Cpp (che tuttavia risponde a una duplice *ratio*, strumentale non solo a cogliere la sussistenza dei presupposti applicativi delle misure cautelari, ma anche a verificare la legittimità o meno dell'applicazione dell'arresto o del fermo).



all'art. 141-*bis* Cpp non è molto preciso, poiché testualmente limitato alle sole «modalità» di cui al precetto, e non anche alla norma (racchiusa nell'ultima frase dello stesso) dedicata alla trascrizione della riproduzione (da svolgersi solo se richiesta dalle parti)<sup>71</sup>.

Nulla di specifico è previsto, inoltre, circa la possibilità di partecipare da remoto all'incombente (da parte tanto dell'indagato quanto del pubblico ministero).

10. La diversa posizione dell'interrogatorio preventivo in seno alla procedura applicativa delle cautele personali genera una risposta sanzionatoria diversa da quella messa a presidio dell'istituto di cui all'art. 294 Cpp, che come noto si impernia sulla perdita di efficacia della misura. Infatti, l'anticipazione dell'interrogatorio fa sì che le sue eventuali patologie possano derivare sull'ordinanza *ex art.* 292 Cpp, senza che sia necessario "scomodare" l'istituto della caducazione.

Sulla scorta di ciò, si potrebbe pensare che il cambio di paradigma abbia semplificato le cose; in realtà non è così. Bisogna infatti considerare che la differenziazione dei modelli procedurali si riverbera sulle modalità di intervento difensivo (non omologabili tra loro), prestandosi dunque a generare una proliferazione delle eccezioni di nullità dell'ordinanza cautelare ogniquale volta l'interrogatorio si sia svolto ai sensi dell'art. 294 Cpp anziché (come in ipotesi avrebbe dovuto essere) secondo quanto prescritto dall'art. 291 commi 1-*quater* ss. Cpp. è questo, d'altronde, uno dei costi di ogni doppio binario.

Sul piano delle ricadute sanzionatorie, bisogna innanzitutto dar conto delle ennesime interpolazioni che hanno investito l'art. 292 Cpp, che regola (fin troppo) doviziosamente i requisiti contenutistici e motivazionali dell'ordinanza applicativa delle cautele personali. Due sono, in particolare, gli innesti: il comma 2-*ter* vede inserito l'obbligo, «nei casi di cui all'art. 291, comma 1-*quater*», di una specifica valutazione degli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso della propria audizione; contestualmente, è stato aggiunto anche un comma 3-*bis*, a norma del quale «l'ordinanza è nulla se non è preceduta dall'interrogatorio nei casi previsti dall'articolo 291, co. 1-*quater*, nonché quando l'interrogatorio è nullo per violazione delle disposizioni di cui ai commi 1-*septies* e 1-*octies* del medesimo articolo».

Stando all'architettura dell'art. 292 Cpp, la prima fattispecie costituisce una nullità di quarto genere (categoria forgiata, con scarsa ortodossia sistematica, dalla legge n. 332 del 1995). Diversamente, l'art. 292 non si preoccupa di specificare il regime di rilevabilità della nullità di cui al nuovo comma 3-*bis*. Com'è ovvio, tale silenzio non postula la natura relativa delle nullità ivi specificamente menzionate, dovendo l'interprete confrontare le singole fattispecie considerate dalla norma speciale con la disciplina di cui agli artt. 178 ss. Cpp.

Da tale percorso si ricava che quelle dell'art. 292 co. 3-*bis* sono tutte nullità di ordine generale<sup>72</sup>, poiché sicuramente preposte a garantire il diritto all'intervento o all'assistenza difensiva dell'indagato nel procedimento cautelare che si svolge a suo carico.

<sup>71</sup> L. Suraci (*op. cit.*, 8). Secondo L. Ludovici, *op. cit.*, 1148, «il rinvio all'art. 141-*bis* Cpp non è integrale ma limitato alle sole modalità di documentazione integrale ivi disciplinata: questa scelta – più o meno consapevole – non è senza effetti perché, a rigore, per l'interrogatorio anticipato non è prescritta la redazione del verbale in forma riassuntiva. Se a ciò aggiungiamo che il giudice non può *ex officio* disporre la trascrizione della riproduzione, il rischio che l'assetto così configurato produce – in caso di inerzia delle parti – è quello di portare alla nullità dell'interrogatorio *ex art.* 178, lett. c, Cpp – e, quindi, della successiva ordinanza –, se non altro nelle ipotesi di malfunzionamento del dispositivo di audiovisione o fonoregistrazione impiegato: è noto, infatti, che, in casi del genere, il verbale riassuntivo svolge una funzione probatoria vicaria *ex art.* 139, comma 3, Cpp».

<sup>72</sup> Come tali, esse avrebbero dunque anche potuto non essere direttamente menzionate, tanto da rendere superfluo l'innesto del suddetto comma 3-*bis*. Nondimeno, in un contesto giurisprudenziale che tende a patrocinare letture alquanto riduttive delle ipotesi di nullità generale, l'intervento del legislatore va salutato con favore.

In almeno un caso – quello dell’omesso interrogatorio nei casi in cui sarebbe stato doveroso procedervi – si può addirittura ipotizzare di trovarsi al cospetto di una nullità assoluta, per omessa citazione dell’imputato<sup>73</sup>. Si tratterà, in questo caso, di una nullità assoluta endoprocedimentale, ossia interna al rito cautelare, come tale eccezionale e rilevabile fino alla conclusione dei diversi eventuali gradi di giudizio dell’incidente *de libertate*<sup>74</sup>. Una nullità destinata a manifestarsi proprio nei casi più problematici, ossia là dove, in ipotesi, il giudice abbia escluso di dover procedere a interrogatorio preventivo sulla scorta di una qualificazione giuridica del fatto (di cui si debba scongiurare un’ipotetica “reiterazione”) ascrivibile ai delitti di cui agli artt. 407, co. 2, lett. a, Cpp o 362, co. 1-ter, Cpp, ovvero rientrante nella fumosa categoria dei «gravi delitti commessi con l’uso di armi o con altri mezzi di violenza personale». Oppure, a monte, qualora il giudice, così come la giurisprudenza ritiene possibile<sup>75</sup>, indebitamente ritenga di scartare la necessità di procedere a interrogatorio riscontrando un rischio di inquinamento probatorio o di fuga poi magari esclusi dal tribunale della libertà. Questo scenario vertiginoso fa toccare con mano il tasso di inutile complessità prodotto dalla riforma, e che verrà con ogni probabilità fronteggiato affermando che i presupposti per procedere o meno all’interrogatorio andranno valutati ora per allora, e dunque sulla scorta di quanto prospettabile nel momento in cui il giudice era chiamato a decidere sulla domanda cautelare.

Ancora. Se dovesse prevalere l’idea – fedele al dato letterale – che esclude la presenza necessaria del difensore all’interrogatorio preventivo (prescritto invece per l’interrogatorio *ex art.* 294 Cpp), andrà escluso qualsiasi risvolto sanzionatorio ove egli sia assente; diversamente opinando, tale eventualità dovrebbe dar luogo a una seconda ipotesi di nullità assoluta endoprocedimentale, riconducibile a quanto previsto dall’art. 179 Cpp, che così sanziona l’assenza del difensore nei casi in cui ne sia prescritta come obbligatoria la presenza.

Come già anticipato, le ulteriori ipotesi di nullità cui fa riferimento il comma 3-*bis* dell’art. 292 sono invece tutte a regime intermedio, e coinvolgono (senza pretesa di completezza, giacché qualcosa potrebbe sfuggire): il rispetto dei requisiti contenutistici dell’invito a comparire, corredato da una serie imponente di avvisi; il rispetto del termine dilatorio di cinque giorni previsto in via generale dall’art. 291 co. 1-*sexies*; le condizioni materiali concernenti l’effettiva possibilità di avvalersi delle facoltà riconosciute da singoli commi dell’art. 291 Cpp. Tra queste ultime, su tutte, il diritto alla *discovery* sul *dossier* cautelare, con quanto ne consegue circa la possibilità di richiamare la giurisprudenza fiorita attorno alla necessità di salvaguardare il diritto all’accesso agli atti prima che abbia luogo l’interrogatorio *ex art.* 294 Cpp. E infine, l’effettiva sussistenza di ragioni di urgenza nei casi di abbreviazione del termine: ragioni che devono essere tali da giustificare la conversione del termine a difesa in mero termine a comparire (che peraltro dev’essere comunque idoneo a consentire la partecipazione all’atto da parte tanto dell’indagato quanto del suo difensore), e devono altresì essere idonee a giustificare la compressione del diritto a prendere visione ed estrarre copia degli atti (accordato in via generale dal comma 1-*octies* dell’art. 291 Cpp).

Il tutto, però, con un’avvertenza: pur essendo destinate ad attingere l’ordinanza cautelare, configurando casi di nullità a regime intermedio esse sono soggette al termine di deducibilità prescritto dall’art. 182 co. 2 Cpp, e vanno dunque eccepite in sede di interrogatorio

<sup>73</sup> Anche secondo L. Ludovici (*op. cit.*, 1150), essendo l’interrogatorio preventivo «un atto indefettibile della procedura diretta alla costituzione del contraddittorio in vista di una futura decisione, la sua omissione è destinata ad integrare a tutti gli effetti una ipotesi di “omessa citazione dell’imputato”».

<sup>74</sup> Per una definizione di nullità endoprocedimentale v. già E. Valentini, in *La domanda cautelare*, cit., 357, ove tale nozione era impiegata per alludere alla nullità che deve essere necessariamente eccepita in seno al procedimento incidentale, mediante l’attivazione dei controlli garantiti per impugnare l’ordinanza cautelare.

<sup>75</sup> V. quanto già segnalato *retro*, e in particolare alla nota 41.

preventivo<sup>76</sup>; sempre che, tuttavia, al relativo svolgimento abbia presenziato anche il difensore<sup>77</sup>.

Come già più volte anticipato, e rispolverando la medesima logica retrostante alle modifiche operate sull'art. 292 Cpp già nel 1995 e nel 2015 (che hanno trasformato la redazione dell'ordinanza cautelare in un percorso a ostacoli), la novella impone al giudice di dedicare agli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso dell'interrogatorio una specifica valutazione, pena, anche in questo caso, la nullità dell'ordinanza cautelare. Una nullità – si badi – che dovrebbe non poter essere sanata in sede di riesame, visto che il tribunale della libertà è espressamente tenuto ad «annullare il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione [...] degli elementi forniti dalla difesa» (art. 309, co. 9, ultima frase Cpp)<sup>78</sup>. Tanto da aver indotto il legislatore a intervenire anche sul quinto comma dell'art. 309 Cpp, esplicitando l'obbligo di trasmettere al giudice dell'impugnazione, «in ogni caso, le dichiarazioni rese dalla persona sottoposta alle indagini ai sensi dell'articolo 291, comma 1-*quater*»: dove quel «in ogni caso» è manifestamente volto a evitare che anche a tale riguardo possa attecchire l'orientamento pretorio, condiviso anche dalle Sezioni unite, in forza del quale la perdita d'efficacia stabilita dall'art. 309 Cpp per l'omessa trasmissione al tribunale del riesame degli atti indicati nel comma 5 possa essere riferita anche al verbale dell'interrogatorio di garanzia solo là dove la difesa sia in grado di dimostrare l'idoneità di tale atto a scardinare la tenuta dell'accusa cautelare<sup>79</sup>.

Infine, il già segnalato cambio di paradigma, in forza del quale le nullità dell'interrogatorio di garanzia derivano sull'ordinanza cautelare senza che operi la caducazione della stessa (secondo quanto previsto dal modello, alternativo, regolato dall'art. 294 Cpp), fa sì che tutte le nullità ora rapsodicamente passate in rassegna e collegate alla procedura qui in commento debbano essere necessariamente coltivate in sede di impugnazione dell'ordinanza cautelare. E dunque con istanza di riesame allorché sia stata applicata una misura coercitiva, e con l'appello *ex art.* 310 Cpp ove la scelta sia caduta su una misura interdittiva. Senza, quindi, passare per il rimedio viceversa riferibile alla perdita di efficacia *ex art.* 302 Cpp, che affida la competenza a pronunciare la relativa declaratoria al giudice cautelare (*ex art.* 306), con provvedimento poi eventualmente impugnabile *ex art.* 310 Cpp<sup>80</sup>.

<sup>76</sup> Così anche L. Ludovici, *op. cit.*, 1151, nonché G. Colaiacovo - G. Della Monica, *op. cit.*, 8.

<sup>77</sup> Come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. S.U. 29.1.2015 n. 5396, *CEDCass.* n. 263024), la parte su cui grava l'onere di eccepire, *ex art.* 182 co. 2 Cpp, la nullità di un atto al quale assiste è solo il difensore – ovvero il pubblico ministero –, in nessun caso l'indagato o l'imputato, né altra parte privata.

<sup>78</sup> Per quanto l'interpolazione, come noto, risalga alla novella del 2015, e non potesse quindi riferirsi (se non nei casi di cui all'art. 289 e 391 Cpp) al nuovo interrogatorio, è chiaro come tale precetto vada riferito anche alle dichiarazioni rese in sede di interrogatorio preventivo, come pure alle eventuali allegazioni e produzioni svolte dalla difesa in tale contesto: memorie, documenti, documentazione di indagini difensive (prodotte ai sensi dell'art. 391-*octies* co. 1 Cpp).

<sup>79</sup> V. già Cass. S.U. 26.9.2000 n. 25, in *CEDCass.* n. 217443 (nonché, più di recente, Cass. 13.12.2019, *ivi*, n. 275574). Sul punto, va detto che proprio il combinato disposto dei rinnovati commi 5 e 9 (ultima frase) dell'art. 309 Cpp dovrebbe imporre un superamento di tale posizione giurisprudenziale. Se è infatti vero che, nella procedura “classica”, l'ordinanza cautelare non può certamente farsi carico di considerare e valutare le dichiarazioni rese dall'indagato in un interrogatorio che non si è ancora tenuto (quello *ex art.* 294 Cpp), questa inevitabile disparità di trattamento rispetto alla procedura instaurata con la riforma non potrà che determinare la rivisitazione della giurisprudenza appena citata. La novella in commento dovrà dunque indurre una interpretazione estensiva (e costituzionalmente orientata) dell'art. 309 co. 9 ultima frase Cpp, da leggersi come riferita ad ogni dichiarazione resa dall'indagato in sede di interrogatorio, e dunque ai sensi non solo dell'art. 291 co. 1-*quater* (disposizione espressamente menzionata dall'art. 309 co. 5), ma anche dell'art. 294 Cpp.

<sup>80</sup> Principio pacifico, e affermato sin da Cass. S.U. 5.7.1995 n. 26, in *CEDCass.* n. 202015.

11. I numerosi aspetti critici fin qui passati in rassegna non esauriscono il novero delle ragioni per bocciare questo cervellotico disegno normativo. Tenendo per un attimo in disparte i problemi organizzativi e gestionali su cui più si sono concentrate le preoccupazioni del CSM (e che riguardano soprattutto i procedimenti plurisoggettivi<sup>81</sup>), il maggior difetto di questa disciplina è rappresentato dalla circostanza che, così come prima dell'interrogatorio preventivo, pure dopo il suo svolgimento, e nelle more della decisione giudiziale, l'indagato resti libero<sup>82</sup>.

Tale aspetto della disciplina disorienta. Infatti, per quanto il giudice debba ritenersi vincolato a fissare l'interrogatorio di fronte non a qualsiasi domanda cautelare, ma solo a quelle che sia propenso ad accogliere, egli non potrà certamente presentarsi davanti all'indagato con l'ordinanza cautelare già confezionata, con tanto di dispositivo. Oltre a svilire il significato garantistico dell'interlocuzione con la persona sottoposta alle indagini, un simile *escamotage* finirebbe infatti per cozzare con il rinnovato tenore dell'art. 292, co. 2-ter, che (come già osservato) prescrive «una specifica valutazione degli elementi esposti dalla persona sottoposta alle indagini nel corso dell'interrogatorio».

Una volta concluso l'interrogatorio, l'indagato resterà in una sorta di limbo, dalla durata imprecisata<sup>83</sup>, sotto la spada di Damocle dell'intervento cautelare ma senza che al giudice sia concesso attivare una qualsiasi misura (non necessariamente detentiva) preposta ad impedire non solo la “recidiva specifica” ma anche l'insorgenza (o l'aggravamento) dei due *pericula* (originariamente esclusi) di cui alle lett. a e b dell'art. 274 Cpp<sup>84</sup>.

Per superare questa lacuna, caratteristica già del disegno di legge originario, durante i lavori parlamentari la dottrina aveva proposto di «scindere provvedimento e motivi»<sup>85</sup>. Si sarebbe in effetti potuto pensare a un congegno simile a quello introdotto nel 2015 in relazione al deposito della motivazione della decisione sull'istanza di riesame<sup>86</sup>; con la previsione di un termine parimenti stabilito a pena di inefficacia, ma assai più circoscritto, onde non penalizzare il diritto all'impugnazione nel merito dell'ordinanza *ex art.* 292 Cpp.

Non avendo i compilatori considerato questo tipo di soluzione, il *periculum libertatis* che potrebbe presentarsi nel lasso di tempo compreso fra interrogatorio e esecuzione della (probabile) ordinanza cautelare potrà essere scongiurato solo con una nuova iniziativa del pubblico ministero. In particolare: o con un provvedimento di fermo, oppure con una nuova

<sup>81</sup> Se ne darà conto *infra*, § 11.1.

<sup>82</sup> V. P. Bronzo, *op. cit.*, 6, M. Gialuz, *op. cit.*, § 5.1.

<sup>83</sup> Infatti, non è previsto alcun termine perentorio, per il G.i.p., entro cui emettere il provvedimento cautelare. In generale, dovrebbe ritenersi valevole il termine – generale ed ordinario – di cui all'art. 121 co. 2 Cpp (il quale peraltro dimostra la propria concreta ineffettività alla luce della nuova disciplina racchiusa dall'art. 362-*bis* Cpp: disposizione la quale, a sua volta, è sguarnita di ricadute processuali). Secondo una diversa (e assai autorevole) ricostruzione, il G.i.p. dovrebbe ritenersi tenuto a invitare l'indagato a rendere l'interrogatorio entro il termine di cui all'art. 121 co. 2 Cpp, e dovrebbe poi depositare l'ordinanza cautelare entro il termine di cinque giorni stabilito dall'art. 128 Cpp, trattandosi di decisione camerale conseguente appunto all'interrogatorio (A. Nappi, *loc. ult. cit.*). In ogni caso, le conseguenze non variano: è infatti noto come la giurisprudenza qualifichi il termine di cui all'art. 128 Cpp come ordinario (salve eventuali ricadute disciplinari, civili ed anche penali a carico del responsabile del ritardo).

<sup>84</sup> L'assenza di coordinate cronologiche perentorie farà sì che, nella prassi, possa presentarsi anche un altro problema: quello concernente la necessità (e meno) di procedere a un nuovo interrogatorio là dove, nelle more tra l'interrogatorio preventivo e la decisione del giudice, il pubblico ministero presenti al giudice ulteriori atti d'indagine. Il problema non è inedito, essendosi già presentato in relazione all'interrogatorio *ex art.* 289 Cpp, e ha trovato una risposta garantistica in Cass. 15.3.2018 n. 26929, in *CEDCass.* n. 273416, che ha affermato la necessità di un nuovo interrogatorio (siano i nuovi atti d'indagine dipendenti o meno dalle dichiarazioni rese dall'indagato).

<sup>85</sup> P. Bronzo, *op. cit.*, 6.

<sup>86</sup> Così anche L. Ludovici, *op. cit.*, 1149.

domanda cautelare, destinata a soppiantare la prima e questa volta azionata per fronteggiare pure il rischio di inquinamento della prova o quello di fuga i quali, originariamente assenti, fossero insorti proprio in conseguenza del venir meno dell'effetto sorpresa.

In entrambi i casi, l'iniziativa sopravvenuta del pubblico ministero dovrà per forza di cose fondarsi su elementi probatori nuovi, sopravvenuti all'originaria richiesta *ex art. 291 Cpp* ed in grado di dimostrare il mutamento della situazione di fatto idoneo a giustificare il superamento dell'originaria domanda cautelare. Così stando le cose, è evidente come lo scenario si presti a costituire l'anticamera per un allargamento delle ipotesi di fermo<sup>87</sup>.

A proposito della cronologia del procedimento, va poi svolta un'ulteriore osservazione. Se inquadrata alla luce dei connotati di concretezza ed attualità normativamente imposti per ravvisare l'esigenza di cui all'art. 274 lett. c Cpp, a rigor di logica (e di legge) la novella del 2024 dovrebbe essere intesa anche come una scommessa sull'effetto dissuasivo della mera prospettiva, per l'indagato, di vedersi attinto da un'ordinanza cautelare, con una sorta di "effetto resipiscenza" anticipato (figlio della cautela ancora solo futuribile, e non ancora patita); un effetto di resipiscenza che, se protratto, dovrebbe determinare la dissolvenza del *periculum*, per effetto del decorso del tempo senza la commissione di nuovi reati.

Diversamente, se così non dovesse essere – e quindi se nella generalità dei casi i giudici cautelari dovessero orientarsi per la scelta di applicare *comunque* un presidio cautelare malgrado la "buona condotta" tenuta dall'indagato nel lasso di tempo compreso tra l'interrogatorio di garanzia e la decisione sulla domanda *ex art. 291 Cpp* (lasso di tempo non imbrigliato in termini tassativi) – ne uscirebbero inevitabilmente annacquati i requisiti di concretezza e attualità del rischio di reiterazione del reato, quantomeno là dove l'applicazione della misura cautelare intervenga a distanza di molto tempo dall'assunzione dell'interrogatorio preventivo. Con un effetto finale difficile da smentire: il rafforzamento di un'endemica deviazione già osservabile nella pratica, ossia quella che identifica nell'applicazione della misura cautelare (in specie quella custodiale) una sostanziale anticipazione della pena<sup>88</sup>.

11.1. Al difetto appena descritto vanno ad aggiungersi ulteriori complicazioni, puntualmente segnalate tanto dal CSM quanto dai pratici, impegnati a suggerire proposte per "sopravvivere" alla nuova disciplina<sup>89</sup>. Complicazioni che riguardano, fondamentalmente, le ipotesi concernenti domande cautelari destinate ad azionare contestualmente le due diverse procedure: quella "classica", che passa per l'interrogatorio successivo, *ex art. 294 Cpp* (e dunque fondata sull'effetto sorpresa), e quella introdotta con la riforma. Con una eterogeneità di modelli procedurali che potrebbe riguardare tanto lo stesso indagato quanto – complicazione nella complicazione – indagati diversi.

Molteplici sono, infatti, le fattispecie destinate ad affacciarsi (e anzi già affacciate) nella realtà di tutti i giorni: quella della pluralità di reati di cui si paventi la "reiterazione" da parte del medesimo indagato; quella della pluralità di indagati a cui in ipotesi vengano ascritti reati diversi (caso esemplare e frequente è quello della domanda cautelare in cui ad alcune persone venga contestata la partecipazione a un'associazione a delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti, *ex art. 74 d.P.R. n. 309/1990*, mentre ad altre venga ascritto il semplice concorso

<sup>87</sup> Tale possibilità è stata prospettata da Daniele Negri (v. *retro*, nota 31).

<sup>88</sup> Un'osservazione simile si ritrova anche in C. De Robbio, *D.d.l. Nordio: l'interrogatorio prima della misura cautelare e l'elefante nella stanza*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it) 25.6.2024, § 4.

<sup>89</sup> Si allude all'ironico (ma nemmeno troppo) sottotitolo del contributo di C. De Robbio, *Interrogatorio preventivo: istruzioni per l'uso (dieci soluzioni pratiche per sopravvivere al nuovo articolo 291 Cpp)*, cit.

in una o più condotte di cessione, *ex art. 73 del medesimo d.P.R. n. 309<sup>90</sup>*<sup>91</sup>; infine, quella della pluralità di indagati rispetto alla quale si riscontrino diverse esigenze cautelari<sup>92</sup>.

Di questi “conflitti” fra procedure (non distanti dai “conflitti di attribuzione” destinati a realizzarsi una volta che dovesse davvero entrare in scena anche il G.i.p. collegiale), il legislatore si disinteressa completamente, di fatto scaricandone la risoluzione sulle spalle degli operatori<sup>93</sup>.

In proposito, possono prospettarsi diverse risposte, in funzione delle peculiarità del caso concreto, e chiamate a confrontarsi con la necessità di mediare tra tre diversi valori: la necessità di salvaguardare l’effetto-sorpresa e la segretezza delle indagini (sottesa alla disciplina che scarta l’operatività dell’interrogatorio preventivo); la contrapposta esigenza di tutelare il diritto all’intervento e all’autodifesa dell’indagato (viceversa retrostante alla disciplina che impone l’interrogatorio preventivo); sullo sfondo, la sostenibilità gestionale e organizzativa delle soluzioni in astratto prospettabili (valore che deve comunque essere considerato, e la cui compressione è al centro delle osservazioni del CSM).

La prima possibile risposta è quella che passa per lo “spacchettamento” delle decisioni cautelari, destinate a sdoppiarsi in funzione del *modus procedendi* in concreto applicabile alle singole regiodicande cautelari, e dando priorità (come intuibile) all’esecuzione delle ordinanze destinate ad operare *inaudita altera parte*. Sebbene si tratti della soluzione più ortodossa sul piano dei principi, essa si presenta francamente antieconomica. Per questa ragione, essa può essere scartata nei casi di un’accusa cautelare concernente reati diversi ma monosoggettiva, ossia riferita a una sola persona. Nel caso di applicazione di un presidio cautelare destinato a veder operare l’art. 294 Cpp, sarebbe infatti ultroneo dar luogo alla duplicazione delle procedure (senza e con interrogatorio preventivo) in rapporto al reato (o ai reati) di cui si tema la “reiterazione” o alla (eventualmente difforme) esigenza cautelare in relazione ai quali sia prevista l’operatività dell’art. 291 co. 1-*quater* Cpp.

Meno semplice è invece individuare la soluzione da privilegiare nel caso di domande cautelari plurisoggettive, ossia concernenti più indagati, in rapporto alle quali debbano in astratto operare procedure applicative diverse (con e senza interrogatorio preventivo). Sulla carta, dovrebbe prevalere la scissione delle iniziative cautelari, o, comunque, la duplicazione delle procedure conseguenti a una eventualmente unica domanda: e dunque la divaricazione dei procedimenti applicativi (senza e con interrogatorio preventivo) nei confronti dei diversi indagati, salvaguardando la priorità della procedura a sorpresa per poi dar luogo solo in un secondo momento agli interrogatori preventivi degli indagati nei confronti dei quale dovrebbe trovare applicazione l’art. 291 co. 1-*quater* Cpp. Tuttavia, questa risposta è foriera di difficoltà pratiche, illustrate dal parere del CSM, che ha fra l’altro segnalato come «una decisione “a due tempi” della richiesta cautelare po[ssa] dar luogo alla necessità di rivedere, alla luce degli elementi sopravvenuti ed acquisiti grazie agli interrogatori successivamente espletati, le determinazioni assunte con l’ordinanza precedentemente adottata, con aggravio delle attività del G.i.p. e ricadute in termini di instabilità delle decisioni»<sup>94</sup>. Espressa menzionando la parola

<sup>90</sup> Altrettanto ricorrente è il caso della misura nei confronti di un soggetto accusato di rapina aggravata e di un suo coindagato al quale si contesta di aver riciclato il provento della stessa (l’esempio è tratto da C. De Robbio, *op. ult. cit.*, § 2).

<sup>91</sup> Fattispecie, questa, che può presentarsi non solo in forza del tenore della domanda cautelare, ma anche nel caso in cui sia il giudice, destinatario della stessa, a qualificare diversamente i fatti descritti nella “imputazione cautelare”.

<sup>92</sup> A tali ipotesi andrà poi ad aggiungersi quella della coesistenza di richieste cautelari che propongano l’applicazione di misure diverse, che assumerà un suo rilievo pratico quando, nel 2026, dovesse entrare in vigore la competenza del G.i.p. cautelare, di cui si darà conto nelle prossime pagine.

<sup>93</sup> Il dato è segnalato da C. De Robbio, *op. ult. cit.*, § 2.

<sup>94</sup> CSM, *Parere*, cit., 28. V. anche, con maggior dovizia di particolari, C. De Robbio, *Interrogatorio preventivo*,

«*determinazioni*», una simile critica suscita stupore, visto che etichetta come se fosse un inconveniente l'essenza di ogni decisione cautelare (per definizione provvisoria ed instabile). Tuttavia, le difficoltà empiriche esistono, prestandosi a generare un aggravio di lavoro che può in effetti rivelarsi eccessivo ogniqualvolta le scelte in ordine all'*an* e al *quomodo* delle misure già disposte (e applicate) a sorpresa non richiedano una rivisitazione sostanziale in conseguenza delle dichiarazioni rese dagli indagati ascoltati, in un secondo momento, *ex art.* 291 co. 1-*quater* Cpp.

Non avendo le allarmate sollecitazioni del CSM trovato alcuna risposta da parte del legislatore, non resta che aspettare come si orienterà la pratica giudiziaria. Allo stato, pare possa prevalere una soluzione, empirica, in forza della quale il G.i.p. potrebbe redigere un'unica ordinanza cautelare, da eseguire subito, ed *inaudita altera parte*, nei confronti degli indagati non da sottoporre all'interrogatorio preventivo; e da eseguire, una volta debitamente integrata con la valutazione anche delle dichiarazioni rese in tale frangente, anche nei confronti dell'indagato nel frattempo sottoposto a interrogatorio preventivo (onde non incappare nella nullità dell'ordinanza cautelare stabilita dall'art. 292 co. 2-*ter*).

La soluzione sembra in effetti assicurare il formale rispetto della legge senza appesantire eccessivamente il lavoro degli uffici giudiziari<sup>95</sup>; nondimeno – è superfluo dirlo – essa risulta molto riduttiva, prestandosi a rendere l'interrogatorio preventivo un mero adempimento burocratico.

Sulla scorta di ciò, è chiaro come l'introduzione della necessaria audizione preventiva dell'indagato finisca per conservare una sua reale utilità in casi molto limitati, ossia nelle sole ipotesi di incidente cautelare monosoggettivo concernente il rischio di reiterazione di un solo reato (o di più reati, ma per i quali parimenti debba operare il solo art. 291 co. 1-*quater* Cpp).

12. Confrontata con la complessità del quotidiano, la novella disvela dunque la sua vera funzione: quella di creare una disciplina apparentemente generale, ma in realtà destinata a operare (o comunque a rivelarsi davvero utile) in casi piuttosto limitati.

Secondo alcuni, questa procedura – ostinata nell'escludere limitazioni provvisorie della libertà personale in attesa della decisione giudiziale, sia prima che dopo l'interrogatorio di garanzia – punterebbe a un risultato preciso, ossia quello di ovviare alla mancata abrogazione dell'inciso «delitti della stessa indole» cui mirava il *referendum* del 12.6.2022: «preso atto dell'impossibilità di eliminare la norma – per mancato raggiungimento del *quorum* ieri e per l'inesistenza di un accordo politico tra le forze di maggioranza oggi – si prova a neutralizzarne la portata applicativa prevedendo un procedimento confuso»<sup>96</sup>.

Questa lettura è in parte condivisibile, ma ad avviso di chi scrive non prende in considerazione la natura settoriale della novella, gravida di eccezioni in rapporto al tipo di reato di cui si teme la possibile commissione. Il vero intento del nuovo istituto sembra infatti ancora più

---

cit., § 2.

<sup>95</sup> In tal senso C. De Robbio, *Interrogatorio di garanzia*, cit., §§ 3 e 4, il quale alternativamente ha anche ipotizzato la possibilità di estendere a questo problema la soluzione elaborata dal diritto vivente che si era confrontato con la medesima questione, ma in rapporto ad altri istituti: in particolare, in relazione ai termini di durata delle intercettazioni (nelle ipotesi di compresenza di indagati per reati comuni e di indagati per reati di criminalità organizzata, per i quali vigono i termini di 40 giorni *ex lege* 13.5.1991, n. 152); o con la soluzione giurisprudenziale della questione, simile, concernente la necessità o meno di notificare la richiesta di proroga delle indagini preliminari là dove solo alcuni dei coindagati siano tali in relazione ai delitti indicati dal comma 5-*bis* dell'art. 406 Cpp, per i quali l'istanza di proroga non deve essere notificata. Soluzioni che in effetti vedono la giurisprudenza privilegiare le esigenze di segretezza delle indagini (v., in relazione alla prima questione, Cass. 24.7.2020 n. 31440, in *CEDCass.* n. 280062, e, alla seconda, Cass. 6.4.2017 n. 28252, *ivi* n. 270565), ma che a ben vedere non sembrano automaticamente trasferibili anche alla questione qui in esame.

<sup>96</sup> M. Gialuz, *op. cit.*, 14.

circoscritto, e si disvela soprattutto alla luce del suo “contenitore”: la legge n. 114 del 2025, concernente i reati contro la pubblica amministrazione<sup>97</sup>. Lo si è già ripetutamente constatato: malgrado la sua portata a prima vista generale, alla prova dei fatti l’interrogatorio preventivo si rivelerà dotato di una qualche efficacia empirica quasi solo nell’ambito di vicende concernenti la criminalità dei *white collars* (o, comunque, trasversale a tutte le fasce sociali). Così in qualche misura confermando una tendenza già in atto da tempo, ove si consideri che, se si esclude quella che (giocoforza) si realizza in sede di convalida dell’arresto e del fermo (*ex art. 391 Cpp*), le espressioni di contraddittorio anticipato in materia cautelare finora note al sistema sono quelle previste dal d. lgs. 8.6.2001, n. 231 e dall’art. 289 Cpp.

Stando così le cose, lo spirito della riforma sembra proprio il medesimo che aveva a suo tempo mosso l’introduzione dell’interrogatorio *ex art. 289 Cpp*, istituto discutibilmente salvato dalla Corte costituzionale<sup>98</sup> ma comunque destinato a operare solo là dove venga promossa l’applicazione di una misura (l’interdizione temporanea dall’esercizio di un pubblico ufficio o servizio) che postula l’esistenza di esigenze cautelari non particolarmente pregnanti. L’impressione è in sostanza che si sia scelta una strada meno scoperta di quella imboccata dalla legge 16.7.1998, n. 234 – in virtù di un perimetro operativo più ampio e non così dichiaratamente speciale – per generalizzare l’interrogatorio preventivo anche là dove sia in predicato addirittura l’applicazione della custodia in carcere, ossia di una misura cui dovrebbe potersi ricorrere solo quale *extrema ratio*; e senza che a ciò corrisponda l’applicazione di restrizioni provvisorie della libertà (appunto neppure qualora si prospetti il ricorso al carcere). Così sostanzialmente offrendo al solo indagato di certe categorie di reati (per le quali non è possibile eliminare *formalmente* il ricorso allo strumento cautelare) l’opportunità di fornire la propria versione dei fatti prima dell’applicazione della misura, talvolta «anche a scapito delle esigenze di segretezza e di efficacia delle indagini»<sup>99</sup>.

A tale ultimo proposito, è chiaro come una disciplina così congegnata sia suscettibile di riverberarsi, a ritroso, sulla scelta, da parte del pubblico ministero, se presentare o meno la domanda cautelare; scelta dalla quale viene a dipendere la caduta del segreto investigativo (in concomitanza con la notifica dell’invito a comparire per rendere l’interrogatorio) senza che sia contestualmente applicata una cautela, anche solo provvisoria (idonea a scongiurare l’insorgenza di un pericolo di inquinamento probatorio figlio proprio della caduta del segreto)<sup>100</sup>.

<sup>97</sup> Oltre a De Robbio, *op. ult. cit.*, 2, v. anche M. Malerba, *op. cit.*, 7, il quale (citando il rapporto SPACE 2023, elaborato dal Consiglio d’Europa, e che si può leggere in [www.processopenalegiustizia.it](http://www.processopenalegiustizia.it) 7.6.2024) segnala altresì come «la percentuale dei detenuti che sconta una pena per reati economico-finanziari, tra cui quelli contro la pubblica amministrazione, in Italia è pari allo 0,9%, a fronte del 10,8% in Germania, del 3% in Francia e del 5,1% in Spagna, del 3,9% in media in Europa».

<sup>98</sup> Come noto, l’ordinanza costituzionale n. 229 del 2000 ha escluso il contrasto con gli artt. 3 e 24 Cost. ipotizzato nell’ambito dei giudizi *a quibus* (e ha dunque dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell’art. 289 co. 2 Cpp, il cui assetto «rientra nel novero delle scelte discrezionali del legislatore, non sindacabili in sede di scrutinio di legittimità costituzionale, ove esercitate in modo non irragionevole») sul presupposto che l’interrogatorio preventivo prescritto in vista della sola possibile applicazione della sospensione da un pubblico ufficio o servizio risponda all’esigenza di «verificare anticipatamente che la misura della sospensione dall’ufficio o dal servizio non rechi, senza effettiva necessità, pregiudizio alla continuità della pubblica funzione o del servizio pubblico».

<sup>99</sup> C. De Robbio, *Interrogatorio di garanzia*, cit., § 2. Più in generale, questa riforma si pone a sua volta in una ideale linea di continuità con la legge n. 332 del 1995: legge di cui non s’intende certo sminuire la grande importanza, ma che (nella sua contingenza) ha indubbiamente costituito la risposta parlamentare alla stagione di Tangentopoli.

<sup>100</sup> «Ed invero, l’interrogatorio preventivo, ponendo l’indagato a conoscenza della pendenza nei suoi confronti di una richiesta cautelare, potrebbe rendere meno efficaci quelle attività a sorpresa, come le perquisizioni e i sequestri, normalmente svolte in concomitanza con l’esecuzione delle misure cautelari e, in particolare, della



13. L'altro nucleo attorno al quale si coagulano le modifiche apportate alla materia cautelare dalla legge n. 114 del 2024 si propone di attuare un'idea molto più ambiziosa; talmente ambiziosa che la sua entrata a regime è (per ora) stata posticipata al 26 agosto 2026.

«Il giudice per le indagini preliminari decide in composizione collegiale l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere»: così dispone il rinnovato art. 328, co. 1-*quinquies*, Cpp, con una novità che il primo comma dell'art. 313 estende anche all'applicazione di una misura di sicurezza detentiva, e di cui il quarto comma dell'art. 299 Cpp replica il contenuto per il caso in cui il giudice si appresti a sostituire una misura meno gravosa con la custodia in carcere<sup>101</sup>. A completamento del quadro si pongono poi due previsioni concernenti l'interrogatorio: sia esso precedente o successivo all'esecuzione dell'ordinanza cautelare, quando la competenza a decidere è del collegio, all'interrogatorio di garanzia provvederà il Presidente o altro componente da lui delegato<sup>102</sup>.

Mentre quella sull'interrogatorio preventivo è un'innovazione dall'impatto, se non proprio modesto, sicuramente limitato, questa sul G.i.p. collegiale potrebbe incidere invece su un'area davvero trasversale (per quanto comunque circoscritta alla sola fase precedente all'esercizio dell'azione penale<sup>103</sup>): area perimetrata non dalla ritenuta insussistenza di determinati *pericula libertatis* o di determinate fattispecie delittuose, quanto piuttosto dal tipo di misura da applicarsi in concreto.

Al pari di quella del contraddittorio anticipato, anche questa seconda idea non è nuova<sup>104</sup>, avendo anzi trovato anche una sua sperimentazione, sia pure confinata territorialmente e cronologicamente, grazie a un pacchetto di misure volte ad affrontare l'emergenza rifiuti in Campania<sup>105</sup>. Tuttavia, e nonostante una recente proposta di legge in tal senso<sup>106</sup>, la sua realizzazione non sembrava all'ordine del giorno, e con ogni probabilità per due diversi ordini di fattori: il primo concernente la sua sostenibilità concreta, dovuta all'insufficienza del numero di magistrati, e l'altro di natura sistematica, connesso alla volontà di non compromettere l'architettura dell'incidente *de libertate*.

---

misura della custodia cautelare in carcere (art. 352, co. 2, Cpp), che sovente consentono l'acquisizione di materiale utile alle indagini» (così CSM, *Parere*, cit., 27).

<sup>101</sup> Si badi: la competenza collegiale per la sostituzione *in pejus* della misura opera solo nei casi di cui all'art. 299 co. 4 Cpp, ma non anche nei casi di cui all'art. 276 Cpp, per l'ipotesi della trasgressione delle prescrizioni inerenti all'ordinanza cautelare in corso di esecuzione. Per quanto la discrezionalità valutativa del giudice sia in questo secondo caso maggiormente vincolata (in particolare nelle ipotesi di cui al comma 1-*ter*), il mancato intervento sull'art. 276 Cpp sembra frutto di una dimenticanza.

<sup>102</sup> Scelta di per sé poco comprensibile, e che, ispirandosi a ragioni di economia processuale, si pone in chiara controtendenza con la *ratio* del G.i.p. collegiale (critico in tal senso anche Zioldi, all'incontro citato *retro*, alla nota 33).

<sup>103</sup> Per una critica a tale limitazione, in base alla quale il giudice monocratico procedente (dopo l'esercizio dell'azione penale) sarebbe legittimato ad applicare la custodia in carcere, v. CSM, *Relazione*, cit., 30 s., dove si segnala l'assenza di «differenze così significative da rendere giustificata la diversa competenza in tema di adozione della custodia in carcere».

<sup>104</sup> V. ad esempio E. Amodio, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in Aa. Vv., *Le fragili garanzie della libertà personale. Per una effettiva tutela dei principi costituzionali*, Atti del convegno - Trento, 11-13 ottobre 2013, Milano, Giuffrè, 2014, 17; G. Conso, *La collegialità del G.i.p.: per un'ipotesi praticabile*, DPP 1996, 401; P. Ferrua, *Il ruolo del giudice nel controllo delle indagini e nell'udienza preliminare*, in Aa. Vv., *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano, 1991, 194.

<sup>105</sup> V. già art. 3, co. 2, del d.l. 23.5.2008, n. 90, convertito con modificazioni dalla l. 14.7.2008, su cui v. L. Pietrini, *Il problema dei rifiuti in Campania: una nuova emergenza e i suoi riflessi sulla disciplina del processo penale (e non solo...): il d.l. 90/2008*, in *questa rivista* 2008, 400.

<sup>106</sup> V. Proposta di legge presentata alla Camera il 29.11.2022, n. 652, *Modifiche al codice di procedura penale, in materia di misure cautelari personali*.

Con la novella, il legislatore del 2024 mostra di volersi far carico quantomeno del primo ostacolo, foriero di difficoltà notevoli, non solo per il *surplus* di impegno richiesto ai singoli magistrati destinati alle funzioni di G.i.p., ma anche ove si ponga mente alle incompatibilità suscettibili di scaturire per effetto dell'art. 34 Cpp, esiziali soprattutto se riferite alle sedi giudiziarie di più modeste dimensioni. Segnatamente, oltre al meccanismo tabellare infradistrettuale messo in campo dall'art. 4, lett. a, n. 1 l. n. 114/2024 (giudicato comunque inidoneo dai commentatori<sup>107</sup>), il successivo art. 5 della novella ha previsto, a decorrere dal 1.7.2025, l'aumento di duecentocinquanta unità del ruolo organico della magistratura ordinaria, «da destinare alle funzioni giudicanti di primo grado». Vedremo se tali misure diverranno realtà, e – soprattutto – se si mostreranno sufficienti a sorreggere l'impresa (tanto più ardua ove si consideri che le funzioni di G.i.p. possono essere assunte solo da chi abbia già previamente svolto le funzioni di giudice dibattimentale per almeno 2 anni<sup>108</sup>). Evidentemente pessimisti al riguardo, alcuni autori ritengono il vero (e inconfessato) scopo della riforma strettamente connesso alla sua concreta insostenibilità, individuandolo nella volontà di indurre i pubblici ministeri a sollecitare l'applicazione di misure diverse dalla custodia in carcere, così da non far scattare la competenza del collegio<sup>109</sup>. Uno scopo di per sé apprezzabile, ma perseguito in modo contorto e con una soluzione che, ove dovesse davvero entrare in vigore, rischierebbe di porsi in contrasto con le politiche securitarie del governo in carica (che infatti forse anche per questo ha prudentemente preferito posticipare l'entrata in vigore di questa parte della riforma).

Al di là dell'effettiva capacità del sistema giudiziario di sostenere una simile rivoluzione, restano comunque gli inconvenienti di ordine sistematico, insiti innanzitutto nel rischio di offuscare il ruolo del giudizio di riesame<sup>110</sup>. Un rischio pressoché inevitabile, vista la duplicazione degli organi collegiali chiamati a pronunciarsi a stretto giro sulla medesima regiodicanda cautelare, e al quale va ad aggiungersi anche quello di condizionare le dinamiche del procedimento di merito: «la valutazione dei gravi indizi di colpevolezza effettuata da un collegio rischia infatti di pregiudicare la decisione finale, specie se di competenza del giudice monocratico, che potrebbe avvertire il peso della maggiore autorevolezza dovuta proprio al giudizio collegiale pregresso»<sup>111</sup>.

Più in generale, riservare a un organo collegiale l'applicazione della custodia in carcere lasciando intatte le attribuzioni del tribunale in composizione monocratica denota una certa incoerenza, visto che tale giudice può decidere in ordine alla responsabilità penale per reati puniti con una pena massima fino a dieci anni (per non parlare, poi, del giudizio abbreviato, destinato a celebrarsi dinanzi a un giudice parimenti monocratico in relazione ad ogni delitto, salvo quelli puniti con l'ergastolo)<sup>112</sup>.

<sup>107</sup> V. le considerazioni espresse da E. Maccorra, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Primissime osservazioni al DDL Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) 6.7.2023. S. Zioldi (all'incontro citato *retro*, alla nota 33) parlava in proposito di un «meccanismo di difficile manovrabilità in presenza di uffici con scoperture di organico rilevanti».

<sup>108</sup> V. art. 7-bis co. 2-bis ord. giud.

<sup>109</sup> M. Gialuz, *op. cit.*, 16.

<sup>110</sup> Per approfondire questo aspetto v. L. Giuliani, *Autodifesa e difesa*, cit., 247 ss.

<sup>111</sup> Così G. Illuminati, *op. ult. cit.*, 894. Del resto, è noto come, in concreto, molti difensori spesso scelgono di non attivare il giudizio di riesame (che sfocia in una decisione collegiale) proprio per evitare un simile effetto *boomerang*, specie (ma non solo) nella prospettiva di un procedimento speciale di natura consensuale, in particolare il giudizio abbreviato.

<sup>112</sup> Ne consegue che, come giustamente osservato, «il progetto riformatore ritiene che una cura maggiore deve essere rivolta al giudizio cautelare custodiale rispetto a quello di cognizione» (così E. Maccorra, *Il cantiere sempre aperto della giustizia penale. Primissime osservazioni al DDL Nordio ed all'impatto sulle sezioni gip-gup*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it) 6.7.2023, § 4).

Sulla scorta di queste considerazioni, sarebbe stato preferibile tener ferma la competenza del G.i.p. monocratico, puntando piuttosto (come si diceva in esordio) su un ampliamento del potere-dovere di annullamento del tribunale della libertà investito dell'istanza di riesame. E – soprattutto – destinando il previsto potenziamento dell'organico a una più sostenibile distribuzione dei procedimenti e delle domande cautelari, tale da garantire un carico di lavoro meno pesante sul singolo magistrato<sup>113</sup>.

Ciò avrebbe anche evitato le (inutili) complicazioni derivanti dalla duplicazione delle competenze. Che non sono di poco momento.

In proposito, vanno infatti segnalate le incertezze suscettibili di scaturire dall'art. 328 co. 1-*quinquies* Cpp («il giudice per le indagini preliminari decide in composizione collegiale l'applicazione della misura della custodia cautelare in carcere»). Dalla norma si ricava che, compiuto un primo vaglio sulla domanda cautelare da parte del G.i.p. monocratico, là dove questi realizzi che la misura da privilegiare nel caso concreto è la custodia in carcere dovrà esimersi dal decidere per investire della competenza il G.i.p. collegiale (sebbene allo stato non sia ancora possibile far conto su una prassi che potrà maturare solo quando la novella diverrà operativa, è anche possibile che questo tipo di spoglio preliminare possa essere svolto dal Presidente della sezione G.i.p.-G.u.p.).

Il meccanismo – che peraltro sindacabilmente esclude la competenza collegiale ove si tratti di applicare la custodia in luogo di cura o la custodia attenuata per detenute madri, e, soprattutto, sembrerebbe non dover trovare applicazione in sede di convalida *ex art.* 391 Cpp (con quanto ne consegue in ordine al prevedibile incremento dei casi di arresto e, soprattutto, di fermo di indiziati di delitto)<sup>114</sup> – pone molte difficoltà operative e incertezze.

Se la questione concernente l'individuazione dell'organo cui spetta valutare se ci siano o meno gli estremi per investire il collegio può dirsi risolta sulla scorta di argomenti già illustrati a proposito dell'interrogatorio preventivo (nel senso dunque che tale valutazione spetta al giudice, e non al pubblico ministero richiedente)<sup>115</sup>, le difficoltà applicative riguardano i procedimenti cautelari oggettivamente e soggettivamente cumulativi, e, *mutatis mutandis*, somigliano a quelle generate dall'art. 291 co. 1-*quater* Cpp. In tali casi, la domanda cautelare in ipotesi concernente indagati diversi (o reati diversi) sarà destinata a finire su due tavoli

<sup>113</sup> C. De Robbio, *Collegialità del giudice della misura cautelare*, cit., § 3. In generale, gran parte dei problemi deriva dall'eccessivo carico di lavoro che incombe sugli operatori, in grado di pregiudicare il buon funzionamento anche del migliore fra gli assetti processuali: «l'autonomia della giurisdizione, se si fonda sui principi, si alimenta però nel quotidiano anche di armonici, equilibrati, realistici rapporti di forza fra le risorse dell'amministrazione e l'entità e la qualità dei problemi che essa è chiamata a risolvere, e richiede che il giudice, a ciò in ultima analisi chiamato dall'ordinamento, abbia – auspicabilmente non frastornato dalla grancassa mediatica – il tempo e l'opportunità di serenamente ponderare» (così A. Albiani, *Le misure cautelari personali: un equilibrio in divenire fra tendenze conservatrici e (non contenibile) spirito innovatore*, in *questa rivista* 2006, 381).

<sup>114</sup> Il dato si ricava dal tenore della relazione illustrativa del d.d.l. n. 808, che così si esprime a proposito della competenza del G.i.p. collegiale: «non viene prevista quando la misura è adottata nell'ambito delle procedure di convalida di arresto o di fermo». Al di là di ciò, esso risulta comunque confermato a livello sistematico, visto che, nel caso di applicazione della custodia carceraria in sede di convalida, ci si trova al cospetto di una «competenza cautelare speciale», «destinata a prevalere su quella generale prevista dall'art. 328 c. 1-*quinquies* Cpp per il principio *lex specialis derogat generalis*» (così, con osservazioni critiche, volte a promuovere una modifica del disegno di legge originario, poi invariato sul punto, L. Ludovici, *Disegno di legge c.d. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, in *questa rivista* 7.5.2024, 22).

Di conseguenza, è chiaro come il pubblico ministero potrebbe (ove ne sussistessero i presupposti) sfruttare le caratteristiche del fermo di indiziato di delitto: così ponendo le premesse per un altro fattore di erosione dello *standard* probatorio richiesto per configurare il rischio di fuga (ulteriore rispetto a quelli già segnalati negli scorsi paragrafi a commento dell'innesto dell'interrogatorio preventivo).

<sup>115</sup> Come si ricava dal novellato l'art. 299, co. 4, Cpp, tale apprezzamento spetta al giudice, non potendosi a tale riguardo far riferimento al solo tenore della domanda cautelare (v. *retro*, § 4).

distinti: quello del G.i.p. collegiale (ove si prospetti l'applicazione della custodia in carcere) e quello del G.i.p. monocratico (ove sia in predicato l'imposizione di una misura meno restrittiva).

Dopodiché, i quesiti, davvero iperbolici<sup>116</sup>.

Il primo: cosa succede se, una volta investito della attribuzione funzionale in vista dell'applicazione del carcere, il G.i.p. in composizione collegiale ritiene invece applicabile un presidio diverso e meno restrittivo della cattività inframuraria? Deve rimettere la decisione al G.i.p. monocratico oppure può direttamente disporre l'ordinanza impositiva della misura meno grave?

Benché antieconomica, la prima delle due risposte sembra più conforme al principio del giudice naturale<sup>117</sup>. Tuttavia, essa determina un secondo dubbio, consequenziale: il G.i.p. monocratico destinatario della trasmissione degli atti da parte del collegio – che investendo della decisione l'organo unipersonale ha escluso sì la necessità di applicare la custodia in carcere ma ha evidentemente ritenuto sussistenti i presupposti per imporre una misura meno severa – può smentire questa valutazione, rigettando la domanda del pubblico ministero? In altri termini: il G.i.p. monocratico contribuisce alla sola seconda porzione di una fattispecie complessa, in cui l'*an* della cautela è deciso dal collegio mentre il suo *quomodo* verrà determinato dall'organo monocratico, oppure può orientarsi per un rigetto della richiesta cautelare<sup>118</sup>? La seconda soluzione deve ritenersi senz'altro preferibile; diversamente, il ruolo del giudice monocratico ne uscirebbe mortificato (oltre al fatto che, secondo una tesi che è stata prospettata, la costruzione di una decisione bifasica sarebbe anche passibile di determinare una decorrenza differenziata dei termini per impugnare<sup>119</sup>). Tuttavia, è chiara la stranezza di una simile situazione, che può portare a una duplicazione di decisioni, con conseguenti possibili contrasti fra le stesse.

Ancora: se, una volta ricevuti gli atti da parte del collegio, il G.i.p. dovesse viceversa ritenere applicabile la custodia in carcere, come dovrà comportarsi? In questo caso, si potrebbe anche ipotizzare che sussistano gli estremi per un conflitto "in casi analoghi", ex art. 28 co. 2 Cpp (con buona pace dell'attualità delle esigenze cautelari). Conflitto comunque da escludersi ove tale giudice monocratico ritenga che lo stato di fatto si sia modificato nel lasso di tempo compreso tra la trasmissione degli atti da parte del collegio e la sua decisione (ad esempio per un'ingravescenza dei *pericula libertatis* indotta dall'espletamento dell'interrogatorio preventivo).

Un'ulteriore questione che si sono posti già i primi commentatori attiene invece all'individuazione del giudice preposto a decidere per i casi di conferma del provvedimento impositivo della cattività carceraria, a fronte di un'istanza di revoca o di sostituzione *in bonam partem* eventualmente avanzata dalla difesa. In proposito, abbiamo visto come l'art. 299 co. 4 Cpp assegni al G.i.p. collegiale il compito di disporre l'aggravamento del presidio cautelare in corso di esecuzione con la custodia in carcere<sup>120</sup>. La disposizione è specifica, e riguarda la sola

<sup>116</sup> Questa sembra la posizione espressa sul punto da CSM, *Parere*, cit., 32.

<sup>117</sup> Tale è la soluzione ritenuta vincolata dal CSM, *Parere*, cit., 33, secondo il quale, malgrado il tenore degli artt. 33-*quater* (per la fase del giudizio) e 665, co. 4-*bis*, Cpp (per la fase dell'esecuzione), nel codice di rito manca «un principio generale secondo cui la competenza collegiale esercita, in ogni caso, una *vis attractiva* rispetto a quella monocratica». V. anche, sul punto, L. Ludovici, *Le novità della legge Nordio*, cit., 1153 (secondo l'A. andrà verosimilmente consolidandosi la soluzione opposta, meno dispendiosa).

<sup>118</sup> *Ibid.* Aggiungiamo un'ulteriore domanda: *quid iuris* rispetto al combinato disposto di cui agli artt. 291 co. 2 e 27 Cpp (che come noto ammette la provvisoria applicazione della misura da parte del giudice incompetente che ravvisi l'urgenza di soddisfare taluna delle esigenze cautelari)?

<sup>119</sup> CSM, *Parere*, cit., 34.

<sup>120</sup> Anche a seguito dell'interpolazione, il precetto esordisce facendo salvo l'art. 276 Cpp, ma è da ritenere (come fa L. Ludovici, *loc. ult. cit.*) che, là dove si tratti di sostituire una misura obbligatoria (di cui sono state trasgredite

sostituzione *in malam partem*, non prevedendo dunque l'investitura del G.i.p. collegiale per ogni istanza di revoca o di sostituzione *in pejus* là dove la custodia in carcere sia già in corso. Benché parte della dottrina tenda ad indicare la necessità di una lettura più garantistica<sup>121</sup>, in proposito è viceversa facile pronosticare che prevarrà la tesi opposta, più fedele alla lettera dell'art. 328, co. 1-*quinquies*, Cpp: è il solo provvedimento applicativo e non anche quello confermativo della cautela massima ad essere espressamente assegnato alla attribuzione funzionale del G.i.p. collegiale. Ciò detto, va comunque rimarcato che, stando al combinato disposto fra l'art. 328 co. 1-*quinquies* (che menziona solo «l'applicazione» della misura, e non anche gli eventuali provvedimenti successivi) e l'impianto complessivo dell'art. 299 Cpp, il G.i.p. monocratico resta pienamente legittimato a revocare o a sostituire *in melius* l'ordinanza applicativa della custodia in carcere precedentemente applicata dal G.i.p. collegiale<sup>122</sup>.

Questi sono solo alcuni dei quesiti destinati a insorgere ove il G.i.p. collegiale dovesse divenire realtà, destinati a sovrapporsi (moltiplicandone gli effetti) a quelli già prodotti dall'innesto dell'interrogatorio *ex art. 291 co. 1-quater* Cpp. Si tratta di problemi di non poco momento, ove si considerino le conseguenze sanzionatorie dell'istituzione di un organo – il G.i.p. collegiale – che scompagina l'assetto tradizionale di una fase sin qui caratterizzata dalla presenza di un solo giudice, monocratico, dotato di una competenza onnicomprensiva, e riconducibili alla (inedita) categoria del difetto di attribuzione funzionale<sup>123</sup>.

14. Sin qui si sono espresse pesanti riserve sull'utilità delle novità inserite nella legge n. 114/2024, con riferimento ai due perni attorno ai quali esse ruotano: l'interrogatorio preventivo e il G.i.p. collegiale, forieri di un tasso di complicazione procedurale perverso, che ha irrimediabilmente guastato l'armonia sistematica del libro IV del codice (peraltro già ampiamente compromessa dalle riforme passate).

Entrambi tali perni sono dichiaratamente rivolti a rafforzare il diritto di difesa e la libertà personale della persona sottoposta alle indagini, e, trovando applicazione solo nella fase precedente all'esercizio dell'azione penale, muovono da una mal celata sfiducia nei confronti dei giudici per le indagini preliminari e dalla pretesa sudditanza di questi rispetto alla figura del pubblico ministero (così palesando una certa contiguità con la riforma della cosiddetta “separazione delle carriere”<sup>124</sup>).

Tuttavia, un aspetto distanzia sensibilmente le due innovazioni: mentre l'entrata in scena del G.i.p. collegiale è stata procrastinata, l'interrogatorio preventivo è già entrato in funzione, con tutte le complicazioni sin qui segnalate.

---

le prescrizioni) con la custodia in carcere, debba comunque prevalere la disposizione generale di cui all'art. 328 co. 1-*quinquies* Cpp.

<sup>121</sup> V. già G. Spangher, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 6.9.2023, § 3, nonché, a commento della legge nel frattempo approvata, L. Ludovici, *op. cit.*, 1153.

<sup>122</sup> Secondo G. Illuminati, *op. ult. cit.*, «tale soluzione – che pare la più corretta, stando alla lettera della legge – crea la conseguenza paradossale di un giudice singolo che può smentire il collegio (del quale magari ha fatto parte restando in minoranza)». Analoghe perplessità sono espresse anche da CSM, *Parere*, cit., 33. Non si tratterebbe, peraltro, dell'unico provvedimento cautelare la cui revoca può esser disposta da un organo diverso da quello che lo ha emesso, ove si pensi (*mutatis mutandis*) alla regola concernente il sequestro preventivo disposto durante le indagini preliminari (v. art. 321, co. 3, Cpp).

<sup>123</sup> Il CSM, *Parere*, cit., 32, esclude che quella del G.i.p. collegiale possa essere ricondotta alla categoria della competenza funzionale (e viceversa prospetta una nullità a regime intermedio, *ex art. 182 Cpp*). Sennonché, questa pare essere proprio un'ipotesi in cui si può registrare un difetto, se non di *competenza*, sicuramente di *attribuzione funzionale* (in qualche misura simile a quello riscontrabile relativamente alla distribuzione delle prerogative tra magistrato e tribunale di sorveglianza): difetto le cui conseguenze sanzionatorie non sono tuttavia regolate dal legislatore, il che ne rende difficile l'inquadramento.

<sup>124</sup> V. già C. De Robbio, *Collegialità*, cit., § 3.

Allo stato, dunque, si possono cominciare ad osservare i soli effetti di una novità – quella descritta nell’art. 291 co. 1-*quater* ss. Cpp – sicuramente pensata per beneficiare determinate categorie di indagati, ma costruita in modo da operare anche in altri casi, non avendo il legislatore potuto ritagliare una soluzione troppo smaccatamente settoriale. Proprio tale sua portata potrà entrare in rotta di collisione con la politica robustamente securitaria attualmente in auge<sup>125</sup>, così ponendo le premesse per ulteriori interventi in materia *de libertate*, come un allargamento dei casi di fermo.

Viceversa, la novità “generalista” – quella del G.i.p. collegiale, preposta a operare a favore di tutti gli indagati in predicato di finire in carcere – per ora resta nel cassetto, allo stadio meramente simbolico; è facile presagire che la sua messa in funzione, velleitaria poiché insostenibile sul piano organizzativo, slitterà ulteriormente, per poi magari non realizzarsi mai.

---

<sup>125</sup> Politica ad esempio testimoniata dal progressivo ampliamento delle ipotesi di arresto in flagranza differita.