

# SP

SISTEMA  
PENALE

FASCICOLO

12/2024

**COMITATO EDITORIALE** Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-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 Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Riscato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti.

**COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI)** Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andrezza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Enrico Basile, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Francesca Biondi, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Carlo Bonzano, Matilde Brancaccio, Carlo Bray, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Gaia Caneschi, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Carlotta Conti, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Jacopo Della Torre, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Stefano Finocchiaro, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Dèsirèe Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kostoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, 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, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scarioina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Nicola Triggiani, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Maria Chiara Ubiali, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia.

**REDAZIONE** Francesco Lazzeri, Giulia Mentasti (coordinatori), Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Ponteprino, Tommaso Trincherà.

*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*), 1/2023, p. 5 ss.

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### PAPER

E. CARLONI, <i>Conflitto di interessi e abuso di ufficio: problemi aperti tra amministrazione e costituzione.....</i>	5
E. RECCIA, <i>Populismo e diritto penale del nemico nella legislazione del migrante.....</i>	21
O. LOMBARDI, <i>Responsabilità penale dell'uomo per il danno cagionato attraverso condotte dolose e colpose nell'impiego dei sistemi di intelligenza artificiale.....</i>	57

### SCHEDE

G.L. GATTA, <i>"Asfissia applicativa" e "ineffettività" del riformato reato di traffico di influenze illecite: la Procura di Roma chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale (processo sulle mascherine – covid).....</i>	75
S. ZIRULIA, <i>Il "decreto Piantedosi" sulle operazioni di soccorso in mare approda alla Consulta.....</i>	79
M.C. UBIALI, <i>Concorso pubblico truccato anticipando i temi delle prove: non potendo più ricorrere alla turbativa d'asta e all'abuso d'ufficio, il Tribunale di Milano condanna per rivelazione di segreti d'ufficio.....</i>	83
F. VITARELLI, <i>Lo sfruttamento del lavoro intellettuale è fuori dal tipo descritto dall'art. 603-bis c.p.?.....</i>	89
C. MISTRORIGO, <i>Una fotografia delle indegne condizioni presenti nelle carceri italiane in una ordinanza del Magistrato di Sorveglianza di Firenze a seguito di reclamo ex art. 35 bis o.p.....</i>	99
C. PASINI, <i>L'impatto del c.d. pacchetto sicurezza sulle persone straniere in Italia e sul fenomeno dell'immigrazione.....</i>	107



## CONFLITTO DI INTERESSI E ABUSO DI UFFICIO: PROBLEMI APERTI TRA AMMINISTRAZIONE E COSTITUZIONE (\*)

di Enrico Carloni

*Lo scritto riflette sugli effetti, sul sistema amministrativo ed in particolare sull'impianto, già frammentario, dei conflitti di interesse e dei connessi obblighi di astensione, dell'abrogazione del reato di abuso di ufficio. In termini più complessivi l'A. esamina il problema della capacità del sistema dei presidi amministrativi di reggere di fronte all'arretramento del controllo penale sull'abuso di potere pubblico, evitando perdite di tutela: la risposta negativa porta a riflettere sulla compatibilità costituzionale di una riforma che porta con sé l'incapacità dell'ordinamento nel suo complesso di rispondere ad un bisogno fondamentale di garanzia del cittadino, che costituisce l'ossatura portante del disegno liberale e democratico già prima di essere centrale per la tenuta del progetto costituzionale.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “posto” dell’abuso di ufficio nel sistema dei conflitti di interesse. – 3. Un problema (ampio) di costituzionalità. – 4. Una serie di questioni più specifiche. – 5. Il problema della compatibilità con i “vincoli internazionali”. – 6. Considerazioni conclusive e di sistema.

### 1. Premessa.

La riforma “Nordio” (legge n. 114 del 2024), nel prevedere l’abolizione del reato di abuso di ufficio sin qui disciplinato dall’articolo (più volte manomesso) 323 del codice penale, ha prodotto una serie di effetti sistemici che vanno al di là della sola disposizione abrogata. Questo anzitutto perché, proprio in ragione del suo venir meno e quindi per le conseguenze concrete che ne derivano in termini di perdita di tutela, gli interpreti non possono non cogliere, ed anzi sono posti con forza di fronte a questa evidenza, il valore portante della figura di reato di cui pure si è pensato e disposto il superamento. Ci sono vuoti che si fanno sentire, istituti sottovalutati che mostrano la propria funzione proprio quando vengono meno, si manifestano e si rivelano. Questa pare la traiettoria dell’abuso di ufficio, oggetto di una narrazione schiacciata sui dati relativi alle condanne definitive, ma perno della legalità dell’amministrazione.

---

(\*) Questo scritto riprende e sviluppa la relazione “*Quale controllo sull’abuso di potere*”, al convegno *Abuso di potere e Costituzione* (Perugia, 9 dicembre 2024), nel quadro del Prin 2022 Integra PA – *Effettività e integrazione delle politiche anticorruzione*.

Questo, per più motivi, che solo in parte si esauriscono nel perimetro del diritto penale. Per il suo carattere residuale, quindi in quanto rivolta a dare garanzia al cittadino di fronte all'abuso di potere anche quando questo non risultava inquadrabile in più specifiche e maggiormente tipiche figure di reato. Per il suo essersi fatta carico, nel corso del tempo, di altre ipotesi di reato di non secondaria importanza ma confluite nel reato di abuso di ufficio: tra queste in particolare quelle di interessi privati in atti di ufficio e di peculato per distrazione (e, da ultimo, anche dei favoritismi nei concorsi pubblici<sup>1</sup>). Per il suo rispecchiare sul versante delle responsabilità del funzionario, anche e proprio perché *di chiusura*, quel valore costituzionale fondamentale che è legato al rifiuto di atti arbitrari del pubblico ufficiale e trova manifestazione nella scelta del ripristino della scriminante della reazione contro questi tipi di atti sin dalla stagione dei decreti luogotenenziali.<sup>2</sup> Per il suo ruolo portante nell'orientare le condotte del funzionario affermando, dal punto di vista non solo penale ma culturale, il rifiuto di un uso "a fini personali" del potere pubblico. Per il suo stretto dialogo con la figura di reato del traffico di influenze illecite (che è "svuotato", "strozzato", "soffocato"<sup>3</sup> in termini applicativi<sup>4</sup>, in particolare dall'assenza di un illecito legato a forme di favoreggiamento o prevaricazione non collegate a dazioni di vantaggi economici).

La questione principale, dal nostro punto di vista, è in ogni caso relativa al rapporto che sussiste(va) tra abuso di ufficio e "sistema" dei conflitti di interesse, ponendosi il reato come snodo rilevante per la tutela sostanziale dei cittadini di fronte a decisioni assunte in violazione dell'obbligo di astensione.

Non mi soffermerò sulle ragioni che hanno accompagnato la scelta riformatrice, salutata con favore da un mondo istituzionale che va anche al di là di quello strettamente riconducibile alla maggioranza di governo (è nota in particolare la posizione di molti sindaci e di Anci<sup>5</sup>). In altra occasione sarà interessante ritornare sul discorso sulla burocrazia difensiva: ripercorrendo la formula dell'abrogato art. 323 viene però da chiedersi se possa essere considerato un problema il fatto che il funzionario pubblico

<sup>1</sup> Cfr. es. in materia ora V. MAIELLO, *Turbata libertà degli incanti, concorsi pubblici divieto di analogia in "malam partem"*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 3, 2024, pp. 696 ss.; I. FINA, *Concorsi pubblici "turbati": il divieto di analogia "in malam partem" impedisce la configurabilità del delitto di turbativa d'asta*, in *Diritto penale e processo*, n. 1, 2024, pp. 57 ss.

<sup>2</sup> Come ricorda ad esempio R. CANTONE, [Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite \(d.d.l. Nordio\)](#), in *questa Rivista*, 19 settembre 2023.

<sup>3</sup> Cfr. G.L. GATTA, [La legge Nordio e il "soffocamento applicativo" del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali](#), in *questa Rivista*, 16 luglio 2024.

<sup>4</sup> Tanto da far ritenere che sussistano ragioni per rimettere alla Corte costituzionale la valutazione sul mancato rispetto dei vincoli internazionali sul punto assunti dall'Italia: cfr. Procura di Roma, memoria del 2.12.2024, p.m. Tucci e Ielo.

<sup>5</sup> L'importanza della pressione dei sindaci è rimarcata ad esempio da R. GAROFOLI, [La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra Pnrr e rilancio della macchina dello stato](#), in *questa Rivista*, 27 marzo 2023; va segnalato, da ultimo, che proprio di fronte ai sindaci riuniti in assemblea dell'ANCI (22 novembre 2024) la Presidente del Consiglio, Giorgia Meloni, ha rivendicato l'abrogazione del reato ed il complessivo intervento sulle responsabilità degli amministratori ("abbiamo fatto nostra una battaglia storica dell'Anci").

possa avere il timore di operare nella consapevole violazione della legge favorendo o svantaggiando indebitamente mentre omette di astenersi in una situazione di conflitto di interessi. E non mi soffermerò neppure sul fatto che dopo la riduzione drastica dell'ambito applicativo del reato da parte della riforma "Conte" del 2020, il problema di eccessiva "genericità" era dunque invero da ritenere superato, ponendosi semmai l'opposto problema della "scopertura" di condotte abusive discrezionali se non in conflitto di interessi.

## 2. Il "posto" dell'abuso di ufficio nel sistema dei conflitti di interesse.

La disposizione ora abrogata disponeva in particolare, come noto, che il reato potesse configurarsi a fronte della volontà cosciente di arrecare un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale "omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti". Le situazioni extrapenali tipizzate di "conflitto di interessi" acquistano, dunque, un rilievo diretto entrando ad integrare la fattispecie penale. Da questa integrazione le disposizioni sui conflitti di interesse ricavavano non solo maggiore rilevanza, ma traevano effettiva consistenza: questo aspetto è rilevante ai fini del nostro discorso e merita di essere meglio spiegato.

La sistematica dei conflitti di interesse, della quale è peraltro noto il carattere frammentario<sup>6</sup>, poggia su una molteplicità di disposizioni che individuano specifiche situazioni che comportano il dovere di astensione, diversamente declinate per gli organi collegiali (attingendo a principi generali desunti dalla giurisprudenza a partire dalle disposizioni del Testo unico degli enti locali), per i commissari in sede di concorso (qui con applicazione dei principi dell'art. 51 del codice di procedura civile), per chi opera nel campo dei contratti pubblici (in via generale, ora art. 16, codice dei contratti), ma soprattutto, per la generalità dei funzionari burocratici, dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici, oltre che in altre previsioni specifiche (si pensi a quelle contenute nella legge "Frattoni", sui conflitti di interessi dei membri del Governo). L'art. 6 bis della legge 241 del 1990 proietta in modo esplicito sul regime di legittimità degli atti gli effetti della mancata astensione. Si trattava dunque di una regolamentazione del conflitto di interessi, già prima della riforma Nordio che come vedremo incide in senso negativo su di esso, suscettibile di un "ampio margine di miglioramento": un sistema troppo complesso, scarsamente trasparente, con ampi "vuoti" (sia per quanto attiene ai doveri di astensione che per quanto riguarda quelli di dichiarazione), complessivamente poco efficiente. Da qui l'esigenza di una sua revisione: in particolare, l'introduzione di

---

<sup>6</sup> In tempi non sospetti definivamo quello dei conflitti di interesse "un quadro normativo frammentario e non sempre coerente" (E. CARLONI, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Bologna, Il Mulino, 2023, p. 149). Sull'esigenza di una riforma della materia, si v. es. già R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020, che giudica l'impianto, anche dopo le innovazioni frutto del sistema di anticorruzione che deriva dalla legge n. 190 del 2012, poco organica, tale che "resta [...] avvertita l'esigenza di una disciplina complessiva"; cfr. R. CANTONE, F. MERLONI, *Conflitti di interesse: una diversa prospettiva*, in *Diritto Pubblico*, n. 3, 2019, pp. 879 ss.

“verifiche sostanziali”<sup>7</sup> e di “sanzioni efficaci, proporzionali e dissuasive”<sup>8</sup> per le situazioni di conflitto di interessi è tra le raccomandazioni del Greco che precedono l’abrogazione della figura di reato.

Quali i “filtri” di fronte ad una situazione di conflitto di interessi: in primo luogo lo stesso funzionario, chiamato a riconoscere e segnalare situazioni diverse, ora “documentate e documentabili” (come, ad esempio, nel caso di decisione che interessi il proprio coniuge) ora meno auto-evidenti e meno facilmente accertabili (si pensi a casi di forte amicizia o grave inimicizia). In secondo luogo, la struttura, ed in particolare il dirigente (che sarà poi chiamato a gestire le situazioni di conflitto), che risente di un deficit conoscitivo però maggiore di quella del funzionario.

Il pilastro della tenuta delle situazioni di conflitto di interesse finisce per risiedere in ultima istanza sulle dichiarazioni di assenza di conflitti di interesse che accompagnano, ove previste, i diversi passaggi procedurali ed il ruolo che in questi assumono i funzionari, con possibili controlli delle dichiarazioni tramite però meccanismi di verifica puramente documentali (talvolta affidati persino a ulteriori dichiarazioni). Dichiarazioni che, se rese (come nel caso, ad esempio, dei componenti di commissioni di concorso) rendono ancora rilevante in termini penali la questione: non più per omessa astensione in situazione di conflitto, ma per falsa dichiarazione di assenza di conflitti di interessi. Va detto però che, fuori dalle dinamiche concorsuali, nella quotidianità dell’azione pubblica il funzionario non sempre è messo di fronte all’esigenza di rendere costantemente queste dichiarazioni, né la loro moltiplicazione appare auspicabile.

L’amministrazione dispone di limitati strumenti conoscitivi che vadano al di là di queste autodichiarazioni, delle quali è avvertito spesso l’inutile formalismo. Una prospettiva su cui lavorare è quella dell’integrazione di banche dati e lo sviluppo di sistemi di *red flags*. Sarebbe poi interessante investigare a fondo i dati relativi al possibile ruolo del *whistleblowing* (che però fino alla recente riforma risultava pochissimo praticato), od alla capacità del processo amministrativo di far emergere situazioni non meramente formali di conflitto di interessi<sup>9</sup> (tramite il ricorso a mezzi di prova plurali), od alle (sin qui carenti) potenzialità della trasparenza come risposta e quindi contrasto di queste situazioni.

Non può però nascondersi il fatto che è stato finora essenzialmente il controllo penale, attraverso le indagini per ipotesi di reato di abuso di ufficio, a consentire di investigare la presenza di situazioni sostanziali di conflitto di interessi. Una volta conosciute grazie all’indagini penali, le situazioni di omessa astensione potevano poi

---

<sup>7</sup> Per quanto attiene agli obblighi di dichiarazione, ferma la loro non piena riferibilità alle diverse figure di funzionario rilevanti, il Greco raccomanda in ogni caso “che tutte le dichiarazioni presentate da persone con funzioni dirigenziali di alto livello siano soggette a verifiche sostanziali” (Greco, *Quinto ciclo di valutazione, Prevenzione della corruzione e promozione dell’integrità nei governi centrali (funzioni esecutive di alto livello) e nelle forze dell’ordine. Rapporto di Valutazione sull’Italia*, Eval 5 Rep (2023)5, adottato il 25 marzo 2024, § 115).

<sup>8</sup> Si v. GRECO, *Quinto ciclo di valutazione*, cit., § 127.

<sup>9</sup> In questo senso si v. le *relazioni* al convegno *Abuso di potere e pubblica amministrazione*, rispettivamente di M. FALCONE, G. PETTINARI, C. CUDIA.

riflettersi sul regime dell'atto amministrativo e su altre forme di responsabilità (*in primis* disciplinare, ma anche amministrativo-contabile).<sup>10</sup>

Il venir meno del controllo penale rende, in sintesi, formalistico il sistema dei conflitti di interesse<sup>11</sup>: ci troviamo di fronte ad una “sterilizzazione di fatto” del conflitto di interessi non auto-evidente (usando l'espressione utilizzata da Mongillo con riferimento alla doppia riforma che investe il traffico di influenze<sup>12</sup>). Cogliamo qui, anche da questo parziale angolo visuale, quanto fosse poco sincera la relazione di accompagnamento del disegno di legge Nordio<sup>13</sup> quando, non arrivando al punto di ritenere lecite le condotte di abuso di potere, affermava la capacità dei sistemi di controllo amministrativo e di prevenzione della corruzione di assicurare una senza arretramenti”<sup>14</sup> la tenuta sul fronte della protezione del cittadino.

È, in sostanza, evidente l'arretramento del sistema di contenimento e contrasto delle situazioni di conflitto di interesse, il che è tanto più preoccupante se pensiamo al fatto che già la lettura del sistema previgente evidenziava l'inadeguatezza del quadro normativo italiano su questo fronte.<sup>15</sup> La “promessa” della riforma, di una sostituzione tra contrasto penale e contrasto amministrativo senza perdite sostanziali di tutela<sup>16</sup> è smentita su tutti i fronti, ma lo è qui in particolare già sul versante cognitivo: la pubblica amministrazione, anche quando disponesse di strumenti efficaci per rimediare alle sue decisioni assunte in conflitto di interessi e sanzionare il responsabile, non è dotata di leve conoscitive adeguate che le permettano di entrare nel vivo delle relazioni sostanziali (di vicinanza, simpatia, interesse, clientela, nei termini pure inquadrati dalle diverse fattispecie rilevanti). In disparte il discorso sul perimetro soggettivo (inadeguato, in quanto limitato al solo personale burocratico) del regime di astensione che fa capo al codice di comportamento, la questione è la assenza (salvo che il discorso non si leghi allo stimolo penale) di “un meccanismo credibile ed efficace di supervisione e di sanzione”<sup>17</sup> sui codici di condotta.

Dopo un quinquennio di progressivo indebolimento del sistema di prevenzione della corruzione, è d'altra parte forse ottimistico ritenere che possano essere le limitate funzioni dei responsabili di prevenzione della corruzione, gli indeboliti meccanismi preventivi fondati su piani di prevenzione resi meno effettivi dalla loro integrazione nei “PIAO” (Piani integrati di attività e organizzazione), il ruolo sempre meno avvertito (e

<sup>10</sup> Si v. in questo senso le *relazioni* al convegno *Abuso di potere e pubblica amministrazione* di F. MERENDA e L. MERCATI.

<sup>11</sup> Si v. la *relazione* di L. PIANESI al convegno *Abuso di potere e pubblica amministrazione*.

<sup>12</sup> V. MONGILLO, [Splendore e morte del traffico di influenze illecite](#), in *questa Rivista*, 22 marzo 2024.

<sup>13</sup> *Relazione al d.d.l. n. 808, del 2023, del Ministro della giustizia (Nordio) e dal Ministro della difesa (Crosetto), recante Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale, all'ordinamento giudiziario e al codice dell'ordinamento militare*.

<sup>14</sup> Nella *Relazione al d.d.l. n. 808* si legge infatti che “l'insieme organico dei rimedi preventivi, approntati anche in sede di controllo amministrativo, e repressivi, di natura penalistica, disciplinare, contabile ed erariale, consente di assicurare una completa tutela degli interessi pubblici, *senza arretramenti*” (p. 3, enfasi aggiunta).

<sup>15</sup> Tra gli altri v. es.

<sup>16</sup> Si v. sul punto già E. CARLONI, *L'abuso di potere, tra contrasto penale e contrasto amministrativo: i limiti dell'anticorruzione amministrativa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, 2024, pp. 637 ss.

<sup>17</sup> Così di nuovo Greco, *Quinto ciclo di valutazione*, cit.

forse anche sempre meno esercitato) di ANAC, a poter rispondere in termini efficaci alle esigenze connesse alle nuove sfide.<sup>18</sup>

### 3. Un problema (ampio) di costituzionalità.

Se questo è vero, come mi pare difficilmente contestabile, il problema è evidente: una riforma che rende non più perseguibili condotte di cui pure si continua a riconoscere il disvalore, che è palmare Costituzione alla mano, non trova se non in termini retorici una compensazione nelle risorse dei controlli e dei meccanismi amministrativi, sui quali comunque non si interviene.

Questo mentre la dimensione procedurale è stata oggetto di riforme di semplificazione che ne hanno ridimensionato, ed in alcuni casi svuotato, la funzione: questo in particolare nel campo dei contratti pubblici, specie grazie all'apertura amplissima a soluzioni senza-gara (in quanto tali non configurabili neppure nel campo visuale del reato di turbativa d'asta).<sup>19</sup> Non che non rimanga una farraginosità e pesantezza delle procedure, ma paradossalmente questa si annida in ogni interstizio dell'azione pubblica salvo poi cedere il passo a vuoti procedurali proprio laddove si opera in contesti più delicati e si decide l'assegnazione di appalti con affidamento diretto.

Tanto più a fronte del ridursi di riferimenti procedurali, ma comunque in termini complessivi, non può d'altra parte essere il ricorso giurisdizionale al giudice amministrativo la risposta ai perduti meccanismi di tutela: perché ad animare il ricorso è l'interesse proprio del ricorrente e non certo l'interesse pubblico all'integrità e imparzialità dell'amministrazione, perché i ricorsi al Tar sono costosi (con effetti quindi censitari quanto a tutela di fronte ad abusi di potere pubblico), perché il potenziale ricorrente si trova spesso in una situazione di deficit conoscitivo che è anche maggiore di quella dell'amministrazione (il che si riflette tanto sulla propensione al ricorso, a fronte di atti che formalmente potrebbero apparire corretti, ma anche sull'orientamento all'accertamento dei fatti nel processo).

In tutto questo, il principio di "fiducia nell'azione corretta e legittima dell'amministrazione" di cui parla ora, con aspirazioni sistemiche<sup>20</sup>, il nuovo codice dei contratti<sup>21</sup>, diventa una sorta di cambiale in bianco che si fonda essenzialmente

<sup>18</sup> Si v., per un bilancio (e un check up dello stato) dell'anticorruzione, il numero speciale di *Istituzioni del federalismo*, n. 3 S, 2023. Si v. inoltre da ultimo, per una prospettiva complessiva dell'evoluzione dell'anticorruzione nelle sue diverse "stagioni", F. MERENDA, *La parabola dell'anticorruzione in Italia. Un percorso segnato da riforme e controriforme amministrative*, in S. CURTI (a cura di), *Da Milano a Genova. Corrotti e corruttori da Tangentopoli ad oggi*, Bologna, Il Mulino, 2024, pp. 47 ss.

<sup>19</sup> Cfr. es. P. ADESSO, L. MICONI, *Affidamenti diretti: la rilevanza penale è definitivamente preclusa?*, in *Urbanistica e appalti*, n. 2, 2023, pp. 175 ss.; G.M. RACCA, *Abuso d'ufficio e contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2024, pp. 291 ss.

<sup>20</sup> Si v. ampiamente E. CARLONI, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti e le sue implicazioni*, in *Diritto Pubblico*, n. 1, 2024, pp. 131 ss.

<sup>21</sup> Art. 2, c. 1, d.lsg. 31 marzo 2023, n. 36 (Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge

sull'assenza di controlli. Il che, inevitabilmente, alimenta ulteriore sfiducia, peraltro già molto bassa in Italia stando alle rilevazioni in materia, rispetto al funzionamento delle istituzioni.

Si tratta dunque di riforme apertamente contraddittorie, ma che soprattutto lasciano scoperte sul fronte dei meccanismi di garanzia situazioni di particolare gravità, come segnalato in ambito scientifico ed ora anche nel dibattito pubblico: la furia abolitrice alimentata da un discorso pubblico e politico legato a nervi scoperti nel rapporto tra politica e magistratura, ha rimosso un reato che, nelle diverse formulazioni, era alle fondamenta dello Stato liberale e di quello democratico.

Sia che si colga la questione dal lato del divieto di prevaricazione, sia che lo si faccia da quello del rifiuto di interessi privati, e quindi pur al variare delle formulazioni, la presenza di un controllo penale sull'abuso di potere pubblico è dunque alla radice dell'idea di Stato di diritto, proprio a garanzia dell'effettività delle libertà e dei diritti dei cittadini. Ma non è questa la sede per ripercorrere le antiche tradizioni dell'istituto. E come appaia di converso radicale l'idea di abolire un reato che già era stato sin troppo ridimensionato dalla riforma del 2020.

Questo *in primis* rispetto all'abuso in danno: il divieto di prevaricazione (il rifiuto di "angherie") muove sin dal Codice Napoleone del 1810, passa attraverso il Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819, per giungere, infine, al Codice Zanardelli del 1889 e quindi accompagnare la storia del Regno d'Italia, proprio per proteggere dagli abusi del potere esecutivo "le emergenti libertà individuali dei cittadini".<sup>22</sup> A prescindere dalla sua fondatezza storica, la nota storia del "giudice a Berlino" ci parlava già, a ben vedere, di una vicenda di abuso di potere (si può dire di abuso in danno, a scapito del povero mugnaio di Potsdam).

Nel discorso sull'abuso di potere si intrecciano d'altra parte le questioni della protezione dalla prevaricazione, ma anche la non meno centrale questione della cura dell'interesse generale. Si può risalire, qui, fino alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino (art. 12): "la garanzia dei diritti dell'uomo e del cittadino ha bisogno di una forza pubblica; questa forza è dunque istituita per il vantaggio di tutti e non per l'utilità particolare di coloro ai quali essa è affidata". Se la legge è volontà generale, la sua esecuzione non può piegarsi agli interessi propri del funzionario.

Venendo all'oggi, in letteratura si riconosce la presenza, nelle Carte costituzionali, di un principio di anticorruzione (così lo chiama Techout<sup>23</sup>), che consiste esattamente nel rifiuto di decisioni pubbliche guidare da interessi propri del funzionario (*rectius* nel "dovere di agire nell'interesse pubblico e per il bene comune", come ricorda anche l'ordinanza di rimessione di Teramo<sup>24</sup>). Si tratta di un principio che si può leggere ad esempio bene nell'art. 98 della Costituzione, quando si parla di "servizio esclusivo"

---

21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici), la cui valenza sistemica è confermata dall'art. 4 dello stesso codice.

<sup>22</sup> Cfr. A. SATTA, *L'evoluzione legislativa: dall'abuso innominato all'attuale formulazione dell'art. 323 c.p.*, in A.R. Castaldi, M. NADDEO (a cura di), *La riforma dell'abuso d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2021.

<sup>23</sup> Z. TEACHOUT, *The Anti-Corruption Principle*, in *Cornell Law Review*, 94, 2009, pp. 342 ss.

<sup>24</sup> Trib. Teramo, ord. 22.11.2024, Pres. Di Valerio, Est. Ursini

alla Nazione: Merloni, in tempi non sospetti, proponeva appunto di rileggere “Nazione” come “interesse pubblico”.<sup>25</sup> Ma non è solo questo principio di “esclusività” a porsi come riferimento in questa prospettiva: si pensi all’art. 54, sul quale torneremo, od ai principi di imparzialità e di buon andamento scolpiti nell’art. 97 della Costituzione. Ma lo stesso principio di legalità, la tutela dei diritti fondamentali, l’eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla (applicazione della) legge, la ricerca di effettiva condizione (“di fatto”) di eguaglianza come stella polare che deve guidare i pubblici poteri, il principio di “cura”.<sup>26</sup> Lo Stato di diritto entra in fibrillazione se il funzionario non è spinto ad orientare la sua condotta alla cura degli interessi della comunità.

Nell’art. 1, c. 2, del d.l.gs. 33 del 2013<sup>27</sup> si esplicita il rilievo strutturale che ha la trasparenza<sup>28</sup>: lo stesso può dirsi per questo principio di anticorruzione, anch’esso non solo manifestazione implicita ma non per questo meno evidente di altri principi espressi (imparzialità, esclusività, buon andamento, affidamento e fiducia, disciplina e onore, responsabilità, “servizio”) e impliciti (fiducia, trasparenza, integrità e lealtà) ma, di nuovo, “condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali”, ed al pari chiamato ad integrare “il diritto ad una buona amministrazione” e a concorrere “alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino”.<sup>29</sup> Il richiamo, che la legge formula nel rapporto con la trasparenza, al principio di “buona amministrazione” è particolarmente pregnante ai fini del nostro discorso, se è vero, attingendo alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione, che ogni individuo “ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale” (art. 41.1).<sup>30</sup>

L’amministrazione vive costantemente nel rapporto con interessi particolari, e il senso di fondo che ne alimenta il valore costituzionale sta non ultimo nella costante capacità di operare tra gli interessi senza per questo pretermettere o indebitamente privilegiare interessi. Da qui il valore che da tempo, ben prima delle riforme anticorruzione, si lega alla figura del conflitto di interessi.

---

<sup>25</sup> F. MERLONI, *Introduzione. L’etica dei funzionari pubblici*, in F. Merloni, R. Cavallo Perin (a cura di), *Al servizio della Nazione*, Milano, FrancoAngeli, 2010, pp. 15 ss.

<sup>26</sup> Sul principio di “cura” come principio costituzionale che emerge dalla trama della Carta fondamentale, si v. A. PIOGGIA, *Cura e pubblica amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2024.

<sup>27</sup> Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

<sup>28</sup> Sul punto ci sia consentito rinviare ampiamente a E. Carloni, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, Il Mulino, 2022.

<sup>29</sup> Un commento dettagliato dell’articolo è in B. Ponti (a cura di), *La nuova trasparenza amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2013.

<sup>30</sup> Su questo diritto, cfr. es. D.U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti amministrativi oggi (anche alla luce delle discussioni sull’ambito di applicazione dell’art. 41 della Carta dei diritti UE)*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2019, n. 2, pp. 165 ss.

#### 4. Una serie di questioni più specifiche

Si può però riflettere ancora sul contrasto tra una simile scelta legislativa e le regole e i principi della nostra Carta fondamentale. Le varie ordinanze di rimessione alla Corte evidenziano ovviamente anzitutto il conflitto tra il “vuoto” creato dalla riforma<sup>31</sup>, e quindi la connessa non contestabilità in termini penali di condotte di prevaricazione, favoritismo, clientelismo, *patronage*, che costituiscono poi le molteplici manifestazioni della “corruzione” secondo l’accezione fatta propria dal dibattito scientifico<sup>32</sup> e dalle convenzioni internazionali in materia.<sup>33</sup> La distanza che sta tra la “*corruption*”, più ampia, e la “*bribery*” (corruzione nel senso di tangente), questa più circoscritta ad un reato di “scambio”, è (era) colmata proprio da figure di reato come l’abuso di ufficio.

L’abolizione, in assenza di una diversa ed efficace forma di contrasto, incide dunque anzitutto sui principi costituzionali sin qui protetti da questa figura di reato.

Tra i principi e le regole chiamati in gioco dalle ordinanze di rimessione possiamo distinguere quelli nazionali da quelli internazionali ed europei. Stando ai primi, è ricorrente il riferimento agli articoli 97 e 98, ma anche all’art. 54. La “tolleranza” dell’abuso di potere è in effetti in aperta contraddizione con l’idea costituzionale di un funzionario che vedendosi affidate funzioni pubbliche ha il dovere di adempierle in modo onorevole, vedendosi quindi gravato, come è chiaro stando ai lavori dell’Assemblea costituente, di un “doppio dovere” che gli deriva dal dover essere in quanto cittadini fedeli alle leggi e alla Costituzione ma anche dall’essere “strumento di cui la collettività si serve”.<sup>34</sup>

Nella nozione delle scienze politiche e sociali, di corruzione come tradimento nell’esercizio di un potere fiduciario<sup>35</sup>, si legge bene l’idea di un dovere di fedeltà e di

<sup>31</sup> Si v. già G.L. Gatta, [Abuso d’ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale](#), in questa Rivista, 26 agosto 2024, che da subito segnalava come risultassero, dopo la riforma, “scoperte” condotte dal chiaro disvalore: “gli abusi di vantaggio, gli abusi di danno e le omesse astensioni in presenza di conflitti di interessi (oltre ai peculati per distrazione di beni immobili) cadono nella sfera dell’art. 2, co. 2 c.p., realizzando quei vuoti di tutela penale denunciati a più riprese da inascoltati accademici e magistrati nel corso dei lavori parlamentari e che verranno alla luce nelle prossime settimane” (ivi, § 2.1.4).

<sup>32</sup> Cfr. es., tra i tanti, A.A. ROGOW e H.D. LASSWELL, *Power, Corruption and Rectitude*, Englewood Cliffs, N.J., Prentice-Hall, 1963, pp. 132-133. Una sintesi del dibattito sul punto in E. Carloni, *L’anticorruzione*, cit., pp. 31-32. La corruzione è «abuso di un potere fiduciario per un profitto privato», utilizzando la definizione che propone Transparency International e sulla cui base elabora il suo indice di percezione di corruzione (CPI).

<sup>33</sup> Di nuovo in tempi non sospetti Anac, aveva segnalato come a livello di convenzioni internazionali la corruzione finisse per essere inquadrabile in un insieme di “comportamenti soggettivi impropri di un pubblico funzionario che, al fine di curare un interesse proprio o un interesse particolare di terzi, assuma (o concorra all’adozione di) una decisione pubblica, deviando, in cambio di un vantaggio (economico o meno), dai propri doveri d’ufficio, cioè dalla cura imparziale dell’interesse pubblico affidatogli cambio di un vantaggio (economico o meno), dai propri doveri d’ufficio, cioè dalla cura imparziale dell’interesse pubblico affidatogli” (ANAC, *Piano nazionale anticorruzione 2019*, p. 10).

<sup>34</sup> Si v. F. SULLO, *intervento*, durante discussione generale dell’Assemblea Costituente sul Titolo quarto della Parte prima del progetto di Costituzione (20 maggio 1947).

<sup>35</sup> Cfr. es. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *La corruzione come sistema. Meccanismi, dinamiche, attori*, Bologna, Il Mulino, 2021.

una responsabilità connessa alla “fiducia”: e non è troppo distante, questa idea, da quella che traspare dall’art. 54 della Costituzione quando collega l’affidamento (che è un atto di fiducia, che genera responsabilità e doveri “modali”) al doveroso esercizio con disciplina e onore.

L’amministrazione imparziale è d’altra parte un cardine portante del disegno costituzionale, tanto che su questa base la Corte costituzionale fonda il rilievo del principio di distinzione tra politica e amministrazione e la connessa “riserva” di poteri ai funzionari. D’altra parte, il contrasto tra la riforma ed il principio di imparzialità è quello più evidente, ed anche quello meglio approfondito nelle numerose ordinanze di rimessione: questo mi consente di sviluppare alcune riflessioni sul punto, senza pretesa alcuna di esaustività e sistematicità.

L’amministrazione è imparziale nella sua organizzazione e nella sua azione: il legislatore costituzionale usa però un’espressione che impegna anzitutto quello ordinario. La pubblica amministrazione è organizzata in base alla legge in modo che ne sia assicurato il buon andamento e l’imparzialità. Grava dunque sulla legislazione il compito di assicurare questo obiettivo che ha un valore portante dell’intera intelaiatura costituzionale<sup>36</sup>, basti in questo senso pensare al ruolo che le amministrazioni hanno per la tenuta di tutti i diritti a partire da quelli fondamentali (che sono “inviolabili”, e quindi insuscettibili di perdere un livello minimo di protezione di fronte agli arbitri del potere pubblico), per l’uguaglianza formale e sostanziale, per lo stesso carattere democratico della Repubblica (a meno di sposare nozioni “povere” del concetto di democrazia). Esposto all’abuso e disarmato di fronte ad esso il cittadino torna suddito: nulla è più lontano dal disegno costituzionale.

Quindi, senza pretesa di esaustività, la riforma viola in modo diretto gli articoli 1, 2, 3, ma anche 4 (in combinazione con l’art. 98, visto che un versante ora totalmente scoperto è quello dei concorsi pubblici e delle selezioni pubbliche orientate al merito). Proprio l’assenza di protezione rispetto a procedure di valutazione diverse da quelle che riguardano appalti pubblici (questione che impone forse di rileggere in termini costituzionalmente orientati il perimetro di applicazione di reati relativi alla “scelta del contraente”), lascia sguarniti i concorsi pubblici ma anche le procedure selettive non strettamente concorsuali (come quello per l’accesso ai corsi universitari a numero chiuso, sui quali sembrano già addensarsi anomalie che rischiano di frustrare vocazioni e impegno dei nostri giovani), e frustra dunque il principio del merito anche ai sensi dell’art. 34 della Costituzione. D’altra parte, la violazione dell’art. 4 entra in gioco anche con riferimento al venir meno di ogni presidio penale rispetto agli abusi sulle aggiudicazioni di appalti attraverso affidamenti diretti, il che è la norma dopo il codice dei contratti del 2023<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Il Tribunale di Catania, osserva, nell’ordinanza di rimessione, che “l’abrogazione interviene in un contesto nazionale che lascia del tutto privi di tutela gli interessi perseguiti attraverso l’art. 323 c.p. e le finalità cogenti della convenzione di Merida, non apprestando l’ordinamento italiano alcuna sanzione alla lesione degli obblighi di trasparenza, imparzialità e buona fede nell’agire del pubblico amministratore”: Trib. Catania, Sez. II, ord. 26.11.2024, Pres. De Pasquale.

<sup>37</sup> Cfr. *ex multis* S. Usai, *Considerazioni sull’affidamento diretto del nuovo Codice dei contratti*, in *Appalti e Contratti*,

Ma viola anche l'art. 28 della Costituzione, accogliendo la lettura che ne dà l'ordinanza di rimessione di Teramo<sup>38</sup>, come disposizione che non si limita a richiamare la responsabilità penale per fatto proprio che è anche del funzionario, al pari degli altri individui, ma è espressione dell'esigenza di dare sanzione anche penale alle condotte dei funzionari lesive di diritti: questo perlomeno nei casi più gravi, che sono poi quelli presidiati potenzialmente proprio dal reato di abuso di ufficio.

Il che può leggersi forse anche in termini meno stringenti, ma comunque qui rilevanti: il principio di responsabilità impone di non lasciare spazi vuoti (di irresponsabilità) laddove le condotte pubbliche antigiuridiche incidano sui diritti individuali. La responsabilità può non essere necessariamente penale, ma le condotte richiedono però di essere sanzionate in termini di effettività: il che chiama in causa di nuovo il mancato rafforzamento del contrasto amministrativo, quale ineludibile precondizione che sola avrebbe potuto giustificare l'arretramento penale.

La violazione dell'art. 3 è poi legata anche all'irragionevolezza della riforma: un aspetto sul quale potrebbero spendersi molte pagine. È stato osservato che in esito all'abrogazione ora l'ordinamento sanziona l'omissione di atti di ufficio ma non la più grave condotta di abuso, persino di prevaricazione.<sup>39</sup> Dispone la scriminante della reazione a fronte di atti arbitrari del pubblico ufficiale, ma ne tollera la condotta arbitraria: quasi ad ammettere che il cittadino possa farsi giustizia da solo ma non richiedere al sistema di tutelarla di fronte ad abusi di potere. Sanziona penalmente il conflitto di interessi in ambito societario ma non in ambito pubblico.<sup>40</sup> Abroga la sanzione ma non l'illecito<sup>41</sup>, che è tale ma non è più perseguito. D'altra parte, le ragioni che per lo stesso riformatore consentono di operare la *abolitio criminis* evaporano all'apparire del vero.

Né può esservi buon andamento, sia che lo si intenda nel prisma dei principi europei di buona amministrazione, sia che lo si faccia entro le coordinate forse più limitate delle "tre e" (efficienza, efficacia ed economicità), se l'amministratore opera per la cura di interessi "propri" e non di quelli che gli sono affidati. Il venir meno del presidio penale richiede dunque, anche in questo caso, un necessario ribilanciamento dei meccanismi "altri" di protezione: nel caso dei conflitti di interesse, però, il venir meno del sindacato penale svuota anche il contrasto amministrativo nei termini che prima abbiamo sinteticamente segnalati.

---

n. 7-8, 2023, pp. 9 ss.

<sup>38</sup> Si v. di nuovo Trib. Teramo, ord. 22.11.2024, Pres. Di Valerio, Est. Ursini

<sup>39</sup> In questo senso cfr. es. G.L. GATTA, [Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale](#), in *questa Rivista*, 26 agosto 2024.

<sup>40</sup> In questo senso v. L. PIANESI, *relazione al convegno Abuso di potere e pubblica amministrazione*.

<sup>41</sup> Cfr. M. DONINI, *Abuso di ufficio ultimo atto. Una abolitio criminis per limitare i processi, non gli illeciti*, in *Diario di diritto pubblico*, 3 novembre 2024.

## 5. Il problema della compatibilità con i “vincoli internazionali”.

Tra i numerosi problemi di compatibilità costituzionale, tutte le ordinanze di rimessione evidenziano il problematico rapporto tra la riforma e gli articoli 11 e 117 della Costituzione, come parametri interposti e quindi con riguardo alla violazione di “vincoli” internazionali assunti dall’Italia attraverso la sottoscrizione di convenzioni e la loro ratifica.

In questo senso, il riferimento principale è la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione (o Convenzione di Mérida) del 2003<sup>42</sup>, ratificata senza riserve dall’Italia. Non va trascurato, peraltro, il rilievo della Convenzione contro la corruzione del Consiglio d’Europa, in particolare per l’esplicito riferimento all’esigenza di criminalizzazione del traffico di influenze: una previsione che indirettamente, come vedremo, chiama in causa anche la scelta abrogatrice dell’abuso di ufficio.

Nella Convenzione di Mérida il tema della necessità di punire le condotte di abuso di ufficio è trattato dall’art. 19, che prevede che si presti debita attenzione a sanzionare “quando l’atto è stato commesso intenzionalmente” il fatto per un pubblico ufficiale “di abusare delle proprie funzioni o della sua posizione, ossia di compiere o di astenersi dal compiere, nell’esercizio delle proprie funzioni, un atto in violazione delle leggi al fine di ottenere un indebito vantaggio per se o per un’altra persona o entità”. Si tratta di una formulazione che chiaramente inquadra in termini ampi la figura dell’abuso di ufficio (anche in termini più ampi di quanto non fosse previsto nel nostro ordinamento dopo la riforma del 2020, che poneva numerose e stringenti ulteriori condizioni), ma sconta, in questa prospettiva, il fatto che la criminalizzazione del reato non è strettamente vincolante. La Convenzione utilizza, in effetti, tre espressioni, graduate, che vanno dalla vincolatività alla facoltatività: “*shall adopt*”, “*shall consider adopting*”, “*may adopt*”: l’art. 19 si colloca nel modello intermedio. Da qui una riflessione, sviluppata in alcune ordinanze di rimessione, sul vincolo di “*stand still*”<sup>43</sup> che si porrebbe, per i Paesi che avessero già avuto nel loro ordinamento questa figura di reato, a non operare in senso contrario all’impegno assunto, rimuovendo un reato già previsto ed in effetti la tesi appare convincente.

La guida per l’implementazione della convenzione<sup>44</sup>, che è atto di interpretazione autentica della Convenzione di Merida, esplicita che questo livello di vincolatività comporta un impegno a prendere seriamente in considerazione l’adozione di una misura di criminalizzazione, ed a compiere ogni sforzo per verificare la compatibilità con il proprio ordinamento di una figura di reato. In questi termini è chiaro l’approccio elusivo che si lega alla scelta abrogatrice di un reato già da tempo presente

---

<sup>42</sup> United Nations Convention against Corruption (UNCAC), adottata dall’Assemblea Generale con risoluzione 58/4 del 31 ottobre 2003

<sup>43</sup> Si v. es. Trib. Bolzano ord. 11 novembre 2024, Pres. Tappeiner, est. Secchi; Trib. Firenze, ord. 25.10.2024, Pres. Belsito, Est. Innocenti; Trib. Busto Arsizio, ord. 21.10.2024, Pres. Fazio, Giud. Ferrazzi e Montanari. In senso contrario, di non ritenere ricavabile dalla Convenzione un “divieto di regresso”, Trib. Reggio Emilia, ord. 7.10.2024, Pres. Iusto, Giud. Caputo, Piergallini.

<sup>44</sup> United Nations Office on Drugs and Crime Division for Treaty Affairs, *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against Corruption*, New York, 2006.

nell'ordinamento ed assolutamente compatibile (di più, necessario) nel quadro costituzionale.

Qui a supplire l'interprete entra tra l'altro la Convenzione di Vienna del 1969<sup>45</sup>, sull'interpretazione dei trattati: con la sottoscrizione e la ratifica lo Stato si impegna ad interpretare i trattati e quindi attuarli "in buona fede"<sup>46</sup>, considerati "oggetto e scopo" del trattato.<sup>47</sup> Il divieto di privare il trattato del suo scopo interviene sin dalla sottoscrizione, e vincola nel complesso a rispettare non solo la lettera ma anche le finalità complessive del trattato, considerato anche il preambolo ed il contesto di riferimento. E va evidenziato che nel quadro della Convenzione delle Nazioni Unite l'idea di "corruzione" che emerge è chiaramente rivolta a ricomprendere forme di esercizio a fini privati delle funzioni pubbliche anche a prescindere dal carattere bilaterale del reato: assunta quindi una nozione "larga" di corruzione, la Convenzione impegna chiaramente gli Stati al "rafforzamento" delle misure volte a prevenire e combatterla in modo più efficace.

Nel caso di specie, alla luce di quanto ricostruito, l'abrogazione dell'abuso di ufficio non incide d'altra parte soltanto sul vincolo (come che lo si interpreti) alla criminalizzazione della condotta, ma anche, in modo non secondario, sulla tenuta del sistema di contrasto dei conflitti di interesse, che ne esce prosciugato e ridotto ad un guscio formalistico.

Considerando che non da ora il contrasto dei conflitti di interesse si sostiene nel rapporto tra regole *extra-penali* e reato di abuso di ufficio, l'effetto che ne deriva è dunque la violazione di un altro impegno assunto a livello internazionale, quello ad "adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che [...] prevengono i conflitti di interesse".<sup>48</sup> Vale, in sostanza, per i conflitti di interesse, un discorso simile a quello che si può fare sul traffico di influenza: l'uno e l'altro reggendosi, in termini sostanziali, sulla presenza di un reato che sanzioni le condotte di prevaricazione, favoritismo, clientelismo, interessi privati in atti di ufficio, finiscono per essere svuotati dall'abrogazione del reato.

## 6. Considerazioni conclusive e di sistema.

La possibile rilevanza dell'abrogazione rispetto ai vincoli assunti a livello internazionale va valutata per una ragione tecnica ma non secondaria: è evidente che i profili di illegittimità con riferimento al contenuto di specifici principi costituzionali potrebbe ben consentire di prescindere dall'esigenza di invocare la violazione interposta di convenzioni internazionali, ma qui il problema è anche quello di rientrare nei limiti

---

<sup>45</sup> Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, conclusa a Vienna il 23 maggio 1969, ratificata con legge 12 febbraio 1974, n. 112.

<sup>46</sup> Si v. in part. L'art. 26 ("*Pacta sunt servanda*"): "ogni trattato in vigore vincola le parti e queste devono eseguirlo in buona fede".

<sup>47</sup> Già prima della sua entrata in vigore, "uno Stato deve astenersi dal compiere atti suscettibili di privare un trattato del suo oggetto e del suo scopo" (art. 18); si v. anche l'art. 31 sul dovere di interpretare un trattato in buona fede considerate le sue formulazioni "nel loro contesto ed alla luce dei suo oggetto e del suo scopo".

<sup>48</sup> Così l'art. 8, c. 4 della Convenzione.

che sin qui la Corte costituzionale<sup>49</sup> si è data nel giudizio di legittimità costituzionale su norme penali dalla cui abrogazione cui derivino effetti in “*malam partem*”. Non è mia intenzione entrare nel tema, posso però senz’altro convenire con alcune sollecitazioni che si ricavano da alcune ordinanze di rimessione: questo auto-vincolo che deriva dalla giurisprudenza costituzionale non può giustificare una *cecità* della Corte rispetto a violazioni gravi, palesi e dagli effetti sistemici di principi e parametri costituzionali che si pongono quali pilastri del disegno repubblicano (e, prima ancora, illuminista e liberale).

E, quindi, è convincente la riflessione relativa all’esigenza che la Corte arricchisca il novero delle eccezioni al suo orientamento restrittivo rispetto a pronunce di incostituzionalità con effetto di re-introduzione di ipotesi di reato abrogate. E tra le eccezioni, tra le quali troviamo già il rispetto di vincoli internazionali, per ragioni sistemiche non vedo come non possa trovare spazio l’ipotesi di mancata criminalizzazione di condotte che attentino ai principi di fondo del disegno costituzionale. Questo, ineludibilmente, quantomeno per la prevaricazione (può valere la pena riportare alla mente l’art. 16 della Dichiarazione universale del 1789: “ogni società in cui la garanzia dei diritti non è assicurata [...] non ha una costituzione”).

Si concorda con l’idea che vede nel contrasto penale l’*extrema ratio*, ma come evidenzia Forti<sup>50</sup> questa affermazione va letta in due direzioni: da un lato, nel senso di cercare di limitare (approntando in particolare altre forme di risposta e di contrasto) il ricorso alle misure penali; dall’altro, nel senso di accettare il ruolo specifico del diritto penale, di presidio ultimo ma necessario di beni giuridici fondamentali. Tra questi, senz’altro, non può non esservi la tutela del cittadino di fronte ad abusi di potere pubblico.

Volendo però accogliere l’esigenza di ridimensionare un problema che si sviluppa altrove (nel rapporto tra poteri dello Stato, nell’uso strumentale nel discorso pubblico e politico di notizie di reato, nella scarsa qualità del discorso mediatico e nella limitata cultura garantistica, ancorché ambivalente, secondo logiche partigiane, rispetto al principio di presunzione di innocenza, nella stessa iper-complessità del quadro normativo), l’arretramento penale non può non essere collegato ad un rafforzamento dei meccanismi di contrasto e di garanzia di tipo amministrativo.

Tra questi, come semplice suggestione, come propone Angelini<sup>51</sup>, la riscoperta di una figura di ombudsman (da far rinascere dalle ceneri della altalenante e fragile esperienza dei difensori civici) cui il cittadino possa rivolgersi, in prossimità delle violazioni avvertite e con poteri conoscitivi e ispettivi che gli consentano di dare una tempestiva risposta a chi si ritenga leso da abusi di potere. Al fianco di questo, però, alcune figure di reato maggiormente tipizzate possono e debbono essere previste,

---

<sup>49</sup> Si v. in particolare Corte Cost., n. 8 del 2022 sul divieto di sindacato della legge penale in *malam partem*, con eccezione relativa appunto al rispetto dei vincoli internazionali. Cfr. Trib. Busto Arsizio, ord. 21.10.2024, Pres. Fazio, Giud. Ferrazzi e Montanari; v. anche Trib. Reggio Emilia, ord. 7.10.2024, Pres. Iusto, Giud. Caputo, Piergallini.

<sup>50</sup> Cfr. G. FORTI, *Relazione di sintesi (in sette parole)*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 2, 2024, pp. 759 ss.

<sup>51</sup> M. ANGELINI, *relazione al convegno Abuso di potere e pubblica amministrazione*.

magari ritornando a figure come l'interesse privato in atti di ufficio, ma anche dando copertura penale alle "turbative" nei concorsi pubblici che sia almeno pari a quella riconosciuta in materia di appalti.

Il quadro è complesso ed il sistema appare tuttora in movimento. L'abrogazione dell'art. 323 del codice penale non sembra essere l'ultima parola sulla storia secolare dell'abuso di ufficio. Questo per ragioni che prescindono, come si è cercato di evidenziare, dalla direttiva comunitaria anticorruzione in attesa di approvazione<sup>52</sup>, cui comunque può conclusivamente essere interessante fare un cenno.

Il testo della direttiva non è stabilizzato, né è prevedibile il punto di caduta delle diverse formulazioni. Gli stessi tempi dell'approvazione sono incerti, per quanto si attenda una ripresa convinta dei lavori e quindi l'avvio del trilogico con il passaggio, nel prossimo gennaio, dalla presidenza di turno ungherese a quella polacca.

La proposta della Commissione dispone la necessaria criminalizzazione delle condotte di abuso di ufficio, questo sia nel Considerando 13 ("occorre inoltre definire il reato di abuso di ufficio nel settore pubblico come omissione di un atto da parte di un funzionario pubblico, in violazione della legge, al fine di ottenere un indebito vantaggio"), sia nell'art. 11 ("gli Stati membri prendono le misure necessarie affinché sia punibile come reato la condotta seguente, se intenzionale: [...] l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo"). In questa direzione va il testo approvato dal Parlamento.

Diversamente, il testo del Consiglio, evidentemente con l'influenza della componente governativa italiana, prevede una formulazione meno vincolante, sostanzialmente in linea con le indicazioni della Convenzione delle Nazioni Unite. È chiaro che l'approvazione del testo nella sua formulazione originaria determinerebbe l'esigenza di reintrodurre il reato, ma per le ragioni sin qui evidenziate si tratta di una figura di reato che, per quanto tormentata, merita di essere ripristinata.

Proprio nel rapporto con la disciplina dei conflitti di interesse, peraltro, l'abuso di ufficio ha mostrato le sue potenzialità e forse sfumato i difetti che gli venivano attribuiti. Un meccanismo in grado di sollecitare presidi amministrativi, e quindi uno strumento utile perché in dialogo con la dimensione preventiva e con la responsabilità disciplinare.

Da qui, forse, si può ripartire: per riempire il vuoto aperto dalla riforma si può immaginare di articolare un quadro più chiaro e organico di situazioni di conflitto da presidiare, da rendere effettivo attraverso la messa in relazione tra controllo penale e controllo amministrativo. Un dialogo che peraltro appare in termini più complessivi necessario per rendere effettivo il sistema dei doveri dei funzionari, non solo quelli burocratici. Nel rapporto tra forme tipizzate di doverosità dei funzionari, obblighi specifici di astensione, ed una figura di reato in grado di ravvisare nella loro violazione uno degli elementi costitutivi di una fattispecie di abuso di potere, può forse trovarsi la

---

<sup>52</sup> Si v. European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Combating Corruption, replacing Council Framework Decision 2003/568/JHA and the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union and amending Directive (EU) 2017/1371 of the European Parliament and of the Council (COM/2023/234 final)*.

12/2024

strada, ad oggi molto stretta, che porta ad una maggiore effettività del contrasto dei fenomeni *lato sensu* corruttivi senza perdita di tipicità del rimedio penale e dando vitalità ai meccanismi amministrativi.

## POPULISMO E DIRITTO PENALE DEL NEMICO NELLA LEGISLAZIONE DEL MIGRANTE

di Eliana Reccia

*Populismo, esclusione del diverso e diritto penale dell'immigrazione oggi appaiono procedere parallelamente. La paura dei consociati indirizza e orienta, in tale materia, le scelte del legislatore. È, infatti, proprio sulla paura che viene costruita la compulsiva tutela della sicurezza nella legislazione penale del migrante, tendente a una stigmatizzazione identitaria. Questo il focus del presente lavoro, volto, peraltro, a individuare dei possibili "indici sintomatici" del diritto penale del nemico nella legislazione del migrante, come la detenzione amministrativa, che sintetizza la normativa quantomeno speciale vigente nei confronti del Feind migrante.*

SOMMARIO: 1. Presupposti politici del populismo penale. – 2. Populismo penale, populismo politico e diritto penale del nemico immigrato. – 3. Gli "indici sintomatici" della legislazione penale del nemico. – 4. La legislazione emergenziale in materia di immigrazione: il *Feind* migrante. – 5. Gli "indici sintomatici" nella legislazione penale del *Feind* migrante. – 6. Conclusioni: alcune riflessioni propositive.

### 1. Presupposti politici del populismo penale.

Il populismo – dall'inglese *populism*, traduzione del russo *narodničestvo* – è stato un movimento culturale e politico sviluppatosi in Russia, tra l'ultimo quarto del secolo XIX e gli inizi del secolo XX, che si proponeva di raggiungere, con diretta azione rivoluzionaria<sup>1</sup> e con il proselitismo svolto in contesti popolari, un miglioramento delle condizioni di vita delle classi diseredate, unitamente alla realizzazione di una forma di socialismo rurale.

Per populismo si intende, però, anche un atteggiamento *ideologico* che, sulla base di principi e programmi genericamente ispirati al socialismo, esalta in modo demagogico il popolo, come depositario di valori totalmente positivi – esempio emblematico l'Argentina ai tempi di Perón –.

Il termine populismo, poi, in ambito *artistico* e *letterario*, allude alla rappresentazione idealizzata del popolo, considerato come modello etico e sociale.

Un lemma, tre macro significati. Si può comprendere come la parola populismo sia suscettibile di molteplici interpretazioni, a seconda del contesto in cui venga utilizzata. Etimologicamente deriva dal termine "popolo", oggi inteso da taluni come

---

<sup>1</sup> Culminata nel 1881 con l'uccisione dello zar Alessandro II.

eticamente impeccabile<sup>2</sup>, differentemente dalla “corrotta élite”. Un dato, questo, totalmente presunto che può, pertanto, degenerare in irrazionalismi, soprattutto nell’attuale momento storico-politico.

Tipico connotato dell’approccio populista<sup>3</sup> è poter prescindere, almeno in questioni scientificamente e culturalmente aperte, dal confronto con *l’élite*; in modo che ogni dibattito appare non veramente dialettico, ma epidittico, *applause oriented*<sup>4</sup>. Caratteristica del fenomeno in esame è il ruolo fondamentale che assume il consenso popolare nelle dinamiche sociali, in particolare nei momenti deliberativi e legislativi; un consenso che viene strumentalizzato ed elevato a “paladino” della libera comunità – nonostante di fatto ne determini la relativa crisi –.

L’analisi della letteratura in tema permette di individuare una classificazione delle diverse tipologie in cui si articola il populismo; è possibile, infatti, interpretarlo alla stregua di un fenomeno ideologico, di uno stile politico, su un piano religioso, psicologico, culturale ed economico.

Sul piano *religioso*, riprendendo il concetto di creato, il popolo diviene uno e indivisibile, dunque riflesso compiuto della volontà di Dio.

Nella lettura *psicologica*, il popolo è costituito da un gruppo di “fratelli” che amano il leader “padre” e gli obbediscono. Un sentimento, questo, ad esempio, percepibile nel discorso di un leader argentino che citava Mazzini: «ascoltatemi con amore, ché anch’io vi parlerò ispirato dallo stesso sentimento»<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> In tema di limiti morali con specifico riferimento al danno agli altri J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 1, *Harm to Others*. New York: Oxford University Press, 1984, 12 e ss.

<sup>3</sup> G. AMARELLI, [Prove di populismo penale: la proposta di inasprimento delle pene per scambio elettorale politico-mafioso](#), in *Dir. pen. cont.*, 2017, 5, p. 1; ss.; E. AMATI, *L’enigma penale. L’affermazione dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino, 2020; ID., *Insorgenze populiste e produzione del penale*, in *disCrimen*, 3 giugno 2019; E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, cap. I, par. 2 e 3; R. E. BARKOW, *Prisoners of Politics*, Cambridge (Massachusetts), London (England), Harvard University Press, 2019; si veda, poi, L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, n. 1/2019, 79 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; G. INSOLERA, *Il populismo penale*, in *disCrimen*, 13 giugno 2019, 2 e ss.; ID., *Consenso sociale e diritto penale*, in *disCrimen*, 6 giugno 2019; V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2019, pp. 86 - 100; E.J. PRATS, *Los peligros del populismo penal*, Santo Domingo, *Ius Novum*, 2011, 2 e ss.; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, *Pluriel*, 2010; ID., *Il populismo penale*, in *Quest. giust.*, n. 2/2006, 389; J. SIMON., *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, ed. it. a cura di A. De Giorgi, Milano, 2008; J. PRATT, *Penal Populism*, London and New York, Routledge, 2007; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 123 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2014, 197 ss.; nonché S. ANASTASIA, M. ANDELMI, D. FALCINELLI, (a cura di), *Populismo penale. Una prospettiva italiana*, Milano, 2020; L. MANCONI, C. TORRENTE *Populismo penale e panico morale: il caso del provvedimento di indulto*, in *Democrazia e diritto*, 2014, 3, 49 ss. In tema si veda inoltre. AA.VV., [La società punitiva. Populismo, diritto penale simbolico e ruolo del penalista, dibattito promosso nell’ambito della AIPDP](#), i cui atti sono pubblicati in *Dir. pen. cont.*, 21 dicembre 2016, 2 e ss.

<sup>4</sup> M. DONINI, *Populismo penale e ruolo del giurista*, in questa [Rivista](#), 7 settembre 2020, 2 e ss.

<sup>5</sup> A.M. SALINAS, *Stato di diritto, gioco democratico e populismo*, in *Quest. giust.*, n. 1/2019, 50 e ss.

Il populismo *culturale*, in particolare in Europa, fonda la sua ragion d'essere su un concetto etnografico di appartenenza che vede i comuni nemici nell'immigrato e nella globalizzazione, esaltando consuetudini nazionali e popolari<sup>6</sup>.

Come *stile*, come modo di fare politica, il populismo può essere inteso quale: a) mobilitazione politica tesa a raggiungere diversi scopi sociali, politici ed economici; b) forma estensiva di inclusione cittadina in società che presentano, al loro interno, grandi disuguaglianze; c) modalità di rappresentanza politica concentrata su un *leader*, che può (peraltro, non necessariamente) ignorare le procedure, i meccanismi e gli equilibri di potere, le garanzie del giusto processo; d) stile "rappresentativo" in cui il leader populista è l'attore principale, il popolo è il pubblico e la politica è la messa in scena che assiste l'azione del leader e la risposta popolare; e) discorso carismatico che ignora le strutture e contribuisce a conferire un "carattere redentivo" alla politica<sup>7</sup>.

Gli *economisti*<sup>8</sup>, interpretano il populismo come strumento di tutela del lavoro e di inclusione dei soci, ma anche in termini propagandistici: «il populismo economico scaturito dalla Grande recessione del 2008 è un populismo di tipo nuovo, con il quale il ceto politico, a destra ma anche a sinistra, ricerca il consenso elettorale attraverso l'uso spregiudicato del debito pubblico; non per potenziare le garanzie dello Stato sociale, ma per ridurle secondo una visione propria dell'ideologia liberista che si è convertita alla dottrina della spesa in *deficit*»<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> Per un approfondimento del tema si veda G. HERMERT, *Storia della Spagna nel novecento*, trad. da A. De Ritis, Bologna, 1999, 50.

<sup>7</sup> Si veda rispettivamente: R. S. JANSEN, *Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism*, in *Sociological Theory*, 2011, 29, Issue 4, 10; E. AVRAMI, C. RANDALL MASON, M. DE LA TORRE, *Values and Heritage Conservation: Research Report*. Los Angeles, CA: Getty Conservation Institute, in [http://hdl.handle.net/10020/gci\\_pubs/values\\_heritage\\_research\\_report](http://hdl.handle.net/10020/gci_pubs/values_heritage_research_report), 2000, 5; B. ARDITI, *Politics on the Edges of Liberalism: Difference, Populism, Revolution, Agitation*, *Edinburgh University Press*, 2007, 103-105, 112, 123, 128, 131-132; B. Moffitt *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*, Stanford University Press, 2017, 133-134, 150-152; M. Canovan, *Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy*, in *Political Studies*, 47(1), <https://doi.org/10.1111/1467-9248.00184>, 1999, 8, 14, 16. Con riferimento al pensiero di Canovan, si veda di recente, F. MAROLLA, *The tension between democracy and populism: an empirical test of Canovan's claims of the two faces of democracy*, Cambridge University Press, 2024, 2 e ss.

<sup>8</sup> R. DORNBUSCH, S. EDWARDS, *The Macroeconomics of Populism in Latin America*, University of Chicago Press, 1990, 20 e ss. Tali autori risultano però critici rispetto al cosiddetto "populismo macroeconomico" e segnalano i rischi di inflazione e di deficit finanziari associati a quell'agenda, così come le restrizioni esterne e la reazione negativa degli agenti economici in simili contesti. Hanno coniato l'espressione "populismo di rendita", intendendo lo sfruttamento non sostenibile delle risorse naturali per finanziare l'agenda populista.

<sup>9</sup> M. POMINI, *Anatomia del populismo economico. La melonieconomics: un anno di politiche economiche conservatrici*, Verona, 2024, 14.

Esiste anche un populismo *penale*, del quale è possibile, peraltro, individuare una nozione<sup>10</sup>, «escogitata»<sup>11</sup>, tra gli altri, da Denis Salas<sup>12</sup>, che «vuol esprimere l'idea di un diritto penale finalizzato al (o comunque condizionato dal) perseguimento di obiettivi politici a carattere populistico»<sup>13</sup>, «una strategia politica in cui il richiamo diretto al popolo è operato da un leader che pretende di essere il suo unico legittimo rappresentante, creando una forte connessione sentimentale al punto da fondere la propria immagine con quella del popolo, e che si propone di rigenerare la società rifiutando le mediazioni politiche e le intermediazioni istituzionali o organizzate. Perché un uomo politico possa efficacemente fare appello al popolo occorre che la sua strategia sia accompagnata da una cultura diffusa che ritenga salvifica la presenza di quella leadership carismatica e, dunque, da una narrazione tale da renderla necessaria»<sup>14</sup>.

Il populismo penale, pertanto, se utilizzato impropriamente può divenire strumento di manipolazione del consenso popolare.

In realtà, l'uso populistico del diritto penale è rinvenibile negli Stati Uniti già alla fine degli anni Sessanta – a partire dalla crisi del modello del New Deal<sup>15</sup> –, fondato sull'idea di «governo attraverso la criminalità: «un nuovo paradigma di *governance* incentrato sull'individuazione, sulla prevenzione e sulla neutralizzazione del rischio criminale come elementi costitutivi dell'azione di governo, a ogni livello e in ogni contesto»<sup>16</sup>. Paura dei consociati<sup>17</sup>, inefficacia della prevenzione criminale, sistema diseguale e lesivo dei diritti fondamentali, decretazione d'urgenza, quale principale strumento legislativo, esasperato aggravamento di pene e scelte antigarantiste in sede processuale, mascherate dalla necessità di fronteggiare l'«emergenza per la sicurezza della collettività», costituiscono «elementi tipici» del populismo penale.

Oggi, infatti, esso viene utilizzato per veicolare le scelte e il consenso elettorale, non solo in Italia, ma, in gran parte dell'Europa; la dura repressione penale soddisfa e

<sup>10</sup> Esiste anche un populismo giudiziario: «questo fenomeno ricorre tutte le volte in cui il magistrato pretende di assumere un ruolo di autentico rappresentante o interprete dei reali interessi e delle aspettative di giustizia del popolo (o della cosiddetta gente), al di là della mediazione formale della legge e altresì in una logica di supplenza se non addirittura di aperto conflitto con il potere politico ufficiale. Questa sorta di magistrato-tribuno, oltre a pretendere di entrare in rapporto diretto con i cittadini o con alcuni gruppi sociali particolari (e, comunque, di rappresentarne e tutelarne al meglio i corrispondenti interessi o valori), finisce inevitabilmente col far derivare (piuttosto che dal vincolo alla legge) dallo stesso consenso popolare la principale fonte di legittimazione del proprio operato», così G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 1.

<sup>11</sup> G. FIANDACA, cit., in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 2.

<sup>12</sup> D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2005. Per un approfondimento del populismo penale quale forma di degenerazione politico-criminale che contraddice tutti i principi classici del garantismo si veda L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in Aa.Vv., *La democrazia in nove lezioni*, Roma, 2010, 115 ss. Sulle «politiche della paura» si vedano le considerazioni socio-criminologiche di A. CERETTI, R. CORNELLI, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, 2013.

<sup>13</sup> G. FIANDACA, cit., in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 4.

<sup>14</sup> A. CERETTI, R. CORNELLI, *Il diritto a non avere paura. Sicurezza, populismo penale e questione democratica*, in *Dir. pen.proc.*, 2019, 11.

<sup>15</sup> P. SIMON, *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*, trad. it., Milano, 2008, 20 e ss.

<sup>16</sup> A. DE GIORGI, *Introduzione a Simon, Il governo della paura*, cit., XXIII.

<sup>17</sup> M. AMBROSINI, *Stato d'assedio. Come la paura dei rifugiati ci sta rendendo peggiori*, Milano, 2023, 12 e ss.

rappresenta quella ormai considerevole parte dell'opinione pubblica che si immedesima nello slogan "tolleranza zero" nei confronti del nemico criminale – l'immigrato *in primis* –. «Il popolo inteso come corpo sociale, che soffre per il danno generato dall'attacco della criminalità al vivere civile, rivendica una piena supremazia nella tutela delle vittime del reato, effettive o potenziali, restringendo e persino eliminando l'operatività dei poteri pubblici. È la sovranità punitiva del popolo nella gestione della sicurezza collettiva a costituire il pilastro del populismo penale»<sup>18</sup>.

Alleato del propagandismo politico, ma nemico delle garanzie costituzionali, il populismo accentra l'attenzione su temi marginali per distrarre la collettività, già manipolata dai media, da quelli che sono i reali problemi del Paese. Perché, d'altronde, allertare la popolazione, sulla progressiva carenza del lavoro, sul repentino innalzamento dell'inflazione, sul calo demografico, sul riscaldamento globale, sul razzismo dilagante, sull'analfabetismo funzionale, su recessione e povertà che hanno raggiunto livelli storici, quando si può, per esempio, focalizzare l'attenzione sul nemico migrante, additato come produttore di danni alla tranquillità sociale?

Nel populismo penale il diritto penale è strumentalizzato dalla propaganda politica basata sulla necessità di prevenire i rischi per la sicurezza pubblica – bene opportunamente definito "onnivoro"<sup>19</sup>, superiore e prevalente in qualsiasi giudizio di bilanciamento<sup>20</sup>–, «in particolare, il presunto rischio proveniente dal "diverso", identificato preferenzialmente in quegli immigrati irregolari che il populismo di centro-destra, fomentatore di rinnovato odio razziale, tende a dipingere come i nuovi 'nemici' della società da controllare, punire e bandire»<sup>21</sup>.

Populismo punitivo e punitivismo vendicativo nascono e si affermano grazie a una politica criminale in cui le scelte di incriminazioni, da parte dello Stato, sono univocamente veicolate dalla paura della collettività per la minaccia dell'universo criminale. Il manifesto politico del populismo punitivo è costituito dalla "certezza della pena"; indice e criterio finalistico cui ispirare ogni tipo di riforma emergenziale, da intendersi come "certezza della vendetta" nei confronti del nemico criminale, secondo regole *contra Constitutionem*, «in quanto esclude delle persone, le separa dalla normalità sociale e quindi le combatte, trattandole in qualche misura come nemici, perché invece di dialogare con il colpevole, lotta contro di esso»<sup>22</sup>. I consociati si sentono appagati dalla

<sup>18</sup> E. AMODIO, *Il populismo penale nell'era dell'Italia antipolitica*, cit., p. 5.

<sup>19</sup> Così G. FIANDACA, *Laicità, danno criminale e modelli di democrazia*, in AA.VV., *Laicità e multiculturalismo. Profili penali ed extrapenali*, (a cura di) L. Risicato, E. La Rosa, Torino, 2009, 20 ss.

<sup>20</sup> G. FORNASARI, *Osservazioni rapsodiche su tre diramazioni del diritto penale del nemico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 21048. Non ritengono possa elevarsi a ben giuridico, nella dottrina italiana: A. CAVALIERE, *Può la "sicurezza" costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?* in W. Hassemer, E. Kempf, S. Moccia (Eds.), *In dubio pro libertate. Festschrift für Klaus Volk zum 65. Geburtstag*, Beck's Verlag, München, 2009, 111 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, 1 ss. e 73 ss. Per quanto concerne si veda W. Hassemer, *Libertà e sicurezza alla luce della politica criminale*, in Donini, Pavarini (a cura di), *Sicurezza e diritto penale*, Bononia University Press, 2011, 59 ss.

<sup>21</sup> G. FIANDACA, cit., in *Discrimen*, 2 settembre 2018, 4.

<sup>22</sup> M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 790. L'autore al riguardo ha precisato: «Il diritto penale sostanziale istilla surrettiziamente l'idea che il meccanismo punitivo si interessi solo dei fatti, ma è una menzogna. È solo il processo che – attraverso meccanismi non "controllati" dal diritto

“spettacolarizzazione dell’irrigidimento sanzionatorio”: uno slogan ormai consolidato negli ultimi anni, a cui si appella la politica per poter ottenere un consenso facile, strappato sul pericoloso parametro della paura, dando vita a “giuropinionisti” che, nei processi mediatici svolti nelle “opportune” sedi televisive, si contendono il primato sul proporre pene sempre più severe, esemplari e lontane dal criterio proporzionale.

E’ stato detto che «il diritto penale è diventato parte integrante della politica e, in linea con le declinazioni tipiche del populismo penale, risponde ad un nuovo paradigma che si caratterizza per l’utilizzo della penalità protesa a soddisfare pretese punitive opportunisticamente fomentate e drammatizzate ed a legittimare i nuovi assetti del potere politico. Si tratta di un diritto penale sempre più disarticolato dalle proprie premesse fondative liberali, teso al congedo dalla tipicità legale del reato, dal principio di proporzione tra reato e pena e dalla presunzione di innocenza»<sup>23</sup>.

La giustizia di stampo populista si fonda così sulla sottrazione dei fondamentali contenuti della politica criminale di stampo liberale su cui è costruito l’impianto costituzionale del nostro sistema penale. Un esempio facilmente riconoscibile è quello della criminalizzazione in materia di immigrazione.

## 2. Populismo penale, populismo politico e diritto penale del nemico immigrato.

Populismo penale e populismo politico sono legati dal medesimo presupposto: utilizzano tecniche manipolative<sup>24</sup> utili a carpire il consenso dei cittadini. «Tutti i tradizionali aspetti del populismo penale si sono fortemente accentuati perché si sono rivelati perfettamente funzionali al populismo politico oggi al governo del Paese...per tre ragioni»<sup>25</sup>. Queste possono individuarsi nel consenso di massa ottenuto dalle politiche securitarie, nel colpevolismo diffuso nell’opinione pubblica, nella tendenza a legittimarsi attraverso l’identificazione di nemici e, non in ultimo, nel paradigma tipico del diritto penale del nemico.

Il populismo penale è funzionale al populismo politico; «tutti i populismi hanno bisogno di legittimarsi attraverso un nemico o meglio attraverso più nemici; nemici interni che complottano e nemici esterni come la Francia, l’Unione europea o l’Onu; nemici in alto, rappresentati dalle *élites* e nemici in basso rappresentati dai migranti e dai soggetti devianti; nemici identificati con i precedenti Governi e nemici consistenti nelle opposizioni...razzismo, paura per i crimini di strada, intolleranza del dissenso, fastidio per il pluralismo sia politico che istituzionale, vittimismo permanente, sono – poi – gli

---

sostanziale – decide se la sanzione concreta sarà o meno di perdita della libertà, o sarà di natura ed estensione tali da compromettere l’inclusione sociale del responsabile: e lo decide tenendo conto dell’autore, non meno che del fatto».

<sup>23</sup> V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, 2 e ss.

<sup>24</sup> Si veda G. FIANDACA, cit., in *Discrimen*, 2 settembre 2018.

<sup>25</sup> L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Questione giustizia*, 2019, 1, 5 e ss. Si veda anche M. DONINI, *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione*, in *Quest. giust.*, 2, 2009, 119 ss.

ingredienti di questa logica del nemico»<sup>26</sup>. Indagati e imputati divengono così nemici ideali.

In questa dimensione la giustizia penale viene concepita come una guerra contro il male e l'insicurezza un'emergenza quotidiana da drammatizzare e spettacolarizzare. È in tal modo che il populismo penale alimenta ed interpreta il desiderio di vendetta su capri espiatori, che, in quanto tali, sono pericolosi e fanno paura.

L'immigrato è proprio uno di questi, nonché perfetto strumento simbolico della lotta per la sicurezza: annientare l'immigrato, quale intrinseco pericolo per la sicurezza pubblica<sup>27</sup>, rasserena i cittadini dalla paura dovuta alla necessità di tutelare i propri confini, che non sono da intendersi solo alla stregua di confini propriamente territoriali, ma anche delle proprie abitazioni, della propria persona. Se, infatti, fenomeni quali populismo penale, populismo politico e diritto penale del nemico hanno potuto proliferare in diversi paesi, oltre al nostro, soprattutto in materia di immigrazione, è perché tra i valori che sono venuti a mancare vi è la solidarietà: "ho paura e devo averne perché non sono tutelato; devo proteggermi dall'immigrato perché è pericoloso in quanto diverso da me".

Questa l'ideologia sottostante all'individuazione del migrante, quale *Feind*, nemico.

Per poter comprendere l'odierna affermazione del diritto penale d'autore, anche in materia di immigrazione, è necessario, tuttavia, fare un passo indietro e capire come sia avvenuto il passaggio dal "tipo criminale" al "tipo criminale nemico".

Certo, già nell'*Antigone* di Sofocle è possibile individuare la dinamica dell'affermazione autoritaria del *nómos* verso colui che è dichiarato nemico della patria, tanto da essere così condannato a restare privo di una degna sepoltura; *Antigone* viene giudicata folle (*á-nous*, priva di senso) in quanto disobbediente.

Nel tempo si è assistito al passaggio dalla figura del bandito a quella di criminale e successivamente nemico, secondo linee distintive talmente labili da annullarsi.

Nella società medievale vi erano diverse "strategie" di costruzione del nemico, a seconda del pluralismo ordinamentale che le connotava e delle diverse misure adottate verso coloro che minacciavano, con la propria condotta, la tenuta dell'ordinamento. Tali istanze venivano sintetizzate nell'istituto del "bando" che, nel tentativo di rafforzare la coesione sociale interna, tendeva a individuare il nemico e ad espellerlo: «ciò che accomuna le diverse tipologie di banditi è l'attacco all'unità e all'integrità dell'ordinamento. Alla messa in questione del *bonum commune* occorre reagire con l'estromissione. Il *bannum* si presenta come il rovescio necessario della *communitas* cittadina. La figura del *civis* ha come propria controparte negativa la figura del *bannitus*. Il *bannum* non è una punizione qualsiasi: è la trasformazione di un soggetto da cittadino

---

<sup>26</sup> *Ibidem*

<sup>27</sup> Sul punto si consiglia L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Torino, 2019, in cui vengono analizzate le ricadute nell'ambito penalistico del "totem sicurezza" ed E. AMODIO, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019, che affronta le torsioni del sistema penale e le attuali forme di giustizia sommaria in nome della sicurezza collettiva.

a nemico»<sup>28</sup>. Vi è, però, un momento in cui l'immedesimazione del bandito con il nemico della città, viene "consacrata", in particolare ad opera di Bartolomeo da Sassoferrato, che, nella sua opera, sancì la possibilità di uccidere il bandito, in quanto soggetto che aveva dichiarato guerra al proprio Comune<sup>29</sup>.

'Criminale' è, invece, un termine emerso nel diritto internazionale dopo la Prima guerra mondiale, trovando consacrazione nello Statuto del Tribunale di Norimberga, che attribuì alla guerra di aggressione la qualificazione di crimine internazionale.

Per Michel Foucault<sup>30</sup>, il crimine era un una sorta di infrazione che metteva in conflitto l'individuo con l'intera società; nelle forme più intense rendeva il criminale "un anormale di alto livello", un deviante contro il quale i meccanismi istituzionali dello Stato devono agire per assicurare l'effettiva punizione e la reintegrazione sociale. Il sistema punitivo foucaultiano consentiva così ai detenuti di doversi vincolare ai legami intersoggettivi fondanti la società; in caso contrario, il carcere risultava autosufficiente, poiché il criminale diveniva protagonista di un sistema punitivo unicamente destinato a emarginare ed escludere i "devianti" dalla collettività. Probabilmente è proprio questa concezione che determina l'identificazione del criminale nel nemico dello Stato.

L'utilizzo del termine *hostis* si rinviene già nelle XII tavole, riferito, in particolare, allo straniero legato al cittadino da un particolare vincolo di parità e dall'obbligo di compensare una prestazione di cui è stato il beneficiario<sup>31</sup>.

Con Cicerone (De Off. 12 I) è stata delineata una prima differenza semantica tra nemico e cittadino rivale: nel caso di una *quaestio* fra cittadini, in cui ci si disputava l'onore e il titolo, si fronteggiava allora un rivale; allorquando fossero, invece, in gioco la vita o la supremazia, la "battaglia" era contro un nemico, sia che fosse interno o esterno<sup>32</sup>.

Con Hobbes viene, invece, dato rilievo al legame tra natura umana e conflittualità.

Se lo "stato di natura" equivale a uno stato di guerra di tutti contro tutti, lo "stato civile" ne costituisce l'opposto, richiedendo un atto esplicito di negazione e, pertanto, l'attribuzione al sovrano del potere di disporre di tutta la forza necessaria a reprimere la propensione naturale al conflitto<sup>33</sup>. In questa prospettiva, i cittadini che non obbediscono

<sup>28</sup> P. COSTA, *Figure del nemico: strategie di disconoscimento nella cultura politico-giuridica medievale*, in *Rivista internazionale di diritto comune*, 2007, 18, 146.

<sup>29</sup> BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus bannitorum*, in Id., *Consilia, Quaestiones et Tractatus, Venetiis*, Apud Iuntas, MDLXX, foll. 132rB-133rA, n. 8. In particolare, "in banno comunis Utini eiusque districtus" prevedeva l'allontanamento fisico, in quanto divieto di violare i confini territoriali della giurisdizione, e l'esclusione politica lato sensu: l'espulsione dall'ordinamento giuridico cittadino comportava la possibilità di essere ucciso impunemente da chiunque.

<sup>30</sup> M. FOUCAULT, *La société punitive*, Ehes Gallimard Seuil, 1973, 20.

<sup>31</sup> F. MECOGLIANO, *Hostes Novi Cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli, 2017, 24 ss.

<sup>32</sup> E. BENVENISTE *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino, 1976, p. 64 ss.; M. BETTINI, A. BORGHINI, *La guerra e lo scambio: hostis, perduellis, inimicus*, in Gruppo di Lecce, *Linguistica e antropologia*. «Atti del XIV Congresso Internazionale di Studi. Lecce 23-25 maggio 1980», Bulzoni, Roma, 1983, p. 303 ss.; A. CALORE, *Hostis e il primato del diritto*, in *Bollettino dell'Istituto di diritto romano Vittorio Scialoja*, Milano, 2012, 107 ss.

<sup>33</sup> T. HOBBS, *De Cive*, Paris, 1642, in *Elementi filosofici sul cittadino*, (a cura di) T. Magri, Roma, 2005, 69; secondo Hobbes tale passaggio si perfeziona con la «sottomissione delle volontà di tutti loro alla volontà di

al sovrano compiono un torto nei suoi confronti, in quanto ne ledono il diritto all'obbedienza. «Tutto ciò che è comandato dal potere sovrano è...giustificato dal comando stesso», perché sovrani legittimi rendono giuste le cose che comandano con il comandarle, e ingiuste quelle che vietano con il vietarle»<sup>34</sup>. Nella concezione hobbesiana, dunque, chiunque disconosca l'autorità del sovrano, violandone i comandi, si pone nella posizione del nemico<sup>35</sup>.

Il concetto di nemico è stato, tuttavia, coniato dal diritto di guerra<sup>36</sup>; in tale dimensione, questi, materializzando e impersonificando tutto quello contro cui si combatte, è qualcuno su cui imporre la propria volontà e a cui fare obbedire gli ordini<sup>37</sup>. In precedenza, per Rousseau nemico è colui che ha l'obbiettivo di distruggere "il cuore" dello Stato, ovvero il patto sociale, per trasformarlo in uno stato di guerra<sup>38</sup>; «chi vuole il fine vuole anche i mezzi... ogni malfattore che lede il diritto sociale diviene coi suoi misfatti un ribelle e un traditore della patria, cessa di esserne membro violando le sue leggi, e addirittura le fa la guerra»<sup>39</sup>.

Schmitt, invece, focalizzando l'attenzione sul nemico, quale soggetto da neutralizzare<sup>40</sup>, per ragioni legate alla cosa pubblica, ha elaborato il concetto di "stato

un solo uomo o di un solo consiglio, [che] ha luogo quando ciascuno con un patto si obbliga verso ciascun altro a non resistere alla volontà di quell'uomo o di quel consiglio, cui si è sottomesso; cioè a non rifiutargli l'uso delle proprie forze e ricchezze, contro chiunque altro (perché si intende che egli conserva il diritto di difendersi contro la violenza)».

<sup>34</sup> T. HOBBS, *Leviatano*, Roma-Bari, 1989, 191.

<sup>35</sup> Con particolare riferimento all'utilizzo di distorsioni del diritto penale ordinario nei confronti dei nemici si veda L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di Stato e Stato di diritto*, in Aa.Vv., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, 52, che sosteneva: «Questa penetrazione nella giurisdizione della logica politica dell'amico/nemico è avvenuta, come ci mostrano tanti casi che abbiamo sotto gli occhi, in tutte le fasi del processo; all'atto della formulazione delle accuse, quando il nemico è identificato, con l'ausilio di figure di reato indeterminate come sono i delitti associativi, non già in base a fatti ma direttamente con riguardo alla sua personalità sovversiva, secondo il modello autoritario del tipo d'autore che contraddice il principio liberale che si delinque in quanto si opera e non in quanto si è; nel corso del processo, quando "amici" e "nemici" si definiscono in forza del loro schierarsi dalla parte dell'accusa anziché dalla parte della difesa, che pure è la parte che l'imputato avrebbe normalmente il diritto di impersonare; nel momento della condanna, quando pene e ricompense vengono distribuite non già in base alle responsabilità accertate ma al contributo arrecato alla verità accusatoria».

<sup>36</sup> C. CLAUSEWITZ, *On War* (orig. 1832), Harmondsworth, 1968, 118-119. Guerra intesa dall'Autore come «nothing but a duel on an extensive scale», avendo come scopo finale «to compel our opponent to fulfill our will».

<sup>37</sup> C. SCHMITT, *Le categorie del politico* (orig. 1927), Bologna, 1972, 109, che sosteneva: «Non v'è bisogno che il nemico politico sia moralmente cattivo, o esteticamente brutto; egli non deve necessariamente presentarsi come concorrente economico e forse può anche apparire vantaggioso concludere affari con lui. Egli è semplicemente l'altro, lo straniero (der Fremde) e basta alla sua essenza che egli sia esistenzialmente, in un senso particolarmente intensivo, qualcosa d'altro e di straniero, per modo che, nel caso estremo, siano possibili con lui conflitti che non possano venir decisi né attraverso un sistema di norme prestabilite né mediante l'intervento di un terzo 'disimpegnato' e perciò 'imparziale».

<sup>38</sup> J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Torino, 1994, 23.

<sup>39</sup> J.J. ROUSSEAU, *Scritti politici*, Bari, 1971, II, 109-110.

<sup>40</sup> C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde*, Berlin, 1950, 2012, 30 e ss., dedicata al diritto internazionale moderno e alla guerra nel passaggio dal diritto medievale (guerra giusta, guerra di religione) a quello moderno fino

d'eccezione": la sospensione temporanea dell'ordinamento e delle relative garanzie nelle ipotesi in cui insorgano delle realtà difficilmente regolabili con i normali standard previsti dall'ordinamento<sup>41</sup>. In un simile stato di pericolo per la società, la sospensione delle garanzie costituzionali è giustificata dall'esigenza di conservazione dello Stato, nonostante esso non possa più così determinarsi come democratico. «Il caso d'eccezione rende palese in modo più chiaro l'essenza dell'autorità statale. Qui la decisione si distingue dalla norma giuridica e (per formulare un paradosso) l'autorità dimostra di non avere bisogno di diritto per creare diritto»<sup>42</sup>. A decidere sullo stato d'eccezione, così come sulla legge, condividendo l'interpretazione hobbesiana<sup>43</sup>, è il sovrano.

Nella visione di Schmitt il nemico non è da eliminare per qualsiasi motivo, né è da annientare per il suo scarso valore, «il nemico si trova sul mio stesso piano... per questa ragione mi devo scontrare con lui, per acquisire la mia misura, il mio limite»<sup>44</sup>. Una concezione che si fonda sull'idea che la creazione di una identità implichi sempre la contestuale creazione di una differenza tra un "noi – obbedienti cittadini – e un voi – nemici disobbedienti"<sup>45</sup>. La neutralizzazione di matrice identitaria ingenera, così, amicizia nel corpo politico, in quanto va a definire la lotta per l'esistenza e la sopravvivenza di un popolo, qualificandolo come gruppo essenzialmente politico a cui corrisponde, per contrasto, il processo di identificazione del nemico.

---

alla fine dell'Ottocento. In particolare, l'autore a pagina 430 evidenziava: «Nella misura in cui oggi la guerra viene trasformata in azione di polizia contro turbatori della pace, criminali ed elementi nocivi, deve anche essere potenziata la giustificazione dei metodi di questo police bombing. Si è così costretti a spingere la discriminazione dell'avversario in dimensioni abissali».

<sup>41</sup> Per un maggiore approfondimento si veda A. APOLLONIO, [Il "nemico" e il "partigiano". Le politiche penali odierne osservate attraverso le categorie concettuali di Carl Schmitt](#), in *Dir. pen. cont.*, 5 febbraio 2014, 3.

<sup>42</sup> C. SCHMITT, *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del politico*, trad. it., Bologna, 1972, (ed. 2013), 33.

<sup>43</sup> C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (1938), tr. it., *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, (a cura di) C. Galli, Milano, 1986, 94 e ss.

<sup>44</sup> C. SCHMITT, *Teoria del Partigiano. Integrazione al concetto del politico* (orig. 1963), Milano, 2005, 119.

<sup>45</sup> *Ibidem*

È, però, Günther Jakobs, nel 1985, a elaborare una complessa teoria del «diritto penale del nemico»<sup>46</sup> (*Feindstrafrecht*), di matrice Luhmanniana<sup>47</sup>, riprendendo il pensiero di Hobbes e Kant, secondo cui la rottura del patto sociale attuata con il delitto fa perdere i diritti di cittadino nel caso di alto tradimento (Hobbes) o di minaccia costante alla sicurezza (Kant). Il presupposto è che, a fronte di una tendenza deviante, «lo Stato può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delincono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l'ordinamento giuridico»<sup>48</sup>. Viene in tal modo a crearsi la dicotomia tra il cittadino, che opera normalmente secondo diritto, ed è pertanto incluso nella società, e il nemico<sup>49</sup>, soggetto privo di entrambe le connotazioni, dunque escluso dalla società. Il primo degno di tutela, il secondo degno di neutralizzazione: «chiunque sia in grado di promettere, almeno in qualche misura, fedeltà all'ordinamento, è titolare di una legittima pretesa a essere trattato come persona in diritto. Chi non offre simili garanzie in modo credibile, tendenzialmente viene trattato da non cittadino»<sup>50</sup>. Al delinquente "normale", pertanto, vanno riservati tutti i diritti (lo *status*) del cittadino, consentendogli la reintegrazione nel patto sociale: egli, infatti, rimane un valido destinatario della norma, perché la contraddice e non la nega radicalmente. La pena, nei suoi confronti, mantiene la sua vigenza e va applicata per contraddire la violazione del precetto, secondo un processo che rimane dialogico. Al delinquente per convinzione, invece, che si collochi al di fuori dell'ordine sociale perché intende minacciarlo costantemente, diventando «per principio» un avversario dell'ordinamento giuridico, non si può applicare un diritto

---

<sup>46</sup> G. JAKOBS, Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo, in Jakobs-Cancio Meliá, Derecho penal del enemigo, Civitas, Madrid, 2003, 26 e ss.; ID., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS)*, 2004, 88 e ss.; JAKOBS G., Terroristen al Personen im Recht?, in *ZStW*, 2005, 839 ss. ID., Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, in Eser-Hassemer-Burkhardt (Hrsg.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, Beck, München, 2000, 47 e ss. Si veda poi M. CANCIO MELIÁ, Feind «strafrecht»? in *ZStW*, Bd. 117, 2005, 267 ss.; L. GRACIA MARTÍN, Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «derecho penal del enemigo», in *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2005, 1 ss. e 42 ss.; E. MATTEVI, *L'eccezione nel diritto penale. Una riflessione a partire dal lessico della sicurezza*, in AA.VV., *L'eccezione nel diritto*, (a cura di) Bonini, Busatta, Marchi, Trento, 2015, 407; F. MUÑOZ CONDE, El nuevo derecho penal autoritario. Consideraciones sobre el llamado «derecho penal del enemigo», in *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica*, coord. Ontiveros Alonso-Peláez Ferrusca, p. I, Instituto nacional de ciencias penales, Mexico, 2003, p. 117 ss.; ID., Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, Tirant lo blanch, Valencia, 2003, 122 ss.; C. PRITTWITZ, «Feindstrafrecht», in Pilgram-Prittowitz (Hrsg.) *Kriminologie. Akteurin und Kritikerin gesellschaftlicher Entwicklung. Jahrbuch f. Rechtsund Kriminalsoziologie 2004*, Nomos, Baden-Baden, 2005, 215 ss.

<sup>47</sup> Secondo cui vi sarebbe una selezione delle alternative comportamentali, generando aspettative attraverso un meccanismo di generalizzazione, che fa leva sul codice binario di inclusione ed esclusione, in N. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, Roma-Bari, 1977, 50.

<sup>48</sup> G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 21 ss.

<sup>49</sup> Una distinzione, questa, che richiama figure affini come *inimicus* e *hostis*, già esistenti durante l'Impero romano. Al riguardo si veda R. ZAFFERONI, *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, 2006, 104.

<sup>50</sup> G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico? Una analisi delle condizioni di giuridicità*, in A. Gamberini, R. Orlandi (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, cit., 118.

dialogico: «egli va trattato come un soggetto pericoloso, e quindi la pena... svolge il mero compito di eliminazione di un pericolo»<sup>51</sup>.

Mentre il cittadino rispetta i legami intersoggettivi nel contratto sociale, il nemico è, invece, individuo «*peligroso, contra cual se procede – en este ámbito: a través de una medida de seguridad, no mediante una pena – de modo físicamente efectivo: una lucha contra un peligro en lugar de comunicación (...)*»<sup>52</sup>, che si pone in una consapevole situazione di conflitto con lo Stato di diritto, di incompatibilità con la legge, “meritando” sanzioni più severe e minori garanzie processuali.

Oggi, alla luce della crisi in cui versa lo Stato di diritto, quello che Schmitt<sup>53</sup> individuava come “stato d’eccezione”<sup>54</sup> – che Ferrajoli intende come una «situazione giuridicamente illegittima»<sup>55</sup>, tollerabile solo durante lo stato di guerra, in cui la sanzione rappresenta «un atto di ostilità»<sup>56</sup> – è divenuto un “perenne stato d’emergenza”, in cui il criminale diventa il nemico da annientare, al solo fine di appagare le coscienze dei cittadini.

Schmitt però non identificava, come oggi si è inclini a fare, il criminale con il nemico, le due figure risultavano ben distinte: il nemico, infatti, diversamente dal criminale, non poteva essere giuridicamente neutralizzato.

L’attuale identificazione, infatti, la si deve a Jakobs, che, ritenendo possibile esercitare nei confronti del nemico una coercizione, tale da determinarne la successiva spersonalizzazione, lo escludeva dal circuito legale, neutralizzandolo.

Per Donini<sup>57</sup> il tema del diritto penale del nemico, nonostante presenti diversi punti in comune, non può essere ricondotto alle categorie di Schmitt, sul presupposto che le garanzie di controllo tipiche di uno Stato di diritto, come il nostro, impedirebbero simili degenerazioni del sistema.

Ferrajoli, sul presupposto che criminale e nemico non possano valutarsi alla stregua di due figure coincidenti, valuta il diritto penale del nemico come un sottosistema d’eccezione, estraneo alla fisionomia tradizionale del diritto penale. In tale visione, «il diritto penale d’eccezione designa simultaneamente due cose: la legislazione d’eccezione rispetto alla Costituzione e quindi il mutamento legale delle regole del gioco; la giurisdizione d’eccezione, a sua volta degradata rispetto alla stessa legalità alterata. Le due cose sono ovviamente connesse, segnalando, a diversi livelli, una medesima crisi della legalità del diritto penale, quale risulta dal crescente divario tra il suo dover essere normativo e il suo effettivo»<sup>58</sup>.

L’attuale ordinamento, però, contiene frammenti orientati verso l’identificazione del criminale con il nemico, configurando momenti che ricordano lo “stato

<sup>51</sup> M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al “nemico”*, cit., 774.

<sup>52</sup> G. JAKOBS, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, cit., 24.

<sup>53</sup> Sia chiaro, il nemico per Schmitt non è l’*hostis*, ma è colui che si combatte per preservare la *res publica*.

<sup>54</sup> In tema L.FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 858 ss.

<sup>55</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 850.

<sup>56</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e Ragione*, cit., 868.

<sup>57</sup> M. DONINI, *Diritto penale di lotta vs diritto penale del nemico*, in Gamberini, Orlandi (a cura di), *Diritto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007, 172.

<sup>58</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 845.

d'eccezione"<sup>59</sup>, soprattutto nella legislazione del migrante. L'Italia, infatti, diversamente dalla Francia<sup>60</sup> e dalla Germania<sup>61</sup>, non prevede nel proprio assetto costituzionale "lo stato d'eccezione", silenziosamente sostituito da uno smodato impiego della decretazione d'urgenza<sup>62</sup> quale principale strumento di legislazione per le scelte di incriminazione. «La situazione eccezionale, nelle vicende dello Stato, – però – rischia di venire comunque sottratta alle ragioni del diritto per lasciarla a quelle della politica»<sup>63</sup>.

I tempi odierni, è stato rilevato più volte, si connotano per un frequente uso "simbolico" del diritto penale, al punto che, proprio in materia di diritto penale eccezionale ed emergenziale<sup>64</sup>, si è proposto<sup>65</sup> di formulare una regola legislativa delle "eccezioni" possibili: disciplinare, cioè, i limiti anche temporali di regole derogatorie.

In effetti, in tema di affermazione del diritto penale del nemico, oggi può individuarsi un *elemento comune*: l'importanza conferita alla paura<sup>66</sup> – soprattutto nei confronti del diverso –. Emozione ritenuta collettiva che frequentemente ispira il legislatore nelle scelte incriminatrici, attraverso una manipolazione del concetto di sicurezza pubblica e privata.

La paura, quale diffusa emozione primaria, è terreno fertile per la creazione di un capro espiatorio, di un nemico su cui riconoscere la causa (minaccia di un male) di tale emozione, così da allentare la tensione emotiva e la frustrazione dell'impotenza che l'accompagna: «in questo schema sociodinamico è il diritto penale che costruisce il nemico, anziché trovarlo esistente nella realtà empirico-sociale»<sup>67</sup>.

L'aspetto più preoccupante è che il legislatore, sull'onda della (amplificata) paura dei consociati, indirizza le proprie scelte al sol fine di placarla, soprattutto mediaticamente: «così grandi aree del nostro diritto penale vengono meno al principio di buona legiferazione, secondo il quale va assicurata l'aderenza della legge alla realtà criminologica – piegandosi, invece, – ad esigenze che, a buon diritto, possono dirsi propagandistiche, che creano un'illusione ottica in ordine sia alla reale consistenza dei fenomeni criminosi sia alle capacità reali del diritto penale»<sup>68</sup>. Proprio come accade nella

<sup>59</sup> G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*. Homo sacer, II, 1, Torino, 2003, 9 ss.; ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Milano, 1995, 19 ss. e 189 ss.

<sup>60</sup> Cfr. art. 16 Costituzione Francese in cui è previsto che il Presidente della Repubblica acquisisce pieni poteri e prende ogni misura necessaria quando "le istituzioni della Repubblica, l'indipendenza della nazione, l'integrità del suo territorio o l'esecuzione dei suoi impegni internazionali sono minacciati in modo grave e immediato e il funzionamento regolare dei pubblici poteri costituzionali è interrotto".

<sup>61</sup> Cfr. Artt. 18 e 19 della Costituzione della Repubblica federale tedesca.

<sup>62</sup> In tema sin dagli anni Ottanta si veda G. RICCIO, *Politica penale dell'emergenza e Costituzione*, Napoli, 1982, 52.

<sup>63</sup> M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., 794.

<sup>64</sup> Per una ricostruzione si veda S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, 25 e ss.

<sup>65</sup> M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., 784.

<sup>66</sup> Si veda al riguardo R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2018; ID., *La paura nel campo penale: una storia del presente*, in *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, Macerata, 2019.

<sup>67</sup> F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale. Relazione introduttiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2020, 2, 698.

<sup>68</sup> F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 690.

legislazione penale del migrante, asservita alla spasmodica tutela della sicurezza pubblica, volta a reprimere la paura per il diverso.

Viene da pensare che il diritto penale del nemico sia ormai intraneo al diritto penale ordinario<sup>69</sup>, con un'inversione concettuale e ordinamentale: a essere divenuto eccezionale è il diritto penale di matrice costituzionale. Un diritto penale così inteso, «non della colpevolezza, né della retribuzione, ma della pericolosità, della prevenzione e dello "stigma"»<sup>70</sup> che apre la strada alla tipizzazione per "tipi d'autore"<sup>71</sup>.

Gli esempi sono molteplici, dal nemico immigrato al nemico LGBTQ. E non è un caso: entrambe le legislazioni riguardano un soggetto ritenuto «diverso».

La nostra devozione verso un diritto penale di matrice illuministica, in cui «l'uomo illuminista è un soggetto complesso...è prodotto dai costumi e si costruisce tanto sull'esperienza quanto sulla ragione... in grado di governare razionalmente sia il dolore sia il piacere»<sup>72</sup>, lascia di frequente il posto ad «altre categorie di individui, spesso con una responsabilità attenuata e incapaci di controllare fino in fondo le proprie azioni»<sup>73</sup>.

Non è più, d'altronde, possibile negare l'affermazione di una legislazione simbolica, «che vede nemici ogni dove»<sup>74</sup>. Se, infatti, il reo è un nemico e la pena uno strumento di guerra necessario a neutralizzarlo, l'ordinamento si assoggetta alla logica strumentale che il fine giustifica i mezzi, legittimando violazioni dei principi costituzionali: «utilizzare il diritto come un'arma contro un fenomeno significa che la regola diviene strumento di politica criminale, così il giudice da garante della legalità, diviene esecutore di programmi di politica del diritto che strumentalizzano la libertà e i diritti dei singoli a obiettivi collettivi»<sup>75</sup>.

Per validare una simile prospettiva è utile individuare degli "indici sintomatici" della legislazione penale del nemico, campanelli d'allarme, atti non solo a dimostrare e fotografare quanto l'influenza del nemico criminale orienti le attuali scelte d'incriminazione, specialmente in materia di immigrazione, ma anche in un'ottica preventiva.

---

<sup>69</sup> M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, p. 286 ss.; ID., *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., p. 776.

<sup>70</sup> «Un diritto penale non della colpevolezza, né della retribuzione, ma della pericolosità, della prevenzione e dello "stigma"», così M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, cit., 780.

<sup>71</sup> Sul tema dei tipi d'autore e della responsabilità per "condotte di vita", si veda E. CONTIERI, *Dialettica del bene giuridico. Per il recupero di una prospettiva costituzionalmente orientata*, Pisa, 2019, 220 ss.

<sup>72</sup> D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Clarendon Press, 1990; trad. it., *Pena e società moderna*, Milano, 1999, 312.

<sup>73</sup> D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, cit., 313.

<sup>74</sup> F. PALAZZO, *Contrasto al terrorismo, diritto penale del nemico e principi fondamentali*, in *Questione giustiziana*, 2006, 2, 679.

<sup>75</sup> L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, Napoli, 2016, 26 ss.; ID., *Cos'è il garantismo*, in *"Criminalia"*, 2014, 129 ss.

### 3. Gli “indici sintomatici” della legislazione penale del nemico.

Gli indici sintomatici rappresentano una categoria utilizzata soprattutto nel diritto penale fallimentare<sup>76</sup> – ex art. 3, comma 4, C.C.I.I. –, in cui giova selezionare elementi idonei a prevedere la probabilità del verificarsi di un evento, come per esempio lo stato di crisi, sì da tentare di evitare conseguenze degenerative quali il fallimento. I segnali o campanelli d’allarme rappresentano, in sintesi, circostanze o dati di valore indiziante che per loro natura avvertono di un pericolo imminente e, se effettivamente percepiti nella loro attitudine evocativa, dovrebbero attivare una reazione impeditiva del soggetto garante destinatario dell’informazione. Tali indici, dunque, risultano particolarmente efficaci anche in un’ottica preventiva.

Proviamo ad individuarli nella legislazione penale del nemico e nella legislazione in materia di immigrazione – al paragrafo n. 5, previa analisi della relativa disciplina nel paragrafo n. 4 –.

Un primo indice sintomatico, d’immediato rilievo, è rinvenibile nell’incriminazione – e relativa stigmatizzazione – di un soggetto per le proprie caratteristiche personali o per quello che potenzialmente potrebbe commettere, ma non per la condotta concretamente realizzata.

Un secondo segnale d’allarme è l’irrigidimento sanzionatorio, che, nonostante la dimostrata inadeguatezza a espletare una funzione general-preventiva, continua a costituire un elemento tipico del diritto penale simbolico. In realtà, tale indice crea sfiducia nella giustizia e nelle istituzioni, ma, soprattutto, afferma l’idealtipo nemico. «La dismisura delle pene minacciate è disfunzionale a tutte le possibili finalità della pena e si rivela dunque per quello che è: una sorta di simbolica marchiatura con cui il legislatore segnala la particolare odiosità di quella specie criminale, suggerendone così nel contempo la relazione nemicale con cui essa si pone rispetto alla società»<sup>77</sup>.

In prima battuta, al momento dell’introduzione, appaga il cittadino da quella menzionata sensazione d’impotenza dettata dalla paura; quando poi il consociato si rende conto che pene così severe sono difficilmente applicabili in concreto per la loro intera durata, si sviluppano frustrazione e rabbia nei confronti della giustizia e delle istituzioni. Il cittadino è appagato dall’irrigidimento sanzionatorio, che diviene anche un criterio orientativo delle scelte elettorali. Egli non tiene nella benché minima considerazione che, con un simile approccio, «la criminalità diventi un’*abnormità* che si ritiene possibile estirpare così come si ritiene possibile coltivare un violento manicheismo che separi gli uomini buoni da quelli malvagi, ipostatizzando in tal modo una relazione quasi antropologicamente nemicale»<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> In giurisprudenza, *ex multis*, di recente, cfr. Cass. pen., sez. V, n. 33582, 13.06.2022, in Riv. dott. comm., 2022, 4, 667; Cass. pen., sez. V, n. 11230, 13.01.2023, in *Ius societario*, 30 maggio 2023; Cass. pen., Sez. V, n. 2514, 4.12.2023, in *Dejure*; nello stesso senso anche Cass. pen., sez. V, n. 36091, 26.09.2024, in *Dejure*. La Cassazione ha peraltro utilizzato simili indici anche in materia di traffico di influenze illecite. Cfr. Cass. pen., sez. VI, n. 1182, 14.10.2021, in *Dejure*.

<sup>77</sup> F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 692.

<sup>78</sup> F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 698.

Connesso indice sintomatico è la “spettacularizzazione” dell’irrigidimento sanzionatorio. Mostrare pubblicamente di aver attuato l’ennesimo aggravamento delle pene è divenuto, ormai, un frammento di propaganda politica; ne costituisce esempio emblematico la legislazione in materia di immigrazione (v. *infra*). Tale spettacolarizzazione cospira a potenziare la crescita del diritto penale d’autore; si pensi per un momento alla legislazione penale del migrante a fronte di quella dei colletti bianchi e valga sul punto focalizzare l’attenzione sulla recente depenalizzazione dell’abuso d’ufficio. Esempio significativo di una stigmatizzazione puramente identitaria dei migranti, a fronte, invero, della massima estensione garantista nei confronti dei colletti bianchi, con una conseguente diseguaglianza di severità applicativa delle sanzioni e delle garanzie.

Il vittimismo, quale fenomeno di «degenerazione dell’ideologia vittimaria»<sup>79</sup>, rappresenta un ulteriore indice sintomatico. Esso distorce la valorizzazione della vittima<sup>80</sup>, che in tal modo diventa depositaria del vero senso della giustizia penale e accresce anche l’odio verso il nemico criminale. Non solo; conduce alla degradazione del rapporto vittima-criminale nonché a un sistema vittimocentrico<sup>81</sup>.

Il vittimismo alimenta l’idealtipo d’autore. Se, infatti, la legislazione si concentra prevalentemente su alcune tipologie di reato e relativi autori, anche le vittime di queste fattispecie diventano “ideal-vittime”, così rafforzando il modello del nemico. Significativa la recentissima proposta di introdurre la tutela della vittima nella Costituzione, attualmente all’esame della Commissione Affari Costituzionali del Senato (d.d.l. nn. 427, 731, 888 e 891), che prevede l’inserimento, all’interno dell’art. 111 Costituzione, dopo il quinto comma, del seguente testo: «la Repubblica tutela le vittime di reato e le persone danneggiate»<sup>82</sup>. A preoccupare non è la progettata presenza nella Costituzione della vittima, la cui tutela trova fondamento in termini generali negli artt. 2 e 3 Cost., quanto l’impatto processuale che la scelta di inserirla all’interno dell’art. 111 Cost. potrebbe determinare<sup>83</sup>. L’esaltazione del ruolo della vittima e addirittura del danneggiato – peraltro già garantiti dal principio del giusto processo – rischia di sbilanciare il sistema processuale, spostando l’attenzione dall’oggetto principale e prevalente del processo, quello dell’accertamento della responsabilità dell’imputato, rispetto al quale un rafforzato ruolo della vittima rischia di tradursi in un’erosione delle garanzie.

---

<sup>79</sup> F. PALAZZO, *Nemico-Nemici-Nemico: una sequenza inquietante per il futuro del diritto penale*, cit., 701.

<sup>80</sup> V. MANES, *La vittima, l’eroe contemporaneo*, in [www.dirittodidifesa.eu](http://www.dirittodidifesa.eu)

<sup>81</sup> M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale dall’oblio al protagonismo?* Napoli 2015, 152 ss.; ID., *La vulnerabilità della vittima quale categoria “a geometria variabile” del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 2, 554 ss. V. MASARONE, *L’attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale per “tipo di vittima”?* in *Arch. pen.*, 2017, 3, 3 ss.

<sup>82</sup> Per un approfondimento si veda E. AMATI, *La vittima in Costituzione? Una riforma che può alterare gli equilibri del sistema*, in *DisCrimen*, 11 ottobre 2024, 2 e ss.

<sup>83</sup> Si veda al riguardo E. AMATI, *La vittima in Costituzione*, cit. 4, che evidenzia come «rischia di legittimare il passaggio da un modello processuale ‘binario’, che vede contrapporsi l’imputato e la parte pubblica, ad un modello ‘triadico’, nel quale si veicola l’idea che l’esito del processo debba soddisfare le attese della parte lesa: da processo a garanzia dell’accusato a processo per la vittima»

Un altro campanello d'allarme è costituito dall'utilizzo della decretazione d'urgenza quale prediletto strumento legislativo. La deroga al monopolio legislativo del Parlamento, da parte del potere esecutivo, infatti, dovrebbe essere utilizzata nei soli casi di "straordinaria necessità e urgenza" – nell'ambito del diritto penale del migrante, questa modalità è sostanzialmente divenuta ordinaria –.

L'uso di un linguaggio volutamente complesso in seno alle fattispecie incriminatrici, così come nei pacchetti sicurezza, non agevolmente comprensibile nemmeno agli esperti, appare parimenti un indice sintomatico della legislazione del nemico; tecnica, questa, frutto della precisa volontà di indurre i consociati ad arrendersi all'esasperato tecnicismo e ad affidarsi alle interpretazioni del politico – o dell'ospite di turno in un programma televisivo –. È in tal modo che la conoscenza diventa appannaggio di pochi e la spettacolarizzazione della giustizia prende il sopravvento<sup>84</sup>. Sembra, d'altronde, evidente quanto il voluto utilizzo di una terminologia difficile nei testi legislativi finisce per accentuare la lontananza e l'assenza di comunicazione tra cittadini e Stato. Un testo legislativo poco chiaro fa sì che i cittadini desistano dal comprenderlo e si affidino alle soggettive interpretazioni di leader politici o, peggio ancora, di influencer. La mancanza di comunicazione tra lo Stato e i cittadini, d'altronde, rappresentava già all'epoca di Jakobs uno dei connotati più significativi del diritto penale del nemico, e lo è tutt'ora, al punto da risultarne un ulteriore indice sintomatico.

#### 4. La legislazione emergenziale in materia di immigrazione: il *Feind* migrante.

Populismo, esclusione<sup>85</sup> del diverso e diritto penale dell'immigrazione oggi appaiono procedere parallelamente. La paura dei consociati indirizza e orienta, in tale materia, le scelte del legislatore. È, infatti, proprio sulla paura<sup>86</sup> che viene costruita la compulsiva tutela della sicurezza nella legislazione penale del migrante<sup>87</sup>. Il termine sicurezza, come anticipato, non è sinonimo di paura. Non di rado, invece, si assiste a una forzata coincidenza dei due termini, funzionale a generare e accrescere l'ansia dei cittadini: «al contrario, è ormai dimostrata, anche empiricamente, l'esistenza di uno scarto qualitativo e quantitativo tra paura, più legata alla sfera personale delle esperienze e preoccupazione, più connessa alle opinioni diffuse e ai giudizi di valore sui

---

<sup>84</sup> In tema si veda, M. DONINI, *Codificazione*, in questa *Rivista*, 4 aprile 2023, 3.: «La democrazia penale è appannaggio di un tecnicismo esasperato, di trappole legislative disseminate fuori dai codici, e anche le sentenze della Corte costituzionale, invece di restituirci distillati di ragione pubblica, sono ormai incomprensibili senza una legenda delle molteplici fonti giurisprudenziali e normative di riferimento»

<sup>85</sup> In tema si veda M. PELISSERO, *Il vagabondo oltre confine. Lo statuto penale dell'immigrato irregolare nello Stato di prevenzione*, in *Pol. dir.*, 2011, 239-286; ID., *Logiche di esclusione e di inclusione nella politica criminale sull'immigrazione*, in *Quest. giust.* 2007, 4, 684.

<sup>86</sup> Si veda al riguardo R. CORNELLI, *La politica della paura tra insicurezza urbana e terrorismo globale*, in *Criminalia*, 2018, 2 e ss.; ID., *La paura nel campo penale: una storia del presente*, in *La paura. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire*, Macerata, 2019.

<sup>87</sup> M. AMBROSINI, *L'invasione immaginaria. L'immigrazione oltre i luoghi comuni*, Bari-Roma, 202, 20 e ss.

fenomeni»<sup>88</sup>. Quest'ansia di tutelare i consociati dalla paura è divenuta una vera e propria ossessione propagandista che, per citare il genio di Goya, "genera mostri" «L'ossessione per la sicurezza finisce – così – per generare, paradossalmente proprio il contrario di ciò che esige: massima insicurezza»<sup>89</sup>.

Il populismo, del resto, non conosce cittadini, ma solo amici e nemici.

L'attuale legislazione penale si connota di interventi ispirati per lo più a esigenze di appagamento mediatico delle coscienze dei cittadini e la legislazione in materia di immigrazione ne costituisce prova tangibile. In questo ambito si assiste, infatti, allo sbilanciamento verso una legislazione simbolica, la quale trova terreno fertile «nell'ombra lunga e inquietante di un diritto penale antico, che dietro il suo apparente, inutile, rigore, nasconde l'assoluta incapacità – e probabilmente l'intima assenza di volontà – di affrontare davvero i problemi sociali»<sup>90</sup>. «Lo Stato – d'altronde – può procedere secondo due diverse modalità contro i delinquenti: può configurarli alla stregua di persone che delinquono, che come tali hanno commesso un errore; ovvero come individui ai quali si deve impedire, mediante il ricorso alla coazione, di distruggere l'ordinamento giuridico»<sup>91</sup>.

La legislazione penale del migrante sembra ispirarsi proprio a tale modello per non dire che ne rappresenta una piena concretizzazione: si parla al riguardo di *crimmigration*<sup>92</sup>.

Siffatta disciplina, infatti, muove verso una «decescente comprensione nei confronti di alcune categorie di delinquenti e quindi di persone»<sup>93</sup> e l'emergente, sempre più pressante domanda di sicurezza, a cui si è tentato di far fronte con l'azione combinata di incriminazione penale ed azione poliziesco-amministrativa»<sup>94</sup>.

In tale ambito, l'automatismo sembra essere il criterio orientativo delle scelte di incriminazione del legislatore; i flussi migratori determinano il pericolo per la sicurezza

<sup>88</sup> F. FUSTENBERG, 1971, "Public Reaction to Crime in the Street", *American Scholar*, 40, 601-61; J. Garofalo, "The Fear of Crime: Causes and Consequences", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1981, 839-857; Lagrange H., 1992, "Appréhension et préoccupation sécuritaire", *Déviance et Société*, 16, 1-29

<sup>89</sup> J. CURBERT, *Insicurezza*, Roma, 2008, 34.

<sup>90</sup> G. BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in "Critica del diritto", 2012, 3/4, p. 435 ss.

<sup>91</sup> G. JAKOBS, *Diritto penale del nemico*, in M. Donini, M. Papa (a cura di), *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, 2007, 21 ss.

<sup>92</sup> Termine nato dalla crasi tra le parole anglosassoni *crime* e *migration*, cfr. *Controlling Immigration Through Criminal Law. European and Comparative Perspectives on Cimmigration*, a cura di G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULIA, Oxford, 2021; M.J. GUIA, M. VAN DER WOUDE, J. VAN DER LEUN, *Social control and justice: crimmigration in the age of fear*, Den Haag, 2013, 34 e ss.. Il neologismo abbraccia una serie di soluzioni normative e di prassi amministrative, unite dall'intersezione tra diritto penale e diritto dell'immigrazione. Sul tema v. G.L. GATTA, *La pena nell'era della "Crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile, G.L. Gatta (a cura di), *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, 987 ss.; sul diritto "penal-amministrativo" speciale dello straniero, si veda, *ex multis*, A. CAPUTO, *Irregolari, pericolosi, criminali. Il diritto delle migrazioni tra politiche securitarie e populismo penale*, in M. Giovannetti, N. Zorzella (a cura di), *Ius migrandi. Trent'anni di politiche e legislazione sull'immigrazione in Italia*, Milano, 2020, 175 ss.; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti*, Torino, 2019, 25 ss.

<sup>93</sup> T. HORNLE, in *Diritto Penale del Nemico*, a cura di M. Donini, M. Papa, cit., 9, 117

<sup>94</sup> F. RESTA, *Nemici o criminali? Paura o libertà dopo l'11 settembre*, in *Quaderni fiorentini*, cit., 12, 1766.

pubblica, generando, pertanto, la necessità di adottare misure d’urgenza, a mezzo di pacchetti sicurezza, sotto forma di decretazione d’urgenza<sup>95</sup>.

Arrivo di migranti, aumento della criminalità, aumento della pericolosità sociale, «un’equazione irresponsabilmente governata da una cattiva politica ansiosa di incamerare facili rendite demoscopiche o elettorali del senso di insicurezza diffuso»<sup>96</sup>.

D’altronde, il fondamento di una simile equazione non è dato rinvenirsi.

In effetti, il numero dei decreti d’urgenza, adottati in materia, conferma tale dato. Solo per citarne i più rilevanti: d.l. n. 416 del 30 dicembre 1989, convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39, c.d. Legge Martelli, d.l. n. 286 del 25 luglio 1998 – poi modificato dalla Legge Bossi-Fini n. 189 del 30 luglio 2002; d.l. n. 11 del 23 febbraio 2009 convertito nelle leggi del 23 aprile 2009, n. 38 e del 15 luglio 2009, n. 94; d.l. n. 80 del 23 giugno 2011, convertito con modifiche nella l. 2 agosto 2011, n. 129; d.l. n. 14 del 2017<sup>97</sup>, convertito con modificazioni dalla l. 18 aprile 2017, n. 48; d.l. n. 113 del 2018, c.d. decreto Salvini<sup>98</sup> – d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modifiche nella l. 8 agosto 2019, n. 77; d.l. n. 130 del 2020, convertito con modifiche dalla l. n. 173/2020; d.l. n. 20 del 10 marzo 2023 –, c.d. decreto Cutro<sup>99</sup>; d.l. n. 39 del 29 marzo 2024; d.l. n. 131 del 16 settembre 2024; d.l. n. 145 dell’11 ottobre 2024.

L’attuale legislazione del migrante costituisce, infatti, «un *corpus* normativo autonomo, in cui la restrizione della libertà personale da parte dell’autorità amministrativa (la cd. detenzione amministrativa) da eccezione si è fatta regola, le forme di tutela del diritto di difesa si sono ridotte, così come si sono affievoliti anche altri diritti, mentre si sono moltiplicate le fattispecie di reato connesse semplicemente alla specifica condizione in cui versano tali soggetti»<sup>100</sup>.

Le politiche sui migranti stanno mettendo in crisi tutti i principi della nostra democrazia<sup>101</sup>, ex artt. 2, 10, comma 2, 13, 25, comma 2, 27, commi 1 e 3, Cost., unitamente ai principi di offensività e proporzionalità; «il diritto penal-amministrativo speciale dell’immigrazione rivela, già nei suoi tratti essenziali (e nelle evoluzioni della

<sup>95</sup> Peculiarmente interessante è il grafico dell’andamento numerico delle modifiche al Testo unico sull’immigrazione nel periodo 1998 - 2017 – con un picco nel 2002 – riportato da R. BIANCHETTI, *Il contributo della criminologia al sistema penale: alla ricerca del nuovo volto della pena*, Bologna, 2016, 563.

<sup>96</sup> A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori e diritti fondamentali della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1494.

<sup>97</sup> Che contiene elementi di novità in relazione alla gestione della sicurezza nelle città (il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, in base all’art. 4 del D.L. n. 14/2017).

<sup>98</sup> Che ha sostanzialmente abolito il permesso di soggiorno per motivi umanitari previsto dal Testo Unico sull’immigrazione, fornendo forme di tutela complementare non equivalenti per durata (un anno – non rinnovabile – invece di due, durante il quale il migrante non avrà alcuna possibilità di lavoro e integrazione) e tipologia (art. 1, comma 1): oltre alle ipotesi tradizionali, allo straniero è accordata protezione tramite permessi per cure mediche, per condizioni di salute di particolare gravità, per violenza domestica o grave sfruttamento lavorativo, per casi di calamità naturale nel Paese di origine o a scopo premiale per atti di particolare valore civile. Per un approfondimento si veda (A. AIMI, *Il “decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 139 ss.

<sup>99</sup> *Ex multis*, U. NAZZARO, *Smuggling of migrants e Trafficking in persons alla luce della l. 5 maggio 2023*, n. 50: *spunti di riflessione sui soggetti “altamente vulnerabili”*, in *Cass. pen.*, 2024, 5, 1673.

<sup>100</sup> R. NIRO, *Spunti sul diritto speciale dei migranti e l’eclissi dei diritti*, in *Giur. it.*, 2021, 1, 195.

<sup>101</sup> L. FERRAJOLI, *Il populismo penale nell’età dei populismi politici*, in *Quest. giust.*, 1, 2019, 80.

legislazione), gli aspetti più preoccupanti di quelle torsioni e la loro idoneità a precludere un corretto bilanciamento tra le istanze sottese al governo dei flussi migratori, da una parte, e, dall'altra, la salvaguardia delle garanzie fondamentali della persona e dei principi del sistema penale»<sup>102</sup>.

Emblematica al riguardo è la **detenzione amministrativa** prevista dall'art. 14 T.u.i. La restrizione della libertà personale svincolata dalla commissione di un reato – prevista nella legge Turco-Napolitano, poi confluita nel d.l. 286/1998 e oggi estesa sino a centottanta giorni – comprime *de facto* la libertà personale a fronte di un inefficace controllo da parte dell'Autorità giudiziaria.

La disciplina originaria della legge del 1998 prevedeva una durata massima del trattenimento pari a trenta giorni; successivamente tale termine è stato prima raddoppiato dalla legge Bossi - Fini, n. 189 del 2002, poi prolungato a centottanta giorni dalla l. n. 94 del 2009, quindi, ulteriormente dilatato fino a diciotto mesi dal d.l. n. 89 del 2011 – convertito, con modifiche, dalla l. n. 129 del 2011 –. La legge n. 161 del 2014 ne ha, invece, ridotto la durata massima a novanta giorni: un termine comunque pari al triplo di quello previsto dalla legge Turco - Napolitano e maggiore anche di quello della legge Bossi - Fini. Il legislatore ha introdotto, da ultimo, una nuova dilatazione, con d.l. n. 118 del 2018, convertito con modifiche dalla l. n. 132 del 2018, riportandone la durata a centottanta giorni<sup>103</sup>. Termine confermato all'art. 14, comma 5, T.u.i., anche a seguito delle modifiche apportate dal d.l. n. 145 dell'11 ottobre 2024.

Il provvedimento restrittivo è adottato dal Questore, che entro quarantotto ore deve trasmettere gli atti al Giudice di pace, territorialmente competente, per la convalida – se si tratta di un migrante da rimpatriare – o al Tribunale competente, con sezione specializzata in diritto dell'immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea – se il trattenuto è un richiedente protezione internazionale –.

Il trattenimento degli stranieri irregolari, in attesa di espulsione, in appositi "Centri di permanenza per il rimpatrio"<sup>104</sup>, espressamente inteso dalla Corte costituzionale come misura restrittiva della libertà personale<sup>105</sup>, costituisce una deroga all'art. 13 Cost.<sup>106</sup>, data l'assenza di una puntuale disciplina legislativa che ne definisca

<sup>102</sup> A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori*, cit., 1495.

<sup>103</sup> Per un approfondimento si veda F. CANCELLARO, *La libertà personale dello straniero: l'estensione della durata massima del trattenimento amministrativo nei C.P.R. e disposizioni per la realizzazione dei centri*, in F. Curi, *Il decreto Salvini. Immigrazione e sicurezza*, Pisa, 2019, 60.

<sup>104</sup> Si tratta dei centri inizialmente qualificati come "di permanenza temporanea e di assistenza" (CPTA), poi, ad opera della l. n. 92 del 2008, divenuti "di identificazione e di espulsione" (CIE), ora tramutati in "Centri di permanenza per il rimpatrio". La denominazione ha subito una modifica a partire dai C.P.T. è stata poi modificato in C.I.E., centri per l'identificazione e l'espulsione, infine, più di recente, in C.P.R., centri di permanenza per i rimpatri

<sup>105</sup> *Ex multis*, cfr. Corte cost., sent. n. 105, del 10 aprile 2001, in *Dejure*; Corte cost., sent. n. 222, del 15 luglio 2004, in *Dejure*.

<sup>106</sup> In tema si veda *ex multis*, E. VALENTINI, *Detenzione amministrativa dello straniero e diritti fondamentali*, Torino 2018, 2 e ss.; R. PALLADINO, *La detenzione dei migranti. Regime europeo, competenze statali, diritti umani*, Napoli 2018, 10 e ss., il quale ritiene che l'adozione dell'attributo "amministrativa" sia un «eufemismo inaccettabile, perché la privazione di libertà personale è sempre sanzione penale o misura cautelare penale e dovrebbe

tempi e modalità. Peculiare, infatti, è che venga catalogato alla stregua di una misura di natura amministrativa e utilizzato non già «in casi eccezionali di necessità e urgenza», ma in via ordinaria, con l'attribuzione di un margine di discrezionalità assai più ampio di quello conferito per le misure “autenticamente” cautelari. I dubbi in tema di violazione dell'art. 13 Cost.<sup>107</sup> e del principio di proporzionalità<sup>108</sup>, sono talmente evidenti da non richiedere ulteriori commenti.

La detenzione amministrativa sintetizza la normativa quantomeno speciale, vigente nei confronti del *Feind* migrante: questi viene privato della propria libertà personale senza alcuna delle garanzie sostanziali e processuali prevista dalla Costituzione, in un'ottica neutralizzante, per il solo fatto di essere un migrante irregolare.

Gli specifici centri di detenzione amministrativa previsti dalla legge italiana sono gli *Hotspots*, i CPR e altre “strutture idonee”.

Destinatari di tali centri non sono solo gli stranieri da rimpatriare coattivamente, ma anche i richiedenti asilo, nonché, a seguito del “decreto Minniti-Orlando”, d.l. 17 febbraio 2017, n. 13, quei migranti che si rifiutano reiteratamente di sottoporsi al rilievo dattiloscopico. L'art. 4 del “decreto Salvini” ha, poi, previsto che in attesa dell'udienza di convalida del provvedimento di accompagnamento alla frontiera, prodromico al trattenimento in un CPR del rimpatriando, laddove non vi sia posto in tali centri, il Giudice di Pace possa autorizzare, con il decreto di fissazione dell'udienza di convalida, il trattenimento del migrante in “strutture diverse e idonee nella disponibilità dell'Autorità di pubblica sicurezza”. La generalità di tale formulazione appare ben lontana dalla necessaria tipizzazione legislativa.

L'*Hotspot*, e relativo *hotspot approach*, è stato introdotto nel nostro Paese dalla legge n. 563 del 1995<sup>109</sup>: definito dalla Commissione europea alla stregua di «un'area alla

essere presidiata dalle relative garanzie»; Si veda anche A. CAVALIERE, *Diritto penale massimo e diversione discrezionale? Un'ipotesi su neoliberalismo e politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2017, 439. Sulla natura sostanzialmente penale della detenzione amministrativa, L. BERNARDINI, *Administrative Immigration Detention as a Punitive Measure: Is it Time for a New Standpoint?*, in A. Di Stasi, R. Palladino, A. Festa (a cura di), *Migrations, Rule of Law and European Values*, Napoli 2023, 231-257.

<sup>107</sup> Il comma 2 dell'art. 13 Cost., dopo aver sancito il principio della riserva di legge sui casi di privazione della libertà personale e la riserva di giurisdizione, aggiunge che la libertà può essere compressa solo nei modi previsti dalla legge, intendendo stabilire che la legge debba indicare anche le “modalità” del trattamento.

<sup>108</sup> Si veda, di recente, in tema R. ORLANDI, *Postulati del processo penale contemporaneo tra principi “neutrali” e concezioni normative*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024,2, 465, che evidenzia come: «la violazione del diritto inviolabile si ha non solo quando questo viene intaccato nel suo nucleo intangibile, ma anche quando viene arbitrariamente leso nel suo strato comprimibile».

<sup>109</sup> La c.d. “Legge Puglia” n. 563/1995, non dice nulla in ordine alla natura di tali Centri, limitandosi a prevederne l'installazione per far fronte all'afflusso di migranti dall'Albania a metà degli anni '90. Tale legge creò, sotto forma di legge emergenziale, il primo embrione degli attuali Centri di accoglienza, decretando l'apertura, per gli anni 1995, 1996, 1997, di strutture ricettive lungo la frontiera marittima pugliese per far fronte alle esigenze di prima accoglienza e soccorso degli stranieri sbarcati sulle coste italiane. La legge, riferendosi anche alle esigenze di contrasto dell'“immigrazione clandestina”, sembrava implicare la creazione di strutture chiuse, dalle quali lo straniero accolto non sarebbe potuto uscire a piacimento.

frontiera esterna dell'Unione europea che si confronta con una sproporzionata pressione migratoria», Hotspot letteralmente significa “punto di crisi”.

In Italia vengono indirizzati in questi centri «gli stranieri rintracciati in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunti nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare», per effettuare le «operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico», in ottemperanza agli artt. 9 e 14 del regolamento UE 603/2013 (Eurodac)<sup>110</sup>. Deve evidenziarsi che tale previsione, pur essendo stata emanata in condizioni di straordinaria necessità ed urgenza, «non è mai stata effettivamente normata, dando dunque vita ad un sistema privo di garanzie da un punto di vista sostanziale prima che procedimentale e processuale»<sup>111</sup>.

L'uso recente del trattenimento negli *Hotspot* è avvenuto con sempre maggiore frequenza a partire dalla fase di accoglienza, fino alla pre-espulsione nei Centri di permanenza per il rimpatrio. È chiara la difficoltà di rendere tali previsioni compatibili con i principi costituzionali e convenzionali: si tratta, infatti, di misure inizialmente introdotte per gestire situazioni di crisi che in quanto tali avrebbero dovuto avere una valenza temporanea, oggi trasformatesi, invece, in misure ordinarie.

L'utilizzo degli *Hotspot* ha determinato diverse situazioni di tensione con i principi costituzionali. Si pensi ad esempio allo sgombero dell'*Hotspot* di Pozzallo, ordinato per garantire «la salute pubblica di tutti i cittadini siciliani», a discapito, però, degli ospiti dello stesso Hotspot, ai quali non è stata assegnata una sede diversa. E la logica del ‘nemico’, applicata all'esercizio del potere pubblico, conduce proprio all'introduzione di forme di discriminazione che snaturano le misure, piegandole al perseguimento di fini particolari. In materia è intervenuta anche la Corte di Strasburgo<sup>112</sup> e, nonostante la relativa condanna nei confronti dell'Italia, il Governo non sembra aver preso particolari iniziative di modifica al riguardo. “Formalmente” è intervenuto con il d.l. n. 13 del 2017, introducendo una norma (l'art. 10-ter del T.u.i.), che rinvia ad altre norme (la legge n. 563 del 1995 e l'art. 9 del d.lgs. n. 142 del 2015), le quali non forniscono

<sup>110</sup> Detti *hotspot* erano inizialmente regolamentati da una semplice circolare dello stesso Ministero del 6 ottobre 2015 - Per una puntuale ricostruzione delle origini degli *hotspot* si veda M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir. imm. citt.*, 2018, 2, 14 e ss. Del tema se ne è occupata la Corte di Strasburgo che, con la sentenza *Khlaifia - Corte EDU*, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 5 della Convenzione, sottolineando come tali centri costituissero in realtà luoghi di detenzione, nei quali gli stranieri erano privati della libertà senza alcuna base legale e senza la possibilità di fare ricorso all'autorità giudiziaria, in violazione anche degli artt. 10, secondo comma, e 13, secondo e terzo comma, Cost. Si veda di recente E. VALENTINI, *La coercizione clandestina: la libertà personale dello straniero in arrivo*, in *Revista Ítalo-española De Derecho Procesal*, 2023, 15-41, <https://doi.org/10.37417/rivitsproc/1476>.

<sup>111</sup> L. TRUCCO, intervento nella lezione “La politica europea sulle migrazioni, il ruolo dell'Italia nell'agenda europea per la migrazione” 24 maggio 2017, in “Dritti e Rovesci” corso di formazione centro Astalli - JRS, Roma.; si veda in tema anche G. PALOMBARINI, *Il CSM sul decreto Dini in tema di immigrazione extracomunitaria (parere 7 febbraio 1996 del CSM)*, in *Quest. giust.* 1/1996, 203; si veda anche L. SCOMPARIN, *Domande inevase, occasioni mancate e singolari novità procedimentali: Governo e Parlamento alla ricerca dell'efficienza nella gestione dei flussi migratori e dei procedimenti per il riconoscimento della protezione internazionale*, in *La legislazione penale*, 17 luglio 2017, 1-12.

<sup>112</sup> Cfr. Sentenza *Khlaifia - Corte EDU*, Grande Camera, 15 dicembre 2016, *Khlaifia e altri c. Italia*, in *Quest. giust.*, 1/2017, 27 e ss.

alcuna indicazione sulle condizioni e sulla durata del trattenimento presso questi luoghi: «con l'inquietante conseguenza che la libertà personale dello straniero, nelle prime fasi dopo gli sbarchi, rimarrà affidata, domani come ieri, alla libera discrezionalità delle forze di polizia»<sup>113</sup>.

La casista è particolarmente nutrita. Si pensi per esempio al caso dell'*Hotspot* di Taranto, in cui sono stati trattenuti per un lasso di tempo considerevole un gruppo di minori stranieri, non accompagnati, arrivati via mare sulle coste italiane, nel maggio del 2017. Una parte di essi ha proposto ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo per lamentare la violazione dell'art. 5, § 1, 2 e 4, Cedu, in considerazione dell'impossibilità per i minori, ospitati nel centro, di lasciare la struttura. La Corte di Strasburgo ha condannato<sup>114</sup>. l'Italia ritenendo che la permanenza all'interno dell'*Hotspot* finisce per risolversi, a tutti gli effetti, in una «privazione della libertà personale», in assenza di una base legale, chiara e accessibile, che ne giustifichi il trattenimento (art. 5, § 1) e di un'attività informativa nei confronti dei ricorrenti circa le motivazioni a fondamento della misura (art. 5, § 2). La condanna, si è dunque imperniata sull'assenza di uno strumento idoneo a contestare, innanzi all'Autorità giudiziaria, la legittimità di uno stato di «detenzione *de facto*»<sup>115</sup> (art. 5, § 4), carenze valutate quali violazioni delle norme convenzionali sulla libertà personale.

Questa pronuncia è di particolare rilievo perché appalesa, in linea con un orientamento interpretativo già seguito dalla Corte in altre pronunce<sup>116</sup> di condanna nei confronti dell'Italia, che il trattenimento costituisce a tutti gli effetti una forma di detenzione e che solo nei confronti dei migranti non sia disciplinato da una precisa normativa che ne definisca tempi e modalità. In particolare, stigmatizzando come illegittima la disciplina in esame, la Corte ha argomentato che la privazione della libertà personale, unicamente nei confronti del migrante, comporti l'attenuazione e la violazione delle garanzie costituzionali: elementi che si è visto essere tipici del diritto penale del nemico.

Da ultimo, il Governo ha proposto e realizzato, di concerto con il Governo albanese, la costruzione di un *Hotspot* in Albania, a Gjader, i cui destinatari saranno richiedenti asilo e migranti in attesa del decreto di espulsione. Peculiare è che le finestre di queste strutture siano munite di inferriate e siano costruite come prigioni, nonostante sia incluso all'interno dell'*Hotspot* anche un penitenziario.

Si segnala la recentissima statuizione del Tribunale di Roma, n. 42251 del 18 ottobre u.s., che ha reso una pronuncia con la quale non ha convalidato il trattenimento

---

<sup>113</sup> L. MASERA, *L'incostituzionalità dell'art. 14 d.lgs. 286/98 nella parte in cui non contiene una disciplina sufficientemente precisa dei "modi" del trattenimento nei CPR*, in *Quest. giust.*, 5/2022, 56 e ss.; si veda anche C. CORSI, *Un (in)arrestabile indebolimento delle garanzie costituzionali nei confronti degli stranieri*, in *Oss. fonti*, 2/2018, 17, utilizza il termine «libertà diverse» proprio per denunciare la violazione delle più elementari garanzie costituzionali e convenzionali.

<sup>114</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, 23 novembre 2023, A.T. e altri c. Italia, ric. 47287/17, con nota di C. PASINI, *Hotspot e minori stranieri non accompagnati: la Corte EDU condanna l'Italia per il loro illegittimo trattenimento*, in questa *Rivista*, 2024, 1, 2 e ss.

<sup>115</sup> Corte eur. dir. uomo, A.T. e altri c. Italia, n. 47287/17, 23 novembre 2023, § 27.

<sup>116</sup> *Ex multis* cfr. Corte eur. dir. uomo, *Khlaifia e altri c. Italia*, n. 16483/12, 15 dicembre 2016.

di 12 dei 16 migranti tradotti in Albania il 16 ottobre u.s. richiedenti asilo, in quanto provenienti da Paesi ritenuti come «non sicuri»<sup>117</sup>. Nelle osservazioni finali, in particolare, il Tribunale ha sottolineato che: «l'insussistenza, come esposto, del presupposto necessario per la procedura di frontiera e per il trattenimento determina l'assenza di un titolo di permanenza del richiedente protezione nelle strutture di cui all'art. 4, comma 1, del protocollo e all'art. 3, comma 4, della legge di ratifica. Il giudizio di convalida dei trattenimenti è uno strumento di garanzia, necessario per il principio costituzionale dello *status libertatis*, che deve quindi essere riacquisito in caso di non-convalida».

Il Tribunale ha, così, dato piena esecuzione alla decisione della Grande sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, avente natura vincolante, che si è espressa il 4 ottobre u.s. in materia<sup>118</sup>.

Il Governo non ha accettato tale decisione, tanto da aver annunciato di voler introdurre un provvedimento sui "Paesi sicuri", che dovrebbe elevare al rango di norme primarie le regole che individuano i paesi per i quali è possibile il rimpatrio. Tale decreto è stato approvato dal Consiglio dei Ministri nella serata del 21 ottobre u.s.

La legislazione in materia di immigrazione offre ulteriori esempi dell'approccio tipico di un diritto penale d'autore. Si pensi al d.l. n. 113 del 2018, c.d. decreto Salvini, la cui impostazione si fonda sulla considerazione del migrante come un problema di

---

<sup>117</sup> Secondo la direttiva Ue 2013/32, un Paese può essere considerato "sicuro" se «sulla base dello status giuridico, dell'applicazione della legge all'interno di un sistema democratico e della situazione politica generale, si può dimostrare che non ci sono generalmente e costantemente persecuzioni, tortura o altre forme di pena o trattamento disumano o degradante, né pericolo a causa di violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale».

<sup>118</sup> Cfr. Grande sezione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (causa C-406/22), in *Questione giust.*, 10/2024, 2 e ss. che ha affermato alcuni principi fondamentali del diritto dell'Unione in materia di procedure per il riconoscimento della protezione internazionale per richiedenti asilo provenienti da Paesi di origine designati come sicuri. La CGUE si è pronunciata sul rinvio pregiudiziale effettuato da un giudice del Tribunale regionale di Brno (Repubblica Ceca) su tre questioni che riguardano la nozione stessa di paese di origine sicuro, la legittimità di tale designazione, in particolare nel caso fosse stata effettuata con esclusione di parti di territorio, e la possibilità per il giudice di rilevare d'ufficio la legittimità di tale designazione. Questi i passaggi più significativi: «la designazione di un paese come paese di origine sicuro dipende, come ricordato al punto 52 della presente sentenza, dalla possibilità di dimostrare che, in modo generale e uniforme, non si ricorre mai alla persecuzione quale definita all'articolo 9 della direttiva 2011/95, tortura o pene o trattamenti inumani o degradanti e che non vi sia alcuna minaccia dovuta alla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato internazionale o interno». (punto 68). «Le condizioni stabilite in tale allegato devono essere rispettate in tutto il territorio del paese terzo interessato affinché quest'ultimo sia designato come paese di origine sicuro» (punto 69). «interpretare l'articolo 37 della direttiva 2013/32 nel senso che esso consente ai paesi terzi di essere designati come paesi di origine sicuri, ad eccezione di talune parti del loro territorio, avrebbe l'effetto di estendere l'ambito di applicazione di tale particolare regime di esame. Poiché una siffatta interpretazione non trova alcun sostegno nel tenore letterale di tale articolo 37 o, più in generale, in tale direttiva, il riconoscimento di una siffatta facoltà violerebbe l'interpretazione restrittiva cui devono essere subordinate le disposizioni derogatorie (v., in tal senso, sentenze del 5 marzo 2015, Commissione/Lussemburgo, C-502/13, EU:C:2015:143, punto 61, e dell'8 febbraio 2024, Bundesrepublik Deutschland (Ricevibilità di un ricorso reiterato), C-216/22, EU:C:2024:122, punto 35 e giurisprudenza ivi citata)» (punto 71).

sicurezza pubblica<sup>119</sup>, tant'è che in esso è stata prevista l'ennesima situazione di contrasto con l'art. 13 Cost.

È stata, infatti, allungata da novanta a centottanta giorni la durata massima del trattenimento dello straniero nei Centri di permanenza per il rimpatrio, in attesa dell'espulsione, ed è stato normato l'intervento dell'Autorità di polizia in luogo dell'Autorità giudiziaria. In tale regolamentazione si è così previsto il trattenimento dei richiedenti asilo<sup>120</sup> non solo «per il tempo strettamente necessario, e comunque non superiore a trenta giorni», ma «sino a centottanta giorni nei CPR». E cioè negli stessi centri in cui sono trattenuti, in attesa dell'esecuzione del provvedimento di espulsione, i migranti irregolari, attribuendo all'Autorità di pubblica sicurezza un potere discrezionale tanto ampio da indurre a ravvisare «un uso generalizzato del trattenimento contrastante con i principi di necessità e proporzionalità»<sup>121</sup>.

Il legislatore del 2018, inoltre, ispirato da sempre maggiore rigore, ha ampliato il novero dei reati la cui commissione può determinare il diniego o la revoca dello *status* di rifugiato, nonché i presupposti che consentono il trattenimento amministrativo del richiedente, al punto da determinarne la coincidenza con quelli necessari per il trattenimento dello straniero irregolare<sup>122</sup>. «Si aggrava così il *vulnus* già, di per sé, recato dalla detenzione amministrativa, posto che l'inasprimento sancito dal decreto sicurezza del 2018 investe comunque un soggetto non già "irregolare", bensì portatore di un'istanza di protezione tutelata dalla Costituzione e da molteplici fonti internazionali»<sup>123</sup>.

Anche il legislatore del 2019, con d.l. 14 giugno 2019, n. 53 (recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica) – convertito, con modifiche dalla l. 8 agosto 2019, n. 77 –, aveva condiviso un simile approccio. Tale decreto aveva attribuito al Ministro dell'interno, di concerto con i Ministri della difesa e delle infrastrutture, il potere di adottare provvedimenti di limitazione o di divieto dell'ingresso, del transito o della sosta di navi nel mare territoriale per "motivi di ordine e sicurezza pubblica" (art. 11, comma 1-ter, T.u.i.). Risultavano parzialmente modificati i presupposti che legittimavano l'adozione del provvedimento interministeriale, rappresentati dai soli "motivi di ordine e sicurezza pubblica"; la vaghezza di tale formulazione offriva, particolare, la possibilità di fornire una base legale anche ai provvedimenti volti ad

<sup>119</sup> Sul punto si veda A. ALGOSTINO, *Il decreto "sicurezza e immigrazione" (decreto-legge n. 113 del 2018): estinzione del diritto di asilo, repressione del dissenso e disegualianza*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2018, 173 ss.

<sup>120</sup> Sul punto si veda L. MASERA, *La crimmigration nel decreto Salvini*, in *Leg. pen.* 2019, 22, secondo cui risulta «palesamente irragionevole che una procedura coattiva come il trattenimento a fini identificativi possa essere esercitata nei confronti di chi è destinato a rimanere comunque per un certo periodo nel nostro Paese, in quanto richiedente protezione, rispetto a chi dall'Italia dovrebbe essere allontanato il più celermente possibile».

<sup>121</sup> Cfr. Parere del Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale sul decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, Roma 15 ottobre 2018, 8.

<sup>122</sup> E. VALENTINI, L. GENNARI, *Le ulteriori novità concernenti la libertà personale dello straniero: il trattenimento del richiedente protezione internazionale e le nuove disposizioni sulle modalità di esecuzione dell'espulsione*, in F. Curi (a cura di), *Il decreto Salvini*, cit., 70.

<sup>123</sup> A. CAPUTO, *Sicurezza e immigrazione tra controllo dei flussi migratori*, cit., 1501.

impedire l'ingresso di stranieri irregolari soccorsi in acque internazionali. Tale normativa è stata abrogata dal d.l. 21 ottobre 2020, n. 130.

Il legislatore del 2020, tuttavia, in quest'ultimo decreto, non ha nemmeno menzionato le limitazioni della libertà personale intrinseche al trattenimento<sup>124</sup>. Ha aggiunto i commi 7-*bis* e 7-*ter* all'art. 14 T.u.i., introducendo il binomio arresto in "flagranza differita" (comma 7-*bis*<sup>125</sup>) e giudizio direttissimo "atipico" (comma 7-*ter*<sup>126</sup>) per un ampio ventaglio di fattispecie delittuose ("delitti commessi con violenza alle persone o alle cose... per i quali è obbligatorio o facoltativo l'arresto") realizzate «in occasione o a causa del trattenimento» nei CPR ovvero negli *Hotspots* di cui all'art. 10-*ter* T.u.i. Normativa, questa, che si conferma eccezionale e *ad personam* rispetto al migrante poiché presupposto necessario è che le fattispecie di reato previste siano perpetrate all'interno dei centri di trattenimento, per cui solo tali stranieri potranno esserne gli autori. Permane la vaghezza della formulazione con riferimento alla possibilità di procedere all'arresto in flagranza differita «per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica», dunque in assenza di una precisa tipizzazione delle relative ipotesi.

Il 16 novembre 2023, inoltre, il Consiglio dei Ministri ha approvato un disegno di legge, d.d.l. 1660/C, recante "disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario". Tale decreto è stato approvato dalla Camera in data 19 settembre ed è oggi al vaglio del Senato. Si segnala l'art. 27 di questo nuovo pacchetto sicurezza – d.d.l. n. S 1236 – che contiene la proposta di introdurre una nuova fattispecie delittuosa nell'art. 14 del T.u.i.: il reato di rivolta nei luoghi di accoglienza e trattenimento dei migranti<sup>127</sup>. Norma che,

---

<sup>124</sup> In dottrina si è notato come tale intervento correttivo, pur essendo stato apprezzato, non consente di superare le obiezioni inerenti al mancato rispetto delle garanzie poste a tutela della libertà personale, atteso che il Garante non ha natura giurisdizionale. Sul punto, G. MENTASTI, *L'ennesimo 'decreto immigrazione-sicurezza' (d.l. 21 ottobre 2020, n. 130): modifiche al codice penale e altre novità*, in questa *Rivista*, 21 ottobre 2020, 2 e ss.

<sup>125</sup> «quando non è possibile procedere immediatamente all'arresto per ragioni di sicurezza o incolumità pubblica, si considera in stato di flagranza ai sensi dell'articolo 382 del codice di procedura penale colui il quale, anche sulla base di documentazione video o fotografica, risulta essere autore del fatto e l'arresto è consentito entro quarantotto ore dal fatto».

<sup>126</sup> «Per i delitti indicati nel comma 7-*bis* si procede sempre con giudizio direttissimo, salvo che siano necessarie speciali indagini».

<sup>127</sup> «Chiunque, durante il trattenimento in uno dei centri di cui al presente articolo o durante la permanenza in una delle strutture di cui all'articolo 10-*ter* o in uno dei centri di cui agli articoli 9 e 11 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, ovvero in una delle strutture di cui all'articolo 1-*sexies* del decreto-legge 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, mediante atti di violenza o minaccia o mediante atti di resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti, posti in essere da tre o più persone riunite, promuove, organizza o dirige una rivolta è punito con la reclusione da uno a sei anni. Per il solo fatto di partecipare a

lla rivolta, la pena è della reclusione da uno a quattro anni. Se il fatto è commesso con l'uso di armi, la pena è della reclusione da due a otto anni. Se nella rivolta taluno rimane ucciso o riporta lesioni personali gravi o gravissime, la pena è della reclusione da dieci a venti anni. Le pene di cui al quarto periodo si applicano anche se la lesione personale o la morte avvengono immediatamente dopo la rivolta e in conseguenza di essa». Per un approfondimento si veda C. PASINI, *Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti*, in questa *Rivista*, 29 maggio 2024, 5, 1 ss.

in sostanza, riproduce la proposta (art. 26) di inserire un nuovo art. 415-*bis* c.p., che incrimini la rivolta, anche passiva, negli istituti penitenziari<sup>128</sup>.

La fattispecie elenca tutte le strutture in cui possono permanere i migranti che si trovino ad “attraversare”, durante il loro percorso, l’Italia: dal momento dell’identificazione nei punti di crisi, appena dopo l’arrivo sul territorio nazionale, alla permanenza nelle diverse strutture che li accolgono a vario titolo, inclusa la fase del trattenimento pre-espulsivo presso i CPR.

Ci troviamo di fronte a un intervento indirizzato alla generalità, non dei consociati, bensì della popolazione migrante.

Astrattamente, il reato in questione è un reato comune; in sostanza, però, solo lo straniero si troverà nella posizione di poter esserne l’autore, in quanto il requisito è che la fattispecie si consumi durante il “trattenimento” o la “permanenza” in uno dei luoghi destinati esclusivamente ai migranti.

L’intenzione del legislatore sembra, infatti, quella di punire più che una condotta un “tipo” di autore, in questo caso il migrante, non rilevando che egli sia irregolare, richiedente asilo, minore straniero non accompagnato o rifugiato. Un simile approccio, però, è quantomai pericoloso in quanto tende ad associare e identificare il migrante al detenuto. Questa scelta di criminalizzazione, nonostante non rientri tecnicamente nella *crimmigration* – legata alla “criminalizzazione diretta in senso stretto del migrante” – è sicuramente foriera di una stigmatizzazione<sup>129</sup> identitaria che fa divenire «il migrante.. reato»<sup>130</sup>, in quanto stigmatizzato quale «soggetto pericoloso...potenziale e tendenziale delinquente...portatore di un’aggravante legata alla sua identità»<sup>131</sup>.

Nella legislazione penale in materia di immigrazione, dunque, la tendenza è verso una responsabilità penale legata alla mera condizione di clandestinità; «tipo d’autore e disobbedienza fondano l’illecito, nella presunzione assoluta della messa in pericolo in cui l’attenzione al tipo d’autore prevale sul significato offensivo del fatto»<sup>132</sup>.

<sup>128</sup> Il pacchetto sicurezza n. 1236, ora al vaglio del Senato, all’art.34 reca modifiche all’ordinamento penitenziario volte a ricomprendere l’aggravante del reato di istigazione a disobbedire alle leggi e il delitto di rivolta all’interno di un istituto penitenziario, nonché all’inclusione negli stessi nel catalogo dei reati per i quali la concessione di benefici penitenziari è subordinata alla mancanza di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Si deve peraltro evidenziare che il reato previsto dall’art. 415 c.p. verrebbe poi inserito dall’art. 32 del medesimo Disegno di legge, nell’elenco di cui all’art 4 -*bis* dell’Ordinamento penitenziario, vale a dire fra i reati ostativi alla concessione delle misure alternative alla detenzione, al pari di reati gravissimi quali l’omicidio e la prostituzione minorile.

<sup>129</sup> Per un approfondimento si veda L. MASERA, *Il “caso Lampedusa”: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, 1/2014, 83 ss.; ID., [I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconfortanti novità del Decreto Minniti](#), in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, pp. 278 ss.; si vedano altresì: F. CANCELLARO, *Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?*, in questa [Rivista](#), 28 settembre 2020; G. FELICI - M. GANCITANO, *La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale*, in questa [Rivista](#), 10 gennaio 2022, 2 ss.

<sup>130</sup> L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Dir. imm. citt.* n. 4/2009, 15.

<sup>131</sup> L. FERRAJOLI, *L’illusione della sicurezza, Intervento al Festival del diritto*, Piacenza, 25-28 settembre 2008, 6 del paper.

<sup>132</sup> A. CAPUTO, cit., 1497.

Ne è ulteriore emblematico esempio l'art. 10-*bis* T.u.i.<sup>133</sup> che prevede la fattispecie di ingresso e trattenimento irregolare: è un reato proprio, in quanto soggetto attivo è esclusivamente lo straniero che versa in uno stato di irregolarità, conseguente al mancato rispetto delle normative che regolano l'ingresso in Italia. Se l'immigrato non provvede al pagamento dell'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, *ex art. 10-bis*, comma 1, T.u.i., sarà oggetto di un provvedimento di espulsione, la cui titolarità è assegnata al Prefetto, non ad un organo giurisdizionale. Balza agli occhi l'assurdità, sul piano delle scelte di politica criminale, di prevedere una sanzione pecuniaria così elevata comminata a soggetti normalmente nullatenenti. A meno che la previsione della contravvenzione non schermi il passaggio automatico al provvedimento dell'autorità amministrativa.

Questa fattispecie sintetizza una pericolosa sovrapposizione tra disciplina amministrativa e disvalore penale, così da favorire l'accostamento tra migrante e criminale: «il *continuum* instaurato dalla norma incriminatrice tra *status* di irregolarità amministrativa e perfezionamento della contravvenzione mette in luce come violazione della disciplina amministrativa, relativa a ingresso e soggiorno, e disvalore della fattispecie penale vengano a sovrapporsi»<sup>134</sup>. Tale disposizione è, infatti, costruita sull'idealtipo nemico migrante in quanto opera una distinzione fra categorie soggettive, individuali dei singoli e non in virtù di elementi oggettivi del reato, come un diritto penale del fatto imporrebbe.

Se ne deve segnalare la totale inidoneità in termini deflattivi. Il numero di stranieri in condizione di irregolarità giuridica è intorno al mezzo milione di persone, con un leggero calo nel 2023, da 506mila unità del 2022, a 458mila del 2023<sup>135</sup>. Un calo presumibilmente dovuto alla politica di assunzione delle imprese che, proprio nel 2023, ha raggiunto importanti risultati, riguardando 1.057.620 di migranti<sup>136</sup>.

La seppure breve analisi degli interventi legislativi in tema di immigrazione e delle più rilevanti fattispecie in materia consente di fotografarne alcuni elementi distintivi: automatismo, anticipazione della soglia di punibilità, impronta soggettivistica, assenza di garanzie costituzionali. I destinatari di tali norme, infatti, vengono puniti per ciò che essi sono e che potrebbero fare, non per quello che hanno concretamente commesso. Elementi, questi, tipici di un diritto penale del nemico, non di un diritto penale del fatto. Si assiste a una bipartizione tra cittadino-amico e straniero-nemico<sup>137</sup>, così che solo gli amici sono meritevoli del diritto penale ordinario<sup>138</sup> (*Bürgerstrafrecht*) e delle relative garanzie, con il conseguente progressivo

<sup>133</sup> *Ex multis*, G. GATTA, Il 'reato di clandestinità' e la riformata disciplina penale dell'immigrazione, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1323 e ss.; F. VIGANO', [La Corte di Giustizia UE sull'art. 10-bis T.U. Immigrazione e Direttiva rimpatri](#), in *Dir. pen. cont.*, 7 dicembre 2012, 2 e ss.

<sup>134</sup> A. CAPUTO, *Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri*, in *Quest. giust.*, 3/1999, 1495.

<sup>135</sup> Per un approfondimento si veda Fondazione ISMU ETS, XXIX RAPPORTO ISMU SULLE MIGRAZIONI 2023, in <https://www.ismu.org/xxix-rapporto-sulle-migrazioni-2023-comunicato-stampa-13-2-2024/>

<sup>136</sup> Fonte Unioncamere – ANPAL, in <https://www.unioncamere.gov.it/>

<sup>137</sup> Una distinzione, questa, che richiama la distinzione tra amico e nemico e ancor prima tra *inimicus* e *hostis*, già esistenti durante l'Impero romano. Al riguardo si veda ZAFFERONI R., *El enemigo en el derecho penal*, Buenos Aires, 2006, p. 104.

<sup>138</sup> <sup>138</sup> Al riguardo e in particolare con riferimento all'utilizzo di distorsioni del diritto penale ordinario nei

orientamento del sistema sanzionatorio verso una logica di tipo identitario, in una prospettiva che tende all'esclusione del deviante dalla comunità. La questione sicurezza è declinata nella direzione di una risposta sanzionatoria «finalisticamente rivolta non tanto alla repressione di fatti oggettivamente offensivi quanto alla neutralizzazione di soggetti che, in ragione delle loro qualità personali di appartenenza a certe comunità o categorie, sono per ciò solo ritenuti pericolosi»<sup>139</sup>.

Innegabile, pertanto, che la criminalizzazione in questa materia sia una «criminalizzazione della clandestinità come male in sé»<sup>140</sup>, che genera diseguaglianza e conflitti sociali futuri.

## 5. Gli "indici sintomatici" nella legislazione penale del *Feind* migrante.

L'esame, pur cursorio, della normativa in materia di immigrazione consente, come anticipato, di delineare alcuni elementi qualificanti che si avvicinano agli indici sintomatici della legislazione penale del nemico.

La detenzione amministrativa ne costituisce un esempio emblematico. Si tratta, infatti, di una forma di detenzione, a tutti gli effetti restrittiva della libertà personale, svincolata dalle garanzie sostanziali e processuali, che sono, invece, costituzionalmente previste per le altre forme di detenzione in senso stretto. Così elevandosi a disciplina eccezionale modulata sul normotipo del *Feind* migrante.

Connesso a tale indice è possibile individuarne un altro: la previsione legislativa dell'intervento da parte dell'Autorità di pubblica sicurezza, nelle ipotesi di trattenimento, in luogo dell'Autorità giudiziaria. Una disciplina speciale e *ad personam* elaborata *ad hoc* sullo straniero migrante; così come il trattenimento dei richiedenti asilo all'interno degli stessi centri di detenzione in cui vengono a trovarsi anche gli stranieri irregolari in attesa del decreto di espulsione. Tale scelta costituisce un segnale ulteriore di allarme circa l'approccio neutralizzante voluto nei confronti di queste persone, secondo un modello di stigmatizzazione identitaria, del pari coincidente con altro indice sintomatico della legislazione del nemico. E, di conseguenza, anche la classificazione dei richiedenti asilo tra i soggetti ritenuti pericolosi socialmente, in quanto non vi è, come

---

confronti dei nemici si veda L. FERRAJOLI, *Delitto politico, ragion di Stato e Stato di diritto*, in AA.VV., *Il delitto politico dalla fine dell'Ottocento ai giorni nostri*, Roma, 1984, 52, che sosteneva: «Questa penetrazione nella giurisdizione della logica politica dell'amico/nemico è avvenuta, come ci mostrano tanti casi che abbiamo sotto gli occhi, in tutte le fasi del processo; all'atto della formulazione delle accuse, quando il nemico è identificato, con l'ausilio di figure di reato indeterminate come sono i delitti associativi, non già in base a fatti ma direttamente con riguardo alla sua personalità sovversiva, secondo il modello autoritario del tipo d'autore che contraddice il principio liberale che si delinque in quanto si opera e non in quanto si è; nel corso del processo, quando "amici" e "nemici" si definiscono in forza del loro schierarsi dalla parte dell'accusa anziché dalla parte della difesa, che pure è la parte che l'imputato avrebbe normalmente il diritto di impersonare; nel momento della condanna, quando pene e ricompense vengono distribuite non già in base alle responsabilità accertate ma al contributo arrecato alla verità accusatoria».

<sup>139</sup>F. PALAZZO, *Il volto del sistema penale italiano dopo la XIV legislatura*, in *Dem. dir.*, 1/2006, 53 ss.

<sup>140</sup>L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Torino, 2019, 23.

nelle ipotesi standard, alcun giudizio prognostico elaborato dall'Autorità giudiziaria che possa definirli tali, ma solo una classificazione identitaria.

L'utilizzo ordinario, e non solo in condizione di stretta necessità e urgenza, di centri per la detenzione amministrativa costituisce parimenti un indice significativo dell'approccio d'autore: si tratta a tutti gli effetti di luoghi privativi della libertà personale, in cui ai migranti non vengono estese le medesime garanzie previste per i detenuti negli istituti penitenziari. Con la differenza che solo nel secondo caso sussiste la legittimazione dello Stato a privarli della propria libertà. Questi centri, come quello in Albania, sono strutture munite di grate di sicurezza, da cui il migrante non può allontanarsi.

Centri privativi della libertà personale che, date le condizioni, possono essere classificati alla stregua dei veri e propri campi di prigionia.

L'utilizzo del giudizio direttissimo, *ex art. 14, comma 7-ter. T.u.i.*, applicabile sempre, nelle ipotesi di particolari categorie di reati purché l'autore-migrante si trovi nei centri di permanenza, costituisce altro indice sintomatico della legislazione *ad personam* costruita sul migrante. Questa norma risulta derogatoria perché esula dalla puntuale disciplina dei casi in cui è possibile applicarlo, tipizzati dal codice di rito. Si deve rimarcare che la *ratio* del giudizio direttissimo risiede nella evidenza della prova, valutata tale anche dall'Autorità giudiziaria. Una valutazione assente nelle ipotesi in esame.

Ulteriore segnale d'allarme è costituito dalla costruzione di incriminazioni non rivolte alla generalità dei consociati bensì solo nei confronti dei migranti. Si tratta di reati comuni che, però, in concreto divengono propri: basti pensare alla nuova fattispecie proposta di rivolta nei centri di permanenza, già accennata, in cui l'autore può essere solo lo straniero in quanto tale, unico soggetto a potersi trovare nei luoghi tipizzati, cioè i centri costruiti *ad hoc* per i migranti. Nel Codice penale, infatti, la classificazione delle fattispecie di reato si basa sulla diversa tipologia dei beni messi in pericolo o lesi, non di certo sull'idealtipo ladro, rapinatore, omicida, etc.

La punibilità del migrante, per la sua condizione, o addirittura per ciò che potrebbe commettere, e non per le condotte realizzate, è evidentemente ulteriore indice sintomatico della volontà legislativa di introdurre una stigmatizzazione neutralizzante del *Feind* migrante.

L'incriminazione della clandestinità, così come prevista all'art. 10-*bis* T.u.i., basata su criteri soggettivi, ha pienamente diritto di rientrare nella presente catalogazione. Tale fattispecie concretizza la violazione dei principi che riguardano il diritto penale del fatto entrando nel territorio del diritto penale d'autore.

Da ultimo, la vera e propria deportazione dei migranti negli *Hotspot* in Albania può essere elevata a indice sintomatico di una stigmatizzazione neutralizzante. Siffatto *modus operandi*, infatti, sembra richiamare l'istituto medievale del bando, che lo si ricorda, fu istituito per rafforzare la coesione sociale a fronte della necessità di espellere il bandito, inteso quale nemico della società, al solo scopo di neutralizzarlo. Anche in questo caso, però, deve segnalarsi come il bandito, differentemente dal migrante, quantomeno, si era "macchiato" di un crimine.

## 6. Conclusioni: alcune riflessioni propositive.

Il fenomeno migratorio va regolato, anche perché fisiologicamente in crescita, non si può pensare di lasciarlo all'appannaggio del panpenalismo.

Emigrare è un diritto, e come ogni diritto va tutelato. La nostra Carta costituzionale, all'art. 35, comma 2, Cost. riconosce la libertà di emigrare<sup>141</sup>, così come egualmente la riconoscono il diritto internazionale, rispettivamente agli artt. 13, comma 2, e 14 della Dichiarazione universale dei diritti umani, nonché all'art. 12, comma 2, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

Una libertà che costituisce il «più antico dei diritti fondamentali, essendo stato formulato fin dal secolo XVI da Francisco De Vitoria a sostegno della conquista del “nuovo mondo”, quando erano gli europei a “emigrare” per colonizzare e depredare il resto del pianeta»<sup>142</sup>. «Sostenere e mostrare che il diritto di emigrare è un diritto vigente, che in quanto tale richiede di essere garantito, significa nient'altro che prendere il diritto positivo sul serio, rilevarne la normatività e criticare come un'indebita lacuna la mancata produzione delle sue garanzie e delle connesse funzioni e istituzioni di garanzia. Se la politica non è capace di dire tutto questo, se non ha il coraggio, perché vittima della demagogia, di riconoscere che il diritto di emigrare è stato ed è tuttora un diritto di tutti, allora è la cultura giuridica che deve dirlo, sul piano scientifico ancor prima che su quello politico»<sup>143</sup>.

L'arrivo di migranti è ormai costante, non più eccezionale e occorre una normativa equilibrata e razionale che si svincoli dall'eccezionalità. Le difficoltà derivanti dall'arrivo di migranti non possano esonerare lo Stato dal proprio, preciso, obbligo di garantire il rispetto del diritto di emigrare e che ogni persona a cui venga limitata la libertà personale possa godere di condizioni compatibili con il rispetto della propria dignità. La condizione giuridica dello straniero è parimenti tutelata costituzionalmente all'articolo 10, comma 2, in conformità con le norme e i trattati internazionali.

Il diritto penale è *extrema ratio*, non strumento di disciplina dei fenomeni sociali, men che meno di fenomeni migratori.

I principi costituzionali confliggono con l'orientamento «in favore di “un'offensività che tende ad assumere una dimensione ideale”, nella “logica di neutralizzazione”»<sup>144</sup>, tipica del diritto penale del nemico. Una neutralizzazione giustificata dall'ossessione compulsiva, e solo propagandisticamente appagante, di tutela di beni giuridici quali “sicurezza pubblica” o “controllo dei flussi migratori”.

---

<sup>141</sup> Art. 35 Cost.: «La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni. Cura la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori. Promuove e favorisce gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro. Riconosce la libertà di emigrazione, salvo gli obblighi stabiliti dalla legge nell'interesse generale, e tutela il lavoro italiano all'estero».

<sup>142</sup> L. FERRAJOLI, cit., in *Diritto e giustizia*, 2019, 1, 8.

<sup>143</sup> *Ibidem*

<sup>144</sup> A. CAPUTO, *I reati in materia di immigrazione*, in *Trattato teorico e pratico di diritto penale*, diretto da F. Palazzo - C. E. Paliero, vol. IX, *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, a cura di A. Caputo - G. Fidelbo, Torino, 2012, 33 s

Il Giudice delle leggi a proposito dell'afferrabilità del bene giuridico, proprio con riferimento ai flussi migratori, ha avuto modo di precisare che quello «protetto dalla norma incriminatrice è in realtà agevolmente identificabile nell'interesse dello Stato al controllo e alla gestione dei flussi migratori, secondo un determinato assetto normativo; interesse – questo – la cui assunzione ad oggetto di tutela penale non può considerarsi irrazionale e arbitraria – risultando – offendibile dalle condotte di ingresso e trattenimento illegale dello straniero»<sup>145</sup>. Scelta condivisa da alcuna dottrina sul presupposto che il controllo di tali flussi sia un bene afferrabile<sup>146</sup>; non invece da chi sottolinea che «la Corte abbia offerto legittimazione alla tecnica di seriazione dei beni giuridici»<sup>147</sup>, una tecnica dalle potenzialità involutive al punto da riconoscere al legislatore «piena discrezionalità nel definire il profilo qualitativo (e/o il tasso di artificialità) degli interessi ritenuti meritevoli di tutela, così spostando dalla offensività alla sussidiarietà il fuoco della questione sulla giustiziabilità dell'*extrema ratio*»<sup>148</sup>. D'altronde, il controllo dei flussi migratori non può essere elevato a bene giuridico, perché «come strumento di controllo sociale, vale assai poco: è il più rozzo, il più doloroso, il più costoso e il meno efficace degli strumenti che una comunità civile può mettere in campo per orientare le condotte»<sup>149</sup>.

Occorrerebbe un duplice intervento riformatore, volto da un lato a strutturare una politica di ingressi, con incentivi alla regolarizzazione; dall'altro, a una riforma sistematica della legislazione che *in primis* bandisca la concezione neutralizzante del nemico migrante e che, laddove sia assolutamente necessario ricorrere a forme di restrizione della libertà personale, appartengano, di nome e di fatto, al novero delle misure di natura penalistica e non amministrativa, con tutto il corredo di garanzie costituzionali previste e rimesse alle valutazioni dell'Autorità giudiziaria<sup>150</sup>.

---

<sup>145</sup> «In relazione alla q.l.c. dell'art. 10 - bis d.lg. 25 luglio 1998 n. 286, aggiunto dall'art. 1, comma 16, lett. a), l. 15 luglio 2009 n. 94, censurato, in riferimento all'art. 25, comma 2, Cost., in quanto configura come reato la fattispecie di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato, è infondata l'eccezione di inammissibilità della stessa perché priva di attinenza con il processo "a quo". L'eventuale rimozione della norma impugnata, conseguente all'accoglimento della questione, inciderebbe sull'esito del giudizio principale, destinato altrimenti a concludersi – secondo quanto si afferma nell'ordinanza di rimessione – con una declaratoria di responsabilità dell'imputato per la contravvenzione "de qua"» Corte Cost. n. 250, 8 luglio 2010, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 10, 1187, con nota di A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*. Nello stesso senso cfr. Corte cost., sent. n. 32, del 27 gennaio 2011, in *Dejure*.

<sup>146</sup> D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 127.

<sup>147</sup> Sul punto si veda A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il sistema punitivo*, in questa *Rivista*, n. 4/2022, 43.

<sup>148</sup> V. MANES, [I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza](#), in *Dir. pen. cont.*, 10 ottobre 2011, 101 e ss.

<sup>149</sup> A. CAVALIERE, *Le vite dei migranti e il sistema punitivo*, cit., 43.

<sup>150</sup> Bricola ha dedicato un approfondimento già nel 1975 alle norme sull'immigrazione contenute nel testo unico delle leggi di polizia, chiedendosi come mai le misure contemplate da tali norme – applicabili al di fuori di ogni intervento dell'autorità giudiziaria – non fossero state oggetto di eccezioni di illegittimità costituzionale. Si veda al riguardo, F. BRICOLA, *Forme di tutela "ANTE-DELICTUM" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione, atti del convegno di studi "Enrico De Nicola"*, Milano, 1975, ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 96 ss.

Quanto alla politica di ingressi, si potrebbe pensare di introdurre, come nel modello francese, un permesso di soggiorno per “lavori *in deficit* di manodopera”, destinato agli immigrati irregolari già presenti sul territorio, che troverebbero più agevolmente impiego nei settori di carenza del personale. In tal modo se ne incentiverebbe la regolarizzazione; si sottrarrebbero i migranti alla criminalità organizzata e a datori di lavoro privi di scrupoli. Si riuscirebbe, peraltro, a smussare quella costruzione mentale, che la politica ha rafforzato in questi anni, sull’ideal-tipo nemico migrante in grado di sottrarre posti di lavoro ai cittadini italiani.

Sul modello spagnolo, poi, si potrebbero prevedere estensioni dei permessi di soggiorno speciali per chi venga licenziato o perda in ogni caso il lavoro (chiusure di aziende o fallimenti), che possano essere rilasciati in presenza della comprovata partecipazione a colloqui lavorativi, cioè di una prova tangibile dell’attivarsi nella ricerca di un nuovo impiego. In tal modo gli immigrati, divenuti improvvisamente disoccupati, non cadrebbero nell’irregolarità.

L’esperienza dei fittizi contratti stipulati da datori di lavoro senza scrupoli dovrebbe insegnarci che, forse, sarebbe bene evitare di prevedere degli incentivi generici per chi assume stranieri.

È difficile incentivare il processo di regolarizzazione, anche e soprattutto attraverso una inclusione dei migranti nel nostro ordinamento, *in primis* come lavoratori, se abbiamo un sistema di *welfare* totalmente inefficiente, che non garantisce nemmeno i minimi standard previsti dalla legge. Riorganizzare l’impianto giuslavoristico significa anche preparare i giovani al mondo del lavoro, attraverso delle specializzazioni che possano consentire una diversificazione delle attività e maggiore facilità di impiego. Per i migranti, per esempio, si potrebbe pensare di prevedere dei corsi base di italiano in modo da agevolarli anche nell’approccio lavorativo; così come dei corsi di formazione, affinché ognuno possa scegliere anche in relazione alle proprie attitudini e competenze. Il presupposto indefettibile è, però, una seria politica sociale. L’esperienza recente mostra quanto sia importante il contributo degli immigrati all’economia italiana; secondo il Rapporto 2024 della Fondazione Leone Moressa,<sup>151</sup> presentato al Viminale e alla Camera dei deputati, i lavoratori immigrati contribuiscono in modo significativo al PIL nazionale, rappresentando l’8,8% del totale, con picchi del 16,4% in agricoltura e del 15,1% nelle costruzioni.

Si rende parimenti necessario ripensare ai tempi e alle modalità di concessione della cittadinanza, *in primis* introducendola *de plano* per i minori arrivati in Italia, i quali potrebbero comunque mantenere la cittadinanza di origine.

Con riferimento alla riforma sistematica della legislazione del migrante, occorrerebbe nominare una Commissione, composta, però, da diversi esperti non solo di diritto penale dell’immigrazione e di diritto dell’immigrazione, ma anche di costituzionalisti, magistrati con comprovata esperienza in tema, esperti di diritto amministrativo e conoscitori della politica estera. Nel nostro Paese vengono nominate commissioni di riforma ogni qualvolta si rende necessaria la rivisitazione di una materia:

---

<sup>151</sup> <https://www.secondowelfare.it/immigrazione-e-accoglienza/rapporto-fondazione-moressa-economia-migrazione/>

è arrivato anche il momento della legislazione sull'immigrazione. Non si può più procrastinare un critico sguardo d'insieme che possa raccordare la frammentaria normativa in tema, anche e soprattutto con quella europea, conferendole un volto unitario, sistematico, garantista, ricettivo delle reali esigenze esistenti.

Una rivisitazione che magari potrebbe utilizzare degli indici sintomatici, come per esempio quelli enucleati, così da avere una base di partenza utile a elidere tutta l'attuale connotazione d'autore che contraddistingue la materia.

Solo come possibile spunto di riflessione, la prima scelta in ambito penalistico potrebbe essere quella di abolire il reato di clandestinità<sup>152</sup>. Non viene applicato e non ha nemmeno una funzione deflattiva, dunque costituisce una norma superflua. Occorrerebbe pensare a una definizione dello *status* di irregolarità, così da tipizzare le relative ipotesi. L'immediata conseguenza positiva potrebbe essere quella di un utilizzo degli *Hotspot* alla stregua di centri di prima accoglienza, per il tempo strettamente necessario ai primi soccorsi, alle identificazioni, al rilascio di documenti temporanei, con esclusione di qualsiasi misura privativa della libertà dei migranti ospitati.

Parimenti da abolire sarebbe l'istituto della detenzione amministrativa, dato che rivederne la natura è totalmente inutile. Si tratta, infatti, di una misura cautelare atipica. Potranno essere applicate, se necessario, quelle espressamente previste dal codice di rito anche ai migranti, in presenza dei requisiti *ex lege* previsti – gravità del delitto contestato; punibilità in concreto del delitto, presenza di gravi indizi di colpevolezza –. L'attuale e pericoloso ibrido che la detenzione amministrativa costituisce assolve ormai alla mera funzione di violare i diritti fondamentali dei migranti.

Modifica che potrebbe avere, peraltro, effetti positivi anche con riferimento alla attuale propensione dell'odierno legislatore di associare lo *status* del migrante a quello del detenuto. Quest'ultimo, oggi, è sicuramente più tutelato del migrante. Si pensi banalmente alla possibilità di essere sottoposto alle regole di un giusto processo, così come alla tutela della libertà personale. Il migrante oggi viene a trovarsi in una sorta di limbo in cui è privo finanche delle garanzie di tutela del detenuto. Con riferimento alla libertà personale, infatti, la Corte Costituzionale ha più volte sancito la necessità che questa non venga del tutto soppressa, quand'anche il soggetto si trovi in stato di detenzione, o sia stato condannato all'ergastolo. Secondo la Consulta, infatti, il detenuto ha diritto a un «residuo di libertà»<sup>153</sup>, a tutela della dignità umana, che non è però oggi

---

<sup>152</sup> L'abolizione del reato di clandestinità è stata approvata dal Parlamento nel 2014 (l. n. 67) all'interno di una legge delega dai contenuti assai più ampi, che il Governo ha intenzionalmente lasciato sul punto inattuata. La scadenza del termine di attuazione della delega è coincisa con il clamore mediatico legato ad alcuni episodi di cronaca nera attribuiti a stranieri irregolari che hanno influenzato la scelta politica di non abolire più tale fattispecie di reato.

<sup>153</sup> Il Giudice di legittimità ha fondato proprio sul concetto di "residuo di libertà" a tutela della dignità del detenuto diverse declaratorie di illegittimità in materia di esecuzione della pena. *Ex multis*, cfr. Corte cost., sent. n. 349, del 28 luglio 1993, in *Cass. pen.* 1994, 2, 2855; Corte cost., sent. n. 410, del 23 novembre 1993, in *Cass. pen.*, 1994, 2855; Corte Cost., sent. n. 359 del 22 ottobre 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 3146; Corte cost., sent. n. 376 del 5 dicembre 1997, in *Giur. cost.*, 1997, 229; Corte cost., sent. n. 340 del 12 luglio 2002, in *Giur. cost.* 2002, 2954; Corte cost., sent. n. 189, del 24 giugno 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 2789; Corte cost., sent. n. 417, del 23 dicembre 2004, in *Cass. pen.*, 2005, 5, 1558; Corte cost., sent. n. 20, del 24 gennaio 2017, in *Cass. pen.*, 2017,

concessa al migrante, nonostante egli si trovi in uno stato di detenzione senza aver commesso alcuna fattispecie di reato. Se vi saranno i presupposti per potergli applicare una misura cautelare, allora sarà correttamente associato al detenuto, ma con tutte le garanzie costituzionali previste.

Qualora una simile prospettazione dovesse risultare impraticabile, si potrebbe pensare di inserire tale forma di trattenimento quantomeno tra le misure precautelari.

Con riguardo, inoltre, ai beni giuridici in gioco, uscendo dalla logica che è fin qui criticata, si dovrebbero rafforzare le tutele di quelli di cui sono titolari i migranti, magari introducendo delle aggravanti in caso di lesione della libertà personale e della dignità dello straniero, che versi in peculiari condizioni nel nostro Paese. Tanto qualora sia in attesa di regolarizzare la propria posizione, o nel caso di richiesta d'asilo, egli comunque costituisce una categoria debole che necessita di una tutela rafforzata, al pari degli anziani o delle donne vittime di violenza.

Mi sia consentito condividere, in conclusione, una riflessione maturata durante una recente esperienza personale in cui mi sono recata a New York e ho avuto modo di visitare Ellis Island: un isolotto artificiale il cui porto ha accolto oltre dodici milioni di immigrati provenienti da tutto il mondo, dal 1892 al 1954.

Prima della sua apertura, avvenuta nel gennaio del 1892, già oltre otto milioni di persone erano transitate per il *Castle Garden Immigration Depot* di Manhattan. Ellis Island è stato uno dei primi centri di accoglienza di immigrati, e ho potuto constatare anche la quantità di italiani passati di lì.

Gli immigrati venivano sottoposti a delle selettive visite mediche, e nel momento in cui venivano riscontrati problemi fisici, rimpatriati; le persone ritenute sane erano accompagnate verso le stanze dei Registri, nelle quali indicavano i loro dati anagrafici, la disponibilità di denaro, la professione, i precedenti penali e le possibili referenze o conoscenze presenti sul suolo statunitense. Al termine della registrazione, venivano accompagnati al molo e fatte imbarcare sul traghetto per Manhattan. Gli immigrati che non avevano ottenuto l'idoneità e presentavano difficoltà fisiche erano isolati e sottoposti a controlli più specifici. Coloro i quali presentassero infermità che li rendevano inabili al lavoro, o che necessitassero di cure dal costo elevato, venivano immediatamente espulsi. Nel 1907 si registrò la percentuale più alta di flussi migratori con un numero complessivo di 1.004.756 persone approdate. Dal 1917 ci fu un nuovo tentativo di ridurre e limitare i flussi in entrata. A tal proposito, furono introdotti test di alfabetismo che obbligavano gli immigranti in arrivo a saper scrivere e leggere e, dal 1924, quote d'ingresso da pagare. Alcuni migranti venivano tenuti in stato di detenzione, in particolare coloro che erano scappati dai propri paesi per sfuggire a condanne, ma esisteva un Tribunale *ad hoc* che li giudicava, così da formulare un giudizio autonomo rispetto a quello del Paese di provenienza.

Ho potuto conoscere storie di persone che partivano dal nulla e grazie all'opportunità concessa da un approccio quantomeno umano – perché almeno li

---

5, 1871; Corte cost., sent. n. 122, del 26 maggio 2017, in *Cass. pen.*, 2017, 10, 3598; Corte cost., sent. n. 18, del 24 gennaio 2022, in *Cass. pen.*, 2022, 4, 142; Corte cost., sent. n. 10, del 26 gennaio 2024, in *Cass. pen.*, 2024, 4, 1148.

salvavano e curavano e non li lasciavano morire in mare –, alcuni sono divenuti cittadini statunitensi, altri hanno trovato fortuna in Paesi diversi.

Il diritto americano non è certo baluardo di garanzie, penso tra le tante alla pena di morte o alle recenti proposte condivise in campagna elettorale, relative alla costruzione di centri di detenzione sul confine messicano, così come alle *fake news* sui gusti alimentari dei migranti. Quello che, però, mi ha colpita è stata la percezione che a queste persone disperate quantomeno fosse concessa un'occasione. Mi piacerebbe che anche noi ne concedessimo una sostanziale ai migranti.

Il migrante non è aprioristicamente un criminale, né è pericoloso in quanto tale: non è un *Staatsfeind*; lo può diventare, come tutti, nella misura in cui, abbandonato a sé stesso, sia cooptato dalla criminalità organizzata o lasciato solo nella necessità di tutelare la propria esistenza e soddisfare le esigenze fondamentali della vita, in un Paese che non gli riconosce né identità né dignità né lavoro.

Destruire l'idealtipo del nemico migrante, dunque, non è più un'opzione, ma un dovere che spetta a uno Stato di diritto degno di tal nome.

## RESPONSABILITÀ PENALE DELL'UOMO PER IL DANNO CAGIONATO ATTRAVERSO CONDOTTE DOLOSE E COLPOSE NELL'IMPIEGO DEI SISTEMI DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE

di Oriana Lombardi

*Il tentativo del legislatore europeo di positivizzare la nozione di Artificial Intelligence nell'A.I. Act ha il pregio di fornire una nozione in nuce di intelligenza artificiale dalla quale gli operatori del diritto possono e devono iniziare a trarne delle conseguenze. I sistemi di intelligenza artificiale (id est i loro meccanismi di funzionamento) costituiscono una rivoluzione copernicana che chiama tutti gli studiosi ad interrogarsi. Sovviene la considerazione che l'i.a., come ogni strumento, potrebbe essere utilizzata non solo a vantaggio della collettività, ma al contrario per realizzare finalità criminali. Il penalista è spinto a domandarsi in che modo l'uso di sistemi di intelligenza artificiale possa essere ricondotto nel sistema del diritto penale, nel rispetto del principio di legalità e dei suoi corollari e in armonia con le categorie tradizionali della materia. In particolare, il suo utilizzo potrebbe creare incertezze in termini di imputabilità, in relazione al nesso di causalità (che deve legare l'azione/omissione e la relativa modificazione della realtà materiale) nonché rispetto alla nozione di colpa e di negligenza. Di qui, questo articolo si ripropone di sviluppare i seguenti interrogativi: in primo luogo, sul versante delle condotte assistite da dolo, come viene punito un soggetto che abbia realizzato un reato mediante l'aiuto di sistemi di i.a.? Ancora, si possono imputare ad un soggetto che abbia agito con l'ausilio dell'i.a. tutte le conseguenze dannose derivanti dalla collaborazione uomo-macchina? In secondo luogo, sul versante delle condotte colpose, come impatta la collaborazione uomo-macchina sull'imputabilità e sul nesso causale e quali sono gli obblighi incombenti sull'uomo? Vedremo che anche nel diritto penale si rende necessario un bilanciamento tra i benefici dello sviluppo tecnologico e la tutela dei diritti fondamentali della persona, il cui sacrificio sull'altare del progresso non può essere giustificato.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Condotte dolose. – 2.1. Elemento materiale: riconducibilità delle condotte realizzate con l'intelligenza artificiale a reati preesistenti. – 2.2. Elemento soggettivo: qual è l'oggetto del dolo? – 3. Condotte colpose. – 3.1. Premessa. – 3.2. Gli obblighi positivi introdotti dall'A.I. Act. – 3.4. Obbligo di *human oversight*. – 4. L'accertamento causale. – 5. Un possibile scenario: fra colpa dell'utilizzatore e *responsibility gap*. – 6. Considerazioni conclusive.

## 1. Introduzione.

L’A.I. Act adottato il 13 giugno 2024 dal Parlamento europeo e dal Consiglio reca la prima definizione vincolante di intelligenza artificiale<sup>1</sup>. In buona sostanza, con la locuzione intelligenza artificiale (d’ora in poi i.a.) ci si riferisce alla capacità di una macchina di operare, quasi di ragionare, in modo non dissimile dalla mente umana elaborando grandi quantità di dati sulla base di istruzioni fornite da algoritmi capaci di aggiornarsi in modo automatico, cd. *machine learning*<sup>2</sup>. Tali sistemi sono impiegati ormai da decenni in numerosi settori per delegare alle macchine compiti specifici affinché vengano svolti più velocemente e in modo più accurato (auspicabilmente) rispetto a quanto l’uomo potrebbe fare, consentendogli nel frattempo di concentrarsi su quanto invece non è delegabile<sup>3</sup>. Del resto, quando si parla di progresso l’obiettivo è sempre lo stesso: permettere all’uomo una vita più agevole. Tuttavia, ogni attività umana, specialmente se svolta con l’ausilio di tecnologie avanzate e come tali molto spesso poco intellegibili, espone la collettività a dei rischi più o meno elevati rendendoci tutti beneficiari di un’evoluzione che ci mette inevitabilmente in pericolo. Per le attività pericolose, ma consentite e dunque regolamentate poiché socialmente utili, il legislatore e gli amministratori sono sempre alla ricerca di una normazione che individui un punto di equilibrio fra massimizzazione dei vantaggi e minimizzazione dei rischi. A fronte di un rischio incerto, questo bilanciamento avviene tradizionalmente in base al principio di precauzione in virtù del quale la fissazione del livello di protezione prescelto incombe sui responsabili politici e deve tener conto dei valori che prevalgono in quella società e in un determinato momento storico<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Ai sensi dell’art. 3, co.1, del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull’intelligenza artificiale) per sistema di intelligenza artificiale si intende «un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall’input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali».

<sup>2</sup> Secondo la Commissione europea: «Machine learning (ML) is a subset of AI, where algorithms are trained to infer certain patterns based on a set of data in order to determine the actions needed to achieve a given goal» (Si veda il Libro Bianco “Libro bianco sull’intelligenza artificiale – Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia”), Commissione europea del 19 febbraio 2020. Per un ulteriore approfondimento sul tema, si vedano S. RUSSELL - P. NORVIG (a cura di), *Artificial Intelligence: A Modern Approach*, Prentice Hall, IV ed., New York, 2020, pp. 634 ss.; e H. SURDEN, *Machine Learning and Law*, in *Washington Law Review*, vol. 89, n. 1, 2014, pp.87 ss.

<sup>3</sup> Quanto ai settori in cui ha trovato larga applicazione, si pensi al campo delle *self-driving cars*, in cui l’impiego dell’i.a. potrebbe ridurre notevolmente il rischio di sinistri o al suo impiego in ambito medico, dove minimizzato il rischio di *bias* si potrebbe effettuare uno screening oncologico più accurato grazie alla diagnostica per immagini dotata sistemi di i.a., utilizzare tecniche di prevenzione di malattie cardiovascolari e ricorrere ai cd. *surgical robotics* in ambito chirurgico. Su quest’ultimo aspetto, si veda E. SANTORO, *Intelligenza artificiale in medicina: qual è il suo impatto?*, in *Istituto di ricerche farmacologiche Mario Negri IRCCS*, 28 giugno 2023, disponibile al seguente link: <https://www.marionegri.it/magazine/intelligenza-artificiale-medicina>.

<sup>4</sup> Si vedano D. FRANZONE, *Il principio di precauzione in diritto comunitario*, in *Il principio precauzionale nel diritto*

Il legislatore europeo ha compiuto questa scelta graduando gli obblighi incombenti sui soggetti coinvolti nella produzione e nell'utilizzo di sistemi di i.a. proprio in base al livello di rischio che la tecnologia prodotta o impiegata è in grado di ingenerare, introducendo in particolare delle regole specifiche per i cd. sistemi *ad alto rischio*<sup>5</sup>. Tali previsioni, nonostante siano state introdotte con la finalità di armonizzare la materia nei diversi Stati membri a tutela del mercato interno, devono essere prese in considerazione dal penalista che è chiamato a misurarsi con la prima regolamentazione della materia con efficacia giuridica vincolante<sup>6</sup>.

Segnatamente, quanto alla definizione di i.a. recata dall'A.I. *Act*, ci si domanda se a questa possa essere attribuito un ruolo descrittivo all'interno delle preesistenti fattispecie incriminatrici tenuto conto del divieto di analogia *in malam partem*. Inoltre, ci si chiede se la violazione degli obblighi introdotti dal regolamento per i cd. sistemi *ad alto rischio* possa integrare l'elemento normativo della colpa. E ancora, si cerca di capire come far fronte ai problemi che la collaborazione uomo-macchina è in grado di porre in relazione all'accertamento della causalità materiale.

Pertanto, in attesa che il legislatore interno decida eventualmente di innovare l'attuale quadro giuridico di riferimento onde evitare possibili vuoti di tutela, questo contributo intende interrogarsi sulla qualificazione dei fatti storici che, nell'imminenza, potrebbero essere commessi mediante l'utilizzo di sistemi di i.a.

In questa analisi verranno presi in considerazione, separatamente, i fatti storici realizzati con dolo e quelli realizzati con colpa dal momento che, in base al diverso elemento soggettivo, si pongono interrogativi differenti e dotati di un diverso grado di problematicità, più spiccato nel caso delle condotte colpose.

---

*internazionale e comunitario*, a cura di A. BIANCHI - M. GESTRI, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 8 ss.; A. MASSARO, [Principio di precauzione e diritto penale: nihil novi sub sole?](#), in *Dir. Pen. Con.*, 9 maggio 2011; F. GIUNTA, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *disCrimen*, 19 dicembre 2018, consultabile al seguente link <https://discrimen.it/il-diritto-penale-e-le-suggestioni-del-principio-di-precauzione/>; G. FORTI, "Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione, in *disCrimen*, 18 dicembre 2018, p. 163. Per un inquadramento sociologico, si veda per tutti U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci editore, Roma, 2013. Infine, sempre sul punto, si consideri anche la comunicazione della Commissione del 2 febbraio 2000, sul principio di precauzione, (COM 2000) 1 final.

<sup>5</sup> Per le regole di classificazione dei sistemi ad alto rischio, si veda l'art. 6 dell'A.I. *Act*.

<sup>6</sup> Di ciò se ne ritrae conferma dal fatto che la base giuridica del Regolamento è l'art. 114 TFUE (v. considerando 3), anche se con tale atto il legislatore europeo si ripropone di tutelare contestualmente altri interessi pubblici quali la salute, la sicurezza e la protezione dei diritti fondamentali come riconosciuti e tutelati dal diritto dell'Unione.

## 2. Condotte dolose.

### 2.1. Elemento materiale: riconducibilità delle condotte realizzate con l'intelligenza artificiale a reati preesistenti

Gli *Artificial Intelligence Crimes*, vale a dire le condotte criminali realizzate con dolo attraverso l'utilizzo di sistemi di i.a., non appaiono di difficile qualificazione nel quadro giuridico di riferimento potendo, in linea di massima, essere agevolmente ricondotte alle fattispecie incriminatrici attualmente esistenti.

La questione può essere affrontata analizzando partitamente le ipotesi in cui il fatto posto in essere con l'uso di sistemi di i.a. sia riconducibile ad un reato a forma libera oppure ad uno a forma vincolata.

Nel primo caso, con i reati a forma libera il legislatore ha attribuito rilevanza ad ogni comportamento umano che sia causa, con qualsiasi modalità, di un determinato evento<sup>7</sup>. Si pensi esemplarmente all'uccisione di una persona tramite un drone intelligente capace di ricercarla e riconoscerla<sup>8</sup>. In un caso del genere, verificata la consapevole causazione dell'evento da parte del soggetto agente, l'*human-behind-the-machine* che ha dato la fatale istruzione al drone risponde di omicidio volontario ai sensi dell'art. 575 c.p.

Diversamente, nei reati a forma vincolata le modalità della condotta sono descritte in modo dettagliato perché l'ordinamento ha scelto di proteggere il bene giuridico da alcune classi di condotte, e non da altre. L'azione concreta sarà penalmente rilevante, cioè tipica, solo se corrispondente allo specifico modello di comportamento descritto dalla norma. Rispetto a questa categoria di reati, data l'introduzione della definizione di i.a. ad opera dell'*A.I. Act*, l'interprete potrebbe domandarsi se sia necessario inserire nella descrizione della condotta un riferimento esplicito alle nuove tecnologie onde evitare frizioni con il principio di legalità, e in modo particolare con i suoi corollari del principio di tassatività e con il divieto di interpretazione analogica *in malam partem*. «Si pensi esemplarmente ad un abuso di mercato realizzato tramite algoritmi ad alta frequenza<sup>9</sup> impostati per sfruttare al meglio un rialzo di valori,

---

<sup>7</sup> Per un approfondimento sulla distinzione fra reati a forma libera e reati a forma vincolata, si veda, per tutti G. MARINUCCI - DOLCINI - G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte generale*, IX ed., Milano, Giuffrè, pp. 234 e ss.

<sup>8</sup> L. PICOTTI, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi?*, in questa Rivista, 31 luglio 2024.

<sup>9</sup> «Per attività di *trading* ad alta frequenza, o *high frequency trading*, si intende una modalità operativa basata sull'impiego di algoritmi che consentono di acquisire, elaborare e reagire alle informazioni di mercato con una velocità elevata», così V. CAIVANO - S. CICCARELLI - G. DI STEFANO - M. FRATINI - G. GASPARRI - M. GILIBERTI - N. LINCIANO - I. TAROLA, *Il trading ad alta frequenza, Caratteristiche, effetti, questioni di policy*, in *Discussion papers*, CONSOB, 5 dicembre 2012. Per dare una misura della diffusione dell'uso del *trading* ad alta frequenza, si tenga in considerazione che in base a studi condotti dall'ESMA, dal 2018 è stato evidenziato un incremento del *trading* algoritmico con riferimento al mercato azionario europeo del 50/70%. A tal riguardo, si veda ESMA, *European Securities and Markets Authority, Consultation Paper.MiFID II/MiFIR, review report on Algorithmic Trading*, 18 dicembre 2020.

previamente indotto tramite una moltiplicazione artificiosa di domande d'acquisto»<sup>10</sup>. Il reato di manipolazione del mercato previsto dall'art. 185 del D.Lgs. 58/1998 (TUF) oltre alle condotte di diffusione di notizie false e di realizzazione di operazioni simulate, incrimina anche l'alterazione del mercato realizzata con "altri raggiri" quale modalità ulteriore di realizzazione del reato.<sup>11</sup> Con questa locuzione sembra che il legislatore abbia inteso far riferimento ad altre condotte, diverse dalla diffusione di notizie false e dalla realizzazione di operazioni simulate, ma comunque connotate da una certa capacità decettiva e perciò in grado di realizzare il pericolo concreto della sensibile alterazione del prezzo<sup>12</sup>. In questo caso, si potrebbe sostenere che l'interprete possa ricondurre la condotta consistita nell'uso di algoritmi ad alta frequenza alla locuzione "altri artifici" rimanendo comunque nel perimetro tracciato dalla fattispecie incriminatrice dal momento che l'espressione avrebbe la funzione di sanzionare delle condotte che "non sono illecite in sé", ma che pur tuttavia si sostanziano in comportamenti manipolativi del mercato<sup>13</sup>.

Un ragionamento simile è spendibile anche in riferimento al settore dei cd. *cybercrimes*<sup>14</sup>, rispetto al quale può ragionevolmente presumersi che l'offensività delle condotte sia destinata ad incrementare proprio in virtù dell'impiego di strumenti di i.a., con la messa in pericolo di beni giuridici quali il diritto alla riservatezza dei propri dati e il diritto all'integrità.

La materia è stata innovata di recente dalla legge n. 90 del 28 giugno 2024. Sotto un punto di vista lessicale, giova osservare come al netto di queste modifiche, il riferimento alle tecnologie in essi contenuto avviene con le immutate espressioni quali, per citarne alcune, "apparecchiature, dispositivi, programmi informatici" o "sistemi informatici o telematici"<sup>15</sup> oppure più genericamente "apparecchiature e altri mezzi"<sup>16</sup>.

---

<sup>10</sup> L. PICOTTI, *Categorie tradizionali del diritto penale*, cit.

<sup>11</sup> In questo senso, Cass. Pen., Sez. V, 2 ottobre 2008, n. 2063.

<sup>12</sup> Proprio in virtù di questa locuzione il reato di manipolazione del mercato è stato definito da autorevole dottrina come "una truffa *in incertam personam*": «la patrimonialità degli interessi in gioco e la connotazione oggettivamente soggettivamente fraudolenta autorizzano l'immagine di una truffa *in incertam personam*, ove all'anticipazione dell'intervento repressivo (tipica delle tutele a largo raggio) fa riscontro la severità del trattamento punitivo», si veda C. PEDRAZZI, *Società commerciali (disciplina penale)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, XIII ed., Torino, 1998, p. 305.

<sup>13</sup> M. GAMBARDELLA, *Condotte economiche e responsabilità penale*, II ed., Giappichelli, Torino, pp. 412 e ss. Inoltre, si consideri che il ricorso a questa interpretazione potrebbe non rendersi necessario ove l'art. 185 TUF dovesse essere modificato nel senso prospettato dal d.d.l. n. 1146 sull'intelligenza artificiale il cui art. 25, co. 4, prevede l'introduzione nella lettera dell'art. 185 TUF di un espresso riferimento all'ipotesi in cui la manipolazione del mercato sia commessa mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, qualificando tuttavia l'impiego di i.a. quale circostanza aggravante. Allo stesso modo, l'art. 25, co. 2, del d.d.l. prevede l'introduzione di un'aggravante per il reato di aggrottaggio di cui all'art. 2637 c.c. se il fatto è commesso con l'impiego di i.a.

<sup>14</sup> Con questa espressione si fa riferimento alla commissione di comportamenti illeciti commessi sul web, si pensi esemplarmente alle condotte di *phishing*, attacchi mediante *malware*, diffamazioni e truffe online.

<sup>15</sup> Espressioni che nell'art. 635-*quater*, co. 1, c.p., introdotto dall'art.16, co. 1, lettera q) della L. 28 giugno 2024 n. 90, si riferiscono rispettivamente agli strumenti di realizzazione del reato e all'oggetto materiale.

<sup>16</sup> Espressioni presenti nell'art. 617-*bis* c.p.

Insomma, il legislatore è intervenuto sui reati informatici dopo l'adozione dell'A.I. *Act* e non ha sentito l'esigenza di introdurre un esplicito riferimento agli strumenti di i.a. Piuttosto, la tendenza sembra essere quella di una tecnica legislativa che privilegia l'uso di formule ampie per sanzionare l'impiego criminale di strumenti informatici genericamente intesi, al di là di specifiche definizioni, le quali talvolta possono rivelarsi un'arma a doppio taglio. Le espressioni conservate dal legislatore sembrano potersi indirizzare, indistintamente, a computer, *software* e alle nuove forme di intelligenza artificiale e chissà, ad ogni altro dispositivo *hardware* e *software* che l'ingegneria informatica sarà in grado di offrirci nel prossimo futuro. Infatti, proprio con riguardo alle fattispecie che fanno riferimento all'uso di strumenti tecnologici, va da sé che i mezzi cui queste si riferiscono al momento della loro entrata in vigore, con ogni probabilità, verranno superati nei decenni a seguire. Si pensi al noto *revirement* giurisprudenziale sull'applicabilità dell'art. 57 c.p. al direttore del periodico *online*, occasione in cui le Sezioni Unite hanno constatato la necessità di interpretare estensivamente il termine "stampa" di cui all'art. 1 della l. n. 47 del 1948, in modo da ricomprendervi anche la testata giornalistica telematica, abbandonando un'interpretazione legata alle tecnologie dell'epoca al fine di evitare disparità di trattamento fra condotte egualmente meritevoli di pena<sup>17</sup>.

Di conseguenza, non appare difficile ritenere che una condotta criminale tradizionalmente realizzata attraverso un computer o un *software*, oggi continui ad essere tipica ove commessa con l'i.a. in virtù di un'interpretazione evolutiva della norma che suggerisce all'operatore del diritto di interpretare una regola alla luce del mutamento sociale<sup>18</sup>.

Del resto, anche l'art. 1, lettera a) della Convenzione in materia di *Cybercrime* include nella definizione di "*computer system*" un sistema capace di processare dati in via autonoma<sup>19</sup>. Dunque, nient'altro che *old wine in new bottles*<sup>20</sup>?

A questo approccio, certamente conciliante e risolutivo, si potrebbe obiettare che un conto è, in realtà, parlare di un computer o di un *software*, i quali per quanto all'avanguardia possano essere, restano inequivocabilmente meri strumenti nelle mani degli uomini<sup>21</sup>; un conto è riferirsi all'intelligenza artificiale. È davvero corretto

<sup>17</sup> Cass. Pen., SS.UU., 17 luglio 2015, n. 31022; Cass. Pen., Sez. V, 23 ottobre 2018, n. 1275.

<sup>18</sup> E. CANNIZZARO, *Interpretazione conforme fra tecniche ed effetti normativi*, in *L'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, Profili e limiti di un vincolo problematico*, a cura di A. BERNARDI, Jovene, Napoli, 2015, precisamente p. 7. Per tutti, si veda, E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *JUS, Rivista di scienze giuridiche*, n. 2, 1959.

<sup>19</sup> « "*Computer system*" means any device or a group of interconnected or related devices, one or more of which, pursuant to a program, performs automatic processing of data».

<sup>20</sup> «To be sure, some of the manifestations are new. But a great deal of crime committed with or against computers differs only in terms of the medium. While the technology of implementation, and particularly its efficiency, may be without precedent, the crime is fundamentally familiar», così P. N. GRABOSKY, *Virtual criminality: old wine in new bottle?*, in *SOCIAL & LEGAL STUDIES*, 2001, vol. 10, n. 2, pp. 243-249.

<sup>21</sup> «Compared to other computer software, ML algorithms do not require explicit instructions from humans but rather extract patterns and learn implicit rules from a considerable number of examples», in *trend micro research, Malicious Use and Abuses of Artificial Intelligence*, 2020, consultabile sul sito <https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/ma->

ricondurre i sistemi di i.a., il cui tratto distintivo è l'essere dotati di un variabile grado di autonomia, alla generica nozione di sistema informatico? Oppure sarebbe preferibile tenerne in considerazione le specificità, cioè la concreta eventualità che attraverso il loro impiego si giunga a risultati che vadano al di là delle indicazioni ricevute dall'uomo? Secondo questa diversa ricostruzione, tenere distinti gli *Artificial Intelligence Crimes* dai *Cybercrimes* potrebbe rivelarsi un approccio più cauto. In questo caso, l'incriminazione di un fatto penalmente rilevante realizzato con l'uso di i.a. necessiterebbe dell'*interpositio legislatoris*.

Secondo questa diversa ricostruzione, perciò, la prossima mossa spetterebbe al legislatore il quale, in un'ottica *de iure condendo*, potrebbe compiere nuove scelte di politica criminale. Presumibilmente, questo accadrà in relazione al reato di *deepfake*<sup>22</sup>. Infatti, il Consiglio dei ministri lo scorso 23 aprile 2024 ha approvato il disegno di legge n. 1146 che prevede l'inserimento di una nuova fattispecie incriminatrice, il nuovo art. 612-*quater* c.p., volto a sanzionare l'«*Illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale*», il reato di *deepfake* per l'appunto<sup>23</sup>. Si tratta di un'ipotesi di reato che presenta potenzialità offensive nei confronti di una pluralità di beni giuridici meritevoli di tutela. In primo luogo, questa è una fattispecie capace di ledere la reputazione, la dignità e la libertà morale della persona protagonista del contenuto artefatto. Di ciò se ne ritrae conferma dal fatto che l'art. 612-*quater* c.p. sarebbe destinato a collocarsi nel Libro II, Titolo XII, Capo III, Sez. III del codice penale, vale a dire fra le fattispecie incriminatrici poste a tutela della libertà morale dell'individuo. Questa collocazione sistematica non è casuale dal momento che, molto spesso, il materiale prodotto mediante sistemi di i.a. generativa tende a colpire reputazione, dignità e libertà morale, nonché la libertà sessuale dell'individuo, con contenuti che non di rado sono sessualmente espliciti e peraltro usualmente *gender oriented*, a discapito delle donne. L'Unione europea, cogliendo questa tendenza, ha adottato la Direttiva (UE) 2024/1385

---

[licious uses and abuses of artificial intelligence europol.pdf](#). Si tenga inoltre presente, in un'ottica di comparazione, che la legislazione di alcuni Paesi europei si sta mostrando sensibile a questa distinzione, esemplarmente nei Paesi Bassi è usata la dicitura "*automated device*" invece di "*computer system*" all'art. 80-*sexies* c.c.

<sup>22</sup> Etimologicamente, "*deepfake*" deriva dall'unione dell'espressione "*deep learning*" e l'aggettivo "*fake*" e sta ad indicare una tipologia di algoritmi che sfrutta l'intelligenza artificiale per generare dei falsi, "*fake*" appunto, per creare un'immagine, un audio voce e/o video umano sintetico, F. ARRUZZOLI, *Deepfake-Significato, Storia, Evoluzione*, in *ICT Security Magazine*, 17 ottobre 2022. Per un approfondimento sull'intelligenza artificiale generativa e sul *deepfake* si veda il Libro Bianco della Commissione Europea, *Generative AI and Disinformation: Recent Advances, Challenges, and Opportunities*, Febbraio 2024, disponibile al seguente link <http://edmo.eu/wp-content/uploads/2023/12/Generative-AI-and-Disinformation-White-Paper-v8.pdf>.

<sup>23</sup> Il prospettato art. 612-*quater* c.p. recita: «*Chiunque cagiona un danno ingiusto ad una persona, cedendo, pubblicando o altrimenti diffondendo, senza il suo consenso, immagini, video o voci falsificati o alterati mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale e idonei a indurre in inganno sulla loro genuinità, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio ovvero se è commesso nei confronti di persona incapace, per età o per infermità, o di una pubblica autorità a causa delle funzioni esercitate*». Per un approfondimento sul d.d.l. n. 1146/2024 si veda S. DE FLAMMINEIS, [Fattispecie penali nel contesto dell'intelligenza artificiale. Lo spunto del d.d.l. 1146/2024](#), in questa *Rivista*, fasc. 9/2024.

del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, il cui art. 5, par. 1, lett. b) rivolge agli Stati membri un obbligo di incriminazione proprio in materia di *deepfake* a sfondo sessuale<sup>24</sup>. Il nuovo reato contenuto nel d.d.l. n. 1146 costituirebbe un adempimento tempestivo da parte dell'Italia a quest'obbligo di tutela, ma non solo. Infatti, data la formulazione dell'art. 612-*quater* c.p., il presidio penale non si rivolgerebbe in via esclusiva al solo bene giuridico della libertà morale dell'individuo (nonostante la sua collocazione sistematica), piuttosto la norma risulta finalizzata a sanzionare qualsiasi condotta di *deepfake* capace di ingenerare un danno ingiusto. Tra queste, si pensi esemplarmente all'ipotesi di diffusione di un contenuto foto/video/audio falsificato riguardante una pubblica autorità in virtù delle funzioni che questa esercita con lo scopo di influenzare l'opinione pubblica di un Paese, e in particolare l'opinione politica<sup>25</sup>. Questa eventualità è espressamente tenuta in considerazione dal prospettato inserimento dell'art. 612-*quater* nel codice penale, disposizione che nel suo secondo comma prevede che il reato diventi procedibile d'ufficio ove il contenuto manipolato diffuso abbia ad oggetto una pubblica autorità per il ruolo che questa ricopre, emergendo anche attraverso il piano della procedibilità le potenzialità lesive di questa condotta, spiccate in effetti, allorquando il *deepfake* sia finalizzato a realizzare disinformazione e propaganda.

In virtù di queste preoccupazioni, l'art. 50 dell'A.I. Act ha previsto degli obblighi di trasparenza rivolti a fornitori e *deployers* di i.a. generativa, con lo scopo di rendere nota la non genuinità del contenuto prodotto. In particolare, l'art. 50, par. 4, dell'A.I. Act prevede che i *deployers* «di un sistema di IA che genera o manipola immagini o contenuti audio o video che costituiscono un «*deep fake*» rendono noto che il contenuto è stato generato o manipolato artificialmente». Attraverso quest'obbligo di trasparenza (e forse, anche con il nuovo reato di *deepfake* che ne sanziona penalmente la violazione ove questa sfoci in un danno ingiusto alla persona) si persegue l'obiettivo di arginare i *cons*, tutt'altro che trascurabili, derivanti da questo particolare impiego delle nuove tecnologie.

Inoltre, è opportuno evidenziare che il ddl. n. 1146 sull'intelligenza artificiale prevede altresì l'introduzione nel codice penale di un certo numero di aggravanti, di cui una comune e le restanti speciali. Quanto all'aggravante comune, all'art. 61, co. 1, c.p. si andrebbe ad aggiungere il numero 11-*decies*<sup>26</sup>, mentre le aggravanti speciali si

---

<sup>24</sup> L'art. 5 della direttiva, rubricato «Condivisione non consensuale del materiale intimo o manipolato», al suo par. 1, lett. b) dispone: «Gli Stati membri provvedono a che siano punite come reato le condotte intenzionali seguenti: produrre, manipolare o alterare e successivamente rendere accessibile al pubblico, tramite TIC, immagini, video o analogo materiale in modo da far credere che una persona partecipi ad atti sessualmente espliciti, senza il consenso della persona interessata, qualora tali condotte possano arrecare un danno grave a tale persona».

<sup>25</sup> È il caso della diffusione di contenuti falsificati con finalità di disinformazione e propaganda politica, fra i quali rientra il celeberrimo l'episodio risalente al febbraio del 2022 in cui è stato diffuso un video *fake* del Presidente ucraino Volodymyr Zelensky con il quale questi avrebbe chiesto al popolo ucraino di deporre le armi.

<sup>26</sup> In base al quale costituirebbe aggravante comune «l'aver commesso il fatto mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, quando gli stessi, per la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato».

rivolgerebbero a fattispecie determinate fra cui, a titolo esemplificativo, la truffa, la frode informatica e i reati in senso lato di riciclaggio.

Rispetto alla prospettata introduzione della circostanza comune, è apprezzabile che ad aggravare il fatto non sia il mero utilizzo di un sistema di i.a., cosa che in effetti non conferisce necessariamente alla condotta un *quid pluris* in termini di offensività, bensì è richiesto l'accertamento in concreto del fatto che la condotta si sia rivelata effettivamente più riprovevole proprio perché realizzata impiegando l'intelligenza artificiale.

Al contrario, la formulazione delle aggravanti speciali è caratterizzata da un riferimento al mero all'impiego dell'intelligenza artificiale, senza che questo venga ulteriormente connotato<sup>27</sup>.

Dunque, in relazione alle aggravanti speciali, ci si domanda (tornando così al punto di partenza di questo esame delle condotte dolose) se l'aggiunta del riferimento espresso all'impiego dell'intelligenza artificiale sia stata mossa dalla preoccupazione che le condotte sarebbero altrimenti rimaste impunte perché non riconducibili ai reati preesistenti, oppure, se ci sia stato in realtà il timore che queste non venissero punite abbastanza severamente.

Forse, richiedere anche per l'applicabilità delle circostanze speciali, oltre che per l'aggravante comune, l'accertamento in concreto che l'impiego dell'i.a. si sia rivelato maggiormente offensivo, eviterebbe quella che a tutti gli effetti sembra una sorta di presunzione di maggior gravità del fatto.

## 2.2. Elemento soggettivo: qual è l'oggetto del dolo?

In relazione all'elemento soggettivo degli A.I. *crimes*, appunto il dolo, vale la pena porsi due interrogativi.

In primo luogo, qual è l'oggetto del dolo? Per attribuire al soggetto agente i risultati della propria condotta è necessario che questi, avvalsi di sistemi di i.a., ne comprenda in modo piuttosto approfondito i sistemi di funzionamento (cosa che presupporrebbe una conoscenza tecnica-informatica superiore alla media) oppure è sufficiente che sia conscio di essersi avvalso di sistemi di i.a.<sup>28</sup>?

---

<sup>27</sup> Si consideri, a titolo esemplificativo, l'art. 25, co. 1, lett. f) del menzionato d.d.l. che, per quanto riguarda il reato di truffa, aggiungerebbe all'art. 640, co. 2, il numero 2-ter introducendo una circostanza aggravante «se il fatto è commesso mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale»; lo stesso avverrebbe in relazione al reato di frode informatica, ex art. 640-ter c.p., che subirebbe la stessa modifica al suo terzo comma ai sensi della lett. g) del d.d.l.; similmente è previsto in relazione ai reati di riciclaggio (art. 648-bis c.p.), impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita (art. 648-ter c.p.) e autoriciclaggio (art. 648-ter., co. 1, c.p.) che dovrebbero essere innovati rispettivamente dalle lett. h), i) ed l) del d.d.l. sull'intelligenza artificiale proprio con un riferimento al solo impiego dell'i.a.

<sup>28</sup> La questione viene sollevata da Beck e Gerndt, nei seguenti termini: «it has to be noted that understanding the workings of the AI system or its susceptibility to errors is necessary for the commission of an intentional crime in order to be able to draw conclusions about the causality from the perspective of the perpetrator and to hold the perpetrator responsible for intentional crime», si veda S. BECK - S. GERNDT, *German report on traditional criminal*

In secondo luogo, sono attribuibili al soggetto agente le conseguenze ulteriori della propria condotta a questa legate dal nesso causale ma non rientranti nel fuoco del dolo? Nei sistemi dotati di un tasso più elevato di autonomia, può accadere che manchi una diretta corrispondenza fra *input* fornito dal soggetto agente e *output* ottenuto, benché l'*input* fornito all'i.a. fosse comunque diretto alla commissione di un reato. Autorevole dottrina reputa applicabili i tradizionali istituti dell'*aberratio ictus* e dell'*aberratio delicti*, sostenendo che «*the mere material diversity of the harmed object must not represent an excuse if its characteristics are not relevant for the configuration of the criminal offence (e.g. killing one person instead of another is not relevant for the realization of the crime of murder, when it is intended by the agent)*»<sup>29</sup>.

Le questioni restano aperte.

### 3. Condotte colpose.

#### 3.1. Premessa.

Visto il largo impiego dei sistemi intelligenti nelle attività lecite svolte dall'uomo, è molto probabile che di qui a breve nelle aule dei tribunali si dovrà stabilire se, e in che misura, possa essere mosso un addebito colposo nei confronti di taluno per un evento nefasto realizzatosi in occasione della collaborazione-uomo macchina.

Si pensi, all'ipotesi paradigmatica delle *self-driving cars*, visti i precedenti<sup>30</sup>, o ai casi in cui la tecnologia offra ai medici, e soprattutto alla collettività, strumenti innovativi per migliorare le capacità di diagnosi e di cura<sup>31</sup>. Ma si pensi anche all'attività di produzione e messa in commercio degli stessi sistemi di i.a. In queste circostanze potrebbe verificarsi un evento avverso non voluto dal soggetto agente. Ma allora perché è accaduto? E soprattutto, per colpa di chi?<sup>32</sup>

---

*law categories and AI*, in *Traditional Criminal Law Categories and AI: Crisis or Palingenesi?*, a cura di L. PICOTTI - B. PANATTONI, International Colloquium Section I, Siracusa, 15-16 settembre 2022, p. 211.

<sup>29</sup> L. PICOTTI, *Resolution on traditional criminal law categories and AI*, in L. PICOTTI - B. PANATTONI (a cura di), cit., p. 54.

<sup>30</sup> In Florida una vettura Tesla modello S si infilava sotto ad un camion bianco, non riuscendo a distinguerlo dal cielo luminoso, distruggendo completamente l'abitacolo e provocando così la morte del conducente, 7 maggio 2016; in Arizona una vettura Uber completamente autonoma investiva un pedone, provocandone la morte, il 18 marzo 2018; in California, una donna che spingeva una bicicletta in una strada a quattro corsie è stata colpita e uccisa da un veicolo di prova Uber, il 23 marzo 2018.

<sup>31</sup> Merita menzione il *software* italiano "THAITI", l'innovativa applicazione dell'i.a. nell'ambito dell'*imaging* medico relativo alla risonanza magnetica cardiaca. Il *software* è in grado di calcolare il valore ottimale del cosiddetto "tempo di inversione", un parametro necessario per l'acquisizione di immagini mirate a identificare l'eventuale presenza di tessuto cicatriziale nel cuore a seguito di somministrazione di un mezzo di contrasto, per un approfondimento: <https://www.unimib.it/comunicati/inventato-italia-software-ottimizzare-qualita-delle-immagini-risonanza-magnetica-cardiaca-1>.

<sup>32</sup> Per un inquadramento di teoria generale sulle fattispecie colpose si vedano, *ex multis*, G. MARINUCCI, *La colpa*, Milano, 2013, e G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990.

Ci si chiede come impatterà l'impiego dell'i.a. nell'accertamento della responsabilità colposa. Segnatamente, quali sono le regole cautelari da rispettare per un prudente impiego dell'i.a.? Quali quelle rivolte ai produttori di i.a.?

In questa parte, che affronta le questioni più spinose in tema di responsabilità penale dell'uomo connessa all'uso di A.I. *systems*, il proposito dello scritto è quello di individuare i nodi da sciogliere<sup>33</sup> e tentarne una cauta ricostruzione partendo dalla lettera del recente Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, il quale ha introdotto degli obblighi specifici e un generale obbligo di *human oversight*.

### 3.2. Gli obblighi positivi introdotti dall'A.I. Act.

Per stare al passo con i tempi, il legislatore europeo si è premurato di introdurre delle regole armonizzate non solo a tutela del mercato interno, ma anche a presidio dei diritti fondamentali dell'uomo<sup>34</sup>.

Tra gli obblighi positivi introdotti figurano obblighi specifici (artt. 8 e ss. dell'A.I. Act) indirizzati agli operatori economici coinvolti nella produzione e nello sviluppo dei sistemi cd. ad *alto rischio*. In un'ottica di massima riduzione del rischio, ove tali obblighi positivi specifici non dovessero bastare ad evitare eventi avversi, per ragioni di prossimità rispetto all'eventuale causazione di un danno, è rivolto un generale obbligo di *human oversight* all'utilizzatore (art. 14 A.I. Act).

Quanto agli obblighi specifici che si rivolgono esclusivamente agli operatori economici, ci si domanda se si tratta di regole di condotta la cui violazione è idonea ad integrare l'elemento normativo della colpa specifica, se siano cioè delle regole cautelari. Più precisamente, sono tutte regole connotate dalla finalità preventiva di riduzione del rischio o molte di esse hanno una finalità diversa, quella appunto di dettare regole uniformi per il commercio dell'i.a. nel mercato interno?

Forse, sarebbe prudente affermare che ove dovesse accadere un evento dannoso in occasione della violazione di uno degli obblighi specifici dettati dal regolamento agli artt. 8 e ss., andrebbe verificato caso per caso se la regola violata fosse genuinamente connotata da finalità preventiva, cioè che questa fosse finalizzata a ridurre il rischio di verificazione di quello specifico evento e che non fosse, al più, una prescrizione indirizzata agli operatori economici per garantire un *fair play* nel mercato interno. Certo, non è da escludere che alcune regole di condotta possano perseguire contestualmente più di una finalità, fra qui quella propria delle regole cautelari.

Inoltre, da alcune recenti pronunce di legittimità emerge la tendenza all'abbandono della teoria del cd. "rischio consentito" in base alla quale la previsione di

---

<sup>33</sup> Nodi che la dottrina penalistica internazionale più esperta in materia ha individuato e sta sciogliendo in questi anni. Il riferimento, rispetto alle questioni di diritto penale sostanziale, è agli interventi tenuti da K. LIGETI - L. PICOTTI - J. WALTHER - X. WANG - S. BACK - S. AIRES DE SOUSA - C.E. JAPIASSÙ - F. MIRÒ LINARÈS - M. NORD-WAGNER - A. GULLO - N. GROFU - A. KHALIFA, il 26 giugno 2024, nelle Sezioni I e II, del XXI Congresso internazionale di diritto penale organizzato dall'*Association Internationale de Droit Pénal* (AIDP).

<sup>34</sup> Cons. 3 dell'A.I. Act.

regole di condotta scritte costituisce un limite alla possibilità di muovere un rimprovero per colpa generica, a favore dell'esclusivo ricorso alle categorie generali che informano la colpa.

Infatti, rimanendo nel campo delle attività pericolose ma lecite e regolamentate perché socialmente utili, la Suprema Corte di Cassazione in una recente pronuncia in materia di lesioni colpose cagionate nell'esercizio di un'attività sportiva ha reputato non soddisfacente l'impostazione in base alla quale il limite fra illecito sportivo e illecito penale sia rappresentato, appunto, dall'area di rischio consentito. Piuttosto, ha ritenuto che lo sportivo di una pratica "di contatto", accanto al dovere di rispettare le regole dello sport intrapreso, sia tenuto al più generale onere di osservanza delle regole cautelari, prudenziali e di diligenza<sup>35</sup>.

Applicando questo principio all'attività di produzione e messa in circolazione dell'i.a., attività ora regolamentata dall'A.I. *Act*, non è improbabile che anche in questo settore il rapporto fra colpa specifica e colpa generica sia visto in un'ottica di integrazione piuttosto che di esclusione, andando a sommarsi per i produttori l'ipotesi di una responsabilità per colpa generica a quella per colpa specifica<sup>36</sup>.

A ciò si aggiunga che proprio l'A.I. *Act* offre, in parte, una base normativa per questo tipo di interpretazione in relazione alla posizione dei soggetti coinvolti nella produzione e nella messa in circolazione dei sistemi di i.a. cd. *ad alto rischio*. Infatti, l'art. 9, rubricato "sistema di gestione dei rischi" nel suo par. 4, lett. a), impone ai soggetti produttori di individuare le misure di gestione del rischio garantendo «l'eliminazione o la riduzione dei rischi *per quanto possibile* attraverso un'adeguata progettazione e fabbricazione»<sup>37</sup>.

Pertanto, sarebbe tutt'altro che privo di fondamento ritenere che, quanto meno nel momento in cui questi sono chiamati ad individuare le misure di gestione del rischio, la condotta dei soggetti che producono e commercializzano i sistemi di i.a. sia raffrontabile al parametro dell'*homo eiusdem conditionis et professionis*, rendendo ancora

<sup>35</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 21 ottobre 2021, n. 3284, oltre alla tematica del rischio consentito, la pronuncia si addentra anche sulla dicotomia regole di condotta e regole cautelari; dello stesso segno si veda anche, sulla questione del rischio consentito, Cass. Pen., Sez. IV, 28 ottobre 2021, n. 8609.

<sup>36</sup> Per un approfondimento del rapporto fra colpa generica e colpa specifica si veda G. CIVELLO, *Colpa stradale, affidamento e autoresponsabilità: una sentenza esemplare*, Nota a Cass., sez. IV, sent. 14 dicembre 2023 (dep. 20 dicembre 2023), n. 50816, pres. Piccialli, rel. Mari, in questa [Rivista](#), 2/2024, p. 42; con riferimento al rapporto tra colpa generica e colpa specifica nella responsabilità per colpa medica, si veda C. CUPELLI, [Lo statuto penale della colpa medica e le incerte novità della legge Gelli-Bianco](#), in *Dir. Pen. Cont. - Riv. trim.*, 4/2017, p. 206, secondo cui: «Più esauriente – rispetto alle attività rischiose, giuridicamente autorizzate – è la moderna concezione della cd. *duplice dimensione* o *misura* dell'imputazione colposa: a) *la dimensione oggettiva*, consistendo il primo elemento essenziale nella *condotta violatrice della preesistente regola cautelare di condotta*, volta a salvaguardare i beni giuridici; b) *la dimensione soggettiva*, consistendo il secondo elemento essenziale nell'*esigibilità dell'osservanza di tale regola* da parte dell'agente (e, quindi, nell'attribuibilità al medesimo dell'inosservanza)».

<sup>37</sup> (Corsivo aggiunto).

più concreta l'ipotesi che il rispetto delle regole cautelari scritte non escluda nei loro confronti un addebito per colpa generica<sup>38</sup>.

### 3.4. *Obbligo di human oversight.*

L'art. 9 dell'A.I. *Act*, al suo par. 4, definisce accettabili i rischi che, nonostante l'adozione delle misure di gestione di cui all'art. 9, par. 2, lettera d), residuano per la salute, la sicurezza e per i diritti fondamentali e prevede che questa circostanza sia comunicata all'utente. Insomma, nel passaggio dell'i.a. dal soggetto che l'ha prodotta al soggetto che ne fa uso, su quest'ultimo è allocato il rischio (di danno) residuo<sup>39</sup>.

In effetti, in base all'art. 14, par. 2, del regolamento, è l'utilizzatore ad essere tenuto ad un obbligo di *human oversight* «in particolare quando tali rischi persistono nonostante l'applicazione di altri requisiti di cui al presente capo»<sup>40</sup>.

Ma che ruolo svolge, *rectius* potrebbe svolgere, questo obbligo sul terreno della responsabilità penale? Più schiettamente, l'art. 14 dell'A.I. *Act* fonda una posizione di garanzia in capo al soggetto utilizzatore oppure rivolge a questi una regola cautelare?

Nel primo caso, in virtù dell'art. 40, co. 2, c.p., l'uomo-supervisore risponderebbe dell'evento dannoso non solo quando lo ha cagionato, ma anche quando non lo abbia impedito<sup>41</sup>, cioè ove non sia intervenuto su una catena causale innescata da altri interrompendola prima della verifica del danno;

ove invece si intenda la norma quale fonte di una regola cautelare, *l'human in the loop*<sup>42</sup> sarebbe responsabile se è parte della catena causale che ha portato alla verifica del danno, cioè se ha fornito un contributo materiale alla causazione dell'evento con una condotta commissiva colposa.

Potremmo sostenere che il riportato inciso contenuto nell'art. 14, par. 2, del regolamento lasci intendere che ove diligenza, prudenza e perizia possano ridurre la possibilità di verifica di rischi ulteriori, queste accortezze debbono essere prestate dal soggetto utilizzatore secondo quanto ci si può ragionevolmente aspettare dall'*homo eiusdem condicionis et professionis*. Dunque, per le ragioni che seguono, si potrebbe qualificare l'obbligo di *human oversight* quale fonte di una regola cautelare.

In primo luogo, dato che l'i.a. può presentare diversi gradi di automazione, è condivisibile l'opinione in base alla quale si potrebbe rinvenire nell'obbligo di

<sup>38</sup> In questa direzione anche B. FRAGASSO, [La responsabilità penale del produttore di sistemi di intelligenza artificiale](#), in *questa Rivista*, 13 giugno 2023, p.15.

<sup>39</sup> Infatti, in base all'art. 14, par. 1, del regolamento «I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso».

<sup>40</sup> Art. 14, par. 2, del regolamento.

<sup>41</sup> Propende per questa ricostruzione in L. PICOTTI, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi?*, cit.

<sup>42</sup> Espressione traducibile «l'uomo al centro dell'algoritmo». Per un approfondimento sul tema, si vedano, A. GIANNINI, *Intelligenza artificiale, human oversight e responsabilità penale*, in *disCrimen*, 21 novembre 202, p. 16; B. GREEN - A. KAK, *The false Comfort of human oversight as an antidote to A.I.*, in *Slate*, 15 giugno 2021.

sorveglianza umana la fonte di una posizione di garanzia soltanto quando la macchina è del tutto automatica e non quando il contributo umano resta assolutamente necessario<sup>43</sup>. Infatti, solo se il sistema intelligente fosse del tutto autonomo all'uomo potrebbe essere attribuito anche un ruolo "esterno" sulla catena causale degli eventi, quale quello di garante dell'operato altrui (dell'i.a. in questo caso). Tuttavia, allo stato attuale, il contributo umano è ancora necessario nonché espressamente richiesto<sup>44</sup>.

V'è da aggiungere che, in relazione alle fonti delle posizioni di garanzia secondo quella parte della dottrina che sostiene la concezione formale, affinché una certa norma possa essere reputata fonte di una posizione di garanzia, fra gli altri requisiti, deve essere dotata di un sufficiente grado di specificità sì da rendere prevedibile per il soggetto agente che il non fare, in un certo contesto, viene equiparato al fare<sup>45</sup>. In questo caso, la dicitura *human oversight* non sembra presentare i necessari caratteri di specificità.

Ma in cosa si sostanzia quindi la sorveglianza umana? La sola richiesta di *human oversight* suggerisce poco. Sulla scorta di quanto è già accaduto per gli *autonomous vehicles* in Germania e in Francia<sup>46</sup>, si potrebbe ragionevolmente ritenere che in questa parte il regolamento abbia lasciato agli Stati Membri la possibilità di disciplinare gli aspetti riguardanti la posizione dell'utilizzatore. Il che è apprezzabile, dal momento che il legislatore europeo, giova ribadirlo, è intervenuto sulla base dell'art. 114 TFUE a tutela del mercato interno. Con tale intervento, realizzato con una fonte normativa direttamente applicabile, si può dire che questi abbia legiferato nel pieno rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità<sup>47</sup> concentrandosi sulla posizione degli operatori economici ma senza ignorare il ruolo svolto poi in concreto dagli utilizzatori degli a.i. *systems*, obbligando anche questi ultimi quanto meno a sorvegliare il sistema di i.a. quando questo è in uso.

In definitiva, si potrebbe affermare che la prescrizione di *human oversight* abbia la natura giuridica di norma cautelare, pur nella sua generalità. Questa fungerebbe da *memorandum* del fatto che lo svolgimento di attività lecite con l'aiuto dell'i.a. debba essere condotto secondo la perizia, la prudenza e la diligenza che si possono ragionevolmente attendere dall'*homo eiusdem condicionis et professionis*, ferma restando la

<sup>43</sup> In base al più diffuso standard J3016 della *SAE International (Society of Automotive Engineers)*, è possibile distinguere sei livelli di automazione complessiva dell'auto automatica da 0 a 5. Per un approfondimento sul tema, si veda A. CAPPELLINI, [Profili penalistici delle self-driving cars](#), in *Dir. Pen. Con., Riv. trim.*, 2/2019, p. 325.

<sup>44</sup> Questo è espressamente richiesto dall'*A.I. Act* all'art. 14, par. 1, in base al quale: «*I sistemi di IA ad alto rischio sono progettati e sviluppati, anche con strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati, in modo tale da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante il periodo in cui sono in uso.*».

<sup>45</sup> Nella manualistica tradizionale, si veda, G. MARINUCCI-DOLCINI - G.L. GATTA, cit., pp. 270 e ss. Sui requisiti della fonte della posizione di garanzia, si veda, F. MANTOVANI - G. FLORA, *Diritto Penale, Parte Generale*, XII ed., Wolters Kluwer CEDAM, Padova, p. 160.

<sup>46</sup> In Germania è stata approvata una legge che è intervenuta sul codice della strada per disciplinare le ipotesi in cui il conducente si avvalga di un veicolo a guida semi-autonoma o completamente autonoma; allo stesso modo, nel 2021 con una *ordonnance* il legislatore francese ha modificato il *Code de la route* disciplinando l'ipotesi di responsabilità penale derivante dall'uso di auto dotate di i.a.

<sup>47</sup> Principi previsti dall'art. 5 TUE rispettivamente ai paragrafi 3 e 4 al fine di regolamentare l'esercizio delle competenze da parte dell'Unione europea.

possibilità di una futura introduzione di obblighi positivi che specifichino in che cosa consista la sorveglianza dell'utilizzatore nel singolo settore di riferimento<sup>48</sup>. Interventi di questo tipo aprirebbero la strada ad un possibile rimprovero per colpa specifica nei riguardi dell'utente-sorvegliante riproponendosi anche rispetto a quest'ultimo le tradizionali incertezze applicative relative al rapporto fra colpa generica e colpa specifica esaminate in riferimento ai soggetti produttori.

#### 4. L'accertamento causale.

In linea di massima, il tradizionale procedimento di accertamento della causalità materiale<sup>49</sup> può ritenersi applicabile anche in relazione ad un fatto storico integrante reato commesso con l'uso dell'i. a.

L'accertamento del nesso causale, come accade rispetto ad ogni accertamento in concreto, dovrà essere condotto tenendo conto delle specificità della materia, in questo caso cioè applicando le regole di spiegazione scientifica relative al funzionamento dell'i.a.<sup>50</sup>. Tuttavia, tale adattamento non è privo di incertezze dal momento che i sistemi di i.a. possono essere dotati di un più o meno spiccato livello di autonomia nel *decision making process*. Questo significa che l'evento dannoso verificatosi in occasione della collaborazione uomo-macchina possa essere causalmente legato ad un *output* del sistema non totalmente deducibile dall'*input* che la macchina ha ricevuto da parte dall'utilizzatore-sorvegliante<sup>51</sup>. In questi casi, dunque, non è possibile attribuire con certezza l'evento verificatosi alla condotta del soggetto-utilizzatore. In altre parole, si deve tenere in considerazione il fenomeno della *black box*, cioè il fatto che la ricostruzione dei passaggi compiuti dal sistema possa non avvenire in maniera del tutto spiegabile. Infatti, può accadere che questi possano non essere totalmente ripercorribili attraverso il giudizio controfattuale compiuto *ex post* proprio in virtù del grado di autonomia della macchina. Tuttavia, ciò «non preclude di per sé la possibilità d'imputazione oggettiva, secondo criteri normativi che sono – almeno metodologicamente – da tempo condivisi, non occorrendo mai la spiegazione di ogni singolo passaggio della catena causale da cui si produce l'evento finale, potendo soccorrere anche correlazioni statistiche od ipotetiche ragionevolmente plausibili».<sup>52</sup>

V'è da aggiungere che l'A.I. Act all'art. 12, par. 1, rivolge ai fornitori di sistemi di intelligenza artificiale un obbligo di «registrazione automatica degli eventi "log" per la durata

---

<sup>48</sup> Risolto auspicato da S. BECK - S. GERNDT, *German report on traditional criminal law categories and AI*, cit.

<sup>49</sup> In base all'art. 27, co. 1, della Costituzione, il principio di personalità della responsabilità penale richiede che l'offesa prodottasi sul piano fenomenico, in termini di danno o di messa in pericolo, sia conseguenza dell'azione o della mancata azione del soggetto agente. Il contegno del soggetto agente deve costituire, secondo la celebre formula del criminalista tedesco Von Buri, la *conditio sine qua non* della verificazione dell'offesa. La condotta del soggetto è *condizione senza la quale* l'evento dannoso non si sarebbe verificato ogni qual volta, attraverso un giudizio ipotetico controfattuale condotto *ex post*, alla luce di leggi di spiegazioni scientifica o massime di esperienza quell'evento non si sarebbe accaduto.

<sup>50</sup> in L. PICOTTI, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale*, cit., p. 9.

<sup>51</sup> Il riferimento è al *machine learning*, per il quale si rimanda alla nota n. 2.

<sup>52</sup> in L. PICOTTI, *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale*, cit., p. 9, si veda *supra* nota n. 15.

del ciclo di vita del sistema». Tale registrazione è preordinata all'assolvimento dell'ulteriore obbligo di conservazione della traccia degli eventi, obbligo la cui portata è ulteriormente specificata all'art. 19 del regolamento<sup>53</sup>. Queste previsioni sono infatti espressamente finalizzate a «garantire un livello di tracciabilità del funzionamento del sistema di intelligenza artificiale ad *alto rischio*»<sup>54</sup>, tracciabilità di cui ci si potrà servire ove debba essere accertata la responsabilità penale dell'utilizzatore. Infatti, adempimenti quali la registrazione e la conservazione di determinati dati quali, a titolo esemplificativo, «*il periodo di ciascun utilizzo del sistema (data e ora di inizio e di fine di ciascun utilizzo), la banca dati di riferimento utilizzata dal sistema per verificare i dati di input, i dati di input per i quali la ricerca ha portato a una corrispondenza*»<sup>55</sup> giocheranno indubbiamente un ruolo importante allorquando il giudice penale sarà chiamato ad accertare la sussistenza del rapporto causa-effetto intercorrente fra una certa condotta e un dato evento. Tuttavia, bisogna ammettere che la strada per la completa *explainability* dei sistemi di i.a. particolarmente autonomi è ancora tutta in salita<sup>56</sup>.

## 5. Un possibile scenario: fra colpa dell'utilizzatore e *responsibility gap*.

Quando dall'uso di una macchina che non presenta malfunzionamenti deriva un evento dannoso, questo potrebbe essere riconducibile ad una insufficiente sorveglianza da parte del soggetto utilizzatore<sup>57</sup>. Se si volesse portare a conseguenze la ricostruzione dell'obbligo di *human oversight* di cui all'art. 14. del regolamento quale norma cautelare, intanto il danno sarà attribuibile al soggetto sorvegliante in quanto, al posto suo, l'agente modello lo avrebbe previsto ed evitato. Infatti, si potrebbe osservare che molto spesso ciò che sembra in linea di principio meglio conoscibile da chi programma e costruisce una certa cosa, sia in realtà più familiare a chi si cimenta quotidianamente nel suo impiego. Questa riflessione può valere tanto per il *driver* mediamente esperto che in certe condizioni di tempo e di luogo sa (o dovrebbe sapere) quali imprevisti possono verificarsi lungo il percorso anche quando la guida dell'auto è in modalità semi-autonoma, quanto per il medico mediamente esperto che abbia alle spalle una casistica

---

<sup>53</sup> Quanto ai log generati automaticamente, l'art. 19, par. 1, del regolamento prevede che «*i fornitori di sistemi di IA ad alto rischio conservano i log di cui all'articolo 12, paragrafo 1, generati automaticamente dai loro sistemi di IA ad alto rischio, nella misura in cui tali log sono sotto il loro controllo. Fatto salvo il diritto dell'Unione o nazionale applicabile, i log sono conservati per un periodo adeguato alla finalità prevista del sistema di IA ad alto rischio, della durata di almeno sei mesi, salvo diversamente disposto dal diritto dell'Unione o nazionale applicabile, in particolare dal diritto dell'Unione in materia di protezione dei dati personali*».

<sup>54</sup> Art. 12, par. 2, del regolamento.

<sup>55</sup> Art. 12, par. 3, lett. a), b), c).

<sup>56</sup> Con «*Explainable Artificial Intelligence (xAI)*» si intende «*l'insieme delle conoscenze scientifiche finalizzate alla spiegazione della logica interna che sta dietro all'algoritmo utilizzato dal sistema intelligente per fare chiarezza su quanto succede nella "black box" dei dati e degli algoritmi che portano ad un certo output a fronte di un dato input*».

<sup>57</sup> Anche l'A.I. Act all'art. 14, par. 4, lett. b) prende in considerazione il rischio di *overreliance* da parte dell'utilizzatore sull'*output* prodotto dal sistema di i.a.

tale da permettergli di rendersi conto che l'*output* prodotto da un sistema diagnostico basato sull'*i.a.*, in quel caso specifico non è calzante.

In sede di accertamento della responsabilità colposa per non aver vigilato, bisogna verificare che il *driver*-agente modello o il medico-agente modello, al posto delle persone concretamente coinvolte, avrebbero previsto ed evitato l'evento in base al grado di competenza ed esperienza che ci si può ragionevolmente attendere.

Se così non fosse, l'evento dannoso non sarebbe attribuibile né alla catena di sviluppo del sistema intelligente, essendo lo stesso perfettamente funzionante (nonché rispondente alle previsioni dell'*A.I. Act*), né al sorvegliante, avendo egli prestato l'accortezza possibile. Questa è l'ipotesi in cui un fatto dannoso penalmente rilevante non è ascrivibile a nessuna persona fisica. Allo stato dell'arte, il cd. *responsibility gap*<sup>58</sup> è un rischio congenito all'impiego dell'*i.a.* nelle attività lecite con cui il legislatore e i tribunali non hanno ancora fatto i conti.

## 6. Considerazioni conclusive.

Forse un giorno l'ipotesi di una responsabilità diretta dell'*i.a.*<sup>59</sup> diventerà realtà, ma fino ad allora il problema del *responsibility gap*, nutrito da una difficile *explainability* del modo in cui operano i sistemi di *i.a.* caratterizzati dal *machine learnig*, continuerà a rappresentare un *vulnus* nel giudizio di attribuzione della responsabilità penale.

L'augurio è che la scienza nel prossimo futuro sia sempre più in grado di approfondire e chiarire le complesse dinamiche che governano l'aggiornamento automatico degli algoritmi dell'*i.a.*, fornendo agli studiosi delle indicazioni chiare sui legami intercorrenti fra certi impieghi dell'*i.a.* e il verificarsi di determinate conseguenze. Ove maggior chiarezza dovesse essere fatta, ciò potrebbe comportare una nuova valutazione dell'area del rischio consentito e dunque una nuova individuazione del punto di equilibrio fra vantaggi e svantaggi derivanti dall'impiego dell'intelligenza artificiale, o nel senso di un più esteso ambito di applicazione, o al contrario, di una sua limitazione ove certi *outcomes* dovessero rimanere inspiegabili, e dunque, inevitabili.

Fino ad allora, si auspica che la presa sul principio di personalità della responsabilità penale resti ben salda e che nonostante la tendenza dell'animo umano sia, per natura, quella di cercare qualcuno cui attribuire la responsabilità di un evento nefasto, il legislatore sappia regolamentare l'impiego dell'*i.a.* senza trasmodare dal principio di precauzione al "precauzionismo"<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Per un approfondimento sul tema, si veda, per tutti, F. SANTONI DE SIO, *Four responsibility gaps with Artificial Intelligence, Why they matter and how to address them*, disponibile al seguente link: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-021-00450-x>.

<sup>59</sup> Si veda, R. ABBOTT - A. SARCH, *Punishing Artificial Intelligence: Legal Fiction or Science Fiction?*, pp. 323 e ss., disponibile in open access al link: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3327485](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3327485); si veda inoltre M.E. FLORIO, [Il dibattito sulla responsabilità penale diretta delle IA: "molto rumore per nulla"?](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2024.

<sup>60</sup> Per un'analisi dei pericoli connessi al "precauzionismo", si veda, A. MASSARO, *Principio di precauzione e diritto penale*, cit.



**“ASFISSIA APPLICATIVA” E “INEFFETTIVITÀ”  
DEL RIFORMATO REATO DI TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE:  
LA PROCURA DI ROMA CHIEDE DI SOLLEVARE  
QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE  
(PROCESSO SULLE MASCHERINE – COVID)**

*Procura di Roma, memoria del 2.12.2024, p.m. Tucci e Ielo*

di Gian Luigi Gatta

1. Con la memoria che può leggersi in allegato, depositata il 2 dicembre 2024, la Procura della Repubblica di Roma ha chiesto al G.u.p. del Tribunale di Roma di sollevare questione di legittimità costituzionale dell’art. 1, co. 1, lett. e) della l. 9 agosto 2024, n. 114, che ha riformulato il reato di traffico di influenze illecite (art. 346 bis c.p.). Secondo la Procura di Roma, la riformulazione del traffico di influenze illecite comporta l’inadempimento sopravvenuto di un obbligo internazionale di incriminazione assunto dall’Italia con la Convenzione del Consiglio d’Europa sulla corruzione (Strasburgo, 1999, art. 12). Il parametro costituzionale violato, pertanto, viene individuato nell’art. 117, co. 1 Cost. Troviamo così conferma, nella memoria della Procura di Roma, dei dubbi di legittimità costituzionale che ci era sembrato di scorgere durante i lavori parlamentari e di cui abbiamo dato conto negli scorsi mesi di luglio e agosto in due contributi apparsi sulle pagine di questa *Rivista* ([“La legge Nordio e il soffocamento applicativo” del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali](#)”; - [“Abuso d’ufficio e traffico di influenze dopo la l. n. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale”](#)) e, ancor prima, in un articolo di Liana Milella pubblicato sul sito di *Repubblica* ([“Fact-checking sul traffico di influenze ‘in versione’ Nordio. Un reato che ci metterà contro l’Europa. L’analisi del giurista Gatta”](#)).

2. Nel rinviare ai citati contributi per una distesa illustrazione della modifica normativa che ha interessato il delitto di cui all’art. 346 bis c.p., ricordiamo qui che la modifica stessa, restringendo l’ambito applicativo della fattispecie, ha comportato una parziale *abolitio criminis*. Tra l’altro, infatti, ha perso rilevanza penale lo sfruttamento da parte del mediatore di relazioni meramente asserite/millantate; la contropartita della mediazione illecita deve ora essere una utilità economica (e non di altro tipo); la mediazione onerosa deve essere diretta a far commettere al funzionario pubblico un atto contrario ai doveri d’ufficio costituente reato. Tre lacci che, come ritiene la memoria della Procura di Roma, citando espressioni usate in dottrina sulle pagine di questa *Rivista*, rispettivamente, da chi scrive e da Vincenzo Mongillo ([“Splendore e morte](#)

del traffico di influenze illecite”), hanno comportato il “soffocamento applicativo” o la “sterilizzazione” del reato. Secondo la Procura romana, anzi, più che di soffocamento applicativo si tratta di “una totale asfissia applicativa, tale da portare in concreto all’ineffettività di ogni profilo sanzionatorio”; di “una *fictio* incriminatrice, dotata di un elevatissimo tasso di ineffettività, che disvuole ciò che vuole”. Il perché di un giudizio tanto severo, quanto a nostro parere fondato, è presto detto e va in particolare colto considerando la sinergia tra la riformulazione del traffico di influenze illecite e la contestuale abolizione dell’abuso d’ufficio. Nei casi di mediazione onerosa, come quella oggetto del giudizio pendente davanti al Tribunale di Roma, la nuova norma penale (che ha seguito un orientamento della Sezione VI della Cassazione criticato tra le righe dalla memoria in esame), richiede la finalizzazione al compimento di un atto, da parte del funzionario pubblico, che il più delle volte, come nel caso di specie, è un abuso d’ufficio. Il punto allora è questo: venuto meno l’abuso d’ufficio, del traffico di influenze illecite, che si applica fuori dei casi di corruzione e istigazione alla corruzione, rimane molto poco. Di qui l’efficace riferimento della Procura di Roma a sostanziale una “*fictio* incriminatrice”.

3. Nulla più del caso oggetto del giudizio rende evidente, quanto meno, la non manifesta infondatezza del dubbio e del problema che la Procura ha portato all’attenzione del G.u.p., chiamato ora a decidere se rimettere o meno la questione alla Corte costituzionale. Un caso che rivela un ulteriore macroscopico vuoto di tutela dell’imparzialità e del buon andamento della P.A., ulteriore rispetto a quelli che ha comportato l’abolizione dell’abuso d’ufficio, e ad essa correlato come effetto indiretto.

Il procedimento riguarda una nota vicenda che risale al tempo della pandemia: il caso delle mascherine cinesi. Nella contestazione, il trafficante di influenze illecite, sfruttando relazioni esistenti con il Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica COVID-19, “si faceva promettere e consegnare ingenti somme di denaro (oltre 11 milioni di euro)” da un imprenditore “per remunerare la sua mediazione sul Commissario straordinario affinché quest’ultimo affidasse” all’imprenditore stesso “una posizione privilegiata nella fornitura dalla Cina di mascherine protettive”. La mediazione illecita era pertanto finalizzata al compimento di un abuso d’ufficio, da parte del Commissario straordinario-funzionario pubblico.

Ecco la rilevanza della questione: applicando la norma che ha riformulato il traffico di influenze illecite, che (sulla scia di un orientamento della VI Sezione della Cassazione) richiede ora per la mediazione onerosa la finalizzazione alla commissione di un reato – e tale non è più l’abuso d’ufficio – il Tribunale dovrebbe concludere il processo con una sentenza di proscioglimento del mediatore (peraltro – notiamo incidentalmente – ordinando la restituzione dell’ingente somma di oltre 11 milioni di euro, sotto sequestro).

4. In punto di ammissibilità della questione, la Procura di Roma ha buon gioco a ricordare, correttamente, come il divieto di sindacato costituzionale di norme penali con effetto *in malam partem* incontra nella giurisprudenza della Consulta alcune eccezioni,

una delle quali (v. ad es. C. cost. n. 32/2014 e n. 40/2019) è rappresentata dalla contrarietà della disposizione censurata a obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi degli artt. 11 o 117, co. 1 Cost. La dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che ha comportato l'*abolitio criminis* parziale del traffico di influenze illecite, in contrasto con obblighi sovranazionali di incriminazione, comporterebbe pertanto la reviviscenza della norma incriminatrice previgente, risalente alla riforma Bonafede del 2019 (c.d. legge Spazzacorrotti). Quella riforma, come avevamo ricordato sulle pagine di questa *Rivista* e come la Procura di Roma sottolinea, “aveva riscosso il positivo apprezzamento della Commissione GRECO, organismo internazionale che presidia l’attuazione della convenzione del Consiglio d’Europa, superando le critiche espresse in precedenza nei suoi cicli di valutazione”. Una legge abolitrice del reato, se incostituzionale perché contraria a fonti sovranazionali rilevanti come parametri interposti nel giudizio di legittimità, non retroagisce e non sfugge al sindacato della Corte (v. anche Corte cost. n. 28/2010).

5. In punto di non manifesta infondatezza – tale, lo ricordiamo, è la valutazione che è chiamato a compiere il Tribunale a fronte dell’istanza della Procura –, infine, la memoria della Procura di Roma sottolinea in modo efficace – e a nostro avviso correttamente – l’esistenza di un preciso obbligo di incriminazione del traffico di influenze illecite, che come anche noi avevamo sostenuto è rinvenibile nell’art. 12 della Convenzione di Strasburgo ed è desumibile dal tenore testuale della norma: “*shall adopt...as criminal offence*”. Acutamente la memoria della Procura sottolinea come il carattere cogente di un tale obbligo emerga dal confronto con la Convenzione ONU sulla corruzione (Merida, 2003), che all’art. 18, sempre a proposito del traffico di influenze illecite, usa la diversa espressione “*shall consider adopting*”. In questo caso si tratta di un obbligo di prendere in considerazione l’incriminazione; nel caso della Convenzione di Strasburgo, invece, di un vero e proprio obbligo di incriminazione, la cui violazione, attraverso una seppur parziale *abolitio criminis*, senza dubbio implica un inadempimento.

La Convenzione di Strasburgo, sottolinea ancora la memoria della Procura, non richiede l’introduzione di un qualsivoglia reato di traffico di influenze illecite, bensì la configurazione di una fattispecie con un “contenuto minimo” che – questo è il punto rilevante rispetto al caso di specie – non limita la mediazione onerosa illecita a quella diretta a commettere un atto contrario diretto ai doveri d’ufficio costituente reato. Di qui la violazione dell’art. 12 della Convenzione di Strasburgo, che si prospetta in termini di inadempimento sopravvenuto rispetto alla completa attuazione realizzata con la precedente riforma dell’art. 346 *bis* c.p., risalente come si è detto al 2019. Una situazione del tutto simile – notiamo incidentalmente – a quella che si verificherebbe se venisse riformulata la fattispecie della tortura in violazione della relativa convenzione internazionale che ne prevede l’obbligo di incriminazione.

\*\*\*

6. Starà al Tribunale di Roma, ora, valutare gli argomenti esposti dalla Procura. La questione prospettata, si noti, è diversa da quella oggetto di plurime ordinanze di rimessione alla Corte costituzionali, relative all'abolizione dell'abuso d'ufficio. In quel caso diversi giudici *a quibus* hanno lamentato la violazione dell'art. 19 della Convenzione di Merida che, a differenza di quanto fa l'art. 12 della Convenzione di Strasburgo in relazione al traffico di influenze illecite, non configura un obbligo di incriminazione.

Le questioni sull'abuso percorrono una strada in salita mirando a dimostrare la violazione di un obbligo di conservare l'incriminazione dell'abuso d'ufficio, esistente al momento della stipula/ratifica della convenzione di Merida; l'esistenza, in altri termini, di un obbligo di non fare un passo indietro pur *in assenza* – questo è il punto – di un espresso obbligo di incriminazione e *in presenza* di un mero obbligo espresso di 'considerare l'incriminazione'.

La questione sul traffico di influenze illecite, se proposta, percorrerebbe a nostro avviso, invece, una strada ben più agevole, proprio perché – come sottolinea efficacemente la Procura di Roma, per di più in un caso di rilevante impatto anche agli occhi degli osservatori internazionali (vicenda correlata alla pandemia e che coinvolge interessi economici relevantissimi e il commercio internazionale), a venire in rilievo è la violazione di un obbligo internazionale di incriminazione, e non di considerare l'adozione dell'incriminazione.

Si tratterebbe per la Corte, certamente, di vagliare la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità di un inadempimento *sopravvenuto* di un obbligo internazionale. Una questione, questa, alla quale abbiamo già accennato nei nostri precedenti contributi e che supera a ben vedere l'orizzonte di un vaglio di non manifesta infondatezza, competendo senz'altro alla Corte costituzionale, se sarà chiamata a pronunciarsi.

La memoria della Procura di Roma offre dunque plurimi argomenti per sollevare per la prima volta un'interessante questione di legittimità costituzionale relativa al riformato delitto di traffico di influenze illecite. Un tentativo in tal senso – lo ricordiamo – era stato compiuto in precedenza dalla Procura di Foggia, con una [memoria pure pubblicata su questa Rivista](#). In proposito segnaliamo ai lettori, per completezza d'informazione, che il caso foggiano, a differenza di quello romano, riguardava un'ipotesi di traffico di influenze millantato (non più rilevante dopo la riforma del 2024) e che la questione è stata ritenuta irrilevante dal g.u.p. perché il capo d'imputazione era stato costruito, alternativamente, facendo riferimento a relazioni esistenti o soltanto asserite".

**IL “DECRETO PIANTEDOSI”  
SULLE OPERAZIONI DI SOCCORSO IN MARE  
APPRODA ALLA CONSULTA**

*Trib. civile di Brindisi, ord. 10 ottobre 2024, Giud. Marra*

di Stefano Zirulia

1. Con ordinanza del 10 ottobre 2024 il Tribunale civile di Brindisi ha sollevato questione di legittimità costituzionale, per violazione di diversi parametri, della disposizione che prevede la sanzione accessoria del fermo amministrativo di 20 giorni della nave che non ottemperi alle indicazioni fornite dalle autorità nazionali competenti, secondo la ripartizione delle zone SAR, per il tratto di mare nel quale si è svolto il salvataggio di stranieri privi di regolari documenti per l’ingresso in Italia. La norma censurata è racchiusa nell’art. 1 comma 2-*sexies* del d.l. n. 130 del 2020, conv. in legge n. 173 del 2020 (noto anche come “decreto Lamorgese”), come modificato dal d.l. n. 1 del 2023, conv. con modif. dalla legge n. 15 del 2023 (c.d. “decreto Piantedosi”).

2. Il procedimento *a quo* tra origine dal ricorso in opposizione avverso il provvedimento di fermo amministrativo emesso nei confronti della nave di una nota organizzazione non governativa (la *Ocean Viking* di SOS Mediterranée). Il 6 febbraio 2024 l’equipaggio effettuava quattro operazioni di soccorso nel Mediterraneo centrale, l’ultima delle quali, svoltasi in acque internazionali ricadenti nella zona SAR libica, caratterizzata da momenti di tensione con un non meglio identificato motoscafo carico di migranti presente sul luogo del naufragio. All’arrivo nel porto di Brindisi venivano notificate all’equipaggio della *Ocean Viking* la sanzione pecuniaria e quella accessoria del fermo previste dal sopraccitato art. 1 comma 2-*sexies*, in ragione della violazione della prescrizione di cui all’art. 1, comma 2-bis lett. f) del medesimo decreto-legge, ossia il mancato rispetto delle indicazioni fornite dal centro per il soccorso marittimo libico, competente per il coordinamento delle operazioni di soccorso in quel tratto di mare e la conseguente creazione di “situazioni di pericolo”.

3. Il giudice brindisino ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità proposta dai difensori dei ricorrenti (capitano, proprietario, armatore e noleggiatore della *Ocean Viking*), in relazione a tre parametri costituzionali.

In primo luogo l’ordinanza ravvisa la violazione dell’art. 3 Cost., in combinato con la funzione rieducativa sancita dall’art. 27, co. 3 Cost., nella previsione di una sanzione amministrativa accessoria, quella appunto del fermo di venti giorni, applicabile in maniera automatica e indifferenziata per una serie eterogenea di condotte. Tra queste, l’ordinanza ricorda, a titolo esemplificativo, accanto a quella contestata ai ricorrenti, le ipotesi di cui alla lett. a) e b) del decreto-legge (rispettivamente: la

violazione della disciplina in materia di sicurezza della navigazione, di prevenzione dell'inquinamento, di certificazione e addestramento del personale marittimo, di condizioni di vita e lavoro a bordo; l'omessa informazione alle persone prese a bordo della possibilità di richiedere protezione internazionale e la raccolta dei relativi dati da mettere a disposizione delle autorità). La previsione della medesima sanzione, automatica e di carattere fisso, per violazioni dotate di caratteristiche così diverse, impedirebbe all'autorità giudiziaria di graduare l'applicazione della sanzione alle peculiarità del caso concreto, in spregio dei principi di individualizzazione e proporzionalità della pena. Incidentalmente, a tale proposito, l'ordinanza afferma la riconducibilità della disciplina sotto esame, formalmente amministrativa, alla "materia penale", secondo le note cadenze inaugurate dalla sentenza *Engel* e poi successivamente affinate dai giudici di Strasburgo attraverso una ricca giurisprudenza che non ha mancato di interessare anche l'ordinamento italiano (si citano, a titolo esemplificativo, le sentenze *Menarini c. Italia* del 2021 e *Grande Stevens e altri c. Italia* del 2014).

4. In secondo luogo, il rimettente ravvisa una violazione dell'art. 25, comma 2 Cost. con riferimento ai presupposti individuati dal legislatore per l'applicazione della sanzione accessoria, ossia l'inottemperanza alle indicazioni fornite dal centro di soccorso marittimo competente – secondo il sistema SAR delineato dalla Convenzione di Amburgo – per l'area in cui si è svolto il salvataggio. Il rinvio in bianco all'ordine impartito dall'autorità marittima, eventualmente straniera, senza nemmeno necessità di una sua formalizzazione in un atto amministrativo (nel caso di specie si era trattato di una mera comunicazione via e-mail da parte della c.d. guardia costiera libica), contrasta con il principio di legalità sul piano della determinatezza del precetto, che in ultima analisi *"difetta del tutto del requisito della prevedibilità"*.

5. In terzo e ultimo luogo, l'ordinanza prospetta un contrasto tra l'art. 1, comma 2-sexies e gli artt. 10 e 117 Cost., evidenziando l'incompatibilità tra l'obbligo imposto *ex lege* al comandante di rispettare l'ordine impartito dall'autorità libica e gli obblighi assunti dall'Italia sul piano sovranazionale in materia di protezione dei diritti fondamentali degli stranieri. Secondo il rimettente, infatti, *"l'applicazione della disposizione censurata imporrebbe a questo Giudice di assumere che lo Stato libico costituisca un 'porto sicuro'"*, presunzione notoriamente non corrispondente alla realtà di fatto, come già accertato non solo da autorevoli istituzioni internazionali ma anche da sentenze emesse da corti italiane. Su tali premesse poggia la censura per violazione del divieto di *refoulement* e di espulsioni collettive, a loro volta cristallizzati in disposizioni vincolanti per il legislatore italiano, in forza dei richiamati artt. 10 e 117 Cost., quali l'art. 33 della Convenzione di Ginevra, la regola n. 15 del Cap. V della Convenzione SOLAS, l'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nonché l'art. 4 del Prot. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

6. L'ordinanza sviluppa argomentazioni che toccano punti nevralgici del sistema sanzionatorio italiano: la riqualificazione in senso penalistico di sanzioni formalmente amministrative; la proporzionalità della pena, *rectius* della sanzione punitiva, nella

prospettiva della sua necessaria individualizzazione; la riserva di legge, con riguardo all'integrazione della norma (sostanzialmente) penale da parte di atti riconducibili all'esercizio del potere esecutivo; il rispetto degli obblighi assunti dall'Italia sul piano sovranazionale, secondo lo schema delle norme interposta e alla luce del primato del diritto dell'Unione europea.

In attesa dei più articolati e meditati commenti che ciascuna di tali questioni senza dubbio merita di ricevere, sin d'ora è agevole osservare come la vicenda in esame abbia aperto un nuovo fronte nell'ormai conclamato conflitto tra il sistema normativo eretto a tutela dei confini nazionali e i diritti fondamentali di migranti e richiedenti asilo. Constatato il fallimento del tentativo, esperito in anni trascorsi da alcune Procure siciliane, di applicare le norme penali sul favoreggiamento dell'immigrazione irregolare ai comandanti delle navi soccorritrici che completano il salvataggio sbarcando i naufraghi *sans papiers* in Italia, il legislatore ha messo a punto – attraverso il succedersi di interventi espressione di maggioranze politiche di segno diverso: si vedano i c.d. decreti “Sicurezza-bis” (2019), “Lamorgese” (2020) e, infine, “Piantedosi” (2023) – un sistema specificamente finalizzato a colpire la mera disobbedienza agli ordini impartiti dalle autorità marittime, incluse – per effetto delle novità da ultimo introdotte – le autorità straniere e segnatamente quelle libiche.

Un giro di vite di questa portata, se da un lato ha prodotto, come effetto immediato, l'irrogazione di numerose sanzioni, pecuniarie e reali, nei confronti di attori refrattari all'idea che i tempi e i modi del soccorso in mare possano essere dettati da priorità diverse dalla tutela della vita umana; dall'altro lato ha suscitato sin dal principio notevoli perplessità riguardo alla sua tenuta costituzionale, e più in generale alla sua compatibilità con le disposizioni sovraordinate del sistema nel quale, inevitabilmente, va a inserirsi, inclusi i diritti fondamentali. Proprio come accaduto, da ultimo, con riferimento al tormentato accordo Italia-Albania, non si può non constatare che, sebbene concepiti al precipuo scopo di abbattere i flussi irregolari in ingresso, i congegni normativi per il controllo delle frontiere marittime non si collocano in un *vacuum*, ma al contrario si inseriscono in un sistema di regole e principi di rango sovraordinato, destinati a prevalere – beninteso, laddove la Corte costituzionale accertasse l'incompatibilità – non certo per effetto di un indebito soffocamento della volontà popolare, bensì in base al fisiologico funzionamento degli strumenti di controllo di legittimità delle norme, elemento irrinunciabile nell'architettura di uno stato di diritto maturo.



**CONCORSO PUBBLICO TRUCCATO ANTICIPANDO I TEMI DELLE  
PROVE: NON POTENDO PIÙ RICORRERE  
ALLA TURBATIVA D'ASTA E ALL'ABUSO D'UFFICIO,  
IL TRIBUNALE DI MILANO CONDANNA  
PER RIVELAZIONE DI SEGRETI D'UFFICIO**

*Trib. Milano, 11.9.2024 (dep. 11.11.2024), G.u.p. Iannelli*

di Maria Chiara Ubiali

1. La sentenza del Giudice per l'udienza preliminare del Tribunale di Milano, che può leggersi in allegato, e che è stata segnalata nei giorni scorsi da [Luigi Ferrarella sul Corriere della Sera](#), è di particolare interesse perché mette in luce i possibili effetti prodotti nella prassi dall'abolizione del delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.), in particolare nell'ambito dei concorsi pubblici. L'eliminazione di tale fattispecie da parte della c.d. legge Nordio (l. n. 114/2024), insieme all'indirizzo restrittivo della Cassazione che limita la turbativa d'asta alle sole gare per l'acquisto di beni e servizi<sup>1</sup>, hanno determinato, con riferimento alle procedure pubbliche per il reclutamento del personale, un vero e proprio vuoto di tutela, che l'interprete prova a colmare come può, se può, anche ricorrendo a soluzioni inedite e ingegnose. A seguito dell'abrogazione di una norma incriminatrice, come l'art. 323 c.p., è d'altra parte in qualche misura fisiologico che risultino applicabili norme prima inutilizzate, perché messe fuori gioco o comunque assorbite dal disvalore del reato abolito. È quel che mostra la sentenza annotata che, come si dirà, non potendo applicare né la turbativa d'asta, né l'abuso d'ufficio, ritiene configurabile il delitto di rivelazione di segreto d'ufficio *ex art. 326 c.p.*

2. La vicenda dalla quale origina la sentenza riguarda un concorso pubblico per il reclutamento di un tecnico di laboratorio presso un dipartimento universitario, nell'ambito del quale il presidente della commissione valutatrice, professore presso la stessa università, e l'unica candidata, poi risultata vincitrice, sono stati chiamati a rispondere del delitto di turbativa d'asta (art. 353 c.p.). In particolare, secondo la ricostruzione del pubblico ministero, il professore e la candidata si sarebbero, da un lato, accordati per calibrare il bando di concorso a favore di quest'ultima; dall'altro lato, avrebbero convenuto di anticipare all'imputata i temi sui quali si sarebbero di lì a poco svolte le prove concorsuali. La sentenza in esame – che è stata resa in esito a giudizio abbreviato – riguarda la posizione processuale della sola candidata al posto messo a

---

<sup>1</sup> La prima decisione della Cassazione in questo senso è Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225, in CED 285528.

bando. Il G.u.p. del Tribunale di Milano, come vedremo, dopo aver derubricato il fatto contestato nel delitto di rivelazione di segreto d'ufficio ha condannato l'imputata alla pena di quattro mesi di reclusione. Il professore coinvolto è stato invece giudicato separatamente, avendo optato per la definizione del procedimento tramite patteggiamento. Ironia della sorte, nel patteggiamento – avvenuto *prima* che la Cassazione inaugurasse il nuovo orientamento restrittivo – i fatti ascritti al professore sono stati qualificati come turbativa d'asta: reato dal quale questi sarebbe stato sicuramente assolto se avesse optato per il rito ordinario, alla luce del mutamento giurisprudenziale successivamente intervenuto. La condanna per il delitto di cui all'art. 353 c.p. rimane tuttavia incontrovertibile in ragione dell'impossibilità di invocare la revoca della sentenza, *ex art. 673 c.p.p.*, nel caso di un mutamento giurisprudenziale successivo favorevole al reo<sup>2</sup>.

3. Il materiale probatorio raccolto, *in primis* la trascrizione dei colloqui telefonici intercettati e le conversazioni tra le parti avvenute su WhatsApp e via mail, hanno restituito una versione dei fatti inequivoca e dalla quale emerge chiaramente: *i*) che il professore aveva influito sulla formazione del bando con riguardo ai titoli necessari a concorrere, adattandolo alla luce delle specifiche competenze della candidata: in particolare, si era individuato quale requisito un titolo di studio – la laurea in chimica analitica – non del tutto coerente con l'ambito entro il quale la persona reclutata sarebbe andata ad operare, ma che in compenso era posseduto dall'imputata; *ii*) che i due erano d'accordo sul fatto che l'imputata si sarebbe candidata nella procedura di concorso e sarebbe stata favorita; *iii*) che il professore e la candidata si erano accordati nel senso che il professore avrebbe fatto avere alla candidata le tracce delle prove scritte e orali, circostanza che si è poi effettivamente realizzata. Nell'ambito dell'interrogatorio condotto dal pubblico ministero, l'imputata ha sostanzialmente ammesso gli addebiti, confermando di aver partecipato alla turbativa della procedura, in particolare ricevendo le tracce oggetto delle prove d'esame.

4. Se la ricostruzione dei fatti è dunque priva di profili di criticità, non può dirsi altrettanto della *qualificazione giuridica* degli stessi. Il G.u.p. del Tribunale di Milano non ha infatti condiviso l'imputazione proposta dal pubblico ministero, riqualificando i fatti, originariamente ascritti all'imputata a titolo di turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), nel delitto di rivelazione di segreti d'ufficio di cui all'art. 326 c.p. Tale conclusione – che il giudice milanese definisce “obbligata” – è motivata richiamando l'ormai consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, inaugurato dalla sent. n. 26225/2023<sup>3</sup> e poi confermato dalle sentt. n. 32319/2023<sup>4</sup> (relativa ad una procedura di concorso per il

---

<sup>2</sup> Cfr. Corte cost. n. 230 del 2012.

<sup>3</sup> Cass. pen., sez. VI, 10 maggio 2023, n. 26225, in questa *Rivista*, con nota di G.L. GATTA, [Concorsi pubblici “turbati”: per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.](#), fasc. 6/2023, p. 205 ss.

<sup>4</sup> Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2023, n. 32319, in questa *Rivista* con nota di G.L. GATTA, [La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al \(moribondo\) abuso d'ufficio](#), fasc. 7-8/2023, p. 161 ss.

reclutamento di un docente universitario) e 38127/2023<sup>5</sup>. Tali decisioni, tutte della Sezione Sesta della Corte di cassazione, hanno affermato che le condotte turbative o impeditive realizzate nell'ambito delle procedure di concorso per l'accesso ai pubblici impieghi (o relative alla mobilità del personale tra diverse amministrazioni) non integrano il delitto di turbata libertà degli incanti, poiché tale fattispecie è posta a tutela del regolare svolgimento dei soli procedimenti finalizzati all'acquisizione di *beni e servizi*. Una estensione della figura di cui all'art. 353 c.p. alla tutela di altre procedure deve escludersi in ragione del necessario rispetto del principio di tassatività e del divieto di analogia *in malam partem* in materia penale, così come di recente riaffermati dalla sent. n. 98/2021 della Corte costituzionale. L'applicazione dell'art. 353 c.p. a procedure diverse da quelle relative all'acquisizione di beni e servizi da parte della p.a., secondo l'orientamento richiamato, eccede infatti in modo evidente l'ambito dei significati attribuibili alla nozione "gare nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto delle pubbliche amministrazioni", determinando così una inaccettabile estensione analogica dell'ambito di applicazione di tale figura di reato.

5. La sentenza in commento, conformemente a quanto già sostenuto dalla Cassazione<sup>6</sup>, ha escluso inoltre che parte delle condotte qui considerate – in particolare quelle riguardanti l'alterazione dei contenuti del bando di gara – potessero essere sussunte nell'attigua fattispecie di turbata libertà di scelta del contraente, di cui all'art. 353-bis c.p., che punisce chi *con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione*.

Secondo il giudice milanese, l'art. 353-bis c.p. deve necessariamente avere lo stesso ambito d'applicazione dell'art. 353 c.p. Il delitto di turbata libertà di scelta del contraente è stato infatti introdotto dal legislatore in funzione anticipatoria della tutela già apprestata dall'art. 353 c.p., nella consapevolezza che una offesa ai beni giuridici coinvolti può intervenire, sia con condotte di turbamento successive all'emanazione del bando, sia con condotte precedenti che influiscono sul contenuto dello stesso. Il pubblico ministero ha sostenuto invece che l'interpretazione letterale dell'art. 353-bis c.p. – che si riferisce genericamente al contenuto del "bando o di altro atto equipollente" – ammette una lettura più estesa della norma e quindi la possibilità di riferire tale disposizione ad un novero di gare più ampio rispetto a quello individuato con riferimento all'art. 353 c.p. Quest'ultima tesi non è stata tuttavia condivisa dalla sentenza in commento, che ha aderito invece a quanto già affermato dalla Sezione Sesta della Cassazione<sup>7</sup>. Secondo il G.u.p. di Milano, la lettura proposta dal pubblico ministero, se accolta, darebbe luogo all'esito paradossale di una tutela penale piena – applicazione sia dell'art. 353, sia dell'art. 353-bis c.p. – con riferimento ad un numero ristretto di procedure; mentre una tutela penale attenuata – applicazione del solo art. 353-bis c.p. – per tutte le altre tipologie

<sup>5</sup> Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2023, n. 38127, in CED 285274.

<sup>6</sup> Cass. pen., sez. VI, 11 aprile 2024, n. 21104, in CED 286380.

<sup>7</sup> Cfr., *supra* n. 5.

di gara. Una conclusione irrazionale che la sentenza in esame disattende, sostenendo al contrario la necessità del raccordo, quanto ad ambito di applicazione, tra gli artt. 353 e 353-*bis* c.p. Solo in questo modo, infatti, «l’anticipazione di tutela recata dalla prima disposizione può assumersi in modo logico rispetto alla scelta di politica criminale fatta dal legislatore con la seconda disposizione». Mentre, non ha alcun senso immaginare una tutela penale dei concorsi pubblici per il reclutamento del personale limitata alla sola fase di predisposizione del bando<sup>8</sup>.

Il G.u.p. del Tribunale di Milano è ben consapevole che, argomentando in questo modo, l’esito è quello di privare integralmente della tutela penale specifica contro le turbative le procedure pubbliche di reclutamento del personale. In altre parole, le condotte di turbamento che intervengono nei concorsi per l’accesso ai pubblici impieghi non possono essere sussunte, né nel delitto di cui all’art. 353, né nel 353-*bis* c.p. Una conseguenza di non poco momento – e opinabile dal punto di vista politico-criminale – ma alla quale il giudice non può far altro che adeguarsi alla luce del citato orientamento della VI Sezione della Cassazione.

6. Nell’impossibilità di applicare gli artt. 353 e 353-*bis* c.p. e stante la già citata abolizione del delitto di abuso d’ufficio, il giudice milanese ha quindi riqualificato la condotta dalla candidata nel delitto di rivelazione di segreto d’ufficio (art. 326 c.p.), al quale questa ha preso parte nella qualità di concorrente *extraneus*. Secondo la sentenza, nonostante la diversa qualificazione delle condotte da parte della sentenza di patteggiamento pronunciata nei confronti del pubblico ufficiale autore del reato (*l’intraneus*), è incontestabile che il presidente della commissione esaminatrice, comunicando anticipatamente l’oggetto della prova d’esame ad uno dei concorrenti, abbia realizzato un fatto riconducibile all’art. 326 c.p., trattandosi – come richiede la norma – di rivelazione di una “notizia d’ufficio” che “deve rimanere segreta”<sup>9</sup>. Venendo poi alla posizione della candidata, il giudice di Milano ha ritenuto altrettanto pacifica la responsabilità di quest’ultima quale concorrente *extranea* nel reato citato per avere *istigato* il presidente della commissione alla rivelazione dei contenuti delle prove.

Va ricordato, che la rivelazione di segreto d’ufficio è una fattispecie plurisoggettiva c.d. “anomala”, atteso che oltre al pubblico agente è necessaria la presenza di un ulteriore soggetto al quale la notizia viene divulgata, senza tuttavia che questi sia punibile. Chi riceve la notizia può invece andare incontro a responsabilità, nel momento in cui – oltre appunto ad essere il destinatario della divulgazione – accede al fatto realizzato dall’*intraneus* con una condotta che vi apporta un contributo causale, secondo i principi generali in tema di concorso di persone nel reato. La sentenza in esame, alla luce del materiale probatorio raccolto, ha quindi ritenuto che la candidata avesse sollecitato il professore ad anticiparle il contenuto delle prove, partecipando dunque alla realizzazione del delitto nella forma del *concorso morale*.

---

<sup>8</sup> Cfr. p. 10 della motivazione.

<sup>9</sup> Sulla configurabilità dell’art. 326 c.p., nel caso di divulgazione delle tracce d’esame si v. Cass. pen., sez. VI, 4 novembre 2021, n. 3157, in *DeJure*.

Non ostante a questa conclusione – il g.u.p. lo precisa – ostacoli di ordine processuale. Ai fini della configurabilità della responsabilità dell'*extraneus*, è sufficiente infatti, secondo la giurisprudenza, che l'esecutore materiale del reato sia riconosciuto responsabile del reato proprio, quantomeno, sul piano oggettivo<sup>10</sup>. Da questo punto di vista, la responsabilità del professore è nel caso in esame incontestata, anche se il giudice del presente processo l'ha potuta affermare solo in via incidentale, tramite l'acquisizione, *ex art. 238-bis c.p.p.*, della sentenza di patteggiamento, dalla quale si evince la responsabilità dell'*intraneus* per il medesimo fatto, seppur diversamente qualificato.

7. Un ultimo profilo considerato dalla decisione in esame è relativo all'eventuale ricorrenza degli estremi della causa di non punibilità della particolare tenuità del fatto (art. 131-*bis* c.p.), che tuttavia il giudice ha ritenuto di escludere. Questi ha argomentato l'impossibilità di applicare l'art. 131-*bis* c.p. alla luce *i*) del tipo di procedura coinvolta (una procedura di selezione per un posto finanziato da un ente di ricerca per la lotta contro il cancro); *ii*) della decisività della informazione segreta rilevata (i contenuti delle prove d'esame); *iii*) del momento in cui è intervenuto il turbamento illecito (fin dall'inizio della procedura); *iv*) della non esiguità del danno economico (gli emolumenti già percepiti dalla candidata erano superiori ai 3 mila euro).

Si sarebbe forse potuto obiettare che elemento utile ai fini del riconoscimento dell'art. 131-*bis* c.p. fosse la circostanza che l'imputata era l'unica partecipante al concorso. Questo aspetto pare, al contrario, essere stato valorizzato quale indice di un particolare disvalore del fatto, in quanto la condotta illecita, realizzatasi fin dal momento della predisposizione del bando, ha avuto anche l'effetto di determinare l'astensione di altri possibili interessati alla procedura di selezione.

Esclusa la ricorrenza dell'art. 131-*bis* c.p., l'imputata viene quindi condannata per concorso nel reato di rivelazione di segreto d'ufficio e viene irrogata dal giudice nei suoi confronti la pena, sospesa, di quattro mesi di reclusione.

\*\*\*

8. Gli esiti del caso in esame sono per certi versi paradossali: l'imputata viene condannata per concorso in un reato proprio dell'*intraneus* (rivelazione del segreto d'ufficio), che *di tale reato* non è però stato nemmeno chiamato a rispondere; quest'ultimo ha infatti definito la sua posizione con un patteggiamento per turbativa d'asta, reato che oggi non è più ritenuto configurabile in ragione di un sopravvenuto mutamento giurisprudenziale. E – va ribadito – tale epilogo nel nostro ordinamento rimane fermo, in ragione dell'impossibilità di invocare la revoca della sentenza, *ex art. 673 c.p.p.*, nel caso di un mutamento giurisprudenziale successivo favorevole al reo.

D'altra parte, al di là della specificità del caso concreto, la presente vicenda a nostro parere evidenzia la necessità, ineludibile dopo l'abolizione dell'abuso d'ufficio,

---

<sup>10</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 8 aprile 2014, n. 40303, in *DeJure*; Cass. pen., sez. II, 17 ottobre 2018, n. 219, in *DeJure*.

di un intervento legislativo che ridisegni il quadro della tutela penale delle gare pubbliche. Si tratta di un problema, questo, acuito certo dall'abrogazione dell'art. 323 c.p., ma che già esisteva in precedenza, in ragione dell'incertezza interpretativa circa l'effettivo ambito di applicazione degli artt. 353 e 353-*bis* c.p. È indubbio che ora, venuta meno la "stampella" che prima forniva l'art. 323 c.p., i casi che non rientrano nei delitti di turbativa d'asta e turbata libertà di scelta del contraente siano destinati a rimanere impuniti, a meno che non vengano in soccorso, come nella vicenda in esame, altre fattispecie di reato, la cui configurabilità non è tuttavia sempre agevole.

Non sempre infatti la turbativa di una procedura si realizza a mezzo di un fatto che può essere sussunto nei diversi delitti di corruzione, concussione, rivelazione di segreto d'ufficio, omissione/rifiuto di atti d'ufficio, ovvero nei delitti di falso. A tale ultimo proposito, un'interessante vicenda giudiziaria, segnalata sempre da Luigi Ferrarella in questi giorni sulle pagine del [\*Corriere della Sera\*](#), prospetta, in funzione supplente della turbativa d'asta e dell'abuso d'ufficio, la contestazione del falso nella autocertificazione di assenza di conflitto di interessi.

Considerato che sembra improbabile che la Sezione Sesta della Cassazione possa tornare sui suoi passi rispetto all'orientamento restrittivo in tema di concorsi pubblici e applicazione degli artt. 353 e 353-*bis* c.p., ci sembra ragionevole e urgente suggerire al legislatore di mettere mano alla formulazione delle fattispecie che nel codice penale si occupano di presidiare il bene giuridico del corretto svolgersi delle gare pubbliche (artt. 353, 353-*bis* e 354 c.p.). Si tratterebbe, ammodernando la disciplina e coordinandola con l'assetto determinato dall'abrogazione dell'art. 323 c.p., di esplicitare quali siano le gare da ricomprendere nell'ambito di queste disposizioni penali, così superando le differenze di trattamento che la giurisprudenza non può far altro che segnalare e che compete al legislatore superare.

**LO SFRUTTAMENTO DEL LAVORO INTELLETTUALE  
È FUORI DAL TIPO DESCRITTO  
DALL'ART. 603-BIS C.P.?**

*Cass. pen., Sez. II, sent. 18 settembre 2024 (dep. 28 novembre 2024), n. 43662,  
Pres. Pellegrino, Rel. Florit*

di Francesca Vitarelli

1. Il ricorso per Cassazione ha ad oggetto il provvedimento del Tribunale del riesame di Palermo che ha confermato l'ordinanza del Giudice per le indagini preliminari di Termini Imerese del 9 aprile 2024 con cui era stata disposta nei confronti dell'indagata, Presidente del consiglio di amministrazione di una società cooperativa esercente attività di istruzione secondaria, la misura cautelare degli arresti domiciliari per i reati di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-bis c.p.) ed estorsione aggravata (art. 629 c.p.) ai danni dei suoi dipendenti, insegnanti di scuola secondaria.

1.1. In particolare, da quanto emerge nel ricorso per Cassazione, l'indagata era accusata di: (i) sottoporre i lavoratori a condizioni di sfruttamento approfittando del loro stato di bisogno nonché (ii) costringerli a restituire la retribuzione ricevuta ovvero a lavorare sottopagati con minaccia consistita nel prospettarne la mancata riassunzione in occasione di successivi rinnovi contrattuali. Le condotte sarebbero state commesse, secondo la prospettazione accusatoria accolta nei provvedimenti giudiziari, in concorso con il Preside, la Segretaria e due ulteriori responsabili (di fatto) degli istituti scolastici gestiti dalla cooperativa.

1.2. L'ordinanza veniva impugnata dalla difesa per carenza e contraddittorietà della motivazione sulla sussistenza dei presupposti per applicare la misura cautelare in relazione alla fattispecie di cui all'art. 603-bis c.p. e alla fattispecie di cui all'art. 629 c.p. La prospettazione difensiva richiedeva di considerare che: (i) la prospettazione delle condizioni contrattuali era chiara fin dall'inizio; (ii) l'indagata informò sempre le controparti prima della stipula dei contratti; (iii) il mancato corrispettivo era circostanza nota agli interlocutori in epoca anteriore ai primi contatti con la scuola; (iv) è fatto notorio che nel territorio interessato vi siano decine di scuole parificate che praticano le stesse condizioni ed alle quali il personale si sarebbe potuto rivolgere liberamente; (v) l'assunzione da parte della scuola non è l'unica modalità per maturare punteggio valevole per la graduatoria della scuola pubblica; (vi) la finalità di chi si rivolgeva all'indagata per l'assunzione era il conseguimento del punteggio piuttosto che della retribuzione; (vii) le dichiarazioni della persona offesa "non sono state correttamente comprese" ed in ogni caso avrebbero dovuto essere soggette a valutazione

di attendibilità, del tutto omessa da parte del giudice per le indagini preliminari. Si contestava, incidentalmente, anche il mancato riconoscimento del concorso apparente di norme ex art. 15 c.p., in quanto, secondo la difesa, i due reati non sarebbero posti a tutela di due beni giuridici differenti, condividendo la identica tutela dell'interesse alla libertà di autodeterminazione della persona. Il Sostituto Procuratore Generale chiedeva invece il rigetto del ricorso.

**1.3.** La Cassazione ritiene il ricorso fondato, annullando senza rinvio in relazione al reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. e con rinvio in relazione al reato di cui all'art. 629 c.p. Oltre ad evidenziare la carenza motivazionale in relazione ai presupposti per l'applicazione della misura cautelare, in considerazione della quale si dispone il rinvio, la Corte, ritiene che – comunque – il capo di imputazione ex art. 603-*bis* c.p. sia destinato in quella fase a cadere “definitivamente”<sup>1</sup>, perché la norma in esame non può trovare applicazione in riferimento alle professioni intellettuali.

**2.** Ferme restanti le valutazioni effettuate dalla Suprema Corte rispetto alle esigenze cautelari e alla sussistenza degli indizi di reato nel caso di specie, che hanno portato alla fondatezza del ricorso, si ritiene opportuno ripercorrere i passaggi motivazionali del giudice di legittimità rispetto all'enunciazione del principio di diritto secondo cui l'operatività dell'art. 603-*bis* c.p. sarebbe limitata alle sole prestazioni di lavoro “manuali”. Tale inedita interpretazione, escludendo dal tipo le prestazioni di lavoro intellettuali, avrebbe un impatto significativo nell'applicazione nel delitto di sfruttamento del lavoro nella prassi.

**2.1.** La Corte si sofferma appunto su un aspetto che, anche se non sollevato dalla difesa, porta ad escludere la sussistenza della fattispecie ipotizzata dalla pubblica accusa, ossia la possibilità di configurare il reato previsto e punito dall'art. 603-*bis* c.p. in relazione ai rapporti contrattuali ed al tipo di attività lavorativa descritta nel capo di imputazione. Si pone l'accento innanzitutto sulla genesi della norma, introdotta con un decreto-legge (art. 12 D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito poi dalla I. 14 settembre 2011, n. 148) in risposta all'allarmante fenomeno del caporalato agricolo soprattutto nelle campagne meridionali<sup>2</sup>. La norma, che inizialmente reprimereva solo la condotta del “caporale”, è stata poi ampliata e ristrutturata per ricomprendervi altresì le condotte riconducibili indiscutibilmente al datore di lavoro, ossia chi direttamente “utilizza, assume o impiega manodopera, sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. pen., sez. II, n. 43662 18 settembre- 28 novembre 2024, p. 5.

<sup>2</sup> È stata introdotta con il d.l. n. 138 del 13 agosto 2011, conv. in legge n. 148 del 14 settembre 2011 a fronte della crescente consapevolezza del problema sociale esistente a seguito del noto sciopero di Nardò del 2011, la prima rivolta dei braccianti agricoli contro lo sfruttamento guidata da Yvan Sagnet, che ha contribuito all'emersione del fenomeno, cfr. A. BONANNO – J. S. B. CAVALCANTI, *Sulla pelle viva. Nardò: la lotta autorganizzata dei braccianti immigrati*, Roma, 2012.

<sup>3</sup> È stata poi riformata con l. n. 199 del 29 ottobre 2016. Ripercorrono l'iter legislativo Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 2021, n. 45615 e Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 2021, n. 7861, cit. in *questa Rivista* con nota di F.

2.2. Ciò posto, la Corte afferma che la norma non può essere “estesa” per punire fattispecie originariamente non ipotizzate dal legislatore. Vi ostano “non tanto il divieto di interpretazione analogica nel settore penale, quanto la collocazione della disposizione ed il testo stesso della norma”. Si evidenzia a tal riguardo che la disposizione è stata introdotta da una legge mirata al “contrasto ai fenomeni...dello sfruttamento del lavoro in agricoltura” ed è inserita in un tessuto normativo costituito da reati come la riduzione in schiavitù, la tratta di persone, il traffico di organi prelevati da persone vive (oltre che prostituzione e pornografia minorile), vale a dire reati che colpiscono, su una scala elevatissima, la “personalità” individuale, fino al punto di annullarla.

2.3. Si aggiunge poi un “appiglio semantico” a conferma di tale lettura. A parere della Corte, sarebbe soprattutto il dato testuale a precludere l’applicazione della norma a categorie di lavoro che avvalendosi di prestazioni intellettuali, esulano in radice dalla categoria dei lavori manuali, siano essi in ambito agricolo o artigianale o industriale. La norma, infatti, si riferisce al reclutamento o all’utilizzazione di ‘manodopera’, termine semanticamente legato alla manualità e generalmente alla prestazione di lavoro privo di qualificazione, “nome collettivo all’interno del quale l’individuo e le sue capacità perdono significato a fronte della potenzialità produttiva che il gruppo di lavoratori può esprimere”. Tali caratteristiche si ritengono secondo i giudici di legittimità radicalmente estranee al lavoro intellettuale, tanto se esercitato in forma subordinata quanto nella libera professione, “poiché l’intelletto ed il suo uso costituiscono elemento identitario ed individualizzante che non può essere svilito, disperdendolo nella categoria generica della manodopera”.

3. Infine, la Corte ribadisce la necessità di una puntuale verifica degli elementi costitutivi, non parendo affatto sussistenti nella fattispecie concreta le condizioni di sfruttamento e l’approfittamento dello stato di bisogno.

3.1. Quanto allo sfruttamento dei lavoratori, la Cassazione ritiene che il Tribunale avrebbe dovuto verificare, alla luce dell’orario giornaliero estremamente contenuto svolto da ciascuno degli assunti, e alla rilevanza – ai fini del calcolo del punteggio per le graduatorie dei docenti – non delle ore di servizio ma delle giornate lavorative, se la sottoscrizione dei contratti non corrispondesse ad una scelta di opportunità dei singoli docenti, attratti dalla prospettiva di acquisire punteggio a fronte di un impegno lavorativo minimale, “se non simulato”.

3.2. Quanto all’approfittamento dello stato di bisogno, si considera il rilievo del ricorrente secondo cui la generica considerazione sociologica sulla paventata crisi economica ed occupazionale del territorio sarebbe un argomento eccessivamente vago,

---

VITARELLI, [La Cassazione sull’ambito di operatività del delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro \(art. 603 bis c.p.\)](#), 5 aprile 2022.

atteso che la crisi occupazionale è situazione “tipica dell’intera società statale”, a differenza dello stato di bisogno che, invece, deve riferirsi al singolo lavoratore.

3.3. Sarebbe dunque mancata una seria analisi degli elementi costitutivi della fattispecie, sia delle condizioni di sfruttamento che dell’approfittamento dello stato di bisogno, tanto in linea generale che in relazione a ciascun lavoratore in particolare.

\*\*\*

4. Al di là della fondatezza del ricorso nel caso di specie sul piano della carenza motivazionale, l’annullamento senza rinvio in relazione al reato ex art. 603-bis c.p. e il relativo il principio di diritto espresso dalla Corte, che esclude categoricamente dalla tutela penale contro lo sfruttamento del lavoro la prestazione di lavoro “intellettuale”, a qualsiasi condizione venga erogata, si espone ad alcune note critiche.

4.1. Quanto all’ambito di operatività della fattispecie, la premessa sui cui fa leva la Corte, secondo cui il contesto di riferimento originario sarebbe quello agricolo, risulta fuorviante, considerato che la norma è stata ampiamente applicata in diversi settori produttivi<sup>4</sup>. D’altronde, il legislatore esprime, attraverso la fattispecie, un tipo criminoso che può ricomprendere anche ipotesi non originariamente contemplate, nei limiti dell’interpretazione estensiva<sup>5</sup>.

4.2. Quanto alla collocazione sistematica, che a parere dei giudici di legittimità potrebbe far propendere per l’esclusione di condotte riconducibili allo sfruttamento del lavoro intellettuale, è vero che la fattispecie si inserisce all’interno della I sezione del capo III (delitti contro la libertà individuale) del codice penale, che si occupa dei delitti contro la personalità individuale e si apre con il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, ma la differenza cardine rispetto al “limitrofo” art. 600 c.p. è proprio che in questo caso non viene annichilita la volontà della persona, che sceglie liberamente di prestare il proprio lavoro in condizioni di sfruttamento (altrimenti si ricadrebbe proprio nell’ipotesi più grave di lavoro forzato ex art. 600 c.p.)<sup>6</sup>. Il bene giuridico tutelato

---

<sup>4</sup> Sull’ambito applicativo della fattispecie v. i contributi monografici di A. DIMARTINO, *Sfruttamento del lavoro. Il valore del contesto nella definizione del reato*, Bologna, 2019; A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e del caporalato dai braccianti ai riders*, Torino, 2020; A. LUCIFORA, *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del “tipo” tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Torino, 2024.

<sup>5</sup> Il tipo criminoso dell’art. 603-bis c.p. emerge attraverso gli indici di sfruttamento: «Il disvalore del reato s’impenna sull’esistenza di un elemento di contesto (le condizioni di sfruttamento) a sua volta indiziato da varie circostanze di fatto che, per l’appunto, quel contesto concorrono a definire». Così A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell’art. 603-bis c.p.*, p. 15 ss. e in part. p. 11.

<sup>6</sup> Sul rapporto tra le due fattispecie v. S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società “civile”: il reato di sfruttamento del lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2021, p. 142; G. MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, in *Giur. it.*, 7/2018, 1703 ss.

è quindi la dignità del lavoratore ex art. 4 e 36 della Costituzione<sup>7</sup>, come tale da intendersi qualsiasi soggetto che venga sottoposto a condizioni di sfruttamento approfittando dello stato di bisogno in cui versa, coerentemente con gli art. 2 e 3 Cost.

4.3. Quanto al dato testuale, per cui la norma si riferisce al reclutamento o all'utilizzazione di "manodopera", termine semanticamente legato alla manualità e "generalmente" alla prestazione di lavoro privo di qualificazione, si tratta di un nome collettivo all'interno del quale l'individuo e le sue capacità "perdono significato a fronte della potenzialità produttiva che il gruppo di lavoratori può esprimere". Tale caratteristica, secondo la Corte, sarebbe estranea al lavoro intellettuale, tanto se esercitato in forma subordinata quanto nella libera professione, poiché "l'intelletto ed il suo uso costituiscono elemento identitario ed individualizzante che non può essere svilito, disperdendolo nella categoria generica della manodopera". Al riguardo, lungi dal voler operare un'inammissibile analogia *in malam partem*, occorre nondimeno considerare il significato che assume oggi il concetto, soprattutto nel suo uso 'scientifico'<sup>8</sup>.

4.3.1. Il concetto di manodopera, nella sua nozione scientifica, viene inteso come forza-lavoro che nel rapporto di lavoro subordinato si contrappone al capitale e può quindi ricomprendere sia il lavoratore manuale sia intellettuale<sup>9</sup>. L'evoluzione del diritto

---

<sup>7</sup> Così Cass. pen., sez. IV, 11/11/2021, n. 45615, p. 11 ma v. anche Cass. pen., sez. IV, 11/11/2021, n. 7861, p. 6. Già in dottrina si evidenziava che tale norma, pur avendo ad oggetto rapporti di lavoro, non può essere catalogata come "norma di diritto penale del lavoro", ma sarebbe forse da ascrivere alla tutela delle "precondizioni essenziali per l'operatività di tutte le disposizioni di diritto penale del lavoro", in quanto assurge a baluardo di elementari condizioni di dignità senza il rispetto delle quali non soltanto un rapporto di lavoro non potrebbe essere considerato lecito, ma in realtà non sarebbe neppure propriamente tale, costituendo invece per l'appunto uno "sfruttamento": in questi termini A. DI MARTINO, *La nuova disciplina del cd. Caporalato*, in *Treccani Diritto – Diritto penale parte speciale – Delitti contro la persona 3.2.1.*, ottobre 2017, p.6.

<sup>8</sup> Cfr. per l'utilizzo corrente del termine manodopera si vedano: [voce manodopera, vocabolario Treccani](#): 1. Il complesso delle persone che prestano lavoro subordinato in uno o più settori di attività produttiva: *la m. occupata in Italia*; *m. qualificata*, lavoratori che hanno una specializzazione professionale; *m. non qualificata*, lavoratori non specializzati. 2. Il lavoro umano, considerato come elemento fondamentale del processo produttivo, spec. in relazione al suo costo e in contrapposizione al capitale; [voce manodopera dizionario internazionale](#): 1. AD (alta disponibilità) l'insieme degli operai, dei manovali, degli addetti ai lavori manuali che compiono un lavoro subordinato in uno o più settori di attività produttiva: scarsità di manodopera, manodopera specializzata; 2. BU (basso uso) lavoro manuale, lavorazione | collaborazione; 3. AD TS (tecnico scientifico economico): il lavoro umano, che costituisce uno degli elementi principali dell'attività produttiva, considerato spec. in riferimento al suo costo e contrapposto al capitale: l'incidenza della manodopera sulla produzione, il costo della manodopera.

<sup>9</sup> Nel merito, l'art. 2094 c.c. identifica il prestatore di lavoro subordinato in colui che si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore. Si pone in alternativa rispetto al lavoro autonomo, nel cui ambito vi è una distinzione tra opera manuale ex art. 2222 c.c., che riguarda chi si obbliga a compiere, dietro corrispettivo, un'opera o un servizio con lavoro prevalentemente proprio, senza vincolo di subordinazione, né potere di coordinamento del committente in via del tutto occasionale, e opera intellettuale ex art. 2230, che è regolata dalle norme sul contratto d'opera in quanto compatibili, con alcune specificità (v. ad es. art.

del lavoro ha portato ad una progressiva equiparazione del lavoro “operaio” e “impiegatizio”, verso una “ricomposizione unitaria” della categoria del rapporto di lavoro subordinato<sup>10</sup>. D'altronde, è difficile oggi sostenere che la prestazione intellettuale nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato presenti ancora “le caratteristiche dell'unicità e dell'infungibilità” cui fa riferimento la Corte, che attengono semmai al lavoro autonomo.

**4.3.2.** Occorre a questo punto interrogarsi sul concetto di manodopera quale parametro di qualificazione rilevante in ambito penale ex art. 603-bis c.p., considerando l'alternativa tra concetto normativo della fattispecie e concetto penalistico autonomo. A tal fine, è utile richiamare la distinzione concettuale tra *accessorietà in senso «strutturale»* ed *accessorietà in senso «tipologico»* o *«funzionale»*<sup>11</sup>, da cui discendono due differenti situazioni (e interpretazioni). Con *accessorietà “tipologica”* si intende la situazione in cui il parametro di qualificazione contribuisce a definire il tipo criminoso; con *accessorietà “strutturale”* si intende la situazione in cui il parametro di qualificazione richiama il contenuto integrale proprio della fonte di provenienza. In linea generale, le alternative individuate in dottrina sono tre<sup>12</sup>: (i) che queste due situazioni coincidano; (ii) che una norma penale, per quanto accessoria in senso tipologico, non lo sia in senso strutturale, conservi cioè una sua autonomia che – in particolare – la rende refrattaria alle vicende degli istituti extra-penalici presupposti; (iii) che la norma penale sia accessoria in senso strutturale ma non lo sia in senso tipologico: ciò accade quando essa richiami nozioni desumibili dal diritto civile, ma il rinvio è generico, cioè non opera selezionando specifiche disposizioni dalle quali si possa trarre univocamente il tipo criminoso<sup>13</sup>.

---

2236 c.c.).

<sup>10</sup> Per una ricostruzione v. B. FIORAI, voce *Manodopera (nozione di)* in *Enc. Giur.*, Vol. XXV, Milano 1975. Sul rapporto di lavoro subordinato cfr. anche M. V. BALLESTRERO, G. DE SIMONE, *Diritto del lavoro*, Torino, 2019, p. 117 ss.

<sup>11</sup> Sul punto A. DI MARTINO, *Diritto penale e “crediti da crisi familiare”*. *Accessorietà della tutela fra assetti consolidati e recenti modifiche normative*, in AA. VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, p. 835 ss.

<sup>12</sup> Cfr. A. DI MARTINO, *Diritto penale e “crediti da crisi familiare”*, cit., p. 835 ss., l'A. riporta rispettivamente come tre esempi: (i) l'art. 12 *sexies*, L. 898/1970: «al coniuge che si sottrae all'obbligo di corresponsione dell'assegno dovuto a norma degli articoli 5 e 6 della presente legge si applicano le pene previste dall'art. 570 del codice penale»; (ii) l'art. 570, co. 1, c.p.: «chiunque, abbandonando il domicilio domestico, o comunque serbandone una condotta contraria all'ordine o alla morale delle famiglie, si sottrae agli obblighi di assistenza inerenti alla responsabilità genitoriale, alla tutela legale o alla qualità di coniuge, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa da centotré euro a milletré euro»; (iii) l'altruità della cosa nei delitti di aggressione unilaterale es. art. 624 c.p.: «Chiunque s'impadronisce della cosa mobile altrui, sottraendola a chi la detiene, al fine di trarne profitto per sé o per altri, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 154 a euro».

<sup>13</sup> Sul concetto di tipo criminoso si rimanda all'elaborazione dogmatica cui fa riferimento F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, spec. VII ed., 2018, p. 82, secondo cui ogni elemento di descrizione della fattispecie concorre in modo essenziale alla individuazione di un determinato contenuto di disvalore del reato. Il contenuto di disvalore non emerge dalla espressione verbale della previsione legislativa, costituendo piuttosto lo sfondo o il nucleo valutativo che il legislatore porta alla luce mediante la fattispecie criminosa astratta. Cfr. anche *ex alia*, Id., voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, VII, 1993, p. 346 ss.; Id., *Orientamenti dottrinali ed effettività*

**4.3.3.** Fatta tale doverosa precisazione, si prospettano nel caso di specie due percorsi interpretativi che – come detto – possono anche coincidere: (i) la “manodopera” è un concetto normativo, che si pone in termini di “accessorietà strutturale” rispetto all’elemento tipico (*i.e.* lo sfruttamento), il cui significato scientifico, come detto, è riconducibile alla forza lavoro, venuta meno in ambito lavoristico qualsiasi distinzione tra operai e impiegati in favore di una “categorizzazione unica”, che dà esclusivamente rilievo al rapporto di lavoro subordinato come alternativo al rapporto di lavoro autonomo; (ii) la “manodopera” è un concetto penalistico dotato di una propria autonomia, rilevante esclusivamente in termini di “accessorietà tipologica”<sup>14</sup> rispetto all’elemento costitutivo (*i.e.* lo sfruttamento). In questo caso, anche attraverso gli indicatori del comma 3<sup>15</sup>, è possibile ricostruire un contenuto tipologico che ricomprende nell’ambito applicativo della fattispecie qualsiasi rapporto di lavoro –

---

*giurisprudenziale del principio di determinatezza-tassatività in materia penale*, in questa *Rivista*, 1991, p. 335 ss.; Id., *Il principio di determinatezza*, cit., spec. pp. 279 ss., 339 ss. V. di recente sul tema anche R. BARTOLI, *Le garanzie della “nuova” legalità*, in questa *Rivista*, 3/2020.

<sup>14</sup> Cfr. per lo stesso ragionamento in riferimento al concetto di intermediazione ex art. 603-bis c.p., A. DI MARTINO, *“Caporalato” e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont.*, in *Riv. trim.*, 2/2015, p. 116, che ha così sostenuto la punibilità del datore di lavoro già prima della riforma del 2016: «Cosa si deve intendere allora per “intermediazione” ai sensi dell’art. 603-bis? Si tratta di un concetto normativo giuridico che rinvia alla disciplina extra-penale (privatistica in senso stretto o gius-lavoristica ch’essa sia), oppure di un concetto specificamente penalistico, da determinare in relazione agli altri elementi di fattispecie? Sembra che si possa propendere per la seconda soluzione; non ha senso, infatti, neppure parlare di intermediazione civilistica (seppur illecita perché non autorizzata), dato che la caratteristica essenziale dello sfruttamento colloca di per sé l’attività organizzata del tutto al di fuori di un quadro di liceità per l’ordinamento giuridico. L’intermediazione, una volta chiarito nei termini poc’anzi espressi quale sia la condotta tipica, non è dunque una condotta ma una nota modale o, più propriamente, è la ‘denominazione’ penalistica di questa attività organizzata di reclutamento ed organizzazione dello sfruttamento in attività lavorativa, che chiarisce come il reclutamento e l’organizzazione siano le forme della relazione istituita fra lavoratori e datori di lavoro nell’ambito di un’organizzazione (di un’attività organizzata). Reclutamento ed organizzazione dell’attività lavorativa sono in sostanza le modalità tipiche in cui si concretizza l’intermediazione quale attività organizzata, la quale di per sé non ha un’autonoma consistenza materiale. Così ricostruita, la fattispecie sarebbe *naturaliter* riferibile anche al datore di lavoro: quando rispetto alla sua attività organizzata d’impresa prendano corpo quelle attività che la fattispecie considera come intermediazione, egli ne risponde come autore».

<sup>15</sup> Art. 603-bis, comma 3, c.p.: «Ai fini del presente articolo, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni: 1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la reiterata violazione della normativa relativa all’orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all’aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti». Sul tema in dottrina v. A. DI MARTINO, *Tipicità di contesto. A proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell’art. 603-bis c.p.*, cit., che ne parla in termini di orientamento probatorio per il giudice, ma v. anche S. FIORE, *(Dignità degli) uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di A.M. Stile*, Napoli 2013, p. 886 ss. secondo cui la tipizzazione attraverso i suddetti indici avvenga attraverso la selezione di ambiti probatori predefiniti.

manuale o intellettuale – in cui la persona viene trattata in modo fungibile<sup>16</sup> e incompatibile con la dignità umana. L'unico discrimine sarebbe dunque il rapporto di subordinazione. Peraltro, come emerge dalla recente giurisprudenza sullo sfruttamento dei *riders*, è sufficiente che sia un rapporto di subordinazione “di fatto”, anche se qualificato altrimenti<sup>17</sup>.

5. Pur condividendo la necessità, evidenziata dalla Corte, che entrambi gli elementi costitutivi siano oggetto di autonoma e specifica prova<sup>18</sup>, questo non comporta la categorica esclusione, in linea di principio, della configurabilità del delitto ex art. 603-*bis* c.p. rispetto alla prestazione intellettuale; anche in tale contesto lavorativo, infatti, è possibile riconoscere la tipicità della fattispecie, purché vi sia riscontro delle condizioni di sfruttamento e dell'approfittamento dello stato di bisogno<sup>19</sup>. Quest'ultimo requisito, in particolare, come afferma la Corte, non può riferirsi al “generale contesto di crisi occupazionale”<sup>20</sup>, ma è la condotta di chi prospetta condizioni di lavoro particolarmente svantaggiose nella consapevolezza della situazione di grave difficoltà anche temporanea in cui si trova il singolo lavoratore<sup>21</sup>.

---

<sup>16</sup> Ci sono, peraltro, anche i casi in cui nel rapporto subordinato intellettuale si richiedono anche mansioni manuali, come rileva già F. RIBOLDI, *Inapplicabilità dell'art. 603 bis c.p. al lavoro intellettuale: una chiara presa di posizione della Corte di cassazione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 12/2024.

<sup>17</sup> Sul punto si consenta il rinvio a F. VITARELLI, *Lo sfruttamento del lavoro dei “riders” tra prevenzione e repressione*, in *Le Società*, 1/2023, 83 ss., ma v. anche P. BRAMBILLA, [Il reato di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo al banco di prova della prassi: spunti di riflessione sui confini applicativi della fattispecie alla luce della prima condanna per caporalato digitale nel caso Uber](#), in questa *Rivista*, 31 marzo 2022.

<sup>18</sup> Necessità già manifestata nelle applicazioni giurisprudenziali al c.d. caporalato digitale. Nella prima giurisprudenza sul 603-*bis*, c.p. che trovava applicazione in contesti agricoli in cui le vittime di reato erano spesso migranti in condizioni disperate, non a caso si tendeva a dare per presunto l'approfittamento dello stato di bisogno, v. Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 2021, n. 45615 e Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 2021, n. 7861, cit.

<sup>19</sup> Peraltro, sul punto autorevole dottrina ha già sottolineato, rispetto agli *stage*, che si potrebbe ritenere integrata la condizione di sfruttamento, ma *solitamente* non sarebbe riscontrabile lo stato di bisogno: «Si pensi al variegato mondo degli *stage*, oggi così diffuso per il profitto che ne deriva ai datori di lavoro, per la soddisfazione morale che ne ricavano i giovani fruitori e per l'immagine positiva che ne discende per le statistiche nazionali in tema di occupazione; oppure si pensi alla pratica professionale dei neolaureati o, mutando registro, si ipotizzi il caso del ragazzo che accetta un lavoro duro e malpagato (ad es., le consegne a domicilio in bicicletta) per finanziare le proprie vacanze estive. Che in particolari situazioni lo *stage*, il praticantato e il lavoro di consegna a domicilio, al di là della forma giuridica del relativo rapporto istaurato con il dante causa, possano dà vita a forme di sfruttamento è evidente, ma solitamente il prestatore d'opera, per quanto possa avere bisogno di imparare o di guadagnare, non si trova in uno stato di bisogno», così S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società “civile”*, cit., p. 142.

<sup>20</sup> In giurisprudenza si è inteso l'approfittamento dello stato di bisogno come la condotta di chi consapevolmente prospetta condizioni di lavoro in termini di sfruttamento ad un soggetto del quale si conosce la situazione di “alternativa bloccata” fra accettare quelle condizioni e non lavorare e dunque trovarsi in situazione di grave difficoltà, anche temporanea, che induce ad accettare delle situazioni di lavoro particolarmente svantaggiose. Cfr. Cass. Pen., 16 marzo 2021, n. 24441.

<sup>21</sup> Sul punto A. DI MARTINO, *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Arch. pen.*, 1/2019, secondo cui occorre un riscontro oggettivo di una condotta di abuso diversa e ulteriore rispetto alle condizioni di sfruttamento con la consapevolezza da parte dello sfruttatore delle condizioni di “alternativa bloccata” tra

6. Infine, si consenta un'ultima notazione sul rapporto con la fattispecie di estorsione, rispetto al quale la Corte non si è pronunciata, ritenendo assorbita la questione sulla sussistenza di un concorso di norme ex art. 15 c.p. A differenza di quanto sostenuto dalla difesa, non si può escludere *a priori* il concorso di reati, tenendo conto dell'alterità sia sul piano del confronto strutturale, dato che le norme si pongono in rapporto di specialità bilaterale reciproca per aggiunta, sia sul piano tipologico, considerando tanto il bene giuridico tutelato – la prima, volge a tutelare il patrimonio e l'autodeterminazione individuale, la seconda tutela la dignità del lavoratore –, quanto la normale concatenazione dei fatti – solo episodicamente, infatti, le due condotte si presentano congiuntamente<sup>22</sup>.

7. In conclusione, coerentemente con le indicazioni che provengono dalle fonti sovranazionali<sup>23</sup>, si ritiene che l'art. 603-*bis* c.p. possa trovare applicazione in relazione a qualsiasi prestazione lavorativa, manuale o intellettuale che sia, con l'unico elemento discriminante costituito dal rapporto di subordinazione (anche 'di fatto'). La prestazione intellettuale non sarebbe dunque di per sé 'fuori dal tipo'. A prescindere dalla prestazione svolta da chi viene eventualmente sfruttato, ciò che rileva sono le modalità concrete dello sfruttamento, corredate dalla necessaria prova dell'appropriamento dello stato di bisogno. Sono condizioni che possono manifestarsi in qualsiasi contesto economico purché, come la stessa Corte evidenzia, entrambi gli elementi costitutivi siano oggetto di autonoma e specifica prova<sup>24</sup>.

---

lavorare sfruttati e non lavorare; v. anche S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società "civile"*, cit., p. 140, secondo cui lo stato di bisogno va inteso come una condizione di forte assillo economico, certo meno pressante dello stato di necessità, ma in ogni caso tale da rendere la vittima particolarmente vulnerabile, privandola di ogni libertà contrattuale al punto che il suo sfruttamento non postula necessariamente l'uso di violenza o minaccia.

<sup>22</sup> Ci pare che anche i più recenti approdi dottrinali di tipo sostanzialistico porterebbero comunque a escludere, in questo caso, il concorso apparente di norme in favore del riconoscimento del concorso di reati: cfr. in particolare M. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Torino, 2023, p. 519 ss., che riconosce la sostanziale correttezza del "modello ermeneutico" spesso adottato dalla giurisprudenza allo scopo di risolvere le problematiche concorsuali, in quanto il parametro del "tipo penale" rappresenta un'applicazione del principio di *ne bis in idem* sostanziale: è sempre il divieto di reiterare il medesimo giudizio di disvalore a determinare la unità o la pluralità di illeciti. Lo slittamento del giudizio sul piano valoriale – pur adottando un approccio strutturale – è rintracciabile anche nelle SS. UU. Stalla, Cass., Sez. Un., 28 aprile 2017, n. 20664, Stalla, in Mass. CED Cass., Rv. 269667.

<sup>23</sup> Sul punto v. in particolare la Convenzione ILO n. 29/1930, seppur riferita alle forme più gravi di lavoro forzato: L'articolo 2, paragrafo 1, definisce il "lavoro forzato o obbligatorio" come "qualsiasi lavoro o servizio che viene richiesto a una persona sotto la minaccia di una sanzione e per il quale la persona stessa non si è offerta di lavorare per il quale la persona in questione non si è offerta volontariamente". La Convenzione si applica dunque a tutti i lavoratori del settore pubblico e privato, lavoratori migranti, lavoratori domestici e lavoratori dell'economia informale.

<sup>24</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 11 dicembre 2021, n. 7861, in [questa Rivista](#), 5 aprile 2022, cit.. Sul punto in dottrina v. in particolare, A. DI MARTINO, *Stato di bisogno*, cit.



**UNA FOTOGRAFIA DELLE INDEGNE CONDIZIONI PRESENTI  
NELLE CARCERI ITALIANE IN UNA ORDINANZA  
DEL MAGISTRATO DI SORVEGLIANZA DI FIRENZE  
A SEGUITO DI RECLAMO EX ART. 35 BIS O.P.**

*Magistrato di Sorveglianza di Firenze, ord. 22 maggio 2024, Giud. Raimondo*

di Candida Mistrorigo

1. Segnaliamo in allegato un'interessante ordinanza del magistrato di sorveglianza presso il Tribunale di Firenze in tema di reclamo *ex art. 35-bis* o.p. Nel caso di specie, risalente al marzo 2024, un detenuto presso la casa circondariale di Sollicciano aveva presentato reclamo in merito alle condizioni in cui si trovava recluso. L'ordinanza in esame pone rilievo all'esperibilità dei rimedi di cui agli artt. 35-*bis* e 35-*ter* o.p. non solo per ovviare a situazioni determinate dal sovraffollamento carcerario, ma anche quali strumenti per contrastare alcune condizioni di detenzione particolarmente indecorose e – secondo il giudice di sorveglianza – costituenti una violazione qualora siano “inumane e degradanti”, anche ai sensi dell'art. 3 Cedu.

2. Nel reclamo si descriveva una generale inadeguatezza del luogo di detenzione (in particolare della cella), in cui, *in primis*, le pareti e il soffitto delle camere e delle docce presentavano macchie di umidità e muffa derivanti da infiltrazioni di acqua<sup>1</sup>. Il ricorrente lamentava altresì la presenza di roditori, parassiti e insetti (topi, pidocchi, zecche e cimici dei letti) nella camera, il cui servizio igienico presentava problematiche di contaminazione (non essendoci spazio sufficiente a separare l'area cucina dal servizio igienico) e l'assenza di acqua calda. Venivano allegati, oltre alla documentazione medica, gli esiti del sopralluogo effettuato da parte degli operatori dell'Asl locale in cui si confermava la presenza di importanti problematiche igienico-manutentive e si chiedeva al magistrato competente, ai sensi degli artt. 35-*bis* e 69 co. 6, lett. b o.p., di valutare la sussistenza di una violazione e limitazione dei diritti del detenuto e, in tal caso, di porre fine alla stessa, assicurando il ripristino della salubrità degli ambienti di pernottamento e di quelli deputati all'igiene personale.

3. Il ricorso è stato accolto. Il magistrato ha tenuto conto degli esiti della perizia allegata al ricorso – che evidenziava importanti problematiche igienico

---

<sup>1</sup> Tali infiltrazioni comportavano distacchi di intonaco sia nelle singole celle sia nelle varie sezioni e anche negli spazi in comune. – Cfr. p. 2 della ordinanza in commento.

manutentive – correlate alle infiltrazioni di acqua in molte zone a comune all’interno delle sezioni e nelle singole sezioni<sup>2</sup>. Dall’ordinanza emergeva altresì come la situazione dell’istituto di Sollicciano fosse già nota ai magistrati del Tribunale di Sorveglianza di Firenze, anche a seguito di ingressi presso la struttura.

Nella relazione richiesta per il procedimento in oggetto, l’istituto penitenziario aveva prodotto una relazione dell’Ufficio Tecnico che aveva confermato la necessità di interventi di manutenzione straordinaria all’interno dell’istituto penitenziario, in particolare per le infiltrazioni di acqua. Tali interventi, gestiti dal DAP, si erano però fermati nel febbraio 2023<sup>3</sup>. La relazione, d’altra parte, sembra ridimensionare la gravità di altre problematiche (sempre inerenti alla salubrità degli ambienti all’interno dell’istituto): sulla contaminazione del cibo correlata alla presenza dei servizi igienici all’interno delle celle, veniva segnalato che le camere erano dotate di ventilatori a parete. In merito all’assenza di acqua calda nei servizi igienici in camera, si sottolineava che essa risulta presente nei locali docce a cui i detenuti potevano fruire quotidianamente. Veniva confermata poi la possibilità di malfunzionamento del riscaldamento e dell’acqua calda, ma si sottolineava come tali servizi fossero appaltati a diverse società che intervenivano tempestivamente. L’istituto segnalava altresì che, per la presenza (riconosciuta) gli insetti nelle camere, veniva fatta eseguire periodicamente una disinfestazione della struttura.

In definitiva, il magistrato di sorveglianza conclude affermando che le condizioni del carcere di Sollicciano *“possono considerarsi severamente critiche”* e che tali interventi, necessari per il ripristino di minime condizioni di vivibilità, *“devono ritenersi assolutamente indispensabili, non sospensibili e non più ulteriormente rinviabili”*. Ad ogni modo, non tutte le doglianze vengono ritenute violazioni di diritti del reclamante, quali ad esempio il mancato cambio delle lenzuola (di cui non vi è prova), la presenza del servizio igienico all’interno della camera di pernottamento<sup>4</sup>, la conformazione delle aree per i passeggi<sup>5</sup> e la mancanza di acqua calda nella camera. Su quest’ultimo punto il giudice, oltre a rilevare che tale circostanza risulta *“pacifica nel carcere di Sollicciano”*, *a fortiori* sottolinea che secondo la giurisprudenza – sia italiana sia sovranazionale – tale situazione comporti un *“mero disagio”*, tenuto altresì conto della possibilità di disporre dell’acqua calda non direttamente nella propria stanza ma nei locali docce con cadenza quotidiana<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> *“L’intero edificio è affetto da gravissime problematiche più volte segnalate ed evidenziate. Tra le più rilevanti (evidenziate in molti reparti) vi è la presenza frequente di acqua a terra, muffa sulle pareti delle docce e nei locali comuni, cimici nei letti, vecchie sfogliature di intonaco in attesa di ripristino su pareti e soffitto (dovute per lo più a pregresse infiltrazioni di acqua piovana)”*. Si sottolinea, inoltre, che le carenze di carattere strutturale che affliggono l’istituto hanno portato all’inagibilità della seconda cucina dell’istituto, inaugurata nel 2020 e già non utilizzabile. – p. 2 della ordinanza in commento.

<sup>3</sup> V. ordinanza in commento, pp. 2-3.

<sup>4</sup> Per il magistrato, essendo esso dotato di porta e del tutto separato dalla stanza, non si ravvisa alcuna violazione.

<sup>5</sup> I quali *“certamente potranno in un futuro essere migliorati”* ma che sono dotati di zone anche coperte a protezione degli eventi atmosferici. – p. 2 della ordinanza in commento.

<sup>6</sup> V. p. 2 della ordinanza in commento.

Nell'ordinanza il magistrato aggiunge altresì che l'inadeguatezza degli spazi – la quale *“incide in maniera preoccupante, con conseguenti costi sanitari e non solo”* – costituisce potenzialmente presupposto per il risarcimento, anche a carattere pecuniario, di cui all'art. 35-ter<sup>7</sup> o.p.

Da ultimo, nell'ordinanza il magistrato ordina all'Amministrazione Penitenziaria l'immediata ripresa degli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria già nuovi o già programmati entro il termine di 60 giorni dalla comunicazione dell'ordinanza. Il giudice ordina altresì di provvedere ad una adeguata disinfestazione dei locali. Si indica poi che, in caso di inerzia dell'amministrazione, il reclamante dovrà essere trasferito *“in diverso istituto ove siano garantite le minime condizioni di vivibilità”*<sup>8</sup>.

4. L'ordinanza in esame sottolinea, ancora una volta, la situazione di grave disagio in cui vertono le carceri italiane, tra sovraffollamento, rischio suicidario e carenze strutturali<sup>9</sup>. Il magistrato di sorveglianza riconosce le carenze igienico-manutentive del Carcere di Solliciano quali violazioni del *“diritto alla salute e del diritto ad una detenzione rispettosa del senso di umanità e della propria dignità”*<sup>10</sup>.

In chiave critica, il caso in esame evidenzia la problematicità dell'individuazione delle posizioni giuridiche tutelabili<sup>11</sup> dall'art. 35-bis o.p. Non soffermandosi in questa sede sui requisiti di attualità<sup>12</sup> e gravità del pregiudizio<sup>13</sup>, il problema interpretativo rilevante per il caso in esame risulta l'individuazione delle posizioni giuridiche soggettive tutelabili<sup>14</sup>. Per tale individuazione, la giurisprudenza di legittimità si è

<sup>7</sup> Sempre in tale pagina si menziona che le *“annose problematiche circa le carenze igienico-manutentive”* dell'istituto sono già state rilevate e oggetto di provvedimenti giurisdizionali in sede di reclamo risarcitorio ex art. 35-ter o.p. emessi dalla magistratura di sorveglianza locale. – V. ordinanza in commento, p. 5.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 6.

<sup>9</sup> Si segnala l'ultimo [rapporto](#) della Associazione Antigone sul tema. Toccante la testimonianza di due detenuti del carcere di Brescia, pubblicata su Sistema Penale – *Dai detenuti una lettera straziante e una detenzione dal carcere*, 17 agosto 2024, in questa [Rivista](#).

<sup>10</sup> V. ordinanza in commento, p. 4.

<sup>11</sup> Come altresì sottolineato da A. DELLA BELLA, *Emergenza carceri e sistema penale: i decreti legge del 2013 e la sentenza della Corte cost. n. 32/2014: aggiornato al D.L. 20 marzo 2014, n. 36*, Giappichelli, 2014, p. 137 ss.

<sup>12</sup> Il requisito vale ad escludere dall'area dei reclami ammissibili i casi in cui il detenuto lamenti una violazione subita in passato e non più in atto, oppure i casi in cui si voglia prevenire una possibile violazione futura. – A. DELLA BELLA, *cit.*, p. 139

<sup>13</sup> La dottrina si è soffermata sul requisito della gravità, apparentemente indeterminato: già solo la violazione di un diritto del detenuto dovrebbe infatti essere considerata grave, essendo quindi giustificato un intervento da parte del magistrato di sorveglianza anche in caso di scarsa gravità. *A fortiori*, anche la nozione di gravità *ex se* sembra essere rimessa alla valutazione discrezionale del giudice: sembra necessario selezionare solo i casi di violazione più rilevanti anche alla luce delle scarse forze di cui ancora dispone la magistratura di sorveglianza. – A. DELLA BELLA, *cit.*, pp. 137-140 ss.; F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, M. BORTOLATO, *cit.*, p. 939. La situazione della magistratura di sorveglianza risulta, negli anni, peggiorata, come è emerso in un recente [workshop](#) organizzato presso l'Università degli Studi di Milano.

<sup>14</sup> Come è stato segnalato, l'art. 69 delimita l'area dei diritti tutelabili, onde evitare problematiche di competenza amministrativa o civile, *in primis* dal tenore letterale della disposizione secondo cui la violazione del diritto deve discendere dall'inosservanza di disposizioni previste dalla presente legge e dal

sempre rifatta alla distinzione tra diritti soggettivi e aspettative di mero fatto, per le quali si è ritenuto applicabile solo il reclamo *de plano ex art. 35*<sup>15</sup> o.p.

Nel caso di specie il giudice non ha riconosciuto il carattere di diritto ad alcune doglianze presentate nel reclamo. Ad esempio, non ha ritenuto che la doglianza sull'assenza dell'acqua calda nella stanza del ricorrente fosse una violazione di un diritto dello stesso, definendolo, secondo le pronunce della Corte di Cassazione, un "mero disagio" collegato a "contesti di vita intramuraria poco confortevoli o alla necessità di subire, per periodi non prolungati, disagi non previsti, né prevedibili" e non un trattamento inumano e degradante ai sensi dell'art. 3 CEDU<sup>16</sup>.

Ad ogni modo, per il riferimento alla giurisprudenza sovranazionale vanno tenuti in considerazione due aspetti. *In primis*, per valutare una violazione dell'art. 3, la Corte Edu utilizza quale criterio il superamento di una soglia minima di gravità, individuata caso per caso, in relazione a (i) le circostanze oggettive del fatto e (ii) le qualità soggettive della vittima<sup>17</sup>. In secondo luogo, ogni sentenza va interpretata in relazione ai fatti ai quali si riferisce e in tale ambito è la stessa giurisprudenza della Corte – proprio in ragione del carattere assoluto della proibizione di cui all'art. 3 – ad essere flessibile, in particolare in tema di condizioni detentive<sup>18</sup>.

Ulteriore aspetto rilevante riguarda l'ordine che il magistrato ha rivolto all'amministrazione penitenziaria per fare cessare la violazione. Il giudice, pur riconoscendo la necessità di risolvere le problematiche generali dell'istituto per poter fare cessare la violazione dei diritti del reclamante<sup>19</sup>, ordina – in subordine – di trasferire

relativo regolamento (quindi, derivanti dalla l. 26 luglio 1975 n. 354 sull'ordinamento penitenziario e il dpr 30 giugno 2000). Sulla capacità selettiva del criterio, è stato osservato che esso non sembra particolarmente stringente in considerazione della portata generalissima dei principi introduttivi della legge di ordinamento penitenziario. Tale distinzione appare chiara più nell'astratto che nel concreto, come dimostra la giurisprudenza: alcune situazioni a cui ha riconosciuto il rango di diritto in passato sono: il diritto ad avere colloqui visivi e telefonici, a non subire perquisizioni ingiustificate, ad incontrare un ministro di culto religioso; di contro, non è stato riconosciuto il rango di diritto – vendendosi quindi negata la tutela giurisdizionale – alla pretesa del detenuto di ricevere copie di un'istanza o della dotazione di acqua calda e docce all'interno delle celle.

– A. DELLA BELLA, *cit.*, pp. 137-138; F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, M. BORTOLATO, *Ordinamento penitenziario commentato* (6. Ed), Padova, 2019, p. 939.

<sup>15</sup> A. DELLA BELLA, *cit.*, p. 137.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. pen., sez. 1 penale, sentenza 11 aprile –24 settembre 2019, n. 39096.

<sup>17</sup> Cfr. F. CASIBBA - A. COLELLA, *Art. 3*, in G. UBERTIS-F. VIGANÒ (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, p. 79.

<sup>18</sup> "Il carattere assoluto della proibizione sancita dall'art. 3 Cedu impone invero all'interprete di ritenerne sussistente la violazione solo a fronte delle forme più gravi di mistreatments, onde evitare la "bagatellizzazione" della relativa tutela. La giurisprudenza di Strasburgo, tuttavia, si assesta di frequente su posizioni meno rigorose: esempi paradigmatici, oltre alle pronunce in tema di sovraffollamento carcerario, sono una sentenza in cui la Corte ha qualificato come trattamento degradante gli schiaffi inferti dalla polizia a due giovani trattenuti in commissariato, uno dei quali minorenne, e quelle in cui il giudice europeo ha ritenuto che l'effettuazione di una visita ginecologica in presenza di agenti uomini integrasse una condotta suscettibile di ricadere entro l'ambito applicativo della norma in commento" – F. CASIBBA - A. COLELLA, *Art. 3, cit.*, p. 80.

<sup>19</sup> "È invero impossibile assicurare al reclamante uti singulus il ripristino di una situazione di piena esecuzione non contraria al senso di umanità se non resolvendo a monte le problematiche generali che investono l'intero edificio sotto il profilo strutturale e igienico-manutentivo e dunque con interventi di manutenzione straordinaria di risanamento" –

quest'ultimo nel caso di inerzia dell'amministrazione "in caso di inerzia dell'amministrazione protrattasi oltre il termine [...] per assicurare il diritto primario del detenuto non resta che ordinarne il trasferimento in un diverso istituto ove siano garantite le minime condizioni di vivibilità". Secondo una prima osservazione, il trasferimento potrebbe risultare una soluzione eccentrica in un sistema in cui il sovraffollamento degli istituti penitenziari è endemico<sup>20</sup>. A nostro parere invece il magistrato di sorveglianza fa pressione sull'amministrazione penitenziaria per una risoluzione generale delle problematiche dell'istituto (primo ordine) tenuto altresì conto che, in un sistema in cui al momento risultano sovraffollati 137 istituti su un totale di 189<sup>21</sup>, risulterà difficile individuare un istituto in cui le "minime condizioni di vivibilità" potranno essere rispettate.

Da ultimo, la situazione descritta nell'ordinanza circa l'inadeguatezza degli spazi – come sottolineato dallo stesso magistrato – può rilevare anche in relazione ad il rimedio previsto all'art. 35-ter o.p., che inoltre risulta – sempre dal giudice – essere stato già utilizzato per ovviare alle problematiche circa le carenze igienico manutentive dell'istituto<sup>22</sup>. Lo strumento in esame – esperibile nel caso in cui il pregiudizio ai diritti del detenuto sussista per un periodo di tempo non inferiore a quindici giorni ed in condizioni di detenzione tali da violare l'art. 3 della CEDU – viene utilizzato frequentemente per fornire un rimedio compensativo (spesso sia di tipo economico sia in sconto di pena da espiare) al sovraffollamento degli istituti penitenziari. Il fatto che sia lo stesso magistrato a indicare le violazioni in esame quali potenzialmente rilevanti anche per il rimedio *de quo* è interessante, tenuto anche conto del fatto che la giurisprudenza sovranazionale ha rilevato violazioni dell'art. 3 Cedu non solo in relazione al sovraffollamento ma anche in relazione alle condizioni di vita all'interno della stessa, rilevando ad esempio la mancanza di luce naturale e di aerazione<sup>23</sup>, la luce artificiale e acqua potabile<sup>24</sup>, ma anche l'eccessivo calore o il troppo freddo<sup>25</sup>, la presenza

---

v. ordinanza in commento, p. 5.

<sup>20</sup> Dagli ultimi dati pervenuti sul sito del Ministero della Giustizia (aggiornati al 31 ottobre 2024 e consultabili al presente [link](#)), risultano 137 istituti penitenziari sovraffollati su un totale di 189 istituti penitenziari presenti in Italia. In particolare, in Toscana, su 16 istituti, quelli sovraffollati risultano 9 su 16, ma andrebbe poi verificata la agibilità dei 7 istituti ancora "liberi".

<sup>21</sup> Cfr. nota sopra.

<sup>22</sup> "Le annose problematiche circa le carenze igienico manutentive dell'istituto sono da tempo drammaticamente segnalate [...] A tale riguardo si evidenzia che il Presidente del Tribunale di Sorveglianza [...] ha direttamente segnalato al Ministro della Giustizia le gravi carenze riscontrate anche a seguito di una riunione (avvenuta il 26 gennaio 2024)[...] all'esito del quale sono state individuate possibili strategie di intervento per porre rimedio alle gravi carenze, peraltro già oggetto di provvedimenti giurisdizionali in sede di reclamo risarcitorio ex art. 35-ter o.p. emessi dalla magistratura di sorveglianza locale"[...] "v'è da aggiungere che l'inadeguatezza degli spazi incide in maniera preoccupante, con conseguenti costi sanitari e non solo (potenziale risarcimento anche a carattere pecuniario ex art. 35-ter o.p.) oltrechè per le persone ristrette, sui lavoratori costretti a condividere con la popolazione detenuta ambienti malsani e non a norma dal punto di vista della sicurezza sui luoghi di lavoro". – v. ordinanza in commento, p. 5.

<sup>23</sup> *Ex plurimis*, C. eur. 9-10-08, Moisseiev c. Russia; C. eur. 8-7-2014, Harakchiev e Tolumov c. Bulgaria in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, M. BORTOLATO, *cit.*, p. 494.

<sup>24</sup> C. eur. 29-5-18, Pocasovschi e Mihaila c. Russia e Moldova - in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, M. BORTOLATO, *cit.*, p. 494.

<sup>25</sup> C. eur. 19-4-01, Peers c. Grecia; C. eur. Grande Camera, 8-7-04, Ilascu ed altri c. Moldova e Russia - in F.

di topi o l'infestazione di insetti<sup>26</sup> o la mancata riparazione dei guasti<sup>27</sup> da parte dell'amministrazione o la prolungata interruzione dei servizi. La possibilità di riconoscere un rimedio di carattere compensativo per situazioni di degrado degli spazi carcerari "diverse" dalla problematica del sovraffollamento sembra essere stata riconosciuta anche dalla nostra giurisprudenza di legittimità<sup>28</sup>.

In conclusione, a nostro parere l'ordinanza mostra come una detenzione inumana e degradante non possa più essere considerata una emergenza, ma una situazione ormai "emersa" da troppo tempo e costituente una violazione dei diritti dei detenuti. In particolare, l'ordinanza sottolinea come siano considerate violazioni non solo il sovraffollamento ma anche le condizioni di vita all'interno delle stesse, a partire dalla agibilità degli spazi e della loro manutenzione. Su quest'ultimo aspetto, il Decreto "carcere sicuro" (varato all'inizio dell'estate 2024 e convertito in legge con la l. 8 agosto 2024, n. 112 e meglio conosciuto come "Decreto Carceri") sembra riconoscere la problematica degli spazi carcerari prevedendo all'art. 4-bis la nomina di un Commissario straordinario per l'edilizia penitenziaria<sup>29</sup>. Ad ogni modo, tale risposta non si presenta come risolutiva nel breve periodo e a ciò si dovrebbe puntare, tenuto conto altresì che il tasso di sovraffollamento delle nostre carceri – al momento di circa il 121%<sup>30</sup> – non è lontano dal dato che nel 2013 costò all'Italia una condanna dalla Corte Edu (facendo riferimento anche al dato del sovraffollamento carcerario)<sup>31</sup>. Sul punto si ricorda altresì che la nomina di un Commissario straordinario è stata una strada già tentata tra il 2010 ed il 2013 (anno, appunto, della *Torreggiani c. Italia*) e non aveva dato i risultati sperati<sup>32</sup>.

---

DELLA CASA, G. GIOSTRA, M. BORTOLATO, *cit.*, p. 494.

<sup>26</sup> C. eur. 15-7-02, *Khlashnikov c. Russia*; C. eur. 25-5-17, *Rezmives ed a. c. Romania* - in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, M. BORTOLATO, *cit.*, p. 494.

<sup>27</sup> C. eur. 28-5-19, *Clasens c. Belgio* - in F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, M. BORTOLATO, *cit.*, p. 494.

<sup>28</sup> Si veda il caso di un ricorso in Cassazione relativo ad un reclamo di un detenuto presso il carcere di Opera, che lamentava l'inadeguatezza dell'offerta trattamentale in ragione della carenza di acqua potabile nelle celle, nonché a fattori ambientali pregiudizievoli per l'igiene e la salute (vicinanza del reparto ad una discarica di rifiuti). L'ordinanza di rigetto del reclamo è stata annullata dalla Corte di cassazione per vizio di motivazione proprio in merito a tali doglianze, riconoscendone in astratto l'applicabilità del rimedio di cui all'art. 35-ter o.p. - Cass. Pen., sez. I, 8 febbraio 2024, n. 21590. Per altri casi in cui la Cassazione ha riconosciuto la possibilità di esperire il rimedio di cui all'art. 35-ter, anche in ragione delle condizioni inumane e degradanti presenti all'interno delle celle, si veda: Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 2023, n.13026.

<sup>29</sup> Secondo quanto stabilito dall'articolo menzionato, il Commissario, nominato dal Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, compie "tutti gli atti necessari per la realizzazione di nuove infrastrutture penitenziarie, nonché delle opere di riqualificazione e ristrutturazione delle strutture esistenti, al fine di aumentarne la capienza e di garantire una migliore condizione di vita dei detenuti" (comma 2). La carica è prevista fino al 31 dicembre 2025 (comma 6). Il 23 settembre 2024 è stato nominato quale commissario il dott. Marco Doglio. Il decreto è consultabile al presente [link](#).

<sup>30</sup> Ciò secondo l'elaborazione dei dati pubblicati nel sito del Ministero della Giustizia e aggiornati al 31 ottobre 2024, consultabili al presente [link](#).

<sup>31</sup> La sentenza *Torreggiani c. Italia* (C. Edu, sez. II, 8 gennaio 2013) è considerata il *leading case* in tema di sovraffollamento e art. 3 Cedu. Nel 2013 il tasso di sovraffollamento detentivo era del 151%.

<sup>32</sup> Nel 2010 infatti – a fronte di un tasso di sovraffollamento detentivo pari al 151% – era stato dichiarato dal Governo lo stato di emergenza e si era intervenuti approvando il c.d. "Piano Carceri", che prevedeva lo

---

stanziamento iniziale di 675 milioni di euro anche per interventi di edilizia carceraria. L'attuazione di tali interventi tra il 2010 e il 2014 da parte dei Commissari è stata "deludente": ad esempio, si aspirava alla costituzione di circa 18.000 posti in più e invece vi è stata una realizzazione, tra il 2010 ed il 2014, di soli 4.000 posti. – Cfr. *Oltre le sbarre. La questione carceraria e 10 anni di politiche di contrasto al sovraffollamento cronico*, 2017, Dossier di studio, Senato della Repubblica, pp. 17-19.



## L'IMPATTO DEL C.D. PACCHETTO SICUREZZA SULLE PERSONE STRANIERE IN ITALIA E SUL FENOMENO DELL'IMMIGRAZIONE

*Ancora a proposito del d.d.l. A.S. 1236*

di Cecilia Pasini

1. Il testo del c.d. "[pacchetto sicurezza](#)"<sup>1</sup> è attualmente in discussione al Senato e proprio in queste settimane le Commissioni riunite Affari Costituzionali e Giustizia in sede referente, terminate le audizioni, stanno procedendo alla valutazione dei numerosi emendamenti proposti al testo approvato alla Camera lo scorso 18 settembre. Si tratta di un disegno di legge caratterizzato da una spiccata eterogeneità degli interventi, alcuni dal chiaro valore simbolico, e il cui contenuto merita senza dubbio alcune riflessioni<sup>2</sup>. Il presente contributo ha l'obiettivo di analizzare alcune delle norme del d.d.l. che intervengono a vario titolo sul fenomeno dell'immigrazione in senso lato o che hanno come destinatari, più o meno esplicitamente, le persone straniere in Italia. In particolare, prenderemo in considerazione: l'introduzione di una nuova norma incriminatrice all'interno del TU Immigrazione volta a punire gli episodi di rivolta in luoghi di accoglienza o trattenimento per migranti; una proposta di modifica della disciplina del rinvio dell'esecuzione della pena (che, pur se dettata in termini generali, è retta dalla dichiarata volontà di colpire proprio una specifica categoria di persone, ossia le donne di etnia rom); una norma che vieta l'acquisto di una scheda SIM in assenza di regolare permesso di soggiorno per i cittadini di Paesi terzi; e infine di una norma che incide sull'attività della Guardia di Finanza nell'ambito del contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> D.d.l. A.S. 1236 recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario", di iniziativa di Ministero dell'Interno, Ministero della Difesa e Ministero della Giustizia.

<sup>2</sup> Per un commento sulla proposta legislativa cfr., tra gli altri, a M. PELISSERO, [A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici](#), in *questa Rivista*, 27 maggio 2024; R. CORNELLI, [Il Ddl Sicurezza alla prova della ricerca criminologica: prime annotazioni critiche](#), in *questa Rivista*, 5/2024, pp. 113 ss.; M. RUOTOLO, [Su alcune criticità costituzionali del c.d. pacchetto sicurezza \(A.S. 1236\)](#), in *questa Rivista*, 9 ottobre 2024; M. PALMA, *Audizione presso le Commissioni riunite Affari costituzionali e Giustizia del Senato sul ddl n. 1236 recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario"*, in *Quest. giust.*, 31 ottobre 2024; G.L. GATTA, [Il pacchetto sicurezza e gli insegnamenti dimenticati, di Cesare Beccaria](#), in *questa Rivista*, 7 novembre 2024.

<sup>3</sup> Pur non approfondendo il tema in questa sede, si ritiene doveroso dar conto di una ulteriore modifica proposta dal d.d.l. inerente al tema dell'immigrazione in senso lato: si tratta dell'art. 9 A.S. 1236, che estende da tre a dieci anni il termine entro il quale può intervenire la revoca della cittadinanza ai sensi dell'art.

**2. L'introduzione del reato di rivolta in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti.** La novità che desta maggiori dubbi e preoccupazioni è rappresentata dall'introduzione, mediante modifica dell'art. 14 TU Immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286), di una nuova fattispecie incriminatrice volta a punire gli episodi di rivolta all'interno dei luoghi di accoglienza e trattenimento per migranti<sup>4</sup> (si noti che il d.d.l. prevede altresì l'introduzione di una fattispecie gemella, l'art. 415 *bis* c.p., che punisce gli episodi di rivolta all'interno degli istituti penitenziari<sup>5</sup>).

Occorre innanzitutto soffermarsi sui luoghi di accoglienza e trattenimento per migranti all'interno dei quali può essere contestato il reato. In particolare, la norma rimanda ai Centri di Permanenza per il Rimpatrio, c.d. CPR (disciplinati dallo stesso art. 14 TU Immigrazione), ai punti di crisi per l'identificazione, c.d. *hotspot* (di cui all'art. 10 *ter* TU Immigrazione), ai centri governativi di prima accoglienza (di cui all'art. 9 del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142), ai centri di accoglienza straordinaria, c.d. CAS (di cui all'art. 11 del d.lgs. 18 agosto 2015 n. 142) e infine alle strutture afferenti al Sistema di accoglienza e integrazione, c.d. SAI (di cui all'art. 1 *sexies* del d.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 1990, n. 39).

Dunque, già ad una prima lettura appare evidente come la norma richiami tutte le diverse strutture che i migranti si trovano ad "attraversare" durante il loro percorso in Italia, partendo dai c.d. *hotspot* volti all'identificazione in cui vengono collocati appena giunti sul territorio nazionale per concludere con i CPR, strutture dedicate al trattenimento amministrativo, all'interno dei quali i migranti sono di fatto reclusi in attesa di essere espulsi. Tuttavia, la norma non si riferisce esclusivamente a questi luoghi – di cui da tempo vengono evidenziate le criticità<sup>6</sup> – ma il disegno di legge estende

10 *bis* l. 5 febbraio 1992, n. 91, per coloro i quali l'abbiamo acquisita dopo un lungo periodo di residenza in Italia o per matrimonio e siano stati successivamente condannati per alcuni reati gravi in materia di terrorismo. Per un commento su tale disciplina – frutto di un precedente c.d. pacchetto sicurezza (d.l. 113/2018) e che aveva già destato non pochi dubbi, certamente amplificati da questa recente proposta di modifica – si rinvia a E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine tra "noi" e "loro": interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in *Dir. imm. e citt.*, 1/2019; L. VIOLA, *La revoca della cittadinanza dopo il decreto sicurezza*, in *Dir. imm. e citt.*, 1/2021.

<sup>4</sup> Si tratta della modifica prevista dall'art. 27 del d.d.l. attualmente in esame al Senato, che interviene sull'art. 14 TU Immigrazione mediante l'aggiunta del comma 7.1, recante la nuova fattispecie incriminatrice.

<sup>5</sup> Cfr. art. 26 A.S. 1236. le due norme, identiche sotto il profilo della condotta e delle circostanze aggravanti previste, differiscono solo in relazione ai luoghi ove può consumarsi il reato e presentano lievi differenze in punto di trattamento sanzionatorio (l'art. 415 *bis* prevede infatti pene più severe sia per la semplice partecipazione alla rivolta, reclusione da uno a cinque anni, sia per chi promuove, organizza o dirige la rivolta, reclusione da due a otto anni). Ulteriore differenza di cui si ritiene utile dare conto è che, delle due fattispecie, solo l'art. 415 *bis* c.p. viene inserito, dall'art. 34 del d.d.l., nell'elenco dei reati ostativi alla concessione di benefici penitenziari e alle misure alternative alla detenzione in carcere di cui all'art. 4 *bis*, comma 1 *ter*, ord. penit.

<sup>6</sup> Non ci si sofferma in questa sede sui numerosi profili di illegittimità del trattenimento amministrativo in CPR, per cui si rimanda, per tutti, a L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, pp. 222 ss.; G. CAMPESI, *La detenzione amministrativa degli stranieri*, Carocci editore, 2013; 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*, II ed., Giappichelli, 2021; A. DELLA BELLA, [Trattenimento](#), in *questa Rivista*, 12

l'applicabilità della fattispecie a tutte le strutture dedicate all'accoglienza delle persone migranti, prima nei CAS (destinati ai richiedenti protezione internazionale) e poi nei SAI (destinati ai titolari di una forma di protezione internazionale): si tratta dunque, in entrambi i casi, di persone regolari sul territorio italiano, in alcuni casi addirittura titolari dello *status* di rifugiato, beneficiari delle misure di accoglienza legate alla richiesta di protezione internazionale.

Con riferimento alla condotta, la norma prevede la pena della reclusione da uno a quattro anni per chi, all'interno di uno di questi luoghi, partecipa a una rivolta – la pena è della reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni per chi promuove, organizza, o dirige la rivolta – mediante “*atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti, commessi da tre o più persone riunite*”.

Sul punto, può essere osservato che il testo attualmente in discussione al Senato presenta una differenza rispetto alla formulazione proposta in origine all'esame della Camera: infatti, la prima versione del testo individuava le condotte tipiche in “*atti di violenza o minaccia, di resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti ovvero [...] tentativi di evasione*”, ricalcando precisamente la formulazione dell'art. 41 ord. penit., norma che legittima l'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti proprio per far fronte a tali condotte, potenzialmente pericolose. Già con riferimento a detta norma non erano mancate osservazioni critiche, in quanto la formulazione – alquanto vaga – non appare in grado di costituire un necessario argine all'impiego della forza fisica nei confronti dei detenuti<sup>7</sup>, omettendo altresì di specificare come si debba trattare, con riferimento alla mancata esecuzione degli ordini, quantomeno di ordini *legittimamente* impartiti. La nuova formulazione oggi in esame al Senato – fatta eccezione per l'eliminazione del tentativo di evasione dalle condotte tipiche – lascia tuttavia intatta la portata innovativa della norma, che risiede proprio nella rilevanza penale della resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti: infatti se gli episodi di violenza o minaccia, al di là dello specifico contesto, sono già penalmente rilevanti ad altro titolo (configurabili, ad esempio, come danneggiamento, lesioni personali, minaccia, resistenza a pubblico ufficiale), la novità risiede certamente nella scelta di incriminazione di condotte di c.d. “*resistenza passiva*”, sino ad oggi escluse dall'area del penalmente rilevante<sup>8</sup>. Probabilmente nel tentativo di esplicitare con più precisione

---

giugno 2023. Con riferimento alle criticità dei c.d. *hotspot* si rinvia, tra gli altri, a L. MASERA, *Il “caso Lampedusa”: una violazione sistemica del diritto alla libertà personale*, in *Diritti umani e diritti internazionali*, 1/2014, pp. 83 ss.; L. MASERA, *I centri di detenzione amministrativa cambiano nome ed aumentano di numero, e gli hotspot rimangono privi di base legale: le sconcertanti novità del Decreto Minniti*, in *Dir. pen. cont.*, 3/2017, pp. 278 ss.; M. BENVENUTI, *Gli hotspot come chimera. Una prima fenomenologia dei punti di crisi alla luce del diritto costituzionale*, in *Dir. imm. e citt.*, 2/2018; F. CANCELLARO, [Dagli hotspot ai “porti chiusi”: quali rimedi per la libertà “sequestrata” alla frontiera?](#), in *questa Rivista*, 28 settembre 2020; G. FELICI, M. GANCITANO, [La detenzione dei migranti negli hotspot italiani: novità normative e persistenti violazioni della libertà personale](#), in *questa Rivista*, 1/2022, pp. 45 ss.

<sup>7</sup> Cfr. M. G. COPPETTA, *Commento all'art. 41*, in V. GREVI, F. DELLA CASA, G. GIOSTRA (a cura di), *Ordinamento penitenziario commentato*, VI ed., Cedam, 2019, p. 530.

<sup>8</sup> Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere escluso dal novero di comportamenti punibili ai sensi dell'art. 337 c.p. (Resistenza a un pubblico ufficiale) ogni condotta riconducibile a una mera disobbedienza o resistenza passiva, ritenendo penalmente rilevante solo un comportamento attivo, che integri una violenza

quali condotte riconducibili alla nozione di “resistenza” siano da considerarsi vietate, la nuova formulazione attualmente in esame al Senato, al secondo periodo, precisa che “costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell’ufficio o del servizio necessari alla gestione dell’ordine e della sicurezza”. Tuttavia, la terminologia utilizzata, alquanto vaga, non sembra in grado di delimitare con precisione i confini delle condotte penalmente rilevanti: è ben comprensibile come un generico riferimento al “numero di persone coinvolte”, al “contesto” in cui operano i pubblici ufficiali e agli “atti necessari alla gestione dell’ordine e della sicurezza” non faccia altro che aumentare l’indeterminatezza della fattispecie, ben potendo, qualsiasi forma di disobbedienza a un qualunque ordine impartito, ricadere in questa descrizione (si pensi, ad esempio, alle più comuni forme di protesta pacifica, come il rifiuto del cibo). Pertanto, proprio la rilevanza penale di forme di resistenza passiva suscita rilevanti dubbi in punto di compatibilità con il dettato costituzionale, oltre che in relazione al principio di precisione e dunque di legalità (per la formulazione, come già detto, assai vaga, inidonea a delimitare i confini del penalmente rilevante), anche in punto di offensività della condotta (che non sembra connotata nemmeno da quel minimo di contenuto lesivo necessario ai fini di un’incriminazione) e di ragionevolezza e proporzionalità della norma (ponendosi come limitazione a una, seppur già compressa, libertà di espressione e tenuto altresì conto del severo trattamento sanzionatorio previsto).

E tali considerazioni non possono che aggravarsi nell’osservare la scelta dei contesti all’interno dei quali si mira a introdurre le nuove fattispecie incriminatrici. Infatti, i luoghi di accoglienza e trattenimento per migranti, così come gli istituti penitenziari, sono luoghi spesso affetti da gravi carenze strutturali e, per quanto concerne i CPR, anche da numerose criticità in punto di garanzie accordate a soggetti privati della libertà personale, in ordine ai quali sarebbe forse opportuno pensare a differenti tipologie di intervento. Ed è proprio in questi contesti che punire la semplice resistenza passiva rischia di trasformarsi in una gravissima limitazione dei diritti degli individui: si tratta infatti di situazioni in cui, spesso, una forma di protesta (pacifica) è l’unico strumento di espressione a disposizione, per manifestare un disagio e tentare di comunicare le difficoltà che gli stessi luoghi generano in chi vi è recluso; soprattutto con riferimento a quei luoghi in cui la detenzione è affidata a gestioni spesso inadeguate e dove è assente qualsiasi tipo di controllo giurisdizionale sulla violazione dei diritti fondamentali<sup>9</sup>.

---

o una minaccia. Per tutti, con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. R. PASELLA, G. MENTASTI, *sub Art. 337 c.p.*, in E. DOLCINI, G. L. GATTA (a cura di), *Codice penale commentato*, V ed., Ipsoa, 2021, pp. 1245 ss.

<sup>9</sup> Sul punto si ritiene interessante richiamare una decisione del Tribunale di Crotone che aveva ritenuto sussistenti i presupposti della legittima difesa a fronte di una rivolta violenta posta in essere in un C.I.E. (oggi CPR), evidenziando la necessità di un intervento strutturale nei confronti di un sistema di accoglienza e trattenimento dei migranti carente delle condizioni minime di tutela, cfr. sul punto L. MASERA, *Rivolte degli stranieri detenuti nei C.I.E.: una forma di legittima difesa contro la violazione dei diritti fondamentali degli internati?* Nota a Trib. Crotone, sent. 12 dicembre 2012, Giud. D’Ambrosio, in *Dir. pen. cont.*, 7 gennaio 2013.

Inoltre, la circostanza che siano menzionati, tra i luoghi in cui può consumarsi il reato, non solo luoghi privativi della libertà personale quali i CPR, ma anche strutture dedicate all'accoglienza dei soggetti afferenti al circuito della protezione internazionale, desta ancor più perplessità. Infatti, se deve negarsi con forza l'equiparazione tra migranti trattenuti in un CPR poiché irregolari sul territorio italiano e soggetti detenuti in istituti penitenziari perché autori di un reato, si comprende ancor meno l'estensione dell'applicabilità della norma a soggetti non solo regolari sul territorio italiano ma altresì titolari della massima forma di protezione internazionale. Tale considerazione suggerisce come la l'intenzione del legislatore risieda, probabilmente, nella volontà di punire più che una condotta, un certo tipo di autore, in questo caso la persona migrante (indipendentemente dalla sua regolarità sul territorio o dal suo *status*), e ciò non fa altro che veicolare nella collettività l'idea di una sovrapposizione tra la figura del migrante e quella dell'autore di un reato.

**3. La modifica della disciplina del rinvio facoltativo o obbligatorio dell'esecuzione nei confronti di donne incinte o madri di cui agli artt. 146 e 147 c.p.** Altra norma che desta non pochi dubbi all'interno del nuovo disegno di legge è quella che incide sulla disciplina del rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena di cui agli artt. 146 e 147 c.p. con riferimento ad alcune situazioni<sup>10</sup>. Nello specifico, per la donna incinta o madre di prole di età inferiore a un anno, se fino a oggi operava il rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena *ex art. 146 c.p.*, per effetto della nuova disciplina opererà un mero rinvio facoltativo *ex art. 147 c.p.*, ulteriormente modificato mediante l'aggiunta della precisazione che il giudice dovrà escludere il rinvio nel caso in cui dallo stesso derivi una "*situazione di pericolo, di eccezionale rilevanza, di commissione di ulteriori delitti*". Dunque, la situazione della donna incinta o madre di prole di età inferiore a un anno di età è equiparata a quella prevista oggi per le madri con figli di età compresa tra 1 e 3 anni, con l'unica differenza che nel primo caso la detenzione deve in ogni caso avvenire presso un istituto a custodia attenuata per detenute madri (ICAM), mentre nel secondo caso questa è una mera possibilità, potendo la pena detentiva trovare esecuzione anche presso le c.d. sezioni-nido degli istituti penitenziari ordinari.

Come è intuibile, la norma appare discutibile per una serie di considerazioni, sia con riferimento al contenuto sia con riferimento alla motivazione sottesa alla sua introduzione, che renderà chiara la scelta dell'inserimento di questa proposta di modifica all'interno del presente contributo. Innanzitutto, come è stato da più parti rilevato, si tratta di una norma che difficilmente si concilia con la tutela dell'interesse superiore del minore, assicurata a livello costituzionale in primo luogo dall'art. 31, comma 2 Cost. e altresì oggetto di obblighi internazionali vincolanti per il nostro Paese (ad esempio, la Convenzione di New York del 1989<sup>11</sup> e la Carta dei diritti fondamentali

---

<sup>10</sup> Cfr. art. 15 A.S. 1236.

<sup>11</sup> Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite a New York nel 1989.

dell'UE<sup>12</sup>). Infatti, c'è il forte rischio che la donna si trovi a condurre una gravidanza in carcere in assenza di assistenza medica adeguata e in secondo luogo risulta evidente il grave pregiudizio di cui rischia di essere vittima il bambino che può trovarsi a trascorrere i primissimi anni della sua vita recluso, con evidenti conseguenze sul suo sviluppo psicofisico. In verità, il "grave pregiudizio alla crescita del minore" viene preso in considerazione dal legislatore, ma solo come nuova ipotesi – mediante modifica del comma 3 dell'art. 147 c.p. – di revoca del provvedimento di rinvio dell'esecuzione (oltre alle altre ipotesi quali, ad esempio, la decadenza della responsabilità genitoriale e la morte del figlio), nel caso in cui la madre "durante il periodo di differimento, [ponga] in essere comportamenti che causano un grave pregiudizio alla crescita del minore". Al contrario, la tutela della crescita del minore risulta senza dubbio sacrificata – mediante l'eliminazione delle ipotesi di rinvio obbligatorio – anche nel caso di bambini neonati, con il rischio che questi si trovino a trascorrere i primi anni della propria vita in carcere.

In secondo luogo – se le conseguenze sul piano pratico rischiano di essere drammatiche per tutte le detenute madri e ancor di più per i loro bambini – lascia senza dubbio perplessi la ragione politica (e di propaganda) sottesa a questo intervento. Infatti, come è emerso anche in sede di discussione parlamentare, la norma intende colpire la presunta strumentalizzazione della gravidanza come espediente per evitare il carcere, che sarebbe pratica comune soprattutto per le donne straniere, in particolare di etnia rom. Infatti, lo stesso *Dossier* del Servizio Studi del Senato tradisce la volontà sottesa all'intervento poiché, nell'illustrare la proposta di modifica degli artt. 146 e 147 c.p., riporta una tabella recante i dati delle detenute madri "divise per nazionalità", pur non ravvisandosi alcuna motivazione – ad eccezione della finalità politica appena esposta – per mettere in evidenza questo dato in relazione alla norma in commento. La tabella riportata nel *Dossier* evidenzia una netta maggioranza di detenute madri straniere rispetto a quelle di nazionalità italiana, 14 le prime (con 15 figli al seguito) e 7 le seconde (con 9 figli al seguito)<sup>13</sup>. Tuttavia, tale dato non sembra avere alcuna rilevanza nella valutazione della proposta di modifica poiché – oltre a non fornire sufficienti elementi (circa l'entità della pena irrogata, l'età dei figli o altro) per una valutazione chiara della situazione – non permette di risalire a quali siano i numeri delle donne straniere che hanno beneficiato del rinvio (obbligatorio o facoltativo) dell'esecuzione della pena, non potendosi certo ipotizzare, in assenza di riscontri, una analoga proporzione con i dati forniti. Inoltre, il dato riportato rischia di essere influenzato, come accade per larga parte della popolazione straniera in carcere, dalla difficoltà per questi soggetti di accedere alla detenzione domiciliare – prevista in questo caso dall'art. 47 *ter*, commi 1, lett. a) e 1 *ter* ord. penit. – in assenza di regolare residenza o di domicilio stabile<sup>14</sup>. Proprio con

---

<sup>12</sup> C.d. Carta di Nizza, in particolare l'art. 24, comma 2: "In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente".

<sup>13</sup> Tali dati sono aggiornati al 31 luglio 2024; nel *Dossier* del Servizio Studi della Camera, invece, i dati erano aggiornati al 31 gennaio 2024 e a quella data le detenute madri di nazionalità italiana erano 9, mentre 11 erano quelle straniere, quindi, anche se con un minor scarto, la maggioranza delle detenute madri era già rappresentata da quelle non italiane.

<sup>14</sup> Cfr. J. LONG, *Essere madre dietro le sbarre*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, Ledizioni, 2018, p.

riferimento all'istituto della detenzione domiciliare previsto dall'art. 47 *ter* ord. penit., il cui ambito di applicazione si sovrappone alle ipotesi di rinvio obbligatorio e facoltativo dell'esecuzione della pena e riveste nell'ordinamento grande rilevanza pratica, il *Dossier* ha espresso la necessità di coordinamento con la nuova proposta di modifica: infatti non è chiaro se in forza dell'obbligo di esecuzione della pena presso un ICAM per le donne incinte o madri di figli di età inferiore ad 1 anno, di cui al nuovo quinto comma dell'art. 147 c.p. sia preclusa per il giudice, nel caso in cui non disponga il rinvio (solo facoltativo), la possibilità di applicare la misura della detenzione domiciliare.

Si aggiunga che la Corte costituzionale era già stata chiamata a pronunciarsi sul rinvio obbligatorio dell'esecuzione della pena di cui all'art. 146 c.p. e sulla possibilità per il giudice di bilanciare la tutela della donna incinta e del minore appena nato con esigenze di prevenzione generale e difesa sociale. In detta sede, la Corte aveva giudicato la scelta del legislatore non irragionevole, in quanto durante la gravidanza e durante il primo anno del bambino, la protezione del rapporto madre-figlio in un ambiente idoneo si ritiene debba prevalere sull'interesse statale all'esecuzione immediata della pena. Infatti, la Corte ritiene che il pericolo di una strumentalizzazione della maternità sia "adeguatamente bilanciato dalla circostanza che il secondo comma dello stesso art. 146 c.p. prevede espressamente, tra le condizioni ostative alla concessione del differimento dell'esecuzione della pena e tra quelle di revoca del beneficio, la dichiarazione di decadenza della madre dalla potestà sul figlio (che, ai sensi dell'art. 330 cod. civ., può essere pronunciata quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti con grave pregiudizio del figlio) nonché l'abbandono o l'affidamento del figlio ad altri"<sup>15</sup>.

Dunque, la necessaria salvaguardia del superiore interesse del minore e il pregiudizio che ne deriva nel caso di carcerazione dei bambini sono insegnamenti da considerarsi recepiti<sup>16</sup> e indicazioni nel senso di favorire le alternative alla detenzione nei confronti delle detenute madri provengono da numerosi organismi sovranazionali (si vedano ad esempio le c.d. "Regole di Bangkok" delle Nazioni Unite del 2010<sup>17</sup>, le

121, che rimarca la necessità di un aumento delle strutture (c.d. case famiglia protette, previste dalla l. 21 aprile 2011, n. 62) volte a garantire una esecuzione della pena extramuraria anche in assenza dei mezzi di sussistenza adeguati e di un luogo idoneo alla detenzione domiciliare; in questo senso si veda altresì A. TOLLIS, *Le case famiglia protette e il "caso milanese"*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, Ledizioni, 2018, pp. 329 ss.; che fornisce un quadro più chiaro dell'istituto, confrontando le uniche due esperienze (quella milanese e quella romana) di tali strutture.

<sup>15</sup> Cfr. Corte cost., ord. 8 maggio 2009, n. 145 (negli stessi termini Corte Cost., ord. 19 ottobre 2009, n. 260); la Corte si spinge addirittura oltre, affermando che "non è la pena differita in quanto tale a determinare una situazione di pericolo, ma, semmai, la carenza di adeguati strumenti preventivi volti ad impedire che la condannata, posta in libertà, commetta nuovi reati; tuttavia, se a colmare una simile carenza può provvedere soltanto il legislatore, deve escludersi che la eventuale lacunosità dei presidi di sicurezza possa costituire, in sé e per sé, ragione sufficiente per incrinare, sull'opposto versante, la tutela dei valori primari che la norma impugnata ha inteso salvaguardare".

<sup>16</sup> Per tutti, con ampi riferimenti bibliografici, cfr. G. MANTOVANI, *La marginalizzazione del carcere in funzione di tutela della relazione madre-figlio*, in G. MANTOVANI (a cura di), *Donne ristrette*, Ledizioni, 2018, pp. 196 ss.

<sup>17</sup> Risoluzione n. 65/229 adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 21 dicembre 2010, in particolare la Regola 64 prevede che le pene non privative della libertà siano privilegiate per le donne incinte e con bambini, dovendosi primariamente valutare l'interesse superiore del minore.

Regole penitenziarie europee del 2006<sup>18</sup>, il rapporto sulla deteazione femminile del CPT<sup>19</sup>); e in questo senso sembra andare anche la recente esperienza italiana, in cui la detenzione domiciliare ex artt. 47 *ter* e 47 *quinquies* ord. penit.<sup>20</sup> ha preso sempre più spazio, provocando un significativo calo dei bambini in carcere<sup>21</sup>. Dunque, questa proposta si pone in netta controtendenza rispetto al quadro sino ad ora delineato, segnando, per ragioni di propaganda, un grave arretramento sulla tutela di situazioni di vulnerabilità che meriterebbero interventi di segno opposto<sup>22</sup>.

Da ultimo, è appena il caso di sottolineare come siano presenti solo quattro ICAM<sup>23</sup> su tutto il territorio italiano, un numero certamente insufficiente per far fronte all'aumento del numero delle detenute madri cui tende la nuova norma, con l'inevitabile conseguenza che la detenzione, che per le donne incinte e madri con bambini fino a un anno di età deve obbligatoriamente trovare esecuzione presso un ICAM, non potrà eseguirsi – considerazione che svela il significato simbolico della norma – e, nel resto dei casi di mancato differimento, esauriti i pochi posti disponibili negli ICAM, l'unica alternativa sarà un aumento dei bambini reclusi nelle c.d. sezioni-nido degli istituti penitenziari ordinari, di cui spesso sono state evidenziate le criticità<sup>24</sup>.

**4. La modifica in tema di tutela delle funzioni istituzionali del Corpo della Guardia di Finanza svolte in mare.** Altra disposizione che merita una menzione nel corso di questa analisi è quella che, pur se non esplicitamente, mira a incidere anche sul contrasto al fenomeno dell'immigrazione irregolare e in particolare sulle attività di soccorso in mare.

---

<sup>18</sup> Raccomandazione R(2006)2 adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa l'11 gennaio 2011 e aggiornata l'1 luglio 2020.

<sup>19</sup> Comitato europeo per la prevenzione della tortura e delle pene o trattamenti inumani o degradanti (CPT), *Factsheet on women in prison*, 2018, par. 4.

<sup>20</sup> Si tratta di norme sulle quali è più volte intervenuta anche la Corte costituzionale, sottolineando l'importanza della protezione del minore in una fase nevralgica dello sviluppo; per una ricostruzione degli interventi della Consulta si veda F. FIORENTIN, [La Consulta nuovamente chiamata a pronunciarsi sulla detenzione domiciliare speciale per condannate madri](#), in *questa Rivista*, 19 febbraio 2021.

<sup>21</sup> Secondo i dati pubblicate dal DAP, tra il 1993 e il 2019 il numero di minori di 3 anni al seguito delle madri in carcere si aggirava, ogni anno, su cifre contenute tra i 40 e i 70 bambini (con occasionali picchi più elevati, arrivando anche a 85 bambini reclusi). Dal 2019 è possibile notare un calo progressivo del numero di minori in carcere e negli ultimi anni il dato si aggira intorno ai 20 bambini presenti (sempre tra ICAM e c.d. sezioni-nido presso gli istituti penitenziari ordinari), con il dato più basso (17 bambini) registrato alla fine del 2022 (al 31 ottobre 2024 sono 18).

<sup>22</sup> Si segnala altresì che la Carta dei diritti dei figli dei genitori detenuti – ossia il Protocollo d'intesa firmato per la prima volta nel 2014 tra Ministero della Giustizia, Autorità Garante per l'Infanzia e l'Adolescenza e l'Associazione "Bambinisenzasbarre Onlus" e poi rinnovato più volte, l'ultima nel 2021, con validità di quattro anni – si apre con la seguente dichiarazione di intenti: "In attesa di raggiungere l'obiettivo di evitare la permanenza dei bambini in carcere, ipotesi questa da considerarsi come *extrema ratio*, [...]" (art. 1); per poi porre una serie di strumenti volti a tutelare i figli dei genitori detenuti, dentro e fuori dal carcere, dove questa seconda opzione dovrebbe, appunto, considerarsi residuale.

<sup>23</sup> Sono quattro le strutture attualmente adibite a ICAM (Milano "San Vittore", Venezia "Giudecca", Torino "Lorusso e Cutugno" e Lauro), mentre l'ICAM di Cagliari non è mai entrato in funzione.

<sup>24</sup> Cfr. Garante nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale, *Relazione al Parlamento 2019*, pp. 66 ss.

In particolare, il disegno di legge incide sugli artt. 5 e 6 della legge 13 dicembre 1956, n. 1409<sup>25</sup>, che assicurano rilevanza penale alle condotte del capitano della nave nazionale che, rispettivamente, non obbedisca all'intimazione di fermo di una unità del naviglio della Guardia di Finanza o commetta atti di resistenza o di violenza contro la stessa (richiamando il trattamento sanzionatorio, rispettivamente, degli artt. 1099 e 1100 cod. nav.). Ad oggi le due disposizioni richiamate sono applicabili solo nel caso in cui la Guardia di Finanza sia impegnata in operazioni di vigilanza marittima ai fini della repressione del contrabbando di tabacchi; tuttavia, con la novella legislativa si mira a estendere l'applicabilità delle sanzioni penali a condotte poste in essere – anche dal comandante di nave straniera – nei confronti delle unità del naviglio citate impiegate genericamente “nell'esercizio delle funzioni istituzionali a esse attribuite dalla normativa vigente”. Ed è proprio il *Dossier* del Servizio Studi del Senato (e prima quello della Camera, identico sul punto) che richiama esplicitamente le funzioni attribuite dalla legge italiana alla Guardia di Finanza, tra cui la “sicurezza del mare in via esclusiva – in relazione ai compiti di polizia, [per garantire] il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica in tale ambiente geografico – ivi compresa l'attività di prevenzione e contrasto dell'immigrazione irregolare”.

Trattasi dunque di una norma che – almeno sul piano simbolico – ricalca la tendenza, sempre più evidente, di utilizzo del diritto penale come strumento per contrastare il fenomeno dell'immigrazione irregolare, probabilmente con la finalità di disincentivare, vista l'applicabilità di pene molto elevate (l'art. 1100 cod. nav. prevede la reclusione da tre a dieci anni), le operazioni di soccorso in mare. In realtà, oltre che sul piano teorico, non è da escludere una possibile incidenza anche sul piano pratico: infatti, per citare un recente caso di cui si è molto discusso, Carola Rackete, la comandante della nave *Sea Watch 3*, dell'omonima ONG, in relazione ai noti fatti risalenti all'estate del 2019, era stata inizialmente iscritta nel registro degli indagati per l'ipotesi di reato di cui all'art. 1100 cod. nav. (che punisce ipotesi di resistenza o violenza contro nave da guerra). Il procedimento è stato successivamente archiviato – in relazioni agli altri capi di imputazione, argomentando in ordine alla sussistenza della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. – ma già in sede di convalida dell'arresto e applicazione della misura cautelare, il GIP di Agrigento<sup>26</sup> – con ordinanza poi confermata dalla Corte di Cassazione<sup>27</sup> – aveva affermato l'insussistenza del reato *ex art.* 1100 cod. nav. per difetto della qualifica di “nave da guerra” in capo alla motovedetta della Guardia di Finanza. Tale requisito risultava infatti necessario ai fini dell'integrazione dell'art. 1100 cod. nav., non potendosi applicare analogicamente, così come rilevato dalla Corte di Cassazione in tale circostanza, l'art. 6 della l. n. 1409/1956 con riguardo a tipologie di attività non attinenti alla repressione del contrabbando di tabacchi, pur ricomprese nei compiti di

---

<sup>25</sup> Cfr. art. 29 A.S. 1236.

<sup>26</sup> Cfr. Trib. Agrigento, ord. 2 luglio 2019, in *Dir. pen. cont.*, 3 luglio 2019, con nota di S. ZIRULIA, *L'ordinanza del GIP di Agrigento sul caso Sea Watch (Carola Rackete)*.

<sup>27</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020 (dep. 20 febbraio 2020), n. 6626, in *questa Rivista.*, 24 febbraio 2020, con nota di S. ZIRULIA, [La Cassazione sul caso Sea Watch: le motivazioni sull'illegittimità dell'arresto di Carola Rackete](#).

“vigilanza marittima”. Al contrario, se venisse approvato il d.d.l. in commento nella sua attuale versione, nulla osterebbe, in casi analoghi, alla contestazione dei reati di cui agli artt. 5 e 6 della l. n. 1409/1956 nel caso di condotte poste in essere nei confronti delle navi della Guardia di Finanza impegnata in attività di prevenzione e contrasto all’immigrazione irregolare.

**5. La modifica in tema di conclusione di contratti di telefonia mobile da parte di cittadini di Stati non appartenenti all’UE.** Infine, appare interessante sottolineare un’ulteriore proposta di modifica che incide sull’art. 98-*undetricies* del codice delle comunicazioni elettroniche (d.lgs. n. 259/2003)<sup>28</sup>, in tema di identificazione degli utenti al momento di attivazione di una scheda SIM. In particolare, ai fini della conclusione di un contratto con oggetto un servizio per la telefonia mobile, viene inserito, oltre al generale obbligo di identificazione mediante documento di identità, un ulteriore requisito per i cittadini di Stati non appartenenti all’UE, cioè la titolarità di un documento di soggiorno e dunque la regolarità sul territorio nazionale. Inoltre, il disegno di legge introduce la sanzione amministrativa accessoria – in aggiunta alla sanzione pecuniaria già prevista – della chiusura dell’esercizio o dell’attività per un periodo da cinque a trenta giorni per quelle imprese autorizzate alla vendita di schede SIM che non ottemperino agli obblighi di identificazione del cliente<sup>29</sup>, ivi compreso l’obbligo di acquisizione del titolo di soggiorno nel caso di cittadini di Paesi terzi. Pertanto, viene precluso ai cittadini stranieri non in possesso di regolare permesso di soggiorno l’acquisto di una scheda SIM, con la conseguenza di una forte limitazione della possibilità per questi soggetti di comunicare e dunque un evidente peggioramento, in forza di una non meglio specificata esigenza di sicurezza, della condizione di esclusione e marginalità sociale in cui già versano, spesso, i cittadini stranieri irregolari.

\*\*\*

6. Da questa pur breve analisi di alcune delle modifiche proposte dal c.d. pacchetto sicurezza si può tentare di trarre qualche prima conclusione. Innanzitutto, si conferma nuovamente la tendenza sempre più spiccata del legislatore a un utilizzo del diritto penale per far fronte a fenomeni di supposto allarme sociale, nonostante la funzione di *extrema ratio* che il nostro ordinamento assegna all’intervento del diritto penale e, in particolare, alla sanzione penale della privazione della libertà personale. Inoltre, le norme esaminate – così come molte altre, attinenti ad altri ambiti, presenti all’interno del d.d.l. – risultano caratterizzate da una forte componente simbolica, quasi tralasciando una verifica circa l’effettiva applicabilità del dato normativo (anche in punto di compatibilità con il dettato costituzionale), focalizzandosi invece sull’efficacia mediatica e propagandistica dell’intervento, in ottica di rassicurazione della popolazione da (vere o presunte) forme di pericolo.

<sup>28</sup> Cfr. art. 32 A.S. 1236, introdotto in sede referente alla Camera.

<sup>29</sup> Cfr. art. 30, comma 19 *bis* del codice delle comunicazioni elettroniche, introdotto dallo stesso art. 32 del d.d.l.

Infine, ancora una volta si conferma la tendenza del legislatore ad includere il fenomeno dell'immigrazione nell'ambito degli interventi a tutela della sicurezza, contribuendo a una stigmatizzazione della figura del cittadino straniero (a prescindere dalla regolarità sul territorio) come soggetto pericoloso. Appare chiara, infatti, l'intenzione di incidere su fasce della popolazione già fortemente penalizzate, spesso relegate a contesti di marginalità sociale, con interventi che non possono far altro che aggravare le forti problematiche in punto di tutela dei diritti fondamentali (dalla libertà di espressione a quella di comunicazione) a prescindere dallo Stato di provenienza.

Editore

ASSOCIAZIONE  
**"PROGETTO GIUSTIZIA  
PENALE"**