

# SP

SISTEMA  
PENALE

**FASCICOLO**

**4/2022**

**DIRETTORE RESPONSABILE** Gian Luigi Gatta  
**VICE DIRETTORI** Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2704-8098

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Maserà, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

*Sistema penale (SP)* è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salve le modifiche tecnicamente indispensabili). La licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

**Peer review** I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

**Modalità di citazione** Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2022, p. 5 ss.

## INDICE DEI CONTRIBUTI

|  |    |
|--|----|
| E. DEI-CAS, <i>La partecipazione a distanza, in attesa della riforma del processo penale</i> .....   | 5  |
| A. BARBIERI, <i>Il (difficile) rapporto tra reato prescritto e accertamento degli interessi civili nel giudizio di impugnazione: lo stato dell'arte sull'articolo 578 c.p.p., tra questioni di legittimità costituzionale e interventi legislativi</i> ..... | 31 |
| A. CAVALIERE, <i>Le vite dei migranti e il diritto punitivo</i> .....  | 43 |



## LA PARTECIPAZIONE A DISTANZA, IN ATTESA DELLA RIFORMA DEL PROCESSO PENALE

di Eleonora A.A. Dei-Cas

*La crisi sanitaria da coronavirus ha portato a un rinnovato interesse, da parte della dottrina e degli operatori del diritto, per la partecipazione al procedimento penale a distanza, vista la necessità di mantenere il distanziamento fisico, da un lato, e di evitare la totale paralisi del sistema giustizia, dall'altro lato. Di questo ha tenuto conto la legge delega del 2021, la quale prescrive al legislatore delegato di «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza». In attesa dell'attuazione della delega, merita allora porre mente al fatto che l'istituto in questione, nato nell'alveo dell'emergenza, coinvolge garanzie fondamentali della procedura penale, motivo per cui – oggi come ieri – una loro deminutio non può essere giustificabile in chiave meramente efficientistica.*

SOMMARIO: 1. Premessa: i motivi di interesse nei confronti di un istituto talvolta trascurato. Dalla pandemia al criterio direttivo della legge delega. – 2. L'introduzione nel sistema della teleconferenza. – 3. I casi in cui era originariamente consentita la partecipazione a distanza. – 4. I presupposti all'indomani della riforma Orlando. – 5. Le garanzie partecipative. – 6. Le pronunce di legittimità costituzionale e di non violazione delle norme convenzionali. – 7. La difficile compatibilità con i diritti sanciti in Costituzione. – 8. Auspici per il legislatore delegato.

### **1. Premessa: i motivi di interesse nei confronti di un istituto talvolta trascurato. Dalla pandemia al criterio direttivo della legge delega.**

L'emergenza sanitaria ha costituito l'occasione per portare alla ribalta il tema della partecipazione virtuale al processo per mezzo di strumenti di videoconferenza, tema che, per l'importanza dei principi coinvolti, avrebbe dovuto ricevere, negli anni precedenti al dilagare della pandemia, maggiore considerazione da parte della dottrina.

Sulla scorta dei decreti del 2020 che – per quanto farraginosi e insoddisfacenti sotto il profilo della tecnica normativa – hanno consentito di evitare la totale paralisi della giustizia, pur nella necessità di mantenere il distanziamento sociale, la legge delega 27 settembre 2021, n. 134, prescrive ora, tra i criteri direttivi, di «individuare i casi in cui, con il consenso delle parti, la partecipazione all'atto del procedimento o all'udienza possa avvenire a distanza» (art. 1, comma 8. lett. c)<sup>1</sup>. Già la Commissione Lattanzi si era

---

<sup>1</sup> Per un primo commento, R. LOPEZ, *Nuove ipotesi di documentazione mediante videoregistrazione e di collegamento*

raccomandata, infatti, di «fare tesoro delle esperienze fatte durante la fase dell'emergenza»<sup>2</sup>, senza tuttavia ignorare l'esistenza di criticità potenzialmente in grado di recare *vulnera* alle garanzie processuali e all'effettività del diritto di accesso a un giudice, di cui all'art. 6 § 1 Cedu.

Eppure il criterio dettato non potrebbe essere più lasco, limitandosi a richiamare il necessario consenso delle parti: la delega, pertanto, rimette interamente al legislatore delegato l'individuazione degli *atti* e delle *udienze* cui le parti possono partecipare a distanza, nonché delle forme e dei tempi per l'espressione del consenso stesso. Nel tentativo di orientare la scelta nella distinzione tra ciò che può essere compiuto in videoconferenza, senza pregiudizio dei diritti difensivi, e ciò che invece richiede o consiglia la partecipazione fisica delle parti, pare opportuno muovere dalla decretazione d'emergenza del periodo pandemico, ricordando come, dopo un primo momento in cui era parso che il legislatore avesse intenzione di consentire lo svolgimento a distanza di un novero ampio di udienze penali, vi sia stato un rapido ripensamento che ha ridotto considerevolmente le attività da compiersi con le modalità in parola<sup>3</sup>, escludendo – salvo

---

a distanza, in *Proc. pen. giust.*, 1/2022, p. 18 ss.

<sup>2</sup> Si veda Commissione Lattanzi, [Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435](#), del 24 maggio 2021, p. 16.

<sup>3</sup> Una compiuta disamina delle singole fonti esula dalle finalità del presente lavoro, anche per la temporaneità che le connota. Merita, tuttavia, accennare ad alcune “tappe” del percorso legislativo. Si veda, in particolare, l'art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. “decreto Cura Italia”), convertito con modificazioni nella l. 24 aprile 2020, n. 27, il quale aveva inizialmente previsto una “remotizzazione” del procedimento in ogni sua fase, nei limiti temporali fissati. Detta norma aveva però subito una sorte curiosa: era stata modificata, in modo rilevante – al momento dell'entrata in vigore della legge di conversione – dal d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla l. 25 giugno 2020, n. 70, il quale riduceva drasticamente la portata della partecipazione a distanza. Per effetto della fonte da ultimo citata (art. 3, comma 1, lett. d), infatti, venivano escluse dall'ambito della videoconferenza, salvo accordo delle parti, le udienze di discussione finale (in udienza pubblica o in camera di consiglio) e le udienze in cui devono essere sottoposti a esame testimoni, parti, consulenti tecnici o periti. Di conseguenza, la formazione della prova veniva sottratta alla partecipazione a distanza.

In dottrina, a proposito dei profili accennati sopra, si vedano tra gli altri E. AMODIO – E.M. CATALANO, [La resa della giustizia penale di fronte alla bufera del contagio](#), in questa *Rivista*, 5/2020, p. 267 ss.; R. APRATI, [Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?](#), in questa *Rivista*, 2/2021, p. 131 ss.; G. BARONE, *Pandemia e processi penali da remoto: modelli a confronto e prospettive future*, in *Cass. pen.*, 2021, p. 698 ss.; J. DELLA TORRE, *L'espansione del processo a distanza negli itinerari dell'emergenza pandemica*, in *Proc. pen. giust.*, 1/2021, p. 226 ss.; M. GIALUZ, [L'emergenza nell'emergenza: il decreto-legge n. 28 del 2020, tra ennesima proroga delle intercettazioni, norme manifesto e “terzo tempo” parlamentare](#), in questa *Rivista*, 1 maggio 2020; L. GIORDANO, *Il processo penale a distanza ai tempi del coronavirus*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 920 ss.; L. KALB, *Emergenza sanitaria e giustizia penale. Un'analisi delle misure incidenti sul sistema processuale penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, p. 910 ss.; S. LORUSSO, [Il cigno nero del processo penale](#), in questa *Rivista*, 11 maggio 2020; E.M. MANCUSO, [La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19](#), in *Giur. pen. web*, 5/2020, p. 1 ss.; O. MAZZA, [Distopia del processo a distanza](#), in *Arch. pen.*, 1/2020, p. 1 ss.; S. NAPOLITANO, [Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale. Nell'impianto normativo della l. 27/2020, di conversione del d.l. 18/2020, come modificata dal d.l. 28/2020, da ultimo convertito dalla l. 70/2020](#), in questa *Rivista*, 7/2020, p. 25 ss.; L. PONIZ, [Il processo da remoto: la strana battaglia contro uno strumento](#), in *Giur. pen. web*, 5/2020, p. 1 ss.; F. RUGGIERI, [Il processo penale al tempo del covid-19: modelli alternativi di gestione della crisi](#), in [www.lalegislazionepenale.eu](#), 18 maggio 2020; G. SPANGHER, [Covid-19: nel disastro si vede chiaro](#), in *Penale. Diritto e Procedura*, 21 aprile 2020.

consenso delle parti – le udienze istruttorie e quelle di discussione finale<sup>4</sup>.

Nonostante un evidente ridimensionamento della sua portata applicativa, in seno alla dottrina era rimasta viva la preoccupazione che ogni “concessione a ribasso”, giustificata dal contesto emergenziale, potesse venire assimilata dal sistema e divenire modello<sup>5</sup>. Detta impressione traeva ulteriore linfa anche dalla considerazione che in altri paesi, a noi vicini vuoi geograficamente vuoi culturalmente, la legislazione *anti-covid* era stata accolta dalla giurisprudenza con posizioni di radicale rifiuto. Si allude, nello specifico, a una pronuncia del Consiglio di Stato<sup>6</sup> francese<sup>7</sup>, il quale ha affermato che le

In seguito, si veda la l. 17 luglio 2020, n. 77, che ha convertito, con modificazioni, il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. “decreto rilancio”), introducendo all’interno dell’art. 221 un comma 9. La disposizione in parola assicurava la partecipazione a qualsiasi udienza penale mediante collegamenti audiovisivi, previo l’assenso delle parti, nei confronti «degli imputati in stato di custodia cautelare in carcere o detenuti per altra causa e dei condannati detenuti», con il rispetto delle garanzie di cui all’art. 146 *bis*, commi 3, 4, 5, disp. att. c.p.p. A seguito del riacuirsi della situazione sanitaria, tuttavia, l’art. 23 del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137 (cd. “decreto ristori”), convertito in l. 18 dicembre 2020, n. 176, ha - tra le altre cose - abrogato l’art. 221, comma 9, citato. In dottrina, sul “decreto ristori”, M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, [D.l. 28 ottobre 2020, n. 137 e processo penale: sulla “giustizia virtuale” servono maggiore cura e consapevolezza](#), in questa *Rivista*, 9 novembre 2020; A. MARANDOLA, *Il “pacchetto giustizia” del D.L. Ristori: nuove misure per limitare gli effetti pandemici nelle aule di giustizia*, in *Il Penalista*, 30 ottobre 2020.

Circa il d.l. 1 aprile 2021, n. 44, si veda V. TONDI, [Le disposizioni del d.l. 1° aprile 2021, n. 44 in materia di procedimento penale nell'emergenza covid-19: osservazioni a prima lettura](#), in questa *Rivista*, 13 aprile 2021.

<sup>4</sup> M. DANIELE, [L'immediatezza in crisi. Mutazioni pericolose ed anticorpi accusatori](#), in questa *Rivista*, 2/2021, p. 63; A. MARANDOLA, *Il “pacchetto giustizia” del D.L. Ristori: nuove misure per limitare gli effetti pandemici nelle aule di giustizia*, cit.

<sup>5</sup> Di «normalizzazione dell’eccezionalità» parla L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 59.

<sup>6</sup> Merita ricordare come anche il Consiglio di Stato italiano si sia pronunciato sulla legislazione pandemica applicata al processo amministrativo: si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, ord. 21 aprile 2020, n. 2539, R.I. s.p.a. c. G.D. e altri, in *Giur. it.*, 5/2020, p. 1236 ss., con nota di A. MARANDOLA, *Il contraddittorio cartolare “coatto” non è conforme a Costituzione*.

<sup>7</sup> «La gravité des peines encourues et le rôle dévolu à l’intime conviction des magistrats et des jurés confèrent une place spécifique à l’oralité des débats. Durant le réquisitoire et les plaidoiries, la présence physique des parties civiles et de l’accusé est essentielle, et plus particulièrement encore lorsque l’accusé prend la parole en dernier, avant la clôture des débats. Dans la balance des intérêts en présence, en l’état des conditions dans lesquelles s’exerce le recours à ces moyens de télécommunication, les éléments mentionnés [...] sur les exigences du bon fonctionnement de la justice ne sont pas suffisants pour justifier l’atteinte que portent les dispositions contestées aux principes fondateurs du procès criminel et aux droits des personnes physiques parties au procès, qu’elles soient accusées ou victimes»: testualmente, *Conseil d’Etat*, Ordonnance du 27 novembre 2020, *Association des Avocats pénalistes et autres*, in [www.conseil-etat.fr](#), § 14, e in *Recueil Dalloz*, 10 décembre 2020, n. 43, p. 2400.

Sulla compatibilità della videoconferenza coi principi e le garanzie fondanti del processo penale, si vedano anche le pronunce di illegittimità costituzionale della disposizione che prevedeva la partecipazione mediante videoconferenza alle udienze relative alla decisione sulla detenzione cautelare, anche senza il consenso esplicito della persona interessata, *Conseil constitutionnel*, n. 2020-836 QPC, del 30 aprile 2020, in [www.conseil-constitutionnel.fr](#); *Conseil constitutionnel*, n. 2019-802 QPC, del 20 settembre 2019, in [www.conseil-constitutionnel.fr](#); *Conseil constitutionnel*, n. 2019-778 DC, del 21 marzo 2019, in [www.conseil-constitutionnel.fr](#).

Tra i commentatori italiani, sul punto, F. CAPPELLETTI, [Francia: no alla discussione in videoconferenza senza l'assenso dell'imputato e aule aperte ai giornalisti](#), in [www.dirittodidifesa.eu](#), 28 novembre 2020; L. GUESDON, [La illegittimità costituzionale della videoconferenza obbligatoria in materia di custodia cautelare nel procedimento penale](#)

limitazioni previste per la particolarità del periodo non sono comunque sufficienti a giustificare la violazione dei principi fondamentali del processo penale.

Tuttavia, se si guarda alla evoluzione dell'istituto, che dall'emergenza ha ricevuto i natali, e soprattutto alle modifiche che lo hanno interessato negli ultimi anni, ci si avvede che i fattori di preoccupazione erano presenti già da qualche anno, addirittura in misura maggiore rispetto a quella derivante dalla legislazione pandemica.

## 2. L'introduzione nel sistema della teleconferenza.

Fu a partire dal 1998<sup>8</sup> che l'opzione tra partecipare e non partecipare al processo, con riguardo all'imputato, smise di rappresentare una alternativa secca. Veniva infatti prevista nel sistema la modalità ulteriore della partecipazione virtuale, resa disponibile dal progresso tecnologico, che ha rotto la tradizionale unità spaziale del processo e, in un certo qual senso, la sacralità dell'aula di giustizia<sup>9</sup>. Il c.d. «teledibattimento»<sup>10</sup>, fino ad

[francese](#), in *Giur. pen. web*, 6/2020, p. 1 ss.

In Francia l'istituto in esame è disciplinato all'art. 706-71 *code de procédure pénale*. Detta disposizione, introdotta con loi n. 2001-1062, del 15 novembre 2001, è stata novellata da ultimo con loi n. 2020-1672, del 24 dicembre 2020. Nella dottrina francese, si vedano, a titolo esemplificativo, il Dossier *La visioconférence en droit (et surtout) en fait*, in *Actualité juridique de droit pénal*, 5/2019, p. 239 ss.; J. BOSSAN, *La visioconférence en procédure pénale après la loi du 23 mars 2019. Considérations sur le pragmatisme contemporain*, in *Rev. sc. crim.*, 2019, p. 567 ss.; S. GUINCHARD- J. BUISSON, *Procédure pénale*, Paris, 2019, p. 1183-1184 e p. 1247-1248.

Per quanto riguarda la legislazione francese *anti-covid*, invece, tra molti, J.B. PERRIER, *La procédure pénale en urgence sanitaire*, in *Gaz. Pal.* 31 mars 2020, 13, p. 18; E. RASCHEL, *La procédure pénale au défi de l'urgence sanitaire*, in *Rev. sc. crim.*, 2020, p. 703 ss.; C. RIBEYRE, *La procédure pénale à l'épreuve de l'état d'urgence sanitaire*, in *Dr. pénal* 2020, Dossier 1, p. 6 ss.

<sup>8</sup> Legge 7 gennaio 1998, n. 11. A tale proposito, a titolo meramente esemplificativo, M. BARGIS, *La teleconferenza*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 19 ss.; M. BARGIS, *Udienze in teleconferenza con nuove cautele per i sottoposti all'art. 41-bis ord. penit.*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 159 ss.; P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, in M. Montagna (a cura di), *La giustizia penale differenziata*, vol. III, Torino, 2011, p. 983 ss.; M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio dichiarazioni del coimputato videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, p. 333 ss.; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, Milano, 2006, p. 2 ss.; D. CURTOTTI NAPPI, *L'uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo e rispetto dei principi garantistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 487 ss.; M. FERRAIOLI, *Introduzione*, in AA.VV., *Nuove strategie processuali per imputati pericolosi e imputati collaboranti. Commento alla Legge 7 gennaio 1998, n. 11 (c.d. legge sulla videoconferenza)*, Milano, 1998, p. 1 ss.; G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali. Abuso d'ufficio dichiarazioni del coimputato videoconferenze giudiziarie*, Padova, 1998, p. 381 ss.; L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 17 ss.; A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, Agg. IV, Torino, 1998, p. 167 ss.; G.P. VOENA, *Il telesame*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 81 ss.; E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 7 ss.

<sup>9</sup> Sul dibattimento penale come un luogo sacro, un τέμενος, G.P. VOENA, *Il telesame*, cit., p. 82.

<sup>10</sup> Per le espressioni alternative utilizzate in dottrina, si veda, ad esempio, M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p.

allora inedito nel panorama processuale penale<sup>11</sup>, consentiva quindi di «realizzare riunioni virtuali tra persone fisicamente dislocate in posti lontani o, più genericamente, tali da non consentire un contatto audiovisivo diretto»<sup>12</sup>.

Quest'ultimo veniva ad affiancarsi a uno strumento tecnico già presente nel nostro ordinamento (come in altri<sup>13</sup>), l'esame a distanza o «telesame», disciplinato all'art. 147 bis disp. att. c.p.p.<sup>14</sup>, la cui operatività era limitata in origine alla tutela e alla protezione dei collaboratori di giustizia<sup>15</sup>.

Di contro, il nuovo mezzo partecipativo nasceva col chiaro intento di garantire maggiore efficienza ai processi di criminalità organizzata<sup>16</sup>, i maxi-processi<sup>17</sup> appunto, in cui il connaturato «gigantismo»<sup>18</sup>, la difficoltà e la laboriosità degli accertamenti

20, la quale preferisce la definizione «multivideocomunicazione». Per i termini «teleconferenza» o «videoconferenza» si veda G.P. VOENA, *L'esame a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 116 ss.

<sup>11</sup> G.P. VOENA, *Il telesame*, cit., p. 85.

Sottolinea, però, M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, cit., p. 338, che una forma simile era già prevista per l'arbitrato internazionale dopo la l. 5 gennaio 1994, n. 25.

<sup>12</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 2.

<sup>13</sup> G.P. VOENA, *Il telesame*, cit., p. 85. Sulle esperienze straniere si veda D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 41 ss.

<sup>14</sup> Introdotto con d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito in l. 7 agosto 1992, n. 356.

A proposito dell'art. 147 bis disp. att. si vedano M. DANIELE, *La formazione digitale delle prove dichiarative. L'esame a distanza tra regole interne e diritto sovranazionale*, Torino, 2012; P. GIORDANO, *L'esame con mezzi audiovisivi dei collaboratori di giustizia*, in E. Zappalà (a cura di), *L'esame e la partecipazione a distanza nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 1999, p. 55 ss.; O. MAZZA, *Pubblicità e collaboratori di giustizia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1521 ss.; G.P. VOENA, *Il telesame*, cit., p. 81 ss.; G.P. VOENA, *L'esame a distanza*, cit., p. 116 ss.

<sup>15</sup> Sul punto D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 66; E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 6.

<sup>16</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 3; M. FERRAIOLI, *Introduzione*, cit., p. 4; E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 7.

In generale, sulla normativa processuale antimafia, si vedano E. AMODIO, *La patologia del maxiprocesso: diagnosi e terapeutica*, in *Cass. pen.*, 1987, p. 2056 ss.; G. BORRELLI, *Processo penale e criminalità organizzata*, in G. Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, G. Garuti (a cura di), *Modelli differenziati di accertamento*, t. 1, Torino, 2011, p. 264 ss.; G. DI CHIARA, *Appunti per una ricognizione della normativa processuale penale in tema di criminalità organizzata*, in *Foro it.*, 1999, V, p. 217 ss.; P. GAETA, *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3016 ss.; G. GIOSTRA, *I limiti di una «strategia processuale differenziata» per delitti di mafia*, in *Gazz. giur.*, 1997, 32, p. 1 ss.; V. GREVI, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in V. Grevi (a cura di), *Processo penale e criminalità organizzata*, Roma-Bari, 1993, p. 3 ss.; G. INSOLERA, *Il reato di associazione mafiosa: rapporti tra norme sostanziali e norme processuali*, in *Quest. giust.*, 3/2002, p. 573 ss.; G. INSOLERA, *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996; P. MAGGIO, *Le costanti processualpenalistiche nel contrasto al terrorismo e alla mafia*, in *www.discrimen.it*, 12 giugno 2019; P. MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, in G. Fiandaca – C. Visconti, *Scenari di mafia. Orizzonti criminologici e innovazioni normative*, Torino, 2010, p. 491 ss.; M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 261 ss.; R. ORLANDI, *Il procedimento penale per fatti di criminalità organizzata: dal maxi-processo al «grande processo»*, in *Pol. dir.*, 1994, p. 385 ss.; G. PANSINI, *Il problema della difesa nei maxi-processi*, in *Arch. pen.*, 1987, p. 135 ss.; D. SIRACUSANO, *Oralità e contraddittorio nei processi di criminalità organizzata*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 1303 ss.; D. SIRACUSANO, *Reati associativi e processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 1085 ss.

<sup>17</sup> Considera più precisa la definizione «macroprocessi» G. PANSINI, *Il problema della difesa nei maxi-processi*, cit., p. 135, nota n. 2.

<sup>18</sup> E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 7.

necessari, insieme alla esigenza di garantire l'esercizio di legittime facoltà difensive alle decine, se non alle centinaia, di imputati, creava – e crea – grandi problemi nella gestione e nella conduzione. Fra le disfunzioni che ne derivavano, l'esigenza di tradurre, da una sede all'altra, i detenuti per mafia, che si avvalevano del diritto a prendere parte di persona ai plurimi processi celebrati a loro carico (dando luogo al c.d. "turismo giudiziario")<sup>19</sup>, con un cospicuo impegno di uomini e mezzi e, peraltro, generando il rischio di ripercussioni sulla sicurezza pubblica. Fenomeno che, per di più, impattava sui termini di durata della custodia cautelare, portando talvolta alla scarcerazione degli imputati<sup>20</sup>.

Tuttavia, l'istituto che era nato nell'alveo della legislazione di emergenza<sup>21</sup>, con una norma "a tempo", destinata a operare soltanto fino al 31 dicembre 2000<sup>22</sup>, è andato via via a stabilizzarsi<sup>23</sup>, fino a vedere di recente un quasi completo sdoganamento per opera della riforma Orlando<sup>24</sup>, per poi tornare alla ribalta col Covid-19 e con la delega per la riforma del processo penale.

Occorre quindi chiedersi in quali casi la forma partecipativa a distanza sia lesiva del diritto di difesa e del contraddittorio, giacché è evidente e innegabile che la partecipazione "mediata" dagli strumenti audiovisivi è cosa diversa dalla partecipazione unita alla presenza fisica.

### 3. I casi in cui era originariamente consentita la partecipazione a distanza.

Al momento della sua prima entrata in vigore, l'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p. vedeva

<sup>19</sup> M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 21; E. ZAPPALÀ, *Introduzione all'udienza telematica nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 7.

<sup>20</sup> Su questo profilo, M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 21.

Sull'art. 304, comma 2, c.p.p., in relazione ai reati di criminalità organizzata, si veda G. GARUTI, *L'intervento del difensore nel contraddittorio sulla richiesta di sospensione dei termini di custodia cautelare ai sensi dell'art. 304 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1901.

<sup>21</sup> Sul tema, si vedano M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, in *www.discrimen.it*, 30 maggio 2019; M. FERRAJOLI, *Emergenza penale e crisi della giurisdizione*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, p. 271 ss.; E. FORTUNA, *Leggi, cultura e costume dell'emergenza*, in *Cass. pen.*, 1985, p. 205 ss.; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000; T. PADOVANI, *Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, p. 448 ss.; G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982, p. 65 ss.; R. ORLANDI, *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, in *www.discrimen.it*, 29 maggio 2019.

Nel senso che i nuovi mezzi sono stati utilizzati con parsimonia nei primi anni, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 406.

<sup>22</sup> Probabilmente anche per dissipare i dubbi di compatibilità con i diritti costituzionalmente garantiti: di tale avviso, tra gli altri, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 24.

<sup>23</sup> Prorogata inizialmente con d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4, al 31 dicembre 2002, poi divenuto definitivo (insieme all'esame a distanza) per effetto dell'art. 3, l. 23 dicembre 2002, n. 279: su quest'ultima norma, in dottrina, G. FRIGO, *L'eccezione che diventa regola*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 412 ss.

<sup>24</sup> Sul tema vedi *infra* § 4.

ristretta la sua applicabilità alla presenza di presupposti vuoi soggettivi vuoi oggettivi.

Quanto ai primi, lo strumento audiovisivo era allora applicabile ai soli detenuti, imputati per uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 *bis*, c.p.p. Come noto, la disposizione da ultimo richiamata viene sovente utilizzata dal legislatore come contenitore per designare una pluralità di reati di grave allarme sociale<sup>25</sup>. Può risultare utile fin da ora sottolineare come, a parere di molti in dottrina, ancorare effetti processuali pregiudizievoli alla sola gravità delle imputazioni sia lesivo della presunzione di non colpevolezza, poiché implica l'accoglimento della ipotesi accusatoria<sup>26</sup>.

Tale presupposto concerneva i soli assoggettati a detenzione carceraria, cautelare o definitiva, a qualsiasi titolo – quindi anche per reati non contemplati tra i delitti distrettuali<sup>27</sup> –, rimanendo esclusi coloro che erano sottoposti agli arresti domiciliari, a una misura alternativa e gli internati per misura di sicurezza<sup>28</sup>. Detta limitazione era ricollegabile alla finalità efficientista della norma, poiché era proprio la traduzione degli imputati detenuti in carcere, spesso in luogo distante dalla sede di celebrazione del processo, a causare rallentamenti.

Quanto ai presupposti oggettivi – da aggiungere<sup>29</sup> allo stato di detenzione in carcere a qualsiasi titolo e all'imputazione per uno dei delitti distrettuali –, la partecipazione a distanza era consentita: a) per gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico; b) nel caso in cui il dibattimento fosse di particolare complessità e la partecipazione a distanza fosse necessaria a evitare ritardi nel suo svolgimento; c) qualora si trattasse di detenuto nei cui confronti era stato disposto il regime speciale di cui all'art. 41 *bis* ord. penit.<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> La riforma recante disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale (d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, convertito con modificazioni in l. 15 dicembre 2001, n. 438) ha esteso il 146 *bis* anche ai delitti di cui all'art. 407, comma 2, lett. a, c.p.p.: in ordine a entrambe le disposizioni, si veda A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, Milano, 2016, p. 87, il quale lamenta «[l']oggettiva impossibilità di ricondurre le ipotesi delittuose elencate [in dette disposizioni] ad una categoria unitaria di reati».

A tale proposito, P. GAETA, *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di cassazione*, cit., p. 3018, evidenzia come molte delle interpolazioni subite dalla norma riguardino fattispecie estranee al crimine organizzato.

Invece, sulla legge contro il terrorismo, per quello che qui interessa, in dottrina, A. SCAGLIONE, *Il regime processuale e penitenziario differenziato per fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 577 ss.; G. PIZIALI, *Le disposizioni sulla partecipazione al procedimento a distanza*, in G. Di Chiara (a cura di), *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, Torino, 2003, p. 73 ss.

<sup>26</sup> C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1282; L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 41; G. UBERTIS, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 769.

<sup>27</sup> Si veda M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 23.

<sup>28</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 119.

Faceva notare A. MELCHIONDA, sub art. 146 *bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 169, che, trattandosi di fattispecie per la quale operava la presunzione delle esigenze cautelari, era probabile che il soggetto imputato di tali delitti fosse ristretto in carcere.

<sup>29</sup> Sulla natura cumulativa e non alternativa dei presupposti, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 111.

<sup>30</sup> Sull'art. 41 *bis* ord. penit., in dottrina, C. CESARIS, sub art. 41 *bis*, in F. Della Casa – G. Giostra, *Ordinamento*

Il requisito *sub c)* era quello che sollevava minori perplessità, essendo il più obiettivo dei tre, ma fu presto traslato al di fuori di quell'elenco e trasposto in un nuovo comma 1 *bis*<sup>31</sup>. Venne così fugato il dubbio che, per potersi dar luogo alla partecipazione in videoconferenza, la sottoposizione a regime di cui all'art. 41 *bis* ord. penit. dovesse coesistere con l'imputazione di uno dei delitti di attribuzione distrettuale<sup>32</sup>. In altri termini, coloro che erano sottratti alle normali regole penitenziarie potevano solo partecipare al processo dalla postazione remota, senza che assumesse rilievo la fattispecie di reato per cui si procedeva<sup>33</sup>. La *ratio* di quella previsione rimaneva comunque immutata, anzi ne usciva rafforzata: evitare che gli imputati sottoposti al regime penitenziario speciale utilizzassero l'occasione della celebrazione delle udienze per comunicare tra di loro e dettare direttive agli altri affiliati<sup>34</sup>, vanificando in tal modo le finalità del provvedimento di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., disposto proprio per recidere ogni legame tra il carcere e il mondo esterno.

Venendo ai primi due profili, invece, la dottrina aveva da subito messo in luce l'alto tasso di discrezionalità presente in entrambi<sup>35</sup>.

Innanzitutto, il richiamo alle «gravi ragioni di sicurezza o di ordine pubblico» rievocava concetti sfuggenti, difficili da «imbrigliare in modo inequivoco»<sup>36</sup>.

La messa a punto di tali situazioni ha portato la dottrina processualpenalistica a tentare un collegamento con le tesi elaborate in ambito penalistico, con riguardo alla nozione di sicurezza pubblica, per la prima ipotesi, e, ai delitti contro l'ordine pubblico per il secondo profilo. Entrambe le nozioni appartengono, infatti, «al patrimonio concettuale della legislazione e della scienza penale fin dalle origini delle moderne codificazioni»<sup>37</sup>.

Per quanto concerne più propriamente alla nozione di sicurezza pubblica in ambito penale «è riscontrabile la tendenza ad identificare la sicurezza pubblica non tanto con una situazione di fatto circoscrivibile in un determinato contesto spaziale e temporale, ma piuttosto con la stessa attività di pubblica sicurezza, come funzione di

*penitenziario commentato*, Padova, 2019, p. 532 ss.

<sup>31</sup> Introdotto con d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito in l. 19 gennaio 2001, n. 4.

<sup>32</sup> Tesi sostenuta, tra gli altri, da M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 26; da L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 57, e da A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 169.

Sul punto, in giurisprudenza anche Corte cost., ord. 22 giugno 2000, n. 234, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2947.

<sup>33</sup> S. QUATTROCOLO, *Artt. 13, 14, 15, d.l. 341/2000*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 427 ss.

<sup>34</sup> L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 55.

<sup>35</sup> P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit., p. 989; A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 169-174.

Dell'opinione contraria, M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, cit., p. 349, e L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 19, secondo i quali, in presenza dei presupposti, l'organo decidente ha l'obbligo di disporre la partecipazione a distanza.

Anche secondo D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 114, è meglio parlare di doverosità della decisione del giudice.

<sup>36</sup> A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 170.

<sup>37</sup> Testualmente G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, in *Dig. d. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 73.

prevenzione dei reati»<sup>38</sup>. Concentrandosi sulle situazioni, che sono quelle che interessano ai nostri fini, la nozione di sicurezza pubblica è stata distinta da quella di ordine pubblico in quanto la prima si concentra sull'«integrità personale-esistenziale di una pluralità indeterminata di soggetti, che siano compresenti in un medesimo e circoscritto contesto ambientale, tutelata a fronte di un immediato e manifesto dispiegarsi della violenza fisica»<sup>39</sup>.

In merito al secondo profilo, una corrente di pensiero tradizionale distingue tra «ordine pubblico ideale» (o normativo) e «ordine pubblico materiale» (o empirico), intendendosi, il primo, «come insieme di principi e valori immanenti all'ordinamento giuridico, suscettibile di essere offeso mediante la semplice manifestazione del dissenso politico-ideologico»<sup>40</sup> e il secondo ravvisato «in termini di situazione di pacifica convivenza sociale, risultante da una componente oggettiva di ordine esteriore e da una corrispondente componente soggettiva di sentimento collettivo di sicurezza»<sup>41</sup>. L'ordine pubblico materiale verrebbe, quindi, a coincidere con il concetto di «pace pubblica», ovvero quella condizione «tangibile ed esteriore» che consiste nella «situazione conseguente all'assenza di fenomeni pregiudizievoli umani o naturali»<sup>42</sup>.

Dalle definizioni fornite in ambito penale emerge la natura fortemente «valutativa»<sup>43</sup> dei concetti richiamati dalla norma processuale che qui interessa. La qual cosa non fa che avvalorare la tesi dell'ampia discrezionalità attribuita al giudice nel momento in cui valutava i presupposti oggettivi per disporre la partecipazione dell'imputato non in presenza.

Del pari, non pareva dotata di quella oggettività che avrebbe richiesto la norma – che, in presenza dei presupposti, va a limitare i diritti dell'imputato – neppure il requisito della particolare complessità del dibattito e dell'esigenza di evitare ritardi. Certamente lo stesso era perfettamente aderente alla finalità della legge di riforma, pensata per dare maggiore efficienza ai processi di criminalità organizzata, ma nel

<sup>38</sup> G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., p. 85.

<sup>39</sup> G. DE VERO, voce *Sicurezza pubblica nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, vol. XIII, Torino, 1997, p. 286.

In giurisprudenza, si veda Corte cost., 14 giugno 1956, n. 2, in *www.cortecostituzionale.it*, 7, ove si afferma: «Esclusa l'interpretazione, inammissibilmente angusta, che la "sicurezza" riguardi solo l'incolumità fisica, sembra razionale e conforme allo spirito della Costituzione dare alla parola "sicurezza" il significato di situazione nella quale sia assicurato ai cittadini, per quanto è possibile, il pacifico esercizio di quei diritti di libertà che la Costituzione garantisce con tanta forza. Sicurezza si ha quando il cittadino può svolgere la propria lecita attività senza essere minacciato da offese alla propria personalità fisica e morale; è l'"ordinato vivere civile", che è indubbiamente la meta di uno Stato di diritto, libero e democratico».

<sup>40</sup> Vedi G. CORSO, voce *Ordine pubblico (diritto pubblico)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1061; C. FIORE, voce *Ordine pubblico (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XXX, Milano, 1980, p. 1091.

<sup>41</sup> G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., p. 76.

<sup>42</sup> Per la definizione, si veda A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Archivio Giuridico "Filippo Serafini"*, vol. CLXV, 1963, p. 119.

<sup>43</sup> Su tale profilo, G. DE VERO, voce *Ordine pubblico (delitti contro)*, cit., p. 76-77, il quale evidenzia, anzi, che il profilo valutativo sarebbe addirittura doppio: «l'uno attinente alla condizione negativa di «mancanza», che come tale presuppone il riferimento a situazioni in atto inesistenti, oggetto di aspettativa o di timore; l'altro incentrato su di un pregiudizio molto generico, del quale non vengono precisati né l'origine, né gli oggetti di incidenza».

richiedere una complessità *particolare* sembrava alludere a un *quid pluris*<sup>44</sup>, ovvero a una complessità superiore alla media e, con ciò, suggeriva che non ogni processo di mafia dovesse *ex se* essere celebrato in teleconferenza<sup>45</sup>.

Il legislatore si premurava, a titolo meramente esemplificativo<sup>46</sup>, di specificare che il ritardo poteva derivare *anche* dalla celebrazione in contemporanea di distinti processi in diverse sedi giudiziarie. Al di là di tale ipotesi, la particolare complessità veniva valutata alla luce dei parametri forniti altrove nel codice di rito. Il riferimento correva agli artt. 407, comma 2, lett. *a*, e 304, comma 2, c.p.p. Nell'ambito della disamina della seconda disposizione richiamata, la giurisprudenza precisa che trattasi di un giudizio prognostico<sup>47</sup>, che fa riferimento al numero degli imputati, dei difensori e delle imputazioni, nonché alla qualità e alla natura delle questioni da esaminare<sup>48</sup>, insieme al numero di testimoni e a eventuali difficoltà nell'assunzione della prova. La difficoltà non può, di contro, essere desunta dal solo titolo di reato<sup>49</sup>, né derivare da manchevolezze organizzative dell'amministrazione<sup>50</sup>, quali, a titolo esemplificativo, le carenze d'organico: non sarebbe infatti accettabile far scontare all'imputato, in termini di *deminutio* dei diritti partecipativi, mancanze che prescindano totalmente dalla sua volontà.

Del pari l'attivazione della videoconferenza doveva avvenire solo quando il suo utilizzo si poneva in termini di necessità e non già come strumento acceleratorio che eliminasse possibili lungaggini: «per quanto assimilabile alla effettiva e fisica presenza in aula, la partecipazione a distanza è pur sempre una situazione a carattere eccezionale, giacché [...] si traduce comunque in una compressione del diritto di difesa»<sup>51</sup>. Se è vero, infatti, che anche la ragionevole durata è valore dotato di rilevanza costituzionale, lo stesso non può prevalere sui diritti difensivi, salvo che si rischi la paralisi processuale<sup>52</sup>.

---

<sup>44</sup> G. PANSINI, *Dibattimento "particolarmente complesso" e sospensione dei termini custodiali*, in *Giur. it.*, 1997, II, p. 368.

<sup>45</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 137; A. MELCHIONDA, sub art. 146 bis disp. att. c.p.p., cit., p. 171.

<sup>46</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 144; A. MELCHIONDA, sub art. 146 bis disp. att. c.p.p., cit., p. 171.

<sup>47</sup> Cass., Sez. VI, 23 giugno 2015, n. 28663, Curcio e altro, in *C.E.D. Cass.*, n. 264054; Cass., Sez. II, 4 aprile 2012, n. 14508, Arena, in *C.E.D. Cass.*, n. 252491.

<sup>48</sup> Cass., Sez. II, 5 marzo 2014, n. 23872, Riviezzi, in *C.E.D. Cass.*, n. 259828.

<sup>49</sup> Cass., Sez. V, 22 ottobre 1997, n. 4625, Di Maio e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 209044.

<sup>50</sup> Cass., Sez. IV, 14 gennaio 2004, n. 17576, Russo, in *C.E.D. Cass.*, n. 228174; Cass., Sez. II, 23 gennaio 1997, n. 191, Acri, in *C.E.D. Cass.*, n. 207839.

<sup>51</sup> Così A. MELCHIONDA, sub art. 146 bis disp. att. c.p.p., cit., p. 172.

<sup>52</sup> Corte cost., 23 maggio 1997, n. 146, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2662 ss., in cui la Corte ha dichiarato «infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 518 c.p.p., sollevata, in riferimento all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevede la facoltà delle parti di richiedere al giudice del dibattimento l'applicazione di pena a norma dell'art. 444 c.p.p., in relazione al fatto nuovo risultante dal dibattimento e la cui contestazione venga autorizzata in udienza».

Si veda anche Corte cost., 23 gennaio 1997, n. 10, in *Giur. cost.*, 1997, p. 77 ss., con nota di P. VENTURA, *Dalla rimessione alla ricasazione: analogie e differenze in ordine alle sorti della sentenza di merito*, in cui la Corte ha dichiarato «l'illegittimità costituzionale dell'art. 37, comma 2, c.p.p., nella parte in cui, qualora sia riproposta la dichiarazione di ricasazione, fondata sui medesimi motivi, fa divieto al giudice di pronunciare o

#### 4. I presupposti all'indomani della riforma Orlando.

La riforma Orlando doveva completamente ridisegnare l'ambito applicativo dell'istituto<sup>53</sup>.

Innanzitutto, la novella attua una soggettivizzazione<sup>54</sup> del primo comma della disposizione in parola: in altri termini, l'*incipit* non è più «Quando si procede...» ma «La persona che si trovi in stato di detenzione per taluno dei delitti indicati nell'art. 51, comma 3 *bis*, nonché dell'art. 407, comma 2, lett. *a*, n. 4, c.p.p., partecipa a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali è imputata, anche relativi a reati per i quali è in stato di libertà». Da ciò deriva che, per i reati «di prima fascia»<sup>55</sup>, la partecipazione a distanza opera ora automaticamente<sup>56</sup>, senza che sia necessario un provvedimento che ne motivi le ragioni e senza che debbano essere discrezionalmente valutati dal giudice parametri di sorta, quali – come avveniva nel passato regime – l'impatto della partecipazione fisica sulla sicurezza o sull'ordine pubblico o la particolare complessità del dibattimento. Di conseguenza, all'indomani della riforma del 2017, basta l'imputazione per uno dei reati rientranti nelle categorie di cui sopra, per vedere

concorrere a pronunciare la sentenza fino a che non sia intervenuta l'ordinanza che dichiara inammissibile o rigetta la ricasazione».

In dottrina, sul punto, R.A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di «durata ragionevole» del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 836.

<sup>53</sup> Per i commenti sulle modifiche provocate dalla riforma all'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., S. BUZZELLI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione a distanza*, in L. Giuliani – R. Orlandi (a cura di), *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2018, p. 73 ss.; D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, in G.M. Baccari – C. Bonzano – K. La Regina – E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, p. 509 ss.; M. DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); A. DE CARO, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 1333 ss.; G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, in AA.VV., *Imputazione e prova nel dibattimento tra regole e prassi, Atti del Convegno di Campobasso, 13-14 ottobre 2017*, Milano, 2018, p. 125 ss.; A. DIDI, *Videoconferenza e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 458 ss.; A. DIDI, *Genesis e metamorfosi della partecipazione a distanza dell'imputato*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2306 ss.; A. GAITO, *Videoconferenza per ius superveniens e compressione della difesa: gli effetti perversi di certe prassi applicative*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1, p. 587 ss.; S. LORUSSO, [Dibattimento a distanza vs. "autodifesa"?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2017, p. 217 ss.; R. MAGI, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali (commi 77-80 L.N. 103/2017)*, in T. Bene – A. Marandola (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, p. 188 ss.; M. MENNA – M. MINAFRA, *Il dibattimento: esame a distanza e restyling strutturale della sentenza*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017 n. 103*, Torino, 2017, p. 163 ss.; D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, in *Arch. pen.*, 2018, suppl. al n. 1, p. 567 ss.; P.P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>54</sup> D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 516.

<sup>55</sup> Definizione di G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 131.

<sup>56</sup> D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 516-517; M. MENNA – M. MINAFRA, *Il dibattimento: esame a distanza e restyling strutturale della sentenza*, cit., p. 167.

l'imputato, protagonista del processo – nonché l'unico che ne subirà direttamente le conseguenze –, escluso dall'aula d'udienza e relegato in un'aula remota, dalla quale prende parte al processo mediante schermi e microfoni<sup>57</sup>.

A stemperare il «potenziale deflagrante» della norma<sup>58</sup>, il legislatore ha riconosciuto al giudice la discrezionalità di disporre la presenza fisica dell'imputato, qualora lo ritenga necessario. In tal caso, il provvedimento dovrà essere disposto con decreto motivato (art. 146 *bis*, comma 1 *ter*, disp. att. c.p.p.). Alcuni hanno interpretato l'eccezione nel senso che è possibile derogare alla modalità da considerarsi ora ordinaria solo in mancanza di adeguati strumenti tecnici: tuttavia, così opinando, la compressione del diritto di difesa dipenderebbe dalle risorse finanziarie dell'ufficio<sup>59</sup>. Occorre, quindi, una lettura più ampia del dato. La qual cosa, del resto, non pare censurabile<sup>60</sup>, dal momento che qui l'elemento discrezionale consente di ampliare i diritti difensivi, e non già di restringerli come nella disciplina passata. Anzi, si auspica un utilizzo ponderato di questa discrezionalità da parte degli organi giudicanti, in un'ottica di rafforzamento dei diritti della difesa.

A ogni modo, il ribaltamento tra regola ed eccezione rispetto al sistema antecedente non potrebbe essere più chiaro: prima, oltre al presupposto soggettivo dello stato di detenzione e dell'imputazione per uno dei reati “qualificati”, occorre la presenza di un presupposto oggettivo, di cui il giudice doveva dare conto con decreto motivato, da comunicare alle parti almeno dieci giorni prima<sup>61</sup>; adesso è sufficiente il primo aspetto per aversi, di *default*, la partecipazione a distanza<sup>62</sup>. In altri termini, «[l]a partecipazione al dibattimento a distanza rappresenta dunque ormai la forma ordinaria di celebrazione dei procedimenti concernenti i procedimenti di criminalità organizzata, a prescindere dalla sussistenza di ulteriori requisiti»<sup>63</sup>.

Vi sono, poi, due categorie soggettive per le quali la videoconferenza è destinata a operare sempre: a) le persone ammesse a programmi o misura di protezione, comprese

<sup>57</sup> Secondo alcuni si tratterebbe di una nuova forma di presunzione relativa di pericolosità: di questo avviso, R. MAGI, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali (commi 77-80 L.N. 103/2017)*, cit., p. 194.

Cfr. S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, cit., p. 219, che invoca una sorta di «diritto processuale penale d'autore» e secondo il quale la presunzione sarebbe addirittura assoluta (e di dubbia costituzionalità).

<sup>58</sup> S. LORUSSO, *Dibattimento a distanza vs. “autodifesa”?*, cit., p. 220.

<sup>59</sup> Dello stesso avviso M. DANIELE, *La partecipazione a distanza allargata. Superfetazioni e squilibri del nuovo art. 146-bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 3.

<sup>60</sup> *Contra*, R. MAGI, *La partecipazione a distanza alle udienze dibattimentali e camerali (commi 77-80 L.N. 103/2017)*, cit., p. 194.

<sup>61</sup> La dottrina aveva sollevato perplessità sull'assenza di un contraddittorio anticipato, o almeno differito: in tal senso, P. BRONZO, *Partecipazione al dibattimento ed esame a distanza: la verifica giurisdizionale sui presupposti per il ricorso ai collegamenti audiovisivi e le esigenze della difesa*, cit., p. 989; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 158-159.

<sup>62</sup> Secondo G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 143, la partecipazione a distanza sarebbe per questi imputati una «sanzione parapenale accessoria», applicata anticipatamente se sono detenuti in via cautelare.

<sup>63</sup> P.P. RIVELLO, *La disciplina della partecipazione a distanza al procedimento penale alla luce delle modifiche apportate dalla Riforma Orlando*, cit., p. 10.

quelle di tipo urgente o provvisorio, le quali partecipano a distanza alle udienze dibattimentali dei processi nei quali sono imputate (art. 146 *bis*, comma 1 *bis*, disp. att. c.p.p.); b) i sottoposti a regime penitenziario di rigore, di cui all'art. 41 *bis* ord. penit., in relazioni ai quali il giudice non può disporre la presenza fisica.

Infine, e qui il divario rispetto alla valenza che aveva in origine l'istituto si fa massimo, al di fuori dai casi previsti nei commi 1 e 1 *bis*, il giudice può disporre con decreto motivato la partecipazione a distanza anche quando sussistano ragioni di sicurezza, qualora il dibattimento sia di particolare complessità e sia necessario evitare ritardi nel suo svolgimento, ovvero quando si deve assumere la testimonianza di una persona a qualunque titolo in stato di detenzione presso un istituto penitenziario (art. 146 *bis*, comma 1 *quater*, disp. att. c.p.p.). In questo ultimo caso la fuoriuscita dal modello emergenziale o del doppio binario<sup>64</sup> è evidente: secondo alcuni, la reale finalità della riforma del 2017 stava quindi nella possibilità di azzerare i tempi (e i costi) di traduzione dei detenuti<sup>65</sup>, rendendo possibile la celebrazione di un gran numero di processi che vedono il giudice e il pubblico ministero come gli unici presenti in aula<sup>66</sup>. La qual cosa stride con la definizione tradizionale per cui il processo penale è *actus trium personarum*<sup>67</sup> e segna un passo indietro rispetto alla scelta voluta dal codificatore del 1989, il quale aveva voluto che difesa e pubblici ministeri sedessero in aula allo stesso livello (art. 146 disp. att. c.p.p.), davanti a chi giudica<sup>68</sup>.

Quanto sopra testimonia un possibile effetto negativo derivante dalla scelta del legislatore di non creare un apposito *corpus* normativo per le disposizioni antimafia: lasciando le norme emergenziali all'interno del sistema, vi è infatti il rischio che tali norme siano facilmente trasferibili a fenomeni diversi, i quali potevano essere governati efficacemente con mezzi ordinari<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> Critica la formula del doppio binario, considerandola ormai una ipocrisia, P. GAETA, *Il 'processo di criminalità organizzata' tra frammenti di norme e Corte di cassazione*, cit., p. 3016 ss.

Similmente, ritiene che non vi sia più un binario autonomo fuori dalla parte generale, ma un sistema differenziato di parte generale, sostitutivo del vecchio doppio binario, di cui condivide gli scopi di neutralizzazione individuale insieme ai nuovi obiettivi di lotta generale, M. DONINI, *Mafia e terrorismo come "parte generale" del diritto penale. Il problema della normalizzazione del diritto di eccezione, tra identità costituzionale e riserva di codice*, cit., p. 1 ss.

Sulle menomazioni alle garanzie difensive, costituzionalmente protette, derivanti dal doppio binario, si veda anche O. MAZZA, *L'imputato pericoloso*, in ID., *Tradimenti di un codice. La procedura penale a trent'anni dalla grande riforma*, Torino, 2020, p. 38 ss.

<sup>65</sup> A. DIDI, *Videoconferenza e partecipazione dell'imputato al dibattimento*, cit., p. 461.

D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., p. 568.

<sup>66</sup> D. CURTOTTI, *Le modifiche alla disciplina della partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 518.

Si veda l'opinione di A. DE CARO, *La partecipazione al dibattimento a distanza*, cit., p. 1337, secondo il quale un processo senza difensori in aula è la negazione del processo democratico.

<sup>67</sup> Considera «zoppa la dialettica processuale per mancanza dell'attore in favore del quale è stato allestito lo scenario» E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, Milano, 2016, p. 103.

<sup>68</sup> F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2012, p. 924.

<sup>69</sup> R. ORLANDI, *L'emergenza figlia delle garanzie? Riflessioni intorno alle norme e alle pratiche di contrasto alla mafia e al terrorismo*, cit., p. 13.

## 5. Le garanzie partecipative.

Al contrario dei presupposti, le garanzie che presidiano la videoconferenza sono rimaste sostanzialmente invariate, anche dopo la riforma del 2017. Si tratta di aspetti più tecnologici che giuridici; nonostante ciò, gli stessi si rivelano fondamentali per garantire effettività al diritto di difesa.

Per prima cosa, è necessario assicurare la «contestuale, effettiva e reciproca visibilità delle persone presenti» nell'aula di udienza e nel luogo di custodia e «la possibilità di udire quanto viene detto» (art. 146 *bis*, comma 3, disp. att. c.p.p.). La scelta pregnante degli aggettivi «non lascia dubbi sulla volontà del legislatore di riprodurre nel più verosimile dei modi la simulazione di una contestualità dibattimentale idonea a non frantumare l'unicità del processo»<sup>70</sup>. Con essi s'intende, infatti, affermare che non potranno esservi differimenti temporali nel collegamento: tutto ciò che accade in aula d'udienza deve essere visibile e udibile, senza soluzione di continuità, nell'aula remota, e viceversa. Per di più, il riferimento all'effettività implica la garanzia del corretto funzionamento della teleconferenza, senza difficoltà che possano incidere sulla percezione visiva o acustica<sup>71</sup>. Al di là delle intenzioni del legislatore, la portata *in action* della disposizione non potrà che dipendere dagli strumenti e dalle risorse possedute dal singolo ufficio giudiziario. Merita precisare che nel caso in cui vi siano più imputati che si trovano in stato di detenzione in luoghi diversi, come avviene nei grandi processi di criminalità organizzata, ognuno deve essere posto in grado di vedere e sentire gli altri.

Sul versante della difesa tecnica, poi, è assicurato il «diritto incondizionato» al difensore o al suo sostituto a essere presente nel luogo ove l'imputato si trova. La qual cosa implica che il legale dovrà scegliere tra sedersi accanto al proprio assistito oppure nell'aula d'udienza, per prendere parte fisicamente al contraddittorio per la formazione delle prove<sup>72</sup>. Volendo non scegliere, i costi per l'imputato si duplicano, essendo obbligato a nominare due difensori<sup>73</sup>. Detta considerazione aveva in passato sollevato dubbi di compatibilità con il principio di eguaglianza e con il diritto di difesa, fino a quando il legislatore è intervenuto sulla disciplina del gratuito patrocinio a favore dei non abbienti, prevenendo la possibilità di una doppia nomina per il tempo strettamente necessario<sup>74</sup>.

Quanto alla figura del «sostituto», pare che il richiamo sia da intendersi in modo

<sup>70</sup> Così A. MELCHIONDA, sub art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., cit., p. 181.

<sup>71</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 173-174.

<sup>72</sup> Secondo D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 370, la questione si pone solo sulla carta, giacché il difensore sceglierà sempre l'aula d'udienza. La ritiene, invece, una scelta tragica C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 81.

<sup>73</sup> M. BARGIS, *La teleconferenza*, cit., p. 42; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 181; L. KALB, *La partecipazione a distanza al dibattimento*, cit., p. 86.

<sup>74</sup> Modifica intervenuta con l. 29 marzo 2001, n. 134.

atecnico, svincolato quindi dal riferimento all'art. 102 c.p.p.<sup>75</sup>, il quale richiede un legittimo impedimento e comporta, per di più, un automatico trasferimento di diritti e doveri dal sostituito al sostituto<sup>76</sup>.

Inoltre, rimanendo nell'ambito della difesa tecnica, l'imputato ha diritto a confrontarsi riservatamente, per mezzo di idonei strumenti tecnici – ad esempio, telefoni con linee riservate –, con il difensore o con il sostituto. La previsione aveva destato perplessità sotto il profilo dell'applicazione reale, specie dopo che nella pratica si erano realizzate condotte abusive<sup>77</sup>. La situazione pare oggi migliorata, poiché le attuali apparecchiature sono in grado di fono-isolare e non sono intercettabili, viaggiando su linee criptate<sup>78</sup>.

Sotto un diverso profilo, un ausiliario abilitato ad assistere il giudice in udienza designato dal giudice o, in caso di urgenza, dal presidente, è presente nel luogo ove si trova l'imputato e ne attesta l'identità, dando atto che non sussistono impedimenti o limitazioni all'esercizio dei diritti e delle facoltà a lui spettanti. In caso d'urgenza, il presidente può designare, in vece dell'ausiliario, un ufficiale di polizia giudiziaria scelto tra coloro che non svolgono, né hanno svolto, attività di investigazione o di protezione con riferimento all'imputato o ai fatti a lui riferiti. Si ritiene che le attività dell'ausiliario debbano attenere alle condizioni e alle circostanze in cui avviene la videoconferenza e che costituiscano l'attuazione delle direttive impartite dal giudice, volte a garantire l'effettività del diritto di difesa<sup>79</sup>.

L'ausiliario o l'ufficiale di polizia giudiziaria redige poi verbale delle operazioni svolte a norma dell'art. 136 c.p.p. Quest'ultimo andrà a confluire nel verbale d'udienza<sup>80</sup>.

Infine, si prevede comunque la presenza dell'imputato al dibattimento quando il giudice ritenga indispensabile, sentite le parti, procedere a confronto, ricognizione o altro atto che implichi l'osservazione della sua persona. Il ritorno all'ordinaria modalità partecipativa viene fatta dipendere dall'assoluta indispensabilità dell'espletamento in aula d'udienza e soltanto per il tempo strettamente necessario; entrambe le condizioni sono poste per non vanificare gli scopi deflativi della riforma, ma lasciano perplessi nella parte in cui non contemplano atti difensivi quali le spontanee dichiarazioni, le quali

<sup>75</sup> G. CONTI, *La tecnologia va in aiuto del doppio binario e il codice di rito perde la sua stabilità*, in *Guida dir.*, 1998, 7, p. 32; D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 182.

<sup>76</sup> A. MELCHIONDA, *sub art. 146 bis disp. att. c.p.p.*, cit., p. 186.

<sup>77</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 367, riporta un caso verificatosi presso la Corte d'Assise di Santa Maria Capua Vetere, in cui la conversazione tra il difensore e l'imputato presente nell'aula remota era stata ascoltata e verbalizzata da una guardia carceraria.

<sup>78</sup> Nello specifico, S. NAPOLITANO, *Dall'udienza penale a distanza all'aula virtuale. Nell'impianto normativo della l. 27/2020, di conversione del d.l. 18/2020, come modificata dal d.l. 28/2020, da ultimo convertito dalla l. 70/2020*, cit., p. 44, nota 42, rileva come la consultazione riservata tra difensore e imputato, secondo quanto previsto dal provvedimento del 21 maggio 2020 del DG della DIGSIA, sia assicurata attraverso un circuito dedicato e criptato VoIP (Voice Over Internet Protocol). Lo stesso autore, a p. 41, dà altresì conto del fatto che il servizio MVC1 (acronimo di Multi-Video-Collegamento), sostitutivo di quello tradizionale, consenta la fonia riservata con circuito dedicato criptato VoIP.

<sup>79</sup> M. CASSANO, *Problemi e prospettive della nuova disciplina sull'assunzione di prove a distanza*, cit., p. 351.

<sup>80</sup> Cfr. D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 194, secondo la quale si avrebbe invece un doppio verbale.

andrebbero quindi effettuate a distanza, provocando ricadute sul principio di immediatezza, dal momento che non viene assicurato un contatto non-mediato dallo schermo tra imputato e giudice<sup>81</sup>.

## 6. Le pronunce di legittimità costituzionale e di non violazione delle norme convenzionali.

Il lavoro del legislatore delegato dovrà necessariamente fare i conti con le pronunce costituzionali e sovranazionali che si sono interessate della partecipazione a distanza. Il *leading case* nella materia che ci occupa è rappresentato ancora oggi dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 342, del 22 luglio 1999<sup>82</sup>, come testimonia del resto anche il richiamo effettuato dalla relazione predisposta dalla Commissione Lattanzi<sup>83</sup>.

La Corte, in quella occasione, muoveva dall'infondatezza della premessa secondo la quale la sola presenza fisica nel luogo del processo potrebbe assicurare effettività al diritto di difesa. A parere del giudice delle leggi, ciò che occorre è, invece, che sia garantita l'effettiva partecipazione personale e consapevole dell'imputato al dibattimento, concludendo che la normativa *de qua* ha tracciato un esauriente sistema di risultati che si presenta in linea con il livello minimo di garanzie che devono cautelare il diritto dell'imputato di partecipare; «quadro di presidi, dunque, di incisività e completezza tali da rendere la normativa in questione aderente al principio sancito dall'art. 24 comma 2 della Carta fondamentale»<sup>84</sup>.

Ciò che più sorprende di questa pronuncia è l'assolutezza del dato: infatti, la Corte arriva ad affermare che la partecipazione via collegamento audiovisivo non contrasta con il diritto di difesa, senza operare espressamente alcun bilanciamento tra interessi coinvolti<sup>85</sup>. Pur richiamando, infatti, le ragioni che avevano portato il legislatore del 1998 a introdurre la disciplina differenziata, diretta – come abbiamo visto – allo scopo di prevenire pericoli alla sicurezza e all'ordine pubblico e, insieme, a evitare la frequente traduzione degli imputati nei vari maxiprocessi celebrati a loro carico, la Corte costituzionale sosteneva l'idoneità degli strumenti indicati dalla normativa a garantire *tout court* il diritto di difesa, assicurandone un «livello minimo»<sup>86</sup>.

Sebbene sul punto la Corte non si sia pronunciata, è evidente che, nell'ipotesi in

---

<sup>81</sup> C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare?*, cit., p. 81.

<sup>82</sup> Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 76 ss., con nota di C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*. In dottrina, su detta pronuncia, si veda anche R.A. RUGGIERO, *La sentenza sulle videoconferenze tra tutela del diritto di difesa ed esigenze di «durata ragionevole» del processo penale*, in *Cass. pen.*, 2000, p. 830 ss.

<sup>83</sup> Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, cit., p. 16.

<sup>84</sup> Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, cit., p. 79.

<sup>85</sup> C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*, cit., p. 79.

<sup>86</sup> Corte cost., 22 luglio 1999, n. 342, cit., p. 78.

oggetto, si assiste a un potenziale contrasto tra il diritto di difesa e altri interessi di rilievo costituzionale<sup>87</sup>. Occorre allora verificare, in primo luogo, se detti beni siano suscettibili di comparazione, per poi valutare la ragionevolezza della scelta legislativa. Benché sia la stessa Costituzione a indicare taluni beni (ad esempio il diritto di difesa) come inviolabili, non è possibile stabilire un ordine di precedenza tra i principi costituzionali che sia valido in astratto; pertanto ogni valutazione viene fatta dalla Corte riferendosi alle circostanze concrete, senza assumere valenza generale<sup>88</sup>. A proposito del diritto inviolabile di difesa, la Corte costituzionale ha stabilito che «è consentito al legislatore, valutando la diversa struttura dei procedimenti, i diritti e gli interessi in gioco, le peculiari finalità dei vari stati e gradi della procedura, dettare specifiche modalità [per il suo esercizio], alla tassativa condizione, però, che esso venga, nelle differenti situazioni processuali, effettivamente garantito a tutti su un piano di uguaglianza»<sup>89</sup>. Pertanto, anche il fondamentale diritto di difesa è modulabile<sup>90</sup> e, in qualche misura, comprimibile, a patto che l'operazione risulti ragionevole.

Bilanciare, infatti, non attiene alla ricerca di un punto di equilibrio ma significa sacrificare un diritto o un principio in favore di un altro, seppure limitandosi al caso concreto<sup>91</sup>. Ne deriva, pertanto, l'esigenza di introdurre dei parametri attraverso i quali valutare la legittimità del sacrificio. Secondo parte della dottrina, il controllo deputato al fine (c.d. "test di proporzionalità") copre tre diversi elementi<sup>92</sup>: necessità, sufficienza e proporzionalità<sup>93</sup>. Quanto al primo profilo, la limitazione di un diritto o interesse di

<sup>87</sup> Sul bilanciamento di interessi, nella dottrina costituzionalistica, si rimanda, per tutti, a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 133 ss., e a A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, t. 2, Milano, 2008, p. 185 ss., il quale ricorda che, mentre l'interpretazione è «ascrizione di significato a un enunciato», il bilanciamento è il frutto di un giudizio di valore che decide sulla priorità tra principi.

<sup>88</sup> R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 33-35. Sul valore non vincolante per i casi futuri della decisione, si veda anche G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 581.

<sup>89</sup> Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1365.

<sup>90</sup> Sul punto, a titolo meramente esemplificativo nella giurisprudenza risalente, si vedano Corte cost., 10 ottobre 1979, n. 125, cit., p. 1358 ss., con nota di C.E. MAIORCA, *Una occasione mancata: la sentenza della Corte costituzionale sul «rifiuto di difesa»*; Corte cost., 19 febbraio 1965, n. 5, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1965, p. 519 ss., con nota di S. CHIARLONI, *Davvero legittima l'efficacia della sentenza penale nei giudizi civili o amministrativi ai sensi dell'art. 28 c.p.p.?*; Corte cost., 22 giugno 1963, n. 108, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 932 ss., con nota di M. CHIAVARIO, *Davvero legittimo il potere del giudice militare di escludere il difensore di fiducia?*.

<sup>91</sup> G. PINO, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, cit., p. 580; G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010, p. 183.

<sup>92</sup> La suddivisione in tre passaggi nell'applicare la regola della ponderazione si deve ad R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012, secondo il quale nella prima fase va stabilito il grado di non soddisfazione di uno dei due diritti; nella seconda, l'importanza della soddisfazione del diritto preminente; nella terza se l'importanza del preminente giustifica la compressione del diritto recessivo.

<sup>93</sup> A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, cit., p. 196.

Sul "test di proporzionalità" si veda anche G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 205 ss., il quale distingue però i tre passaggi in *idoneità* (se la compressione di un diritto è in grado di perseguire l'obiettivo); *necessità* (o regola del mezzo più mite: la misura limitativa di un diritto fondamentale deve essere la più lieve tra quelle disponibili) e *proporzionalità in senso stretto* (il sacrificio

rango costituzionale deve essere necessario per attuarne uno di pari rango. In merito alla sufficienza, occorre dimostrare che il diritto di rilevanza costituzionale limitato venga comunque soddisfatto in modo non insufficiente. Infine, la compressione di un interesse deve essere proporzionata, ossia, in altri termini, il sacrificio consentito di un interesse costituzionalmente tutelato non deve essere eccessivo e non può mai annullare il contenuto essenziale di esso<sup>94</sup>. Nella sentenza in esame, tuttavia, la Corte si è spinta a stime di legittimità dell'istituto in generale, considerato aderente al principio sancito dall'art. 24 Cost. Negata la compressione di esso, quindi, diveniva superfluo valutare se il sacrificio fosse necessario o evitabile ricorrendo a mezzi meno impattanti sul diritto di difesa. Già al momento della pronuncia parte della dottrina aveva paventato il rischio di letture estensive delle condizioni di applicabilità della videoconferenza, considerata ormai equipollente alla presenza fisica<sup>95</sup>. Quanto ipotizzato si è effettivamente avverato, nel momento in cui, quando il legislatore del 2017 ha deciso di allargare gli orizzonti applicativi dell'istituto, lo ha fatto richiamandosi espressamente al giudizio di legittimità costituzionale formulato in quella occasione.

Dal canto suo, la Corte europea dei diritti dell'uomo, nel giungere a pronunce di non violazione dell'art. 6 Convenzione edu, ha seguito il diverso percorso dello scopo legittimo cui la restrizione era orientata, all'interno di una società democratica.

In particolare, nel caso *Viola c. Italia*<sup>96</sup>, dopo aver ribadito l'importanza del diritto a partecipare al proprio processo, la Corte di Strasburgo ha precisato che l'art. 6 Convenzione edu non specifica le modalità di esercizio di tale diritto<sup>97</sup> ed ha affermato che, non la videoconferenza in sé, ma le modalità operative del suo funzionamento possono ledere il diritto a un equo processo. Inoltre, nel caso di specie, la partecipazione in videoconferenza dell'imputato era volta a perseguire scopi legittimi, ossia la difesa dell'ordine pubblico, la prevenzione del crimine, la protezione della vita di vittime e testimoni, nonché il rispetto della ragionevole durata del processo<sup>98</sup>.

Uguale percorso, con identico risultato, è stato seguito dalla Corte sovranazionale in altre occasioni<sup>99</sup>.

---

imposto a un diritto deve essere equilibrato rispetto al grado di soddisfazione dell'altro). A tale riguardo si veda anche G. PARODI, *In tema di bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale. In margine a Diritti e argomenti di Roberto Bin*, in *Dir. pubblico*, 1995, p. 205-206.

<sup>94</sup> Sul fatto che la modalità di applicazione del principio prevalente deve comportare il minore sacrificio al principio recessivo, G. PINO, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, cit., p. 182-183.

<sup>95</sup> C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*, cit., p. 84.

<sup>96</sup> Corte edu, Sez. III, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*, in *www.echr.coe.int*. In dottrina, a tale proposito, si veda M. CHIAVARIO, *La "videoconferenza" processuale e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Corso – E. Zanetti (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani, Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato*, 2010, p. 95 ss.

<sup>97</sup> Corte edu, Sez. III, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*, cit., § 60.

<sup>98</sup> Corte edu, Sez. III, 5 ottobre 2006, *Marcello Viola c. Italia*, cit., § 72.

<sup>99</sup> Corte edu, Sez. II, 27 novembre 2007, *Asciutto c. Italia*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1189 ss., con nota di P. CORVI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo sul regime detentivo speciale*.

In un caso si è arrivati a una pronuncia di violazione dell'art. 6 § 3, lett. c., Convenzione edu, ma soltanto

A lasciare perplessi, in questo caso, non è il ragionamento seguito, quanto la natura disparata dei beni con cui il diritto a partecipare di persona viene posto in bilanciamento: accanto all'interesse alla prevenzione dei reati e alla tutela della vita di testimoni e vittime, minacciati da violente organizzazioni criminali, viene infatti posta, senza distinguo alcuno, l'esigenza di assicurare la ragionevole durata del processo, cosa che non può che lasciare perplessi sotto il profilo della ragionevolezza<sup>100</sup>. A tale riguardo, infatti, si è soliti affermare che l'affievolimento delle garanzie si spiega solo se bilanciato con un interesse costituzionale di rango non inferiore, giudicato prevalente nella contingenza storico-politico-legislativa del momento<sup>101</sup>. Costituisce, infatti, ormai un dato acquisito nella scienza processualpenalistica, il fatto che la ragionevole durata non possa essere considerato interesse di pari rango rispetto al diritto di difesa, dovendosi sempre parlare di ragionevole durata del giusto processo, e che pertanto il primo non possa mai comportare la vanificazione del secondo<sup>102</sup>.

---

perché, nel caso di specie, era stata registrata la comunicazione riservata tra imputato nell'aula remota e difensore: Corte edu, Sez. III, 27 novembre 2007, Zagaria c. Italia, in *www.echr.coe.int*.

La legittimità dello strumento viene ribadito dalla Corte pure in Corte edu, GC, 2 novembre 2010, Sakhnovskiy c. Russia, in *www.echr.coe.int.*, ove si legge (al § 98) «[a]s regards the use of a video link, the Court reiterates that this form of participation in proceedings is not, as such, incompatible with the notion of a fair and public hearing, but it must be ensured that the applicant is able to follow the proceedings and to be heard without technical impediments, and that effective and confidential communication with a lawyer is provided for».

<sup>100</sup> Sul punto, tra gli altri, D. NEGRI, *La gigantesca espansione della videoconferenza come alternativa alla presenza fisica dell'imputato in giudizio*, cit., p. 579-580.

<sup>101</sup> Per un esempio in cui la Corte ha attuato il bilanciamento di interessi, si veda Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Cass. pen.*, 1991, p. 914 ss., nella quale è stata ritenuta infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270, comma 1, c.p.p., sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 112 Cost., sul presupposto che consenta l'utilizzazione dei risultati delle intercettazioni in procedimenti diversi solo se risultino indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza.

<sup>102</sup> In questo senso, Corte cost., ord. 19 novembre 2002, n. 458, in *Cass. pen.*, 2003, p. 485, ove si legge che «il principio di ragionevole durata del processo non può comportare la vanificazione degli altri valori costituzionali che in esso sono coinvolti, primo fra i quali il diritto di difesa, che l'art. 24 comma 2 proclama inviolabile in ogni stato e grado del procedimento». Analogamente, la Corte ha stabilito che diritto di difesa e ragionevole durata non possono entrare in comparazione anche in Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, in *Cass. pen.*, 2010, p. 1734: «il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo [...]. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata».

In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, comma 2, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo».

Già all'indomani della riforma del giusto processo, in plurime occasioni, la Corte aveva ribadito la necessità di contemperare il principio della ragionevole durata del processo con la tutela di altri diritti costituzionalmente garantiti, primo fra tutti il diritto di difesa: si vedano, *ex multis*, Corte cost., 9 luglio 2004, n. 219, in *Giur. cost.*, 2004, p. 2304 ss., con nota di O. MAZZA, *Il patteggiamento "allargato" supera l'esame della Corte costituzionale*; Corte cost., ord. 15 luglio 2003, n. 251, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., ord. 4 dicembre 2002, n. 519, in *Giur. cost.*, 2002, p. 4273 ss.; Corte cost., ord. 11 dicembre 2001, n. 399, in *Cass. pen.*, 2003, p. 799 ss., con nota di D. POTETTI, *Corte costituzionale e Sezioni unite in tema di mutamento della persona del*

## 7. La difficile compatibilità con i diritti sanciti in Costituzione.

Ripercorso il quadro normativo, è giunto ora il momento di occuparci del quesito chiave nella materia che ci occupa, ovvero se la partecipazione mediante videoconferenza sia un succedaneo della partecipazione fisica idoneo a tutelare pienamente i diritti difensivi e in quali casi dovrebbe essere consentito di farvi ricorso.

In altri termini, occorre chiedersi se, allo stesso modo in cui può aversi presenza fisica senza partecipazione *effettiva* e *consapevole* (e in tal caso l'ordinamento pone il rimedio della sospensione a norma degli artt. 70 e ss. c.p.p.), sia possibile realizzare una forma di partecipazione così connotata, senza la presenza fisica.

A noi pare che la presenza in aula del protagonista della vicenda dia un *quid pluris* che neppure le tecnologie del più alto standard tecnico oggi disponibile siano in grado di garantire.

Sul versante dell'autodifesa, in primo luogo, pare indiscutibile che «un sistema d'accertamento preordinato ad applicare le pene non può relegare ai margini del processo chi rischia di subirle»<sup>103</sup>. Nel nostro caso, l'essere escluso dall'aula d'udienza, senza possibilità di guardare negli occhi giudice e accusatori<sup>104</sup>, sicuramente incide sulla

*giudice e rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale*; Corte cost., ord. 22 giugno 2001, n. 204, in *Giur. cost.*, 2001, p. 1524 ss.; Corte cost., ord. 9 febbraio 2001, n. 32, in *Giur. cost.*, 2001, p. 120 ss.

Cfr., tuttavia, la pronuncia di manifesta infondatezza di una questione di legittimità costituzionale relativa alla mancata previsione del diritto a un termine di difesa in favore del difensore nominato d'ufficio in dibattimento, in cui la Corte ha ritenuto detta mancanza coerente con un «quadro di un sistema che necessariamente mira a bilanciare le contrapposte esigenze di prevedere comunque una presenza difensiva, ma di non compromettere al tempo stesso la indispensabile funzionalità del processo e la relativa ragionevole durata, altrimenti perturbata da differimenti reiterati per ciascuno dei difensori che intervengano come sostituti e che ne facciano richiesta»: Corte cost., ord. 20 gennaio 2006, n. 17, in *Giur. cost.*, 2006, p. 127.

Quanto alla Corte di Strasburgo, la stessa ha affermato che «the right to a trial within a reasonable time must be balanced against the need to afford to the defence sufficient time to prepare its case and must not unduly restrict the right of the defence to equality of arms. Thus, in assessing whether the length of proceedings was reasonable, particularly in a case where an applicant relies upon the court's responsibility to take steps to advance the proceedings, this Court must have regard to the reasons for the delay and the extent to which delay resulted from an effort to secure other key rights guaranteed by Article 6»: testualmente, Corte edu, Sez. IV, 21 aprile 2015, Piper c. Regno Unito, in *www.echr.coe.int*, § 50. In modo analogo, Corte edu, Sez. IV, 6 novembre 2012, Beggs c. Regno Unito, in *www.echr.coe.int*, § 240.

<sup>103</sup> P. FERRUA, voce *Difesa (diritto di)*, in *Dig. d. pen.*, vol. III, Torino, 1989, p. 467.

M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, II, *Le garanzie fondamentali*, Milano, 1984, p. 171-172, sottolinea altresì come «[l]a stessa idea del processo giurisdizionale, soprattutto per come si è venuto configurando storicamente, con la distinzione dei ruoli fra giudice e parti, implica [...] che, prima della decisione, le parti abbiano, sia pure in una veste ed in una funzione ben diverse e ben distinte da quelle del giudice, la possibilità di svolgere un ruolo di protagonisti del processo, per esplicitare tutte quelle potenzialità di persuasione nei confronti del giudice stesso che – nel rispetto dell'imparzialità e dell'indipendenza di quest'ultimo, così come della parità delle armi tra loro – esse siano in grado di porre in essere».

<sup>104</sup> G. FRIGO, *Videoconferenze giudiziarie: forti limiti all'oralità e al contraddittorio*, cit., p. 386; D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2012, p. 284.

percezione degli accadimenti del processo<sup>105</sup>. L'imputato collegato in videoconferenza dall'aula remota non ha, infatti, una completa e contemporanea percezione di quanto accade nei diversi luoghi e, per altro verso, perde inevitabilmente taluni aspetti non verbali della comunicazione<sup>106</sup>.

Difficoltà analoghe coinvolgono l'aspetto della difesa tecnica. Nel caso in cui l'imputato abbia nominato un unico difensore di fiducia, quest'ultimo dovrà scegliere se prendere posto accanto al proprio assistito nell'aula remota o assistere fisicamente al dibattimento per la formazione della prova. La prima opzione appare problematica nella misura in cui gli interventi difensivi, quali opposizioni alle domande e contestazioni, sono attività dialettiche la cui efficacia è condizionata dalla tempestività della formulazione e dalla immediatezza della risposta<sup>107</sup>. Su di essi la mediazione dello strumento audiovisivo si ripercuote indubbiamente, creando una soluzione di continuità che può rendere l'intervento del difensore assai meno incisivo. Di contro, stando nell'aula del processo, il difensore si trova nell'impossibilità di colloquiare col proprio assistito, senza essere impedito dal seguire quanto contemporaneamente accade in aula. Si pensi, ad esempio, al momento dell'esame di un teste a carico<sup>108</sup>: la situazione dell'imputato collegato in videoconferenza non potrà certo essere considerata del tutto equivalente a quella dell'imputato che siede in aula accanto al difensore, quanto alla possibilità di discutere su un dettaglio da utilizzare in controesame<sup>109</sup>.

Quest'ultimo profilo permette di collegarci all'aspetto della compatibilità col principio del contraddittorio, da «valorizzare [...] mediante un collegamento necessario con l'oralità e l'immediatezza, essendo tre garanzie distinte, ma inseparabili nella teoria del processo penale accusatorio»<sup>110</sup>. A tale proposito si può convenire che «[i]l principio di oralità-immediatezza, inteso come garanzia di un contesto spazio-temporale in cui il giudice possa accedere alla fonte probatoria senza interferenze estranee, esige la contestuale presenza di tutti i soggetti interessati al contraddittorio»<sup>111</sup>. A venire in

Si veda, a tale proposito M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 201, il quale, richiamando risalenti pronunce della Commissione europea, afferma che «in via di principio [è] essenziale e, anzi, indispensabile, che l'accusato sia presente quando sono ascoltati dei testimoni in un processo contro di lui».

<sup>105</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 365, secondo la quale, nel complesso, l'istituto conserva il contenuto difensivo minimo: l'imputato riesce comunque a interloquire con le parti e il giudice e a essere presente, *rectius* partecipe, con coscienza e consapevolezza. Cfr. E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., p. 105, secondo il quale l'esclusione dall'aula del processo penalizza la pienezza dell'autodifesa. Si veda anche C. CONTI, *Partecipazione e presenza dell'imputato nel processo penale: questione terminologica o interessi contrapposti da bilanciare*, cit., p. 81, la quale evidenzia la perdita di *pathos* e di drammaticità che la partecipazione a distanza cagiona.

<sup>106</sup> G. UBERTIS, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, cit., p. 769.

<sup>107</sup> M. FERRAIOLI, *Introduzione*, cit., p. 8-9.

G. UBERTIS, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, cit., p. 769, sottolinea come l'uso del mezzo tecnologico stemperi la tensione emotiva di tali fasi.

<sup>108</sup> M. FERRAIOLI, *Introduzione*, cit., p. 8-9.

<sup>109</sup> G. DI CHIARA, «Come s'uno schermo». *Partecipazione a distanza, efficienza, garanzie, upgrade tecnologici*, cit., p. 142-143.

<sup>110</sup> G. GARUTI, *Proposte per la ricostruzione sistematica del processo accusatorio: la fonte costituzionale*, in *Arch. pen.*, 2017, p. 993.

<sup>111</sup> M. FERRAIOLI, *Introduzione*, cit., p. 8.

rilievo sono, quindi, da un lato, il rapporto privo di mediazioni (non mediato, appunto) che deve riguardare non solo il giudice e la fonte di prova ma anche il giudice e le parti<sup>112</sup>, e, dall'altro lato, il rapporto necessariamente paritario tra esse. Sotto il primo profilo, l'immediatezza ricomprende anche la possibilità per le parti di percepire i dati emergenti dal processo, in maniera attuale, mediante un rapporto personale e senza intermediari con il giudice<sup>113</sup>.

Per quanto concerne il secondo profilo, il contraddittorio è legato all'eguaglianza delle parti nel processo<sup>114</sup>. Se è vero che nel procedimento penale vi sono delle asimmetrie ineliminabili<sup>115</sup>, queste ultime, tollerabili nella fase delle indagini preliminari, devono venire meno nella fase dibattimentale o, comunque, in ogni momento di assunzione delle prove<sup>116</sup>. Non sembra allora possibile sostenere che non vi sia alcuna menomazione del principio della parità delle parti laddove la difesa, diversamente dall'accusa, viene privata della possibilità di instaurare un rapporto privo di mediazioni con il giudice e con le fonti di prova<sup>117</sup>.

Inoltre, già si è accennato al fatto che, imponendo la partecipazione virtuale in considerazione della sola gravità dei reati per cui si procede, viene ad attribuirsi uno stigma all'imputato, il quale riceve un'etichetta di «particolare spessore criminale»<sup>118</sup>, per il solo fatto di trovarsi nell'aula remota, il che pone problemi anche sotto il profilo della presunzione di non colpevolezza<sup>119</sup>, similmente a strumenti quali il *dock* (ovvero, il luogo fisico dell'aula d'udienza ove siede l'imputato, separato dal proprio legale) utilizzato nel mondo anglosassone<sup>120</sup>.

Pare si possa essere concordi sul fatto che la tradizione giuridica occidentale

<sup>112</sup> Il termine *immediatezza* in un suo intuitivo significato evoca l'idea di un rapporto privo di intermediazioni, e quindi diretto, fra due entità. Nel processo penale, come noto, si intende una tendenziale eliminazione di ogni interferenza fra l'organo giudicante e la fonte della prova. Non è estranea a tale criterio l'idea della necessità di uno stretto rapporto anche fra la prova e le parti: tale necessità, non negabile neppure nel regime passato (essendo strettamente correlata al principio del contraddittorio, di cui costituisce il presupposto), è accentuata dal fatto che i poteri in materia di prova non possono essere esercitati senza un rapporto diretto delle parti con gli elementi di convinzione: sul punto, I. CALAMANDREI, voce *Immediatezza (principio di)*, in *Dig. d. pen.*, vol. VI, 1992, p. 149 ss.

Nel senso che il principio di immediatezza è *condicio sine qua non* per l'attuazione di un rapporto corretto tra il giudice e le prove e tra le prove e le parti nel contraddittorio, A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 101.

<sup>113</sup> In questi termini, D. CHINNICI, *L'immediatezza nel processo penale*, Milano, 2005, p. 35.

<sup>114</sup> D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 515-516.

<sup>115</sup> M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 27.

<sup>116</sup> C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, cit., p. 1280.

<sup>117</sup> C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, cit., p. 1280. Ritiene che vi sia una vistosa asimmetria nel trattamento delle parti, originata dalla partecipazione a distanza, anche D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, cit., p. 283.

<sup>118</sup> E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., p. 105.

<sup>119</sup> E. AMODIO, *Estetica della giustizia penale. Prassi, media, fiction*, cit., p. 105.

<sup>120</sup> Il quale, secondo attenta dottrina, crea un *vulnus* sia alla presunzione d'innocenza sia al diritto dell'imputato di partecipare effettivamente al giudizio, intralciando pure l'efficacia della comunicazione tra difensore e assistito: si veda, a riguardo, J.J. MILLER, *A Rights-Based Argument Against the Dock*, in *Crim. law rev.*, 2011, 3, p. 216 ss.

abbia sempre consentito una pluralità di riti processuali, a seconda della gravità dell'accusa contestata; differenziazione la cui prima espressione è rinvenibile nella ripartizione verticale della competenza per materia<sup>121</sup>. Detto altrimenti, il processo deve essere considerato un'entità polimorfa, in cui le forme si adeguano per quanto più è possibile al concreto oggetto dell'accertamento demandato all'organo giurisdizionale<sup>122</sup>, mentre non corrisponde a realtà l'assunto di un processo unitario, destinato a trattare in maniera indifferenziata tutti i reati<sup>123</sup>. Se quanto precede pare corretto, si pone il problema di verificare poi se le singole regole processuali, applicate al rito differenziato, collimino o meno con i principi tutelati in Costituzione<sup>124</sup>, essendo indiscusso che anche la commissione dei delitti più efferati non possa comportare il sacrificio di taluni dei diritti fondamentali su cui si basa l'ordinamento<sup>125</sup>. Applicando il ragionamento al tema *de quo*, sembra allora che limitare il diritto di difesa dell'imputato (sia nell'aspetto dell'autodifesa sia della difesa tecnica) e il diritto al contraddittorio, inteso in correlazione con il principio di immediatezza (che richiede un rapporto dialettico paritario tra le parti), per la sola gravità dell'ipotesi accusatoria, valga come implicito riconoscimento di quella ipotesi, non rispettoso, oltre che dei diritti elencati, anche della presunzione di non colpevolezza<sup>126</sup>.

Tirando le somme sulla disciplina vigente, essa presenta compressioni su plurimi, fondamentali diritti di difesa. Ma tali diminuzioni vanno bilanciate con gli interessi di rilevanza costituzionale contrapposti. Volgendo allora nuovamente lo sguardo agli insegnamenti della dottrina e alle pronunce della Corte costituzionale in merito, l'esigenza di amministrare la giustizia e di reprimere i reati corrisponde a un interesse pubblico primario, costituzionalmente rilevante, il cui soddisfacimento è assolutamente inderogabile<sup>127</sup>. Già si è detto che, nel bilanciamento degli interessi occorre, oltre alla rilevanza costituzionale dei diritti o degli interessi posti sui due piatti della bilancia, la comparabilità degli stessi e, in ultima analisi, la valutazione degli elementi da testare: nel caso della odierna disciplina della partecipazione a distanza, la

<sup>121</sup> G. PIZIALI, *Pluralità dei riti e giudice unico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 966 ss.

<sup>122</sup> Secondo G. FOSCHINI, *Sistema di diritto processuale penale*, cit., p. 10, sarebbe «un errore pensare ad un tipo di processo penale che, con identità di struttura dovrebbe applicarsi con riguardo a tutte le regiudicande». Sul punto anche G. PIZIALI, *Pluralità dei riti e giudice unico*, cit., p. 970, e A. ZAMPAGLIONE, *La prova nei processi di criminalità organizzata*, cit., p. 91.

<sup>123</sup> P. MAGGIO, *Prova e valutazione giudiziale dei comportamenti mafiosi: i risvolti processuali*, cit., p. 503.

<sup>124</sup> «Naturalmente, si tratterà pur sempre di vedere se, nelle loro specifiche modalità, i procedimenti speciali rispettino le singole esigenze di garanzia del 'giusto processo' [...]. Resta indiscutibile la necessità di escludere un appiattimento su di un unico modello processuale, destinato in ogni caso a regolare anche nei minimi dettagli, allo stesso modo, ogni situazione»: M. CHIAVARIO, *Processo e garanzie della persona*, cit., p. 34.

<sup>125</sup> «Gli attacchi alla stessa civile convivenza, che connotano i fatti di grave criminalità, non possono comportare il sacrificio di taluni dei diritti fondamentali su cui esso si fonda»: così S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit., p. 237.

<sup>126</sup> Di tale opinione C. CONTI, *Rimedi processuali contro la partecipazione a distanza disposta illegittimamente*, cit., p. 1282, e G. UBERTIS, *Il dibattimento senza imputato nella prospettiva internazionale*, cit., p. 769.

La stessa visione del processo come misura di contrasto e non come strumento di accertamento collima con la presunzione di non colpevolezza: sul punto M. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, cit., p. 262.

<sup>127</sup> Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *www.cortecostituzionale.it*, § 3 del Considerato in diritto.

compressione del diritto inviolabile di difesa, infatti, è necessario a garantire taluni diritti di rilevanza costituzionale<sup>128</sup>, quali l'esigenza di evitare pericoli per la sicurezza e l'ordine pubblico e di non vanificare il regime penitenziario speciale *ex art. 41 bis* ord. penit., né il sacrificio imposto al diritto costituzionalmente garantito – che non ne annulla, a ogni modo, la portata – può reputarsi sproporzionato rispetto ai diritti in gioco<sup>129</sup>.

Da questa considerazione esula però il principio della ragionevole durata, in quanto non comparabile col diritto di difesa, secondo il tanto autorevole quanto costante insegnamento della Corte costituzionale<sup>130</sup>.

## 8. Auspici per il legislatore delegato.

Si è visto sopra come, più che la legislazione dell'emergenza pandemica, a suscitare lo sconcerto della dottrina sia stata la logica efficientistica che ha mosso il legislatore della Riforma Orlando nel modificare la disciplina in discorso.

Nel mettere, nuovamente, mano alla materia il legislatore delegato dovrà sì valorizzare le esperienze positive emerse negli ultimi due anni, ma anche cogliere l'occasione per un riordino complessivo dell'istituto. Si auspica, insomma, che si possa rimettere in discussione il cambiamento genetico subito da quest'ultimo, invertendo la rotta rispetto all'efficientismo della riforma del 2017, e non soltanto aggiungere ulteriori *atti e udienze* da celebrarsi a distanza a quanto già previsto in generale dall'art. 146 *bis* disp. att. c.p.p., nonché, con riguardo alle udienze camerale e al rito abbreviato, dagli artt. 45 *bis* e 134 *bis* disp. att. c.p.p.

A tal fine, merita ribadire come, nei primi mesi dell'emergenza sanitaria, sia stata esclusa la partecipazione telematica alle udienze nelle quali dovevano essere esaminati testimoni, parti, consulenti e periti e a quelle di discussione finale, salvo consenso delle parti (art. 83, comma 12 *bis*, novellato dal d.l. 28/2020). Con ciò, il legislatore – dopo il già ricordato *lapsus* iniziale – riafferma il valore del contraddittorio per la formazione della prova<sup>131</sup>, pur ammettendo che le parti vi possano rinunciare con un accordo teso a consentire lo svolgimento dell'udienza in videoconferenza.

Ebbene, come si è anticipato, la più pregnante indicazione che deriva dal criterio

---

<sup>128</sup> Per motivi analoghi ha retto al giudizio di legittimità costituzionale l'art. 147 *bis* disp. att. c.p.p., ove le menomazioni al contraddittorio e all'immediatezza sono giustificate dall'esigenza di tutelare il primario diritto alla vita e alla incolumità fisica dei testimoni nei processi per criminalità organizzata: si veda Trib. Palermo, 29 maggio 1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 2889 ss., con nota di F. ALESSANDRONI, *Videotestimonianza, esigenze del contraddittorio e diritto di difesa*.

<sup>129</sup> Di analogo avviso, D. CURTOTTI NAPPI, *I collegamenti audiovisivi nel processo penale*, cit., p. 379.

<sup>130</sup> In dottrina, sul fatto che la ragionevole durata del processo debba occupare una posizione secondaria nel bilanciamento, E. AMODIO, *Ragionevole durata del processo, abuse of process e nuove esigenze difensive*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 797; P. FERRUA, *Il processo penale dopo la riforma dell'art. 111 della Costituzione*, in *Quest. giust.*, 2000, p. 52.

<sup>131</sup> Su questo profilo insiste, condivisibilmente, E.M. MANCUSO, *La dematerializzazione del processo al tempo del COVID-19*, cit., p. 5.

direttivo concerne il consenso<sup>132</sup> delle parti: insomma, qualora, per qualsiasi motivo, le stesse preferiscano collegarsi a distanza, la riforma dovrebbe prevederne la possibilità<sup>133</sup>. Più che sulla individuazione dei singoli atti e delle singole udienze, pare quindi che l'attenzione debba essere rivolta alle modalità e alle tempistiche dell'espressione del consenso. Verrebbe naturale, trattandosi di una rinuncia<sup>134</sup> al diritto di presenziare fisicamente all'udienza, ritenere auspicabile che si richieda un consenso espresso personalmente dalla parte, oppure mediante procura speciale. Già si è detto, infatti, di come la videoconferenza garantisca una forma di partecipazione non del tutto soddisfacente, se paragonata alla presenza fisica dell'interessato. A ben vedere, però, ciò non toglie che, allorché il termine di paragoni muti, dal contraddittorio "tra presenti" al mero contraddittorio cartolare, la previsione della partecipazione a distanza richiesta dalle parti possa innalzare il livello della garanzia<sup>135</sup>. Insomma, lo strumento in parola non comporta necessariamente un *minus* in termini di diritti partecipativi, ma pure, se il legislatore delegato lo vorrà, un *plus*.

Anche in tal caso, tuttavia, il richiesto consenso/accordo tra le parti dovrà tenere in considerazione le peculiarità della fase. La Commissione Lattanzi indica, a mo' di esempio dell'atto che potrebbe essere svolto a distanza, l'interrogatorio di garanzia del soggetto detenuto in un istituto fuori dalla circoscrizione del Tribunale dove opera il Giudice per le indagini preliminari che ha emesso l'ordinanza genetica della misura, in linea con l'esperienza maturata nel periodo della crisi sanitaria, che ha dimostrato come il terreno degli atti di indagini sia quello in cui l'utilizzo degli strumenti in esame possa fornire un utile apporto. Ecco, la Commissione dà atto che, per l'interessato, appare preferibile che a svolgere l'interrogatorio sia il giudice che conosce il fascicolo, collegato a distanza, piuttosto che un altro giudice fisicamente presente nel luogo<sup>136</sup>, "per rogatoria", il cui intervento si risolverebbe in definitiva in una mera formalità

---

<sup>132</sup> A tale proposito, nel parere sul d.d.l. di riforma, espresso con delibera del 29 luglio 2021, il CSM puntualizza come il necessario consenso delle parti valorizzi la leale collaborazione tra le parti e il giudice: si veda l'Allegato 3 del citato parere.

<sup>133</sup> Di tale avviso R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, cit., p. 141.

<sup>134</sup> A proposito, conviene ricordare che la Corte europea ammette la rinuncia, sia esplicita, sia implicita, a un diritto ricompreso nell'ambito dell'art. 6 Convenzione edu: a titolo meramente esemplificativo, Corte edu, GC, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, in *www.echr.coe.int*, § 73, ove si legge che «né il testo né lo spirito dell'articolo 6 impediscono a una persona di rinunciare spontaneamente alle garanzie di un processo equo in maniera espressa o tacita». Tuttavia, sempre secondo i giudici di Strasburgo, occorre che detta inequivoca rinuncia sia accompagnata da un minimo di garanzie corrispondenti alla gravità del diritto rinunciato.

<sup>135</sup> Menziona i casi dell'art. 611 c.p.p. R. APRATI, *Il distanziamento sociale: un nuovo paradigma per il processo penale?*, cit., p. 141. A tale proposito, cfr. G. FIDELBO, *Processo "scritto" e limiti all'oralità in Cassazione*, in questa *Rivista*, 23 marzo 2021, p. 5 ss., il quale evidenzia, da un lato, come il contraddittorio cartolare rappresenti uno strumento agile ed efficiente, a fronte dell'enorme contenzioso che assedia la Suprema Corte, in un contesto in cui, molto spesso, la discussione orale non aggiunge alcunché al ricorso scritto; dall'altro lato, riconosce che i collegamenti "da remoto" possano contribuire al risparmio di tempi e risorse (p. 9). Sotto un diverso profilo, l'autore critica la disciplina del periodo pandemico (art. 23, comma 8, d.l. n. 137/2020) che rimette "al diritto potestativo delle parti" la scelta di trasformare il rito in udienza pubblica o in udienza camerale partecipata, ritenendo che sia il giudice ad avvertire più di tutti il bisogno dell'oralità (p. 10).

<sup>136</sup> Commissione Lattanzi, *Relazione finale e proposte di emendamenti al d.d.l. a.c. 2435*, cit., p. 16.

processuale<sup>137</sup>. Se quanto affermato dalla Commissione pare del tutto condivisibile, non può tacersi come la concreta formulazione della normativa dovrà impegnare – nella disciplina delle scansioni procedurali – non poco il legislatore delegato, il quale dovrà, tra l'altro, porre attenzione ai brevi termini previsti dall'art. 294 c.p.p., onde evitare che il mancato consenso dell'interessato, espresso a ridosso della scadenza dei termini, possa privare di efficacia la misura cautelare<sup>138</sup>.

Nell'attesa dei decreti delegati, la speranza è che la forzosa familiarità con le piattaforme virtuali – acquisita nei mesi della pandemia – non funga da ulteriore stimolo verso sviluppi in chiave efficientistica, ma anzi costituisca l'occasione per un ripensamento di scelte legislative non condivisibili.

---

<sup>137</sup> A tale riguardo, A. MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia dal contraddittorio posticipato all'anticipazione delle tutele difensive*, Padova, 2006, p. 256.

<sup>138</sup> Esigenza sottolineata nel citato parere del CSM sul d.d.l., Allegato 3.

**IL (DIFFICILE) RAPPORTO TRA REATO PRESCRITTO E  
ACCERTAMENTO DEGLI INTERESSI CIVILI  
NEL GIUDIZIO DI IMPUGNAZIONE:  
LO STATO DELL'ARTE SULL'ARTICOLO 578 C.P.P.,  
TRA QUESTIONI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE  
E INTERVENTI LEGISLATIVI**

di Anna Barbieri

*Confermando la legittimità costituzionale dell'art. 578 c.p.p., la pronuncia 182/2021 la Corte costituzionale ha nella sostanza individuato la chiave di volta che garantisce nell'ambito delle impugnazioni l'equilibrio tra tutela del prosciolto per prescrizione e soddisfazione dell'interesse della parte civile, proponendo tuttavia un percorso argomentativo che presta il fianco a più di una critica, e che sollecita una riflessione sull'attuale panorama del giudizio impugnatorio relativo ai soli effetti civili: osservazioni che non possono non tenere in considerazione il recente intervento del legislatore con la c.d. "riforma Cartabia".*

SOMMARIO: 1. Corte cost. 182/2021: l'attualità della decisione sugli effetti civili in sede di impugnazione. – 2. Riflessioni critiche sulla motivazione della Consulta. – 3. La decisione sugli interessi civili resa dal giudice del gravame: attualità e prospettive di riforma.

**1. Corte cost. 182/2021: l'attualità della decisione sugli effetti civili in sede di impugnazione.**

Nell'odierno panorama processuale penale quello delle impugnazioni costituisce senza dubbio un tema di grande attualità, oggetto di attenzione non solo da parte della giurisprudenza tanto di legittimità<sup>1</sup> quanto costituzionale, ma anche del legislatore,

---

<sup>1</sup> Esemplificativa in tal senso può ritenersi la pluralità di questioni in materia che sono state recentemente sottoposte all'attenzione delle Sezioni Unite: si pensi, ad esempio, a Cass. pen., Sez. Un. 30 settembre 2021, con la quale le Sezioni Unite si sono espresse in ordine alla possibilità di riforma della sentenza in appello nella situazione di impossibilità di rinnovazione della prova decisiva, oppure a Cass. pen., Sez. Un., 28 ottobre 2021 (dep. 31 gennaio 2022) n. 3512, in tema di appellabilità della sentenza di proscioglimento nel merito pronunciata dopo la costituzione delle parti e prima della dichiarazione di apertura del dibattimento. Ancora, è notizia dei giorni scorsi la rimessione alle Sezioni Unite, con l'ordinanza Cass. pen., Sez. I, 15 marzo 2022, della questione relativa ai rimedi esperibili dal pubblico ministero avverso la sentenza che ometta l'applicazione di una pena accessoria.

atteso che tale ambito è destinato ad essere incisivamente innovato dalla c.d. riforma Cartabia<sup>2</sup>.

In particolare, uno specifico profilo della materia sul quale negli ultimi anni sia la corte di Cassazione che la Consulta si sono pronunciate riguarda l'impugnazione, e la decisione, sugli interessi civili. Sul punto, giova rammentare che è stata recentemente rimessa alle Sezioni Unite proprio una questione<sup>3</sup> circa l'operatività dell'art 578 c.p.p. nel caso in cui il giudice d'appello rilevi che la prescrizione del reato è maturata prima della pronuncia di primo grado ad esito di una valutazione discrezionale quale il riconoscimento di una circostanza attenuante ad effetto speciale, mentre per altro verso anche la Corte Costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi su tale disposizione fornendone un'interpretazione conforme alla presunzione di innocenza convenzionale ed europea<sup>4</sup>.

Con una sentenza che ha suscitato l'attenzione degli interpreti<sup>5</sup>, la Consulta si è infatti pronunciata circa la compatibilità dell'art 578 c.p.p. con l'art. 6 par. 2 CEDU, nonché con gli artt. 3 e 4 della direttiva 2016/343 e 48 della Carta di Nizza, norme che individuano, rispettivamente nell'ordinamento convenzionale e in quello eurounitario, la presunzione di innocenza declinandola sia come garanzia propria del contesto processuale che come diritto di portata "ultraprocessuale". L'eventuale frizione della norma interna rispetto ai suddetti parametri interposti era stata ravvisata dal giudice rimettente nella circostanza che essa pareva richiedere al giudice dell'appello di formulare comunque, a fronte della declaratoria di prescrizione del reato, un giudizio circa la responsabilità penale dell'imputato nel provvedere sulle statuizioni civili. Tale

---

<sup>2</sup> L'art. 1 l. 27 settembre 2021, n. 134 contiene la delega al Governo per la modifica, tra gli altri, del codice di procedura penale e delle norme di attuazione del codice di procedura penale; nello specifico, i criteri direttivi per la riforma della materia delle impugnazioni sono elencati al comma 13 della disposizione citata. Oltre a contenere la suddetta delega, la legge n. 134/2021 ha altresì introdotto alcune modifiche al codice penale e a quello di procedura penale, anche in tema di impugnazioni: per quanto qui di interesse, viene in rilievo in particolare l'art. 2 co 2 lett b, che ha modificato la rubrica dell'art 578 c.p.p. e ha interpolato la norma aggiungendo il comma 1 *bis*.

<sup>3</sup> Con ordinanza Cass. pen., Sez. II, 11 gennaio 2022, n. 3947, in *Diritto e Giustizia*, è stata rimessa alle Sezioni Unite la questione «se il giudice di appello, qualora dichiara il reato estinto per prescrizione, accertando che la stessa è maturata prima della pronuncia della sentenza di primo grado soltanto a seguito di una valutazione discrezionale difforme da quella di primo grado (ad esempio, per la omessa applicazione della recidiva qualificata ovvero – nel regime anteriore alla l. 5 dicembre 2005, n. 251 – per il riconoscimento di un'attenuante, la eliminazione di un'aggravante o la formulazione di un diverso giudizio di comparazione fra circostanze del reato), possa decidere "ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili" ai sensi dell'art. 578 c.p.p., ovvero debba revocare le statuizioni civili del primo giudice».

<sup>4</sup> Corte cost., 7 luglio 2021 (dep. 30 luglio 2021), n. 182.

<sup>5</sup> Per un commento alla sentenza si veda, *ex multis*, E. GRISONICH, [Verso una tutela integrata dei diritti fondamentali dei prevenuti: doppia pregiudizialità, Carta di Nizza e direttive di Stoccolma alla luce di un rilevante approdo della Consulta in relazione all'art. 578 c.p.p.](#), in questa *Rivista*, 21 settembre 2021; P. FERRUA, *La Corte costituzionale detta le regole per l'azione civile in caso di sopravvenuta estinzione del reato: la probabile illegittimità costituzionale dell'art. 578, comma 1 bis., c.p.p. introdotto dalla riforma Cartabia*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2021, p. 3443 ss.; E. APRILE, *Osservazioni a Corte cost. 30.07.2021 n. 182*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2021, p. 3452 ss.; A. NAPPI, [Processo penale e accertamento della causalità agli effetti civili](#), in *Giustizia insieme*, 8 settembre 2021.

prospettazione non è stata tuttavia condivisa dal Giudice delle leggi, che ha infatti dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo* proponendo una esegesi della norma che si accordasse con i citati parametri sovranazionali. In questo senso si è chiarito che la disposizione laddove prescrive al giudice dell'impugnazione penale di pronunciarsi sulle statuizioni civili disposte da una sentenza di condanna relativa ad un reato che si è estinto per prescrizione, gli richiede invero di effettuare un accertamento di natura civilistica. In altri termini, in tale situazione il giudice nel decidere sui capi della sentenza che concernono gli effetti civili non è a tal fine chiamato a verificare se ricorrano gli elementi costitutivi del reato e se dunque se sussista la responsabilità penale dell'imputato, ma egli deve piuttosto accertare se ad essere stata integrata dalla condotta dell'agente è la fattispecie civilistica dell'illecito aquiliano di cui all'art. 2043 c.c.: viene cioè demandato alla sua cognizione di stabilire se sia stato cagionato un danno ingiusto suscettibile di risarcimento, senza che ciò implichi un riesame incidentale dei profili penalistici del fatto.

Circa le modalità di accertamento dell'illecito civile, per un verso si è sostenuto che la sua natura civilistica implica il ricorso alle regole civilistiche sancite in punto di elemento soggettivo e di accertamento del nesso causale, ambito quest'ultimo in cui vige il criterio del "più probabile che non" (c.d. della probabilità prevalente); per altro verso, e su un diverso piano, la Corte ha lasciato invece intatto l'impiego delle regole processuali e probatorie proprie della sede in cui tale accertamento si svolge, ossia quella penale, con conseguente piena applicazione dello statuto della prova penale con riferimento tanto ai mezzi di prova quanto alle modalità di assunzione.

## 2. Riflessioni critiche sulla motivazione della Consulta.

La pronuncia in esame presenta certamente il pregio di individuare un punto di incontro tra il diritto del prosciolto a che la sua responsabilità penale non venga posta nuovamente in discussione e, dall'altro lato, l'interesse della parte civile all'accertamento dell'obbligazione risarcitoria: questa, d'altra parte, la *ratio* dell'art 578 c.p.p. in esame, il quale – come la stessa Consulta ha rilevato – bilancia «le esigenze sottese all'operatività del principio generale di accessorietà dell'azione civile rispetto all'azione penale (che esclude la decisione sul capo civile nell'ipotesi di proscioglimento) e le esigenze di tutela dell'interesse del danneggiato, costituito parte civile»<sup>6</sup>.

Se può dunque dirsi condivisibile la conclusione, ossia che l'accertamento del diritto del danneggiato al risarcimento del danno non viene precluso dalla mancanza di un vaglio della responsabilità penale dell'imputato, è tuttavia da osservare come alcuni passaggi dell'*iter* argomentativo della Consulta suscitino alcune riflessioni critiche.

È in primo luogo opportuno considerare come nel preliminare inquadramento del diritto alla presunzione di innocenza la Corte – al pari, peraltro, del giudice

---

<sup>6</sup> Corte cost., cit., par. 15.

rimettente – richiama la sentenza della Corte EDU Pasquini c. San Marino<sup>7</sup> senza forse cogliere (e chiarire) quella che è l’effettiva, e limitata, portata di tale pronuncia, la quale ribadisce sì un principio di diritto consolidato (come rilevato dal giudice *a quo*<sup>8</sup>), da individuare però nell’assunto secondo cui in assenza di una sentenza di condanna l’imputato non può apparire né essere trattato come colpevole del reato contestatogli. La Corte d’Appello che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale pare invece trascurare questo profilo e soffermarsi in modo approfondito sulla pronuncia citata piuttosto per prospettare (erroneamente) lo sfavore della giurisprudenza convenzionale verso il pronunciamento del giudice penale dell’impugnazione sulla azione risarcitoria contestualmente al proscioglimento dell’imputato per il decorso del termine di prescrizione<sup>9</sup>. Tale sentenza, infatti, si è in realtà sostanziata in un ammonimento del giudice sanmarinese per la sua scelta lessicale, laddove l’organo giudiziario penale nel decidere sulle statuizioni civili a seguito dell’intervenuta prescrizione aveva fatto ricorso ad espressioni che riflettevano manifestamente un’affermazione di responsabilità penale a carico dell’imputato prosciolto<sup>10</sup>, così violando, appunto, la presunzione di innocenza nella sua portata extraprocessuale.

Un ulteriore snodo argomentativo su cui preme soffermarsi è senz’altro quello in cui la Consulta chiarisce che nel decidere sulla domanda risarcitoria il giudice del gravame deve verificare se ricorrano i presupposti per affermare la responsabilità dell’agente ex art. 2043 c.c., senza basare tale valutazione su un incidentale accertamento della sussistenza della responsabilità penale dell’imputato, ma facendo ricorso in questa operazione alle regole civilistiche in punto di nesso causale e di elemento soggettivo. In altri termini per il Giudice delle leggi dopo il proscioglimento penale mutano, nel

---

<sup>7</sup> Corte eur. dir. uomo, sez. terza, sentenza 20 ottobre 2020, Pasquini c. San Marino: tale pronuncia è stata infatti richiamata dal giudice *a quo*, il quale nell’ordinanza di rimessione ha evidenziato i profili di stretta somiglianza che avrebbero accomunato, a suo giudizio, il caso posto alla base dell’intervento della corte sovranazionale e la situazione portata all’attenzione del Giudice delle leggi.

<sup>8</sup> Corte d’Appello di Lecce, ordinanza 06.11.2020, paragrafo 3.1. Per un commento all’ordinanza, si veda F. ZACCHÈ, [Davvero incostituzionale l’art. 578 c.p.p. per contrasto con l’art. 6 comma 2 Conv. eur. dir. uomo?](#), in questa *Rivista*, 9 dicembre 2020.

<sup>9</sup> Sul punto, osserva M. L. PEZONE, [L’articolo 6 C.E.D.U. e il risarcimento del danno nel processo penale. Uno stress test per la presunzione di innocenza](#), in *Arch. pen. web*, fasc. 1, 2021, p. 22, che «i giudici europei non hanno manifestato, né nella sentenza in commento né in altre precedenti, un preconstituito pregiudizio per la determinazione del danno civile, contestuale all’accertamento della prescrizione del reato, dinanzi al giudice penale, financo al cospetto di quello di appello. Essi si sono limitati a pretendere l’impiego di un linguaggio che non dipingesse l’imputato come colpevole, che non lo facesse apparire come tale agli occhi della collettività».

<sup>10</sup> Nello specifico, nel caso di specie il giudice di seconde cure aveva rilevato l’intervenuta prescrizione del reato e si era basato sull’accertamento della responsabilità penale dell’imputato operato dall’organo di primo grado per ritenere sussistente la responsabilità civile del medesimo; il profilo censurato dalla Corte sovranazionale concerneva proprio la circostanza che il giudice dell’impugnazione nel pronunciarsi sulla fondatezza delle pretese civilistiche avesse utilizzato sostanzialmente poggiato il proprio giudizio sull’accertata responsabilità penale dell’agente, utilizzando un linguaggio esplicito in tal senso (richiamando ad esempio la sussistenza dell’elemento soggettivo del dolo), nonostante il soggetto fosse stato prosciolto per essersi il reato prescritto. Per un commento alla pronuncia della Corte EDU, si veda M. L. PEZONE, *op. cit.*

processo penale stesso, il fondamento e il parametro per l'accertamento della responsabilità civile, ferma restando l'applicabilità delle regole probatorie proprie della *sedes materiae*.

Così questa affermazione, a maggior ragione se rapportata all'altra significativa e recente pronuncia con la quale la Consulta è intervenuta sulla materia, ossia la n. 176/2019<sup>11</sup>, porta a delineare un quadro delle decisioni sugli interessi civili nelle impugnazioni che può definirsi, se non "schizofrenico", come aggettivato da alcuni<sup>12</sup>, senz'altro piuttosto articolato.

Se infatti il giudice del gravame viene chiamato a pronunciarsi sulle sole statuizioni civili ai sensi dell'art. 576 c.p.p., è in tal caso tenuto a «riesaminare il profilo della responsabilità penale dell'imputato, confermando o riformando, seppur solo agli effetti civili, la sentenza di proscioglimento pronunciata in primo grado»<sup>13</sup>, per usare le parole della Corte stessa. Quando invece la decisione sulla domanda risarcitoria deve essere assunta contestualmente al proscioglimento dell'imputato per essersi il reato ascritto agli effetti civili, allora «il giudice non è affatto chiamato a formulare, sia pure "incidenter tantum", un giudizio di colpevolezza penale quale presupposto della decisione, di conferma o di riforma, sui capi della sentenza impugnata che concernono gli interessi civili»<sup>14</sup>. Ancora, riemerge di nuovo la necessità di un previo accertamento della responsabilità dell'imputato quando il giudice del gravame debba decidere sugli effetti della confisca in caso di estinzione del reato per prescrizione (o amnistia)<sup>15</sup>.

Rispetto a questo aspetto emergono talune osservazioni critiche<sup>16</sup>. A ben vedere, l'apparato motivazionale della pronuncia si rivela alle volte poco approfondito, laddove la Consulta avrebbe forse potuto soffermarsi maggiormente sulle implicazioni della interpretazione della norma che essa stessa propone. Come alcuni autori<sup>17</sup> hanno

<sup>11</sup> Corte cost., 12 luglio 2019, n. 176. Per un commento alla sentenza, si vedano *ex multis* M. BARGIS, *L'impugnazione della parte civile ex art. 576 c.p.p. ritorna sotto la lente della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, fasc. 4, 2019, p. 2061C ss.; E. APRILE, *Non contrasta con la carta costituzionale la disciplina codicistica sulle impugnazioni ai soli effetti civili della sentenza penale di proscioglimento dell'imputato. Osservazioni a Corte Cost. 12.07.2019 n. 176*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2019, p. 3932 ss.; G. MARINO, *Impugnazione ai soli effetti civili della sentenza di proscioglimento: disciplina incostituzionale?*, in *Diritto e Giustizia*, 15 luglio 2019.

<sup>12</sup> C. SANTORIELLO, [Un processo penale servo. La Consulta attenua lo standard probatorio agli effetti civili](#), in *Arch. pen. web*, fasc. 3, 2021.

<sup>13</sup> Corte cost., 12 luglio 2019, n. 176, par. 7.

<sup>14</sup> Corte cost., 30 luglio 2021, n. 182, par. 11.

<sup>15</sup> Così dispone testualmente l'art. 578 bis cpp: il confronto tra il dato letterale di tale norma e quello dell'art. 578 c.p.p. è stato addotto dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 182/2021, proprio per rimarcare il diverso ambito di cognizione individuato dalle due disposizioni.

<sup>16</sup> Osserva criticamente C. SANTORIELLO, *op. cit.*, p. 7, come «nel momento in cui il processo penale non può più proseguire nell'accertamento della responsabilità del singolo, ovvero non ha più la funzione che gli è propria e coesistente, il giudice penale deve adeguare le sue capacità epistemologiche ed adeguare il proprio metro di giudizio a regnicole di varia e differenziata natura: il processo penale diventa così un sistema "multicolore", una sorta di arlecchino servo di più padroni che, come la maschera goldoniana (che non a caso si denominava Truffaldino a richiamare la sua natura indistinta e incerta), deve inventare trucchi e inganni, cangiando la propria natura ed i propri compiti, per assolvere ai troppi diversi comandi dei suoi padroni».

<sup>17</sup> C. SANTORIELLO, *op. cit.*

evidenziato, si pensi ad esempio all'ipotesi in cui il giudice del gravame debba esprimersi, a seguito dell'intervenuta prescrizione, sulla sorte delle statuizioni civili *ex art 578 c.p.p.* e su quella della confisca *ex art 578 bis c.p.p.*. In tal caso egli dovrà, in ossequio al dato testuale della norma (rimarcato peraltro anche dalla Consulta<sup>18</sup>), conoscere della fondatezza dell'accusa per pronunciarsi sulla confiscabilità del bene (nel caso dell'*art. 578 bis c.p.p.*), e al contempo provvedere sulle istanze civilistiche accertando unicamente gli elementi costitutivi dell'illecito civile, «senza poter riconoscere, neppure *incidenter tantum*, la responsabilità dell'imputato per il reato estinto»<sup>19</sup>. E questo tenendo a mente anche il *caveat* ribadito dalla Corte EDU con la sentenza Pasquini circa la necessità di impiegare un linguaggio coerente con la presunzione di innocenza, che declinato in tale contesto parrebbe dunque imporre al giudice di soppesare con cura i termini utilizzati e di modulare (se non, addirittura, mutare) il proprio lessico tra un capo e l'altro della sentenza.

Se si considera poi che nel 2019 la Corte stessa aveva escluso la fondatezza dell'eccezione di illegittimità relativa all'*art 576 c.p.p.* evidenziando, nel proprio percorso argomentativo, come il giudice del gravame investito dell'impugnazione della parte civile relativa ai soli interessi civili non sia affatto distolto «dalla finalità tipica e coesistente dell'esercizio della sua giurisdizione penale»<sup>20</sup> proprio perché nel decidere sulle pretese risarcitorie è chiamato appunto a riesaminare il profilo di responsabilità dell'imputato, allora potrebbe sorgere qualche perplessità sulla lettura dell'*art 578 c.p.p.* data dalla Consulta stessa. Oppure, al contrario, si deve dubitare della persistente attualità di quanto affermato nella precedente sentenza 176/2019: a fronte di una precedente sentenza di proscioglimento, può un riesame della responsabilità penale dell'imputato, ancorché limitato ai soli fini civilistici, ritenersi compatibile con la presunzione di innocenza convenzionale ed eurounitaria?

Se infatti ad avviso della Corte ciò che rende non irragionevole l'attribuzione della decisione sui soli effetti civili al giudice dell'impugnazione *ex art 576 c.p.p.* è proprio l'incidentale accertamento della responsabilità penale dell'imputato, in quanto ciò implica che non venga meno la finalità tipica della giurisdizione penale, non sembra dunque bene accordarsi a questo ragionamento la devoluzione al giudice del gravame penale di un accertamento che evidentemente nulla ha a che fare con la giurisdizione penale, laddove egli è tenuto ad accertare soltanto la sussistenza della fattispecie civilistica dell'illecito aquiliano di cui all'*art. 2043 c.c.* e niente affatto la responsabilità penale dell'imputato. Tanto più se si pensa che tale accertamento deve seguire, secondo le indicazioni della Consulta, le regole di giudizio civilistiche. Invocare il carattere derogatorio dell'*art 578 c.p.p.* può dirsi sufficiente a giustificare queste incongruenze nel sistema delle impugnazioni?

---

<sup>18</sup> La Corte nel chiarire che l'*art. 578 c.p.p.* non richiede un giudizio incidentale sulla responsabilità penale dell'agente richiama proprio l'*art. 578 bis c.p.p.* per evidenziare il differente tenore testuale delle due disposizioni, laddove la seconda espressamente stabilisce che il giudice del gravame decide in ordine alla confisca «previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

<sup>19</sup> Corte cost. 182/2021, par. 16.

<sup>20</sup> Corte cost. 176/2019, par. 7.

Dall'altro lato, dalle stesse parole del Giudice delle leggi si ricava che in realtà questo accertamento civilistico non è del tutto avulso dalla giurisdizione penale, dal momento che le regole probatorie da applicare in tale giudizio rimangono comunque quelle penali: quasi che, per certi versi, l'applicazione dello statuto della prova penale costituisca il (debole) aggancio a cui si appiglia la Corte nel tentativo di "infilare" l'accertamento civilistico nel processo penale. In altri termini, quella della Corte pare una conclusione sostanzialmente obbligata: se infatti oltre che della propria regola di giudizio il giudice penale venisse spogliato anche delle proprie regole probatorie, allora la soluzione risulterebbe davvero irragionevole, con il processo penale ridotto a mero sfondo di un giudizio civile.

Se si dovesse immaginare una possibile replica da parte della Corte costituzionale a questo genere di osservazioni, probabilmente si potrebbe trovare la risposta nella stessa sentenza 182/2021, laddove la Consulta rinviene la *ratio* della previsione dell'art 578 c.p.p. nelle esigenze di tutela della parte civile, e in particolare nell'intenzione del legislatore «di evitare che cause estintive del reato, indipendenti dalla volontà delle parti, possano frustrare il diritto al risarcimento e alla restituzione della persona danneggiata dal reato qualora sia già intervenuta sentenza di condanna»<sup>21</sup>; finalità che si coniuga, sempre ad avviso della Consulta, alla necessità di salvaguardare anche esigenze di economia processuale e di non dispersione dell'attività giurisdizionale. In effetti, è indubbio che costituirebbe un aggravio non indifferente per il danneggiato dover avanzare le proprie istanze in sede civile, in caso di proscioglimento dell'imputato nel grado d'appello per intervenuta prescrizione, dopo aver comunque ottenuto nel giudizio penale di primo grado la sua condanna alle restituzioni o al risarcimento. Si è infatti già evidenziato come di per sé la conclusione della Consulta risulta pienamente condivisibile, giacché riesce nell'intento di conciliare equamente la tutela della parte civile con i diritti dell'imputato: sono stati piuttosto alcuni passaggi dell'*iter* argomentativo della Corte a portare gli interpreti ad esprimere le proprie riserve.

In questo senso, un ulteriore aspetto che ha destato perplessità (forse le maggiori) nella dottrina concerne la circostanza che laddove la Consulta sostanzialmente attribuisce alla cognizione del giudice dell'impugnazione penale l'accertamento della responsabilità *ex art 2043 c.c.*, essa trascura invero di considerare che la normativa codicistica demanda a questi la decisione sull'azione risarcitoria che trova fondamento nel reato, e non nel generico illecito aquiliano, dimostrando di aver indebitamente sovrapposto i requisiti costitutivi dell'illecito civile di cui all'art 2043 c.c. e quelli del danno da reato *ex art 185 co 2 c.p.*<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Corte cost., sentenza 182/2021, par. 6.2.

<sup>22</sup> Affrontano questo profilo, *ex multis*, B. LAVARINI, *Presunzione di innocenza «europea» e azione civile nel processo penale: un difficile compromesso fra tutela del prosciolto e salvaguardia del danneggiato*, in *Giur. cost.*, fasc. 4, 2021, p. 1785 ss., e G. CRICENTI – G. D'ALESSANDRO, *Il danno da reato e la fraintesa dialettica tra fatto di reato e danno risarcibile: osservazioni critiche alla sentenza n. 182 del 2021 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, fasc. 4, 2021, p. 1775C ss. Per un ulteriore approfondimento v. anche L. AGOSTINO, [Il diritto al risarcimento tra presunzione di innocenza e tutela del danneggiato: spunti dalla giurisprudenza interna e sovranazionale](#), in *Legisl. pen.*, 28 febbraio 2022.

In definitiva, non si può evitare di considerare provocatoriamente che benché la giurisprudenza costituzionale abbia in più occasioni ribadito il carattere accessorio dell'azione civile rispetto a quella penale, con la conseguenza che essa «è destinata a subire tutte le conseguenze e gli adattamenti derivanti dalla funzione e dalla struttura del processo penale»<sup>23</sup>, la pronuncia 182/2021 dopo aver a sua volta ripetuto tale concetto sembra in realtà, con le sue stesse parole, invertire i ruoli, rendendo – nella specifica situazione oggetto del suo sindacato – il processo penale servente rispetto all'azione civile, laddove si impone al giudice penale di pronunciarsi su una questione esclusivamente civilistica adeguandosi alle regole che governano la materia.

### **3. La decisione sugli interessi civili resa dal giudice del gravame: attualità e prospettive di riforma.**

Occorre infine soffermarsi sul generale contesto delle decisioni relative ai soli effetti civili rese in sede di gravame, per contestualizzare l'art 578 c.p.p. in una dimensione più ampia.

Anche nell'occasione offerta dalla sentenza 182/2021 la Corte ha ribadito che l'art. 578 c.p.p. costituisce una disposizione derogatoria rispetto alla regola, sancita dall'art. 538 c.p.p., secondo cui la condanna penale costituisce il presupposto indispensabile per la statuizione del giudice sulla domanda civile. La ragione di questa constatazione è evidente, dal momento che la norma in esame consente al giudice di decidere sugli interessi civili nonostante sul versante penalistico pervenga al proscioglimento dell'imputato per essersi il reato estinto per prescrizione, fermo restando che anche in tal caso è comunque necessario che il giudizio di primo grado si sia concluso con una pronuncia di condanna dell'imputato al risarcimento del danno o alle restituzioni.

Risulta invece più sfumata l'attenuazione della regola di cui all'art 538 c.p.p. nel modo di disporre dell'art 576 c.p.p., norma che invece consente alla parte civile di proporre impugnazione contro i capi della sentenza di condanna che riguardano l'azione civile e contro la sentenza di proscioglimento, ai soli effetti della responsabilità civile. In questa disposizione l'attenzione degli interpreti è stata rivolta soprattutto alla seconda parte, quella in cui si attribuisce alla parte civile la facoltà di impugnare una sentenza di proscioglimenti ai soli effetti civili, dal momento che le viene consentito di investire il giudice del potere (e dovere) di provvedere sulla domanda risarcitoria pur in assenza di un accertamento sulla responsabilità penale dell'imputato (essendo l'impugnazione limitata appunto ai soli effetti civili). Se da un lato appare plausibile che «ammessa la legittimazione a chiedere la condanna al risarcimento nel processo penale, sembra giusto che l'attore sia investito del potere di provocare un ulteriore grado di giudizio»<sup>24</sup>, dall'altro lato l'intervento della stessa Consulta ha dissipato (almeno per il momento) i dubbi di incostituzionalità della norma. La sentenza 176/2019, ampiamente

<sup>23</sup> Corte cost., 12 gennaio 2016, n. 12, Corte cost., 12 luglio 2019, n. 176 e, da ultimo, la stessa Corte cos., 30 luglio 2021, n. 182.

<sup>24</sup> F. CORDERO, *Linee di un processo di parti*, in *Ideologie del processo penale*, 1966, P. 177

citata, con riferimento al regime di impugnazione della parte civile ha infatti evidenziato come risulti coerente e ragionevole che una volta esercitata l'azione civile nel processo penale, poiché la pronuncia di primo grado è stata emessa da un giudice penale con il rispetto delle regole processualpenalistiche, l'impugnazione di tale pronuncia venga ugualmente devoluta al giudice penale, con applicazione delle regole proprie di tale rito.

Si assiste invece ad una evidente separazione delle statuizioni civili rispetto ai capi relativi agli effetti penali della sentenza nell'ipotesi di cui all'art 622 c.p.p., relativa al giudizio davanti alla Corte di Cassazione. Infatti, nel caso di annullamento della sentenza ai soli effetti civili o di accoglimento dell'impugnazione proposta dalla parte civile contro la pronuncia di proscioglimento dell'imputato, il giudice di legittimità rinvia, per la decisione sulla pretesa risarcitoria, al giudice d'appello competente. Quanto al residuo accertamento degli interessi civili a seguito del rinvio *ex art 622 c.p.p.* gli ultimi approdi della giurisprudenza di legittimità hanno manifestato il convincimento che esso segua le regole della sede in cui viene effettuate, ossia quelle proprie del giudizio civile, compresa l'adozione del criterio del "più probabile che non" al posto di quello penalistico. Questa conclusione ha peraltro trovato di recente anche l'avallo delle Sezioni Unite penali, che nel pronunciarsi sulla questione a loro sottoposta si sono anche soffermate su tale profilo<sup>25</sup>, in tal modo ponendo auspicabilmente fine al contrasto tra la giurisprudenza civile e quella penale che si registrava sul punto<sup>26</sup>.

Ad uno sguardo di insieme non risulta dunque del tutto estranea al sistema delle impugnazioni penali la circostanza che la cognizione della pretesa risarcitoria derivante da reato venga "riportata" alla sua sede naturale, ossia il processo civile. Tale previsione viene tuttavia giustificata dalla giurisprudenza con il rilievo che il cristallizzarsi degli effetti penali con il sopravvenire del giudicato priva la vicenda di interesse penalistico, rendendo inutile – e anzi in contrasto con i principi di economia processuale – il permanere della stessa nella sede penale. In altri termini, è «la definitività e l'intangibilità della decisione adottata in ordine alla responsabilità penale dell'imputato, determinate dalla pronuncia con cui la Corte di cassazione annulla le sole disposizioni o i soli capi che riguardano l'azione civile (promossa in seno al processo penale), ovvero accoglie il ricorso della parte civile avverso il proscioglimento dell'imputato, [che] provoca il definitivo dissolvimento delle ragioni che avevano originariamente giustificato, a seguito della costituzione della parte civile nel procedimento penale, le deroghe alle modalità di istruzione e di giudizio dell'azione civile, imponendone i condizionamenti del processo penale, funzionali alle esigenze di speditezza del procedimento». Dunque, «[c]on l'esaurimento della fase penale, essendo ormai intervenuto un giudicato agli effetti penali ed essendo venuta meno la ragione stessa dell'attrazione dell'illecito civile

---

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. Un., sentenza 28 gennaio 2021, n. 22065. Per un commento alla pronuncia, si veda ad esempio F. CAPITANI, *Sezioni Unite: definito l'accertamento penale – e annullati i capi d'appello sull'azione civile – resta competente il solo giudice civile*, in *Diritto e Giustizia*, 7 giugno 2021.

<sup>26</sup> Per un approfondimento sull'argomento, si vedano *ex multis* E. DI SALVO, *Giudizio di rinvio ex art. 622 c.p.p. e regole applicabili*, in *Cass. pen.*, fasc. 5, 2020, p. 2128 ss.; A. BONAFINE, *Il giudizio di "rinvio" al giudice civile dopo l'annullamento della sentenza penale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, fasc. 3, 2020, p. 922 ss.; F.M. DAMOSSO, *Rinnovazione e rinvio ai soli effetti civili. Tra soluzioni necessitate e incongruenze processuali*, in *Cass. pen.*, fasc. 9, 2021, p. 2719 ss.

nell'ambito della competenza del giudice penale, risulta coerente con l'assetto normativo interdisciplinare descritto che la domanda risarcitoria venga esaminata secondo le regole dell'illecito aquiliano, dirette alla individuazione del soggetto responsabile ai fini civili su cui far gravare le conseguenze risarcitorie del danno verificatosi nella sfera della vittima»<sup>27</sup>.

Una spiegazione sostanzialmente analoga a quella che la Suprema Corte propone per giustificare la «deviazione dal paradigma» rappresentata dall'art 622 c.p.p. si rinviene invero anche nella giurisprudenza costituzionale, laddove il Giudice delle leggi ha appunto evidenziato come la peculiare disciplina del giudizio di rinvio «trova la sua giustificazione nella particolarità della fase processuale collocata all'esito del giudizio di Cassazione»<sup>28</sup>.

Ma se questa è la posizione della giurisprudenza, sia di legittimità che costituzionale, la quale trova dunque la giustificazione del ricorso alla giurisdizione civile specificamente nella formazione del giudicato sugli effetti penali della sentenza, con il conseguente "disinteresse" della giurisdizione penale per la vicenda, il legislatore sembra invece muoversi in una direzione diversa, financo opposta, che pare invece ampliare il ricorso alla giurisdizione civile per decidere delle istanze risarcitorie.

Sul punto non si può infatti trascurare la nuova previsione di cui al comma 1 *bis* dell'art 578 c.p.p., introdotta dalla c.d. riforma Cartabia<sup>29</sup>. Nello specifico, il legislatore ha interpolato l'art. 578 c.p.p. aggiungendo il suddetto comma 1 *bis*, il quale stabilisce che nel caso in cui venga dichiarata l'improcedibilità rispetto ad un reato per il quale in primo grado sia intervenuta sentenza di condanna al risarcimento o alle restituzioni, il giudice del gravame (sia esso quello d'appello o la Corte di Cassazione) per la prosecuzione rinvia al giudice civile competente.

L'improcedibilità per il superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione<sup>30</sup>, come noto, costituisce un meccanismo introdotto nel sistema processuale penale con l'art 344 *bis* c.p.p. che funge sostanzialmente da correttivo alla sospensione della prescrizione dopo la sentenza di primo grado di cui al nuovo testo dell'art. 159 c.p.: con il citato comma 1 *bis* il legislatore ha dunque inteso disciplinare le sorti delle istanze civilistiche quando il procedimento penale si arresti per tale ragione, prevedendo appunto la devoluzione di queste al giudice civile.

Ad esito della riforma, pertanto, nel caso in cui il reato sia prescritto la cognizione sulle statuizioni civili spetterà al giudice penale con applicazione delle regole civilistiche, come chiarito dalla sentenza 182/2021; invece, nell'ipotesi – sostanzialmente sovrapponibile alla precedente<sup>31</sup> – in cui l'accertamento della responsabilità penale sia precluso non dalla prescrizione ma dalla improcedibilità, la decisione spetterà al giudice civile. Una scelta, quella del legislatore, che mostra un profilo di incoerenza laddove va

<sup>27</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 22065/2021, cit., par. 15.

<sup>28</sup> Corte cost., sentenza 176/2019, cit., par. 7.

<sup>29</sup> L. n. 134/2021 cit.

<sup>30</sup> Per un commento sull'istituto v., *ex multis*, (a cura di) L. N. MEAZZA e R. LUIGI, [L'improcedibilità secondo Giorgio Spangher](#), in *Giur. pen. web*, 1 ottobre 2021.

<sup>31</sup> Ferme restando, in ogni caso, le specificità dell'una e dell'altra fattispecie.

a disciplinare in modo differente due situazioni tendenzialmente assimilabili e soprattutto determina una verosimile dilatazione dei tempi processuali necessari al soddisfacimento della pretesa risarcitoria della parte civile, traducendosi pertanto in un evidente pregiudizio a suo danno. A ben vedere, dunque, il Parlamento sembra non aver tenuto in particolare considerazione la *ratio* di bilanciamento e tutela degli interessi della parte civile, più volte espressamente ribadita dalla Consulta, che ispira l'art. 578 c.p.p.: il che, peraltro, espone il comma 1 *bis* a possibili obiezioni di illegittimità costituzionale<sup>32</sup>.

D'altra parte, la portata di questa incongruenza tra il regime previsto in caso di prescrizione del reato e quello relativo alla improcedibilità *ex art 344 bis* c.p.p. può in realtà essere ridimensionata considerando che la seconda è sostanzialmente chiamata a "prendere il posto" della prescrizione nelle fasi di impugnazione, ferme restando – giova ribadirlo – le indubbie differenze, in primo luogo concettuali, tra i due istituti.

Peraltro, se si analizza la riforma nella sua interezza, avendo riguardo anche alla delega conferita al Governo dall'art. 1 l. 134/2021, pare doversi rilevare come quella introdotta al comma 1 *bis* dell'art. 578 c.p.p. dall'art. 2 co 2 lett. b) del medesimo atto normativo costituisca una sorta di soluzione temporanea per armonizzare, in attesa di una riforma organica del sistema impugnatorio, i diversi ambiti disciplinari al nuovo istituto della improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione. Come infatti emerge dal comma 13 del summenzionato art. 1 l. 134/2021, nell'ambito della complessiva riforma del sistema processualpenalistico è inclusa anche la materia delle impugnazioni: in particolare, alla lettera d) della disposizione citata il Parlamento ha indicato come criterio guida per la riforma delle impugnazioni, tra gli altri, anche la regolamentazione delle impugnazioni ai soli effetti civili e dei rapporti della improcedibilità *ex art 344 bis* c.p.p. con l'azione civile, nonché con la confisca.

Benché ciò sia verosimile, occorrerà comunque attendere il completamento della riforma con l'emanazione dei decreti legislativi attuativi della suddetta delega per sapere se le scelte operate dal legislatore con l'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 578 c.p.p. troveranno conferma o finanche ulteriore estensione.

In ogni caso, si può osservare come non vi siano in realtà ragioni di principio ostative alla devoluzione al giudice civile delle pretese risarcitorie inizialmente avanzate in sede penale con l'azione civile, una volta che i profili di interesse penalistico vengono meno e l'accertamento della responsabilità penale dell'imputato è precluso. D'altra parte, questo meccanismo non è estraneo neppure all'attuale sistema impugnatorio, come l'art. 622 c.p.p. dimostra: sotto questa prospettiva il nuovo comma 1 *bis* dell'art 578 c.p.p. sembra replicare (e dunque ampliare) il meccanismo previsto da tale norma per il giudizio di Cassazione. Ma sul punto non si può omettere di rilevare come la novella legislativa possa riportare in auge le medesime questioni interpretative che si sono poste, e che si sono forse appena sopite, rispetto al giudizio civile di cui all'art. 622 c.p.p.<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> P. FERRUA, *op. cit.*

<sup>33</sup> Questioni relative, in particolare, alle regole da applicare nel suddetto giudizio civile – v. *supra*. Per le perplessità e le critiche sollevate dalla dottrina in merito al regime introdotto dal nuovo comma 1 *bis* dell'art. 578 c.p.p., v. *ex multis* P. FERRUA, *Improcedibilità e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, fasc. 2, p. 441 ss.

In definitiva, le scelte relative al mantenimento nella giurisdizione penale della cognizione sulla pretesa risarcitoria nonostante la preclusione all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato o, al contrario, la sua devoluzione in tal caso al giudice civile, riflettono in realtà soltanto valutazioni discrezionali attinenti all'attribuzione di un valore preminente ad un interesse piuttosto che all'altro. Soprattutto se principi come quello di economia processuale o quello di efficienza giudiziaria possono a ben vedere essere invocati per giustificare tanto l'una quanto l'altra scelta: proprio in nome dell'economia processuale la giurisprudenza di legittimità ha giustificato la devoluzione, nell'art. 622 c.p.p., della decisione sugli interessi civili al giudice civile<sup>34</sup>, così come la Consulta ha ravvisato nell'art. 578 c.p.p. una *ratio* ispirata anche alla necessità di salvaguardia di esigenze di economia processuale<sup>35</sup>.

Da ultimo, può suggerirsi che se volesse tenere da conto la posizione della Corte costituzionale, il legislatore nel compiere le proprie scelte discrezionali, ipoteticamente tese ad ampliare il ricorso al giudice civile per l'accertamento degli interessi civili, dovrebbe forse chiedersi se l'improcedibilità – e coerentemente, per non determinare disarmonie (ancorché temporanee) di sistema, la prescrizione – determinino una preclusione all'accertamento della responsabilità penale dell'imputato che possa essere "accostata" alla *ratio* di intangibilità delle statuizioni penali sottesa all'art. 622 c.p.p.

---

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. Un., n. 22065/2021, cit.

<sup>35</sup> Corte cost., n. 182/2021, par. 6.2.

## LE VITE DEI MIGRANTI E IL DIRITTO PUNITIVO

di Antonio Cavaliere

*Premessa la necessità di un metodo interdisciplinare nello studio della vigente disciplina amministrativa e penale in materia di immigrazione, vengono analizzati, alla luce di dati empirici, gli effetti negativi di tale regolazione. In riferimento al ruolo del diritto penale, si analizzano gli effetti distorsivi dell'adozione, ad opera del legislatore, del "controllo dei flussi" quale artificiale oggetto della tutela. Viene infine sottoposto a critica il cd. trattenimento "amministrativo" dei migranti.*

SOMMARIO: 1. Scienza penalistica, legislazione e fenomeno migratorio. – 1.1. Premessa metodologica. – 1.2. Alcuni dati generali intorno alle dimensioni del fenomeno migratorio. – 2. La disciplina amministrativa dell'immigrazione e qualche ulteriore, inquietante dato empirico. – 3. Il ruolo del diritto penale. – 3.1. La tutela dei diritti fondamentali dei migranti. – 3.2. Il diritto penale dell'immigrazione e il feticcio del "controllo dei flussi migratori". Profili di illegittimità costituzionale dell'art. 10-bis TUI. – 3.2.1. L'illegittimità degli ulteriori reati di mera inosservanza previsti nel TUI. – 3.2.2. Gli effetti distorsivi della *ratio* del "controllo dei flussi" sulle norme in tema di favoreggiamento e di impiego di migranti irregolari. – 3.3. L'*horror libertatis* nei confronti del migrante e il "trattenimento amministrativo": l'eterno ritorno delle frodi delle etichette e il recente dibattito sulla 'materia penale'.

«Ma questi è un misero naufrago, che c'è capitato,  
e dobbiamo curarcene: vengon tutti da Zeus  
gli ospiti e i poveri [...]»<sup>1</sup>

### 1. Scienza penalistica, legislazione e fenomeno migratorio

#### 1.1. Premessa metodologica

La disciplina amministrativa e penale dell'immigrazione costituisce un *corpus* normativo ampio e molto intricato<sup>2</sup>, di importanza fondamentale in considerazione delle implicazioni della materia, che coinvolge le vite, le libertà, la dignità umana di molte migliaia di persone. La materia può e deve essere studiata dal punto di vista

<sup>1</sup> OMERO, *Odissea*, Lib. VI, 206; v. pure Lib. XIV, 57: «Tutti da parte di Zeus vengono gli ospiti e i poveri».

<sup>2</sup> Su tale fenomeno, cfr. per tutti G.L. GATTA, *La pena nell'era della 'cimmigration': 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, G.L. GATTA, II, Milano 2018, p. 987 ss.

dell'interpretazione della legislazione vigente, nonché dell'analisi della prassi giurisprudenziale; ma una tale impostazione, che pure ha dato e dà luogo a risultati senz'altro significativi, è almeno in parte inadeguata, perché monca. Infatti, fin dal manifesto di una scienza penale costituzionalmente orientata, è stata limpidamente illustrata la necessità del superamento del tecnicismo giuridico, in particolare nel senso di indicare quale compito fondamentale della scienza penalistica la critica del diritto vigente, anche e soprattutto in prospettiva di riforma legislativa<sup>3</sup>.

L'esigenza di una riforma della legislazione in tema di immigrazione si impone, come cercherò di argomentare, per la sua conclamata inefficacia nel regolare il fenomeno migratorio e, allo stesso tempo, per le gravissime violazioni di diritti umani alle quali dà luogo.

Sul piano del metodo, il giurista e lo stesso legislatore che intendano occuparsi della materia devono partire da un dato che va ben al di là del tema dell'immigrazione, assumendo una valenza generale: nessun ambito della vita sociale può essere adeguatamente regolato dal diritto se ne vengono ignorate le dimensioni empiriche e se non ci si avvale delle conoscenze delle diverse discipline che studiano, da punti di vista diversi, il fenomeno da regolare<sup>4</sup>. Un giurista ed un legislatore chiusi in un 'circolo normativistico', che si rifiutino di apprendere le acquisizioni delle diverse scienze – in particolare sociali – che si occupano di una materia, rischiano di produrre normative inadeguate alla realtà<sup>5</sup>. Accanto ad un *Systemdenken*, ad un pensiero sistematico, è indispensabile un *Problemdenken*<sup>6</sup>, qui inteso come un pensare per problemi, che superi gli steccati scientifico-disciplinari.

Ciò non implica una sorta di ibridismo metodologico, con la rinuncia al punto di vista deontico proprio del diritto e, in particolare, di una dottrina, amministrativistica e penalistica, orientata ai principi sanciti dalle Costituzioni e dalle Carte internazionali dei diritti. In effetti, sia una scienza penalistica autoritaria – che, ad esempio, si orienti ad una discriminazione tra persone e "non-persone", accordando ai soli cittadini i diritti umani<sup>7</sup> –, sia una che, all'opposto, sia volta ad affermare il primato dei diritti umani a

<sup>3</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss.D.I.*, XIX, Torino 1973, p. 12.

<sup>4</sup> Sulla necessità, per le scienze penalistiche, di adottare il metodo dell'interdisciplinarietà cosiddetta esterna, cfr. spec. A. BARATTA, *La politica criminale e il diritto penale della Costituzione. Nuove riflessioni sul modello integrato delle scienze penali*, in *AA.VV., Il diritto penale alla svolta di fine millennio*, a cura di S. CANESTRARI, Torino 1998, p. 24 ss.; v. pure le considerazioni parzialmente convergenti di M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano 2011, p. 148 ss., 180 ss. e *passim*.

<sup>5</sup> In ciò risiede un elemento di corretta indicazione metodologica del cd. ontologismo welzeliano, così come reinterpretato da E.R. ZAFFARONI, *Che cosa resta del finalismo in America Latina?*, in S. MOCCIA (a cura di), *Significato e prospettive del finalismo nell'esperienza giuspenalistica*, Napoli 2007, p. 273 ss.

<sup>6</sup> Con riferimento alla scienza penalistica, cfr. sul tema C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen - Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4. Aufl., München 2006, p. 219.

<sup>7</sup> Si pensi alla nota concezione di G. JAKOBS, elaborata in *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, in *HRRS* 2004, Heft 3, 88 ss. ed in ulteriori scritti; in proposito, sia consentito rinviare, nell'ambito di una vasta bibliografia, alle considerazioni critiche svolte in A. CAVALIERE, *Diritto penale "del nemico" e "di lotta": due insostenibili legittimazioni per una differenziazione, secondo tipi d'autore, della vigenza dei principi costituzionali*, in A. GAMBERINI – R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna 2007, p. 265 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

prescindere dalla cittadinanza, possono conoscere o ignorare il fenomeno migratorio. Una scienza e una legislazione amministrativa e penale autoritarie appronteranno in ogni caso soluzioni normative contrarie ai diritti umani; ma solo la conoscenza del fenomeno migratorio potrà consentire di opporre a tali soluzioni, oltre al contrasto con i principi costituzionali ed internazionali, pure l'inadeguatezza alla realtà e, dunque, l'inefficacia della risposta al fenomeno migratorio. Per altro verso, pure una scienza ed una legislazione conformi ai principi costituzionali ed internazionali dovranno tenere nel debito conto le dimensioni di tale fenomeno, se intendono approntare soluzioni normative non solo legittime, ma efficaci, in quanto adeguate alla sua complessità. Si tratta di acquisizioni che vanno ormai diffondendosi in tema di immigrazione, ove esistono numerosi studi interdisciplinari<sup>8</sup>.

La consapevolezza delle molteplici dimensioni del fenomeno migratorio s'impone quale necessaria, in particolare, al giuspenalista, in una prospettiva orientata al principio di *extrema ratio*. Solo qualora si colgano la complessità del fenomeno, il suo carattere globale e (non emergenziale ma) strutturale, la natura e la pluralità delle sue cause, nonché le sue caratteristiche quantitative e qualitative, ci si può rendere adeguatamente conto dell'impossibilità di regolare quel fenomeno in termini fondamentalmente punitivi, in un'accezione non solo strettamente penalistica, ma estesa all'illecito ed alla sanzione amministrativa.

### 1.2. Alcuni dati generali intorno alle dimensioni del fenomeno migratorio.

Esistono molti dati circa il fenomeno migratorio, raccolti da istituzioni internazionali e nazionali, governative e non. Una recente e cospicua raccolta di tali dati è contenuta nel Dossier statistico immigrazione 2020 dell'IDOS<sup>9</sup>, che si avvale del contributo di numerose organizzazioni che si occupano della materia e recepisce informazioni provenienti da fonti autorevoli.

Secondo dati di fonte ONU<sup>10</sup>, il fenomeno migratorio mondiale, di carattere strutturale e non contingente, coinvolge attualmente ben un miliardo di persone, tra migranti interni ed internazionali. Nel 2019 si stima, in particolare, una popolazione migrante internazionale complessiva di circa 272 milioni di persone, alle quali vanno aggiunti intorno ai 79 milioni di migranti 'forzati' (tra interni ed internazionali), intesi come coloro che fuggono da conflitti armati, persecuzioni ed emergenze umanitarie: ma, naturalmente, lo stesso confine tra migranti 'forzati' e migranti cosiddetti 'volontari', in specie tra migranti da conflitti armati e migranti 'economici' in cerca di lavoro, è labile e

---

<sup>8</sup> Si vedano in particolare i seguenti Volumi collettanei: M. LIVI BACCI (a cura di), *L'incidenza economica dell'immigrazione*, Torino 2005; E. ROSI-F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013. Cfr. inoltre V. MAISTO, *Il diritto penale dell'immigrazione. Profili socio-criminologici, esegetici, dommatici e di politica criminale*, Saarbrücken 2013, *passim*, spec. p. 319 ss.

<sup>9</sup> IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, acquistabile all'interno del sito [www.dossierimmigrazione.it](http://www.dossierimmigrazione.it).

<sup>10</sup> UN-DESA, *International Migrant Stock 2019*, New York 2019; cfr. in proposito A. RICCI, *Demografia, sviluppo e migrazioni internazionali nel 2019*, in *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 25.

problematico sotto diversi punti di vista<sup>11</sup>, contrariamente a quanto costituisce ormai la fuorviante *vulgata* in materia. Ad esempio, ci si può chiedere se i migranti che fuggono da un conflitto armato sorto per il controllo dell'acqua o del cibo in una situazione di diffusa indigenza e/o di carestia siano rifugiati o migranti economici. Ma soprattutto, coloro che in una tale situazione fuggono dalla fame e dalla sete, in assenza di un conflitto armato, non sono certo meno meritevoli di protezione internazionale.

Proseguiamo con i dati. Il primo continente di destinazione delle migrazioni risulta essere l'Europa, ove sono presenti 89 milioni di migranti internazionali, vale a dire poco più del 10% della popolazione europea, che ammonta a circa 800 milioni di persone. In Italia sono stati censiti nel 2019 circa 5,3 milioni di immigrati regolari, di cui circa 2,6 milioni europei e 2,7 milioni extracomunitari<sup>12</sup>. Questi migranti regolari lavorano prevalentemente nei settori del lavoro domestico e di cura alla persona, dell'agricoltura, dell'edilizia, nonché nei settori alberghiero e della ristorazione e in altre attività di industria e servizi; generalmente si tratta di cosiddetti *working poors*, lavoratori poveri, come è attestato dal loro livello di retribuzione; essi svolgono prevalentemente lavori scarsamente qualificati<sup>13</sup>. Economisti, statistici e demografi concordano nel rilevare alcuni significativi aspetti socioeconomici positivi del fenomeno: i migranti regolari rispondono ad una domanda di lavoro altrimenti insoddisfatta, relativa a settori poco qualificati, e sopperiscono al calo demografico della popolazione europea ed in particolare italiana, fornendo, segnatamente, un apporto rilevante alla popolazione in età lavorativa ed alla sostenibilità del sistema previdenziale<sup>14</sup>.

Accanto a ciò, in Italia è stata stimata nel 2020 una popolazione di oltre mezzo milione di migranti irregolari<sup>15</sup>. Si ritiene che un ulteriore aumento di tale popolazione irregolare sia derivato in tempi recenti dal cd. primo decreto sicurezza Salvini – d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, conv. con modif. dalla l. 1.12.2018, n. 132 –, a causa della riduzione del novero degli aventi diritto alla protezione umanitaria, sostituita da un elenco tassativo di “casi speciali”. Si è condivisibilmente parlato, in proposito, di “decreto insicurezza”, perché ne è derivata l'uscita di un considerevole numero di migranti dai circuiti e percorsi normativi di integrazione sociale<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. ad es. F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Torino 2020, p. 51-52.

<sup>12</sup> Dati ISTAT riportati da M. ALBANI, *La popolazione straniera residente alla fine del 2019: le principali nazionalità e la distribuzione sul territorio*, in IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 108; analoga l'elaborazione ISMU dei dati ISTAT, cfr. G.C. BLANGIARDO – L.E. ORTENSÌ, *Gli aspetti statistici*, in FONDAZIONE ISMU (INIZIATIVE E STUDI SULLA MULTIETNICITÀ), *Ventiseiesimo rapporto sulle migrazioni 2020*, Milano 2021, p. 75-76.

<sup>13</sup> IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 16.

<sup>14</sup> Su tali effetti positivi del fenomeno migratorio cfr. ad es. N.C. CHIURI – N. CONIGLIO – G. FERRI, *L'esercito degli invisibili. Aspetti economici dell'immigrazione clandestina*, Bologna 2007, p. 98 ss.; M. LIVI BACCI, *Introduzione*, in M. LIVI BACCI (a cura di), *L'incidenza economica dell'immigrazione*, cit., p. 2 ss.; N. SARTOR, *Immigrazione e finanza pubblica*, *ivi*, p. 186.

<sup>15</sup> Cfr. il sito della FONDAZIONE ISMU. INIZIATIVE E STUDI SULLA MULTIETNICITÀ, [www.ismu.org](http://www.ismu.org), sezione dati; v. pure IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 15.

<sup>16</sup> Si vedano in proposito le considerazioni critiche contenute nella [Relazione al Parlamento 2019](#) del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, p. 40; cfr. inoltre fra gli altri spec. L.

Che cosa facciano – nella stragrande maggioranza – quei migranti irregolari in Italia, è presto detto: lavorano in nero, senza alcuna tutela, specialmente nei settori del lavoro domestico e della cura alla persona, come è attestato dalle circa 175.000 domande di regolarizzazione ai sensi dell’art. 103 d.l. n. 34/2020, conv. con modif. in l. n. 77/2020, presentate in riferimento a tale settore nel 2020 su un totale di oltre 200.000 domande<sup>17</sup>. Ma lavorano anche in tanti altri settori: agricoltura, edilizia, tessile, alberghiero e ristorazione. Com’è noto, la regolarizzazione appena menzionata – oggetto di diffuse critiche per aver ingiustificatamente escluso alcuni settori lavorativi – era stata pensata soprattutto in relazione ai migranti irregolari di cui vi è strutturalmente necessità nel lavoro stagionale in agricoltura, stimati anch’essi in circa 200.000. Tra le diverse ragioni del sostanziale fallimento del provvedimento in relazione a tale categoria di lavoratori, da alcuni osservatori viene indicato il dato per cui l’istanza era affidata al datore di lavoro, in un settore in cui imperversa lo sfruttamento lavorativo punibile ai sensi dell’art. 603-bis c.p., se non addirittura dell’art. 600 c.p., in tema di riduzione o mantenimento in servitù o in schiavitù; norme penali la cui effettività è tuttora piuttosto scarsa<sup>18</sup>.

Appare evidente come già i soli dati quantitativi fin qui riportati indichino l’assurdità della disciplina penalistica dell’immigrazione irregolare: non è seriamente pensabile che l’amministrazione della giustizia penale possa sostenere il peso, non dico di cinquecentomila procedimenti penali per violazione dell’art. 10-bis d.lgs. n. 286/1998 – Testo unico in materia di immigrazione (d’ora in poi, TUI) –, ma neppure del 10% dei reati commessi, ossia di cinquantamila procedimenti penali. Ma sarebbe sufficiente ancor meno, e cioè soffermarsi un attimo a pensare che ogni volta che su un barcone arrivano, ad esempio, a Lampedusa cento migranti bisognerebbe, in teoria, avviare cento procedimenti penali.

Va preso inoltre atto della constatazione pressoché unanime tra coloro che si occupano del fenomeno migratorio, secondo cui esso è destinato strutturalmente a crescere, su scala mondiale, principalmente per ragioni demografiche – si pensi, ad esempio, alla crescita esponenziale stimata nei prossimi trent’anni della popolazione africana, che attualmente supera il milione, ed al calo demografico europeo, che si teme non venga compensato neppure dall’immigrazione – nonché legate agli arcinoti mutamenti climatici.

Tutto ciò conferma che il fenomeno migratorio dev’essere governato, ma che ciò richiede uno sforzo di proporzioni ben diverse dalle attuali; e soprattutto, che è assolutamente illusorio – oltre ad essere inaccettabile sul piano fondamentale dei diritti umani – pensare di potersi limitare a reprimerlo mediante strumenti penali o ‘parapenali’.

---

FERRAJOLI, [Politiche contro i migranti in violazione dei diritti umani](#), in *Questione giustizia*, 22 marzo 2019, par. 1.1.

<sup>17</sup> Cfr. V. CESAREO, *Migrazioni, Europa e globalizzazione in tempi di pandemia*, in FONDAZIONE ISMU, *Ventiseiesimo rapporto sulle migrazioni 2020*, cit., p. 21; IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 14.

<sup>18</sup> G. SCHIAVONE, *La regolarizzazione nell’anno della pandemia: prime riflessioni*, in IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 134.

## 2. La disciplina amministrativa dell'immigrazione e qualche ulteriore, inquietante dato empirico.

La vigente disciplina italiana dell'immigrazione si caratterizza per l'impianto fortemente restrittivo, di tipo securitario, avvicinando il migrante in una sorta di reticolo disciplinare di polizia, amministrativo e penale<sup>19</sup>. D'altro canto, proprio tale impianto risulta in modo evidente strutturalmente inidoneo a regolare il fenomeno: esso produce sistematicamente un'irregolarità alla quale non si è in grado di porre altro rimedio se non il periodico ricorso alle sanatorie. In circa quarant'anni se ne contano dieci: a parte quelle disposte nel 1977 e nel 1982, vanno ricordati la l. n. 943/1986; la l. n. 39/1990, c.d. legge Martelli; il d.l. n. 489/1995, decaduto, ma i cui effetti furono fatti salvi dalla l. n. 617/1996; la l. n. 40/1998, c.d. Turco-Napolitano; la l. n. 189/2002, c.d. Bossi-Fini, particolarmente restrittiva ma accompagnata dalla regolarizzazione di ben 650.000 immigrati; la l. n. 102/2009; il d. lgs. n. 109/2012; da ultimo, la regolarizzazione di cui al citato art. 103 d.l. n. 34/2020<sup>20</sup>.

La normativa contenuta nel TUI si basa notoriamente sul cosiddetto sistema dei flussi di ingresso e delle quote, ovvero sulla periodica programmazione governativa degli ingressi consentiti, art. 3 TUI. Con particolare riguardo all'immigrazione per ragioni lavorative, essa si fonda sul presupposto, assolutamente irrealistico ed ipocrita, di un incontro planetario tra domanda ed offerta: «indefettibile presupposto per la regolarità della procedura di assunzione è che lo straniero aspirante lavoratore non sia in territorio italiano al momento di avvio della medesima»<sup>21</sup>, v. art. 22 co. 2 TUI, e, quindi, che il datore di lavoro non abbia avuto la possibilità di conoscerlo di persona, salvo che si sia recato lui stesso all'estero in cerca di lavoratori stranieri... Ulteriori condizioni e procedure rendono ardua un'assunzione regolare del lavoratore straniero ed anche un suo ingresso quale lavoratore autonomo<sup>22</sup>. Inoltre, la disciplina della durata dei permessi di lavoro, dei relativi termini e condizioni, dà luogo, per la sua rigidità e severità, ad un elevato tasso di precarietà<sup>23</sup>, che genera il concreto e ricorrente rischio, per il migrante lavorativo, di cadere da un momento all'altro in una condizione di irregolarità; e non sono previsti meccanismi strutturali per sanare tali irregolarità, il cui esito normativo è

---

<sup>19</sup> Cfr. in tal senso già MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*, in *Foro it.* 2006, V, 291, 296.

<sup>20</sup> M.P. NANNI, *L'Italia e le regolarizzazioni della presenza straniera: l'uso normale di uno strumento eccezionale*, in *IDOS, Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 127 ss.

<sup>21</sup> F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, cit., p. 65.

<sup>22</sup> F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, cit., p. 65 ss.; sul punto cfr. già MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., 292.

<sup>23</sup> MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., 291-292.

costituito, almeno in astratto – perché strutturalmente destinato all’ineffettività –, dall’espulsione dal territorio dello Stato<sup>24</sup>.

Tale normativa, come è stato da tempo segnalato, andrebbe urgentemente riformata: in particolare, si è proposto di prevedere permessi di soggiorno per ricerca di lavoro, di reintrodurre l’istituto dello *sponsor*, di istituzionalizzare meccanismi di regolarizzazione sul territorio<sup>25</sup>, di assicurare maggior stabilità ai permessi ottenuti e di prevedere meccanismi più agevoli per il rinnovo dei permessi, anche superando mere irregolarità formali<sup>26</sup>.

L’attuale disciplina, eccessivamente restrittiva, pone una soglia troppo alta all’immigrazione regolare. In tal modo, essa finisce per sospingere verso l’irregolarità una massa enorme di migranti – come abbiamo visto, attualmente stimata in oltre mezzo milione di persone –, abbandonandola in una sorta di ‘limbo’ diffuso nel nostro territorio, in condizioni di insicurezza e di pericolo per vita, salute, libertà personale ed altri beni di rilevanza costituzionale; e consegnandola allo sfruttamento nell’economia sommersa, se non addirittura in quella criminale. In tal senso, la vigente regolazione amministrativa dell’immigrazione è foriera di illegalità e addirittura criminogena e, dunque, risulta disfunzionale sia nella prospettiva di un utile contributo dell’immigrazione al tessuto socioeconomico del Paese, sia sul piano della tutela dei diritti delle persone migranti, sia, ancora, sotto il profilo della protezione della collettività da condotte criminali.

Occorre, infatti, tener conto del complesso tema del rapporto tra immigrazione irregolare e criminalità, da tempo oggetto di una cospicua mole di studi. Da tali apporti, e segnatamente da quelli criminologici, emergono, al di là di aspetti controversi, alcuni elementi sui quali si riscontra un ampio consenso.

In primo luogo, le statistiche criminali non danno indicazioni attendibili sull’effettiva criminalità degli immigrati, così come, in generale, non costituiscono, di per sé sole, strumenti affidabili di rilevazione della criminalità: esse, infatti, forniscono dati sulla criminalità registrata, lasciando fuori una cifra oscura variabile a seconda dei reati e, quindi, non tale da consentire di assumere scarti percentuali univoci e generali tra criminalità reale e rilevata<sup>27</sup>. Raccogliere dati relativi alla criminalità registrata significa, in ultima analisi, documentare non la criminalità, ma l’attività di selezione

---

<sup>24</sup> MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL’IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., p. 292.

<sup>25</sup> Secondo l’esperienza dei “meccanismi di regolarizzazione permanenti” previsti in Francia, Portogallo, Regno Unito e Spagna, cfr. V. CESAREO, *Migrazioni, Europa e globalizzazione in tempi di pandemia*, cit., p. 22-23.

<sup>26</sup> MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL’IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., 292.

<sup>27</sup> Si tratta di acquisizioni internazionali consolidate; cfr. per tutti T. BANDINI – U. GATTI – B. GUALCO – D. MALFATTI – M.I. MARUGO – A. VERDE, *Criminologia. Il contributo della ricerca alla conoscenza del crimine e della reazione sociale*, 2<sup>a</sup> ed., I, Milano 2003, p. 44-45, e con specifico riguardo al nesso tra immigrazione e criminalità, p. 269-270, 277-278, con ult. rif. bibl.; in rapporto alla materia dell’immigrazione, cfr. recentemente pure A. SBRACCIA, *Pericolosi e funzionali, gli stranieri nel pensiero socio-criminologico*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 5, 21 ss., 31 ss.

della criminalità svolta dalle cosiddette agenzie del sistema penale<sup>28</sup>, ossia, in particolare, dalle forze dell'ordine e dall'apparato dell'amministrazione della giustizia. Quei dati documentano, in altri termini, soltanto il processo selettivo della giustizia penale, dalle denunce ai processi – che, in materia di immigrazione, non insovente sono celebrati in condizioni di ineffettività del diritto di difesa<sup>29</sup> – e fino alle carceri; nelle quali, notoriamente, la presenza di detenuti stranieri è ampiamente in eccesso, in termini percentuali, rispetto alla popolazione straniera in libertà<sup>30</sup>.

In secondo luogo, nonostante la nota selettività e la limitata attendibilità delle statistiche criminali, da esse risulta che, a parità di fasce d'età considerate, non vi è una maggior frequenza di condotte criminali degli immigrati rispetto a quelle degli italiani<sup>31</sup>.

Per altro verso, non vi è dubbio che la condizione di irregolarità, con la correlativa marginalità sociale e vulnerabilità, pone il migrante nella condizione di dover sopravvivere o di elemosina – dormendo sotto i ponti o in altre miserevoli condizioni –, oppure di lavoro nero, o, ancora, di opportunità di manovalanza criminale, oltretutto in contesti di elevato pericolo di arresto e criminalizzazione, ad esempio nel piccolo spaccio di stupefacenti per strada<sup>32</sup>. Così, la fuorviante e xenofoba rappresentazione e 'definizione' del migrante irregolare come potenziale criminale rischia di diventare una sorta di «profezia che si autoadempie»<sup>33</sup>: più si restringe la possibilità di

<sup>28</sup> Terminologia tratta da E. R. ZAFFARONI, *Alla ricerca delle pene perdute. Delegittimazione e dommatica giuridico-penale*, Napoli 1994, p. 34-35 e *passim*.

<sup>29</sup> Cfr. T. BANDINI et ALII, *Criminologia*, cit., p. 267.

<sup>30</sup> Sulla selettività del sistema penale, cfr. per tutti spec. A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna 1982, p. 99 ss., 159 ss.; C.E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*». *Iperprofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagattellari*, Padova, 1985, p. 231 ss.; M. PAVARINI, *Governare la penalità. Struttura sociale, processi decisionali e discorsi pubblici sulla pena*, n. monografico della Rivista *ius17@unibo.it*, 3/2013, p. 12-124; F. SGUBBI, *Il reato come rischio sociale*, Bologna 1990, p. 7 ss.

<sup>31</sup> Cfr. ancora, sulla base di una cospicua mole di studi internazionali, T. BANDINI et ALII, *Criminologia*, cit., p. 244 ss., che concludono così: «I dati statistici non permettono di confermare l'ipotesi che gli stranieri commettano più reati degli autoctoni, mentre alcune ricerche di tipo qualitativo consentono di affermare che sono presenti nel nostro Paese, in una certa misura, processi di discriminazione sociale e giudiziaria nei confronti degli immigrati» (*ivi*, p. 278).

<sup>32</sup> Cfr. l'acuta analisi di V. RUGGIERO, *Economie sporche. L'impresa criminale in Europa*, Torino 1996, p. 170, sulla struttura delle organizzazioni criminali, che in rapporto ai migranti comporta quanto segue: «In Paesi che ospitano comunità di minoranze etniche, gli svantaggi derivanti dalla razza di appartenenza, che comunemente sono visibili nel mercato del lavoro ufficiale, vengono riprodotti nel mercato del lavoro criminale. Di frequente, le posizioni più remunerative vengono occupate da criminali indigeni, mentre quelle che implicano maggior rischio e minore remunerazione vengono affidate alle minoranze immigrate. Ad esempio, il numero di magrebini, caraibici e albanesi, in carcere rispettivamente in Italia e Francia, Regno Unito e Svizzera per reati connessi alla distribuzione di droghe, non sta a indicare il loro più intenso coinvolgimento in questo tipo di attività. Piuttosto, rivela come queste minoranze occupino le posizioni più rischiose nell'economia delle droghe»; v. pure A. SBRACCIA, *op. cit.*, p. 12 ss., che fa condivisibilmente riferimento a «*strutture di opportunità*, da intendersi come orizzonti di possibilità praticabili per i soggetti coinvolti» (p. 13).

<sup>33</sup> R.K. MERTON, *Teoria e struttura sociale. II. Studi sulla struttura sociale e culturale* (3<sup>a</sup> ed., 1968), Bologna 2000, p. 765 ss., che cita il «teorema di Thomas»: «Se gli uomini *definiscono* certe situazioni come reali, esse *sono* reali nelle loro conseguenze» (p. 765); «la profezia che si autoadempie è, all'inizio, una definizione *falsa* della situazione che determina un nuovo comportamento che rende *vera* quella che originariamente era una concezione *falsa*», *ivi*, p. 768. Si tratta di «una parabola sociologica che può aiutarci a capire non solo quel

un'immigrazione regolare a causa di quella rappresentazione xenofoba, più si sospingono i migranti esclusi dalla regolarità verso una condizione di marginalità e vulnerabilità, che rischia di comportarne l'ingresso e lo sfruttamento lavorativo nell'economia illegale o addirittura criminale. Si avvia così il migrante verso una carriera criminale, magari passando dal grado di 'caporale'.

Ma quanto finora rilevato non contiene ancora le risultanze empiriche più drammatiche, che costituiscono l'esito – non soltanto, ma sicuramente anche – di una disciplina eccessivamente restrittiva in materia di immigrazione. La chiusura dell'Italia e dell'intera "fortezza Europa" nei confronti dei migranti economici si concretizza in muri e fili spinati, in respingimenti e cosiddette 'riammissioni' a catena – laddove l'espressione "riammissione" è quanto di più ipocrita si possa escogitare per descrivere un essere respinti a ritroso: si pensi ad alcune recenti, disumane vicende relative alle cosiddette rotte balcaniche<sup>34</sup> –, e dà luogo ad una gestione dell'immigrazione abbandonata nelle mani di organizzazioni criminali, con il corollario della drammatica esposizione a continui pericoli delle vite dei migranti durante il viaggio. Il Mediterraneo, soprattutto dopo la fine della missione italiana *Mare nostrum* – una decisione che si può ben definire letale –, è ormai un enorme cimitero di migranti annegati: secondo i dati dell'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM) delle Nazioni unite, le morti ufficiali – solo quelle ufficiali! – di migranti ammontano, limitandoci agli ultimi cinque anni, a 3.139 nel 2017, 2.337 nel 2018, 1.885 nel 2019, 1.448 nel 2020, 2048 nel 2021<sup>35</sup>.

Le morti ufficiali apparivano, fino al 2021, in diminuzione dopo il picco di 5.136 morti raggiunto nel 2016. Secondo alcuni osservatori, ciò è dipeso principalmente da due fattori: da un lato, la riduzione delle operazioni europee di ricerca e soccorso e delle

---

che avvenne a centinaia di banche negli anni Trenta, ma anche quel che avviene nei rapporti fra negri e bianchi, fra protestanti, cattolici ed ebrei in questi tempi»; «per il fatto di non capire il funzionamento della profezia che si autoadempie, molti americani di buona volontà sono portati (qualche volta con riluttanza) a conservare pregiudizi etnici e razziali», p. 768-769. L'Autore fa l'esempio – *ivi*, p. 769-771 – dei cittadini bianchi che negli USA sostenevano una politica di esclusione dai sindacati dei lavoratori neri, perché disposti, per il più basso tenore di vita, ad accettare salari bassi; perciò essi sarebbero stati traditori della classe lavoratrice, "crumiri"; ma quei bianchi, definendo così la situazione, «hanno in realtà creato i "fatti"», perché, escludendoli dal sindacato, «rendono difficile, se non impossibile, a molti negri, di evitare il ruolo di crumiri. Disoccupati dopo la prima guerra mondiale ed esclusi dai sindacati, migliaia di negri non poterono opporsi a quei datori di lavoro che, danneggiati dagli scioperi, offrivano loro un qualunque posto [...]». «Che i negri fossero crumiri a causa della loro esclusione dai sindacati (e da moltissime occupazioni) piuttosto che esclusi perché crumiri, può essere provato [...]». In generale, «l'applicazione del teorema di Thomas suggerisce inoltre come si possa spezzare il cerchio tragico e vizioso della profezia che si autoadempie. La definizione iniziale della situazione che ha messo in moto il circolo deve essere abbandonata; solo quando la supposizione iniziale è messa in dubbio ed è introdotta una nuova definizione della situazione, il corso successivo degli eventi smentisce quella supposizione; solo in questo caso l'opinione non produce la realtà». Secondo R.K. MERTON, *ivi*, p. 771-772, 786 ss., la "nuova definizione" della situazione, che spezza il cerchio della profezia che si autoadempie, consiste non semplicemente in "campagne educative" o mutamenti dell'etica dominante, ma in interventi legislativi orientati all'inclusione sociale, preparati da quei cambiamenti culturali.

<sup>34</sup> Cfr. ad es. W. BONAPACE – M. PERINO, *La "nuova rotta balcanica" tra diritti violati e ambiguità degli interventi umanitari*, in IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 61-62.

<sup>35</sup> <https://missingmigrants.iom.int/region/mediterranean>.

possibilità legali di intervento delle organizzazioni non governative avrebbe aumentato le morti invisibili di migranti ‘non rilevati’; dall’altro, e in misura sicuramente notevole, gli accordi tra Unione europea e Turchia – Paese in cui si trovano attualmente circa 3,5 milioni di migranti, specialmente siriani<sup>36</sup> – e quelli tra Italia e Libia, siglati con il noto *Memorandum of Understanding* del 2017 – accordo rinnovato nel 2020 – avrebbero ridotto le partenze in mare<sup>37</sup>. La ‘nuova frontiera’ del governo europeo ed italiano dell’immigrazione è costituita, dunque, dall’esternalizzazione delle frontiere stesse, o meglio dei campi di detenzione, legali ed illegali, e dei respingimenti<sup>38</sup>. In rapporto alla Libia, com’è stato denunciato da numerose organizzazioni internazionali e come emerge pure dai pochi processi in corso in Italia al riguardo<sup>39</sup>, quei luoghi sono teatro di morti e torture; ma molti altri migranti ricacciati in Libia dalla Guardia costiera di quel Paese spariscono proprio nel nulla. La nuova frontiera del controllo dell’immigrazione irregolare in Italia sembra realizzare, dunque, un concorso in crimini contro l’umanità.

Peraltro, recentemente è stata proposta un’ulteriore forma di ‘esternalizzazione’ dei campi di detenzione: cioè l’impiego di grandi navi quali *hotspot*, quali CPR galleggianti, a bordo dei quali ‘trattenere’ – per usare il solito eufemismo impiegato per la detenzione amministrativa – magari per mesi i migranti naufraghi soccorsi. Si tende a precisare che ciò debba avvenire in condizioni dignitose – la cui realizzabilità appare quantomeno ardua –; purché quei migranti non sbarchino.

Sicuramente, a questo punto si obietterà che in qualche modo si deve pur fronteggiare, nell’immediato, il notevole flusso verso l’Europa di persone che fuggono da devastanti conflitti armati o da situazioni di estrema povertà. Ma rispondere, almeno in parte, ad una tale obiezione è più agevole di quanto si pensi. Infatti, entrambi i *push factors* – per usare un’espressione in voga<sup>40</sup> –, ovvero i fattori che spingono i migranti ad abbandonare le loro case o le relative rovine bombardate, vale a dire 1) conflitti armati e 2) miseria, non sono opera di un fato avverso al quale sia impossibile sottrarsi. Al contrario, entrambi i fattori potrebbero e dovrebbero essere efficacemente contrastati, ed è in tale direzione che andrebbero concentrati gli sforzi dei Paesi europei e di altri Stati ricchi e potenti. Tuttavia, non pare che, nonostante i ricorrenti proclami, vi sia la reale volontà di farlo.

---

<sup>36</sup> V. CESAREO, *Movimenti migratori, tensioni sociali e questione africana*, in FONDAZIONE ISMU, *Ventiseiesimo rapporto sulle migrazioni 2020*, cit., p. 27; A. RICCI, *I migranti forzati nel mondo e in Europa nel 2019*, in IDOS, *Dossier statistico immigrazione 2020*, cit., p. 45.

<sup>37</sup> V. CESAREO, *Movimenti migratori, tensioni sociali e questione africana*, cit., p. 28-29.

<sup>38</sup> Criticamente in proposito ad es. F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 109-110.

<sup>39</sup> Cfr. in particolare G. DINISI, [Il caso Matammud. Un modello terrifico di gestione dei centri d’accoglienza profughi in Libia](#), in *Questione giustizia*, 25.9.2018, in riferimento alla sent. Corte d’Assise di Milano, 10 ottobre – 1 dicembre 2017; G. MENTASTI, [Centri di detenzione in Libia: una condanna per il delitto di tortura \(art. 613-bis c.p.\)](#), *Nuove ombre sulla cooperazione italiana per la gestione dei flussi migratori*, in questa *Rivista*, 2 ottobre 2020, in rapporto alla sent. G.i.p. Messina 28 maggio 2020.

<sup>40</sup> In rapporto ai cosiddetti modelli *push & pull*, cfr. in prospettiva critica D. MASSEY, *La ricerca sulle migrazioni nel XXI secolo*, in A. COLOMBO – G. SCIORTINO (a cura di), *Stranieri in Italia. Assimilati ed esclusi*, Bologna 2002, p. 25 ss.

Infatti, quanto ai conflitti armati, cominciando da quelli in Siria o in Iraq – Paesi da cui provengono milioni di sfollati –, sussistono note ed inequivocabili responsabilità, commissive e/o omissive, anche di Stati sedicenti ‘civili e democratici’, compresi quelli europei. Considerando, poi, specificamente i numerosi conflitti armati africani, non va trascurato un dato piuttosto noto, relativo a quali siano i principali Paesi che esportano legalmente armi nel mondo, in particolare in Africa o verso Paesi impegnati nel sostenere militarmente conflitti armati in Africa: ad esempio Turchia, Egitto ed Arabia Saudita. Secondo i dati recentemente pubblicati dallo *Stockholm International Peace Research Institute* (SIPRI) relativi al quinquennio 2016-2020<sup>41</sup>, parzialmente divulgati in Italia<sup>42</sup>, «emerge una lista di 65 Paesi grandi esportatori di armi, con i primi 5 posti della classifica occupati da Stati Uniti, Russia, Francia, Germania e Cina. I 5 *big* da soli assorbono il 76% di tutte le esportazioni di armi. La Francia è quella che ha registrato il maggior incremento (+44%) nel quinquennio preso in considerazione, seguita dalla Germania (+21%) e dagli Stati Uniti (+15%)». L’Italia si trova al decimo posto, e «i Paesi a cui esportiamo di più sono Turchia (18%), Egitto (17%) e Pakistan (7,2%). Tre Paesi con una situazione interna di tensione (o di vero conflitto) e dove i principali diritti umani spesso non sono tutelati. Tutte condizioni che avrebbero dovuto impedire alle nostre aziende belliche, in base alla legge 185 del 1990, di vendere sistemi d’arma a quelle nazioni». Ancora, «Arabia Saudita, India ed Egitto sono i maggiori importatori, con l’Egitto che ha registrato un balzo dell’*import* di armi del 136% rispetto al quinquennio precedente». Per quanto concerne in particolare l’Africa, «Algeria e Marocco, prese insieme, hanno rappresentato il 70% delle importazioni totali africane di armi», tenendo conto che il SIPRI considera l’Egitto nella diversa sezione “Medio oriente”; «nel 2016-20 l’Africa subsahariana ha rappresentato il 26% del totale delle importazioni di armi africane, rispetto al 41% del 2011-15». Sarebbe bene, dunque, che i Governi di quei Paesi ricchi e potenti fermassero la vendita milionaria di armamenti a regimi autoritari e/o di fomentare conflitti genocidi che causano esodi di massa, ad esempio dalla Siria, dall’Iraq e da alcuni Paesi africani. Certamente, non si può ignorare che esista pure un ingente traffico illegale di armi e che i conflitti armati in Africa e in Medio oriente siano sovente concausati dal terrorismo islamista; ciò nondimeno, occorre richiamare, in particolare, i Paesi europei alle proprie corresponsabilità proprio in quei conflitti armati che generano esodi di massa di migranti.

Venendo all’altro fattore di emigrazione, in particolare dall’Africa, cioè quello dell’estrema povertà e della ricerca di prospettive economiche e lavorative, mentre le frontiere europee rimangono sostanzialmente chiuse per i migranti economici, in Africa si prevede entro il 2035 un aumento delle persone in condizioni di povertà assoluta – cioè, quelle che vivono con meno di 1,90 (uno virgola novanta) dollari al giorno – fino a circa 80 milioni di persone; inoltre, l’Africa subsahariana ha i più bassi livelli di infrastrutture di base del mondo, intendendo per tali «acqua pulita, servizi igienici,

---

<sup>41</sup> Si consulti il sito [sipri.org](http://sipri.org).

<sup>42</sup> [https://www.repubblica.it/solidarieta/emergenza/2021/03/15/news/armi\\_stabile\\_il\\_commercio\\_ma\\_cresce\\_nel\\_sahel-292367535/](https://www.repubblica.it/solidarieta/emergenza/2021/03/15/news/armi_stabile_il_commercio_ma_cresce_nel_sahel-292367535/). Da questa fonte sono tratte le citazioni nel testo.

elettricità e strade»<sup>43</sup>. Nel frattempo, si è assistito ad un «crollo dei prezzi delle materie prime africane», che costituiscono tradizionalmente il principale fattore d'interesse degli investitori esteri; e continuano lo sfruttamento e le esportazioni di petrolio, gas naturale, altri combustibili, metalli e minerali<sup>44</sup>. «A destare ulteriore preoccupazione, in Africa e a livello internazionale, è oggi la questione della sostenibilità dei debiti di diversi Paesi subsahariani. Soprattutto in quelli a basso reddito, lo stock di debito estero è in media raddoppiato tra il 2008 e il 2016»<sup>45</sup>.

Proprio l'aggravarsi della povertà e delle diseguaglianze e la consapevolezza della necessità di investire a scopi di sviluppo economico in Africa hanno indotto l'Unione europea, nel 2015, all'istituzione dell'*EU Emergency Trust for Africa* (EUTF)<sup>46</sup>. Il fondo europeo ammonta a ben 4,9 miliardi di euro per l'intera Africa; ebbene, al di là dei ritardi registrati nell'effettivo stanziamento dei fondi, per avere un'idea della manifesta insufficienza dell'investimento, basta porre mente al dato per cui, a fronte dei citati 4,9 miliardi, il cosiddetto *Recovery fund* per la sola Italia ammonta a circa 200 miliardi, di cui circa 65 a fondo perduto! Dal "Factsheet"<sup>47</sup> disponibile nel sito ufficiale dell'EUTF risulta che, grazie a tale fondo, sono stati volontariamente rimpatriati oltre 90.000 "migranti vulnerabili": dunque, l'Unione europea, anche laddove parrebbe investire risorse in vista dello sviluppo economico del continente africano, in realtà investe sui rimpatri. Nello stesso documento è anche espressamente indicata una lista di priorità fissate dal *Board* EUTF, la prima delle quali è denominata "return and reintegration", ossia la già menzionata 'esternalizzazione delle frontiere'; e tra gli altri risultati vantati nel documento rientrano quelli relativi al contrasto del traffico di migranti. L'orientamento perseguito dal Fondo appare, dunque, quantomeno ambiguo tra politiche di sostegno e contrasto dell'immigrazione irregolare, come segnalano osservatori ed organizzazioni internazionali: in tal senso si veda, ad esempio, il documento dell'organizzazione internazionale *Oxfam* (Oxford Committee for Famine Relief), emblematicamente intitolato «The EU Trust Fund for Africa. Trapped between Aid Policy and migration politics»<sup>48</sup>, secondo cui «i fondi per la cooperazione allo sviluppo corrispondono al 56% delle risorse (2.18 miliardi di euro), mentre le spese per il governo delle migrazioni ammontano al 26% (1.01 miliardi di euro) e le spese per pace e sicurezza raggiungono il 10% (382 milioni di euro) del fondo totale»; «solo 56 milioni di euro sono allocati per

<sup>43</sup> J. BELLO-SCHÜNEMANN, *Orizzonte 2050: le prospettive di sviluppo dell'Africa*, in *ispionline.it*.

<sup>44</sup> <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/investimenti-chi-gioca-la-partita-africa-21298>.

<sup>45</sup> <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/investimenti-chi-gioca-la-partita-africa-21298>; il testo prosegue così: «L'indebitamento nei confronti della Cina desta particolare apprensione. Pechino è infatti ritenuta l'artefice di una trappola del debito che spinge i Paesi africani (e non solo) ad indebitarsi al punto da non poter ripagare i prestiti, con l'obiettivo poi di acquisire asset strategici e aumentare la propria influenza. Secondo uno studio della Johns Hopkins University, ci sono attualmente in Africa tre paesi a rischio default proprio a causa dei prestiti cinesi: Gibuti, Repubblica Democratica del Congo e Zambia. In altri Paesi invece la percentuale del debito posseduta dalla Cina è relativamente più bassa e comunque non superiore a quella di altri creditori (tra cui i Paesi OCSE, i creditori multilaterali e i paesi del Golfo)».

<sup>46</sup> [https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/index\\_en](https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/index_en).

<sup>47</sup> [https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/default/files/factsheet\\_eutf-for-africa\\_january\\_2021\\_0.pdf](https://ec.europa.eu/trustfundforafrica/sites/default/files/factsheet_eutf-for-africa_january_2021_0.pdf).

<sup>48</sup> <https://oxfamlibrary.openrepository.com/bitstream/handle/10546/620936/bp-eu-trust-fund-africa-migration-politics-300120-en.pdf>.

finanziare schemi di migrazione regolare tra Paesi africani, o tra Africa e UE. Ciò rappresenta meno dell'1.5% del valore totale dell'*EUTF for Africa*». Anche la Corte dei conti europea ha mosso addebiti alla Commissione dell'Unione europea in relazione a diversi aspetti della concezione e della gestione operativa dell'EUTF<sup>49</sup>.

### 3. Il ruolo del diritto penale.

#### 3.1. La tutela dei diritti fondamentali dei migranti.

Sulla scorta delle considerazioni svolte, l'attribuzione al diritto penale del compito di contrastare l'immigrazione irregolare assume i contorni di una tragicommedia.

Il sistema penale – non solo in senso proprio, ma anche comprendendo l'apparato punitivo amministrativo costruito dal TUI – è del tutto inadeguato a fronteggiare un fenomeno di dimensioni così vaste e complesse. Vale qui la massima roxiniana secondo cui «la “fuga nel diritto penale” significa spesso solo un sottrarsi della società ai propri compiti politico-sociali costruttivi»<sup>50</sup>.

Il carattere strutturalmente selettivo del diritto penale, unitamente alla dimensione globale del fenomeno migratorio, fa sì che esso risulti inidoneo, da solo, ad intervenire anche laddove ciò è necessario secondo una concezione orientata ai principi costituzionali e ai diritti dell'uomo. Mi riferisco alla tutela dei migranti: ovvero, delle loro vite lese o messe in pericolo durante i 'viaggi della speranza'; della loro incolumità fisica e psichica offesa, ad esempio, nei campi di detenzione libici, legali ed illegali; della libertà personale dei migranti rinchiusi in quei campi o sequestrati dai trafficanti; della libertà sessuale delle migranti; delle energie lavorative dei migranti sfruttati e lasciati vivere in condizioni indegne di esseri umani. L'effettiva tutela di quei beni mediante il diritto penale dovrebbe richiedere l'intervento o, quantomeno, la cooperazione degli Stati nel cui territorio essi vengono offesi.

Il diritto penale rimane tragicamente impotente di fronte alle stragi di migranti in mare, che non sono fatalità, bensì omicidi di massa, commessi anche mediante omissione da parte di coloro che sarebbero obbligati al soccorso in mare. Ma il diritto penale si dimostra poco o punto efficace anche a fronte del traffico di migranti, da intendersi a mio avviso – sul punto tornerò tra breve – come condotta realizzata a scopo di lucro, con cui si mette sovente in pericolo l'incolumità dei migranti. E, purtroppo, la stessa inefficacia risulta manifesta pure in relazione alle torture e alle violenze perpetrate ai danni dei migranti all'estero, durante o dopo i viaggi o nei centri di detenzione: come ho accennato, i procedimenti penali in corso in Italia per fatti del genere sono pochissimi.

---

<sup>49</sup> Cfr. la *Relazione speciale n. 32/2018* della Corte dei conti europea, [Il fondo fiduciario di emergenza dell'Unione europea per l'Africa: flessibile, ma non sufficientemente mirato](#), scaricabile nel sito ufficiale della Corte, [eca.europa.eu](http://eca.europa.eu).

<sup>50</sup> C. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1973, p. 41.

Ma l'intervento penale, talvolta, pare non riuscire neppure a tutelare la libertà personale dei migranti in relazione a fatti avvenuti in Italia. Infatti, trattenere per giorni contro la loro volontà decine di persone a bordo di una nave o sulla banchina di un porto è indubbiamente una privazione della libertà personale che realizza gli elementi del fatto tipico di sequestro di persona, art. 605 c.p. Ben altra questione è se sia individuabile una causa di giustificazione o un'altra causa di non punibilità. Sostenere il contrario, ovvero negare la sussistenza di un fatto di sequestro di persona, significherebbe sostenere quell'irrazionalistica concezione del reato secondo cui «il carnefice non commette un fatto di omicidio, o il medico che per stato di necessità interrompe la gravidanza non commette alcun fatto di reato». Ad un tale ordine di idee, a suo tempo, fu replicato che «quando si dice: il boia ha tagliato la tesa al reo, ma non ha ucciso un uomo [...]; oppure: il medico ha interrotto la gravidanza per salvare la vita della madre, ma non ha ucciso il feto [...], ebbene questo è uno spasmo non solo della parola, ma anche del pensiero»<sup>51</sup>.

D'altro canto, sul piano dell'antigiuridicità, nelle ipotesi citate il fatto di sequestro di persona potrebbe essere giustificato solo ignorando i principi del diritto internazionale consuetudinario e le previsioni di quello pattizio che impongono agli Stati ed ai comandanti delle navi il soccorso di naufraghi, comprendendo univocamente nel concetto di "soccorso" lo sbarco in un porto sicuro<sup>52</sup>, e vietano agli Stati di compiere ogni atto che renda più oneroso per il comandante della nave il soccorso e, dunque, anche lo sbarco, che deve avvenire nel modo più rapido possibile<sup>53</sup>. I persistenti contrasti fra Stati – ma sarebbe più conforme alla sostanza delle cose parlare di un indegno scaricabarile sulla pelle dei naufraghi migranti – relativi all'individuazione di quale tra essi sia obbligato prioritariamente a fornire il proprio "porto sicuro"<sup>54</sup>, in assenza di precise norme di diritto internazionale al riguardo, non possono certo implicare un'abrogazione tacita dell'obbligo di soccorso, e, dunque, addirittura la giustificazione di un sequestro di persona! Al contrario, tutti gli Stati che abbiano la possibilità di farlo devono ritenersi egualmente obbligati al soccorso – non diversamente da quanto vale per ogni reato omissivo, in presenza di una pluralità di obbligati –: essi dovrebbero cooperare allo scopo di soccorrere prontamente ed efficacemente i migranti. Se tali Stati

---

<sup>51</sup> Su questa polemica tra Georg Dahm ed Edmund Mezger, cfr. spec. G. MARINUCCI, *Fatto e scriminanti. Note dottrinarie e politico-criminali*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1983, 1199-1200.

<sup>52</sup> Cfr. il par.1.3.2. dell'Allegato alla Convenzione SAR, ratificata anche dall'Italia: v. in proposito I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue: problemi e lacune del diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2/2019, 512. D'altra parte, condurre i naufraghi in un porto sicuro è un preciso obbligo del comandante della nave soccorritrice, in base al Cap. 5, regola 33.1-1 della Convenzione SOLAS: v. I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, in *Dir. imm. e citt. n.* 3/2017, 13. In argomento, nel senso sostenuto nel testo, v. ampiamente S. ROSSI, *Il sistema penale della navigazione. Contributo allo studio del diritto penale marittimo*, Napoli 2020, p. 266 ss.; cfr. pure F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 146-147, con ult. rif. bibl.

<sup>53</sup> Par. 3.1.9. dell'Allegato alla Convenzione SAR, su cui v. I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue*, cit., 514-515, 517.

<sup>54</sup> Su tale lacuna del diritto internazionale in materia, cfr. ancora I. PAPANICOLOPULU, *Le operazioni di search and rescue*, cit., 518 ss.

omettono il soccorso dovuto o addirittura ostacolano il soccorso altrui<sup>55</sup>, violano tutti il diritto internazionale consuetudinario e la Convenzione SAR; e certamente viola i propri obblighi internazionali lo Stato che ostacola lo sbarco dei naufraghi quando la nave si trova nella sua zona SAR o addirittura nel suo mare territoriale o in un suo porto<sup>56</sup>.

Per altro verso, certamente non può giustificare il sequestro di decine di migranti il vago richiamo alla natura ‘politica’ di un atto, almeno a partire dall’avvento dello stato di diritto moderno, nel quale il *princeps* non è più *legibus solutus*. Tantomeno la giustificazione di un sequestro di persona plurimo può fondarsi su vaghi concetti di “interesse nazionale” o “preminente interesse pubblico”<sup>57</sup> che fondino una sorta di “legittima difesa di Stato”<sup>58</sup>. In realtà, con tali fumisterie si intende far prevalere sulla libertà personale di decine di persone l’interesse al “controllo dei flussi migratori”, attuato in via coercitiva da uno o più componenti dell’Esecutivo mediante la forza pubblica, al di fuori dei casi e modi previsti dalla Costituzione: ma ciò potrebbe avvenire soltanto in un ordinamento autoritario.

L’ineffettività del diritto penale nella tutela dei migranti appare evidente anche in rapporto ad un altro grave problema: quello dello sfruttamento lavorativo. L’inefficacia della tutela nonostante il recente aumento dei procedimenti penali per i reati di cui agli artt.600 e 603-*bis* c.p. dipende, in misura non trascurabile, dalla disciplina extrapenale dell’ingresso e della permanenza dello straniero per motivi lavorativi, ossia, ancora una volta, dal TUI. Quest’ultimo, rendendo arduo l’accesso al lavoro regolare, spinge inesorabilmente i migranti verso il lavoro sommerso, in condizioni di vulnerabilità; si stima che i lavoratori stranieri costituiscano tra un quarto ed un terzo

<sup>55</sup> In tale contesto va menzionato, seppur brevemente, l’evidente contrasto del codice di condotta, di dubbia natura giuridica, imposto nel 2017 dal Governo italiano alle ONG impegnate nel soccorso dei migranti in mare, sia con esigenze letteralmente ‘vitali’ di efficacia di tale soccorso, sia con alcuni principi del diritto internazionale – ostacolando, tra l’altro, le operazioni di salvataggio in acque libiche –; in argomento, cfr. ampiamente I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., 24 ss.

<sup>56</sup> Cfr. in proposito I. PAPANICOLOPULU, *Immigrazione irregolare via mare, tutela della vita umana e organizzazioni non governative*, cit., 6-7, secondo cui nel proprio mare territoriale lo Stato è obbligato a consentire operazioni di soccorso, anche se ciò comporta l’ingresso o il passaggio di navi straniere; cfr. pure *ivi*, 17: «Stante l’obbligo dello Stato costiero di fare tutto il possibile per assicurare un efficace sistema di ricerca e soccorso in mare e di avvalersi dei mezzi disponibili a tal fine, il mancato ricorso ai servizi offerti dalle navi delle ONG o, ancora peggio, l’intralcio recato alle operazioni di soccorso condotte da queste navi, si potrebbero configurare come una violazione dei propri obblighi da parte dello Stato costiero». Ma allora, dal momento che il concetto di soccorso in mare secondo il diritto internazionale comprende espressamente, come si è visto, anche lo sbarco in un porto sicuro, lo Stato costiero deve ritenersi obbligato a consentire quest’ultimo; in tal senso va inteso il richiamo, secondo i principi generali del diritto internazionale – cfr. I. PAPANICOLOPULU, *op. ult. cit.*, 18 –, alle ipotesi di “forza maggiore o *distress*”.

<sup>57</sup> A tale concetto ha fatto invece riferimento la Giunta per le immunità del Senato della Repubblica italiana, alle cui conclusioni si è uniformato il Senato negando, ai sensi dell’art. 9. co. 3 l. cost. n. 1/1989, l’autorizzazione a procedere nei confronti del Ministro dell’Interno nel caso Diciotti; in argomento, cfr. L. MASERA, *Il Parere della Giunta del Senato per le immunità nel caso Diciotti. Alcune riflessioni in attesa della decisione dell’Assemblea del Senato*, in *Dir. imm. e citt.* n. 1/2019, 1 ss.; C. RUGGIERO, *I delitti di solidarietà. Profili dommatici e politico-criminali dei reati di favoreggiamento dell’immigrazione irregolare*, Tesi di dottorato, Napoli 2021, p. 176.

<sup>58</sup> Sulle ascendenze storiche e i gravi rischi per lo stato di diritto connessi a tale figura, cfr. C. ROXIN, *Strafrecht*, cit., p. 674, con ult. rif. bibl.

del totale della manodopera in agricoltura e che buona parte di essi siano ingaggiati irregolarmente, attraverso il sistema del caporalato<sup>59</sup>. In generale, è diffusa la consapevolezza del dato per cui il contrasto allo sfruttamento lavorativo – anche dei cittadini italiani ed europei e dei migranti regolari – richiede prioritariamente l’attivazione di strumenti normativi e controlli extrapenali e lo stanziamento di risorse adeguate<sup>60</sup>.

### 3.2. Il diritto penale dell’immigrazione e il feticcio del “controllo dei flussi migratori”. Profili di illegittimità costituzionale dell’art. 10-bis TUI.

Il diritto penale e quello amministrativo punitivo dell’immigrazione non solo non risultano attualmente in grado di proteggere i beni fondamentali dei migranti, ma non sono affatto orientati alla loro tutela. Essi, invece, si ispirano prevalentemente all’idea – sostanzialmente propria di un diritto di polizia – di una repressione della disobbedienza, in rapporto a oggettività giuridiche costituite da “ordine pubblico” e “sicurezza”, nonché da quella loro specificazione rappresentata dall’«interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori»<sup>61</sup>.

L’endiadi “ordine pubblico e sicurezza” ricorre più di dieci volte nel TUI<sup>62</sup>. Si tratta di due concetti assolutamente vaghi ed onnicomprensivi: il primo è stato giustamente bollato fin dall’Ottocento quale “*Rumpelkammer von Begriffen*”, ripostiglio concettuale<sup>63</sup>, e il secondo è oggetto di diffuse critiche da parte della dottrina penalistica internazionale<sup>64</sup>. Tale endiadi dovrebbe essere completamente bandita dalla legislazione

<sup>59</sup> F. MARTELLONI, *I migranti nel mercato del lavoro tra clandestinizzazione e sfruttamento*, cit., p. 77.

<sup>60</sup> Cfr. fra gli altri F. MARTELLONI, *op. cit.*, p. 94-95.

<sup>61</sup> Il presunto bene giuridico è così definito dalla nota sent. Corte cost., 5 luglio 2010, n. 250, *Considerato in diritto*, 6.3., in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Per un’ampia critica di tale pronuncia, sia consentito rinviare ad A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in E. ROSI – F. ROCCHI (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale*, cit., p. 219 ss. e in *Crit. dir.*, 1/2013, 17 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>62</sup> Cfr. art. 2 co. 7, art. 4 co. 2, co. 3 (due volte) e co. 6, art. 5 co. 5-bis e co. 7-*quater*, art. 9 co. 4, co. 10 e co. 13, art. 9-bis co. 6, art. 13 co. 1 TUI.

<sup>63</sup> Si tratta dell’arcinota definizione di K. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. I, *Normen und Strafgesetze*, 4. Aufl., Leipzig 1922, p. 352, che, pur essendo il primo autorevole teorico del reato come mera disobbedienza, si chiedeva: «Com’è possibile impiegare nella legislazione penale un tale ripostiglio concettuale?».

<sup>64</sup> Cfr. tra i tanti spec. K. AMELUNG, *Der Begriff des Rechtsguts in der Lehre vom strafrechtlichen Rechtsgüterschutz*, in *Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*, a cura di R. HEFENDEHL – A. VON HIRSCH – W. WOHLERS, Baden-Baden 2003, p. 172-173: «Sicurezza è l’assenza di pericolo di minaccia, in termini politico-criminali mancanza di punibili lesioni o esposizioni a pericolo di beni giuridici. Questa sicurezza sussiste, quando le norme penalmente sanzionate vengono osservate. Pertanto [...] sicurezza è soltanto il riflesso della vigenza fattuale delle norme, un nulla che grazie a un uso linguistico reificante viene trasformato in qualcosa di esistente e con ciò stilizzato in oggetto capace di assurgere a bene giuridico»; A. BARATTA, *Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?*, in *La bilancia e la misura. Giustizia, sicurezza, riforme*, a cura di S. ANASTASIA – M. PALMA, Milano 2001, p. 19 ss.; F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Quest. giust.* 2006, p. 673: «La sicurezza come criterio di selezione di tipi criminosi si rivela un po’ simile al valore dell’“obbedienza come tale” di antica memoria [...]. Non

punitiva. Ed invece viene impiegata, nel TUI, con inquietante, reazionaria *nonchalance* repressiva. Si pensi soltanto all'art. 13 co. 1 TUI, che dispone: «Per motivi di ordine pubblico o di sicurezza dello Stato, il Ministro dell'interno può disporre l'espulsione dello straniero anche non residente nel territorio dello Stato». Si tratta di una vera e propria *lettre de cachet* premoderna, che rimette ad un membro dell'Esecutivo un potere sostanzialmente arbitrario – data la vaghezza dei presupposti e la consequenziale assenza di qualsiasi reale possibilità di esercizio del diritto di difesa<sup>65</sup> – del quale si è fatto ampio e sbrigativo uso<sup>66</sup>.

L'interesse al “controllo” e alla “gestione” dei flussi migratori non è altro che una specificazione dei concetti di ordine pubblico e sicurezza in rapporto alle migrazioni; e, non diversamente da quei concetti, costituisce uno pseudo-bene giuridico. La disciplina o il controllo o la gestione dei flussi non è un bene giuridico, ma è la *ratio* dell'intera normativa contenuta nel TUI: essa mira appunto a disciplinare il fenomeno migratorio, delineando un complesso di regole che, oltretutto, come abbiamo visto, risulta strutturalmente inefficace ed anche per questo dà luogo a cicliche sanatorie emergenziali.

Ma, a prescindere da tale inefficacia, il diritto penale non può assumere ad oggetto di tutela un intero complesso di regole. Ciò può essere sostenuto solo all'interno di un diritto penale della mera trasgressione, del reato “quale violazione dell'obbligo”<sup>67</sup>, e confondendo la *ratio* della normativa con il bene giuridico inteso quale oggetto di tutela, secondo il fuorviante percorso argomentativo della cd. concezione metodologica del bene giuridico. Tale concezione, com'è noto, finisce per legittimare il reato di mera disobbedienza, nella misura in cui sostiene che il bene giuridico si identifichi con lo scopo della norma e che, di conseguenza, ogni norma che abbia uno scopo tuteli per ciò stesso un bene giuridico. Se, dunque, ad esempio, una norma penale o amministrativa vieta di mendicare, lo scopo dell'ordinamento è evidentemente che non si mendichi, e il bene giuridico tutelato consiste proprio nell'interesse statale a che non si mendichi. La domanda fondamentale per una teoria critica del bene giuridico, ossia a chi ‘faccia del male’ colui che mendica – o, in altri termini, quale interesse, di una o più persone, venga

---

solo qualunque fatto violento si pone naturalmente in contrasto con la sicurezza, ma qualunque fatto anche lontanamente prodromico a quello è capace di attentare alla sicurezza [...]. L'esito finale di questa operazione mistificatoria è lo scardinamento dell'intero sistema costituzionale dei diritti fondamentali»; M. PAVARINI, *Degrado, paure e insicurezza nello spazio urbano*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini – M. Pavarini, Bologna 2011, p. 55-56; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, p. 92 ss. (sia pur con una conclusione cautamente ‘aperta’); L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, cit., p. 8 ss.; sia consentito pure rinviare ad A. CAVALIERE, *Punire per ottenere ‘sicurezza’: corsi e ricorsi di un'illusione repressiva e prospettive alternative*, in [www.la legislazione penale.eu](http://www.la legislazione penale.eu), 20.4.2021, 1 ss.

<sup>65</sup> Sul nesso inscindibile tra determinatezza del precetto e diritto di difesa cfr. per tutti F. BRICOLA, *Art. 25, 2° e 3° comma*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1981, p. 256; S. MOCCIA, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli 2001, p. 11 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova 1979, *passim*, spec. p. 52 ss., 104 ss.

<sup>66</sup> Criticamente in rapporto a tale istituto E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, in F. CURI – F. MARTELLONI – A. SBRACCIA – E. VALENTINI, *I migranti sui sentieri del diritto*, cit., p. 175-176.

<sup>67</sup> F. SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, Berlin 1935, *passim*.

leso o posto in pericolo da colui che chiede l'elemosina – sparisce completamente dall'orizzonte tecnicistico, ovvero tecnocratico, conformista, 'obbediente' della concezione metodologica del bene giuridico.

Allo stesso modo, se una norma penale o amministrativa vieta di entrare o trattenersi nel territorio statale in violazione di una qualunque disposizione del TUI – si noti il carattere onnicomprensivo di tale rinvio normativo –, il diritto penale della disobbedienza e la concezione metodologica inducono coerentemente a sostenere che tale norma abbia lo scopo di regolare i flussi migratori, ovvero di vietare al migrante di entrare o trattenersi irregolarmente nel territorio statale, e che proprio in tale scopo risieda il bene giuridico tutelato: nell'interesse a regolare i flussi migratori. A chi 'faccia del male' il migrante con il suo mero essere irregolare, ovvero, quale interesse di una o più persone venga leso o messo in pericolo dalla sua mera presenza irregolare, è questione che sparisce completamente dal suddetto orizzonte tecnicistico, ovvero tecnocratico, conformista, 'obbediente' – e in questa ipotesi xenofobo –, proprio della concezione metodologica del bene giuridico. Sostenere che si debba intervenire penalmente contro il migrante irregolare in quanto tale non significa altro che apporgli lo stigma di criminale, per il suo solo essere irregolare. In tal modo, condotte individuali completamente inoffensive possono essere punite.

È innanzitutto per tale ragione – unitamente ad altre su cui mi soffermerò tra breve – che non può assolutamente condividersi la sent. Corte cost., n. 250/2010, che all'epoca ritenne legittimo l'art. 10-*bis* TUI. Contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte, il principio di offensività viene violato, perché la mera condotta di entrare o trattenersi nel territorio dello Stato non lede né pone in pericolo alcun bene giuridico preciso ed afferrabile di una o più persone; non è tale, ripeto, l'interesse al controllo e alla gestione dei flussi migratori, che è la *ratio* dell'intera normativa<sup>68</sup>.

L'obiezione secondo cui non si punirebbe, qui, un mero modo di essere, ma una condotta, ossia quella che viola la disciplina amministrativa relativa ad ingresso e soggiorno regolari, presuppone palesemente una grave confusione tra materialità ed offensività. Il principio di materialità, invero, prescrive la necessità di una condotta percepibile dall'esterno – anche se omissiva – ed impedisce di punire un mero atteggiamento interiore, secondo il brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*. Ma il solo riferimento alla conformità al principio di materialità è del tutto insufficiente ad assicurare l'osservanza del diverso principio di offensività: quest'ultimo richiede che la condotta 'materiale' – ossia percepibile dall'esterno – sia anche tale da ledere o porre in pericolo un bene giuridico legittimamente tutelabile. Ad esempio, il reato impossibile consiste di regola in una condotta esterna, come nei tanti esempi 'classici' del falso grossolano o innocuo, dei *munuscula* a pubblico ufficiale, del tentativo superstizioso etc.; l'accordo criminoso non eseguito è atto materiale, ma non offensivo; i delitti di attentato, allorché erano formulati con riferimento ad "atti" esteriori soggettivamente diretti, ma non necessariamente idonei, risultavano conformi al principio di materialità, ma in

---

<sup>68</sup> Nello stesso senso cfr. recentemente pure F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 132-133.

contrasto con il principio di offensività! Non basta, dunque, affermare che l'ingresso irregolare sia una condotta 'materiale' per ritenere la relativa norma incriminatrice conforme al principio di offensività.

Inoltre, l'assunzione ad oggetto di tutela del reato di cui all'art. 10-*bis* TUI di pseudo-beni giuridici quali l'ordine pubblico, la "sicurezza", la "gestione e il controllo dei flussi migratori" contrasta, insieme, con il principio di offensività e con quelli di personalità della responsabilità penale, art. 27 co. 1 Cost., e funzione rieducativa della pena, art. 27 co. 3 Cost., a causa dell'incommensurabilità tra la condotta individuale punibile, quella del singolo migrante irregolare, e tali *rationes*, in rapporto alle quali può risultare pregiudizievole non certo una singola condotta, ma soltanto un fenomeno generale, vale a dire una violazione di massa.

Infatti, dall'angolo visuale dell'offensività, il fenomeno dell'immigrazione irregolare, visto nel suo complesso, ossia in riferimento a mezzo milione di persone, potrà anche essere ritenuto in contrasto con il "controllo dei flussi", o addirittura pericoloso per l'ordine pubblico e la sicurezza – ammesso e non concesso che si tratti di beni giuridici –: ma non certo la condotta personale di un singolo migrante! Il diritto penale può intervenire per sanzionare una condotta che sia realmente ed in sé offensiva, e non certo a fronte di una condotta innocua, che soltanto se cumulata a centinaia di migliaia di altre possa ritenersi, magari, pericolosa. Dal punto di vista della personalità della responsabilità penale, non si può punire una persona per una condotta in sé inoffensiva solo perché, se tanti altri fanno lo stesso, ne sorge un pericolo: si può rispondere penalmente di un'offesa ascrivibile ad un individuo sul piano oggettivo e soggettivo, e non certo del cumulo di centinaia di migliaia di fatti altrui. D'altro canto, nella prospettiva della funzione rieducativa della pena c'è da chiedersi quale recupero sociale possa mai seriamente prospettarsi nei confronti di una persona che venga punita per quei fatti altrui. In realtà, la criminalizzazione del migrante irregolare non risponde affatto ad una funzione rieducativa della pena, bensì strumentalizza il migrante per scopi di prevenzione generale, in particolare di assicurazione collettiva: e ciò contrasta platealmente con l'art. 27 co. 3 Cost.

Le considerazioni che precedono hanno valenza generale, in quanto costituiscono una confutazione del cosiddetto *Kumulationsgedanke*, diffusamente addotto per legittimare i reati di pericolo astratto e presunto. Non si può punire una condotta innocua argomentando nel senso che, se quella condotta fosse cumulata ad una massa di altre condotte anch'esse di per sé innocue, ne deriverebbe un pericolo. Ciò equivarrebbe a legittimare un intervento ubiquo del diritto penale: se tutti parcheggiassero in doppia fila per strada, ne deriverebbe la paralisi del traffico, ma nessuno può seriamente pensare di punire il parcheggiare in doppia fila; se tutti gettassero una carta sporca in un giardino pubblico, quest'ultimo sarebbe ridotto a una discarica, ma nessuno può pensare seriamente di intervenire penalmente sul singolo trasgressore. L'idea cumulativa o seriale si presta, dunque, a fondare l'intervento penale a presidio di qualunque mera violazione di regole, in violazione anche del principio di sussidiarietà o *extrema ratio*.

Ma ciò non basta. L'art.10-*bis* TUI viola il principio di sussidiarietà, unitamente a quello di effettività del diritto penale<sup>69</sup>, pure sotto un altro profilo. Infatti, la sanzione prevista, vale a dire l'ammenda da 5000 a 10000 euro, è un esempio di umorismo involontario del legislatore, ovvero di "sanzione impossibile": perché se il migrante africano o del Bangladesh disponesse di tale cifra, non affronterebbe certamente un viaggio della speranza potenzialmente mortale lasciando il proprio Paese, ove il reddito *pro capite* è inferiore a due dollari al giorno. L'unica sanzione che viene seriamente in considerazione al riguardo è quella sostitutiva dell'espulsione, che è già prevista quale sanzione amministrativa a carico del migrante irregolare *ex art.* 13 co. 2 lett. *a* e *b* TUI. Questa è la ragione per cui numerose ordinanze di rimessione alla Corte cost., precedenti e successive alla sent. n. 250/2010, hanno condivisibilmente ritenuto l'art. 10-*bis* TUI in patente contrasto con il principio di *extrema ratio*, perché la sanzione penale che viene realmente in considerazione non aggiunge alcunché alla sanzione amministrativa.

La previsione della sanzione pecuniaria risulta, dunque, del tutto ineffettiva e meramente simbolica, in contrasto con il principio di effettività del diritto penale, secondo cui il ricorso alla sanzione criminale si legittima solo se essa è utile ad un qualche scopo: «Ogni legge che non sia armata, o che la natura delle circostanze renda insussistente, non deve promulgarsi; [...] le leggi inutili, disprezzate dagli uomini, comunicano il loro avvilitamento alle leggi anche più salutari»<sup>70</sup>. Del resto, anche se si trattasse di sanzione effettiva, non si vede come potrebbe mai tendere alla rieducazione del condannato: al contrario, come ho già accennato, la criminalizzazione del migrante irregolare in quanto tale risulta criminogena, perché lo esclude ulteriormente dal consesso sociale, sospingendolo verso una marginalità ai limiti della sopravvivenza, verso l'economia sommersa o, addirittura, criminale. La stessa sanzione sostitutiva dell'espulsione risulta assai limitatamente efficace, se si considera la presenza sul territorio di circa 500.000 migranti irregolari, per rimpatriare i quali occorrerebbero decenni, sempre che ciò sia possibile e formulando l'ipotesi irrealistica che in Italia non giungano ulteriori migranti irregolari<sup>71</sup>. In definitiva, la sanzione di cui all'art. 10-*bis* TUI contrasta con l'art. 27 co. 3 Cost. e dunque con qualsiasi funzione legittima dell'intervento penale.

A ciò va aggiunta un'ultima considerazione in termini di effettività del sistema penale, ma riferita più ampiamente all'amministrazione della giustizia penale. Ipotizzare di implementare seriamente il perseguimento penale del reato di cui all'art. 10-*bis* TUI significherebbe contribuire ulteriormente e in misura rilevante al sovraccarico della giustizia penale, perché comporterebbe, data la presenza di mezzo milione di migranti irregolari nel nostro Paese, un carico assolutamente insostenibile di procedimenti penali, ancora maggiore di quello che già allo stato deriva dall'applicazione selettiva di tale disposizione.

---

<sup>69</sup> Su tale principio, cfr. per tutti C.E. PALIERO, *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1990, 430 ss.

<sup>70</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (5<sup>a</sup> ed., Livorno 1766), § XXXII.

<sup>71</sup> In tal senso pure F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 114 nota 51.

### 3.2.1. L'illegittimità degli ulteriori reati di mera inosservanza previsti nel TUI.

Le considerazioni critiche svolte in rapporto all'art. 10-*bis* TUI quale reato di mera disobbedienza contrastante con i principi di offensività, personalità della responsabilità penale, funzione rieducativa della pena, sussidiarietà ed effettività del diritto penale, valgono allo stesso modo per le ulteriori ipotesi di reati di mera trasgressione previste dalla disciplina dell'immigrazione: si tratta dei reati di inosservanza dell'ordine di allontanamento del questore, art. 14 co. 5-*ter* e 5-*quater* TUI, e di inosservanza del divieto di reingresso, art. 13 co. 13 e 13-*bis* TUI. Tutto il sistema repressivo dell'immigrazione irregolare del TUI costituisce un diritto penale da stato di polizia, imperniato in modo quasi ossessivo sull'inosservanza dell'"ordine pubblico", della "sicurezza" e della "disciplina". Tali reati di mera trasgressione costituiscono ipotesi speciali in rapporto all'art. 650 c.p. e ne riproducono l'impronta autoritaria: infatti, contrariamente ad un diffuso orientamento<sup>72</sup>, nell'art. 650 c.p. e nelle figure speciali che ne riproducono la struttura il precetto è posto, di volta in volta, dalla pubblica autorità – in violazione del principio costituzionale di legalità – e si punisce per la semplice disobbedienza all'ordine dato, in contrasto con il principio costituzionale di offensività<sup>73</sup>. Tutte quelle ipotesi sono dunque incostituzionali ed andrebbero depenalizzate.

Dopo la nota sentenza El Dridi della Corte di Giustizia UE<sup>74</sup> e il successivo intervento legislativo – art. 3, co. 1, lett. *d*, nn. 5 e 6, d.l. 23 giugno 2011, n. 89, conv. con modif. dalla l. 2 agosto 2011, n. 129 – che ha eliminato la sanzione detentiva nelle ipotesi di inosservanza dell'ordine di allontanamento – ma non in quelle di inosservanza dell'ordine di reingresso –<sup>75</sup>, quel sistema repressivo basato sulla mera inosservanza non incide pesantemente in termini di carcerizzazione dei migranti, come è avvenuto in passato. Anche in rapporto all'inosservanza dell'ordine di allontanamento, è diffuso il rilievo circa la sostanziale ineffettività della sanzione prevista e della stessa espulsione. Si tratta, dunque, di un diritto penale di polizia in buona parte sterilmente simbolico, ma non per questo meno intollerabile, perché foriero di un'inutile stigmatizzazione del migrante quale criminale.

---

<sup>72</sup> Si ricordi la nota sent. Corte cost., n. 168/1971; per la tesi secondo cui l'art. 650 c.p. sarebbe legittimo limitatamente alle ipotesi in cui rende punibile l'inosservanza di provvedimenti individuali e concreti, cfr. per tutti G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, 1, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2001, p. 110-112; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, 3<sup>a</sup> ed., Milano 2004, p. 39.

<sup>73</sup> Lo riconosce M. ROMANO, *op. loc. cit.*: «È lecito affermare che rileva qui la c.d. *disobbedienza come tale* (cfr. Rocco, *Oggetto*, 505; Delitala, *Fatto*, 195) nel senso che l'illecito è dalla legge interamente costruito sulla trasgressione di singoli comandi», seppure, premette l'Autore, per la tutela mediata di determinati interessi. Di diverso avviso G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *op. loc. cit.*

<sup>74</sup> Cfr. F. VIGANÒ, [La Corte di giustizia dichiara incompatibile con la direttiva rimpatri l'incriminazione di cui all'art. 14 co. 5 ter t.u. imm.](#), in *Dir. pen. cont.*, 29 aprile 2011; L. MASERA – F. VIGANÒ, [Addio art. 14. Considerazioni sulla sentenza della Corte di Giustizia UE, 28 aprile 2011, El Dridi \(C-61/11 PPU\) e sul suo impatto nell'ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont.*, 4 maggio 2011.

<sup>75</sup> Cfr. in argomento, per tutti, L. MASERA, *Art. 14 T.U. Imm.*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. DOLCINI – G.L. GATTA, 4<sup>a</sup> ed., Milano 2015, III, p. 2801 ss.; E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 259 ss.

3.2.2. Gli effetti distorsivi della ratio del “controllo dei flussi” sulle norme in tema di favoreggiamento e di impiego di migranti irregolari.

Com'è stato da più parti osservato<sup>76</sup>, il dato per cui non solo l'intera disciplina amministrativa, ma anche quella penale contenuta nel TUI è imperniata sulla *ratio* del “controllo dei flussi”, scorrettamente inteso quale bene giuridico, comporta una distorsione dell'oggetto della tutela in rapporto alle ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare e di impiego di lavoratori immigrati irregolari. Le relative disposizioni del TUI sono rivolte allo scopo di controllare i flussi e non certo a tutelare i beni dei migranti, segnatamente la loro vita, incolumità, libertà e le loro esigenze abitative e lavorative.

Le ipotesi normative di favoreggiamento non sono legislativamente costruite quali disposizioni a tutela dei migranti irregolari, le cui vite vengono deliberatamente messe in pericolo e la cui dignità personale viene offesa da autori generalmente appartenenti ad organizzazioni criminali, che gestiscono il traffico di migranti per finalità di lucro. La fattispecie di favoreggiamento di cui all'art. 12 co. 1 TUI è invece imperniata sulla semplice condotta di aiuto all'immigrazione irregolare, senza che occorra una finalità di lucro e senza che sia richiesta l'effettiva lesione o l'esposizione a pericolo di un qualunque bene del migrante<sup>77</sup>. La finalità di profitto, la messa in pericolo dell'incolumità, il trattamento inumano o degradante di migranti configurano soltanto circostanze aggravanti, *ex art. 12 co. 3 lett. b e c e art. 12 co. 3-bis lett. b*. La norma incriminatrice è costruita in modo onnicomprensivo, cosicché ricade nel favoreggiamento di migranti anche una condotta realizzata a titolo gratuito e con finalità solidaristica o addirittura umanitaria: perché ciò che rileva non è la tutela *del* migrante, ma la tutela dell'ordine pubblico, della ‘regolarità dei flussi’ *dal* migrante<sup>78</sup>. In altri termini, è la stessa identificazione dell'oggetto di tutela nel “controllo dei flussi” a far sì che le condotte solidaristiche di privati o ONG – addirittura anche quando si tratti di mettere al sicuro vite umane – siano tipiche: perché, secondo il TUI, costoro aiutano i migranti a violare le regole in materia di immigrazione e vanno puniti, allo stesso modo di chi aiuta i migranti a scopo di lucro, esponendoli a trattamenti inumani e degradanti e/o mettendone a rischio l'incolumità. La solidarietà viene del tutto irragionevolmente equiparata al traffico di migranti, in violazione dell'art. 3 Cost.

L'art. 12 co. 2 TUI pone soltanto parzialmente un limite ad una tale criminalizzazione a tappeto, rendendo non punibili le sole condotte di soccorso e di

---

<sup>76</sup> A. CAPUTO, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino 2006, p. 124 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2009, 105 ss.

<sup>77</sup> Si riporta il testo della disposizione per comodità del lettore: «1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona».

<sup>78</sup> Cfr. pure F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 136, 140.

assistenza umanitaria realizzate in territorio italiano<sup>79</sup>. A mio avviso, anche laddove il “favoreggiamento” avvenga al di fuori di tale territorio e quindi al di là dei limiti sanciti dalla disposizione troppo restrittiva del TUI appena citata, si potrà invocare *ex art. 51 c.p.* l’adempimento di un dovere di salvataggio imposto dal diritto internazionale – sia sulla base della consuetudine che della Convenzione SAR –, ancor prima del soccorso di necessità *ex art. 54 c.p.*, al quale l’art. 12 co.2 TUI espressamente rinvia. Ma il problema andrebbe affrontato dal legislatore già sul piano della tipicità, riscrivendo la fattispecie di favoreggiamento, in modo tale da limitarla a quelle sole condotte di traffico di migranti che vengano realizzate a scopo di lucro e che risultino tali da ledere o porre in pericolo l’incolumità fisica e/o psichica dei migranti.

Un discorso analogo vale pure per le ipotesi del cosiddetto favoreggiamento abitativo, art. 12 co. 5-*bis* TUI, e di quello lavorativo, art. 22 co. 12 TUI. Tali incriminazioni non sono volte a tutelare il migrante dallo sfruttamento economico: il favoreggiamento abitativo non è stato introdotto per tutelare il migrante dalla condotta di colui che approfitta della sua necessità abitativa, ed il favoreggiamento lavorativo non è stato introdotto per tutelare il migrante dallo sfruttamento delle sue energie lavorative e/o da trattamenti inumani e degradanti. Entrambe le norme sono state, invece, emanate allo scopo di fare ‘terra bruciata’ attorno all’immigrato irregolare: al quale non si voleva che venissero dati né un tetto, né un lavoro. E si tratta di disposizioni ipocrite, oltre che rivolte ad un’ulteriore esclusione sociale: in realtà, migliaia di migranti irregolari in Italia dormono in baracche, catapecchie od opifici abbandonati, in condizioni igienico-sanitarie vergognose, oppure per strada o sotto i ponti, esposti alle intemperie e alle aggressioni notturne. E migliaia di migranti irregolari subiscono uno sfruttamento lavorativo favorito proprio dalla loro condizione di persone ‘invisibili’, *sans papiers*.

La *ratio* delle due norme appena menzionate si riflette nella loro struttura. L’art. 12 co. 5-*bis* TUI rende punibile, invero, il solo dare alloggio «a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto», ad un migrante irregolare; ma l’ingiusto profitto può derivare, ad esempio, pure dall’evasione fiscale derivante dalla locazione ‘in nero’, a fronte della conformità del canone a condizioni di mercato<sup>80</sup>. La distorsione conseguente all’assunzione quale *ratio* di tutela del “controllo dei flussi” risulta ancora più evidente nell’art. 22 co.12 TUI, che stabilisce: «Il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato». Tale disposizione prescinde completamente dallo sfruttamento lavorativo, che è previsto soltanto quale circostanza aggravante dall’art. 22 co. 12-*bis* lett. c TUI.

---

<sup>79</sup> «Fermo restando quanto previsto dall’articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato».

<sup>80</sup> In tal senso, cfr. ad es. F. CURI, *Il diritto penale speciale del testo unico immigrazione*, cit., p. 153-154.

### 3.3. *L'horror libertatis* nei confronti del migrante e il "trattenimento amministrativo": l'eterno ritorno delle frodi delle etichette e il recente dibattito sulla 'materia penale'

Come già ricordato, il diritto penale della disobbedienza imperniato sulla *ratio* del controllo dei flussi migratori non prevede, ormai, se non in ipotesi residuali, pene detentive per il migrante irregolare. Com'è noto, nonostante i propositi iniziali della maggioranza parlamentare dell'epoca, nelle ipotesi di cui all'art. 10-*bis* TUI non fu introdotta la pena detentiva; tale pena era invece prevista, fino al 2011, in rapporto all'inosservanza dell'ordine di allontanamento, dando luogo ad una carcerizzazione di massa di migranti irregolari; ed è tuttora stabilita quale sanzione per la violazione del divieto di reingresso, art. 13 co. 13 e 13-*bis* TUI.

Tuttavia, l'idea del "controllo dei flussi migratori" continua ad avvicinare il migrante in un reticolo disciplinare di polizia, che giunge fino alla privazione della libertà personale, attraverso il ricorso ad una costruzione artificiale che rappresenta un vero e proprio mostro giuridico, alla stregua dei principi costituzionali del nostro ordinamento: si tratta del cosiddetto "trattenimento amministrativo" di cui all'art. 14 TUI<sup>81</sup>. Esso costituisce in tutta evidenza, al di là dell'etichetta, una forma di detenzione, che può attualmente durare, in via di principio, fino a novanta giorni. A mio avviso – per quanto non mi sia possibile affrontare *funditus* in questa sede il complesso tema del concetto di "materia penale" – si tratta di una misura cautelare sostanzialmente penale, a causa della particolare gravità della lesione che comporta, in quanto incide su un bene che l'art. 13 Cost. dichiara "inviolabile".

Parrebbe, dunque, potersi richiamare il terzo dei criteri elaborati dalla Corte EDU a partire dalla sentenza Engel – apparentemente netta nel considerare sanzione sostanzialmente penale ogni privazione della libertà personale<sup>82</sup> –, per quanto tali criteri

<sup>81</sup> Criticamente in argomento, per tutti, L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in AA.VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. MAZZA – F. VIGANÒ, Torino 2009, p. 77 ss.; nel senso dell'illegittimità costituzionale del trattenimento amministrativo, cfr. inoltre spec. A. CAPUTO, *La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri*, in *Dir. imm. citt.* 2000, 1, p. 51 ss.; A. DI MARTINO, *La disciplina dei «C.I.E.» è incostituzionale. Un pamphlet*, in *Dir. pen. cont.*, 11 maggio 2012, p. 1 ss.; ID., *Centri, campi, Costituzione. Aspetti di incostituzionalità dei C.I.E.*, in *Dir. imm. citt.* 2014, 1, p. 17 ss.; E. DOLCINI, *Carcere, surrogati del carcere, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2012, p. 40 ss.; M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, cit., p. 127; M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello stato di prevenzione*, in *Pol. dir.* 2011, p. 266; L. PEPINO, *Centri di detenzione ed espulsioni (irrazionalità del sistema e alternative possibili)*, in *Dir. imm. citt.* 2/2000, p. 16 ss. Sia consentito pure rinviare ad A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, cit.

<sup>82</sup> Cfr. in proposito per tutti L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, p. 33 ss.; nei brani della sent. Engel riportati dall'A. la Corte EDU riconduceva alla materia penale, alla stregua del terzo criterio, «le privazioni di libertà suscettibili d'essere inflitte a titolo repressivo», il che può, tuttavia, interpretarsi nel senso di non comprendere quelle inflitte "a titolo preventivo", v. *infra*, nota 90. La successiva sent. Öztürk – su cui cfr. spec. C.E. PALIERO, 'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ad una svolta 'radicale', in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1985, p. 894 ss. – pone in evidenza l'alternatività del criterio della 'natura dell'illecito' e di quello della gravità della sanzione, ma quest'ultima parrebbe svolgere in realtà, anche alla luce della giurisprudenza successiva, una funzione meramente sussidiaria; cfr. ancora MASERA, *op. ult. cit.*, p. 37 ss., 217, ove, tuttavia, l'Autore

ed i loro rapporti reciproci siano tutt'altro che nitidi, come viene diffusamente rilevato. Va, comunque, tenuto presente che le norme CEDU sono "interposte", il che significa di rango sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie, ma inferiore in rapporto alla Costituzione. Di conseguenza, il dato per cui una determinata misura o sanzione venga o meno ritenuta attinente alla materia penale dalla Corte EDU in rapporto alla Convenzione EDU non implica che quella misura o sanzione debba o meno rientrare nell'ambito di applicazione dei principi penalistici alla stregua di una nozione costituzionale di materia penale<sup>83</sup>; la Costituzione, anche sotto tale punto di vista, può esigere un livello di garanzie più elevato. Il rischio, altrimenti, è quello di incorrere in una risalente inversione metodologica dura a morire, quella cioè dell'interpretazione della Costituzione alla luce di norme ad essa subordinate<sup>84</sup>.

Una sanzione privativa della libertà personale, nel nostro ordinamento – secondo l'interpretazione più rigorosa dell'art. 13 Cost., che ne supera il cosiddetto "vuoto nei fini"<sup>85</sup> – a mio avviso si legittima soltanto in quanto sanzione penale, conseguente alla realizzazione di un fatto previsto dalla legge quale reato – in quanto offensivo di beni giuridici e personale –, oppure quale misura cautelare penale.

Denominare una qualsiasi forma di detenzione o privazione della libertà personale "amministrativa", allo scopo di eludere l'applicazione dei principi costituzionali relativi alla materia penale, costituisce non solo una frode delle etichette, ma pure un'inaccettabile bagattellizzazione della libertà personale, solennemente dichiarata "inviolabile" dall'art. 13 Cost.; disposizione che, come riconosciuto dalla stessa Corte costituzionale, vale allo stesso modo per cittadini e stranieri<sup>86</sup>.

Ad un tale ordine di idee non varrebbe obiettare che il "trattenimento amministrativo" ha natura "preventiva" e dunque, alla stregua del secondo dei criteri elaborati dalla Corte EDU, non rientrerebbe nella materia penale, nonostante la gravità dell'intervento sui diritti della persona.

In primo luogo, la natura "preventiva" del trattenimento è in realtà una funzione cautelare, in quanto esso è strumentale alla successiva espulsione dello straniero. Ma la funzione cautelare non vale ad escluderne l'attinenza alla materia penale, precisamente in quanto si tratta di misura cautelare che, privando taluno della libertà personale, presenta la gravità che connota la materia penale.

Più in generale, l'orientamento secondo cui la natura, *rectius* funzione, preventiva di una sanzione varrebbe ad escluderne l'attinenza alla materia penale, che sarebbe invece connotata nel senso della natura o funzione "repressiva", può probabilmente

riconosce che «i criteri Engel sono nati proprio per riconoscere le garanzie penalistiche ad una misura [...] di cui la Corte nega la prevalente finalità punitiva, ma che in quanto incidente sulla libertà personale viene comunque fatta rientrare nell'area di applicabilità delle garanzie penalistiche».

<sup>83</sup> Prospetta condivisibilmente un'autonomia ed una priorità della nozione costituzionale di materia penale rispetto a quella convenzionale. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. XIV-XV, 12 ss., 195 e *passim*.

<sup>84</sup> Denunciata, a proposito del rapporto tra Costituzione e leggi ordinarie, spec. da F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., p. 8.

<sup>85</sup> Cfr. in argomento, per tutti, A. CERRI, *Libertà personale (Dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, XXI, Roma 1991, p. 7 ss.

<sup>86</sup> Corte cost., sent. 22 marzo – 10 aprile 2001, n. 105, *considerato in diritto*, punto 4, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

trovare conferme nell'incerta giurisprudenza della Corte EDU<sup>87</sup>; e, tuttavia, risulta incompatibile con i compiti del diritto penale secondo la Costituzione italiana e secondo altri ordinamenti europei continentali. Infatti, secondo la nostra Costituzione – e secondo altri ordinamenti europei contemporanei – la pena, come la misura di sicurezza, si legittima soltanto in quanto persegue finalità di prevenzione. La natura o funzione “preventiva” di una sanzione – in particolare specialpreventiva, ai sensi dell’art. 27 co. 3 Cost. – non ne esclude affatto l’attinenza alla materia penale<sup>88</sup>, ma, al contrario, è fondamentale criterio di legittimità della sanzione criminale.

Chi tenta di escludere dal diritto “punitivo” e dalla materia penale le sanzioni “preventive” si trova di fronte – tra l’altro – l’insormontabile ostacolo dell’attinenza alla materia penale delle misure cautelari “penali”, che pure hanno natura “preventiva”<sup>89</sup>! Tantomeno si può escludere l’attinenza alla materia penale delle misure di sicurezza assumendo che siano orientate anche in senso preventivo, ossia alla prevenzione della pericolosità<sup>90</sup>: si tratta, anche qui, di un artificio, strumentale alla sottrazione ai principi

<sup>87</sup> Cfr. l’accurata disamina di L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 57 ss. che pone in evidenza l’ambiguità ed imprecisione della giurisprudenza della Corte EDU sul punto e tenta di «riconduzione a coerenza l’apparente contrasto della giurisprudenza sul ruolo da assegnare alla prevenzione, semplicemente adottando una terminologia più precisa, che parli di prevenzione generale quando si afferma la coesistenzialità della prevenzione alla teleologia dell’illecito penale, e di prevenzione speciale quando si contrappone la finalità preventiva a quella punitiva», *ivi*, p. 72. In proposito, al di là della dubbia idoneità di tale tentativo di porre ordine negli orientamenti della Corte EDU, preme rilevare che l’esclusione dalla “materia penale” di finalità di prevenzione speciale contrasta frontalmente con l’art. 27 co. 3 Cost. e, dunque, se fosse davvero questa la nozione convenzionale di materia penale, certamente non potrebbe essere quella costituzionale.

<sup>88</sup> Per un diverso ordine di idee, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017, p. 26 ss.; V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in M. DONINI – L. FOFFANI (a cura di), *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, Torino 2018, p. 179-180; F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 1785 ss.; cfr. inoltre L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 217 ss., spec. 225, secondo cui «pare preferibile individuare nella natura punitiva il solo parametro generale di individuazione» della materia penale; peraltro *ivi*, p. 214, 217, 237, l’illustre Autore propende piuttosto per il duplice criterio della derivazione della sanzione da un fatto illecito e del contenuto afflittivo o “disomogeneo” rispetto al danno cagionato dal fatto. In rapporto al trattenimento amministrativo dello straniero irregolare, L. MASERA, *ivi*, p. 224 ravvisa nella privazione della libertà un elemento «non decisivo, ma importante» ai fini di una possibile qualificazione penale; tuttavia, egli sostiene che la qualificazione del trattenimento «come penale [...] non sarebbe in ogni caso idonea a metterne in discussione la legittimità».

<sup>89</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1785 ss. L’illustre Autore, richiamando pronunce della Corte costituzionale e della Corte EDU, prospetta la distinzione tra sanzioni “punitive” – di cui sarebbero sottospecie quelle “penali” – e sanzioni “preventive”; tuttavia, successivamente sostiene che tale distinzione si ritrovi già «all’interno stesso della materia penale», con ciò riconoscendo che sanzioni da egli ritenute “preventive”, come le misure cautelari e quelle di sicurezza, siano penali. Ma se sanzioni “preventive” possono essere penali, il criterio distintivo prospettato si dimostra privo di fondamento; a meno che l’Autore ritenga che esse siano considerate tali solo *per accidens* dal legislatore, ma che sostanzialmente non siano penali.

<sup>90</sup> Cfr. la giurisprudenza della Corte EDU in materia di internamento in strutture psichiatriche di autori ‘pericolosi’ prosciolti per infermità di mente, riportata e commentata da L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 62 nota 92 e p. 88; da tali pronunce della Corte pare emergere una natura sussidiaria del terzo criterio Engel, nel senso che la gravità della sanzione non la rende penale, se non lo è alla stregua

del diritto penale di misure terribilmente afflittive, gravemente incidenti sulla libertà e sulla dignità personale. Artificio che riprenderebbe quello tradottosi, nel codice Rocco, nell'etichetta di misure "amministrative" apposta a misure di sicurezza quali il manicomio criminale – poi O.P.G., oggi R.E.M.S. – e, dunque, riporterebbe la scienza penalistica italiana indietro di oltre novant'anni. Insistere ancora oggi sul carattere "preventivo" delle misure di sicurezza, per sottolinearne la differenza dalle pene in senso stretto, significa continuare a presupporre l'ormai superato dualismo tra ideologia retributiva e preventiva, nonché tra colpevolezza per il fatto e "pericolosità", sotteso al doppio binario pene/misure di sicurezza e notoriamente in crisi da molto tempo<sup>91</sup>.

Il criterio che distingue tra misura "preventiva" e sanzione "punitiva" risulta dunque insostenibile<sup>92</sup>. A ciò si ricollega la *voxata quaestio* in materia di misure di prevenzione – che non può essere approfondita in questa sede – se una misura 'preventiva' che comporti una lesione della libertà personale o di altri diritti fondamentali della persona possa considerarsi 'non penale' solo perché viene applicata *ante o praeter delictum*: se così fosse, la stessa privazione della libertà sarebbe sanzione penale o meno a seconda che presupponesse o no (la prova della) previa realizzazione

del secondo criterio Engel, ossia quello della finalità repressiva anziché 'solo' preventiva. V. pure F. VIGANÒ, *op. loc. cit.*, che afferma decisamente la funzione "preventiva" delle misure di sicurezza, contrapposta a quella delle pene, ma non giunge – né, come accennato, potrebbe – ad estromettere le prime dalla materia penale. Sul carattere sostanzialmente penale delle misure di sicurezza, v. tra i tanti C. PALIERO – A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano 1988, p. 23 ss., 26-27, che si basano, fra l'altro, proprio sull'argomento dell'orientamento di tali misure alla prevenzione speciale.

<sup>91</sup> In argomento, cfr. per tutti E. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva. Profili storici e costituzionali*, Milano 1978, *passim*, spec. p. 142 ss., 271 ss.

<sup>92</sup> Va incidentalmente osservato che F. VIGANÒ, *op. loc. cit.*, a sostegno della propria tesi, riconduce alle misure afflittive – vista la grave privazione della libertà personale –, ma a suo parere "preventive" e quindi "non penali", il trattamento sanitario obbligatorio (TSO); per un'analoga conclusione v. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 218. Tuttavia, entrambi gli Autori, facendo leva su tale istituto per motivare le proprie conclusioni, danno per presupposta la legittimità del TSO e, dunque, tacciono su ciò su cui, invece, non si può tacere in uno stato costituzionale di diritto: ossia sulla grave problematicità del TSO. Infatti, la contenzione fisica – peraltro il discorso dovrebbe coinvolgere pure quella farmacologica, ma diventerebbe più complesso e non può essere affrontato in questa sede – non costituisce, in realtà, una misura "sanitaria", ovvero terapeutica; terapeutica è la libertà, non certo l'essere legati ad un letto di contenzione o imbottito di sostanze neurolettiche (P. DELL'ACQUA, *Il miraggio del farmaco*, in AA.VV., *La medicalizzazione della vita*, AUT AUT, 340, 2008, p. 93 ss.; ID., *Un gene per la potatura delle istituzioni totalizzanti*, in [www.forumsalutementale.it](http://www.forumsalutementale.it), 26 febbraio 2016; R. LAING, *Considerazioni sulla psichiatria*, in F. BASAGLIA – F. ONGARO BASAGLIA (a cura di), *Crimini di pace*, Torino, 1975, p. 352). Il TSO – ma dovrebbe piuttosto parlarsi di TSC, ovvero di trattamento coercitivo, che è cosa diversa da quello semplicemente "obbligatorio" (v. spec. D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano 2002, p. 185 ss.; C. TRIPODINA, *Commento all'art. 32 Cost.*, in S. BARTOLE – R. BIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Bari 2008, p. 331 ss.) – ha, in realtà, una funzione assimilabile a quella di una misura di prevenzione in rapporto al pericolo dell'aggressione di altri o di sé stessi (in tal senso cfr. spec. C. LANDOLFI, [L'aporia della coercizione terapeutica per "malattia mentale" in un ordinamento liberal-democratico: analisi del t.s.o. nella prospettiva delle misure praeter delictum](#), in *Dir. pen. cont.* 5/2018, p. 5 ss.), misura la cui legittimità è diffusamente e fondatamente contestata (*ex multis* G. DODARO, *Coercizione in psichiatria tra sicurezza dei luoghi di cura e diritti fondamentali del paziente*, in S. ROSSI (a cura di), *Il nodo della contenzione*, Merano 2015, *passim*). Occorrerebbe dunque una radicale revisione della materia, a partire dal superamento dell'ennesima frode delle etichette.

di un fatto di reato. A mio avviso, in tal caso la frode delle etichette sarebbe palese ed intollerabile in uno stato costituzionale di diritto<sup>93</sup>.

Tornando al cosiddetto trattenimento amministrativo dei migranti, esso costituisce, data la sua grave incidenza sulla libertà personale, una misura cautelare sostanzialmente penale, assolutamente sproporzionata, per la sua gravità, sia in relazione al fatto per cui si procede – che è costituito di regola dalla mera violazione formale della disciplina del TUI, in particolare *sub specie* presenza irregolare o inosservanza dell'ordine di allontanamento –, sia in relazione alla sanzione la cui applicazione tende ad 'assicurare', rappresentata dall'espulsione<sup>94</sup>.

A fronte di ciò, acquistano valore subordinato, seppure non trascurabile, ulteriori profili di contrasto con l'art. 13 Cost., rappresentati dalla normalità dell'iniziativa del questore nel procedimento applicativo del trattenimento – laddove la regola, secondo il citato art. 13 Cost., dovrebbe essere rappresentata dall'atto motivato dell'autorità giudiziaria e non dall'impulso dell'autorità di pubblica sicurezza –; dal ruolo attribuito al giudice di pace in un procedimento *de libertate* – altra riprova della bagattellizzazione della libertà personale –; dalla grave carenza nella disciplina dei "casi e modi" della privazione della libertà personale<sup>95</sup>.

Ma la disciplina del trattenimento amministrativo risulta pure in contrasto con la direttiva rimpatri, perché inverte tuttora il rapporto regola-eccezione configurato in essa tra rimpatrio volontario ed espulsione coattiva, nonché tra le misure cautelari diverse dal trattenimento e quest'ultimo. Si pensi, in particolare, alla presunzione del pericolo di fuga del migrante irregolare, legata alla mera mancanza di documenti, di alloggio, di mezzi di sussistenza<sup>96</sup>. Anche in ciò si rivela un insostenibile, xenofobo *horror libertatis* nei confronti del migrante.

Le cautele miranti all'espulsione potrebbero e dovrebbero essere circoscritte alla limitazione della libertà di circolazione, predisponendo i necessari controlli e promuovendo percorsi di inserimento sociale per chi osserva tale limitazione. Naturalmente, sarebbe necessario poter redistribuire a livello nazionale ed internazionale le presenze e l'impegno a promuovere l'inserimento sociale dei migranti. Si tratta di oneri certo gravosi; tuttavia, essi costituiscono una sfida necessaria per quegli ordinamenti da stato sociale di diritto, ispirati al primato di istanze personalistiche e solidaristiche. Sono, infatti, convinto che soltanto così, ovvero coniugando libertà, eguaglianza e fratellanza, e sforzandosi di realizzarli sia nei Paesi di origine che in quelli

---

<sup>93</sup> L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 213 ss., formula considerazioni critiche in rapporto al criterio della finalità preventiva oppure punitiva/repressiva, ritenendola «nella prospettiva del consociato» che subisce la misura «solo una forma più raffinata di truffa delle etichette», *ivi*, p. 216; peraltro, una frode non meno grave consisterebbe nel negare l'attinenza alla materia penale di una misura solo perché *ante* o *praeter*, e non *post delictum*. Ad ogni modo, proprio il criterio prima criticato viene successivamente adottato, in funzione concorrente, dall'A., v. *supra*, nota 88.

<sup>94</sup> Sulla sproporzione in rapporto all'espulsione cfr. MAGISTRATURA DEMOCRATICA – ASSOCIAZIONE PER GLI STUDI GIURIDICI SULL'IMMIGRAZIONE, *Una svolta possibile e necessaria*, cit., 293.

<sup>95</sup> Su tali profili, cfr. criticamente, per tutti, E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 195, 197-198, 201-203, 214 ss.

<sup>96</sup> In argomento, cfr. E. VALENTINI, *Il proteiforme apparato coercitivo allestito per lo straniero*, cit., p. 183 ss.

di destinazione dei migranti, si possa realmente governare un fenomeno così complesso. Non certo innalzando muri materiali o normativi, ovvero discipline repressive dell'immigrazione irregolare che risultano insieme illusorie, ipocrite – per lo sfruttamento dei migranti cui finiscono per dare luogo – e lesive delle vite dei migranti.