

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

2/2025

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervè Belluta, Michele Caianiello, Massimo Cerasa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca 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 Quattrococo, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, 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), Dario Albanese, Enrico Andolfatto, Silvia Bernardi, Patrizia Brambilla, Pietro Chiaraviglio, Beatrice Fragasso, Elisa Grisonich, Alessandro Malacarne, Cecilia Pagella, Emmanuele Penco, Gabriele Pontepino, Sara Prandi, Tommaso Trinchera.

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. LICATA, <i>Un'indagine giurisprudenziale sulla rilevanza delle ritrattazioni nei processi per violenza domestica</i>	5
R. CANTONE, <i>Il whistleblower anonimo: una novità passata (quasi) inosservata della normativa di recepimento della direttiva eurounitaria</i>	23
A.G. RISPOLI, <i>Abrogazione dell'abuso d'ufficio: dubbi di legittimità costituzionale</i> ...	41
R. BIANCHI, <i>L'udienza predibattimentale: incompatibilità del giudice e parallelismi</i> ..	59
S. TORDINI CAGLI, <i>Sulla configurabilità dell'epidemia in forma omissiva (aspettando le Sezioni unite)</i>	73
L. MERCATI, <i>Lo 'scudo erariale' dinanzi alla Corte costituzionale: la «fatica dell'amministrare» tra disposizioni 'a tempo' e riforme in itinere</i>	89

SCHEDE

A. DI DOMENICO, <i>Applicazione della detenzione domiciliare sostitutiva in altro stato dell'Unione europea: una sentenza del tribunale di Siena</i>	103
G.L. GATTA, <i>Traffico di influenze illecite e riforma Nordio: il g.u.p. di Roma solleva questione di legittimità costituzionale nel processo per la fornitura delle mascherine cinesi (Covid)</i>	115
G. MENTASTI, <i>Centri per migranti in Albania: il punto sui 'paesi sicuri' dopo l'ultima mancata convalida e le recenti pronunce della Cassazione</i>	119
M. CRIPPA, L. PARSI, <i>I profili di responsabilità del generale libico Elmasry nel mandato di arresto della Corte penale internazionale</i>	125
G.L. GATTA, <i>La Cassazione sul nuovo art. 314 bis c.p.: continuità normativa con l'abuso d'ufficio distrattivo e nessuna interferenza con il peculato</i>	135
S. ZIRULIA, <i>Terra dei fuochi: violato il diritto alla vita degli abitanti. Prime osservazioni in ordine alle possibili ripercussioni sul diritto penale ambientale di una storica sentenza</i>	139
M. C. UBIALI, <i>Difesa dell'economia nazionale vs contrasto alla corruzione internazionale: l'Executive order di Trump</i>	149
G.L. GATTA, <i>Condanna a pena sostitutiva in abbreviato e mancata impugnazione: applicabile la sospensione condizionale in executivis dopo Corte cost. n. 208/2024? Dal tribunale di Monza soluzione affermativa (previo ripristino della pena detentiva sostitutiva)</i>	153
S. FINOCCHIARO, <i>"Garofalo e altri c. Italia": la Corte edu afferma la legittimità della confisca di prevenzione e ne riconosce, per la prima volta, la natura ripristinatoria</i>	157
G.L. GATTA, <i>Separazione delle carriere e riforma costituzionale della magistratura: 20 domande per un confronto e un dibattito aperto</i>	169

UN'INDAGINE GIURISPRUDENZIALE SULLA RILEVANZA DELLE RITRATTAZIONI NEI PROCESSI PER VIOLENZA DOMESTICA

di Edoardo Licata

Nei processi per maltrattamenti e, più in generale, per i reati di violenza di genere, la prova dichiarativa della vittima è centrale nell'accertamento della responsabilità dell'imputato. Diversamente da quanto si verifici ordinariamente, può accadere che la persona offesa, nelle more della deposizione, poiché legata all'imputato da un rapporto ambivalente o vinta dall'intervento perturbativo di pressioni peculiari, decida di ridimensionare o ritrattare quanto denunciato. Non tutte le influenze cui può essere sottoposta la persona offesa sono però sufficienti a configurare i presupposti applicativi previsti dall'art. 500 c.4 c.p.p., essendo questi confinati ai soli casi di "violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità". Dopo aver sottolineato il peso determinante riconosciuto alle ritrattazioni nei processi di violenza domestica ed esaminato i punti più controversi in merito all'applicazione della disciplina generale, l'articolo si propone di passare in rassegna le pressioni e circostanze ritenute sufficienti dalla giurisprudenza ad innescare il meccanismo acquisitivo di cui all'art. 500 c.4 c.p.p. Infine, si darà conto dello strumento che l'ordinamento processuale predispone per prevenire le interferenze illecite sopramenzionate, scongiurando rischi di vittimizzazione secondaria senza sacrificare il contraddittorio nella formazione della prova: l'incidente probatorio esperibile nei casi previsti dall'art. 392 c.1 bis c.p.p.

SOMMARIO: 1. La rilevanza delle ritrattazioni nei processi di violenza domestica. – 2. Difficoltà applicative dell'art. 500 c.4 c.p.p. ai casi di violenza domestica. – 3. Valutazione delle ragioni sottese alla ritrattazione. – 3.1. Riavvicinamento e riappacificazione. – 3.2. Violenza economica. – 3.3. Timore di subire ulteriori ritorsioni. – 3.4. Influenza di soggetti terzi. – 4. L'incidente probatorio e l'ascolto della persona offesa: vulnerabilità presunta o da accertare nel caso concreto? – 5. Conclusioni

1. La rilevanza delle ritrattazioni nei processi di violenza domestica.

“Vivi, vivi, ma appesa come sei, sfrontata, e perché tu non abbia miglior futuro, la stessa pena sarà comminata alla tua stirpe e a tutti i tuoi discendenti”, questa la punizione che nella mitologia Aracne riceve da Pallade per aver denunciato, con il ricamo, gli stupri e le violenze perpetrate con l'inganno dagli dèi¹. La denuncia pubblica di ciò che deve rimanere occultato viene stigmatizzata trasformando l'accusatrice in un ragno, dissuadendo altri dal perpetrare la medesima condotta. La “normalizzazione” della

¹ OVIDIO, *Metamorfosi*, libro VI, 135 – 138.

violenza si ripercuote nella difficoltà di portare sulla scena pubblica un fenomeno che si ritiene debba essere regolato in un contesto privato, protetto dall'intangibilità e dall'insindacabilità della coppia. Il descritto tessuto culturale fa sì che, nei processi aventi ad oggetto fatti di violenza domestica, capiti sovente che in fase dibattimentale la persona offesa decida di ridimensionare o ritrattare le dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o cristallizzate nella querela, indebolendo l'impianto probatorio a carico dell'imputato².

Da una recente analisi su procedimenti celebrati dal Tribunale di Milano e da altri Tribunali della Lombardia per il reato di maltrattamenti, è emerso come i giudizi di assoluzione siano formulati in ragione del *"peso determinante attribuito alle dichiarazioni della persona offesa"* deponendo nello stesso senso *"il comportamento riconciliante della vittima rappresentato dalla rimessione della querela (...) così come dalla ripresa della convivenza con il partner in precedenza denunciato"*³.

L'origine di tali ritrattazioni è spesso individuabile nei condizionamenti che la persona offesa subisce poiché legata all'imputato da un rapporto ambivalente o perché gravata dal timore di subire ritorsioni conseguenti ad una deposizione a suo carico⁴. Si tratta di pressioni ulteriori e diverse rispetto a quelle che ordinariamente derivano dall'assunzione della qualità di testimone e la loro incidenza può essere tale da indurre la persona offesa a dichiarare il falso.

Nel valutare le deposizioni con cui la vittima di violenza domestica ridimensiona o ritratta quanto denunciato, il giudice deve dunque esercitare il proprio libero convincimento valutando se e quali fattori abbiano inciso sulla testimonianza. La dissonanza tra le dichiarazioni originariamente rese e il contenuto della deposizione testimoniale può essere considerata alternativamente come sintomatica dell'assenza di credibilità del teste o frutto di interferenze illecite, idonee a minare la genuinità della testimonianza. Nel primo caso troverà applicazione la regola generale stabilita dall'art.

² In questi termini, C. DE ROBBIO, *La risposta giudiziaria all'emergenza della violenza di genere e la sfida della formazione in Giustizia insieme: "È infatti tristemente noto a chiunque si sia occupato di questa materia nelle aule giudiziarie l'esorbitante numero delle ritrattazioni delle accuse da parte delle vittime di violenza, che portano in moltissimi casi al verificarsi del binomio misura cautelare-sentenza di assoluzione, spia evidente di un andamento non fisiologico del procedimento penale"*. In relazione a casi di violenza sessuale M. LESKINEN, *The Istanbul Convention on sexual offences. A duty to reform the wording of national law or the way we think?* (a cura di) J. NIEMI, L. PERONI e STOYANOVA, in *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention*, Routledge, 2020, osserva come *"The withdrawal of charges or statements is a common feature between spouses, usually under pressure by the perpetrator"* - p. 149.

³ C. PECORELLA e M. DOVA, *La violenza nelle relazioni affettive: uno sguardo sulle prassi giudiziarie in Lombardia*, in *Donne e Violenza, Stereotipi culturali e prassi giudiziarie* (a cura di) C. PECORELLA, Giappichelli Editore, 2021, pag. 90.

⁴ MCQUIGG, R., *The Istanbul Convention, Domestic Violence and Human Rights* (1st ed.). Routledge, 2017, pag. 104 afferma che: *"In many cases, women who have suffered domestic violence do not want to have their assailants prosecuted for a variety of reasons, such as a belief that a prosecution will simply lead to an escalation of violence"*. Ulteriori ragioni sono state individuate da FRIEDMAN, *Autonomy, Gender, Politics*, Oxford University Press, 2003, pag. 141: *"On one hand, reasonable factors might lie behind her decision to stay, including the coercive environment in which she lives, the fear of losing custody of her children, incapacity to survive without the husband's financial resources. On the other hand, however, religious or moral norms might guide women to misunderstand what is happening to them"*.

500 c.2 c.p.p. secondo cui, dopo essere state lette per contestare il contenuto della deposizione, le dichiarazioni rese nella fase preliminare del processo possono essere utilizzate dal giudice solo al fine di valutare *“la credibilità del teste”*. Il secondo, invece, sarà regolato dal quarto comma della disposizione, determinando l’acquisizione al fascicolo dibattimentale delle dichiarazioni originariamente rese. Quest’ultima si muove nei confini tracciati dall’art. 111 c.5 Cost. che annovera il verificarsi di una *“provata condotta illecita”* tra le ipotesi idonee a determinare una deroga al generale principio del contraddittorio nella formazione della prova.

Con tecnica casistica, l’art. 500 c.4 c.p.p. elenca analiticamente le condotte idonee ad innescare l’operatività della regola eccezionale, ravvisandole nella *“violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità”* nei confronti del testimone.

Al ricorrere di tali ipotesi, il giudice è chiamato ad acquisire le dichiarazioni rese in fase di indagini preliminari al fascicolo dibattimentale e a ritenerle pienamente utilizzabili benché rese alla sola presenza del Pubblico Ministero o della polizia giudiziaria. Si tratta di circostanze eccezionali rispetto al generale principio di inutilizzabilità delle precedenti dichiarazioni e che, come tali, non possono essere oggetto di estensione analogica⁵. Il momento in cui si manifestano gli effetti della condotta illecita agita sul teste è dunque quello della deposizione testimoniale, caratterizzata da dichiarazioni dissonanti rispetto a quelle precedentemente rese e volte ad alleggerire la posizione dell’imputato.

La questione assume tratti ancor più controversi, anche in dottrina⁶, laddove la ritrattazione sia frutto di una scelta deliberata della vittima. Il desiderio della persona offesa di tutelare il soggetto maltrattante deve essere assecondato in ogni caso o deve essere sacrificato in nome della sua tutela? Al venir meno dell’interesse privato a perseguire e punire episodi di maltrattamenti dovrebbe corrispondere una contemporanea rinuncia all’accertamento e all’inflizione di responsabilità e sanzioni? Due ordini di ragioni conducono ad una risposta negativa. La prima è relativa alla perseguibilità d’ufficio del delitto di cui all’art. 572 c.p., sottratta alla disponibilità della persona offesa per precisa scelta di politica criminale⁷. La seconda argomentazione,

⁵ In proposito, si rinvia a P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, 22^a ed., Giuffrè, 2021, pp. 742 ss. Nello stesso senso P. FERRUA, *La dialettica regola-eccezioni nell’impianto dell’art. 111 Cost. in Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di) G. DI CHIARA, Giappichelli, 2009, pag. 21, secondo cui, in riferimento alla disciplina delle eccezioni di cui al comma 5 dell’art. 111 Cost. *“il legislatore ha l’obbligo di non estenderle oltre i confini tracciati dal precetto costituzionale e il medesimo impegno grava sul giudice con il divieto di interpretazione analogica”*.

⁶ MCQUIGG, R., *The Istanbul Convention*, cit., p. 104 sottolinea la difficoltà nel prendere posizione sul punto, evidenziando il delicato bilanciamento tra la necessità di punire il soggetto maltrattante e la rilevanza del consenso della vittima nel proseguire il procedimento a carico dello stesso. FRIEDMAN, *Autonomy, Gender, Politics*, cit., p. 149 avverte circa il pericolo che si annida nella mancata prosecuzione dei fatti di violenza domestica, giustificando la temporanea perdita di autonomia della vittima in nome di una più duratura.

⁷ Cfr. Cass., Sez. VI, 20 marzo 2023, n. 11733, si è espressa in questi termini sul punto: *“Va del resto rimarcato come il delitto di maltrattamenti, per precisa scelta di politica criminale del legislatore, non sia rimesso alla disponibilità di chi ne è vittima: militano in tal senso la condizione di vulnerabilità relazionale (oggettiva o soggettiva) in cui essa potrebbe trovarsi; il rischio di sottoposizione a pressioni o ritorsioni, volte a propiziare remissioni di querele; l’inviolabilità dei diritti che lede; la valutazione di particolare gravità delle condotte che meritano di essere soggette alla*

invece, è desumibile dalla normativa internazionale che impedisce di ricondurre le ritrattazioni della persona offesa nei processi di violenza domestica ad *“una frettolosa e generica instabilità e incomprensibilità, tale da inficiare l’intero impianto”*⁸. Particolare rilevanza assume a tal proposito l’art. 55 della Convenzione di Istanbul che obbliga gli Stati contraenti a proseguire i procedimenti penali *“anche se la vittima dovesse ritrattare l’accusa o ritirare la denuncia”*⁹. È evidente il *favor* della previsione verso l’adozione di misure che deresponsabilizzino la vittima rispetto al suo coinvolgimento nel processo, incoraggiando il ricorso a strumenti alternativi in base ai quali poter accertare la responsabilità dell’imputato¹⁰. Parimenti, osta all’operatività di qualsiasi automatismo, che non tenga conto delle circostanze del caso concreto, l’art. 22 della Direttiva 2012/29/UE, rubricato *“Valutazione individuale delle vittime per individuarne le specifiche esigenze di protezione”*. Di rilievo è il terzo comma della disposizione nella parte in cui impone agli Stati membri di compiere una valutazione individuale delle vittime, rivolgendo particolare attenzione a quelle che si trovino *“esposte per la loro relazione e dipendenza nei confronti dell’autore del reato. In tal senso, sono oggetto di debita considerazione le vittime (...) della violenza di genere, della violenza nelle relazioni strette”*¹¹.

Nonostante ciò, le ritrattazioni giocano un ruolo determinante nella definizione dei processi di violenza domestica. Una delle ragioni è senz’altro attribuibile alla difficoltà di addivenire ad un giudizio di colpevolezza in assenza della testimonianza della vittima per un reato che, generalmente realizzato all’interno delle mura domestiche alla sola presenza di aggredito e aggressore, difficilmente può essere provato altrimenti. Allo stesso tempo, però, non si può sottacere che l’attribuzione di una tale rilevanza alle ritrattazioni possa essere influenzata dall’antica concezione, non del tutto superata, che *«la famiglia è un’isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto»*¹². Quest’impostazione non appare più attuale sia alla luce della criminalizzazione della violenza di genere operata da fonti normative nazionali e sovranazionali, sia dalla giurisprudenza della Corte EDU, che ha rilevato come la qualificazione degli episodi di

repressione penale; la ciclicità che connota questo reato, con violenze che, dopo periodi di quiete, ben possono riprendere con pari o maggiore intensità”; M. LESKINEN, *The Istanbul Convention on sexual offences*, cit., p. 149: sottolinea come *“for the effective prosecution of sexual violence in marital and intimate relationships, provisions on ex officio prosecution are crucial”*.

⁸ Cfr. Cass., Sez. VI, 15 giugno 2023, n. 25841

⁹ Sul punto A. MONTESINOS GARCIA e I. MARARAVALL-BUCKWALTER, *Ex Parte and Ex Officio Proceedings, in Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, A Commentary on the Istanbul Convention*, (a cura di) S. DE VIDO e M. FRULLI, Elgar Commentaries in Human Rights series, 2023, p. 620 ss.

¹⁰ Una simile estensione dell’ambito d’indagine trova conferma anche nell’Explanatory Report, § 280 che raccomanda di raccogliere *“evidence such as substantial evidence, testimonies of witnesses, medical expertise”*.

¹¹ P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, in *Donne e Violenza, Stereotipi culturali e prassi giudiziarie* (a cura di) C. PECORELLA, Giappichelli Editore, 2021, pag. 42 individua nella valutazione individuale delle vittime dei reati e nella personalizzazione delle misure di protezioni degli strumenti per evitare la vittimizzazione secondaria.

¹² A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, p. 241; H. KENNEDY, *Misjustice, How british law is failing women*, Vintage, London, 2019, p. 86, riporta efficacemente come *“One of the biggest barriers to combatting domestic violence has been the split between what is perceived as public, and therefore the law’s business, and what is private, which shouldn’t concern the law at all”*.

violenza intrafamiliare alla stregua di una “*questione privata*”¹³ sia incompatibile con gli obblighi imposti dalla Convenzione. Segnatamente, è stato escluso che l’art. 8 della Convenzione potesse essere interpretato esclusivamente come un obbligo negativo di mera astensione dall’interferire nella vita privata degli individui delineando, piuttosto, un obbligo di intervento a tutela delle donne nei casi in cui siano vittime, proprio nella sfera privata, di violenze¹⁴. Nella sentenza V.C. c. Italia, la Corte EDU ha specificato come non sussistano dubbi sul fatto che violenze idonee a ledere l’integrità fisica e a destabilizzare lo svolgimento delle attività quotidiane pregiudichino la vita privata, rientrando nell’ambito di applicazione della disposizione. In particolare, la stessa “*rammenta di avere già dichiarato che l’integrità fisica e morale di un individuo è incorporata nella nozione di vita privata, che si estende anche ai rapporti degli individui tra loro. Del resto, sembra non esservi alcuna ragione di principio per considerare che le violazioni dell’integrità fisica sono escluse dalla nozione di «vita privata»*”¹⁵. Pertanto, il dovere di intervenire al fine di tutelare l’incolumità delle vittime permane anche laddove l’azione comporti un’interferenza nella loro vita privata o familiare¹⁶.

Parimenti, la Corte EDU ha stabilito che l’obbligo di tutela del diritto alla vita dei cittadini vittime di maltrattamenti non venga meno nei casi in cui questi decidano di ritrattare quanto denunciato o rimettere la querela. Coerentemente con quanto disposto dall’art. 55 della Convenzione di Istanbul, nel caso *Talpis c. Italia*¹⁷, le autorità italiane sono state ritenute responsabili della mancata protezione della vittima nonostante quest’ultima avesse ridimensionato le accuse nei confronti del marito precedentemente cristallizzate nella querela¹⁸.

2. Difficoltà applicative dell’art. 500 c.4 c.p.p. ai casi di violenza domestica.

La disposizione subordina l’acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali rese dal testimone all’accertamento di due elementi. Il primo è di natura oggettiva e si

¹³ Così C. Edu, *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, n. 71127/01, § 83: “*The authorities’ view that no such assistance was due as the dispute concerned a “private matter” was incompatible with their positive obligations to secure the enjoyment of the applicants’ Article 8 rights*”.

¹⁴ N. YESHWANT, *Domestic Violence against Male Same-Sex Partners in the EU with Special Reference to Refugee and Migrant Gay Men in Germany*, Springer, Cham, Switzerland, 2022, p. 76; nella dottrina di lingua italiana; M. BOSIO, *La violenza di genere al cospetto della Corte europea dei diritti dell’uomo, Tutela della donna donna: retrospettive e prospettive*, Key Editore, 2020, p. 193.

¹⁵ C. Edu, V.C. c. Italia, n. 54227/14, § 83.

¹⁶ In questi termini C. Edu, sez. III, 9 giugno 2009, *Opuz v Turchia*, n. 33401/02, § 144: “*Moreover, the Court reiterates that, in some instances, the national authorities’ interference with the private or family life of the individuals might be necessary in order to protect the health and rights of others or to prevent commission of criminal acts*”.

¹⁷ C. Edu, *Talpis c. Italia*, n. 41237/14 con commento di R. CONTI, *Violenze in danno di soggetti vulnerabili, tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte Edu, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, ric. n. 41237/14*, in *Quest. Giust.*, 23 marzo 2017.

¹⁸ Per il contenuto della ritrattazione si rimanda a P. DE FRANCESCHI, “*Violenza domestica: dal caso Rumor al caso Talpis cosa è cambiato nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo?* in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, 1, p.3.

estrinseca nella violenza, minaccia o promessa di denaro o altra utilità esercitata ai danni del teste, il secondo invece ne costituisce appendice teleologica e richiede che la condotta sia orientata a non fare deporre il teste o a fargli deporre il falso¹⁹.

Nel consentire l'acquisizione delle dichiarazioni originarie, il legislatore muove dall'assunto che, in quanto liberamente rese, queste debbano ritenersi più genuine e pertanto maggiormente idonee a garantire l'accertamento dei fatti contestati. Non diversamente rispetto a quanto accade secondo il regime ordinario delle contestazioni, le dichiarazioni più risalenti nel tempo assurgono a termine di paragone rispetto al quale valutare la veridicità delle seconde. Com'è stato osservato, si tratta di una massima d'esperienza ispirata all'*id quod plerumque accidit* la cui validità deve essere accertata nel caso concreto²⁰. È infatti rimessa all'ordinario apprezzamento del giudice la valutazione sulla credibilità del teste e sull'attendibilità delle dichiarazioni dallo stesso rese nel corso delle indagini preliminari²¹.

Affinché il procedimento incidentale previsto dalla norma si concluda con esito positivo, è sufficiente che sussistano "*elementi concreti*" per ritenere che una tra le condotte elencate si sia verificata, essendo rilevante qualunque elemento indicativo della intimidazione subita dal teste, purché connotato da "*precisione, obiettività e significatività*"²². Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, lo standard probatorio fissato dalla disposizione non può dunque ritenersi soddisfatto dal mero sospetto ma non è neppure così rigido da dover integrare il criterio b.a.r.d., richiesto soltanto per il giudizio di condanna.

Nei procedimenti relativi a casi di maltrattamenti, le interferenze più frequenti tra quelle menzionate dall'art. 500 c. 4 c.p.p. sono riconducibili ad episodi di violenza o minaccia ai danni della persona offesa. Tuttavia, in alcune circostanze, le ritrattazioni possono essere frutto di spinte utilitaristiche originate dalla promessa di denaro o altra utilità²³. Pur trattandosi di eventi di pericolo, i concetti di "*violenza*" o "*minaccia*", insieme alla subornazione, costituiscono un catalogo tassativo e devono essere interpretati

¹⁹ Sull'argomento S. CORBETTA, *Sub Art. 500 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, (a cura di) A. GIARDA e G. SPANGHER, (ed. VI), 2023, Tomo III, p. 396 ss.

²⁰ R. ORLANDI, *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.* in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di) G. DI CHIARA, cit., pag. 368

²¹ Cass., 23 giugno 1989, Imperiale: "*In generale va ribadito che per il principio della libertà dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice anche la sola deposizione della parte offesa, pur se ritrattata, può esser posta a base del giudizio di responsabilità, purché il giudice di merito spieghi nell'ambito degli elementi intrinseci e di quelli estrinseci, le ragioni sul piano logico e psicologico che l'hanno indotto a ritenere attendibili le accuse di siffatto testimone in posizione di antagonismo rispetto all'imputato*".

²² Cass., Sez. V, 26 giugno 2023, n. 27544 richiama i principi ermeneutici che sovrintendono l'applicazione dell'art. 500 c.4 c.p.p.: "*il procedimento incidentale diretto ad accertare gli elementi concreti per ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altra utilità al fine di non deporre o di deporre il falso, deve fondarsi su parametri di ragionevolezza e di persuasività, nel cui ambito può assumere rilievo qualunque elemento sintomatico dell'intimidazione subita dal teste, purché sia connotato da precisione, obiettività e significatività, secondo uno "standard" probatorio che non può essere rappresentato dal semplice sospetto, ma neppure da una prova "al di là di ogni ragionevole dubbio", richiesta soltanto per il giudizio di condanna*".

²³ *Ibid.* "*rivela la natura di "elemento concreto", indicatore della pressione esterna subita dal testimone (nel caso di specie, a matrice utilitaristica), anche l'atteggiamento stesso della persona offesa, assunto prima della testimonianza in dibattimento e nel corso delle indagini*".

restrittivamente in quanto eccezioni al principio di formazione della prova nel contraddittorio. Si tratta di ipotesi implicitamente contemplate dall'art. 111 c.5 Cost. e regolate con *"rigorosa tipicità"*²⁴ dalla legge ordinaria, rendendo irrilevanti circostanze diverse da quelle menzionate, anche se astrattamente idonee a minare la credibilità del teste²⁵.

Tuttavia, diversamente dall'orientamento finora delineato, in un processo di violenza sessuale, la Suprema Corte ha ritenuto che *"stante il carattere aperto della catalogazione contenuta nella stessa disposizione"* fatti di violenza o minaccia non costituissero gli unici elementi idonei ad alterare la genuinità della dichiarazione del teste, ben potendo rientrare nell'ambito di applicazione della norma anche *"qualsiasi altro elemento concreto"*, identificabile secondo parametri di ragionevolezza e persuasività²⁶. Alla luce di tali premesse, la pronuncia ha valorizzato il riavvicinamento o la riappacificazione della persona offesa all'imputato come elemento idoneo ad integrare il presupposto per l'applicazione dell'art. 500 c.4 c.p.p.

Dirimente è la valutazione del contesto in cui le ritrattazioni vengono rese, accertando nel corso del procedimento incidentale se il riavvicinamento o la riappacificazione siano manifestazione di libero arbitrio o dovuti a illecite condotte intimidatorie. I dati di contesto più comuni sono riconducibili a fatti di violenza economica²⁷, all'intenzione di sottrarsi a nuove violenze²⁸ o all'influenza di soggetti terzi²⁹. Qualora ci si trovi in presenza di una di queste circostanze, deve ritenersi

²⁴ Corte cost., n. 396/2002.

²⁵ S. MARTELLI, *Ritrattazione del testimone e "provata condotta illecita": una singolare pronuncia della Corte di Cassazione*, in Giur. it. 2007, f. 12, p. 2853.

²⁶ Cass, Sez. III, Sent., 21 novembre 2006, n. 38109.

²⁷ A tal proposito, Cass., Sez. III, 04 marzo 2015, n. 27117: *"Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto legittima l'acquisizione e l'utilizzazione delle originarie dichiarazioni di una testimone, che aveva accusato il convivente di vessazioni e di gravi episodi di violenza sessuale in danno dei figli minori, le quali erano state successivamente ritrattate in dibattimento senza l'indicazione di alcuna ragione e dopo la ripresa della convivenza, in un contesto di dipendenza economica dall'imputato"*.

²⁸ In tal senso, si sono espresse Cass., Sez. V, 18 maggio 2021 n. 8895 (in una fattispecie di reato di atti persecutori in cui la Corte ha ritenuto legittima l'acquisizione e l'utilizzazione delle originarie dichiarazioni della persona offesa che, dopo aver denunciato le reiterate condotte di violenza e minaccia subite, per paura di future ulteriori ritorsioni aveva ritrattato e ridimensionato in dibattimento le accuse contro il suo persecutore), nonché Cass., Sez. V, 4 maggio 2015, n. 27117 e Cass., Sez. III, 3 ottobre 2006, n. 38109 (in tema di violenza sessuale).

²⁹In una recente pronuncia, (Cass., Sez. VI, 22 agosto 2022, n. 31373), la Suprema Corte ha ritenuto che tale condizione di soggezione psicologica, desunta da precise circostanze di fatto, fosse idonea a viziare la deposizione dibattimentale della persona offesa e a determinare l'applicazione dell'art. 500 c.4 c.p.p. Nell'enunciare tale principio, la Suprema Corte ha ritenuto che il giudice di merito avesse correttamente motivato la ritenuta sussistenza dell'intimidazione valorizzando le diverse pressioni subite dalla teste, tali da porla in uno stato di soggezione psicologica idonea a viziare la deposizione dibattimentale. Tra gli altri, sono stati ritenuti elementi sufficientemente significativi e concreti: la costanza tra la versione cristallizzata nella querela e quella resa nel corso delle sommarie informazioni, qualche giorno dopo; la richiesta di accoglienza presso un centro antiviolenza in cerca di un rifugio per sé e per il figlio; la ritenuta influenza esercitata da una sorta di autorità morale che avrebbe operato nella comunità etnica di appartenenza della persona offesa in funzione di mediazione nelle tensioni familiari e, infine, l'interesse della querelante a scongiurare la disgregazione del nucleo familiare, temendo che ciò potesse indurre il coniuge a reazioni di

superata la soglia della mera “*sudditanza psicologica*”, di per sé inidonea a determinare l’applicazione dell’art. 500 c.4 c.p.p.³⁰. Precisi obblighi sovranazionali impongono infatti di valutare tali dichiarazioni alla luce del contesto complessivo, economico e familiare, in cui i fatti oggetto della deposizione si sono verificati, ostando all’operatività di un automatismo interpretativo che qualifichi le ritrattazioni come sintomo di assenza di credibilità o di volontà punitiva della persona offesa³¹. Centrale appare dunque l’esatta individuazione dei confini del bene giuridico che la disposizione mira a tutelare, ravvisabile nella “*libera autodeterminazione del dichiarante*”, così come dei concetti di “*violenza*” o “*minaccia*”, idonei a metterlo a repentaglio. Occorre in particolare passare in rassegna le peculiari pressioni cui può essere sottoposta una vittima di violenza domestica, individuando quelle ritenute sufficienti ad integrare i presupposti richiesti dall’art. 500 c.4 c.p.p. per derogare all’ordinario regime di formazione della prova.

3. Valutazioni delle ragioni sottese alla ritrattazione.

3.1. Riavvicinamento e riappacificazione.

In tema di lesioni aggravate intrafamiliari, il riavvicinamento o la riappacificazione tra vittima e autore del reato possono costituire un “*elemento concreto*”, idoneo ad incidere sulla genuinità della testimonianza ai sensi dell’art. 500 c.4 c.p.p., purché siano rilevati attraverso dati di contesto precisi, significativi ed obiettivi³². In materia di atti persecutori³³ e maltrattamenti³⁴, il riavvicinamento o la riappacificazione sono stati valorizzati congiuntamente alla circostanza che la persona offesa, non potendo rimettere la querela, potrebbe essere indotta a “*circoscrivere, limitare o revocare le dichiarazioni accusatorie in precedenza rese*”³⁵. Da un lato questo orientamento ha il merito di valorizzare adeguatamente il subdolo operare del ciclo della violenza e, in particolare, quello della c.d. “*fase della luna di miele*”³⁶. Dall’altro è stato oggetto di critiche per

più marcata aggressività.

³⁰ In questo senso Cass., Sez. II, 10 ottobre 2011, n. 36478, secondo cui “*la mera “sudditanza psicologica” del teste nei confronti dell’imputato non integra gli estremi dell’inquinamento probatorio tale da giustificare la piena utilizzabilità delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini*”.

³¹ Artt. 18 e ss. della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ratificata con L. n. 77 del 2013, detta Convenzione di Istanbul.

³² Cass., Sez. V, 26 giugno 2023, n. 27544.

³³ Cass., Sez. V, 4 marzo 2021, n. 8895.

³⁴ Cass., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 27117.

³⁵ Cass., Sez. V, 4 marzo 2021, n. 8895.

³⁶ Cfr. L.E. WALKER, *The battered woman* S4 (Harper 1980). Nella teoria della “*Battered woman syndrome*” la c.d. “*fase della luna di miele*” rappresenta il momento finale del ciclo di violenza che caratterizza una relazione maltrattante in cui il soggetto violento mostra rimorso e adotta un “*comportamento amorevole e contrito*” nel tentativo di convincere la donna che non le farà mai più del male. Il primo stadio è la “*fase di costruzione della tensione*”, in cui la vittima sperimenta attacchi fisici e verbali di minore intensità da parte del coniuge/amante. Durante questo periodo, la donna tende a minimizzare l’importanza degli eventi e a tranquillizzare l’aggressore. Il secondo stadio è la “*fase del maltrattamento*”, in cui il maltrattante agisce con

l'eccessiva dilatazione del concetto di "elementi concreti" richiamato dalla norma, non rinviando i fatti sintomatici presi in considerazione a condotte illecite o ad un contesto sociale notoriamente connotato in senso criminoso³⁷. Ciò che si lamenta in particolare è il mancato "accertamento di quel collegamento «univoco», «preciso» e «obiettivo» tra l'elemento di fatto dell'avvenuta riappacificazione e la violenza o minaccia subita dal teste che incide, di conseguenza, sulla genuinità dell'esame in dibattimento"³⁸.

Queste critiche appaiono superate alla luce del rigore con cui la giurisprudenza ricerca i dati di contesto rivelatori della natura di elemento concreto della riappacificazione e del riavvicinamento. Sancendo l'irrilevanza della sola "sudditanza psicologica" e di mere adesioni del "foro interno" a modelli omertosi e devianti, è stato scongiurato il rischio che il meccanismo acquisitivo delle dichiarazioni possa operare in presenza di mere supposizioni sul contesto ambientale-familiare vissuto dal teste al momento della deposizione. In altre parole, i dati di contesto valorizzati finiscono per coincidere con le condotte di violenza o minaccia richieste dalla norma o per determinare una situazione di condizionamento ambientale familiare tale da configurare i presupposti richiesti dall'art. 500 c.4 c.p.p.

3.2. Violenza economica.

In una decisione, si è ritenuto che il riavvicinamento e la riappacificazione della vittima alla famiglia dell'imputato costituissero l'elemento concreto richiesto dalla norma anche per ragioni di complessivo interesse economico-familiare³⁹. Segnatamente, il racconto della vittima in dibattimento, volto a scagionare l'imputato, è stato considerato inattendibile perché condizionato dalla necessità che l'imputato continuasse a lavorare per contribuire a pagare il mutuo sull'abitazione. In una diversa circostanza, la Suprema Corte ha ritenuto corretta l'acquisizione delle dichiarazioni predibattimentali, valorizzando, insieme al comportamento processuale della teste, la ripresa della convivenza e la dipendenza economica della vittima⁴⁰.

Nello stesso senso, al solo scopo di valutare credibile la testimone con riferimento alle accuse originarie, senza utilizzarne però il contenuto a fini probatori, sono stati valutati i seguenti dati di contesto: (i) "la volontà di resistere all'interno della relazione maltrattante, nonostante il persistente timore per l'incolumità personale propria e dei figli" (ii) "la difficoltà, se non l'impossibilità, di sottrarsi all'uomo violento nonostante il terrore di esserne

violenza fisica e verbale accresciuta nei confronti della donna. La terza, come detto, è la "fase della luna di miele".

³⁷ R. ORLANDI, *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza* (a cura di) G. DI CHIARA, cit., pag. 377;

³⁸ S. MARTELLI, *Ritrattazione del testimone e "provata condotta illecita": una singolare pronuncia della Corte di Cassazione*, cit., p. 2853.

³⁹ Cass., Sez. V, 26 giugno 2023, n. 27544.

⁴⁰ Cass., Sez. III, 30 giugno 2015, n. 27117.

uccisa, ma soprattutto per l'assenza di autonomia economica"; (iii) infine il rientro nella relazione, dopo avere tentato di uscirne, anche per assenza di una effettiva tutela"⁴¹.

Queste pronunce sono perfettamente conformi al dato normativo, se nel concetto di violenza di cui all'art. 500 c.4 c.p.p. si riconduce anche quello di violenza economica⁴². Nel caso in cui la vittima di maltrattamenti sia una donna non economicamente autosufficiente che non gode di sostegno da parte della famiglia d'origine, la privazione di risorse monetarie costituisce un forte ostacolo a denunciare quanto subito e a interrompere la relazione⁴³. Laddove vengano accertate azioni od omissioni idonee ad influire sulla sopravvivenza economica della vittima o dei figli, congiuntamente al riavvicinamento o alla riappacificazione, si potrà dunque ritenere che il testimone sia stato sottoposto a violenza e che le ritrattazioni, al pari del riavvicinamento o riappacificazione, costituiscano la conseguenza di tale condotta.

3.3. *Timore di subire ulteriori ritorsioni.*

Risultano parimenti rilevanti e sussumibili nell'ambito di applicazione dell'art. 500 c.4 c.p.p. le pressioni subite dalla persona offesa nell'ambito di processi per il reato di atti persecutori e maltrattamenti che, dopo aver denunciato reiterate condotte di violenza e minaccia subite, decida di ritrattare e ridimensionare in dibattimento le accuse contro il suo persecutore. In una recente pronuncia, la Suprema Corte ha valorizzato la circostanza che l'imputato avesse approfittato della condizione di inferiorità psicologica e fisica della persona offesa per indurla a ridimensionare le accuse a suo carico. Diversi gli elementi da cui è stato desunto il clima intimidatorio cui è stata sottoposta la teste al momento della deposizione: *"dalla numerosa messaggistica e dalla certificazione medica"* fino *"alle stesse dichiarazioni dell'offesa che, in dibattimento, pur in sede di ritrattazione, ha dichiarato che "...a me hanno dato fastidio le minacce..."*⁴⁴. Oltre a far ritenere poco credibile il tentativo di ridimensionamento della persona offesa, tali convergenti fonti di prova hanno permesso di accertare la responsabilità dell'imputato.

⁴¹ Cass., Sez. VI, 15 giugno 2023, n. 25841.

⁴² La definizione del fenomeno è rinvenibile nell'art. 3 della Convenzione di Istanbul che annovera tra le forme di violenza contro le donne *"tutti gli atti di violenza fondati sul genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura (...) economica"*. Inoltre, a dimostrazione della correlazione tra dipendenza economica e verificarsi di episodi di maltrattamenti, tra gli obblighi di protezione che la Convenzione pone sullo Stato figura quello di proteggere le vittime da ulteriori atti di violenza attraverso misure che *"mirino ad accrescere l'autonomia e l'indipendenza economica delle donne vittime di violenze"* (art. 18). Nella normativa nazionale, l'art. 90 *quater* c.p.p. riconosce che lo stato di vulnerabilità possa essere generato da dipendenza psicologica o economica della vittima.

⁴³ M.R. GARIJO *"La violenza economica. Il ruolo degli Stati e delle imposte"* in *La violenza di genere dal Codice Rosso al Codice rosso. Un itinerario di riflessione plurale attraverso la complessità del fenomeno*, (a cura di) B. PEZZINI e A. LORENZETTI, Torino, Giappichelli 2020, pag. 148.

⁴⁴ In tal senso, si sono espresse Cass., Sez. V, 18 maggio 2021, n. 8895 (in una fattispecie di reato di atti persecutori).

3.4. L'influenza di soggetti terzi.

Talvolta, la condizione di soggezione psicologica in cui versa la vittima al momento della deposizione è determinata dall'influenza di soggetti terzi, spesso appartenenti alla famiglia d'origine dell'imputato o della persona offesa oppure riconosciuti come *"autorità morale che opera nella comunità etnica di appartenenza in funzione di mediazione nelle tensioni familiari"*⁴⁵. È condivisa in dottrina e in giurisprudenza l'idea che la minaccia, la violenza o la subornazione rilevino anche se provenienti da soggetti diversi dall'imputato⁴⁶. Più controversa appare, invece, la qualificazione delle pressioni esercitate da quest'ultimi come condizionamento idoneo a legittimare l'acquisizione delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari ex art. 500 c.p.p.

Il giudizio circa l'assenza di credibilità della ritrattazione è dipeso, in un caso, dal ricorrere congiunto della prosecuzione della convivenza tra i coniugi, della condizione di fragilità della donna, anche per la presenza di un figlio disabile e dell'*"intervento pacificatore"* delle famiglie d'origine, particolarmente incisivo a cagione del vincolo di parentela che legava le rispettive madri⁴⁷. Le pressioni delle famiglie d'origine, unitamente agli altri elementi, hanno concorso a determinare un condizionamento idoneo ad inficiare la credibilità della ritrattazione. Di particolare pregio è la duplice prospettiva da cui la Suprema Corte esamina le ritrattazioni, distinguendo il punto di vista soggettivo, relativo alle motivazioni delle ritrattazioni, da quello oggettivo, volto a mettere in risalto *"la mancanza di spiegazioni plausibili in ordine alla originaria denuncia-querela o deposizione accusatoria o querela, le caratteristiche dettagliate e puntuali delle prime dichiarazioni ed i riscontri obiettivi alle stesse"*⁴⁸. L'esame della ritrattazione dal punto di vista soggettivo risulta ancor più rilevante se, come nel caso di specie, i contenuti dichiarativi resi dalla persona offesa siano stati acquisiti su accordo delle parti e successivamente ritrattati dalla stessa. In questa ipotesi, secondo l'insegnamento giurisprudenziale: *"il giudice può legittimamente assegnare peso probatorio alle prime dichiarazioni che siano state acquisite al fascicolo del dibattimento su consenso delle parti, (...), purchè eserciti su queste un controllo più incisivo, possibilmente esteso ai motivi della variazione del dichiarato, potendo anche giungere a ritenere che la ritrattazione inattendibile o mendace si traduce, proprio perchè tale, in un ulteriore elemento di conferma delle accuse originarie"*⁴⁹. Pur in assenza di specifiche condotte di violenza o minaccia, si attribuisce maggior valore indiziante ai fatti sintomatici sopramenzionati rispetto a quanto se ne darebbe se fossero commessi in un diverso ambiente e contesto sociale.

⁴⁵ Cass., Sez. VI, 22 agosto 2022, n. 31373.

⁴⁶ Sulla rilevanza della condotta illecita a prescindere dall'autore C. CONTI, *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita (art. 111 comma 5 Cost.)*, in Cass. Pen., 2001, p.1057 ss. In giurisprudenza, Cass., Sez. II, 4 settembre 2018, n. 39716: *"l'acquisizione delle dichiarazioni precedentemente rese, ai sensi dell'art. 500 c.p.p., comma 4, è determinata dall'apprezzamento di situazioni di compromissione della genuinità dell'esame che non necessariamente deve ricollegarsi ad un fatto attribuibile all'imputato"*.

⁴⁷ Cass., Sez. III, 31 agosto 2021, n. 32379.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cass., Sez. IV, 12 gennaio 2016, n. 4100.

Nello stesso solco, si inserisce una diversa pronuncia che ha attribuito valore ai "riti woodoo", veicolo di sottomissione psicologica, praticati in un ambito di provato sfruttamento della prostituzione delle vittime, al fine di indurre le persone offese a ritrattare quanto denunciato. Ancora una volta, nonostante il ricorso a maledizioni non integri la condotta di minaccia prevista dal Codice penale, la Suprema Corte, accertato il contesto ambientale di provenienza, più che sul mezzo utilizzato si sofferma sul risultato che è in grado di produrre: la sottomissione in forza del gravissimo turbamento psicologico provocato⁵⁰.

Il riavvicinamento o la riappacificazione assurgono dunque ad "elemento concreto" tenuto conto che i dati di contesto richiamati concorrono ad instaurare un clima intimidatorio tale da indurre la teste a ritrattare, qualificando le dichiarazioni "scagionanti" come condotta coartata dalla necessità di sottrarsi alle ritorsioni dei membri del nucleo familiare o di soggetti terzi.

4. L'incidente probatorio e l'ascolto della persona offesa: vulnerabilità presunta o da accertare nel caso concreto?

La disamina non sarebbe completa se non si desse conto dello strumento che l'ordinamento processuale predispone per prevenire le interferenze illecite sopramenzionate, scongiurando rischi di vittimizzazione secondaria senza sacrificare il contraddittorio nella formazione della prova. Il riferimento è all'incidente probatorio esperibile nei casi previsti dall'art. 392 c.1 bis c.p.p., posto a tutela delle vittime di reati di violenza domestica, di atti persecutori, di gravi forme di aggressione della personalità e libertà che coinvolgono la sfera sessuale. La disposizione prevede che, per i reati ivi elencati, si proceda all'assunzione della testimonianza della persona offesa con incidente probatorio anche al di fuori delle ipotesi di grave impedimento o minaccia. La deroga alla formazione della prova in dibattimento, nel contraddittorio delle parti e davanti al giudice chiamato a decidere, è giustificata dall'esigenza di evitare il rischio di vittimizzazione secondaria e dalla volontà di garantire la genuinità della prova che, con il passare del tempo, potrebbe essere compromessa dai condizionamenti finora esaminati.

Il riconoscimento della vulnerabilità che di regola connota la persona offesa di tali reati non è dunque esclusivamente volto alla sua tutela "dal processo", ma viene in rilievo anche per far sì che tale particolare *status* non diventi il punto in cui aprire una breccia per ostacolare il regolare accertamento dei fatti contestati⁵¹. Per determinare il livello effettivo di tutela garantito alle vittime vulnerabili è però necessario stabilire se la norma conceda al giudice che riceve la richiesta di incidente probatorio un potere discrezionale nel decidere se assumere la testimonianza o se, al contrario, l'incidente

⁵⁰ Cass., Sez. III, 17 maggio 2021, n. 19155.

⁵¹ Sul tema della vulnerabilità con riguardo al procedimento penale L. PARLATO, *Vulnerabilità e processo penale*, in *La fragilità della persona nel processo penale*, (a cura di) G. SPANGHER e A. MARANDOLA, Giappichelli, 2021, p. 427 ss. e L. ALGERI, *Il testimone vulnerabile tra esigenze di protezione "dal" processo e diritto alla prova*, in *Diritto Penale e Processo* 1/2020, p. 135 ss.

probatorio costituisca automatica conseguenza del verificarsi dei presupposti previsti dall'art. 392 c.1 *bis* c.p.p., la cui esistenza il giudice si deve limitare ad accertare⁵².

Sul punto si sono delineati nel tempo due orientamenti: il primo⁵³ depone nel senso dell'abnormità del diniego opposto dal g.i.p. alla richiesta di assunzione della prova; il secondo, invece, pur riconoscendo i numerosi interventi del legislatore a tutela delle vittime del reato, la esclude⁵⁴.

Il primo filone giurisprudenziale si fonda sull'assunto che, nei casi previsti dall'art. 392 c.1 *bis* c.p.p., l'interesse ad evitare la vittimizzazione secondaria della persona offesa vulnerabile debba ritenersi prevalente sul principio generale di formazione della prova in dibattimento. Segnatamente, la Suprema Corte ritiene irragionevole *"invocare quest'ultimo valore, di carattere squisitamente processuale, per sacrificare il primo, di carattere sostanziale e giudicato ex lege preminente"*⁵⁵. In secondo luogo, l'illegittimità del provvedimento di diniego costituirebbe naturale conseguenza del dovere di ottemperare agli obblighi pattizi assunti dallo Stato in materia di tutela della vulnerabilità delle vittime di reati di violenza domestica, di condotte persecutorie, di gravi forme di aggressione della personalità e libertà che coinvolgono la sfera sessuale. Solo per citare le più rilevanti disposizioni in materia, la previsione dell'art. 392 c.1 *bis* c.p.p. ha permesso di attuare gli articoli 18 e 20 della Direttiva 2012/29/UE, norme volte a regolare l'ascolto del dichiarante vulnerabile nel processo e incentrate sulla necessità di sentire il testimone in termini più precoci possibili e di evitare superflue ripetizioni del narrato. Particolare rilevanza assume l'art. 18 della Convenzione di Istanbul che, tra gli obblighi generali a carico degli Stati, pone quello di adottare misure che *"mirino ad evitare la vittimizzazione secondaria"*.

Ciò premesso, la giurisprudenza aderente a questo orientamento ha concluso per l'esclusione di qualsiasi potere discrezionale da parte del giudice cui venga formulata la richiesta di incidente probatorio nei casi finora esaminati. In particolare, non si è ravvisata alcuna deroga al principio generale secondo cui *"a fronte del diritto alla prova a richiesta di parte, fatta salva l'assenza delle condizioni previste dalla disciplina che consente il ricorso allo strumento anticipato di assunzione, si prevede l'obbligo di ammissione da parte del giudice, cui compete soltanto la possibilità di escludere le prove vietate dalla legge e quelle che manifestamente sono superflue o irrilevanti"*⁵⁶. Pur essendo astrattamente previsto un potere di controllo anche nei casi contemplati dall'art. 392 c.1 *bis* c.p.p., il suo concreto esercizio risulterebbe precluso nel caso in cui la prova di cui si richiede l'assunzione sia la testimonianza di una vittima di violenza sessuale, difficilmente qualificabile come

⁵² Nel senso di un necessario riconoscimento di discrezionalità in capo al GIP, R. CREPALDI, *La discrezionalità del giudice nell'ammissione dell'incidente probatorio atipico: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in *Quest. giust.*, 5 febbraio 2021.

⁵³ Cass., Sez. III, 26 luglio 2019, n. 34091 e Cass. pen., Sez. III, Sent., 22 novembre 2019, n. 47572 richiamate da P. DI NICOLA TRAVAGLINI in *Il divieto di vittimizzazione secondaria*, cit., pag. 44.

⁵⁴ Per una rassegna giurisprudenziale sui due orientamenti si rimanda a P. DI GERONIMO, *Questioni controverse nella giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.*, 2023, n. 11, p. 3528 ss.

⁵⁵ Cass., Sez. III, 22 novembre 2019, n. 47572.

⁵⁶ Cass., Sez. III, 26 luglio 2019, n. 34091 con nota di A. DE FRANCESCO, *Abnorme il rigetto del GIP della richiesta di incidente probatorio della vittima di violenza sessuale*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.140, 2019, pag. 4.

irrilevante. Tutto ciò premesso, si ritiene che il provvedimento di rigetto sia viziato da abnormità strutturale per il suo contenuto.

Un diverso orientamento⁵⁷, attualmente maggioritario, nega che debba essere riconosciuta l'abnormità del diniego di rigetto della richiesta di incidente probatorio.

Contestualmente, si riconosce un potere discrezionale in capo al g.i.p. esteso anche alla valutazione della vulnerabilità in concreto nelle ipotesi previste dall'art. 392 c.1 *bis* c.p.p., escludendo che da tale disposizione derivi un automatismo *"tale da imporre la necessaria assunzione delle prove dichiarative in sede di incidente probatorio"*⁵⁸. Un primo argomento a sostegno di questa tesi è di natura letterale, valorizzando la scelta legislativa di formulare in termini meramente potenziali il ricorso a tale strumento (*"il pubblico ministero o la persona sottoposta ad indagini possono chiedere"*), da cui originerebbe un altrettanto discrezionale potere del g.i.p. nella valutazione circa la sussistenza dei presupposti e condizioni del richiesto istituto. A ciò si aggiunge che, nonostante i numerosi interventi normativi a tutela delle vittime di reato, le modifiche non hanno interessato l'art. 398 c.1 c.p.p., lasciando immutato l'ordinario rapporto dialettico tra pubblico ministero e g.i.p. anche nei casi di cui all'art. 392 c. 1 *bis* c.p.p.⁵⁹

Anche gli obblighi internazionali citati dall'orientamento avverso vengono interpretati diversamente, riconoscendo che siano volti a evitare il fenomeno della vittimizzazione secondaria ma escludendo, al contempo, che possano essere esclusivamente adempiuti attraverso il ricorso all'incidente probatorio⁶⁰.

Con un'interpretazione dagli effetti esattamente opposti a quelli soprarichiamati, in una pronuncia si è sostenuto che proprio dall'art. 22 della Direttiva 2012/29/UE discenderebbe l'obbligo di verificare, caso per caso, se si sia in presenza o meno di una vittima vulnerabile, condizione incompatibile con qualsiasi automatismo che preveda di procedere all'assunzione dell'incidente probatorio sulla base della sola previsione normativa⁶¹. Limitatamente a quest'ultimo aspetto, occorre però sottolineare come la valutazione individuale delle vittime di cui all'art. 22 della richiamata direttiva, sia volta a far emergere specifiche esigenze di protezione, cui far fronte con le misure speciali previste dagli articoli 23 e 24, aventi ad oggetto le modalità di ascolto del dichiarante vulnerabile (relative, *ex multis*, alla predisposizione di locali adatti allo scopo, di strumenti di registrazione audiovisiva, alla formazione degli interlocutori della vittima etc.)⁶². È dall'art. 20 l. b) della richiamata direttiva che invece deriva l'obbligo di limitare al minimo il numero delle audizioni della vittima, da svolgersi, salvi i diritti della difesa

⁵⁷ Cass., Sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 46109 e Cass. Sez. VI, 15 luglio 2020, n. 24996.

⁵⁸ Cass., Sez. III, 12 novembre 2021, n. 41171.

⁵⁹ In questi termini, *ibidem*: *"Non si ravvisano ragioni che autorizzino a creare un tipo d'incidente probatorio "speciale" in casi di reati della sfera sessuale. È significativo che nella L. 27 settembre 2021, n. 134, recante la "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizione per la celere definizione dei procedimenti giudiziari" non vi sia alcuna norma che modifichi l'incidente probatorio, mentre la vittima acquisisce un diverso e più ampio spazio, nel diverso contesto della giustizia riparativa"*.

⁶⁰ Cass., Sez. I, 21 novembre 2023, n. 46821.

⁶¹ Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 46109.

⁶² Art. 22: *"(...) to identify specific protection needs and to determine whether and to what extent they would benefit from special measures in the course of criminal proceedings, as provided for under Articles 23 and 24"*.

e nel rispetto della discrezionalità giudiziale, solo se strettamente necessarie ai fini dell'indagine penale. Ad ogni buon conto, anche nella valutazione individuale di cui all'art. 22 della direttiva, è centrale il tipo, la natura, la gravità e l'eventuale matrice di genere del delitto, presupposti alla luce dei quali non sembra condivisibile la conclusione secondo cui: *“un' interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 392 c.p.p., comma 1-bis, esclude che possa configurarsi un obbligo di accogliere la richiesta di procedere a incidente probatorio tutte le volte in cui ci si trovi al cospetto di una vittima dei reati tassativamente indicati nello stesso⁶³”*.

Ad avviso di questo orientamento, ulteriori argomenti deriverebbero dal principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, enunciato dall'art. 568 c.p.p., e dalla successiva impossibilità di definire abnorme il provvedimento di rigetto dell'incidente probatorio.

In assenza di previsione normativa, l'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio è inoppugnabile e, al contempo, non è abnorme trattandosi di provvedimento che non determina la stasi del procedimento, potendo le dichiarazioni essere raccolte in dibattimento o *ex art. 362 c.p.p.*, nè si pone fuori dal sistema processuale, essendo rimesso al giudice il potere discrezionale di decidere sulla fondatezza dell'istanza. È in questa fase che il giudice è chiamato ad accertare la vulnerabilità in concreto della vittima, rigettando la richiesta di incidente probatorio qualora tale condizione venga ritenuta inesistente o il contributo probatorio della testimonianza marginale. In altre parole, la deroga di cui all'art. 392 c.1 *bis* c.p.p. atterrebbe esclusivamente alla non rinviabilità della testimonianza, non estendendosi ad ulteriori profili. Date tali premesse, in un processo per 612 *bis* c.p.p., *“in ragione della maggiore età, dell'inserimento sociale della vittima e della reazione opposta alla condotta delittuosa (presenza in atti di una consapevole denuncia-querela dei fatti delittuosi con relativi allegati)”*, si è ritenuta inesistente la condizione di vulnerabilità della vittima e immune da censure l'ordinanza di rigetto di incidente probatorio avanzata⁶⁴. Allo stesso fine, una donna vittima di maltrattamenti è stata ritenuta non vulnerabile in ragione della: *“maggiore età, del suo inserimento nel tessuto sociale, del divorzio intervenuto con l'imputato, dell'applicazione congiunta di misure cautelari personali disposta nei confronti dell'indagato e della reazione opposta della persona offesa all'imputato nell'episodio che aveva condotto al suo arresto”*⁶⁵.

L'indagine volta ad accertare in concreto la vulnerabilità della vittima non è tuttavia contemplata né richiesta dalla norma che, al contrario, in ragione della gravità dei reati tassativamente elencati, ritiene possa essere presunta. Questo è quanto di recente affermato dalla Suprema Corte nel ritenere abnorme un provvedimento di rigetto di incidente probatorio, per l'assunzione della testimonianza di persone offese del delitto di cui all'art. 612 *bis* c.p. ⁶⁶ Il riconoscimento *ex lege* della condizione di vulnerabilità in capo alle persone offese dei reati elencati nell'art. 392 c.1 *bis* c.p.p.

⁶³ Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 46109.

⁶⁴ Cass., Sez. I, 21 novembre 2023, n. 46821.

⁶⁵ Cass., Sez. VI, 16 dicembre 2021, n. 46109.

⁶⁶ Cass., Sez. II, 06 luglio 2023, n. 29363.

limiterebbe il perimetro di discrezionalità giudiziale, tanto da escludere la necessità di alcuna mediazione⁶⁷. Il giudice sarebbe dunque chiamato a tenere in debita considerazione le ragioni che hanno indotto il legislatore a consentire il ricorso all'incidente probatorio, ritenendole soccombenti solo in presenza di cogenti ragioni che è tenuto ad esplicitare nella motivazione. Nel caso di specie, il rilievo che gli atti persecutori risultassero assorbiti negli ulteriori delitti contestati di rapina e di estorsione, che non avrebbero consentito l'anticipazione della testimonianza, anche in ragione dell'età dei dichiaranti e della natura economica dei fatti denunciati, è stato ritenuto in contrasto con la *ratio* dell'istituto, determinando l'abnormità funzionale per carenza di potere in concreto del provvedimento in quanto frutto di esercizio arbitrario della discrezionalità.

La questione intorno alla quale si sono sviluppati gli orientamenti appena ricostruiti è stata rimessa alle Sezioni Unite che, ricomponendo il contrasto⁶⁸, si sono pronunciate nel senso dell'abnormità e dell'impugnabilità del provvedimento con cui il giudice *“rigetti la richiesta di incidente probatorio, avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, comma 1-bis, primo periodo, cod. proc. pen., motivato con riferimento alla non vulnerabilità della persona offesa e alla rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti presunti per legge”*⁶⁹.

5. Conclusioni.

Il fenomeno delle ritrattazioni risulta particolarmente interessante non solo per la frequenza e la rilevanza con cui si manifesta ma anche per la moltitudine di istanze, spesso contrapposte, che si fronteggiano. La complessità del tema origina, prima di tutto, dall'ambiguità delle condotte degli attori coinvolti. La vittima, non riconoscendosi come tale o decidendo di rimanere all'interno della relazione maltrattante, ritiene di aver instaurato una situazione di equilibrio che non vuole vedere compromessa dagli effetti di una sentenza di condanna. A ciò si aggiunge, da un lato, l'insopprimibilità delle garanzie dell'imputato rappresentate dalla rigorosa tipizzazione delle eccezioni al principio della formazione della prova nel contraddittorio e, dall'altro, l'assoluta centralità della prova dichiarativa nei processi di violenza domestica che inchioda la vittima alle sue responsabilità di testimone. Punto d'incontro è rappresentato dalle convergenti esigenze di tutela della genuinità della prova e dalla protezione della persona offesa da fenomeni di vittimizzazione secondaria. A tal fine, è essenziale evitare

⁶⁷ *Ibidem* in questi termini: *“Mentre il riconoscimento della condizione di vulnerabilità “atipica” implica l'esercizio di un ampio margine di discrezionalità, tale margine si annulla quando si verte in casi di vulnerabilità “presunta”, poichè in tali casi la vulnerabilità è riconosciuta “direttamente” dal legislatore e non necessita di alcuna mediazione giudiziale”*.

⁶⁸ Per un commento sull'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite, F. MARCHETTI, *Rimessa alle Sezioni Unite la questione dell'impugnabilità dell'ordinanza reiettiva della richiesta di assunzione anticipata della prova ex art. 392, comma 1-bis c.p.p.*, in questa [Rivista](#), 10 ottobre 2024.

⁶⁹ Cass., sez. un., 12 dicembre 2024, informazione provvisoria n. 18/2024

che, nell'accertare l'esistenza di una "*condotta illecita*" tale da influenzare la testimonianza, si conduca una valutazione frazionata delle dichiarazioni che ometta di tenere adeguatamente in considerazione il contesto e i condizionamenti ambientali che possono aver influito nella scelta di ritrattare. Parimenti meritevole appare l'intento dell'orientamento giurisprudenziale che propugna l'impugnabilità per abnormità del provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio ai sensi dell'art. 392 c. 1 *bis* c.p.p. Tuttavia, nonostante l'intervento dirimente delle Sezioni Unite, vista la diversa interpretazione invalsa nella giurisprudenza, sembrerebbe auspicabile, *de iure condendo*, una modifica normativa che chiarisca i limiti del potere discrezionale attribuito al giudice nel decidere in merito all'istanza, scongiurando così ambiguità circa la specialità dell'ipotesi, strumentale all'effettività della tutela del dichiarante vulnerabile.

IL WHISTLEBLOWER ANONIMO: UNA NOVITÀ PASSATA (QUASI) INOSSERVATA DELLA NORMATIVA DI RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA EUROUNITARIA

di Raffaele Cantone

L'istituto del whistleblowing è stato (timidamente) introdotto nell'ordinamento nazionale, quale strumento di tutela dell'integrità della pubblica amministrazione, con la cd. "legge Severino" del 2012, intervenuta con un approccio minimalista, innestandone la disciplina in soli quattro commi del nuovo articolo 54-bis del "Testo unico del pubblico impiego". Successivamente, ha trovato più ampia regolamentazione con la legge n. 179 del 2017, che ne ha esteso l'applicazione anche al settore privato. Da ultimo, con il decreto legislativo n. 24/2023, in attuazione della direttiva europea n. 1937 del 2017, è stata adottata una disposizione normativa organica finalizzata a una maggiore tutela del segnalante, introducendo la possibilità di rendere noti illeciti a sua conoscenza anche in modo anonimo e ricevere, se in seguito identificato e vittima di ritorsioni, una tutela analoga a quella riservata al whistleblower che dichiara (da subito) le proprie generalità. Lo scritto esamina la disposizione in questione, ad oggi passata quasi sotto silenzio, individuandone le problematiche applicative e i possibili effetti sull'intero sistema che, nelle originarie intenzioni, avrebbe dovuto promuovere la cultura della trasparenza e della legalità, squarciando il velo dell'omertà.

SOMMARIO: 1. Il *whistleblowing* nello scenario internazionale – 2. Il primo approccio del legislatore italiano; le normative del 2012 e del 2017 – 3. Le scelte della direttiva eurolunitaria n. 1937/2019 – 4. Il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24 di recepimento della direttiva – 5. Il regime giuridico delle segnalazioni anonime; il comma 4 dell'art. 16 del d.lgs. n. 24 del 2023 – 6. I presupposti per poter beneficiare delle misure di protezione – 7. Considerazioni conclusive

1. Il *whistleblowing* nello scenario internazionale.

La parola inglese *whistleblowing*, derivante dalla locuzione "to blow the whistle" (che si traduce letteralmente "soffiare il fischiello")¹ è entrata a pieno titolo nel

¹ L'espressione *to blow the whistle* al di là del significato letterale si comprende riferendosi al contesto nel quale l'azione descritta si svolge e, in particolare, al poliziotto inglese (il famoso *bobby*) che fischia se si avvede della commissione di un illecito; il fischiare, quindi, rappresenta un modo per richiamare l'attenzione altrui.

linguaggio internazionale (ma anche in quello nazionale) per indicare la segnalazione di illeciti da parte di chi ne sia venuto a conoscenza, soprattutto nel luogo di lavoro².

Ritenendo tali informazioni utili per il contrasto a fenomeni di illegalità, alcune legislazioni hanno pensato, già anni fa, di incoraggiarle o premiando i loro autori, i cd *whistleblower* o, quantomeno, apprestando loro forme di tutela contro eventuali atti di discriminazione che potessero subire per la loro scelta collaborativa.

La primogenitura di una regolamentazione di tal tipo spetta indiscutibilmente agli Stati Uniti d’America che ne adottarono una prima versione fin dai tempi della guerra civile con il varo, sotto la presidenza di Abraham Lincoln, del *False Claims Act* (1863), teso a contrastare le condotte fraudolente dei fornitori di munizioni e altro materiale bellico attraverso le segnalazioni dei cittadini, cui venivano riconosciuti premi in denaro.

La legislazione statunitense si è poi, via via, implementata con ulteriori interventi nel corso degli anni che ne hanno esteso l’applicazione ad altri ambiti, in particolare a quelli lavorativi, per ottenere informazioni su illeciti commessi nelle amministrazioni pubbliche o nelle aziende private da parte di lavoratori, cui venivano assicurate misure di protezione contro possibili vessazioni³.

Fra i primi Paesi ad essere ispirati dagli USA, il Regno Unito, sia pure molto tempo dopo, nel 1998 aveva varato il *Public Interest Disclosure Act* (PIDA), che riconosce ai lavoratori latori di notizie di illeciti strumenti di protezione contro possibili ritorsioni di cui dovessero rimanere vittima.

L’istituto deve, però, la sua fortuna alle Organizzazioni internazionali che lo hanno adottato nelle loro Convenzioni come strumento di lotta al crimine e soprattutto alla corruzione⁴.

In particolare, ne fa menzione la Convenzione civile contro la corruzione del Consiglio d’Europa del 1999 nell’art. 9, intitolato “Tutela dei dipendenti”, richiedendo agli Stati membri di garantire “una adeguata tutela contro qualsiasi sanzione ingiustificata nei confronti di dipendenti i quali, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, denunciano fatti di corruzione alle persone o autorità responsabili”⁵.

² Secondo F. GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in G. FRASCHINI, N. PARISI, D. RINOLDI (a cura di), *Il whistleblowing. Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Roma, Bonanno, 2011, 85, la parola è “una vera e propria *catch word*”, un’espressione popolare idonea ad incapsulare e sintetizzare un particolare concetto, che è poi entrata a far parte del *legal jargon* delle organizzazioni internazionali; con riferimento, invece, al suo uso nel linguaggio nazionale, basta ricordare come essa sia utilizzata in documenti ufficiali, quali le linee guida dell’ANAC, ma anche inserita, fra i neologismi, nella Enciclopedia Treccani.

³ Per maggiori riferimenti alla disciplina statunitense, *ex plurimis*, G. GOLISANO, *Il whistleblowing nella giurisprudenza USA: illeciti d’impresa e posizione del lavoratore che li denuncia*, in *Lav. giur.*, 2006, 939 ss.; G. LIGUORI, *La disciplina del whistleblowing negli Stati Uniti*, *Rivista* 231, 2, 2014, 6 ss.

⁴ Sul ruolo delle convenzioni internazionali nell’esportare il sistema del *whistleblowing*, R. LATTANZI, *Prime riflessioni sul c.d. whistleblowing: un modello da replicare ad occhi chiusi?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, 339.

⁵ La convenzione civile contro la corruzione è stata adottata a Strasburgo il 4 novembre 1999 e ratificata in Italia con legge 28 giugno 2012, n. 11.

Lo richiama, poi, la particolarmente importante Convenzione ONU contro la corruzione⁶ che, pure, vi dedica una norma *ad hoc*, l'art. 33, rubricata "Protezione delle persone che comunicano informazioni", con cui richiede agli Stati di garantire "misure appropriate per proteggere da qualsiasi trattamento ingiustificato ogni persona che segnali alle autorità competenti, in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti, qualsiasi fatto concernente i reati stabiliti dalla presente Convenzione".

Dal punto di vista dei contenuti, le disposizioni dei due atti sovranazionali, entrambe molto stringate, appaiono avere più punti in comune (in ciascun caso, la segnalazione tutelabile è quella fatta in buona fede e sulla base di ragionevoli sospetti), ma anche differenze non irrilevanti (quella del Consiglio d'Europa si rivolge ai soli dipendenti, a prescindere se pubblici o privati, e riguarda i reati di corruzione; quella dell'ONU sembra ammettere anche le segnalazioni del *quivis de populo*, utili ad individuare i reati di cui si occupa lo strumento pattizio), la più importante delle quali è connessa alla loro valenza sugli ordinamenti nazionali.

Solo la Convenzione del Consiglio d'Europa comporta un obbligo per gli Stati che vi hanno aderito di adottare una normativa specifica, mentre l'altra, pur mettendo in campo la sua autorevolezza, si limita a suggerirla⁷.

Anche dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), sia pure carente di una precisa disposizione sul punto, era venuto un riconoscimento alle segnalazioni del *whistleblower*, grazie al lavoro ermeneutico compiuto dall'organismo giurisdizionale posto a garanzia della sua attuazione⁸.

Con queste autorevoli sollecitazioni internazionali, sono via via aumentati nel corso degli anni i Paesi che si sono dotati di un proprio impianto di regole, sia pure in modo non sempre uniforme fra loro.

Sarebbe impossibile, in questa sede, provare a passare in rassegna le varie legislazioni, bastando qui evidenziare come uno dei principali aspetti di diversità riguardi la possibilità di utilizzare *report* provenienti da soggetti che non rendono note le proprie generalità e sono, quindi, anonimi.

La scelta di legittimare questa tipologia di informazioni viene giustificata per ragioni eminentemente utilitaristiche, sulla considerazione, cioè, che con questa modalità si possono incoraggiare i *whistleblower*, non bastando gli altri strumenti di tutela a convincere, soprattutto i lavoratori, a superare le preoccupazioni di ritorsioni e di isolamento nel contesto in cui operano.

⁶ La Convenzione ONU (*United Nation Convention Against Corruption*, UNCAC) è stata varata il 31 ottobre 2003 a Merida ed è stata poi ratificata con l. 3 agosto 2009, n. 116.

⁷ Sulla differenza di effetti fra le due convenzioni, G. GANDINI, *Il whistleblowing negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, cit. 99 e, sia consentito il rinvio, R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, 248.

⁸ La Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto ai segnalanti tutela, partendo dall'art. 10 e dall'ivi prevista "libertà di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza che vi possa essere ingerenza da parte delle autorità pubbliche"; così, Corte Edu, 12 febbraio 2008, Guja c. Moldova, Corte Edu, 8 gennaio 2003, Bucur e Tomar c. Romania, Corte Edu, 21 luglio 2011, Heinisch c. Germania; sul tema, *ex plurimis*, N. PARISI, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n. 179/2017 di tutela del whistleblower*, in *Lav.dir.eur.*, 2018, 25.

L'opposta soluzione, d'altro canto, oltre che fondare su ragioni etiche, per essere considerato l'anonimo un mezzo riprovevole, viene supportata anche dall'argomento che, in tal modo, aumenterebbero certamente le denunce, ma diminuirebbe la loro affidabilità, perché attraverso di esse si potrebbe dare la stura a forme di vendette o ritorsioni per ragioni personali⁹.

La divisione nel panorama internazionale veniva fotografata in un *report* del 2014 dell'OCSE (l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico) che, in un sondaggio condotto su trentadue Stati aderenti all'organizzazione, aveva evidenziato come il 50% di quelli dotati di una specifica disciplina sul *whistleblowing* consentisse anche le delazioni anonime¹⁰.

2. Il primo approccio del legislatore italiano; le normative del 2012 e del 2017.

La possibilità che il *whistleblower* rendesse noti illeciti a sua conoscenza in modo anonimo non era stata proprio presa in considerazione dalle due normative nazionali che si erano in passato occupate del tema.

Nessun riferimento vi era, infatti, nella legge 6 novembre 2012 (nota come "legge Severino"), a cui si deve la prima regolamentazione; essa era intervenuta con un approccio molto minimalista, innestando la disciplina di riferimento in un nuovo articolo (54-*bis*) del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 (il cd. "Testo unico del pubblico impiego"), composto da soli quattro commi.

L'indiscutibile insufficienza di questa normativa aveva stimolato, già poco dopo la sua entrata in vigore, la presentazione di vari progetti di legge, uno dei quali era faticosamente andato in porto, proprio *in limine* alla scadenza della successiva legislatura (la XVII), con la legge 30 novembre 2017, n. 179.

Nell'originaria proposta, poi approvata, era contemplata l'ipotesi che il *whistleblower* potesse non svelare la sua identità ma essa era poi sparita nel testo finale, frutto di un non semplice compromesso, votato da una maggioranza diversa da quella che sosteneva il governo allora in carica¹¹.

⁹ Sulle ragioni a favore e contro la possibilità di utilizzare le segnalazioni anonime, L. VALLI, *Segnalazione di illeciti ed anonimato*, in www.lavorodirittieuropa.it, 2020, 3, 2.

¹⁰ Il *report* dell'OCSE viene citato da ANAC, *Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l'Italia investe nel whistleblowing, importante strumento di prevenzione della corruzione*, a cura di R. CANTONE, N. PARISI, L. VALLI, A. CORRADO, M.G. GRECO, in anticorruzione.it, 22 giugno 2016, 7.

¹¹ L'originario d.d.l. n. 3365 depositato alla Camera dei deputati il 15 ottobre 2015, dall'on. Businarolo, quale prima firmataria, era composto da 15 articoli e prevedeva, fra l'altro, esplicitamente la possibilità per il *whistleblower* di effettuare segnalazioni anonime; durante l'esame in commissione il d.d.l. venne riunificato ad altri (in particolare il d.d.l. n. 3343 del 16 novembre 2015, con prima firmataria l'on. Ferranti e il d.d.l. n. 2230 del 4 febbraio 2016, con prima firmataria l'on. Mussini) ed il testo venne, quindi, ridotto a soli tre articoli, approvati dalla Camera dei deputati il 21 gennaio 2016, e successivamente modificati dal Senato prima della definitiva approvazione alla Camera il 15 novembre 2017; il testo definitivo fu votato solo da parte della maggioranza di governo e raggiunse il *quorum* necessario grazie ai voti del Movimento Cinque Stelle, allora all'opposizione; sull'*iter* del d.d.l., anche con riferimento alle ragioni sottese alla scelta di eliminare la parte relativa alla segnalazione anonima, S.M. CORSO, *La segnalazione anonima di un reato*

Il silenzio del legislatore in entrambe le occasioni non era ovviamente neutro, ma aveva un significato inequivoco: le uniche segnalazioni/denunce meritevoli di tutela erano quelle provenienti dai soggetti che le sottoscrivevano e, come si suol dire, “ci mettono la faccia”¹².

In questo senso, si era anche pronunciata l’ANAC con le sue linee guida in materia, adottate dopo le due riforme, rispettivamente nel 2015¹³ e nel 2021¹⁴.

In entrambi i casi, l’Autorità aveva escluso che potessero rientrare nel campo di applicazione della normativa le delazioni anonime, ricavando tale conclusione anche dalla *ratio legis*, individuata nell’esigenza di offrire tutela, anche sotto il profilo della riservatezza, al dipendente pubblico che fa emergere condotte e fatti illeciti

In tutti e due i documenti, l’ANAC, però, non aveva del tutto escluso la loro utilità, ritenendo che potessero essere “comunque considerate dall’Amministrazione o dall’Autorità nei procedimenti di vigilanza «ordinari»”, tanto persino da raccomandare, nelle linee guida del 2021, che nel Piano triennale di prevenzione della corruzione fosse garantita la registrazione degli scritti anonimi pervenuti attraverso i canali dedicati al *whistleblowing*.

Questa posizione era, del resto, coerente con le scelte che la medesima Autorità aveva effettuato nei propri regolamenti di vigilanza relativi alle materie di sua competenza¹⁵.

In essi, infatti, si era previsto, che gli esposti anonimi che “riguardano fatti di particolare rilevanza o gravità e presentino informazioni adeguatamente circostanziate potranno essere tenuti in considerazione al fine di integrare le informazioni in possesso dell’ufficio nell’esercizio dell’attività di vigilanza. Il dirigente dell’ufficio può altresì proporre al Consiglio di avviare un autonomo procedimento di vigilanza”.

3. Le scelte della direttiva eurounitaria n. 1937/2019.

L’argomento non poteva, invece, essere ignorato dalla direttiva n. 1937/2019 del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2019.

endoaziendale: ammissibile forma di autotutela del whistleblower?, in *Archivioopenaleweb*, 2019, 3, 16.

¹² Così, G. DE SANTIS, *Whistleblowing: esercizio di virtù civica al servizio della compliance*, in *Resp. civ. prev.*, 2024, 375.

¹³ ANAC, *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala (cd whistleblower)*, adottate con delibera del Consiglio 28 aprile 2015, n. 6, paragrafo 2, intitolato “Distinzione fra segnalazione anonima e riservatezza dell’identità del segnalante”.

¹⁴ ANAC, *Linee guida in materia di tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza in ragione di un rapporto di lavoro, ai sensi dell’art. 54-bis del d.lgs. 165/2001 (cd. whistleblowing)*, adottate con delibera del Consiglio 9 giugno 2021, n. 469, paragrafo n. 2.4, rubricato “Trattamento delle segnalazioni anonime”.

¹⁵ Ci si riferisce in particolare ad ANAC, *Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di prevenzione della corruzione e Regolamento sull’esercizio dell’attività di vigilanza in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi nonché sul rispetto delle regole di comportamento dei pubblici funzionari*, entrambi approvati con delibera del Consiglio 29 marzo 2017, n. 328.

L'atto sovranazionale, pur avendo l'obiettivo di regolamentare le sole segnalazioni dei *whistleblower* riguardanti violazioni del diritto dell'Unione, a differenza delle precedenti convenzioni, non si limita a stringate indicazioni, ma confeziona un provvedimento lungo ed articolato, composto da ben 110 "considerando" e 29 articoli, che contiene una disciplina molto precisa e dettagliata su tutti i possibili aspetti dell'istituto.

Il legislatore europeo si fa, quindi, carico delle delazioni anonime, evidentemente consapevole dell'esistenza nello scenario internazionale delle due posizioni contrapposte in materia di cui si è fatta sopra menzione.

Decide, però, di non optare in modo netto per nessuna delle due, imboccando una strada intermedia che non è certamente di sfavore rispetto alle propongono anonime¹⁶.

Ritenendo, in particolare, che scopo prioritario della direttiva fosse quello di favorire la scoperta di pratiche illecite nelle aziende o negli enti pubblici, non demonizza uno strumento di conoscenza considerato utile e in grado di tranquillizzare i lavoratori che non si dovessero sentire tutelati contro i rischi di rappresaglie all'interno del contesto in cui operano, ma si guarda bene dal riconoscere alle segnalazioni anonime pari dignità rispetto a quelle nominative, nella consapevolezza che tale soluzione avrebbe incontrato la netta contrarietà di alcuni dei Paesi dell'Unione, fra cui certamente l'Italia¹⁷.

Il compromesso si coglie con nettezza nel "considerando" n. 34, secondo cui "fatti salvi gli obblighi vigenti di prevedere la segnalazione anonima in virtù del diritto dell'Unione¹⁸, gli Stati membri dovrebbero poter decidere se i soggetti giuridici del settore pubblico e del settore privato e le autorità competenti devono accettare le segnalazioni anonime di violazioni rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva e vi danno seguito. Tuttavia, le persone che hanno segnalato o reso pubbliche in forma anonima informazioni rientranti nell'ambito di applicazione della presente direttiva e che ne soddisfano le condizioni dovrebbero poter beneficiare della protezione prevista dalla presente direttiva qualora siano successivamente identificate e subiscano ritorsioni".

¹⁶ A conclusioni analoghe, G.M. EVARISTI, *Whistleblowing, tutela dell'anonimato e processo penale; tra limiti costituzionali e orizzonti convenzionali*, in *Dir. pen. e proc.*, 2021, 977; in termini critici, A.F. MASIERO, F. NICOLICCHIA, *Il whistleblowing riformato: risvolti di diritto penale sostanziale e processuale*, in *www.legislazionepenale.eu*, 20 novembre 2023, 22, secondo cui "sarebbe stato tutt'altro che irragionevole operare una precisa scelta di campo attraverso cui (...) sancire espressamente la totale irrilevanza della notizia proveniente da ignoti onde disincentivare pratiche di delazione".

¹⁷ In termini non dissimili, G.M. EVARISTI, *Whistleblowing, tutela dell'anonimato e processo penale*, cit. 977, secondo cui la direttiva non costituisce un impulso allo sdoganamento delle segnalazioni anonime come reazione, anche necessaria, per contrastare le violazioni del diritto dell'Unione.

¹⁸ Il riferimento contenuto nell'*incipit* del considerando e poi ripreso integralmente dal par. 3 dell'art. 6 ("fatti salvi gli obblighi vigenti di prevedere la segnalazione anonima in virtù del diritto dell'Unione") non è di immediata comprensibilità e per tale ragione considerato "criptico" dalla dottrina; così, S. M. CORSO, *La segnalazione anonima di un reato endoaziendale: ammissibile forma di autotutela del whistleblower?*, cit., 29.

Le indicazioni generali vengono poi tradotte, nella parte esplicitamente normativa della direttiva, in due paragrafi dell'art. 6 e nella lett. e), paragrafo 1, dell'art. 9.

In particolare, il paragrafo 2 dell'art. 6 stabilisce che “fatti salvi gli obblighi vigenti di prevedere la segnalazione anonima in forza del diritto dell'Unione, la presente direttiva non pregiudica la facoltà degli Stati membri di decidere se i soggetti giuridici del settore pubblico o del settore privato e le autorità competenti debbano accettare le segnalazioni anonime di violazioni e darvi seguito”.

La disposizione lascia, quindi, libertà di scelta agli Stati membri su quale strada percorrere, anche se, con la lett. e) del paragrafo 1 del successivo articolo 9, si impone, qualora si ammetta quella tipologia di apporti, di dare poi loro “*un seguito diligente*”.

Per quei Paesi che, invece, intendono mantenere ferma l'inammissibilità delle soffiare anonime, la norma sovranazionale prevede una non irrilevante subordinata, al par. 3 dell'art. 6, secondo cui “le persone che hanno segnalato o divulgato pubblicamente informazioni su violazioni in forma anonima, ma che successivamente sono state identificate e hanno subito ritorsioni, possono nondimeno beneficiare della protezione prevista ai sensi del capo VI, a condizione che soddisfino le condizioni di cui al paragrafo 1”.

Il significato e la ragione della norma appaiono chiari: va assicurata comunque tutela, sia pure a specifiche condizioni e in presenza di alcuni irrinunciabili presupposti, a chi offre contributi conoscitivi oggettivamente utili e di interesse, anche senza manifestarsi, non potendo consentirsi che costui, se scoperto, subisca ritorsioni in conseguenza della sua collaborazione¹⁹.

4. Il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24 di recepimento della direttiva.

Il recepimento della direttiva da parte dell'Italia è stato frutto, come è noto, di un *iter* alquanto travagliato; non è stato, infatti, rispettato il termine originario previsto dall'Europa per l'entrata in vigore della nuova normativa (17 dicembre 2021)²⁰ e sono state necessarie ben due leggi delega e l'avvio di un procedimento di infrazione perché si desse poi attuazione all'obbligo comunitario con il decreto legislativo 10 marzo 2023 n. 24 (di seguito, solo d.lgs. n. 24)²¹.

¹⁹ A conclusioni analoghe, L. VALLI, *Segnalazione di illeciti ed anonimato*, cit., 3, secondo cui questa previsione della direttiva appare coerente con la scelta di fondo di favore di una “spersonalizzazione” delle segnalazioni, scelta dimostrata, fra l'altro, dall'irrelevanza dei motivi che hanno indotto alla segnalazione e dalla eliminazione della necessità della “buona fede” da parte del segnalante; in termini, anche F. NICOLICCHIA, *Profili processuali. Le intersezioni tra disciplina del whistleblowing e accertamento penale*, in D. CASTRONUOVO, G. DE SIMONE, E. GINEVRA, A. LIONZO, D. NEGRI, G. VARRASO, *Compliance responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, Wolters Kluwer, 2024, 2484 per il quale la direttiva contempla implicitamente la possibilità degli Stati membri di considerare anche il contributo conoscitivo proveniente da autore ignoto.

²⁰ Il termine è previsto dall'art. 26 della direttiva e consentiva una sua articolazione; il *dies a quo* generale era quello del 17 dicembre, ma per i soggetti del settore privato era rinviabile al 17 dicembre 2021.

²¹ Una prima delega per il recepimento della direttiva era stata conferita al Governo dalla legge 22 aprile

Non è, quindi, una malevola illazione quella di ritenere che al risultato si sia giunti più per evitare le censure europee che per reale convinzione sull'opportunità di dare ingresso alla nuova disciplina.

L'approccio non entusiasta si evince anche dai non particolarmente esaustivi lavori preparatori che hanno caratterizzato l'iter di approvazione.

Nella sintetica relazione illustrativa (14 pagine), che accompagna lo schema di decreto legislativo approvato dal Governo e trasmesso per il parere parlamentare il 9 dicembre 2022, non vengono, ad esempio, esplicitate le ragioni delle scelte adottate sul tema qui di interesse²².

Un riferimento sembra esservi solo nella "tabella di concordanza" con le norme della direttiva, allegata alla relazione citata; accanto al paragrafo 2 dell'art. 6 è, infatti, contenuta un'affermazione eccessivamente laconica e non esplicativa e cioè "opzione non esercitata".

Accanto, invece, al paragrafo 3 dell'art. 6 della direttiva vi è l'altrettanto generico rinvio al comma 4 dell'art. 16 dello schema di decreto.

Quest'ultima norma, nella versione della prima bozza governativa, aveva ripreso pigramente, quasi pedissequamente, il testo della direttiva, facendo menzione della sola segnalazione e divulgazione pubblica anonima, dimenticando completamente che, nell'impianto nazionale, il *whistleblower* può anche utilizzare gli strumenti della denuncia all'Autorità giudiziaria e alla Corte dei conti²³.

La "dimenticanza" è stata poi rilevata e corretta all'esito dell'obbligatorio passaggio del testo alle Commissioni parlamentari.

In conclusione, alle propalazioni di fonte ignota risulta dedicato il terzo capoverso dell'art. 16 del d.lgs. n. 24 che, nella sua stesura definitiva, cita anche le denunce, stabilendo testualmente: "la disposizione di cui al presente articolo si applica anche ai casi di segnalazione o denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o

2021, n. 53, ma non essa non è stata esercitata per il decorso dei termini; la seconda, invece, era contenuta nella legge 4 agosto 2022, n. 127 ha partorito poi il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24; intanto, nel periodo trascorso fra le due deleghe, il 27 gennaio 2022 l'Italia era stata messa in mora nell'ambito della procedura di infrazione n. 2022/0106 e, in data 15 febbraio 2023, era stata deferita dinanzi la Corte di Giustizia; per maggiori riferimenti sull'iter per il recepimento, G. COSSU, *Il diritto di segnalare: la nuova normativa in materia di whistleblowing; il decreto legislativo 10 marzo 2023, n. 24*, in www.lavorodirittieuropa.it, 2020, 2, 4.

²² Ci si riferisce a *Relazione illustrativa all'Atto del Governo n. 10, Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni nazionali*, consultabile in www.camera.it ed in www.giurisprudenzapenale.com; nel commento all'articolo 16 (pag. 11) essa si limita a parafrasare il contenuto della disposizione qui di interesse, affermando che "la tutela è assicurata, in caso di segnalazione o divulgazione anonima anche al segnalante che sia stato successivamente identificato e che abbia subito ritorsioni".

²³ Il testo dell'art. 16, comma 4 nello schema di decreto, trasmesso alla Camera dei deputati il 9 dicembre 2022 (consultabile in www.camera.it), prevedeva: "la disposizione del presente articolo si applica anche ai casi di segnalazione o divulgazione pubblica anonima, se la persona segnalante è stata successivamente identificata e ha subito ritorsioni".

divulgazione pubblica anonime se la persona segnalante è stata successivamente identificata e ha subito ritorsioni”.²⁴

Il legislatore nazionale, quindi, ha virato verso la soluzione minimale, raccogliendo la sola sollecitazione contenuta nel paragrafo 3 dell’art. 6 dell’atto europeo, senza spiegare perché (oppure, il motivo per cui) non ha inteso valutare l’ipotesi prospettata dal paragrafo 2 del medesimo articolo.

È abbastanza agevole, però, ipotizzare quali possano essere state le ragioni sottostanti la decisione presa.

Essa, infatti, è pienamente in linea con le pregresse scelte legislative ed è, altresì, coerente con l’elaborazione della dottrina e giurisprudenza, soprattutto processualpenalistica, che ha negli anni monopolizzato il dibattito sul tema²⁵.

Sarebbe impossibile riportare in questa sede le tantissime prese di posizione sul punto assolutamente contrarie a qualsiasi utilizzo di contributi provenienti da anonimi; basta ricordare come la Corte costituzionale, cinquanta anni fa, avesse bollato questi ultimi come “un mezzo riprovevole sotto un profilo etico sociale”²⁶ e come uno dei più importanti studiosi della materia, considerato il padre dell’attuale codice di procedura penale, ne avesse qualificato l’uso come “spregevole e contrario alle regole del costume”²⁷.

²⁴ Il comma 4 dell’art. 16 si completa prevedendo l’estensione delle disposizioni dell’articolo anche “nei casi di segnalazione presentata alle istituzioni, agli organi e agli organismi europei competenti dell’unione Europea, in conformità alle condizioni di cui all’articolo 6”.

²⁵ Il tema della utilizzabilità degli anonimi si è posto, sia pure di recente, anche in altri settori dell’ordinamento, in particolare in quello del diritto amministrativo e del lavoro; sul tema, S. M. CORSO, *La segnalazione anonima di un reato endoaziendale: ammissibile forma di autotutela del whistleblower?*, cit., 6, che evidenzia, come a differenza del settore penale, nessuna indicazione normativa precisa di radicale chiusura agli anonimi si rinviene, ad esempio, con riguardo all’attività amministrativa e al procedimento disciplinare; nel medesimo scritto vi sono poi puntuali riferimenti alla limitata casistica in materia di anonimi in altri settori dell’ordinamento (in particolare in materie di controversie di lavoro), che dimostrano come le conclusioni in quei casi raggiunte sono sempre state influenzate dall’elaborazione penalistica; sull’argomento, pure D. NATALELLO, *Le denunce anonime e il procedimento amministrativo*, in *Jus*, 2021, 475, che evidenzia come soprattutto nell’ambito dei procedimenti di vigilanza sia spesso ammesso il ricorso agli anonimi soprattutto quando siano “circostanziati”, criticando, però, tale prassi perché essa ha l’effetto di deresponsabilizzare il denunciante e contraddice i valori dai quali un ordinamento civile non dovrebbe prescindere.

²⁶ Il passo fra le virgolette è tratto testualmente da Corte cost. 27 dicembre 1974, n. 300, in *Giur. cost.*, 1974, 3010.

²⁷ Testualmente, G. VASSALLI, voce *Anonimi (scritti)*, *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, vol., II, 1958, 502; si v. anche, *ex multis*, G. BELLAVIA, voce *Anonimi (scritti)*, *Diritto processuale penale*, in *Enc. dir.*, vol., II, 1958, 503 che ricorda come nel più fosco periodo medievale del processo inquisitorio si erano incoraggiate le denunce anonime, apprestando anche mezzi adatti (quali buche idonee, cassette speciali) per riceverle ma che, anche in quel periodo, giuristi colti come il Farinaccio si erano opposti a tale pratica affermando che “*processus per viam secreti denunciatoris improbatu est a iure*”.

5. Il regime giuridico delle segnalazioni anonime; il comma 4 dell'art. 16 del d.lgs. n. 24 del 2023.

L'opzione non esercitata rispetto alla previsione del paragrafo 2 dell'art. 6 della direttiva e la conseguente assenza di una qualsivoglia disposizione ulteriore rispetto a quella del già riportato comma 4 dell'art. 16 del d.lgs. n. 24 ha, al pari dei silenzi serbati dalle legislazioni pregresse, un suo indiscutibile valore ermeneutico.

Il legislatore nazionale, nel rispetto della direttiva, non ha evidentemente inteso di equiparare i contributi informativi provenienti da anonimi a quelli veicolati da soggetti identificati.

Ciò significa che, nei confronti di quelli di tal tipo, che dovessero essere giungere alle pubbliche amministrazioni, ai soggetti privati o all'ANAC, non vi è alcun obbligo di gestione secondo le regole di cui agli artt. 5 e 8 del decreto legislativo in esame e, quindi, di dare loro un "seguito diligente"²⁸.

Le segnalazioni anonime ricevute, così come previsto dalle linee guida dell'ANAC emanate nel 2023, vanno comunque conservate dalle amministrazioni e dagli enti privati, secondo i criteri generali applicabili nei rispettivi ordinamenti²⁹, per consentire il loro eventuale futuro rintraccio nel caso in cui il mittente abbia subito misure ritorsive, a causa di una di esse.

L'inconfigurabilità di un obbligo normativo di gestire le soffiare senza paternità non preclude, però, ai singoli enti pubblici o privati la possibilità di prevedere, nell'ambito dei loro poteri di organizzazione, di darsi un proprio criterio di trattazione delle stesse, anche autoimponendosi un obbligo di dare loro un seguito, effettuando, cioè, su quanto in esse contenuto gli opportuni accertamenti e verifiche.

Una scelta di tal tipo, sicuramente legittima, non può, però, di certo avere l'effetto di equiparare queste segnalazioni a quelle legittimamente trasmesse, nel rispetto dei criteri recati dal decreto legislativo di cui si discute.

Ne deriverebbe, in tal modo, un contrasto con una disposizione, sia pure implicita ma non per questo meno chiara, dell'atto governativo attuativo della direttiva³⁰.

²⁸ Alle medesime conclusioni, G. DE SANTIS, Whistleblowing: *esercizio di virtù civica al servizio della compliance*, cit., 375; in senso contrario, sia pure in termini problematici, F. M. D'ANDREA, Whistleblowing, *non si possono più ignorare le segnalazioni anonime*, in *www.italiaoggi.it*, 3 maggio 2023, secondo cui l'art. 21 del d.lgs. n. 24 del 2023 che prevede una sanzione per la mancata gestione delle segnalazioni, facendo riferimento genericamente alle "segnalazioni ricevute" senza specificarne modalità e formalità di ricevimento, sembrerebbe ricomprendervi anche quelle anonime.

²⁹ Ci si riferisce ad ANAC, *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali. Procedure per la presentazione e gestione delle segnalazioni esterne*, adottate con delibera del Consiglio n. 311 del 12 luglio 2023, 33. Nell'atto indicato si prevede l'obbligo di registrazione non solo delle segnalazioni ma anche delle denunce; il riferimento a queste ultime sembra, però, un *lapsus calami*, perché le denunce non vengono inviate all'amministrazione ma all'autorità giudiziaria.

³⁰ A conclusioni diverse sembra giungere l'ANAC con le poco sopra citate linee guida del 2023 (p. 23) quando richiede agli enti di trattare questi contributi alla stessa stregua delle segnalazioni ordinarie e, quindi, secondo quanto stabilito nei rispettivi ordinamenti per queste ultime; l'affermazione, però, non ha alcun

Il più volte già citato terzo capoverso dell'art. 16 del d.lgs. n. 24 prevede, invece, esplicitamente che l'estensore di un anonimo possa ricevere una tutela analoga a colui che abbia, invece, propalato le notizie a sua conoscenza, dichiarando (da subito) le sue generalità.

Ciò significa che anche chi non si è manifestato come *whistleblower* potrà invocare il divieto di ritorsioni (artt. 17 e 19, d.lgs. n. 24), richiedere l'applicazione delle eventuali misure di sostegno (art. 18, d.lgs. n. 24) e beneficiare, altresì, delle possibili limitazioni di responsabilità (art. 20, d.lgs. n. 24) e dell'invalidità delle rinunce e transazioni (art. 22, d.lgs. n. 24)³¹.

L'accesso alle indicate misure di tutela è previsto al verificarsi di specifiche condizioni che il capoverso indica in modo forse troppo sintetico, con il rischio di ingenerare incertezze interpretative.

In particolare, il primo presupposto è rappresentato dall'aver trasmesso, sia pure senza palesarsi, una denuncia all'autorità giudiziaria o contabile, una segnalazione interna o esterna o aver divulgato pubblicamente una notizia³².

Questi atti, però, per essere meritevoli di tutela dovranno avere, sotto il profilo contenutistico, alcune specifiche caratteristiche.

La protezione scatterà, infine, solo all'ulteriore duplice condizione che l'anonimo esca dall'ombra e sia, quindi, identificato e che, inoltre, rimanga vittima di ritorsioni.

6. I presupposti per poter beneficiare delle misure di protezione.

Prima necessaria condizione per l'operatività della norma di cui all'art. 16, comma 4 del d.lgs. n. 24 è che vi sia stata una denuncia all'autorità giudiziaria ordinaria

carattere vincolante per i destinatari delle linee guida, perché fuoriesce dall'ambito per il quale il d.lgs. 24 del 2023 ha delegato all'Autorità l'emanazione di disposizioni di attuazione. L'art. 10 del citato d.lgs. n. 24 consente, infatti, all'ANAC di adottare entro tre mesi, sentito il Garante della *privacy*, linee guida soltanto "relative per la presentazione e la gestione delle segnalazioni esterne"; al di fuori di questo specifico ambito, l'ANAC può certamente emanare linee guida, individuando a priori l'interpretazione che intende dare alle norme sulle quali è comunque chiamata a vigilare, ma tali indicazioni non sono vincolanti per i destinatari; sui limiti di applicabilità delle Linee guida dell'ANAC adottate ai sensi dell'art. 10 citato, N. PARISI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, Milano, Giuffrè Francis Levevre, 2023, 89.

³¹In termini analoghi, D. TAMBASCO, *Divieto di ritorsione e protezioni dalle ritorsioni*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit. 62; in genere, fra le misure di protezione del *whistleblower* viene annoverata anche la riservatezza che, nel caso in esame, non può essere ovviamente invocata; l'anonimo, fino a che non venga scoperto, si è già cautelato direttamente scegliendo di non esporsi ed il presupposto, per ottenere le misure di tutela, è che il latore dell'atto sia stato scoperto.

³² Il d.lgs. n. 24 del 2023 nel suo capo II distingue tre "canali", attraverso cui poter veicolare la segnalazione (che consiste nella comunicazione scritta o orale delle informazioni sulle violazioni), che non sono alternativi, essendo il criterio ordinario di trasmissione quello delle segnalazioni interne, cioè destinate alla stessa amministrazione pubblica o all'ente privato presso cui opera il lavoratore, mentre gli altri due (e cioè le segnalazioni esterne inviate all'ANAC e le divulgazioni pubbliche, rese tramite la stampa o altri mezzi di informazione) sono utilizzabili in presenza di specifiche situazioni.

o contabile, una segnalazione o una divulgazione pubblica che possa qualificarsi come di non nota provenienza.

In base alla lettera della disposizione in commento, perché sia integrato tale requisito sembra sufficiente che gli atti da ultimo indicati siano stati inoltrati alle autorità giudiziarie, agli enti pubblici o privati.

Non è richiesto, come invece sarebbe stato forse opportuno, che essi siano stati presi effettivamente in considerazione dai destinatari né che, sulla scorta di essi, siano stati compiuti accertamenti e, men che meno, che questi ultimi possano essere stati utili e proficui per individuare gli illeciti di cui all'art. 1 del d.lgs. n. 24.

Partendo dalla denuncia, è sufficiente un atto scritto, di cui non è possibile individuare il latore (perché carente di firma o di altro mezzo di identificazione o anche avente una sottoscrizione apocrifa)³³, veicolato in qualsivoglia modo (con una missiva, una *mail*, un *fax*, ecc.) all'autorità giudiziaria ordinaria (*rectius*, al pubblico ministero o alla polizia giudiziaria) o all'autorità contabile (*rectius*, al pubblico ministero contabile o agli enti e alle Forze di polizia che a quest'ultimo lo abbiano trasmesso).

Ovviamente, il contenuto sarà diverso a seconda dei destinatari; nel primo caso, l'oggetto dell'esposto sarà un fatto integrante ipoteticamente un reato, nel secondo, invece, un illecito contabile.

Per quanto riguarda la denuncia anonima all'autorità giudiziaria, va qui ricordato che di questa ipotesi si occupa esplicitamente il codice di procedura penale (art. 333, comma 3, c.p.p.) con una disposizione particolarmente stringata ("delle denunce anonime non può essere fatto alcun uso, salvo quanto disposto dall'art. 240") che esclude, ad eccezione di due ipotesi molto limitate e circoscritte di utilizzabilità come prova documentale, che essa possa veicolare una notizia di reato, come quelle ritualmente presentate e sottoscritte e che possa, quindi, consentire l'avvio di un'indagine preliminare³⁴.

La giurisprudenza, in modo assolutamente consolidato, ritiene, però, legittimo un loro sia pur ridotto e diverso utilizzo; esse possono, infatti, fornire uno spunto al pubblico ministero e alla polizia giudiziaria per avviare limitati accertamenti finalizzati ad individuare una notizia di reato; quest'ultima, una volta emersa, non sarà costituita dall'anonimo, che resta un atto senza alcun valore e non veicolabile nel processo, ma dall'attività investigativa, svolta grazie ad esso³⁵.

Quanto, invece, a quella destinata all'autorità contabile, il vigente codice di quel rito (decreto legislativo 26 agosto 2016 n. 174) non contiene alcun riferimento specifico a

³³ In questo senso, *ex plurimis*, M. MERCONE, *L'utilizzabilità penalprocedimentale degli anonimi*, in *Cass. pen.*, 1995, 751 secondo cui sono anonimi quegli atti di cui, al momento in cui siano portati a conoscenza di un terzo, non sia possibile individuare l'autore sia per la mancanza della firma o comunque di qualsivoglia elemento che individui con certezza la provenienza sia per la presenza di una sottoscrizione apocrifa.

³⁴ Affermazione pacifica in dottrina e giurisprudenza; *ex plurimis*, G. FUMU, in *Commentario al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. CHIAVARIO, Torino, Utet, 1990, IV, 54.

³⁵ In questo senso, *ex plurimis*, Cass., Sez. VI, 22 aprile 2016, n. 34450, C.E.D. Cass. n. 267680 e in dottrina, sia consentito il rinvio, R. CANTONE, *Denunce anonime e poteri investigativi del pubblico ministero*, in *Cass. pen.* 1996, 2982.

segnalazioni anonime stabilendo, per quanto riguarda il danno erariale, all'art. 51³⁶, che il pubblico ministero contabile sia legittimato ad iniziare l'attività istruttoria, in funzione delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione erariale, solo sulla base di una specifica e concreta notizia di reato.

La giurisprudenza contabile in modo consolidato ritiene, però, che anche un anonimo possa giustificare l'esercizio dell'azione erariale, quando abbia i caratteri della specificità e della concretezza³⁷.

Quanto, invece, all'individuazione della segnalazione o divulgazione pubblica anonima è opportuno partire dalle definizioni fornite dal d.lgs. n. 24 di queste due tipologie di segnalazione.

La prima consiste nella "comunicazione scritta o orale di informazioni sulle violazioni" (art. 2, comma 1, lett. c) la seconda, invece, nel "rendere di pubblico dominio informazioni sulle violazioni tramite la stampa o mezzi elettronici o comunque tramite mezzi di diffusione in grado di raggiungere un numero elevato di persone" (art. 2, comma 1, lett. f)³⁸.

Le predette andranno considerate anonime, nel primo caso, quando il segnalante non fornisce, nell'atto scritto o nella comunicazione orale, elementi che consentono la sua immediata identificazione, nel secondo caso, quando sulla stampa o sugli altri mezzi di diffusione appaia un'informazione che risulti proveniente da un soggetto non identificato, sia perché questi non abbia fornito i suoi dati sia anche perché l'eventuale responsabile del mezzo di diffusione, per sua scelta o per accordo con il latore dell'informazione, non ne abbia indicato la paternità³⁹.

Dal punto di vista del contenuto, il capoverso in esame dell'art. 16, nel rinviare nel suo incipit alla regolamentazione complessiva contenuta nel medesimo articolo ("la disposizione del presente articolo si applica anche..."), richiede, quindi, che l'atto

³⁶ La disposizione contenuta nell'attualmente vigente articolo 51 del codice di giustizia contabile era già prevista dall'art. 17, comma 30-ter d.l. n. 78/2009 ed aveva l'obiettivo di evitare che l'indagine del p.m. contabile sia assolutamente libera nel suo oggetto, assurgendo ad un consentito controllo generalizzato della pubblica amministrazione; in questi termini Corte dei conti, Sez. Riun., 3 agosto 2011, n. 12/2011 QM.

³⁷ In questi termini, Corte dei conti, Sez. Riun., 3 agosto 2011, n. 12/2011 QM che ha precisato che una notizia è specifica quando l'informazione ha una sua peculiarità ed individualità e non sia riferibile ad una pluralità indifferenziata di fatti, tale da apparire generica; è, invece, concreta quando è obiettivamente attinente alla realtà e non a mere ipotesi e supposizioni; in termini, sulla possibilità di considerare anche una denuncia anonima una notizia idonea ad avviare un'azione di responsabilità contabile, Corte dei conti, sez. Lazio, 17 maggio 2017, n. 112/17; in dottrina alle medesime conclusioni, M. ORICCHIO, *La denuncia di danno*, in A. CANALE, F. FRENI, A. SMIROLDO (a cura di), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2024, 221.

³⁸ La definizione contenuta nella norma del decreto legislativo non coincide completamente con quella contenuta nella direttiva europea che, all'art. 5., par. 1, n. 6, la indica come "il fatto di rendere di pubblico dominio informazioni sulle violazioni"; in questo senso P. PARISI, *La divulgazione pubblica*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., 41.

³⁹ Le ipotesi di divulgazioni pubbliche anonime possono essere le più svariate e ricomprendere anche il caso in cui essa appaia su strumenti di comunicazione via *web* (ad esempio *Facebook*) con profili non riconducibili ad una persona individuata o riportanti generalità non veritiere.

anonimo debba avere le medesime caratteristiche di quelli provenienti da soggetti noti e identificati⁴⁰.

Ciò significa, in particolare, che, in virtù del comma 1, lett. a), dell'art. 16⁴¹, la propalazione anonima, per godere delle misure di tutela, dovrà avere ad oggetto "atti od omissioni che ledono l'interesse pubblico o l'integrità dell'amministrazione pubblica o dell'ente privato" ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 24 e che siano debbano essere oggettivamente veri o quantomeno ritenuti tali dal suo autore, sulla scorta, però, di "fondati motivi".

Quindi, i segnalanti o denunciati dovranno ragionevolmente credere, anche alla luce delle circostanze del caso concreto e dei dati disponibili al momento della segnalazione, divulgazione pubblica o denuncia, che le informazioni sulle violazioni segnalate, divulgate o denunciate siano veritiere; non saranno, invece, sufficienti supposizioni, "voci di corridoio" o notizie di pubblico dominio.⁴²

L'ultimo dei requisiti, richiesti dall'ultimo comma dell'art. 16 del d.lgs. n. 24 per poter accedere alle misure di protezione è che la persona autrice della soffiata sia "stata successivamente identificata" e abbia "subito ritorsioni".

Il participio passato "identificato" utilizzato dal legislatore e mutuato dalla direttiva può avere semanticamente più di un significato.

Può, *in primis*, essere considerato sinonimo di "scoperto", evidentemente da terzi e quindi, ad esempio, dai soggetti che operano nel medesimo contesto lavorativo o anche dall'autorità giudiziaria, che abbia disposto indagini per questo obiettivo, estrapolando dalla missiva contenente lo scritto anonimo le impronte del mittente

La forma verbale si attaglia, però, anche al caso che sia stato lo stesso soggetto a scegliere, per qualsivoglia ragione, di attribuirsi la paternità della soffiata; a titolo meramente esemplificativo, essendo sospettato dai suoi colleghi di essere il latore di uno scritto anonimo e subendo per tale ragione comportamenti pregiudizievoli, decida di rivendicare di esserne l'autore.

Ai fini del riconoscimento delle tutele, le due letture prospettate devono essere considerate equipollenti.

⁴⁰ Il rinvio generico all'art. 16 nella sua interezza pone un non irrilevante problema ermeneutico, che non può essere in questa sede compiutamente affrontato, e cioè se le segnalazioni, interne o esterne, o le divulgazioni pubbliche anonime, per godere delle misure di protezione, debbano rispettare anche i requisiti formali, di cui agli artt. 4 e ss del d.lgs. n. 24, così come esplicitamente richiesto dalla lett. b) del comma 1 dell'art. 16 in esame; il dubbio è giustificato dalla considerazione che gran parte di queste disposizioni appaiono chiaramente scritte per un *whistleblower* identificato e, al contrario, difficilmente compatibili con la situazione di colui che non si renda noto.

⁴¹ Il comma 1 dell'art. 16 del d.lgs. n. 24, dopo aver previsto che "le misure di protezione previste nel presente capo si applicano alle persone di cui all'articolo 3 quando ricorrono le seguenti circostanze", alla lett. a), testualmente afferma: "al momento della segnalazione o della denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o della divulgazione pubblica, la persona segnalante o denunciante aveva fondato motivo di ritenere che le informazioni sulle violazioni segnalate, divulgate pubblicamente o denunciate fossero vere e rientrassero nell'ambito oggettivo di cui all'articolo 1".

⁴² In questo senso, testualmente, ANAC, *Linee guida in materia di protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione*, cit., 64.

La persona identificata, ovviamente, dovrà rientrare in una delle tipologie soggettive, enumerate dall'art. 3, comma 3 del d.lgs. n. 24, essendo, però, sufficiente che tale qualifica sia rivestita non al momento in cui il suo nome sia divenuto noto, ma in quello in cui ha trasmesso l'informazione sulle violazioni conosciute nell'ambito lavorativo.

È anche indispensabile, per poter beneficiare della protezione, che il soggetto abbia subito ritorsioni.

La norma, così come scritta con la declinazione del verbo al passato, richiede semplicemente che, al momento in cui il lavoratore avanza le sue pretese, sia già in corso un'attività ritorsiva nei suoi confronti; tale comportamento potrà, però, essere avvenuto sia prima che dopo la sua identificazione; ciò che rileva, infatti, è la circostanza di avere già subito, sia pure in uno stadio iniziale, queste angherie.

L'art. 2, comma 1, lett. m), del d.lgs. n. 24 contiene la definizione di ritorsione – “qualsiasi comportamento, atto o omissione, anche solo tentato o minacciato, posto in essere in ragione della segnalazione, della denuncia all'autorità giudiziaria o contabile o della divulgazione pubblica e che provoca o può provocare alla persona segnalante o alla persona che ha sporto denuncia, in via diretta o indiretta, un danno ingiusto” – enumerando poi, senza alcuna pretesa di esaustività, nel successivo art. 17, comma 4, alcune situazioni che possono integrare la fattispecie⁴³.

Pur non essendovi alcuna specificazione nell'art. 16, deve ritenersi scontato, anche alla luce della definizione poco sopra riportata, che la ritorsione per la quale si chiede protezione sia conseguente e collegata alla segnalazione anonima.

7. Considerazioni conclusive. Le conseguenze (preterintenzionali?) della novità legislativa.

Con il comma 4 dell'art. 16 del d.lgs. n. 24, il legislatore ha scelto in materia di anonimi, come si è già accennato sopra, l'opzione minimalista rispetto alle due alternative prospettate dalla direttiva.

Ciononostante, la novità introdotta non è affatto irrilevante o insignificante nell'ordinamento giuridico nazionale, in quanto essa opera, probabilmente anche al di là delle intenzioni del legislatore, una indiscutibile rottura rispetto all'impostazione consolidata che nega qualsivoglia “dignità” a colui che, nel riferire fatti illeciti di cui è a conoscenza, decide di nascondersi dietro uno schermo che ne impedisce l'identificazione, considerandolo persino un soggetto eticamente censurabile.

La nuova normativa gli attribuisce, infatti, quello che appare un vero e proprio diritto soggettivo a beneficiare delle stesse misure di protezione previste per chi, invece,

⁴³ Secondo D. TAMBASCO, *Divieto di ritorsione e protezioni dalle ritorsioni*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit., 65 la lista delle condotte ritorsive, lungi dal rappresentare un mero catalogo esemplificativo, configura al contrario una vera e propria presunzione di anti-giuridicità degli atti e dei comportamenti ivi ricompresi.

decide di palesarsi, consentendogli anche di poter invocare la scriminante penale di cui all'art. 20 del d.lgs. n. 24⁴⁴.

È pur vero che l'applicazione della norma è circoscritta solo a coloro che hanno appreso notizie nell'ambito del loro rapporto di lavoro ed è altrettanto vero che essa non riguarda qualsivoglia delatore, ma soltanto chi riferisce cose fondatamente ritenute vere, tuttavia, almeno ad una prima lettura, sembra porre, più o meno consapevolmente, le basi per una sorta di un vero e proprio *revirement* culturale.

In realtà, se si passa poi dalle affermazioni astratte all'esame della prassi applicativa concreta, la novità appare molto meno incoerente con l'effettivo *status quo*, non a caso definito da un autorevole commentatore "farisaico"⁴⁵.

Come si è già evidenziato nel processo penale alla previsione *tranchant* del comma 3 dell'art. 333 c.p.p. si contrappone un orientamento giurisprudenziale assolutamente granitico (un vero e proprio "diritto vivente") che consente alla polizia giudiziaria e al p.m. di utilizzare l'anonimo come spunto investigativo e nella pratica non sono affatto pochi i casi in cui indagini, anche di un certo peso, si avviino grazie a delazioni senza paternità⁴⁶.

Nel processo contabile, malgrado il silenzio del legislatore, la giurisprudenza financo delle Sezioni riunite della Corte dei conti ha riconosciuto ad uno scritto anonimo la possibilità di consentire l'avvio dell'azione erariale quando esso abbia i caratteri della specificità e della concretezza, come se queste caratteristiche consentissero una sorta di "purgazione" dell'anonimia⁴⁷.

E situazione non dissimile si riscontra nell'ambito dell'attività di vigilanza condotta da organi amministrativi, comprese le autorità indipendenti, che pure fanno ampio uso di questi strumenti⁴⁸.

In tale prospettiva, a ben vedere, quindi, il legislatore del 2023, nell'ottica utilitaristica di considerare le segnalazioni anonime, comunque, un'alternativa migliore rispetto al silenzio per coloro che temono ritorsioni, si limita a introdurre un ulteriore tassello rispetto a ciò che accade in concreto e, cioè, riconoscere all'autore delle soffiato, se scoperto e vessato, una tutela.

Resta un ultimo aspetto da scandagliare.

⁴⁴ Ai sensi del comma 1 dell'art. 20 ("Limitazioni della responsabilità") non è punibile il segnalante che "riveli o diffonda informazioni sulle violazioni coperte dall'obbligo di segreto, diverso da quello di cui all'articolo 1, comma 3, o relative alla tutela del diritto d'autore o alla protezione dei dati personali ovvero riveli o diffonda informazioni sulle violazioni che offendono la reputazione della persona coinvolta o denunciata, quando, al momento della rivelazione o diffusione, vi fossero fondati motivi per ritenere che la rivelazione o diffusione delle stesse informazioni fosse necessaria per svelare la violazione e la segnalazione, la divulgazione pubblica o la denuncia all'autorità giudiziaria o contabile è stata effettuata ai sensi dell'articolo 16".

⁴⁵ Così, G.P. VOENA, *Via libera alle delazioni anonime*, in *Giur. cost.*, 1975, 2145 che, sia pure con riferimento all'orientamento della giurisprudenza penale che da un lato nega qualsivoglia valore agli anonimi e dall'altro ne riconosce comunque una possibilità di utilizzo, appella questo *modus operandi* come «farisaico».

⁴⁶ Si v. *supra* nota n. 35.

⁴⁷ Si v. *supra* nota n. 37.

⁴⁸ Per maggiori riferimenti ai casi in cui nel sistema della vigilanza amministrativa sia riconosciuta valenza agli anonimi, D. NATALELLO, *Le denunce anonime e il procedimento amministrativo*, 477 e ss.

Ad oggi la riforma del *whistleblowing* in generale e la disposizione che si commenta sono passati quasi sotto silenzio. Il mondo del lavoro non sembra, infatti, averla accolta in maniera particolarmente entusiastica, non cogliendone le potenzialità, oltre che i suoi indiscutibili limiti.

Situazione analoga si verifica nell'ambito degli studi giuridici, in cui si registra un approccio alquanto disinteressato ad approfondire i non pochi problemi ermeneutici che il decreto legislativo, frutto di una tecnica di scrittura tutt'altro che raffinata, pure pone agli interpreti.

Quando, però, i lavoratori risulteranno avvertiti e a conoscenza di questa ulteriore possibilità di rendere noti gli illeciti, il rischio, tutt'altro che remoto, è quello che tale modalità possa persino essere preferita a quella, invece, ordinaria che garantisce (in modo, in verità, molto limitato) la riservatezza, ma che, comunque, impone al soggetto di palesarsi⁴⁹.

Seppure, come pure già detto, l'impianto regolatorio non prevede alcun obbligo di dare seguito alle segnalazioni senza paternità, consentendolo come mera facoltà, l'aspirante *whistleblower*, sapendo comunque di poter contare, che si esponga o meno, sulle stesse garanzie, potrebbe, quantomeno in un primo momento, scegliere prudenzialmente di nascondere la propria identità, attendendo un eventuale approfondimento della propria segnalazione per uscire allo scoperto solo se dovesse subire atti ritorsivi.

Questa norma, quindi, pur con tutte le buone intenzioni della direttiva europea che l'ha patrocinata, potrebbe essere la causa di vera e propria sorta di eterogenesi dei fini e avere come conseguenza di mettere in discussione uno degli aspetti più qualificanti dell'istituto del *whistleblowing*, quello, cioè, di voler promuovere un salto di qualità culturale nel mondo del lavoro che possa consentire di superare l'omertà che spesso in quel contesto alberga.

Ciò detto, però, la disposizione che si commenta potrebbe anche avere un effetto positivo ed indirettamente educativo; potrebbe, infatti, contribuire ad arginare un malvezzo che certamente esiste, quello delle denunce anonime false e calunniose, fatte non per rendere noti fatti illeciti, ma per finalità ritorsive, vendicative e comunque diffamatorie.

La consapevolezza, infatti, di poter comunque beneficiare delle garanzie del *whistleblower*, se scoperto, a condizione però che quanto sia scritto corrisponda al vero potrebbe, in questo senso, rappresentare una reale contropinta, anche sul piano psicologico, a che situazioni di tal tipo si verificino.

⁴⁹ Sui limiti oggettivi della tutela della riservatezza del segnalante/denunciante, non potendosi in questa sede soffermarsi, si rinvia, *ex plurimis*, a G. FRANCHINI, *Obbligo di riservatezza*, in D. TAMBASCO (a cura di), *La nuova disciplina del whistleblowing dopo il D.lgs. n. 24/2023*, cit. 55.

ABROGAZIONE DELL'ABUSO D'UFFICIO: DUBBI DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

di Adriano Giorgio Rispoli

Il presente contributo analizza i dubbi di legittimità costituzionale emersi in ordine all'abrogazione del delitto di abuso d'ufficio previsto e punito dall'art.323 c.p. In particolare, il lavoro esamina l'annosa questione dell'ammissibilità del sindacato costituzionale ad effetti sfavorevoli nonché i profili di potenziale contrasto dell'art. 1 della legge 9 agosto 2024, n. 114, con gli artt. 11, 97 e 117 Cost., con specifico riferimento alla normativa sovranazionale.

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive – 2. Profili storici e normativi – 3. Dubbi di legittimità costituzionale: l'ammissibilità del sindacato in malam partem quantomeno per violazione degli artt. 11 e 117 Cost. – 3.1. Convenzione di Merida e obbligo di non decriminalizzazione dell'abuso d'ufficio – 3.2. Direttiva UE 2017/1371 e distrazione di beni immobili lesiva degli interessi finanziari unionali – 3.3. Buon andamento e imparzialità della P.A. – 4. Considerazioni conclusive: in attesa della Consulta.

1. Considerazioni introduttive.

Fin dagli albori del Codice Rocco, l'abuso d'ufficio è stato oggetto di reiterati interventi legislativi e dibattiti di ogni specie, evocando l'insolubile esigenza di contemperare tra l'irrinunciabile tutela penale della *res publica* e l'inderogabile autonomia di scopo riservata all'azione amministrativa.

Oggi, ad esito di un presofferto quasi secolare, il delitto previsto e punito dall'art. 323 c.p. è stato soppresso dalla legge n.114 del 2024, che ha tuttavia serbato per gli operatori del diritto nuovi profili critici.

Com'è noto, infatti, la recente riforma del codice penale ha suscitato un vivace dibattito tra studiosi ed interpreti, data l'incidenza sulla disciplina dei reati contro la P.A., ed in generale, sul tema della giustizia. Basti pensare, tra i vari effetti, alla dissoluzione dei processi pendenti e delle molteplici condanne passate in giudicato a seguito dell'entrata in vigore della legge¹.

¹ GATTA G.L. [L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione](#), in questa Rivista, 5/2023, p. 168: «Dati del Casellario giudiziale aggiornati a maggio 2022, relativi alle sentenze definitive di condanna, ci dicono che dal 1997 al 2020 risultano iscritte oltre 3.600 condanne. Non proprio una manciata». GATTA G.L. [Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l.114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale](#), in questa Rivista, 7-8/2024, p. 187 e ss.: «ricordiamo al lettore che gli effetti favorevoli dipendenti dall'abolitio criminis sono plurimi: la cessazione dell'esecuzione della pena detentiva (se costituisce l'unico titolo di detenzione) o di eventuali misure cautelari personali in corso, il venir meno di eventuali pene accessorie (es., l'interdizione dai pubblici uffici e l'incapacità di contrattare con la p.a.) ed effetti penali della condanna. Chi può far valere l'abolitio criminis può fruire nuovamente della

Al netto delle ragioni ispiratrici della riforma – riconducibili ad interessi di burocrazia difensiva e deflazione del carico giudiziario – *l'extrema ratio* dell'abolizione ha destato non poche perplessità in seno alla dottrina penalistica più sensibile alle esigenze di tutela del buon andamento amministrativo, turbata dalle conseguenze recessive dell'*abolitio criminis*. Ad essere discussa è soprattutto la legittimità costituzionale dell'abrogazione, messa peraltro in dubbio da una recente giurisprudenza di merito che ha sollecitato l'intervento della Corte costituzionale.²

D'altro canto, va altresì segnalato che i reiterati interventi normativi in materia, animati dal diffuso proposito di dilatare la sfera di autonomia di amministratori e funzionari nell'esercizio della funzione, hanno condotto al progressivo restringimento del perimetro incriminatorio della fattispecie, relegandola a ipotesi pressochè residuali. In tal senso, la scelta abrogativa ha costituito l'esito conclusivo di una parabola normativa discendente, accolta con favore da quelli che hanno attribuito all'abuso d'ufficio la responsabilità del patologico fenomeno di burocrazia difensiva, quale stasi operativa dell'agire del p.u. intimorito dal rischio di sanzioni e procedimenti penali per gli atti commessi nell'esercizio delle funzioni.³

Congettura, quest'ultima, che tuttavia semplifica oltremodo la saga delle tormentate peripezie vissute dall'art. 323 c.p., ignorando i dati processuali sulle ponderate applicazioni della norma e sulla virtuosa funzione di filtraggio su denunce e attività sospette assolta con solerzia dalla Magistratura italiana.⁴

sospensione condizionale della pena in caso di condanna per un altro reato (cfr. Cass. S.U. Catanzaro n. 4687/2005); può evitare la contestazione della recidiva, sempre in caso di commissione di altro delitto non colposo (cfr., da ultimo, Cass. Sez. I, n. 28203/2023); può sottrarsi alle ipotesi di incandidabilità o di incapacità di ricoprire cariche in Parlamento, nel Governo, nelle Regioni, comuni o province, a norma della c.d. legge Severino (d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235). Sia l'abuso d'ufficio, sia il traffico di influenze illecite, infatti, sono annoverati da quella legge tra i reati la condanna definitiva per i quali può determinare, sul piano amministrativo, l'incandidabilità o l'incompatibilità ad assumere cariche pubbliche, ovvero la sospensione delle stesse, in caso di condanna non definitiva. Chi ha riportato una condanna e riesce ora a far valere l'intervenuta abolitio criminis esclude pertanto nei suoi confronti gli effetti della c.d. legge Severino (che il legislatore si è peraltro dimenticato di modificare, eliminando i riferimenti espressi all'art. 323 contenuti negli artt. 7 e 10 e sostituendoli – come sarebbe stato quanto meno opportuno e come ha fatto nel caso dell'art. 322 bis c.p. – con il riferimento al nuovo delitto di cui all'art. 314 bis c.p.). Restano ferme, invece, le obbligazioni civili da reato (cfr. Cass. S.U. Schirru, n. 46688/2016; Cass. Sez V, n. 4266/2006), comprese quelle relative al pagamento delle spese processuali (Cass. Sez. III, n. 1029/1993)».

² Attualmente, rilevano numerose ordinanze di rimessione della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 della l. 9 agosto 2024, n. 114 (pubblicata in GU n.187 del 10 agosto 2024 ed entrata in vigore il 25 agosto 2024), nella parte in cui abroga l'art. 323 c.p., per violazione degli articoli 97, 11 e 117, comma 1 Cost.

³ Per un approfondimento sul tema: PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.com, 28 luglio 2020.

⁴ CANTONE R. *Ancora in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite (d.d.l. Nordio) in SP*, 19 settembre 2023: «“pesare” l'utilità di una norma dalle sue applicazioni o, peggio ancora, dalle condanne scaturite è un metodo non corretto perché, se applicato in questi identici termini, potrebbe portare a dover abolire tantissimi reati del codice penale, quasi mai, ad oggi, applicati e però mai messi in discussione da chicchessia. D'altro canto, se è vero come è vero che la stragrande maggioranza dei procedimenti per abuso di ufficio (certamente, oltre l'80%) si conclude con l'archiviazione per insussistenza della notizia di reato, è in re ipsa provato il contrario di quanto si postula e, cioè, che la capacità di delimitazione delle condotte punibili da parte del Legislatore ha funzionato, perché evita l'inutile esercizio dell'azione penale. Del resto, la gran parte dei procedimenti per abuso trova la sua fonte di innesco in denunce di privati

Ciò premesso, obiettivo del presente contributo è esaminare sinteticamente i dubbi di legittimità costituzionale che turbano la legge di depenalizzazione, soprattutto alla luce del diritto sovranazionale. Si fa riferimento, in particolare, alla possibile violazione degli artt.11 e 117, con riferimento alla nota Convenzione dell'Onu del 2003 sulla lotta alla corruzione (cd. Convenzione di Merida), e alla Direttiva UE 2017/1371, relativa alla lotta contro la frode lesiva degli interessi finanziari dell'Unione Europea, nonché sotto altra prospettiva, al potenziale contrasto con l'art. 97 Cost., quale presidio costituzionale dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa.

Esulano, invece, dal tema di indagine gli emergenti profili di successione normativa connessi all'introduzione della fattispecie di cui all'art.314-bis c.p., nonché ogni apprezzamento di merito sull'opportunità della scelta abrogativa, trattandosi di facoltà riservata al legislatore.

2. Profili storici e normativi.

In via introduttiva, allo scopo di definire i tratti essenziali della disciplina abrogata, appare utile una sintesi storico-evolutiva dell'art.323 c.p.

Il reato di abuso d'ufficio è apparso nel codice Rocco già nella prima versione del 1930.

L'art. 323 c.p., rubricato «*Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge*», puniva con la reclusione fino a due anni e con la multa da lire cinquecento a diecimila «*il pubblico ufficiale, che, abusando dei poteri inerenti alle sue funzioni, commette, per recare ad altri un danno o per procurargli un vantaggio, qualsiasi fatto non preveduto come reato da una particolare disposizione di legge*». Questa scrittura originale tratteggiava una fattispecie residuale, applicabile ai soli casi in cui il pubblico ufficiale, nell'esercizio delle proprie funzioni, avesse cagionato un'offesa ingiusta all'Amministrazione o a privati. La norma presentava, tuttavia, un vizio di indeterminatezza, tale da suscitare dubbi di

che lamentano comportamenti illegittimi di funzionari pubblici e che si rivolgono alla giustizia penale, evidentemente anche perché non hanno trovato soddisfazione nei rimedi interni nell'amministrazione pubblica. Rispetto a tali fonti di innesco, l'avvio di un'indagine ha l'obiettivo di verificare se all'illegittimità prospettata si accompagnano fatti di favoritismo o di prevaricazione e non si deve certo gridare allo scandalo se, nella quasi totalità dei casi, i procedimenti si chiudono, poi, con "un nulla di fatto" in termini processuali; è una ulteriore dimostrazione che la fattispecie così come strutturata ha comunque una capacità di "filtro" notevole. Considerare, poi, in sé questo iato in termini negativi è un metodo di valutazione che lascia perplessi, perché se, per paradosso, lo applicassimo ad altre fattispecie penali la cui utilità nessuno discute (ad esempio, i furti), troveremmo percentuali di esercizio dell'azione penale rispetto alle denunce presentate persino inferiori». GAROFOLI R. [Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio](#), in questa Rivista, 21 settembre 2023: «lo scarso numero di condanne è quindi prova di una capacità della giurisprudenza di selezionare rigorosamente gli abusi penalmente rilevanti e potrebbe concorrere a ridurre la diffusa ansia di denuncia, oltre che ad orientare le scelte dei magistrati inquirenti, rafforzando la già diffusa propensione a chiedere l'archiviazione». GAROFOLI R. *Sulle proposte di legge in tema di abuso d'ufficio* in www.giurisprudenzapenale.com, 26 maggio 2023, e GAROFOLI R. [L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindaci tra prr e rilancio della macchina dello Stato](#), in questa Rivista, 27 marzo 2023.

legittimità costituzionale per possibile violazione dell'art. 25 co.2 Cost.; dubbi ritenuti infondati dalla Consulta⁵.

Nel sistema democratico, la legge n. 86/1990 ha confermato la struttura di reato di condotta con dolo specifico, introducendo il binomio vantaggio patrimoniale e non patrimoniale (il primo per la sola forma aggravata). Ha esteso, inoltre, la condizione del pubblico ufficiale all'incaricato di pubblico servizio, equiparandone lo status normativo in materia penale.

Nondimeno, a modellare la struttura della norma in esame sono state la Legge 16 luglio 1997, n. 234 ed il D.L. 16 luglio 2020, n. 76 conv. in legge 11 settembre 2020, n.120, intervallati dalla Legge 6 novembre 2012, n. 190, quest'ultima interessata al solo regime edittale⁶.

La riforma del 1997 ha riscritto, infatti, l'intero art. 323 cp., promuovendo una rilevante delimitazione della fattispecie⁷.

L'intervento legislativo ha soppresso l'abuso con effetti non patrimoniali e disegnato una nuova cornice edittale (da sei mesi a tre anni, salva l'aggravante della rilevante gravità del vantaggio e del danno), circoscrivendo l'area di rilevanza penale alle sole condotte poste in violazione di leggi, regolamenti, e del dovere di astensione in caso di conflitto di interessi. Sul piano soggettivo, invece, ha innestato il dolo intenzionale, espressivo di una finalità unica rivolta in modo esclusivo e diretto all'offesa del bene protetto, richiedendo, pertanto, ai fini della punibilità, che l'evento di danno abbia costituito l'obiettivo primario della condotta⁸.

Nel complesso, il legislatore del 1997 ha inteso affrontare il problema di indeterminazione dell'art. 323 c.p., tentando di parametrare l'illiceità penale dell'azione pubblica alla violazione di precetti conoscibili *ex ante* dall'agente. Il limite di tale impostazione è stato, tuttavia, riscontrato nella frizione con la legalità formale, stante l'elevazione incriminatoria della fonte regolamentare e l'impiego dell'indefinita

⁵ Corte cost., 19 febbraio 1965, n.7: «in base a questa individuazione degli elementi del reato, si deve riconoscere che il precetto penale in esame, mentre corrisponde all'intento di reprimere quei comportamenti dei pubblici ufficiali, che, pur essendo illegittimi, non rientrerebbero in un titolo specifico di reato, dà nello stesso tempo sufficiente garanzia che il pubblico ufficiale sia al coperto dalla possibilità di arbitrarie applicazioni della legge penale, il timore delle quali nuocerebbe anch'esso al buon andamento della pubblica Amministrazione e al sollecito perseguimento dei suoi fini. Né vale in contrario il rilievo che per determinare, in concreto, la sussistenza del reato si rende necessario prendere in esame l'eventuale violazione di norme non contenute nelle leggi penali, quali, nel caso di specie, le norme del Codice di procedura civile sugli obblighi del custode giudiziario».

⁶ La legge 6 novembre 2012 n. 190 ha esteso i termini minimi da sei mesi a un anno e i massimi da tre a quattro anni.

⁷ Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

⁸ Cass., Sez. VI, 6 marzo 2008, n.10390: «In tema di abuso d'ufficio, ai fini della configurabilità dell'elemento soggettivo è richiesto il dolo intenzionale, ossia la rappresentazione e la volizione dell'evento come conseguenza diretta e immediata della condotta dell'agente e obiettivo primario da costui perseguito. Ne discende che se l'evento tipico è una semplice conseguenza accessoria della condotta omissiva dell'agente, rimanendo incompleta la prova della sua deliberata intenzionalità, il fatto illecito deve essere diversamente qualificato ai sensi dell'art. 328, comma primo, c.p.»

espressione “*violazione di norme di legge*”, foriera di interpretazioni assorbenti l’art. 97 Cost., con discutibile conformità al principio di tipicità della fattispecie penale⁹.

Perseguendo la medesima *voluntas legis*, da ultimo, l’art. 23 del D.L. 16 luglio 2020, n. 76 ha apportato ulteriori correttivi all’elemento oggettivo del delitto, imprimendo alcune significative novità¹⁰.

La norma ha infatti affrontato l’annoso problema della tassatività con un intervento mirato su rango e contenuto della disposizione violata: da un lato, ha estromesso le violazioni regolamentari dall’art.323 c.p., e dall’altro, ha introdotto un parametro fisso della disposizione violata, quale “*specifica regola di condotta*”, “*espressamente prevista*” da una norma primaria, dalla quale “*non residuino margini di discrezionalità*”.

La condotta punibile ha dunque subito plurime compressioni: quanto a fonte ed oggetto, è stato negato rilievo a infrazioni costituzionali e regolamentari con persistenza punitiva delle sole violazioni di regole di condotta individuate dalla legge o da un atto equiparato, quali prescrizioni comportamentali puntualmente descritte e connesse alla precipua funzione del p.u.; quanto al contenuto, invece, la rilevanza penale è stata confinata alle ipotesi di assenza di discrezionalità amministrativa in capo al funzionario nel compimento del fatto censurato. Ne è derivata, in conclusione, una parziale *abolitio criminis* del delitto, soppressiva di abusi di danno e vantaggio conseguenti a violazioni di norme costituzionali, regolamentari, e primarie carenti degli stringenti requisiti introdotti dal novello art. 323 c.p.

I dati statistici inerenti alle applicazioni dell’art. 323 c.p. inducono a ritenere che la riforma del 2020 abbia soddisfatto il duplice proposito garantista in ordine alla determinatezza della fattispecie e alla sanatoria della patologica cd. paura della firma.

Con i vari accorgimenti segnalati, infatti, il legislatore è riuscito ad assicurare prevedibilità alle condotte punibili a titolo di abuso d’ufficio, consegnando al sistema penale una fattispecie tassativamente conforme. In particolare, l’estromissione dal circuito penale di violazioni di norme costituzionali, regolamentari e legislative con margini di discrezionalità ha consentito di confinare l’attività penalmente rischiosa del p.u. nel ristretto perimetro delle gravi ipotesi di inadempimento di attività vincolate, sedando i timori sanzionatori sull’eccesso di potere, zona d’ombra tra potere pubblico e sanzione penale; la permanenza delle sole regole comportamentali concernenti l’esercizio della funzione ha consegnato un parametro certo ed accessibile allo stesso

⁹ Cass., Sez. VI, 9 settembre 2014, n.37373: «*in tema di abuso d’ufficio, il requisito della violazione di legge può consistere anche nella inosservanza dell’art. 97 della Costituzione, la cui parte immediatamente precettiva impone ad ogni pubblico funzionario, nell’esercizio delle sue funzioni, di non usare il potere che la legge gli conferisce per compiere deliberati favoritismi e procurare ingiusti vantaggi, ovvero per realizzare intenzionali vessazioni o discriminazioni e procurare ingiusti danni*».

¹⁰ Salvo che il fatto non costituisca un più grave reato, il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio che, nello svolgimento delle funzioni o del servizio, in violazione di norme di legge o di regolamento, ovvero omettendo di astenersi in presenza di un interesse proprio o di un prossimo congiunto o negli altri casi prescritti, intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale ovvero arreca ad altri un danno ingiusto è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni.

La pena è aumentata nei casi in cui il vantaggio o il danno hanno un carattere di rilevante gravità.

p.u., in quanto regolato dai dettami delle mansioni d'ufficio. Allo stesso modo, il dolo intenzionale ha escluso rilevanza penale alle numerose vicende intricate in cui l'evento ingiusto abbia costituito mera conseguenza occasionale della condotta illecita.

In sintesi, la condotta punibile è stata ristretta ai minimi termini.

Trattasi di delitto plurioffensivo di evento sorretto da dolo intenzionale, integrato allorché il p.u. o l'incaricato di pubblico servizio abbia provocato in via diretta ed esclusiva un danno ingiusto a terzi o alla P.A. o abbia assunto un vantaggio illecito ai danni della cosa pubblica mediante la violazione di regole specifiche e vincolate di condotta impostegli da una fonte di rango primario, dalle quali non residuino margini di discrezionalità amministrativa.

«Le condanne sono certo diminuite. È accaduto tuttavia perché il legislatore, soprattutto del 2020, ha ripermetrato in modo incisivo la fattispecie, eliminando il rilievo penale della violazione dei regolamenti, delle norme di principio e non specifiche, dell'eccesso di potere. Tra il 1997 (anno della riforma diretta a tassativizzare il parametro della abusività e a rendere intenzionale la natura del dolo) e il 2020 (anno dell'ultimo ed incisivo intervento legislativo) sono del resto state pronunciate circa 3600 condanne, 547 nel 1997, poi sempre diminuite di anno in anno»¹¹.

Ad ogni modo, il procedimento penale costituisce il luogo più idoneo, per strumenti e garanzie, a vagliare la legalità dell'operato del pubblico ufficiale che abbia conseguito un vantaggio o provocato un danno ingiusto nell'esercizio della funzione; ciò a tutela dello stesso funzionario e della collettività, e ancor prima, in ragione di un basilare principio: *«il merito amministrativo, rispetto ai delitti dei pubblici ufficiali tra la P.A., non è, e non può mai essere una zona franca sottratta al vaglio giurisdizionale»¹².*

3. Dubbi di legittimità costituzionale: ammissibilità del sindacato *in malam partem* quantomeno per violazione degli artt. 11 e 117 Cost.

Le recenti pronunce di merito interessate all'applicazione dell'art.323 c.p. hanno immediatamente affrontato il principale problema emerso con la riforma, ossia quello della legittimità costituzionale dell'*abolitio criminis*.

Alle prese con gli effetti processuali dell'abrogazione, infatti, i Giudici di merito si sono interrogati sui profili di conformità costituzionale della norma di depenalizzazione, con riferimento agli artt. 97, 11 e 117 della Costituzione. Nello specifico, è stata posta attenzione sulla plausibile violazione dei vincoli sovranazionali assunti dallo Stato italiano in sede europea e internazionale, fondanti uno specifico *obbligo di non decriminalizzazione* dell'abuso d'ufficio (cd. *stand still*). Obbligo che deriverebbe dal combinato disposto degli articoli 7, comma 4, 19 e 65, comma 1, della Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (cd. Convenzione di Merida) adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione

¹¹GAROFOLI R., [Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio](#), in questa Rivista, 21 settembre 2023

¹²PADOVANI T., *Vita, morte e miracoli dell'abuso d'ufficio*, in www.giurisprudenzapenale.com, 28 luglio 2020.

n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, oggetto di ratifica ed esecuzione con l. 3 agosto 2009, n. 116.

Autorevole dottrina ha poi prospettato la possibile incostituzionalità della norma di depenalizzazione per contrasto con l'art. 4(3) della Direttiva UE 2017/1371 – quest'ultima impositiva dell'obbligo di incriminazione di tutte le condotte appropriate e distrattive di beni e denaro in danno degli interessi finanziari unionali – a causa dell'omessa incriminazione, conseguente all'*abrogatio delicti*, delle condotte distrattive di beni immobili offensive dei medesimi interessi¹³.

Merita considerazione, infine, l'argomentazione di incostituzionalità derivante dalla possibile violazione dell'art. 97 Cost., sollecitata dalla giurisprudenza di merito in ordine al pericoloso vuoto di tutela per l'imparzialità e il buon andamento della *res publica* causato dalla scelta abrogativa.

Prima di analizzare i menzionati dubbi di incostituzionalità, appaiono doverose alcune precisazioni preliminari.

A tal proposito, va ricordato il ruolo supremo rivestito dal principio di legalità penale ex art. 25 Cost.: principio, che da un lato intende riservare al solo legislatore le scelte di opportunità punitiva, e dall'altro impone a quest'ultimo di adeguarsi ai valori costituzionali posti a presidio di beni costituzionalmente rilevanti. Com'è noto, un ruolo centrale per la tenuta del sistema è assunto in questi termini dalla Corte costituzionale, chiamata a garantire l'osservanza della Carta suprema.

Appare, quindi, evidente che il tema solleciti una riflessione sul vaglio costituzionale, rievocando l'annosa *querelle* sull'ammissibilità del sindacato *in malam partem* in relazione alla riserva di legge di cui all'art. 25 Cost.

È ancora attuale, infatti, il dibattito concernente l'ammissibilità e la portata del sindacato costituzionale ad effetti sfavorevoli, riferito alle vicende in cui la declaratoria di incostituzionalità condurrebbe alla reviviscenza di una fattispecie incriminatrice già abrogata dal legislatore; nello specifico, emerge una tensione tra la riserva parlamentare sulle scelte di criminalizzazione penale e l'esigenza democratica di garantire il sindacato costituzionale su ogni area del diritto penale. Trattasi di quesito dirimente per il futuro prossimo dell'abuso d'ufficio, invitato al cospetto del Giudice delle Leggi proprio in funzione del controllo di legittimità della norma abrogatrice dell'art.323 c.p.

Considerata l'importanza, il sindacato costituzionale *in malam partem* merita ulteriori approfondimenti.

Sul punto, occorre prendere le mosse da una recente pronuncia concernente proprio la parziale abrogazione dell'abuso d'ufficio di cui al d.l. 76/2020, conv. in l. 120/2020, con cui la Corte costituzionale ha ribadito la propria sensibilità in materia, perimetrando il raggio d'azione del sindacato al fine di evitare indebite intrusioni nell'ambito costituzionale riservato al potere legislativo¹⁴.

¹³ GATTA G.L. [Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l.114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale](#), in questa Rivista, 7-8/2024, p.187 e ss. – GATTA G.L. [Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona cesarini del peculato per distrazione \(art.314-bis c.p.\) e obblighi \(non pienamente soddisfatti\) di attuazione della direttiva UE 2017/1971](#), in questa Rivista, 7-8/2024, p. 135 e ss.

¹⁴ Corte Cost., 18 gennaio 2022, n.8: «viene di conseguenza in rilievo il costante indirizzo di questa Corte, secondo

Nella decisione citata, infatti, la Consulta ha rimarcato la distinzione pretoria tra norme di favore e favorevoli,¹⁵ ravvisando l'ammissibilità del sindacato *in malam* esclusivamente per le prime. La ragione risiede nella circostanza che per le norme *di favore* l'effetto sfavorevole derivante dalla declaratoria di incostituzionalità costituirebbe mera «conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria», avuto riguardo all'eccezionalità del trattamento positivo da queste riconosciuto; risulterebbe, invece, inammissibile un sindacato di sfavore sulle norme penali cd. *favorevoli*, ossia quelle con effetti sostitutivo-restrittivi dell'area di rilevanza penale, atteso che in tali vicende la pronuncia farebbe rivivere una norma già soppressa dal legislatore, ponendosi in contrasto con la separazione dei poteri¹⁶.

Ora, in disparte le criticità della predetta teoria, va tuttavia aggiunto che la stessa giurisprudenza costituzionale ha più volte individuato, nel corso degli anni, plurime ipotesi derogatorie di ammissibilità del sindacato, dettate da preminenti esigenze supreme impositive del controllo di costituzionalità.

Così, ad esempio, il Giudice delle Leggi si è determinato per l'ammissibilità del sindacato *in malam* in caso di scorretto esercizio del potere legislativo per vizi procedurali connessi al difetto di legittimazione¹⁷ o all'eccesso di delega¹⁸, di *reductio*

cui l'adozione di pronunce con effetti in malam partem in materia penale risulta, in via generale, preclusa dal principio della riserva di legge sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale, rimettendo al «soggetto-Parlamento» (sentenza n. 5 del 2014), che incarna la rappresentanza politica della Nazione (sentenza n. 394 del 2006), le scelte di politica criminale (con i relativi delicati bilanciamenti di diritti e interessi contrapposti), impedisce alla Corte, sia di creare nuove fattispecie o di estendere quelle esistenti a casi non previsti, sia di incidere in peius sulla risposta punitiva o su aspetti inerenti, comunque sia, alla punibilità (ex plurimis, sentenze n. 17 del 2021, n. 37 del 2019, n. 46 del 2014, n. 324 del 2008, n. 394 del 2006 e n. 161 del 2004; ordinanze n. 219 del 2020, n. 65 del 2008 e n. 164 del 2007)».

¹⁵ Corte Cost., 23 novembre 2006, n. 394: «il principio di legalità impedisce certamente alla Corte di configurare nuove norme penali; ma non le preclude decisioni ablativo di norme che sottraggono determinati gruppi di soggetti o di condotte alla sfera applicativa di una norma comune o comunque più generale, accordando loro un trattamento più benevolo (sentenza n. 148 del 1983): e ciò a prescindere dall'istituto o dal mezzo tecnico tramite il quale tale trattamento si realizza [...]. In simili frangenti, difatti, la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione resta salva: l'effetto in malam partem non discende dall'introduzione di nuove norme o dalla manipolazione di norme esistenti da parte della Corte, la quale si limita a rimuovere la disposizione giudicata lesiva dei parametri costituzionali; esso rappresenta, invece, una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di una incostituzionale disciplina derogatoria».

¹⁶ Corte Cost., 18 gennaio 2022, n.8: «per norme penali di favore debbono intendersi quelle che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni compresenti nell'ordinamento. L'effetto in malam partem conseguente alla dichiarazione di illegittimità costituzionale di tali norme non vulnera la riserva al legislatore sulle scelte di criminalizzazione, rappresentando una conseguenza dell'automatica riespansione della norma generale o comune, dettata dallo stesso legislatore, al caso già oggetto di ingiustificata disciplina derogatoria. La qualificazione come norma penale di favore non può essere fatta, di contro, discendere, come nel caso di specie, dal raffronto tra una norma vigente e una norma anteriore, sostituita dalla prima con effetti di restringimento dell'area di rilevanza penale. In tal caso, la richiesta di sindacato in malam partem non mira a far riespandere una norma tuttora presente nell'ordinamento, ma a ripristinare la norma abrogata, espressiva di una scelta di criminalizzazione non più attuale: operazione preclusa alla Corte».

¹⁷ Corte cost., 15 marzo 1991, n. 117.

¹⁸ Corte Cost., 29 gennaio 2014, n.5: «la verifica sull'esercizio da parte del Governo della funzione legislativa delegata diviene, allora, strumento di garanzia del rispetto del principio della riserva di legge in materia penale, sancito dall'art. 25, secondo comma, Cost., e non può essere limitata in considerazione degli eventuali effetti che una sentenza di

ad legitimitatem di una norma processuale conseguente all'eliminazione di una previsione derogatoria¹⁹, o ancora, in caso di contrarietà della disposizione normativa a obblighi sovranazionali assunti dallo Stato italiano ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost.²⁰.

Meritevole di segnalazione è poi il ragionamento sviluppato dalla Corte costituzionale in alcune declaratorie, giustificate dalla necessità di evitare l'impunità di «alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.»²¹ Una pronuncia di inammissibilità sulla questione avrebbe infatti cagionato l'inadempimento dei vincoli sovranazionali gravanti sullo Stato italiano, privando ingiustificatamente di efficacia vincolante la normativa unionale²².

In sintesi, la giurisprudenza costituzionale ha concepito, quale regola generale, il binomio norme di favore e norme favorevoli, postulando l'inammissibilità del sindacato costituzionale per le seconde, tenuto conto delle ripercussioni che le declaratorie di incostituzionalità provocherebbero sulle autonome decisioni di politica criminale deliberate in sede parlamentare.

Nondimeno, nel corso degli anni, la stessa Consulta ha individuato ipotesi eccezionali di ammissibilità del sindacato *in malam*, in ragione dell'esigenza di assicurare

accoglimento potrebbe produrre nel giudizio a quo. Si rischierebbe altrimenti, come già rilevato in altre occasioni da questa Corte, di creare zone franche dell'ordinamento, sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali sarebbe di fatto consentito al Governo di effettuare scelte politico-criminali, che la Costituzione riserva al Parlamento, svincolate dal rispetto dei principi e criteri direttivi fissati dal legislatore delegante, eludendo così il disposto dell'art. 25, secondo comma, della stessa Costituzione».

¹⁹ Corte Cost., 19 dicembre 2018, n.236: «l'effetto in *malam partem* per l'imputato (o indagato) derivante dall'eliminazione di una previsione a carattere derogatorio di una disciplina generale, deve ritenersi ammissibile allorché si configuri come una mera conseguenza indiretta della *reductio ad legitimitatem* di una norma processuale».

²⁰ Corte Cost., 12 febbraio 2014, n.32: «gli eventuali effetti in *malam partem* di una decisione della Corte non precludono l'esame nel merito della normativa impugnata, fermo restando il divieto per la Corte (in virtù della riserva di legge vigente in materia penale, di cui all'art. 25 Cost.) di «configurare nuove norme penali» (sentenza n. 394 del 2006), siano esse incriminatrici o sanzionatorie, eventualità questa che non rileva nel presente giudizio, dal momento che la decisione della Corte non fa altro che rimuovere gli ostacoli all'applicazione di una disciplina stabilita dal legislatore».

²¹ Corte Cost., 12 febbraio 2014, n.32: «è appena il caso di aggiungere che la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea. Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.»

²² Corte Cost. 25 gennaio 2010, n.28: «nel caso di specie, se si stabilisse che il possibile effetto in *malam partem* della sentenza di questa Corte inibisce la verifica di conformità delle norme legislative interne rispetto alle norme comunitarie – che sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost. – non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie sui rifiuti, ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano, come effetto del semplice susseguirsi di norme interne diverse, che diverrebbero insindacabili a seguito della previsione, da parte del medesimo legislatore italiano, di sanzioni penali».

la protezione di irrinunciabili valori supremi. Appartengono a questi – secondo la Corte – i principi consacrati negli artt. 11 e 117 della Costituzione, posti a garanzia degli obblighi assunti dallo Stato italiano in sede europea ed internazionale.

Ragionando in questi termini, l'abrogazione dell'abuso d'ufficio andrebbe quindi ricondotta alle vicende di contrasto delle scelte legislative con la normativa sovranazionale, che giustificherebbe l'ammissibilità del vaglio costituzionale: i precetti violati dall'art. 1 della legge n.114 del 2024 sarebbero, infatti, gli artt. 11,97,117 Cost.

3.1. Convenzione di Merida e obbligo di non decriminalizzazione dell'abuso d'ufficio.

Tanto considerato sull'ammissibilità del sindacato *in malam partem*, vanno ora approfonditi i dubbi di incostituzionalità della discussa depenalizzazione, partendo dalla possibile violazione dell'obbligo di non decriminalizzazione di cui alla nota Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione (cd. Convenzione di Merida).

Si allude al possibile contrasto con gli artt. 11 e 117, in relazione agli obblighi discendenti dagli artt. 7, comma 4, 19 e 65, comma 1, della Convenzione adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, oggetto di ratifica ed esecuzione con l. 3 agosto 2009, n. 116.

Com'è stato anticipato, si discute di un trattato internazionale di natura multilaterale che ha posto in capo agli Stati firmatari l'obbligo di conferire carattere penale a una varietà di infrazioni correlate ad atti di corruzione, qualora esse non siano già definite con divieti e sanzioni penali nel diritto interno. In particolare, la convenzione ha prospettato la criminalizzazione sia di condotte direttamente corruttive e concussive sia di «violazioni "spia", sintomatiche o agevolatrici della corruzione stessa», quali standards di tutela penale di beni convenzionalmente protetti.

Figura tra questi l'abuso d'ufficio, previsto dall'art. 19, secondo cui «*Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence, when committed intentionally, the abuse of functions or position, that is, the performance of or failure to perform an act, in violation of laws, by a public official in the discharge of his or her functions, for the purpose of obtaining an undue advantage for himself or herself or for another person or entity*» (nella traduzione italiana, rinvenibile in allegato alla legge di autorizzazione alla ratifica ed esecuzione l. 3 agosto 2009, n. 116, la disposizione viene così traslata: «*Articolo 19 Abuso d'ufficio Ciascuno Stato Parte esamina l'adozione delle misure legislative e delle altre misure necessarie per conferire il carattere di illecito penale, quando l'atto è stato commesso intenzionalmente, al 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*»).

È un dato pacifico, dunque, che l'abuso d'ufficio risulti contemplato dall'accordo internazionale quale fattispecie di reato iscritta nel panorama normativo di repressione degli illeciti commessi dai pubblici ufficiali.

Ciò che piuttosto va chiarito è se, con specifico riferimento alla materia penale, l'onere di osservare la convenzione espliciti una raccomandazione facoltativa per gli Stati aderenti, liberi sia nell'*an* sia nel *quomodo* della scelta di politica criminale oppure al contrario istituisca a carico degli stessi un precipuo obbligo di sanzionare la condotta di abuso d'ufficio descritta nell'art.19. In tal caso, lo Stato italiano dovrebbe produrre norme interne compatibili, emendare o abrogare quelle incompatibili, e soprattutto preservare quelle pretese o conformi all'accordo internazionale.

In estrema sintesi, ci si chiede se la Convenzione di Merida fondi per lo Stato italiano un obbligo internazionale di stand-still, cioè di mantenere le cose così come sono, precludendo allo Stato che già prevedeva nel proprio ordinamento tale reato prima della ratifica della Convenzione di procedere alla relativa abrogazione.

L'esegesi deve essere dunque condotta alla luce dei principi e delle regole del diritto internazionale.

A tal proposito, va considerato che il procedimento di adattamento del diritto interno alla Convenzione di Merida è affidato a due norme dello stesso Trattato, cioè l'art. 65, co.1, «Attuazione della Convenzione» secondo cui «Ciascuno Stato Parte adotta le misure necessarie, comprese misure legislative ed amministrative, in conformità con i principi fondamentali del suo diritto interno, per assicurare l'esecuzione dei suoi obblighi ai sensi della presente Convenzione», e l'art. 7 «Settore pubblico» che al comma 4 dispone: [...] «Ciascuno stato si adopera, conformemente ai principi fondamentali del proprio diritto interno, al fine di adottare, mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse».

Letti tali articoli, si palesa il fondamento sostanziale della questione, radicato nella necessità di definire il significato della terminologia adoperata: occorre chiarire se le espressioni impiegate dagli artt.7,19 e 65, intendano sancire un vincolo imperativo gravante sugli Stati aderenti oppure al contrario si limitino a riconoscere una mera facoltà in ordine al perseguimento degli obiettivi anticorrittivi in chiave internazionale. Per dirimere il quesito – e segnatamente per spiegare le espressioni “*Each State Party shall consider adopting*” dell'art.19 e “*may adopt*” dell'art. 7 – risulta condivisibile il ragionamento seguito dai Giudici di merito chiamati a sciogliere la riserva. Orientandosi verso l'interpretazione più fedele ai principi di diritto internazionale e al testo del Trattato, infatti, gli interpreti hanno dato privilegio all'analisi della *Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption*, quale atto di interpretazione autentica della Convenzione²³.

Ai punti 11 e 12, infatti, il negoziato esamina espressamente la materia. Nella versione tradotta: «*Nello stabilire le loro priorità, i redattori legislativi nazionali e gli altri decisori politici dovrebbero tenere presente che le disposizioni della Convenzione non hanno tutte lo stesso livello di obblighi. In generale, le disposizioni possono essere raggruppate nelle seguenti tre categorie: (a) disposizioni obbligatorie, che consistono in obblighi di legiferare (in modo assoluto o quando sono soddisfatte determinate condizioni); (b) Misure che gli Stati parti*

²³ Tribunale di Firenze, Sez. III, ordinanza del 24 settembre 2024.

devono considerare di applicare o tentare di adottare; (c) Misure facoltative;²⁴ (art.11). Ogni volta che viene utilizzata l'espressione "ciascuno Stato Parte adotta", si fa riferimento a una disposizione imperativa. Altrimenti, il linguaggio utilizzato nella guida è "considererà l'adozione" o "si adopera per", il che significa che gli Stati sono invitati a prendere in considerazione l'adozione di una determinata misura e a compiere uno sforzo reale per vedere se sarebbe compatibile con il loro ordinamento giuridico. Per le disposizioni del tutto facoltative la guida utilizza il termine "può adottare"²⁵ (art.12).

La lettura sistematica di tali disposizioni induce a ritenere che la locuzione impiegata nell'art. 19 sia coerente con la sola imposizione di un ordine perentorio, collocabile nell'ambito dei vincoli obbligatori eteroimposti dal Trattato. L'art. 12 esplicita, infatti, che laddove la Convenzione ha inteso ravvisare una facoltà, ha impiegato espressioni del tipo "considererà l'adozione" o "si adopera per", optando invece per le proposizioni "shall consider adopting" e "may adopt" nelle diverse ipotesi di disposizioni imperative per gli Stati parte.

Seguendo tale percorso interpretativo, graverebbe sugli Stati contraenti il dovere di adottare ogni strumento teso ad assicurare l'ingresso nel proprio ordinamento giuridico del reato previsto dall'art. 19, salvi i casi di incompatibilità con il proprio sistema di valori («compiere uno sforzo reale per vedere se sarebbe compatibile con il loro ordinamento giuridico»). In materia di abuso d'ufficio, quindi, la Convenzione di Merida non ravviserebbe solo una facoltà di criminalizzazione ma statuirebbe piuttosto l'obbligo di adeguamento del sistema interno ad un obiettivo condiviso di politica criminale attraverso l'utilizzo delle risorse penalistiche. Risulterebbe integrato un obbligo di criminalizzazione, diversamente declinato a seconda che lo Stato aderente abbia o meno già adottato nel proprio ordinamento il delitto di abuso d'ufficio: laddove il delitto fosse già esistente nel diritto interno prima della ratifica della Convenzione, lo Stato dovrebbe preservare il relativo divieto penale, in ossequio ad un obbligo di non decriminalizzazione della fattispecie²⁶.

²⁴ 11. In establishing their priorities, national legislative drafters and other policymakers should bear in mind that the provisions of the Convention do not all have the same level of obligation. In general, provisions can be grouped into the following three categories: (a) Mandatory provisions, which consist of obligations to legislate (either absolutely or where specified conditions have been met); (b) Measures that States parties must consider applying or endeavour to adopt; (c) Measures that are optional.

²⁵ 12. Whenever the phrase "each State Party shall adopt" is used, the reference is to a mandatory provision. Otherwise, the language used in the guide is "shall consider adopting" or "shall endeavour to", which means that States are urged to consider adopting a certain measure and to make a genuine effort to see whether it would be compatible with their legal system. For entirely optional provisions, the guide employs the term "may adopt".

²⁶ Tribunale di Firenze, Sez. III, ordinanza del 24 settembre 2024 «Orbene, come si coglie da una lettura attenta e ragionevole dell'art. 19 della Convenzione di Merida, alla luce delle preziose indicazioni interpretative contenute nella Legislative guide for the implementation of the United Nations Convention against corruption, la portata dell'art. 19 -diretto, anzitutto, (ma non solo, come si dirà) agli Stati contraenti che non avevano già, diversamente dall'Italia, nel proprio ordinamento, la fattispecie di abuso d'ufficio all'atto dell'adesione alla Convenzione stessa – non può considerarsi una mera raccomandazione priva di effetti obbligatori sul piano internazionale e convenzionale: in ragione della espressione impiegata "shall consider adopting", l'art. 19 della Convenzione non è collocabile tra le disposizioni del tutto facoltative [lett. c) del punto 11 della Legislative guide], bensì va annoverata tra le "Measures that States parties must consider applying or endeavour to adopt" [lett. b) del punto 11 della Legislative guide]. Categoria quest'ultima che comporta un vero e proprio obbligo in capo allo Stato contraente come emerge – non solo dalla prima

In estrema sintesi: « a) lo Stato parte che non abbia introdotto la fattispecie prima dell'adesione alla Convenzione di Merida, sarà tenuto a valutare concretamente e seriamente la sua introduzione in conformità al proprio diritto interno, dovendo compiere uno sforzo reale per vedere se essa sia compatibile con il proprio ordinamento giuridico; di talché, laddove tale compatibilità sussista, lo Stato contraente, onde intenda adeguarsi all'obbligo internazionale, sarà ragionevolmente tenuto ad introdurlo;

b) lo Stato parte che invece, come l'Italia, abbia già introdotto la fattispecie prima dell'adesione alla Convenzione di Merida e che ha, dunque, già positivamente valutato la conformità della fattispecie rispetto al proprio diritto interno – dovendo mantenere e rafforzare i sistemi che favoriscono la trasparenza e prevengono i conflitti di interesse (art. 7, comma 4, Convenzione di Merida) – per adeguarsi all'obbligo internazionale di cui all'art. 19, sarà tenuto a non abrogare la fattispecie già vigente, vieppiù senza la contestuale adozione di alcuna misura preventiva e/o repressiva-sanzionatoria caratterizzata da concreta ed effettiva dissuasività». ²⁷

3.2. Direttiva UE 2017/1371 e distrazione di beni immobili lesiva degli interessi finanziari unionali.

In precedenza, si è già dato atto di ulteriori dubbi di incostituzionalità dell'abolizione *criminis* per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., in relazione alla direttiva europea n.2017/1371, che all'art. 4 (3) imporrebbe l'obbligo di incriminare tutte le condotte distrattive di beni e somme di denaro in danno degli interessi finanziari unionali. Secondo autorevole dottrina, infatti, l'abolizione dell'art. 323 c.p. provocherebbe un vuoto di tutela riferibile alla mancata incriminazione delle condotte distrattive di beni immobili in danno degli interessi dell'U.E., in quanto estranee al circuito penale del novello art. 314-bis c.p. Omissione che vizierebbe di incostituzionalità la sola norma abrogatrice dell'art. 323 c.p., in quanto fonte esclusiva dell'abbattimento repressivo delle vicende riconducibili alla soppressa fattispecie di abuso d'ufficio ed interessate dalla pretesa incriminatoria imposta dalla normativa unionale.

Per cogliere la portata della censura, occorre partire dall'art. 314-bis c.p. rubricato *"Indebita destinazione di denaro o cose mobili"* che punisce, fuori dei casi di peculato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un

parte del punto 11, laddove si afferma in modo inequivoco che le disposizioni della Convenzione prevedono un diverso livello di obblighi ("...the provisions of the Convention do not all have the same level of obligation") e che, dunque, di obbligo, ancorché di diverso contenuto, si tratta anche in ipotesi non riconducibile a quello contemplato dalla lett. a)-ma anche dalla seconda parte del punto 11, laddove, proprio nella lett. b), si fa impiego del verbo "must" ("Measures that States parties must consider applying or endeavour to adopt", ovvero: misure che gli Stati parti devono considerare di applicare o tentare di adottare).

²⁷ Tribunale di Firenze, Sez. III, ordinanza del 24 settembre 2024.

danno ingiusto; fatto aggravato quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000.

Esulando dai profili successivi connessi all'abrogato abuso d'ufficio,²⁸ il comma secondo punisce le sole condotte distrattive di denaro e beni mobili offensive degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Occorre, pertanto, comprendere se, avuto riguardo alla Direttiva 2017/1371, l'omessa incriminazione delle condotte appropriate e distrattive di beni immobili – pur sempre lesive dei medesimi interessi – risulti censurabile di incostituzionalità per violazione degli artt. 3, 11 e 117 Cost. A tal proposito, va ricordato che la Direttiva in esame, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, stabilisce all'art 4 (3): «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché, se intenzionale, l'appropriazione indebita costituisca reato. Ai fini della presente direttiva, s'intende per «appropriazione indebita» l'azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione.*»

Definite le vicende offensive degli interessi finanziari unionali, quindi, la Direttiva obbliga gli Stati membri a punire tali condotte mediante il ricorso alla sanzione penale, quale misura più adeguata ad assicurare un efficace presidio degli interessi in gioco.

Ebbene, data l'assenza di ragionevoli giustificazioni, l'assenza di strumenti repressivi per le predette condotte integrerebbe un ingiustificato inadempimento dell'obbligo europeo, causato dalla soppressione della protezione penale per beni omologhi a quelli salvaguardati dall'art. 314-*bis* c.p.: ancor prima degli artt. 11 e 117 Cost., sarebbe peraltro lesa l'art. 3 Cost., per irragionevolezza del trattamento normativo.

Infine, va ancora ribadito che il vizio in esame inquinerebbe la sola norma di abrogazione dell'abuso d'ufficio – non anche l'art. 314-*bis* c.p. sul nuovo peculato per distrazione – per la semplice ragione che la frustrazione valoriale conseguente all'omessa incriminazione discenderebbe esclusivamente dalla soppressione dell'abuso d'ufficio, quale fattispecie generale e onnicomprensiva delle vicende censurate in ambito europeo. In sintesi, con l'abrogazione dell'art. 323 c.p., persisterebbe la sola ed incompleta tutela penale prevista dall'art.314-*bis*, incapace di soddisfare le istanze avanzate dalla Direttiva 2017/1371.

²⁸ GATTA G.L. [Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale](#), in questa Rivista, 7-8/2024, p.191: «la nuova fattispecie, non a caso modellata sull'art. 323 c.p., nella versione risultante dalla riforma del 2020, è speciale rispetto all'abuso d'ufficio ed è divenuta applicabile, a ben vedere, prima ancora dell'entrata in vigore della legge Nordio. Con la nuova incriminazione, introdotta dal c.d. decreto carceri, il legislatore, in zona Cesarini, ha sottratto all'abolitio criminis una classe di fatti prima riconducibili all'abuso d'ufficio, impedendo così una abolizione integrale di quel reato».

3.3. Buon andamento e imparzialità della P.A.

Da ultimo, la giurisprudenza di merito ha prospettato un ulteriore vizio di illegittimità costituzionale dell'esaminata legge abrogatrice, con riferimento alla possibile violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della P.A. protetti dall'art. 97 Cost., avuto riguardo alle conseguenze recessive in ordine alla tutela della *res publica* per gli abusi di danno e vantaggio perpetrati dai detentori del potere pubblico.

Secondo i Giudici rimettenti, la scelta legislativa di abrogazione dell'abuso d'ufficio realizzerebbe un'irragionevole frustrazione dei beni costituzionali consacrati nell'art. 97 Cost, in quanto «*non pare riconducibile ad un legittimo esercizio della discrezionalità del legislatore, ma si prospetta come arbitraria*».²⁹

È utile segnalare alcune censure meritevoli di rilievo.

Sul piano delle tutele, i beni costituzionali protetti dall'art. 323 c.p. patirebbero una scoperta protettiva totale, data l'assenza di forme alternative di tutela nell'intero ordinamento giuridico.

Infatti, l'abolizione del divieto penale non sarebbe stata accompagnata dall'introduzione di illeciti amministrativi o dal potenziamento di misure di prevenzione di condotte lesive del buon andamento e della imparzialità della P.A., con la paradossale conseguenza di aver sottratto l'accertamento e la repressione di tali condotte alla Magistratura, senza tuttavia aver assicurato ai consociati rimedi alternativi contro gli abusi pubblici, anche di minore spessore. Di fatto il legislatore avrebbe spogliato i cittadini di ogni garanzia di protezione per i danni e i vantaggi ingiusti conseguiti dai rappresentanti di pubblici interessi, avendo precluso all'unico ordine costituzionale portatore di garanzie e poteri di accertamento ed indagine l'impiego di tali strumenti per il ripristino della legalità. Peraltro, anche in presenza di rimedi alternativi – ad oggi inesistenti – si lascerebbe alla sola iniziativa privata del cittadino danneggiato la tutela di un bene giuridico collettivo sottratto alla disponibilità del privato medesimo, ponendo a carico dello stesso i costi connessi a segnalazioni e denunce delle attività sospette.³⁰ In sintesi, fatti gravemente offensivi di interessi costituzionali risulterebbero privi di sanzione, non solo penale, ma anche civile e amministrativa.

Sul piano delle ragioni abrogative – paura della firma e burocrazia difensiva – sarebbero stati ignorati i recenti interventi normativi e indirizzi giurisprudenziali maturati in materia, i quali avrebbero partorito effetti garantisti in merito alla prevedibilità dei fatti punibili a titolo di abuso d'ufficio.

Sarebbero state sottovalute, infatti, le garanzie di filtraggio introdotte dal dlgs. 10 ottobre 2022 n.150 in merito agli artt. 335 e ss c.p. su obbligo di tempestività ed assenza di effetti pregiudizievoli delle iscrizioni nel registro delle notizie di reato nonché i profili inerenti all'introduzione della *ragionevole previsione di condanna*, rilevante filtro della fase conclusiva delle indagini preliminari. In questi termini si sarebbe recentemente pronunciata anche la Consulta, evidenziando la natura meramente neutrale

²⁹ *Ex multis*: Tribunale di Firenze, Sez. III, ordinanza del 24 settembre 2024.

³⁰ *Ex multis*: Tribunale di Firenze, Sez. III, ordinanza del 24 settembre 2024.

dell'iscrizione nel registro delle notizie di reato, quale atto dovuto incapace di spiegare effetti lesivi ai danni dell'indagato.³¹ Quanto a tassatività e prevedibilità dei fatti punibili, peraltro, anche la giurisprudenza di legittimità si sarebbe ormai consolidata, in armonia con la parziale *abolitio criminis* perseguita dal legislatore del 2020, sull'irrelevanza delle mere violazioni di principi generali di imparzialità, buon andamento e trasparenza ai fini dell'integrazione del delitto di abuso d'ufficio, così avvalorando il fondamento garantista della riforma.³²

In sintesi, tanto il legislatore quanto la giurisprudenza avrebbero neutralizzato i controversi profili problematici postulati dall'art. 323 c.p. in ordine alla paventata paura della firma attraverso interventi specifici su conoscibilità e perimetrazione della fattispecie punibile. Conclusione che risulterebbe corroborata dalla «*considerazione dell'alto tasso di archiviazione e la riduzione delle iscrizioni del 39,3% dal 2016 al 2021. Nel 2022 abbiamo avuto il 79% di archiviazioni; nel 2021 18 condanne (nel 2016 erano state 82) e 256 assoluzioni o proscioglimenti*». ³³

In conclusione, l'*abolitio criminis* potrebbe risultare manifestamente irragionevole ed arbitraria, considerato che: «*da un lato, non si è tenuto di conto che le ragioni poste a sostegno della spinta riformatrice (la c.d. "paura della firma" o "burocrazia difensiva") erano di fatto venute meno (sopravvivendo, forse, solo sul piano, del tutto irrilevante, soggettivo e psicologico di singoli funzionari) in ragione delle recenti riforme e del successivo (ed ormai consolidato) orientamento giurisprudenziale di legittimità e dei principi enunciati dalla Corte costituzionale; dall'altro lato, non appare adeguatamente ponderato (e men che meno contenuto o neutralizzato) l'effetto dirompente che può avere la riforma, per il venir meno dell'effetto general-preventivo spiegato dalla presenza nell'ordinamento di una norma di chiusura che – seppur ormai relegata ad operare in casi eccezionali di particolare ed obiettiva gravità – evitava il dilagare di condotte dolosamente arbitrarie e lasciava ai cittadini uno strumento attraverso cui ricorrere alla magistratura*». ³⁴

³¹ Corte Cost. 11 marzo 2024, n.41: «*la mera iscrizione nel registro delle notizie di reato che consegue all'acquisizione di una notizia criminis non implica ancora che il pubblico ministero abbia effettuato alcun vaglio, per quanto provvisorio, sulla sua fondatezza: tant'è vero che l'art. 335-bis cod. proc. pen. esclude oggi espressamente qualsiasi effetto pregiudizievole di natura civile o amministrativa per l'interessato in ragione di tale iscrizione, la quale è un atto dovuto una volta che il pubblico ministero abbia ricevuto una notizia di reato attribuita a una persona specifica. Più in generale, l'iscrizione nel registro è – e deve essere considerata – atto "neutro", dal quale sarebbe affatto indebito far discendere effetti lesivi della reputazione dell'interessato, e che comunque non può in alcun modo essere equiparato ad una "accusa" nei suoi confronti*».

³² Cass., Sez. VI, 10 giugno 2022, n. 28402: «*in tema di abuso di ufficio, la modifica introdotta con l' art. 23 d.l. 16 luglio 2020, n. 76 , conv., con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120 , ha ristretto l'ambito applicativo dell' art. 323 c.p. , determinando l'abolitio criminis delle condotte, antecedenti all'entrata in vigore della riforma, realizzate mediante violazione di norme generali e astratte dalle quali non siano ricavabili regole di comportamento specifiche ed espresse, o che comunque lascino residuare margini di discrezionalità, sicché deve escludersi che integri il reato la sola violazione dei principi di imparzialità e buon andamento di cui all' art. 97, comma 3, Cost.*»

³³ SALVATO L., *Sulle proposte di legge in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite in www.giurisprudenzapenale.com*, 23 maggio 2023.

³⁴ Tribunale di Firenze, Sez. III, ordinanza del 24 settembre 2024.

4. Considerazioni conclusive: in attesa della Consulta.

Ancora una volta, la Corte costituzionale è invitata a sindacare la legittimità di una manovra legislativa concernente l'abuso d'ufficio, stavolta riferita all'abrogazione del delitto.

La Consulta affronterà una questione spinosa, gravata dal confronto di valori primari: la vicenda abrogativa esige, infatti, un dialogo valoriale tra le scelte di criminalizzazione penale riservate al Parlamento ai sensi dell'art.25 Cost. e la tutela dei principi costituzionali garantita dal sindacato della Consulta, essenziale per la democrazia. Disputa sovraccaricata dalla circostanza che l'*abolitio criminis* investe una fattispecie di reato ostile ai titolari del potere pubblico fin dal primo codice Rocco, ed al contempo tutt'altro che marginale nell'architettura repressiva degli illeciti commessi contro la P.A. E non c'è dubbio che l'abrogazione, appesantita dall'omessa introduzione e dal mancato potenziamento di rimedi protettivi alternativi per gli interessi in gioco, esprima una scelta radicale di politica criminale del legislatore, determinato a rinunciare agli storici strumenti di deterrenza e repressione dei fatti offensivi puniti con l'art. 323 c.p.

Tanto considerato, desta peculiare interesse il metodo con cui la Corte costituzionale tratterà la questione, attesi i limiti che la stessa si è autoimposta sul sindacato *in malam*. In questo senso, il profilo più delicato non può che competere al sospetto contrasto della legge con l'art. 97 Cost.

Seguendo la consolidata giurisprudenza costituzionale, infatti, non pare sussistano ostacoli all'ammissibilità della questione con riferimento agli artt. 11 e 117 Cost., ipotesi che la Consulta ha più volte registrato tra le deroghe alla preclusione del sindacato sulle norme penali favorevoli; diverso esito, invece, potrebbe patire il quesito inerente all'art. 97 Cost., da sempre oggetto di un approccio diametralmente opposto, anche in materia di abuso d'ufficio. Sul punto, va ricordato che nelle note decisioni n.8 del 2022 e n. 447 del 1998 – pertinenti agli interventi normativi sull'abrogato delitto – il Giudice delle leggi ha sottolineato come *«la censura di illegittimità costituzionale non possa basarsi sul pregiudizio che la formulazione, in assunto troppo restrittiva, di una norma incriminatrice, recherebbe a valori di rilievo costituzionale, quali, nella specie, l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione; ciò in quanto le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella tutela penale, ben potendo essere soddisfatte con altri precetti e sanzioni»*³⁵.

Netta, dunque, la posizione della Corte in materia.

In questa prospettiva, potrebbe sostenersi che la presente questione di legittimità, gravata dal carico abolitivo del delitto, rappresenterà un'occasione utile per testare la solidità delle convinzioni maturate dai Giudici costituzionali, i quali decideranno se rinnovare fedeltà alle proprie determinazioni oppure accogliere, in armonia con

³⁵ Corte Cost., 18 gennaio 2022, n.8: *«l'incriminazione costituisce anzi un'extrema ratio, cui il legislatore ricorre quando, nel suo discrezionale apprezzamento, lo ritenga necessario per l'assenza o l'inadeguatezza di altri mezzi di tutela (sentenza n. 447 del 1998; in senso analogo, con riferimento all'abrogazione del reato di ingiuria, sentenza n. 37 del 2019; si vedano pure la sentenza n. 273 del 2010 e l'ordinanza n. 317 del 1996)»*.

l'opinione dottrinale maggioritaria, una lettura appagante del principio democratico che ripudia l'esistenza di aree del diritto penale estranee al sindacato costituzionale.

Quanto alla fondatezza della questione, poi, va da sé che per le ragioni poc'anzi esposte, il percorso argomentativo inerente all'art. 97 Cost. risulti ancora più ripido, sollecitando un vaglio di ragionevolezza su una deliberazione parlamentare di politica criminale. Scrutinio che, esaminando il rispetto dei limiti costituzionali della discrezionalità legislativa sull'*an* della criminalizzazione, dovrebbe essere governato da solidi criteri predeterminabili *ex ante*; operazione, quest'ultima, di cui la Corte non si è mai fatta carico per le pronunce *in malam partem*.

Appare stabile, invece, l'impianto argomentativo strutturato in relazione agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento all'inadempimento, da parte dello Stato italiano, dell'obbligo sovranazionale di *stand still* desumibile dalla Convenzione di Merida.

Verosimilmente, l'esegesi costituzionale dovrebbe seguire una diramazione verticale: innanzitutto, la Consulta dovrebbe dirimere il dubbio sulla concreta esistenza di un obbligo giuridico di non decriminalizzazione del delitto, determinandosi sulla natura vincolante o facoltativa delle posizioni riconosciute dalle norme interessate; dopodiché, in caso di accoglimento della prima opzione, dovrebbe pronunciarsi sull'inadempimento del predetto obbligo, sentenziando se l'abrogazione dell'abuso d'ufficio costituisca un'ingiustificata violazione del Trattato.

In conclusione, il martoriato art. 323 c.p. si ritroverà – forse per l'ultima volta – al cospetto della Consulta, suscitando vecchi e nuovi quesiti.

Ad avviso di chi scrive, l'odissea dell'abuso d'ufficio apre un'intricata e suggestiva riflessione sul dialogo tra i poteri dello Stato, evidenziando la pregevole sensibilità della Corte costituzionale italiana sull'armonia della separazione dei poteri. Sul piano giuridico, resta, tuttavia, consolidato il vizio diffusamente contestato alla teoria dell'inammissibilità del sindacato *in malam*, ravvisato nell'intrinseco riconoscimento di aree penali inaccessibili finanche allo stesso Giudice delle leggi, dunque *de facto* sottratte al controllo di legittimità costituzionale.

Come storia di diritti fondamentali, infine, la vicenda abrogativa dell'abuso d'ufficio esorbita dal diritto penale e rievoca l'irrisolto enigma afferente alla migliore tutela dei valori costituzionali, esortando a domandarsi quale possa essere, nel contemperamento di interessi equivalenti, lo strumento di tutela più adatto a garantire il presidio di beni supremi, individuali e collettivi, di fronte a fatti gravemente offensivi.

«Di frequente, non si tratta di atti amministrativi, ma di meri comportamenti, come tali non rimediabili mediante ricorso dinanzi al giudice amministrativo. Abolito in toto l'abuso di ufficio, che forma di protezione resterebbe nella disponibilità del privato che subisca le angherie di chi, detenendo il potere pubblico, lo eserciti in modo intenzionalmente distorto?»³⁶.

³⁶ GAROFOLI R., [Note critiche sulla proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio](#), in questa Rivista, 21 settembre 2023.

L'UDIENZA PREDIBATTIMENTALE: INCOMPATIBILITÀ DEL GIUDICE E PARALLELISMI

*Corte cost., sent., 14 novembre 2024 (ud. 15 ottobre 2024), n. 179, Pres. Barbera,
red. Amoroso*

di Riccardo Bianchi

Lo scritto coglie l'occasione offerta da C. cost 14 novembre 2024 n. 179 per sviluppare tre riflessioni. Prima di tutto, inevitabilmente: dato che la pronuncia accerta l'esigenza di una previsione di incompatibilità fra il giudice della nuova udienza predibattimentale e il successivo giudice del dibattimento, quali sono le ragioni che rendono la previsione costituzionalmente necessaria? In secondo luogo, estensivamente: atteso che la Corte evidenzia similitudini fra quest'udienza e quella preliminare, l'accostamento vale a sviluppare critiche alla novità legislativa? Infine, sempre estensivamente: posti gli interessi protetti dalle incompatibilità, le considerazioni della Corte sono applicabili ad altri istituti processuali (è preso a modello il rigetto della richiesta di patteggiamento alle soglie del dibattimento)?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Una decisione pregiudicante. – 3. Parallelismo con l'udienza preliminare. – 4. Parallelismo col vaglio sulla richiesta delle parti di applicazione della pena.

1. Introduzione.

Una premessa: il d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150¹ ha introdotto nel codice di procedura penale, libro VIII, titolo II, due articoli dedicati a un inedito snodo processuale, un'udienza predibattimentale nel rito monocratico a citazione diretta (artt. 554-bis e 554-ter)².

Celebrata in camera di consiglio con la partecipazione necessaria del pubblico ministero e del difensore dell'imputato, è composta da attività processuali già note, proprie tanto dell'udienza preliminare, quanto dell'udienza di comparizione. Infatti, è stata concepita come un momento destinato: al controllo sulla regolare costituzione delle parti, con eventuale dichiarazione di assenza dell'imputato; alla definizione delle questioni preliminari, decise immediatamente e precluse se non proposte subito dopo l'accertamento della costituzione delle parti (compiuto per la prima volta); alla verifica

¹ Cd. Riforma Cartabia, art. 32 co. 1 lett. d).

² Le due disposizioni sono seguite da due ulteriori articoli, i quali normano, rispettivamente, l'impugnazione (art. 554-quater) e la revoca (art. 554-quinquies) della sentenza di non luogo a procedere.

della disponibilità del querelante a rimettere la querela, quando sia presente; al vaglio sulla chiarezza e sulla precisione dell'enunciazione, nel decreto di citazione a giudizio, del fatto e delle circostanze aggravanti e di quelle funzionali all'applicazione di una misura di sicurezza (con indicazione degli articoli di legge); al vaglio sulla corrispondenza del fatto, della definizione giuridica e delle circostanze a quanto risulta dagli atti; alla pronuncia della sentenza di non luogo a procedere, quando ne sussistano i presupposti; nonché agli epiloghi alternativi, quali il giudizio abbreviato, l'applicazione della pena su richiesta delle parti, la sospensione del processo con messa alla prova e l'oblazione.

Le ragioni sottostanti all'innovazione, secondo una lettura che evidenzia gli obiettivi dei riformatori, sono da individuare nella volontà di predisporre un freno a dibattimenti evitabili, in un'ottica anzitutto garantista, che risparmi all'imputato le "pene" insite in un ulteriore corso del processo, e, poi, in una prospettiva di economicità processuale, a cui ambisce l'intero impianto della Riforma Cartabia³.

La nuova normativa è presa in considerazione dalla Corte costituzionale con sentenza 14 novembre 2024, n. 179, affinché sia fatto ordine sistematico in relazione all'art. 34 c.p.p., dedicato alle incompatibilità del giudice per atti compiuti nel medesimo procedimento, poiché era illegittimo, nel suo secondo comma, ove non prevedeva l'incompatibilità del giudice predibattimentale alla partecipazione:

- a) al successivo dibattimento, non essendo praticabili gli altri epiloghi (sentenza di non luogo a procedere o definizioni alternative), ipotesi di cui all'art. 554-ter co. 3;
- b) nonché al giudizio di impugnazione della sentenza di non luogo a procedere, ipotesi di cui all'art. 554-quater co. 3 (dichiarazione di incostituzionalità per relazione).

2. Una decisione pregiudicante.

Appare chiaramente l'incisività del vaglio attuato dal giudice dell'udienza: allo stato degli atti, elabora valutazioni irrompenti nel merito dell'ipotesi accusatoria.

Non solo gli appartengono l'invito al pubblico ministero alla riformulazione dell'imputazione, rilevata una sua genericità, e la dichiarazione di nullità dell'atto quando l'accusa sia inadempiente (art. 554-bis co. 5); non solo gli spettano la sollecitazione del pubblico ministero a una modifica dell'addebito, constatata una mancanza di corrispondenza fra esso e gli atti del fascicolo, e la loro restituzione quando l'accusa sia inerte (co. 6); ma è altresì sua prerogativa la dichiarazione di cause di proscioglimento o dell'inverosimiglianza di una ragionevole previsione di condanna: non luogo a procedere, perché sarebbe superfluo un dibattimento (art. 554-ter co. 1)⁴.

³ Si considerino le osservazioni di A. NATALE, *Il procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, in *La riforma del sistema penale: commento al d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 (c.d. Riforma Cartabia)*, in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134, a cura di A. BASSI – C. PARODI, Giuffrè, 2022, pp. 221 ss.

⁴ Nel dettaglio, si veda D. POTETTI, *Udienza di comparizione predibattimentale a seguito di citazione diretta a giudizio (art. 554-bis c.p.p.)*, in *Cass. pen.*, 11/2023, pp. 3555 ss.

Questa carica penetrante del sindacato giurisdizionale è chiara anche alla legge: il terzo comma dell'art. 554-ter prescrive che, quando non sia pronunciabile una sentenza di non luogo a procedere, né sussistano definizioni alternative, «il giudice fissa per la prosecuzione del giudizio la data dell'udienza dibattimentale davanti ad un giudice diverso e dispone la restituzione del fascicolo del pubblico ministero»⁵. Stabilire diversità sottende consapevolezze evidenti sulle costanti elaborazioni giurisprudenziali concentrate sulla tendenza alla prevenzione del decidente, la quale, nella natura delle cose, si svela come l'atteggiamento psicologico proprio dell'umano a confermare scelte precedentemente assunte. È una constatazione ancora estranea al diritto ma, se calata nelle considerazioni giuridiche, conduce a una questione dolente, oltretutto se l'alterità presa in considerazione dal terzo comma dell'articolo sia sufficiente alla salvaguardia dei caratteri di terzietà e imparzialità rapportati al giudice, che sono attributi costituzionalmente imposti (artt. 24 co. 2 e 111 co. 2 Cost.), quali valori concorrenti alla tutela di una difesa inviolabile in ogni stato e grado del procedimento e alla definizione del giusto processo⁶. È da queste premesse che prende spunto la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale ordinario di Siena, di cui la pronuncia che ci si propone di commentare costituisce la risposta⁷.

L'esame del quesito, com'è noto, non può che dipendere dal significato di "impregiudicatezza", che emerge in modo evidente da una galassia di pronunce della Corte costituzionale, abbattutesi sull'art. 34 c.p.p. per dichiararne l'illegittimità ove non prevedeva certe figure di incompatibilità determinata da atti compiuti nel procedimento, oltre alle ipotesi genetiche già previste. Il termine sintetizza l'esigenza giuridica di un'assenza nel giudicante di pre-giudizi sulla *res iudicanda*, sull'oggetto del procedimento, sulla responsabilità dell'accusato⁸. La giustificazione teorica è fondata dalla suddetta considerazione umanistica, introspettiva, la forza di prevenzione, che è la tendenza cognitiva a mantenere fermo un giudizio già espresso: il giudice non sarebbe

⁵ Si legge, nella Relazione presentata dalla Commissione Lattanzi, che il giudice dell'udienza predibattimentale sarà «ovviamente diverso da quello che procederà, eventualmente, al dibattimento»: da sottolineare l'avverbio "ovviamente". Proprio in considerazione della supposta incompatibilità, la suddetta Relazione intravede, nei criteri tabellari che stabiliscano regole di riassegnazione dei procedimenti, lo strumento per far fronte all'impatto organizzativo che l'introduzione dell'udienza genererà. La Relazione ([Relazione finale e proposte emendative al D.D.L. A.C. 2435, 24 maggio 2021](#)) è disponibile in *questa Rivista*, 25.05.2021. Per quanto in questa nota esposto, si vedano le pp. 31-32.

⁶ Si aggiungono le Carte europee: l'art. 6 CEDU pone la necessità di un tribunale indipendente ed imparziale, e l'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea esige l'esame della causa da parte di un giudice altrettanto indipendente ed imparziale. Inoltre, aggettivi analoghi si leggono nell'art. 14 del Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici. In dottrina, si veda O. MAZZA, *Garanzie di indipendenza e di imparzialità degli organi giurisdizionali*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, diretta da M. CHIAVARIO – E. MARZADURI, I, *Protagonisti e comprimari del processo penale*, Utet, 1995, p. 35.

⁷ La vicenda nasce poiché il giudice rimettente, che aveva celebrato l'udienza predibattimentale, era stato incaricato di una supplenza per un semestre, venendo così chiamato a svolgere la funzione di giudice dibattimentale proprio nel medesimo procedimento.

⁸ Ad esempio, risalente, C. cost. 12 novembre 1991 n. 401 dichiarava l'illegittimità della norma nella parte in cui non prevedeva che non potesse partecipare al successivo giudizio abbreviato il giudice per le indagini preliminari che avesse emesso l'ordinanza contenente la prescrizione per il pubblico ministero di formulare l'imputazione, a seguito di un'istanza di archiviazione non accolta.

libero dalla tentazione alla conferma di convincimenti già sviluppati se avesse già manifestato un giudizio sulla medesima materia; in altre parole, sarebbe parziale: ad esempio, lo era rispetto al dibattimento il g.i.p. che avesse applicato una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato⁹, e lo era rispetto alla partecipazione al giudizio il giudice che avesse pronunciato una precedente sentenza relativa a soggetti terzi, ma contenente ad ogni modo una valutazione sulla responsabilità penale dell'imputato¹⁰.

Le conclusioni sono consolidate anche grazie ai massimi principi: l'imparzialità rispetto alla materia contesa è parte del più ampio canone accusatorio, che, anzitutto, dispone un giudice separato dall'accusa¹¹, pena la scelta di una certa ricostruzione dei fatti, di una data loro qualificazione giuridica e la perseveranza in esse, il che è una circostanza da cui i giudici devono essere immunizzati.

Seguendo gli insegnamenti della Corte costituzionale, infatti, il principio del giusto processo comporta «che il giudizio si formi in base al razionale apprezzamento delle prove legittimamente raccolte ed acquisite e non sia pregiudicato da valutazioni» già espresse e che ricadano «sul merito dell'imputazione e sulla colpevolezza»¹². Ed è all'interno del perimetro di questa proclamazione che sono da collocare le qualità della terzietà ed imparzialità, che realizzano una naturalezza imprescindibile nella figura del giudicante, da tutelare anche solo nell'apparenza. Non è un caso che i concetti trovino collocazione al secondo comma dell'art. 111 Cost., subito dopo la solennità della dichiarazione di un giusto processo, regolato per legge, mediante cui si attua la giurisdizione¹³. L'affermazione delle esigenze è stata ribadita anche in tempi più recenti, da C. cost. 23 maggio 2024 n. 93, che ha valorizzato il secondo comma dell'art. 111 Cost. e l'art. 117 co. 1 Cost., in relazione all'art. 6 CEDU, che proclama un giudice imparziale, oltre che indipendente (la declaratoria di incostituzionalità ha riguardato, in quest'ultimo caso, la mancanza di una previsione di incompatibilità a decidere sull'opposizione all'archiviazione per particolare tenuità del fatto, del giudice persona fisica che avesse rigettato la richiesta di decreto penale di condanna, dopo aver ritenuto sussistente quella causa di esclusione della punibilità).

Inoltre, deve essere sottolineato che la giurisprudenza della Corte è giunta ad affermare i principi in discorso già prima della modifica della Carta, avvenuta nel 1999:

⁹ C. cost. 15 settembre 1995, n. 432. Veniva valorizzata anche l'apparenza, poiché lo scopo del sistema delle incompatibilità è impedire che «la valutazione conclusiva sulla responsabilità dell'imputato sia, o possa apparire, condizionata dalla cosiddetta forza della prevenzione, e cioè da quella naturale tendenza a mantenere un giudizio già espresso o un atteggiamento già assunto in altri momenti decisionali dello stesso procedimento».

¹⁰ C. cost. 02 novembre 1996, n. 371. Si legge nella sentenza che l'incompatibilità deve essere ritenuta integrata (costituzionalmente) «non solo quando nel primo giudizio la posizione del terzo sia stata valutata a seguito di un puntuale ed esauriente esame delle prove raccolte a suo carico, ma anche quando abbia formato oggetto di una deliberazione di merito superficiale e sommaria, apparendo anzi, in questa seconda ipotesi, ancor più evidente e grave la situazione di pregiudizio nella quale il giudice verrebbe a trovarsi».

¹¹ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale*, Editori Laterza, 2000, p. 762.

¹² Così C. cost. 31 maggio 1996, n. 177.

¹³ «Il principio di terzietà ed imparzialità del giudice è stato affiancato ai canoni del contraddittorio e della parità delle parti. Si tratta di un accostamento ricco di significato: la piena attuazione del contraddittorio postula un determinato assetto della giurisdizione». La citazione è di P. TONINI – C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, Giuffrè, 2014, p. 23.

terzietà e imparzialità sono canoni «attualmente oggetto di espressa previsione nel secondo comma dell'art. 111 Cost., aggiunto dalla legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), ma già in precedenza pacificamente insiti nel sistema costituzionale»¹⁴. Così, venivano messi in luce da C. cost. 25 marzo 1992 n. 124 i parametri della soggezione del giudice alla sola legge (art. 101 co. 2 Cost.) e della sua precostituzione all'oggetto del giudizio (art. 25 co. 1 Cost.).

Effettivamente, soggettività e oggettività della decisione costituiscono proprietà antitetichette delle pronunce giurisdizionali, una coppia di opposti ben presente nella mente dei giuristi anche in contesti lontani: così, stando alle guide di Marco Tullio Cicerone, indifferenza rispetto al contendere e applicazione della legge sono bisogni imperativi, ricondotti dall'oratore alla fiducia riposta dal Popolo romano nei giudicanti, reputata un valore inviolabile¹⁵. A distanza di parecchi secoli, la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha rafforzato concetti simili (ma Cicerone si occupava di casi più gravi), avendo dichiarato la violazione dell'art. 6 CEDU da parte dello Stato i cui organi giurisdizionali avessero omesso una verifica dell'imparzialità del Tribunale, in presenza di un motivo per sospettarne, poiché in tale caso vacillerebbe la stessa fiducia che i cittadini devono poter riporre nel sistema della giustizia¹⁶.

Con attenzione sempre rievocativa, manifesta un certo interesse un dibattito sviluppato sotto la vigenza del codice Rocco, abrogato: che l'incompatibilità determinata da atti compiuti nello stesso procedimento (art. 62 c.p.p. 1930) fosse prescrizione di rilievo era testimoniato dalla riconduzione delle rispettive violazioni alle fattispecie di nullità assolute (attinenti alla capacità del giudice), il che, tuttavia, integrava una relazione condivisa da una giurisprudenza minoritaria e da una dottrina in controtendenza, ancorché autorevole¹⁷. Analoghe sono le posizioni riproposte per il codice vigente¹⁸: si osserva infatti che la trasgressione delle inibizioni prescritte dall'art. 34 (nonché le successive di cui all'art. 35) genera anomalie di gravità maggiore rispetto alle incompatibilità sostenute dall'ordinamento giudiziario, stabilite a pena di nullità assoluta (artt. 178 e 179 c.p.p.), sicché formerebbe un'incongruenza sistematica assegnare un regime più affievolito alle prime (detto altrimenti, sarebbe un'interpretazione irragionevole)¹⁹.

¹⁴ C. cost. 09 luglio 2013, n. 183. Con questa sentenza la Corte ha ritenuto necessario che il codice preveda che non possa partecipare al giudizio di rinvio dopo l'annullamento il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di applicazione in sede esecutiva della disciplina del reato continuato o del concorso formale (*ex art. 671*).

¹⁵ M. T. CICERONE, *Pro Cluentio*, LVIII, 159.

¹⁶ C. eur., 23 aprile 1996, *Remli c. Francia*, par. 48.

¹⁷ F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, 1987, p. 275.

¹⁸ ID., *Procedura penale*, 9^a ed., Giuffrè, 2012, p. 175. Si veda, inoltre, P. P. RIVELLO, *L'incompatibilità del giudice penale*, Giuffrè, 1996, p. 481.

¹⁹ In senso contrario, Cass. pen., Sez. Un., 08 maggio 1996, n. 5, secondo cui: «le cause di incompatibilità, in quanto non incidenti sui requisiti di capacità del giudice, non determinano la nullità del provvedimento adottato dal giudice ritenuto incompatibile, ma costituiscono soltanto motivo di ricusazione del giudice stesso, da far valere con la specifica procedura prevista dal codice di rito». Analogamente, ad esempio, Cass. pen., Sez. II, 05 marzo 2015, n. 12896.

Ora, posto che l'art. 34 non contemplava i rapporti fra l'udienza predibattimentale e il successivo dibattimento, l'interrogativo era se la diversità sancita per il giudice (art. 554-ter co. 3) valesse a raggiungere gli obiettivi costituzionali esposti; come già osservato, è da qui che nasceva la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale ordinario di Siena. Il rimettente argomentava una risposta negativa: terzietà, imparzialità, giusto processo, fonti internazionali e ragionevolezza, letti con i precedenti della Corte costituzionale e alla luce della tassatività valevole per le cause di incompatibilità, vincolano a una declaratoria di incostituzionalità dell'art. 34. L'Avvocatura generale, contraddittore, ribatteva con una presunta sufficienza della precisazione di cui al comma terzo dell'art. 554-ter: vi sarebbe stata incompatibilità, nel senso tecnico del termine²⁰.

Godono dell'accoglimento della Corte le tesi del giudice *a quo*, perché, anzitutto, la valutazione condotta nella sede della nuova udienza di comparizione è dotata degli attributi propri di un vaglio di merito, non meramente formale, sull'oggetto del procedimento. Inoltre, risolutamente: sebbene non sia interdetto intendere le disposizioni con approcci costituzionalmente orientati, che leggano nella diversità disposta una vera incompatibilità, «*la necessità che sia assicurata la garanzia del giusto processo e la connessa tutela dei valori della terzietà e della imparzialità della giurisdizione*» postulano una declaratoria di illegittimità, di tipo additivo, che incida direttamente nel testo della legge.

In più, per salvaguardare la certezza del diritto, la Corte reclama un legislatore accorto, impeccabile nella stesura di testi dall'importanza notevole (poiché toccano i valori della Carta), non tollerando formule poco chiare, lesive di una sicurezza, al contrario, da confidare nelle espressioni normative. Ancora: a maggior ragione non sarebbe sufficiente riporre la tutela delle norme nella fiducia di un'astensione per gravi ragioni di convenienza, possibile ai sensi dell'art. 36: per essa importano situazioni di coinvolgimento concreto, in ragione delle singole contingenze del caso, quando, invece, il sistema delle incompatibilità di cui all'art. 34 regola ipotesi inammissibili già in astratto, *ex ante*. La differenza fra le ragioni degli istituti, l'incompatibilità e l'astensione, era già stata chiarita (per ciò che qui interessa) da precedenti interventi della Consulta, la quale aveva ricondotto alla seconda il pregiudizio scaturente dall'esercizio di funzioni in un procedimento diverso, mentre alla prima aveva accostato una tutela preventiva, che, se fosse invece rapportata alle numerosissime sfumature in cui possano essere scalfite la terzietà e l'imparzialità, «*finirebbe col disperdere in una normazione casistica indefinita e in una imprevedibile molteplicità di fattispecie applicative la tematica della possibile menomazione*» di questi principi²¹.

²⁰ Ravvisa la necessità di una precisazione della causa di incompatibilità C. TRABACE, *L'udienza predibattimentale che verrà*, in *Arch. pen.*, 2/2022.

²¹ Così C. cost. 20 aprile 2000, n. 113.

3. Parallelismo con l'udienza preliminare.

Alcune parole della Corte esortano considerazioni: in particolare, laddove edificano una similitudine fra l'udienza in questione e quella preliminare. I due giudicanti condividono la medesima regola di giudizio, vale a dire il canone della ragionevole previsione di condanna: se non formulabile, sia il giudice dell'udienza preliminare sia il giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale pronunceranno sentenza di non luogo a procedere. Si tratta di una «*simmetria, in relazione alla penetrante attività valutativa*»²². Ma la comunanza non trovava riscontro nella disciplina dell'incompatibilità *ex art. 34*, proiettata al dibattimento: vigeva per un giudice ma non per l'altro, donde l'irragionevolezza (art. 3 Cost.) della mancanza. Era una lacuna rimediabile per via additiva.

Paiono così irrobustirsi alcune previsioni mosse da dottrina e pratici, con due timori, che verranno di seguito presi in considerazione.

Anzitutto, poiché l'inedito momento processuale si atteggia al pari di un filtro per le imputazioni azzardate (coppia di termini che è un *must* nelle dissertazioni in materia), insito nel ruolo proprio dell'udienza preliminare, sono ipotizzabili adattamenti di constatazioni critiche, già sviluppate a proposito di quest'ultima, alla dinamica introdotta dal d.lgs. n. 150/2022, qui in commento: onerata di impedire la celebrazione di dibattimenti inutili, vagliando l'ipotesi accusatoria per privarla dell'ulteriore corso del procedimento se non sostenibile in giudizio, l'udienza è risultata inadempiente alle aspettative²³. Comunque, la Riforma Cartabia ha innovato il criterio del sindacato: la sentenza di non luogo a procedere è pronunciata, fra le altre ipotesi, quando non sia formulabile una «ragionevole previsione di condanna» sulla base degli elementi acquisiti (art. 425).

L'appunto non era sfuggito ai riformatori e, nella materia in questione, sembra che le dinamiche delle intenzioni forniscano spesso argomenti utili al tema. Stando agli intenti del legislatore²⁴, la soluzione alle obiezioni risiederebbe nell'assegnazione della nuova incombenza predibattimentale al giudice del Tribunale (anziché al g.i.p.), ossia alla stessa struttura a cui pertiene la celebrazione del dibattimento: sarebbe l'unicità dell'ufficio a spronare il giudice monocratico a un vaglio più attento, neutralizzando inclinazioni superficiali ad adottare la decisione più confortevole (la prosecuzione del giudizio con la fissazione della data dell'udienza dibattimentale)²⁵. È abbastanza

²² Oltre a questo aspetto, le due udienze sono accomunate da un meccanismo che, in passato, era stato ritenuto dalla giurisprudenza una tipicità dell'udienza preliminare. Il riferimento è all'ipotesi di genericità o indeterminatezza dell'imputazione. L'orientamento giurisprudenziale dominante reputava che il giudice dovesse dichiarare la nullità del decreto di citazione a giudizio, senza un previo invito al pubblico ministero a una precisazione, poiché la dinamica affermata per l'udienza preliminare non poteva essere estesa alla dibattimentale. Si veda, ad esempio, Cass. pen., Sez. III, 09 febbraio 2017, n. 6044.

²³ M. DANIELE, [L'abolizione dell'udienza preliminare per rilanciare il sistema accusatorio](#), in *questa Rivista*, 1/2020, pp. 131 ss. Espressivo l'incipit: «*Il filtro che non c'è*».

²⁴ Si veda la Relazione finale della Commissione Lattanzi, citata in precedenza, p. 32.

²⁵ M. GIALUZ, [Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia \(profili processuali\)](#), in *questa Rivista*, 02.11.2022, p. 69.

scontata la replica: dal momento che il giudice predibattimentale è incompatibile con lo svolgimento del dibattimento (più che certamente a seguito della pronuncia della Corte costituzionale), ciò che conta è la professionalità del singolo magistrato, non l'appartenenza a un medesimo ufficio²⁶. Potrebbe cadere, dunque, una prima speranza riposta nella novità legislativa: la garanzia d'un filtro effettivo parrebbe un esito tutt'altro che scontato... ma ovviamente sarà la prassi a dirlo.

Di più: dalla Relazione emergono ossimori sistematici, poiché, parlando delle modifiche apportate all'udienza preliminare, è il legislatore ad aver preso atto dell'inefficienza dimostrata da quel congegno, capace di filtrare «*poco più del 10% delle imputazioni per i processi nei quali è prevista*», e quindi si rendeva opportuna una «*ragionevole limitazione*» del rispettivo ambito²⁷. Occorreva rimediare a un sistema poco glorioso, e la soluzione è stata individuata nella lievitazione dei reati per i quali è prevista la citazione diretta a giudizio (art. 550)²⁸. Tuttavia, è proprio in questo rito che la dinamica stava subendo metamorfosi importanti, attraverso la comparsa di un'udienza predibattimentale con funzioni parzialmente ereditate dalla preliminare. Dunque, deplorato il filtro preliminare, se ne creava un "sosia" nel procedimento a citazione diretta, interpolando l'impiccio nella sede che ne doveva rappresentare la via d'uscita. Così, Corte cost. n. 179/2024 conferma il velo di Maia: "sosia" non equivale a "clone", ma la nuova udienza rivendica ruoli accostabili al setaccio dall'esperienza deludente (l'udienza preliminare), tanto da poter ricondurre i rapporti fra i due istituti ai canoni dell'uguaglianza/ragionevolezza, dedotti dall'art. 3 Cost.; conseguentemente, la disparità nelle discipline li violava.

Nemmeno il criterio rivisitato, ossia la «ragionevole previsione di condanna», sembra proiettare orizzonti migliori delle scene nate dalla superata "sostenibilità in giudizio": alla resa dei conti, i due criteri non equivalgono al bianco e al nero, giacché un'ipotesi accusatoria sarà sostenibile proprio quando basata su un patrimonio conoscitivo completo e tale da poter far presagire una ragionevole previsione di condanna²⁹. Infatti, non confortano le recenti sentenze di legittimità, che, pur annunciando la diversa formulazione legislativa, non chiariscono la portata dell'innovazione³⁰, che ad oggi sembra rimanere infruttuosa.

In secondo luogo, l'incompatibilità fra le funzioni, collocata dalla Consulta nella sede propria (art. 34), conferma perplessità gestionali già annunciate. Codificata o meno all'art. 34, essa sembra stridere con esigenze di economicità processuale, in quanto si

²⁶ M. DANIELE, [L'udienza predibattimentale: una sfida per i tribunali](#), in *questa Rivista*, 16.01.2023, p. 10.

²⁷ Nella Relazione già citata, p. 21.

²⁸ L'art. 32 co. 2 lett. a) del d.lgs. 150/2022 è intervenuto sul secondo comma dell'art. 550, determinando un'estensione significativa del catalogo dei reati ivi compresi (si consideri, ad esempio, l'appropriazione indebita).

²⁹ È scettico sulla reale efficacia del cambiamento E. AMODIO, *Filtro «intraneo» e filtro «estraneo» nella nuova disciplina del controllo per il rinvio a giudizio*, in *Cass. pen.*, 1/2022, pp. 17-18. L'autore evidenzia che difficilmente sarà superabile l'atteggiamento dimostrato dai giudici dell'udienza preliminare, improntato al criterio non scritto della "opportunità della verifica dibattimentale".

³⁰ Cass. pen., Sez. II, 12 settembre 2024, n. 34559; Cass. pen., Sez. VI, 29 novembre 2023, n. 47792; Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 2023, n. 19856.

pone come ostacolo a soluzioni agevoli nell'organizzazione degli uffici: celebrata un'udienza predibattimentale, occorrerà un magistrato giudicante diverso per il susseguente dibattimento, con impatto negativo su organici già di ridotte dimensioni. Lo ha affermato il CSM, con parere 22 settembre 2022, paventando problemi a cui «difficilmente potrà farsi fronte»³¹.

Ora, descrizioni apocalittiche a parte, questa critica non può che essere di chiusura: la fedeltà al senno del giusto processo e ai relativi corollari impedisce un'inversione della relazione fra due variabili, dipendente e indipendente, dal momento che non è la scarsità delle risorse a dover determinare modifiche legislative a scapito delle garanzie processuali, ma, semmai, i principi costituzionali a signoreggiare sul legislatore, preferibilmente con l'adattamento delle risorse materiali alle esigenze da ottemperare.

Rimane prioritaria, quindi, l'obiezione legata all'efficacia della strategia scelta, sul piano dei risultati che la nuova disciplina potrà raggiungere per il giusto processo: confidando l'innovazione nel modello fallimentare dell'udienza preliminare, si tratta di un'obiezione seria³².

4. Parallelismo col vaglio sulla richiesta delle parti di applicazione della pena.

Le parole pronunciate dalla Consulta spronano osservazioni in campi sempre processuali ma limitrofi: portano a tematiche per relazione.

Formano la premessa i moniti di C. cost. n. 179/2024, presa in considerazione in queste pagine. Fra le mani il giudice custodisce il fascicolo del pubblico ministero³³, lo scruta e vi fonda la decisione: quando sia impronunciabile il non luogo a procedere (nonché in assenza di definizioni alternative), e dopo aver restituito il fascicolo al fautore, il rito prosegue (art. 554-ter co. 3); in questa avanzata la Corte annida l'incompatibilità per il giudice.

A ben vedere, è una materia in cui i parallelismi hanno reso considerazioni vitali anche nelle parole della Corte costituzionale.

³¹ La situazione era già critica: i numeri svelano che nel 2019 presso i giudici monocratici pendevano circa 605.000 procedimenti. Per i dati, si veda M. GIALUZ – J. DELLA TORRE, *Giustizia per nessuno: l'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Giappichelli, 2022, pp. 79 ss.

³² Pare affievolirla, ma senza neutralizzarla, la considerazione per cui, essendo l'udienza la sede destinata non solo al vaglio dell'ipotesi accusatoria ma anche alle incombenze a cui era dedicata l'udienza di comparizione dibattimentale (ante-riforma), quella «predibattimentale avrà l'effetto (neutro) di non pesare nell'economia della sequenza procedimentale». In questi termini: F. D'ALESSIO, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta*, in *La riforma Cartabia: codice penale, codice di procedura penale, giustizia riparativa*, a cura di G. SPANCHER, Pacini Giuridica, 2022, p. 538.

³³ Si è resa necessaria una modifica dell'art. 553. La versione precedente alla Riforma attribuiva al pubblico ministero la formazione del fascicolo per il dibattimento e la sua trasmissione al giudice, unitamente al decreto di citazione. L'attuale formulazione, invece, affianca, al fascicolo per il dibattimento e al decreto, il fascicolo del pubblico ministero. Naturalmente è mutata la rubrica: da «trasmissione degli atti al giudice dell'udienza di comparizione in dibattimento» a «trasmissione degli atti al giudice dell'udienza di comparizione predibattimentale».

Pertanto, è possibile evidenziare schemi simili anche altrove, in particolare nell'art. 135 delle disposizioni di attuazione al codice.

L'ipotesi è il vaglio di una richiesta di applicazione della pena formulata alle soglie del dibattimento di primo grado, rinnovata la relativa manifestazione da parte dell'imputato, difforme o identica alla precedente fallita, e sussistendo il consenso della parte dell'accusa. Ecco il parallelismo: fra le mani il giudice custodisce il fascicolo del pubblico ministero, lo scruta e vi fonda la decisione (art. 135 disp. att.): se ritiene fondata la richiesta, pronuncia immediatamente sentenza (art. 448 co. 1 c.p.p.); viceversa, restituisce gli atti al pubblico ministero (art. 135 cit.). La questione è se anche in quest'ultima evenienza si annidino incompatibilità, al pari di quella affermata da C. cost. n. 179/2024³⁴.

A tal fine occorre mettere in pratica un test delle condizioni fissate dalla giurisprudenza costituzionale affinché sia integrata l'obbligatorietà di una siffatta previsione. Esse sono sinteticamente esposte nella sentenza in commento: a) che sussista una valutazione e che sia strumentale all'assunzione di una decisione, non essendo sufficiente la mera conoscenza degli atti precedentemente compiuti; b) che sia una valutazione di merito dell'ipotesi accusatoria; c) che i due momenti ricadano sul medesimo oggetto di giudizio; d) che la valutazione pregressa si collochi in una diversa fase del procedimento.

Nulla da dire per la riconduzione del vaglio sulla richiesta di patteggiamento alla serie dei "giudizi", ossia, nelle parole della Corte, «ogni processo che, in base a un esame delle prove, pervenga a una decisione di merito». Per inciso, occorre osservare che qui il termine "prove" sia da intendere in senso lato, comprensivo degli elementi di conoscenza assunti o acquisiti durante le indagini, fuori d'un contraddittorio per la loro formazione. Conseguentemente, era incostituzionale l'art. 34 co. 2 nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità a partecipare al giudizio dibattimentale del giudice per le indagini preliminari che avesse rigettato la richiesta di applicazione della pena (C. cost. 25 marzo 1992, n. 124, nonché C. cost. 22 aprile 1992, n. 186); analoga asserzione doveva essere ripetuta per la partecipazione al giudizio abbreviato (C. cost. 16 dicembre 1993, n. 439). E mutando uno dei due termini del rapporto di incompatibilità, per porre la valutazione del patteggiamento come secondo momento, era illegittimo l'art. 34 co. 2 nella parte in cui non prevedeva l'incompatibilità ad applicare la pena su richiesta delle parti per il g.i.p. che avesse disposto, modificato, sostituito o revocato una misura cautelare personale, oppure rigettato le rispettive richieste (C. cost. 20 maggio 1996, n. 155).

Non essendo la responsabilità penale un affare disponibile ad opera delle parti, il giudice, di fronte all'istanza, scandaglia gli atti per valutare la correttezza della qualificazione del fatto, l'insussistenza di una causa di proscioglimento (*ex art. 129*),

³⁴ È risaputo che il tema delle incompatibilità sia complesso. Si consideri, ad esempio, il dibattito relativo alla posizione del giudice per le indagini preliminari che si sia pronunciato su una richiesta di autorizzazione ad intercettare, dal momento che valuta la sussistenza di gravi indizi di reato. Si veda C. SANTORIELLO, *Le nuove dichiarazioni di incostituzionalità dell'art. 34, c.p.p.: giudici senza pregiudizi, ma anche giudizi senza giudici*, in *Giur. it.*, 1996.

l'impeccabilità nell'applicazione delle circostanze e nelle determinazioni sulla confisca (e sulle pene accessorie, dato che a seguito della Riforma Cartabia le parti possono escluderle), e la congruità della pena richiesta (art. 444 co. 2). È una valutazione di merito su una supposta responsabilità penale³⁵. Si noti che costituisce un tema altrettanto indisponibile la stessa incompatibilità del giudice, poiché terzietà ed imparzialità sono «*esigenze oggettive e irrinunciabili dell'ordinamento*» (C. cost. n. 155/1996 cit.).

Dunque, sebbene il giudice non compia un giudizio di colpevolezza pieno (effettuabile all'esito di un'istruttoria dibattimentale), tuttavia perviene comunque a esiti di merito, potenzialmente in grado di pregiudicare la sua imparzialità nel successivo corso del processo³⁶. Già solo l'aver escluso la sussistenza delle condizioni per un proscioglimento immediato implica ragionamenti non secondari, che conducono a provvedimenti non meramente procedurali³⁷.

Rimane il discorso sulla diversità delle fasi, che pare determinante. Nell'ipotesi considerata dall'art. 135 disp. att., quando l'esito sia negativo, il procedimento prosegue nell'ambito della medesima fase (il giudizio di primo grado), e rappresentano una

³⁵ Si consideri, come esempio tratto dalla giurisprudenza di legittimità, la differenza fra l'ipotesi in questione e l'incidente probatorio: la Cassazione ha avuto occasione di pronunciare la manifesta infondatezza di una questione, sollevata in riferimento ai soliti parametri costituzionali, in materia di incompatibilità del giudice chiamato ad assumere incidente probatorio, quando egli avesse disposto, nello stesso procedimento, una misura cautelare personale: obiezione infondata perché nell'incidente non vengono formulate decisioni sulla responsabilità (Cass. pen., Sez. V, 19 gennaio 2012, n. 2112). Per una somiglianza, invece, è possibile citare la pronuncia sul decreto penale di condanna, che è attratta fra i "giudizi": quindi, come già accennato, era illegittimo l'art. 34 dove non contemplava l'incompatibilità, a decidere sull'opposizione all'archiviazione per particolare tenuità del fatto, del giudice che avesse rigettato la richiesta di decreto penale di condanna, avendo ritenuto sussistente tale causa di esclusione della punibilità (C. cost. n. 93/2024, sopra citata). Tuttavia, sempre a proposito di quest'ultimo rito speciale, sono da ricordare le affermazioni della Consulta che hanno sottolineato come la valutazione sulla illegalità della pena possa essere esperita semplicemente sulla base della sola lettura della richiesta del pubblico ministero, dunque a prescindere da considerazioni di plausibilità dell'accusa. Eppure, sorgono dei dubbi: il giudice, quando non accoglie la richiesta, è comunque tenuto a prendere in conto (nel caso escludendolo) il proscioglimento a norma dell'art. 129 (art. 459 co. 3).

³⁶ È stato sostenuto che la valutazione in questione sia pregiudicante, tanto in caso di accoglimento quanto in caso di rigetto, in rapporto alla decisione da assumere rispetto al concorrente, con esclusivo riguardo alla qualificazione e all'eventuale ricorrenza di circostanze oggettive. Si veda M. L. PAESANO, *Orientamenti di legittimità in tema di imparzialità del giudice chiamato a pronunciarsi su coimputato non patteggiante*, in Cass. pen., 1/2005, p. 124: «*considerare corretta la prospettazione giuridica concordata fra le parti circa il fatto concreto che sia stato commesso in concorso da più soggetti, comporta infatti una valutazione tecnica che potrebbe coinvolgere necessariamente la posizione del terzo e che difficilmente sarà oggetto di ripensamento da parte del medesimo giudice*».

³⁷ In dottrina è stato condiviso quanto affermato da due giudici che avevano sollevato questioni alla Corte costituzionale circa l'assenza di una previsione di incompatibilità a celebrare il dibattimento, o il rito abbreviato, del giudice che avesse emesso un rigetto della richiesta di sospensione del procedimento con messa alla prova: osservazioni secondo cui la preliminare deliberazione sulla non ricorrenza delle condizioni per l'immediato proscioglimento non è una mera decisione interlocutoria o procedurale. La risposta della Corte, però, ha bocciato l'assunto in considerazione dell'identità di fase (il dibattimento) in cui si collocano i due momenti processuali. Questa obiezione verrà presa in considerazione qui di seguito. Per il riferimento dottrinale, si veda: C. GABRIELLI, *Sull'incompatibilità a celebrare il dibattimento del giudice che ha rigettato la richiesta di messa alla prova, una pronuncia nel solco della tradizione che lascia aperti i problemi*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2/2022, pp. 883 ss.

giurisprudenza costante le pronunce della Corte che hanno concluso per la salvezza della norma, motivando in ragione proprio dell'identità di fase. Così, C. cost. 20 aprile 2004 n. 123 rifiutava di considerare incompatibile il g.u.p. che avesse rigettato l'istanza di patteggiamento nella sede stessa dell'udienza preliminare: manifesta infondatezza³⁸. Analoghi argomenti sembrerebbero spendibili per il giudice del dibattimento, respinta una richiesta di applicazione della pena riformulata dall'imputato col consenso del pubblico ministero; ma sorgono perplessità.

In primo luogo, la giustificazione del temperamento alla regola (per cui sarebbe intollerabile un sistema di incompatibilità che determini la frammentazione della medesima fase) appare come un leitmotiv più consono a casi diversi da quelli che qui interessano: si pensi, ad esempio, alla valutazione compiuta dal g.i.p. in ordine ai gravi indizi di reato necessari affinché sia intercettato l'indagato: non è inverosimile che il provvedimento lasci intravedere convinzioni di colpevolezza; ma se quel giudice fosse successivamente chiamato ad applicare una misura cautelare personale, che ha come presupposto la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza, non striderebbe come aberrante una compatibilità fra le due valutazioni e i relativi autori, idoneità dedotta dall'affermazione della Corte sull'unitarietà della fase, posto che le indagini ne compongono una (così C. cost. 09 marzo 2004, n. 90). Ma il vaglio sulla richiesta di patteggiamento ha natura diversa, in quanto è funzionale all'applicazione di una pena vera e propria, la massima delle sanzioni che l'ordinamento minaccia, sicché quel vaglio non forma una mera valutazione incidentale, ma è potenzialmente idoneo a costruire l'epilogo del procedimento. Se il processo avanzasse, una valutazione di responsabilità, predestinata persino all'irrogazione di una pena, sarebbe già stata irrimediabilmente compiuta; avrebbe pregiudizi quel giudice³⁹.

In secondo luogo, che non sfugga a tutto ciò la genesi delle osservazioni esposte: C. cost. n. 179/2024, attinente a un capitolo in cui, sebbene la stessa natura dell'udienza di comparizione predibattimentale non sia del tutto cristallina, non pare proibito affermare che l'udienza «è stata concepita per inserirsi formalmente nella fase dibattimentale», ossia la medesima in cui sorge l'incompatibilità affermata. È un momento a cui si accede, infatti, tramite «un mero rinvio, senza l'emissione di un provvedimento analogo al decreto che dispone il giudizio»⁴⁰.

In conclusione, la sentenza della Consulta n. 179/2024 è servita come spunto per alcune riflessioni su un tema risalente, che, tuttavia, grazie alle innovazioni nelle norme, suscita dubbi ancora attuali, relativi non solo al rispetto delle disposizioni costituzionali, da predicare altresì per istituti diversi da quello originariamente attenzionato (è il caso del patteggiamento rispetto all'udienza di comparizione predibattimentale), ma anche

³⁸ Le stesse conclusioni sono state raggiunte a proposito dell'oblazione, la cui richiesta è presentata prima dell'apertura del dibattimento: C. cost. 11 giugno 1999, n. 232.

³⁹ Non si vede, inoltre, come la mera diversità della fase valga a superare, premesse le considerazioni appena svolte, la constatazione per cui «una valutazione di merito circa l'idoneità delle risultanze delle indagini preliminari a fondare un giudizio di responsabilità dell'imputato vale a radicare l'incompatibilità» (C. cost. n. 432/1995, già citata).

⁴⁰ Il richiamo è a F. D'ALESSIO, *La nuova udienza predibattimentale nel rito monocratico con citazione diretta*, cit., p. 533.

all'opportunità stessa delle idee maturate dal legislatore (è il caso delle modifiche apportate al procedimento monocratico con citazione diretta), nonché alla necessità non più rinviabile di dettati normativi chiari, che abbiano adeguata considerazione dei precetti fondamentali (non era il caso di quel «giudice diverso» di cui all'art. 554-ter co. 3, in assenza di una specificazione nella norma sulle incompatibilità, contenuta nell'art. 34).

SULLA CONFIGURABILITÀ DELL'EPIDEMIA IN FORMA OMISSIVA (ASPETTANDO LE SEZIONI UNITE)

di Silvia Tordini Cagli

L'ordinanza, con cui la sezione IV della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la questione della configurabilità del reato di Epidemia in forma omissiva, offre lo spunto per richiamare i punti salienti di un dibattito interpretativo acceso in concomitanza con la recente emergenza pandemica, ma del quale, fino ad ora, non vi era alcun eco nella giurisprudenza. Cuore della questione è il significato che il riferimento alla diffusione di germi patogeni assume nella definizione del fatto tipico: selezione delle condotte – secondo quello che possiamo definire l'orientamento tradizionale – o descrizione dell'evento – secondo il diverso punto di vista che nel contributo si vuole sostenere. La prima opzione conduce evidentemente a considerare la fattispecie un reato a forma vincolata, non compatibile con una modalità omissiva; la seconda un reato a forma libera, che, in virtù dell'art. 40 c.pv. ammette una tipicità anche in forma omissiva, conclusione peraltro rafforzata dal contenuto semantico ampio e generico del verbo diffondere, che non vincola l'interprete nella direzione di una modalità necessariamente attiva del fatto.

SOMMARIO: 1. Premessa: le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite. – 2. I termini del dibattito in sintesi. – 3. La portata dell'inciso *mediante la diffusione di germi patogeni* secondo l'orientamento tradizionale. – 4. L'orientamento estensivo. *La diffusione di germi patogeni* e il disvalore d'evento nel reato di epidemia. – 5. Ancora qualche considerazione sul verbo *diffondere*. – 6. Per concludere.

1. Premessa: le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite.

La Sezione quarta della Corte di cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la definizione della configurabilità omissiva del reato di epidemia, previsto dagli art. 438 e 452 del codice penale¹. La scelta può apparire a prima vista sorprendente: in effetti, come implicitamente riconosciuto nella stessa ordinanza di rimessione, manca sul tema quel contrasto interpretativo sufficientemente consolidato che normalmente induce il coinvolgimento chiarificatore delle Sezioni Unite. Il panorama applicativo in argomento è, infatti, a dir poco desolato. Sono rarissimi e per lo più risalenti gli arresti giurisprudenziali che hanno avuto ad oggetto il reato di epidemia nel suo complesso e, a quanto è dato sapere, in nessun caso si è arrivati ad una pronuncia di condanna

¹ Per una ricostruzione dettagliata dei passaggi dell'ordinanza, v. S. ZIRULIA, [Rimessa alle sezioni unite la questione della configurabilità dell'epidemia in forma omissiva. Analisi dell'ordinanza e brevi considerazioni di ordine sistematico](#), in questa Rivista, 10 gennaio 2025.

definitiva. Ancora di meno sono i casi in cui è stata affrontata la questione della configurabilità della fattispecie in forma omissiva: solo in pochissime occasioni la Corte di legittimità si è pronunciata, arrivando in tutti i casi a una uniforme soluzione in senso negativo².

L'ordinanza di rimessione, quindi, non può che motivarsi in funzione preventiva: di prevenzione di un potenziale contrasto interpretativo, come peraltro reso possibile dall'art. 618 c.p.p.

È di rilievo anche evidenziare come fino ad oggi non era rinvenibile alcun segnale che facesse presagire una possibile controversia giurisprudenziale sul punto. La discussione sulla compatibilità della forma omissiva con la descrizione contenuta nell'art. 438 c.p., pur rinvigoritasi in concomitanza della recente emergenza pandemica, sembrava tuttavia dovesse rimanere appannaggio della dottrina: nei rari provvedimenti giurisdizionali disponibili non traspare infatti nessuna infiltrazione del vivace dibattito dottrinale degli ultimissimi anni ma invece viene ribadito, in modo spesso apodittico, il punto di vista tradizionale; così – ad esempio – si legge da ultimo nel provvedimento di archiviazione del Tribunale dei Ministri di Brescia, nell'ambito del processo nei confronti dell'on. Giuseppe Conte e dell'on. Roberto Speranza: «non è configurabile il reato di epidemia colposa in forma omissiva in quanto la norma in questione abbraccia la sola condotta di chi per dolo o per colpa diffonde germi patogeni e quindi la responsabilità per omesso impedimento di un evento che si aveva l'obbligo giuridico di impedire non è configurabile»³.

La Corte di cassazione incrina con l'ordinanza in oggetto la monolitica linea fin qui seguita dal formante giurisprudenziale; manifesta esplicitamente il suo favore per l'orientamento che apre alla configurabilità del reato di epidemia in forma omissiva – avviando così essa stessa il potenziale contrasto – e dimostra una attenzione inclusiva alla discussione dottrinale che non può che essere accolta con favore; fornisce così l'occasione per richiamare i punti salienti delle questioni in argomento.

2. I termini del dibattito in sintesi.

Il reato di epidemia, sconosciuto nella precedente legislazione italiana, viene introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento con il codice Rocco che, all'art. 438, punisce – nella forma dolosa con l'ergastolo, nella forma colposa con la reclusione da

² L'ordinanza di rimessione richiama due pronunce (par. 3 dei “considerato in diritto”): Cass. Sez. 4, n. 9133 del 12.12.2017, e Cass. Sez. 4, n. 20416 del 4.3.2021. Solo la prima peraltro tratta *ex professo* della questione.

³ Sul provvedimento, v. D. AMATO, *Gestione di eventi calamitosi e responsabilità penale: spunti di riflessione a seguito dell'archiviazione del procedimento sull'epidemia in val Seriana*, in *Riv. it. med. leg.*, 4, 2023/713. Ancora più sintetica Cass. Sez. IV, 4 marzo 2021, n. 20416, cit., che conferma il provvedimento del Tribunale del riesame che annullava il decreto di sequestro preventivo di una RSA per impossibilità di configurare il delitto di epidemia in forma omissiva. Per un commento alla sentenza, v. D. AMATO, *Emergenza pandemica e diritto penale: quali spazi applicativi per il reato di epidemia?* In *Riv. It. Med. Leg.*, 4, 2021/1129; e M. TEBALDI, *IL delitto di epidemia colposa nell'attuale contesto pandemico: tra clausola di equivalenza e tutela della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *penaledp.it*, 26 gennaio 2022.

uno a cinque anni – «chiunque cagiona un’epidemia mediante la diffusione di germi patogeni». La necessità di una sua previsione, si legge nella Relazione ministeriale, è dovuta «all’enorme importanza che ha ormai acquistato la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare un’epidemia, e di diffonderli». Il riferimento, nonostante l’assenza di una esplicitazione in tal senso, è con evidenza connesso alle esperienze dell’uso di armi batteriologiche nella Prima guerra mondiale, e quindi ai timori di abuso della tecnologia militare. Il proliferare degli studi di microbiologia e la particolare connotazione della Grande guerra favorirono certamente la diffusione delle armi batteriologiche: scienza e biotecnologia, probabilmente per la prima volta, vennero trasformate intenzionalmente in armi di distruzione di massa, al punto da suggerirne la definizione quale «la guerra dei chimici»⁴.

La stretta – probabile – connessione del nuovo reato con il contesto storico evocato ha inevitabilmente condizionato non solo la scelta legislativa di introdurre la nuova fattispecie incriminatrice, ma anche le successive linee ermeneutiche ed applicative: la descrizione della cagionata epidemia, contenuta nell’art. 438 c.p., è evidentemente ritagliata in modo particolarmente stringente, quasi su misura, su di una fenomenologia ben individuata e selettiva di fatti e di autori: la diffusione volontaria, anzi intenzionale, di germi patogeni e la causazione intenzionale di un evento epidemico⁵. Per questa peculiare tipologia di fatti e di autori, caratterizzati da una «dose d’inconcepibile quantità di perfidia»⁶, si è prevista una sanzione draconiana – l’ergastolo come pena fissa – che, in effetti solo rispetto a quel circoscritto “modello” criminologico, può forse giustificarsi⁷.

Come detto, la particolare connotazione politica della fattispecie ha veicolato in modo rigoroso la sua ermeneutica, sia sul piano dottrinale, che sul piano applicativo, tanto da renderla, in sostanza lettera morta.

Da un lato, come vedremo, la stessa ricostruzione dell’evento del reato, *l’epidemia*, è stata delineata attraverso il richiamo ad una molteplicità di requisiti, la cui compresenza non si è quasi mai verificata, almeno nelle situazioni che hanno dato origine alle pronunce intervenute negli anni precedenti alla epidemia di Covid (e che per lo più si riferivano a contagi di salmonellosi in ambiti ristretti e circoscritti)⁸.

⁴ S. ARDIZZONE, *Epidemia*, in *Dig. disc. pen.*, IV, 1990, 255; A. GARGANI, *Reati contro l’incolumità pubblica*, II. *I reati di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale* diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, pt. s., IX, Milano, 2013, 204, nonché, volendo, S. TORDINI CAGLI, *L’epidemia come disastro? Considerazioni problematiche sulla rilevanza penale delle epidemie*, Torino, 2023, p.48.

⁵ Non è un caso che alcuni dei primi autorevoli commentatori sostenessero che il dolo, nell’art. 438 c.p., fosse un dolo necessariamente intenzionale, o addirittura un dolo specifico. Così V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1962, 399. Sostengono la necessità del dolo intenzionale, E. BATTAGLINI, B. BRUNO, *Incolumità pubblica (Delitti contro la)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, 1962 559; C. ERRA, *Epidemia (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, 48.

⁶ Così si legge nei Lavori preparatori del codice penale e codice di procedura penale, III. *Osservazioni e proposta su progetto preliminare di un nuovo codice penale*, pt. III, Roma, 1928, 303.

⁷ Sulle criticità della previsione delle conseguenze sanzionatorie previste per l’epidemia dolosa, sia consentito il rinvio a S. TORDINI CAGLI *L’epidemia come disastro?*, cit., p. 133.

⁸ Cfr. Trib. Bolzano 13 marzo 1979, in *Giur. merito*, 1979, n. 3, 947; Trib. Bolzano 2 marzo 1979, *ivi*, 951; Trib. Bolzano 20 giugno 1978, *ivi*, 953; Trib. Savona 6 febbraio 2008, in *Riv. pen.*, 2008. Più di recente e in una

Si tratta in particolare del carattere contagioso del morbo; della rapidità della diffusione, quindi dell'ambito temporale circoscritto del fenomeno; del numero elevato delle persone colpite, con correlativo ulteriore pericolo per la salute di un numero indeterminato di individui; dell'estensione territoriale.

Nella maggioranza dei casi, la assenza di uno o più dei requisiti richiamati ha condotto alla negazione della configurabilità del reato di epidemia, per mancanza dell'evento tipico.

Ma, per quanto più specificamente interessa in questa sede, epicentro della interpretazione restrittiva della fattispecie è certamente il riferimento normativo alla *diffusione di germi patogeni*.

Secondo l'orientamento tradizionale assolutamente dominante – almeno fino agli ultimissimi anni – tale inciso assumerebbe infatti diversi – ma strettamente connessi – riflessi sulla tipicità del reato. Da un lato, qualificherebbe la fattispecie come illecito di modalità di lesione, connotando altresì la condotta come necessariamente attiva ed escludendo l'applicabilità dell'art. 40 cpv.; dall'altro, circoscriverebbe il novero dei soggetti attivi solo a coloro che abbiano il possesso dei germi, o comunque il dominio o il controllo sugli stessi, negando che possa rientrarvi il soggetto infetto che si faccia veicolo di diffusione della malattia e, altresì, contestando l'applicabilità della fattispecie quando una epidemia sia già in corso⁹; indizierebbe, inoltre, nel senso di una necessaria dimensione massiva e sincronica della trasmissione dei germi, così da escludere dall'ambito applicativo della fattispecie le condotte di contagio da persona a persona¹⁰.

È evidente come la combinazione di queste implicazioni comporti una riduzione molto accentuata della operatività della norma, rendendola pressoché inutilizzabile e – di fatto – inutilizzata, non solo in relazione a fenomenologie di fatti di scarso rilievo dimensionale, ma anche con riferimento alla diffusione del Covid-19 che, certamente, ha invece integrato un evento epidemico “completo” di tutti gli elementi costitutivi necessari¹¹.

vicenda differente, la Corte di Cassazione ha escluso la configurazione del delitto di epidemia dolosa, per mancanza dell'evento tipico, in un caso di contagio plurimo da virus Hiv, conseguente a rapporti sessuali non protetti (Cass., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014).

⁹ Tradizionalmente, dottrina e giurisprudenza, arrivavano ad escludere che il soggetto infetto potesse considerarsi soggetto attivo del reato di epidemia sulla base di una tesi che richiedeva la separazione tra possesso e spargimento dei germi e la necessaria relazione di alterità tra il soggetto e l'oggetto materiale del reato; più recentemente, con riferimento alla epidemia da Covid-19, la esclusione dei soggetti infetti dal novero dei soggetti attivi del reato è ribadita sulla base di altri argomenti: la necessità di un dominio o controllo dei germi da parte di colui che li diffonde; la signoria sulla stessa insorgenza del morbo, che implicherebbe la rilevanza solo delle condotte che abbiano una rilevanza causale iniziatrice; la necessità di una proiezione massiva e sincronica della condotta che mancherebbe nel contagio da parte del soggetto infetto. Per una ricostruzione in senso critico di questo dibattito si rinvia a S. TORDINI CAGLI, *L'Epidemia come disastro*, cit., 101 ss., nonché ID, *L'epidemia*, in *I reati contro l'incolumità pubblica*, a cura di D. CASTRONUOVO, in *Trattato teorico pratico di diritto penale. Nuova serie*, diretto da F. PALAZZO, C.E. PALIERO, M. PELLISSERO, Torino, 2024, 316.

¹⁰ Così DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche: nel segno del 'principio di realtà'*, in *Riv. it. med. leg.*, 2020, 989.

¹¹ D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell'emergenza pandemica: modelli causali vs. modelli precauzionali*, LP, 10.05.2020.

Scopo di queste note è dimostrare come le soluzioni richiamate non siano imposte dalla fattispecie legale che, anzi, legittima una prospettiva interpretativa differente che apra ad una tipicità meno selettiva, senza per questo porsi in contrasto con i principi della legalità e della tipicità dell'illecito penale, consentendo di recuperare una sua più razionale effettività di tutela e di ridurne la attuale valenza esclusivamente simbolica¹².

3. La portata dell'inciso “mediante la diffusione di germi patogeni” secondo l'orientamento tradizionale.

Come già accennato l'inciso *mediante la diffusione di germi patogeni* assume, nelle indagini ricostruttive del tipo, un rilievo da sempre centrale. È proprio su questo riferimento che si fonda la prospettiva ermeneutica, tradizionalmente dominante in dottrina – e comunque da sempre uniformemente accolta dalla rara giurisprudenza – che include la fattispecie tra i reati a condotta vincolata¹³.

Il dibattito pressoché stagnante fino al 2020 – scarno l'interesse della dottrina nei confronti della fattispecie e pochi e di scarso rilievo i casi in cui si era posto il problema della configurazione del reato di cagionata epidemia – ha, come noto, acquisito nuovo vigore in seguito al manifestarsi dell'epidemia di Covid-19. Per lo meno questo può dirsi con riferimento agli studi dottrinali sul tema¹⁴. Non lo stesso si può dire in relazione al

¹² Sulla coerenza dell'interpretazione “aperta” con il canone della legalità, si è pronunciata anche l'ordinanza in commento (par. 5 dei “considerato in diritto”).

¹³ In dottrina, nel senso che si trattasse di reato a forma vincolata, S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit., 255; A. BONFIGLIOLI, *Epidemia (art. 438)*, in *Trattato di diritto penale* a cura di A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, pt. s., IV. *I delitti contro l'incolumità pubblica e in materia di stupefacenti*, Torino, 2010, 386., 388; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, pt. s., cit., 537; A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, II, cit., 213.; N. STOLFI, *Brevi note sul reato di epidemia*, cit., 3949. In senso contrario S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, II. *I delitti di comune pericolo mediante frode*, in *Trattato di diritto penale*, pt. s., diretto da G. MARINUCCI, E. DOLCINI, Padova, 2014, 67; C. ERRA, *Epidemia*, cit., 46; V. MANZINI, *Trattato*, cit., 398. In giurisprudenza, la questione era stata affrontata *ex professo* solo da Cass. Sez. 4, n. 9133 del 12.12.2017, cit.

¹⁴ Solo negli ultimi tre anni possono contarsi numerosissime pubblicazioni aventi ad oggetto il reato di epidemia che invece aveva fino a quel momento riscosso un limitatissimo interesse. Senza pretesa di esaustività, v. L. AGOSTINI, *Pandemia e “penademia”: sull'applicabilità della fattispecie di epidemia colposa alla diffusione del covid-19 da parte degli infetti*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 4, 229; G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell'epidemia e reati nell'epidemia*, in *Questione giustizia*, 2/2020, 37 ss.; A.H. BELL, *Il reato di epidemia nel contrasto della pandemia da covid-19. Problemi ermeneutici e rapporti con le fattispecie di omicidio*, in *Sist. Pen.* 24 ottobre 2022; D. CASTRINUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo* cit.; M.F. CARRIERO, *L'(in)adeguatezza funzionale del delitto di epidemia al cospetto del COVID-19*, in *Arch. pen., web*, 2020, n. 3; A. GARGANI, *Epidemia colposa e “COVID-19”: interpretazioni ‘emergenziali’ e principi di garanzia*, in *Studi senesi*, 2022, 1, 35; M. GRIMALDI, *COVID-19: la tutela penale dal contagio*, in *Giur. pen. web*, 2020, n. 4; M. PELLISSERO, *Covid-19 e diritto penale pandemico. Delitti contro la fede pubblica, epidemia e delitti contro la persona alla prova dell'emergenza sanitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 503; E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia (art. 438 c.p.) alla luce della globalizzazione delle malattie infettive: la responsabilità individuale da contagio nel sistema di common but differentiated responsibility*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 179; P. PIRAS, *Sulla configurabilità della epidemia colposa omissiva*, in *Sist. pen.*, 8 luglio 2020; S. RAFFAELE, *Delitto di epidemia: l'affaire coronavirus*, in *DPU*, 3 giugno 2020; S. TORDINI CAGLI, *Epidemia colposa*, in *Enc. dir., Reato colposo*, Milano, 2020, 464 ss.; ID, *L'epidemia come*

versante applicativo della fattispecie: nonostante il reato di epidemia colposa sia stato diffusamente evocato in corrispondenza della diffusione del Covid-19 – sia con riferimento alle situazioni più marginali di mere violazioni della normativa emergenziale, sia anche ai casi più eclatanti come ad esempio nei contagi plurimi nelle RSA – solo occasionalmente si è arrivati davanti all’organo giudicante e, in questi casi, è stato ribadito il punto di vista tradizionale con formule, come già visto, spesso ripetitive ed assertive.

Questo almeno fino ad oggi. L’ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, di cui in premessa, abbracciando una posizione in contrasto con quella tradizionale pone le basi, infatti, per un ulteriore stimolo alla discussione.

In sintesi, l’attuale stato del dibattito in ordine agli elementi costitutivi della tipicità nel reato di epidemia vede, da un lato, un orientamento più restrittivo che, pur con differenti caratterizzazioni interne, considera l’art. 438 c.p. un reato di evento a condotta vincolata e ne esclude – consequenzialmente – la configurabilità nella forma dell’omissione in quanto incompatibile con l’art.40 cpv.¹⁵; dall’altro, un indirizzo più estensivo che ritiene, invece, che si tratti di un reato a forma libera, ammettendo quindi (in presenza dei presupposti ulteriori necessari), la rilevanza penale della forma omissiva¹⁶.

L’interesse rinnovato è – come detto – connesso alla questione della riconducibilità alla fattispecie di cagionata epidemia dei fatti legati all’emergenza pandemica degli ultimi anni; in effetti, le conclusioni a cui perviene l’orientamento più restrittivo – *in primis* selezione delle modalità di lesione ed esclusione della rilevanza delle condotte omissive – limitano grandemente la possibilità di una applicazione degli artt. 438 e 452 c.p.; e questo già a monte, e quindi anche a prescindere dalle ulteriori criticità che, in ogni caso, permarrebbero in ordine all’accertamento delle responsabilità penali, sul piano della verifica del nesso causale e della colpevolezza (colposa).

L’emergenza pandemica ha infatti dimostrato come la maggioranza – se non la totalità – dei comportamenti potenzialmente causativi di una epidemia sono caratterizzati da una forte e ineludibile componente omissiva: seppure in molti casi si tratta in definitiva di mancato rispetto di regole cautelari afferenti a condotte commissive colpose, non si può negare che alcune situazioni coinvolgano delle vere e proprie omissioni in senso stretto: affermare che il reato di epidemia non possa trovare applicazione in presenza di condotte omissive incide quindi significativamente sulla effettività della fattispecie di reato, vale a dire sulla sua capacità di assolvere alla

disastro? cit.; V. VALENTINI, *Profili penali della veicolazione virale: una prima mappatura*, in *Arch. pen. web.* 1/2020; S. ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da COVID*, in *Sist. pen.*, 8 aprile 2022.

¹⁵ Oltre agli autori citati in nota 12, v. anche R. BARTOLI, *La responsabilità colposa medica e organizzativa al tempo del coronavirus. Fra la “trincea” del personale sanitario e il “da remoto” dei vertici politico-amministrativi*, in *Sist. Pen.*, 7, 2020, 95 ss.89 ss.; A.H. BELL., *Il reato di epidemia*, cit.; G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., 989 ss.; M. GRIMALDI, *COVID-19: la tutela penale*, cit., 26.

¹⁶ L. AGOSTINI, *Pandemia e “penademia”*, cit., 233; G. BATTARINO, A. NATALE, *Reati dell’epidemia*, cit., 15; M. PELLISSERO, *COVID e diritto penale pandemico*, cit., 8; E. PERROTTA, *Verso una nuova dimensione del delitto di epidemia*, cit., 779 ss.; P. PIRAS, *Sulla configurabilità dell’epidemia*, cit.; S. ZIRULIA, *Nesso causale*, cit. 10; nonché S. TORDINI CAGLI, *L’epidemia come disastro*, cit., *passim*.

funzione di tutela della salute pubblica, in coerenza con la collocazione sistematica che il legislatore le ha assegnato.

Entrando più nel dettaglio, l'espressione *mediante la diffusione di germi patogeni* viene intesa in un'ottica di selezione delle condotte rilevanti, in quanto indicherebbe una specifica modalità di causazione dell'evento tipico, rendendo così la fattispecie un reato a forma vincolata, a cui non sarebbe quindi applicabile la clausola di equivalenza prevista dall'art. 40 cpv. Ne conseguirebbe la non configurabilità del reato in forma omissiva.

Tra le ragioni addotte si evidenzia, in primo luogo, la centralità che l'espressione assumerebbe nell'economia della descrizione della fattispecie: negare la funzione di delimitazione della condotta tipica alla locuzione "*mediante la diffusione di germi patogeni*" significherebbe svalutare e disconoscere il ruolo chiave che il legislatore avrebbe voluto attribuirle nella costruzione del fatto tipico; vorrebbe così dire relegarla ad una funzione meramente pleonastica o addirittura tautologica con trasgressione del principio di tipicità dell'illecito penale¹⁷.

L'*intentio legislatoris* è un altro degli argomenti posti a fondamento dell'orientamento *restrittivo*: questo aspetto è con forza richiamato dalla Corte di Cassazione nell'unica pronuncia che, per esteso, si dedica alla questione, e che, per negare la configurabilità del reato in forma omissiva, evoca il passaggio della Relazione ministeriale (sopra già richiamato) in cui l'introduzione della fattispecie viene giustificata con l'«enorme importanza che ormai ha acquistato la possibilità di venire in possesso di germi, capaci di cagionare una epidemia, e di diffonderli», per dedurne l'evidenza della necessaria natura commissiva; la Corte arriva infatti a concludere che «la norma evoca, all'evidenza, una condotta commissiva a forma vincolata di per sé incompatibile con il disposto dell'art. 40, comma 2, cod. pen., riferibile esclusivamente alle fattispecie a forma libera, ovvero a quelle la cui realizzazione prescinde dalla necessità che la condotta presenti determinati requisiti modali», assumendo in maniera assertiva la necessaria valenza attiva della diffusione¹⁸.

Un ulteriore argomento fa più specificamente leva sul significato del termine diffusione: il peso assunto dal richiamo alla «diffusione» del fattore patogeno avrebbe una valenza strutturale più complessa legata alla stessa sua particolare dimensione semantica, la quale implicherebbe un carattere «sincronico ed allo stesso tempo necessariamente 'massivo'» della condotta di diffusione. Questo carattere, «oltre a comprovare ulteriormente l'incompatibilità logico-strutturale tra contagio di virus da

¹⁷ Così, G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., 989 ss.; A. GARGANI *Epidemia colposa e COVID-19*, cit., 53 ss.

¹⁸ La sentenza è la n. 9133 del 12.12.2017, relativa ad un caso di distribuzione di acque per il consumo contaminate da germi e batteri; i passaggi richiamati sono ripresi e considerati decisivi e persuasivi da A.H. BELL., *Il reato di epidemia*, cit (p.12), secondo il quale, «il concetto di "cagionare mediante diffusione" implica necessariamente un comportamento attivo, che consiste per l'appunto nel propagare, anche nelle vesti di "semplice" vettore, i microorganismi che determinano il fenomeno morboso; e, per quanto lato, tale concetto qualcosa dal tipo legale lo taglia fuori senz'altro: tutto ciò che si risolve in un mero contegno omissivo».

persona a persona e delitto di epidemia» sarebbe un ulteriore puntello a sostegno della «forma vincolata» impressa dal legislatore alla condotta tipica¹⁹.

4. L'orientamento estensivo. La diffusione di germi patogeni e il disvalore d'evento nel reato di epidemia.

Premessa indispensabile per una migliore comprensione della differente posizione interpretativa che vorrei qui argomentare, e che è stata accolta dalla ordinanza della Sezione IV, è intendersi sul significato penalistico del termine epidemia.

Dal punto di vista etimologico, il termine *epidemia* deriva dal greco *επι δειμιος*, che significa letteralmente “diffuso nel popolo”. Dalla etimologia si trae uno degli elementi chiave del significato del termine, sia secondo la prospettiva medico-scientifica, sia secondo la prospettiva giuridica (peraltro non del tutto coincidenti): il necessario coinvolgimento di una “popolazione” e, di riflesso, la connotazione della malattia epidemica come malattia con capacità diffusiva.

Secondo la lettera della legge, l'epidemia che assume rilievo penale quale evento del reato è quella cagionata mediante *la diffusione di germi patogeni*, e dunque, evidentemente, *solo* l'epidemia di malattie infettive. Le malattie infettive sono infatti quelle causate dalla trasmissione, in via diretta o indiretta, di un agente infettivo specifico o dei suoi prodotti tossici da una persona o da un animale infetto a un ospite recettivo. La caratteristica fondamentale delle malattie infettive è – cioè – la loro *trasmissibilità orizzontale*²⁰ la capacità, cioè, di trasmettersi attraverso il passaggio, in via diretta o indiretta, del germe patogeno da un ospite all'altro²¹.

Sul fatto che l'evento del reato debba essere necessariamente connesso alla manifestazione di una malattia infettiva, non si riscontra alcun contrasto né in dottrina né in giurisprudenza: secondo la dottrina, infatti, l'epidemia è «l'improvvisa e collettiva manifestazione di una malattia infettiva umana, che si diffonde rapidamente in uno stesso contesto di tempo e in un dato territorio, colpendo un numero rilevante di persone»²²; o ancora «la manifestazione collettiva di una malattia che rapidamente si diffonde fino a colpire un gran numero di persone in un territorio più o meno vasto e si estingue dopo una durata più o meno lunga».²³ In aggiunta, si precisa talvolta che l'epidemia presuppone la facilità di propagazione dei suoi germi in modo da colpire nel medesimo luogo e nel medesimo tempo una moltitudine di persone e che elementi caratteristici dell'epidemia sono quindi il notevole numero di persone affette da morbo

¹⁹ G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., 989 ss.

²⁰ S. CORBETTA, *op.cit.*, p.84.

²¹ Per questa definizione v. www.epicentro.iss.it/infettive.

²² Così, ad esempio, A. LAI, *Incolunità pubblica (delitti contro la)*, in *Enc. giur.*, XVI, 1989, 14 ss.; cfr. altresì, A. GARGANI, *Reati contro l'incolunità pubblica*, II, cit., 203.

²³ E. BATTAGLINI, B. BRUNO, *Incolunità pubblica (Delitti contro la)*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, 1962 559; A. NAPPI, *I delitti contro la salute pubblica*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* diretta da F. BRICOLA, G. ZAGREBELSKY, IV, Utet, Torino, 1996, 650; così anche S. ARDIZZONE, *Epidemia*, cit. 255; A. BONFIGLIOLI, *Epidemia* (art. 438), cit., 386.

e la contemporaneità dell'insorgere dei casi di malattia. Elementi chiave, dunque, della epidemia rilevante ai fini penali risultano essere, secondo la ricostruzione più comune: la manifestazione in un numero rilevante di persone di una malattia infettiva; il ristretto lasso di tempo entro il quale la manifestazione morbosa collettiva si verifica; un preciso ambito territoriale della manifestazione; la facilità di propagazione.

Sulla stessa linea si è attestata da tempo la giurisprudenza, nei pochi casi in cui, anche in epoca precedente al Covid, si è pronunciata sul delitto in questione, con esiti, come abbiamo visto, sempre assolutori²⁴.

La natura infettiva della malattia, a cui si ricollega statisticamente, se non necessariamente, la sua facilità di propagazione e la capacità di ulteriore diffusione della stessa nei confronti di vittime indeterminate sono dunque caratteristiche connotative dell'evento nella fattispecie in questione, sulle quali il consenso è da sempre pressoché unanime. Tali caratteristiche sono del resto coerenti con la collocazione sistematica della fattispecie tra i reati di comune pericolo e con la indeterminatezza e diffusività dell'interesse oggetto di tutela.

D'altra parte, il particolare disvalore d'evento è una caratteristica distintiva della maggior parte dei reati collocati nel titolo VI del libro II del nostro codice penale, per lo più tipicizzati attorno a disastri nominati o innominati, la cui pregnanza offensiva rispetto al bene protetto – pubblica incolumità/salute pubblica – è rappresentata tramite la pregnanza semantica dei termini inclusi nella descrizione della fattispecie legale²⁵.

Il linguaggio utilizzato evoca infatti generalmente significati denotati da una importante direzione lesiva rispetto alla incolumità pubblica, bene giuridico di categoria. Questa considerazione vale senz'altro con riferimento al capo I del titolo VI, i reati di comune pericolo mediante violenza, ma altresì, pur con accenti differenti, con riferimento al capo II, dedicato ai delitti di comune pericolo mediante frode: così è, certamente, per quanto riguarda il reato di epidemia e di avvelenamento.

La maggior parte dei reati contro la pubblica incolumità sono inoltre tipizzati dal legislatore come reati a forma libera, il cui disvalore è incentrato in modo particolarmente pregnante sulla descrizione dell'evento. La scelta è legata alla particolare rilevanza dell'interesse protetto – l'incolumità di vittime indeterminate – che richiede una tutela ampia, rispetto a qualunque modalità di aggressione. La scelta

²⁴ Di particolare interesse è una delle prime pronunce, concernente un caso di salmonellosi, in cui il tribunale (Trib. Bolzano 13 marzo 1979, in *Giur. merito*, 1979, cit.) ha elencato i requisiti oggettivi necessari del tipo: *il carattere contagioso del morbo; la rapidità della diffusione, l'ambito temporale circoscritto del fenomeno; il numero elevato delle persone colpite con correlativo ulteriore pericolo per un numero indeterminato di individui; l'estensione territoriale*. Questa la vicenda: quarantotto persone alloggiate presso due pensioni, gestite dai due imputati, vennero ricoverate presso l'ospedale perché affette da salmonellosi. I due albergatori vennero rinviati a giudizio per il reato di epidemia colposa. Il Tribunale si pronunciò per l'assoluzione, ritenendo che difettassero gli elementi costitutivi del reato, in quanto «le persone riscontrate affette da salmonellosi appartenevano tutte a due ristrettissime comunità»; non poteva quindi «parlarsi né di regione né di popolazione, e mancò ogni propagazione al di fuori di quel ristretto ambiente».

²⁵ In argomento, per tutti, A. GARGANI, *IL danno qualificato dal pericolo*, Torino 2005, *passim*; e da ultimo, D. CASTRINUOVO, *La tutela dell'incolumità pubblica. Profili storici, sistematici e critici*, in *I reati contro la Pubblica Incolumità*, cit., XXV ss.

operata in altri settori di tutela – emblematico il caso dei reati contro il patrimonio – è volta invece ad una accentuazione del principio di frammentarietà del diritto penale: il disvalore d’evento non è assorbente, dovendo quindi essere integrato – per legittimare un intervento punitivo – da un sufficiente e specifico disvalore di azione²⁶.

Cagionare un disastro ferroviario o aereo; un naufragio o una valanga; un avvelenamento o una epidemia, è già di per sé meritevole di pena, a prescindere dalla specificità del processo con il quale si è arrivati al risultato. E questo grazie alla tipicità pregnante dell’evento.

Così è per l’art. 438 c.p.: l’evento presenta il disvalore necessario rispetto all’offesa della salute pubblica solo nella misura in cui si identifichi con una manifestazione collettiva di *una malattia infettiva*, di una malattia, cioè, che si trasmette solo ed esclusivamente attraverso la diffusione di germi patogeni. La mancanza di questa modalità esclude la tipicità del fatto perché viene meno la tipicità dell’evento. L’inciso *mediante la diffusione di germi patogeni*, quindi, circoscrive con più precisione il significato, e quindi la portata, del fatto tipico; la descrizione più puntuale della condotta, o meglio del mezzo, è funzionale a delimitare, indirettamente, e ulteriormente, l’evento (l’epidemia), accentuandone il disvalore in relazione alle potenzialità offensive del bene protetto.

In questo modo non si riduce l’inciso ad un mero richiamo pleonastico, né ad una mera tautologia, svuotandolo di valore: esso mantiene invece «una funzione chiarificatrice» del fatto tipico che viene meglio descritto senza che si aggiunga però nulla in termini di tipicità, già esaustivamente rappresentata dal sostantivo *epidemia*²⁷. Ma ancora di più, assume una funzione di rafforzamento della necessaria connotazione dell’evento nei termini di un *disastro*: cioè di un evento di danno (grave) qualificato dal pericolo²⁸. A meno di non voler svalutare la intensità semantica del termine *epidemia*, non si può ipotizzare nessun altro modo per cagionare un evento epidemico se non quello di diffondere germi patogeni: quale sarebbe quindi il senso di selezionare come tipica una sola modalità di realizzazione dell’evento in assenza di possibili modalità alternative? Non essendoci altra strada possibile, per trasmettere una malattia infettiva, che tramite la diffusione dei germi patogeni, le ragioni sottese alla opzione politico-criminale di descrivere il tipo nell’ottica della modalità di lesione, e cioè, in definitiva, l’esigenza di garantire la frammentarietà, appaiono, in un caso come questo, molto sfumate, se non addirittura nulle.

Essendo, in sostanza, “naturalisticamente” obbligato il percorso eziologico di causazione del risultato²⁹, la frammentarietà è già garantita dalla selettività e pregnanza dell’evento tipico.

²⁶ La rilevanza del bene giuridico è richiamata anche dalla ordinanza di rimessione della Corte di cassazione (par. 5).

²⁷ Così, P. PIRAS, *Sulla configurabilità dell’epidemia colposa omissiva*, cit.

²⁸ Sulla assimilazione tra l’epidemia e il disastro sia consentito il rinvio al nostro, *L’epidemia come disastro?*, cit., *passim*.

²⁹ In questo senso D. CASTRONUOVO, *I limiti sostanziali del potere punitivo nell’emergenza pandemica*, cit.; e ancora P. PIRAS, *Sulla configurabilità dell’epidemia colposa*, cit.

5. Ancora qualche considerazione sul verbo *diffondere*.

Da quanto emerso, appare chiaro che uno degli argomenti maggiormente richiamati dalla dottrina e dalla giurisprudenza a sostegno della incompatibilità della realizzazione omissiva del reato di epidemia si incentra sul significato del verbo *diffondere*. Si afferma, infatti, che *il diffondere* implicherebbe una condotta necessariamente attiva, un vero e proprio “spargimento” di germi mediante un comportamento naturalisticamente positivo, e che tale accezione sarebbe tra l’altro veicolata dalla stessa Relazione ministeriale al Codice penale da cui dovrebbe trarsi senza dubbio la volontà del legislatore di non includere la forma omissiva nel tipo dell’art. 438 c.p.

Assumere la natura necessariamente attiva del *diffondere* è funzionale ad escludere in modo radicale la operatività della clausola di equivalenza enunciata dal capoverso dell’art. 40 c.p. Secondo un condivisibile orientamento, infatti, essa sarebbe applicabile non solo ai reati causali puri, ma anche ai reati a forma vincolata a condizione che le condotte richiamate dalla descrizione legale non siano strutturalmente incompatibili con la forma omissiva³⁰.

Solo in questi casi, infatti, la *conversione* sarebbe in contrasto con la lettera della legge e con la *voluntas legis*.

È evidente che – accogliendo questo punto di vista – per negare la configurazione della epidemia mediante omissione, non sarebbe sufficiente sostenere la forma vincolata della fattispecie, ma diventerebbe indispensabile altresì dimostrare che si tratti di una forma vincolata *necessariamente attiva*.

In realtà, nessuna indicazione univoca nel senso della natura attiva del *diffondere* è contenuta nelle parole del Guardasigilli: seppure è indiscutibile che il reato nasca come reazione ad una particolare tipologia di fatti e di autori, il dato testuale mantiene comunque un contenuto semantico ampio, tale da poter abbracciare indifferentemente tutte le modalità di trasmissione (massiva) dei germi, tra le quali può sicuramente annoverarsi anche il non frapporre un ostacolo alla propagazione e così consentire e/o lasciare che si diffondano³¹. La genericità del significante testuale è chiaramente

³⁰ Per limitarsi alla manualistica, S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2017, 400; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2024, 632; F. PALAZZO-R. BARTOLI, *Corso di Diritto penale*, Torino, 2024, 259; C. PERINI, *Il reato omissivo: la fattispecie oggettiva*, 215, in C. E. PALIERO (a cura di) *Il sistema penale*, Torino, 224, 215. In senso problematico, G. MARINUCCI, E. DOLCINI E G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale, Parte generale.*, XI ed., Milano, 2022, 291 e C. FIORE-S. FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, 2023, 267.

³¹ In questo senso si pronuncia anche la Cassazione nell’ordinanza di rimessione in commento, al par. 5. In questi termini, anche il ricorso presentato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Sassari, avverso la sentenza di assoluzione dello stesso Tribunale: «il non fare qualcosa può produrre la diffusione. Ad es., in un ampio ambiente ospedaliero c’è un paziente affetto dal virus SARS-CoV-2 a contatto con altri pazienti e con il personale sanitario: ci sono quindi i presupposti per la diffusione e si omette di inibire la diffusione del virus, che invece si propaga indisturbato. L’omissione consiste nel non inserire il dovuto

ammessa anche dalla Corte di legittimità che, con riferimento ad una vicenda di contagi plurimi da HIV da parte di un soggetto infetto, avvenuti tramite rapporti sessuali non protetti, si era espressa come segue: «la norma incriminatrice non seleziona le condotte diffusive rilevanti e richiede, con espressione quanto mai ampia, che il soggetto agente procuri un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni, senza individuare in che modo debba avvenire detta diffusione; occorre, però, al contempo, e ciò è evidente, che sia una diffusione capace di causare un'epidemia»³².

Ecco che allora, anche nel caso in cui si voglia sostenere, in accordo con l'impostazione tradizionale, che il reato di epidemia previsto degli artt. 438 e 452 c.p. sia a forma vincolata, nulla osterebbe alla sua configurabilità mediante una omissione, in quanto l'operatività della clausola di equivalenza ex art. 40 cpv. non troverebbe alcun ostacolo nel dato testuale che, per la sua elasticità, si presta ad una ricostruzione della tipicità aperta anche alla forma omissiva.

Un'ultima considerazione si presenta opportuna: se, come visto, il contenuto semantico del verbo diffondere non contiene alcuna indicazione vincolante in ordine alla necessaria natura attiva della condotta, invece, senz'altro, impone all'interprete di tenere conto e valorizzare un diverso attributo che deve considerarsi imprescindibile: la sua proiezione massiva. Questa caratterizzazione è, del resto, strutturalmente connessa alla connotazione dimensionale dell'evento (sia per quanto concerne la quantità dei contagi, sia per quanto riguarda l'estensione territoriale, sia con riguardo al ristretto lasso di tempo, sia infine per il pericolo di ulteriore propagazione). Sul punto, tuttavia, è opportuno precisare che la proiezione massiva non implica necessariamente una sua sincronia o comunque un «carattere immediatamente diffusivo dei fattori potenzialmente causali», come invece richiesto da taluno³³, potendosi manifestare anche in via progressiva e mediata, seppur in tempi sufficientemente ravvicinati.

Non può, così, essere a priori escluso che l'art. 438 c.p. ricomprenda anche il contagio di un virus da persona a persona qualora, ad esempio, si tratti di un virus caratterizzato da una altissima contagiosità e da una pluralità di modi di trasmissione³⁴.

ostacolo alla diffusione».

³² Così Cass., sez. I, 30 ottobre 2019, n. 48014, cit.; l'irrelevanza del "modo" della diffusione dei germi patogeni è, d'altro canto, messa in evidenza da sempre in sede di commento della fattispecie: «potrà perciò trattarsi tanto di spargimento di germi in terra, in acqua, in sostanze alimentari, in ambienti, quanto di messa in circolazione di portatori di germi (persone o animali infetti, indumenti o altre cose provenienti da malati)» (così, ad es., C. ERRA, *Epidemia*, cit., 46); spesso sono richiamate esplicitamente anche modalità omissive, come il mancato controllo di animali infetti, o più in generale, «il lasciar libera la causa che determina la diffusione dei germi patogeni» (V. MANZINI, *Trattato*, cit., 398).

³³ La necessaria sincronia è invece richiesta da G. DE FRANCESCO, *Emergenza sanitaria e categorie penalistiche*, cit., 989.

³⁴ Anzi, proprio con riferimento a un virus come il Sars-cov-2, il contagio da parte di una persona infetta ha più volte assunto il carattere massivo e sincronico evocato, data proprio la sua altissima contagiosità e la pluralità di modi di trasmissione che lo caratterizzano. Una conferma di una tale evenienza può trarsi da quegli studi di settore, che hanno attribuito un ruolo di grande rilievo, nella diffusione di questo virus, così come accadde nella prima epidemia di SARS, ai cosiddetti "super diffusori", soggetti che per la coincidenza di un insieme di fattori, soggettivi o logistici, si ipotizza abbiano la capacità di infettare da soli, e in poco tempo, un notevole numero di persone (tra i tanti studi, v. da ultimo, A. TEICHER, *Super-spreaders: a historical*

6. Per concludere.

La trascorsa, ma ancora molto recente, emergenza legata alla pandemia di Covid-19 ha, per la prima volta, messo alla prova il nostro codice penale davanti ad un vero e proprio *disastro* epidemico. Si è posta così la necessità di verificare la capacità di risposta di una fattispecie incriminatrice, l'art. 438 c.p., rispetto ad una fenomenologia di fatti molto diversa da quella che ne aveva giustificato l'introduzione e che richiama, per lo più, la gestione del rischio sanitario, ponendo in primo piano condotte inosservanti, generalmente colpose.

Questa evidenza ha riattualizzato un dibattito interpretativo, per molti anni destinatario di scarsa attenzione, sul significato dell'espressione *mediante la diffusione di germi patogeni*, che compare nella descrizione del fatto tipico, e sulle implicazioni ad essa connesse. In particolare, è stata posta in dubbio la ineluttabilità della prospettiva ermeneutica a lungo dominante, che su quella espressione fonda la natura vincolata del reato e la sua necessaria connotazione commissiva, e si è fatta strada una interpretazione differente che apre alla tipicità anche omissiva della cagionata epidemia, attribuendo all'inciso *mediante la diffusione di germi patogeni* una funzione di delimitazione dell'evento e non di selezione delle condotte.

È vero che la questione sulla forma vincolata o libera della fattispecie può talvolta apparire, sul piano delle conseguenze concrete, più teorica che effettiva, in quanto molte situazioni di cattiva gestione del rischio sanitario, apparentemente omissive, si prestano in realtà ad essere interpretate come condotte commissive inosservanti³⁵. Si pensi all'ipotesi della persona ammalata che entri in contatto con altri individui, recandosi ad esempio in un luogo affollato, senza i necessari dispositivi di protezione, diffondendo così il virus; ovvero al datore di lavoro che consenta o addirittura richieda l'accesso al luogo di lavoro di soggetti (esterni o lavoratori) con sintomi di infezione, senza effettuare i dovuti controlli per impedire la diffusione del contagio³⁶.

review, pubblicato su *Lancet*, il 20 giugno 2023 ([https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(23\)00183-4](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(23)00183-4)). Peraltro, così si esprimeva già S. ARDIZZONE, (*Epidemia*, cit., 256), riferendosi alla relazione tra contagio (previsto originariamente, dall'art. 554 c.p. "Contagio di sifilide e blenorragia" tra i reati contro l'integrità della stirpe, titolo poi abrogato dalla l. 22.5.1978 n. 194) ed epidemia: «Se storicamente la norma che ne prevedeva la punizione coesisteva con quella che punisce l'epidemia, se ne deve dedurre il diverso ambito di applicabilità, individuato, tra l'altro, nel differente tipo di contagio considerato: determinato nell'un caso, indeterminato nell'altro. Peraltro, se il contagio è plurimo ed interessa una moltitudine di persone, l'episodio complessivo può acquistare rilevanza per la considerazione dell'aspetto obiettivo del reato di epidemia».

³⁵ Per queste considerazioni vedi anche ZIRULIA, *Rimessa alle sezioni unite la questione della configurabilità dell'epidemia in forma omissiva*, cit.

³⁶ O ancora si pensi – per richiamare il caso oggetto della pronuncia della Suprema Corte più volte citata – ai responsabili della società di gestione di un acquedotto che cagionino una epidemia attraverso la distribuzione per il consumo di acque contaminate a causa di una cattiva manutenzione dell'acquedotto e del mancato rispetto delle regole nel processo di trattamento e potabilizzazione (Cass. Sez. 4, n. 9133 del 12.12.2017). Altri esempi anche in ZIRULIA, *Nesso di causalità e contagio da covid-19*, cit., 4, nonché ID., *Rimessa*

Inoltre, talune condotte “autenticamente” omissive, se inserite in una epidemia già in atto, potrebbero assumere rilievo come concorso omissivo (o compartecipazione colposa omissiva) in un fatto commissivo riconducibile ad altri³⁷. Tuttavia, non si può escludere che ci si possa trovare al cospetto di fatti, propriamente omissivi, privi dei requisiti che consentano un ricorso al modello concorsuale³⁸.

Ne è chiara dimostrazione la vicenda processuale che ha dato origine alla decisione della Corte di cassazione di rimettere la questione alle Sezioni Unite: in questo caso viene contestato all'imputato, sub-delegato del datore di lavoro, di non aver fornito ai lavoratori dell'ospedale i necessari dispositivi di protezione individuale in numero idoneo, di non aver formato i lavoratori adeguatamente sul rischio biologico, di non aver predisposto le necessarie misure organizzative destinate alla protezione dal rischio contagio: contegni evidentemente omissivi³⁹.

Ma, e a prescindere dalla dimensione contingente, non può porsi in dubbio che si tratti di questione ermeneutica di rilievo, come è confermato dalla scelta della Suprema Corte di accogliere il ricorso del Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Sassari e di dare seguito alla richiesta di rimetterne la soluzione alle Sezioni Unite.

La inadeguatezza dell'attuale nostro ordinamento penale ed in particolare della fattispecie di epidemia di fronte a fatti di propagazione o trasmissione massiva di malattie diffuse e, dunque, a possibili macro-offese della salute delle persone, è difficilmente contestabile e, certo, trascende lo specifico profilo ermeneutico oggetto del quesito rivolto alle Sezioni Unite, intrecciandosi con considerazioni più generali sulla

alle sezioni unite la questione della configurabilità dell'epidemia in forma omissiva, cit.

³⁷ V. le considerazioni di A.H. BELL, *Il reato di epidemia, cit.*; e S. ZIRULIA, *Rimessa alle sezioni unite la questione della configurabilità dell'epidemia in forma omissiva, cit.*

³⁸ Gli esempi sono numerosi. Solo per riferirsi alle situazioni emerse in concomitanza con l'epidemia di Covid, basti pensare ai fatti per cui sono stati imputati alcuni dei decisori politici e, nello specifico, la mancata implementazione del piano pandemico e la mancata attivazione della “zona rossa” in val Seriana. Ma per una dettagliata rassegna dei soggetti garanti sui quali, nell'ordinamento italiano, gravano obblighi giuridici di impedire il diffondersi di malattie infettive, e una esemplificazione di condotte omissive, anche concorsuali, che potrebbero integrare il reato, v. S. CORBETTA, *Delitti contro l'incolumità pubblica*, II, cit., 16 ss.

³⁹Questi nel dettaglio i fatti indicati nel capo di accusa e riportati nella pronuncia di primo grado (Trib. Sassari, sentenza n.739 del 28.03.2024, ined.): «per colpa consistita in negligenza, imprudenza e imperizia e inosservanza degli obblighi di cui all'art. 77 co. 4 lett. h) d.lgs. 81/2008, non fornendo ai lavoratori dell'Ospedale di Alghero i necessari dispositivi di protezione individuale in numero idoneo contro la diffusione del SARS-CoV.2 all'interno dell'Ospedale, non assicurando ai lavoratori una formazione sufficiente ed adeguata sul rischio biologico da SARS CoV.2 con anche addestramento all'uso di dispositivi di protezione individuale e art. 4 cit. e 272 co. 2 lett.d), non adottando misure collettive e individuali di protezione dal rischio biologico da SARS-CoV.2 (rafforzamento dei programmi e dei principi fondamentali di prevenzione e controllo delle infezioni correlate all'assistenza, verifica che ogni paziente assistito fosse considerato come potenzialmente contagioso del SARS Co.2, previsione di controllo di negatività al test per la ricerca del SARS-CoV. 2 nei pazienti nuovi ingressi e nel personale neoassunto, previsione di mascherine per i pazienti e distanziamento fra gli stessi, creazione di aree d'isolamento dei casi sintomatici Covid 19, disposizioni ai lavoratori di non recarsi al lavoro in ipotesi di presentazione di sintomi influenzali), mediante la diffusione del SARS CoV.2 nell'Ospedale Civile di Alghero, cagionava un'epidemia».

inadeguatezza dello stesso modello del diritto penale d'evento e dei criteri tradizionali di attribuzione individuale della responsabilità, di fronte ad eventi macro-dimensionali e marcatamente multifattoriali.

Il tema – enorme – esula dallo scopo e dalle dimensioni di queste note.

Tuttavia, e nella consapevolezza che l'unica e vera soluzione sia quella di un ripensamento complessivo dell'assetto normativo esistente, la lettura qui sostenuta risponde all'esigenza di attribuire una qualche patente di effettività alla incriminazione della epidemia colposa, senza per questo oltrepassare i limiti imposti dalla legalità. Peraltro, anche i rischi di una dilatazione eccessiva della responsabilità penale, che taluno paventa come possibile conseguenza dell'approccio interpretativo *aperto*, sono più teorici che reali, dovendo il processo di accertamento passare attraverso le strettissime maglie della verifica di ulteriori stringenti requisiti, sia inerenti alla tipicità – l'evento, il nesso causale, la posizione di garanzia – che alla colpevolezza.

L'auspicio, quindi, che ci sentiamo di esprimere è che la Corte di Cassazione colga l'occasione per una considerazione attenta delle ragioni sottese ad una interpretazione della tipicità dell'art. 438 c.p. che sia inclusiva delle modalità omissive e possa contribuire con la sua voce a restituire alla fattispecie una sua plausibilità rispetto al mutato contesto storico e sociale e alle rinnovate esigenze di protezione della salute pubblica.

Nell'attesa che un giorno anche il legislatore guardi da questa parte.

LO 'SCUDO ERARIALE' DINANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE: LA «FATICA DELL'AMMINISTRARE» TRA DISPOSIZIONI 'A TEMPO' E RIFORME IN ITINERE

di Livia Mercati

Il c.d. 'scudo erariale', cioè la limitazione della responsabilità amministrativa ai casi di dolo commissivo, è stato introdotto dalle disposizioni emergenziali nel 2020 e più volte prorogato; di recente, la Consulta si è pronunciata per la sua temporanea legittimità costituzionale, auspicando, però, un intervento legislativo volto a riordinare il sistema dei controlli e delle responsabilità ascritti in capo alla Corte dei conti, al fine di ulteriormente prevenire (dopo l'abolizione dell'abuso d'ufficio) i comportamenti 'difensivi' e la 'paura della firma', tipici della «fatica dell'amministrare». Sulla stessa linea si muovono le disposizioni contenute in un d.d.l., c.d. 'Foti' dal nome del proponente, il cui iter di approvazione è ancora in corso. Lo scritto ragiona sulle principali novità che emergono dal d.d.l. in materia di controlli e responsabilità amministrativa, attraverso una lettura parallela rispetto alle indicazioni della Corte costituzionale ed evidenziando, rispetto a queste, punti di contatto, differenze e principali criticità.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La strutturale «fatica dell'amministrare» e la contingenza dello scudo erariale: verso una 'riforma' della responsabilità amministrativa. – 3. Il d.d.l. 'Foti' a confronto con i suggerimenti della Corte costituzionale. – 4. L'«adeguata tipizzazione della colpa grave». – 5. Il controllo preventivo di legittimità e il rapporto con la responsabilità amministrativa.

1. Premessa.

Il d.l. 27 dicembre 2024, n. 202, recante «Disposizioni urgenti in materia di termini normativi» all'art. 1, comma 9, ha introdotto un'ulteriore proroga – al 30 aprile 2025 – del c.d. 'scudo erariale' di cui all'art. 21, comma 2, d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120.

Quest'ultima, com'è noto, è una disposizione entrata in vigore nel corso dell'emergenza pandemica – e già più volte prorogata¹ – in base alla quale «la

¹ Il termine, originariamente fissato al 31 luglio 2021, è stato in un primo momento, in sede di conversione, spostato al 31 dicembre 2021; poi al 30 giugno 2023, indi al 30 giugno 2024 e, infine, al 31 dicembre del medesimo anno (ad opera, rispettivamente, dell'art. 51, comma 1, lett. h), d.l. 1 maggio 2021, n. 77, recante «Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», convertito, con modificazioni, nella l. 29 luglio 2021, n. 108; dell'art. 1, comma 12 *quinques*, lett. a), d.l. 22 aprile 2023, n. 44, recante «Disposizioni

responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente».

In sostanza, il legislatore ha modificato, in via temporanea, la disciplina dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa², contemporaneamente distinguendo tra condotte commissive, per la punibilità delle quali è necessario il dolo inteso in senso penalistico³ – e dunque la dimostrazione da parte del pubblico ministero contabile della volontà dell'evento dannoso⁴ – da quelle omissive, per la punibilità delle quali è ancora sufficiente la colpa grave⁵.

urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle amministrazioni pubbliche», convertito, con modificazioni, nella l. 21 giugno 2023, n. 74; e dell'art. 8, comma 5 *bis*, d.l. 30 dicembre 2023, n. 215, recante «Disposizioni urgenti in materia di termini normativi», convertito, con modificazioni, nella l. 23 febbraio 2024, n. 18).

² Più precisamente, nella sua versione originaria, l'art. 1, l. 14 gennaio 1994, n. 20 aveva disciplinato la responsabilità erariale senza alcuna specifica indicazione sull'elemento soggettivo richiesto. Successivamente, con l'art. 3, c. 1, lett. a), d.l. 23 ottobre 1996, n. 543, l'articolo è stato modificato, specificando che la responsabilità erariale è limitata ai fatti e alle omissioni commessi con dolo o colpa grave, ferma restando l'insindacabilità nel merito delle scelte discrezionali.

³ Sul punto va evidenziato che, nella giurisprudenza contabile, non era univoco l'orientamento in ordine all'individuazione del confine tra dolo e colpa grave; si contrapponevano, infatti, un indirizzo aderente al dolo contrattuale – ovvero un dolo atipico e da inadempimento volontario dell'obbligazione contrattuale – e un altro propenso a riconoscere la ricorrenza del dolo solo quando la condotta antidoverosa fosse accompagnata dalla volontà dell'evento dannoso. Per un'analisi delle diverse posizioni della giurisprudenza contabile e della dottrina in materia si rinvia, *ex multis*, a A. CANALE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa*, in A. CANALE, D. CENTRONE, F. FRENI, M. SMIRALDO (a cura di), *La Corte dei conti. Responsabilità, contabilità, controllo*, Giuffrè, 2019, pp. 88 ss.; P. DELLA VENTURA, *La colpa grave e il dolo*, in E. F. SCHLITZER, C. MIRABELLI (a cura di), *Trattato sulla nuova configurazione della giustizia contabile*, Editoriale scientifica, 2018, pp. 188 ss.; A. POLICE, *La disciplina attuale della responsabilità amministrativa*, in F. G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa ed il suo processo*, Cedam, 1997, pp. 115 ss.; V. TENORE, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in ID. (a cura di), *La nuova Corte dei Conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, 2018, pp. 367 ss.

⁴ Dovrebbe così «rilevare ai fini della responsabilità amministrativa il dolo in tutti i suoi livelli di intensità: da quello più alto del dolo intenzionale, a quello intermedio del dolo diretto, fino al livello di intensità più mite costituito dal dolo eventuale che tradizionalmente si pone sulla linea di confine con la colpa cosciente e si configura quando l'agente pubblico, pur avendo agito per fini diversi da quello di arrecare danno all'amministrazione, abbia accettato il rischio che il danno si verificasse quale conseguenza della sua azione» (così S. CIMINI, F. VALENTINI, *La dubbia efficacia dello "scudo erariale" come strumento di tutela del buon andamento della p.a.*, in *ambienteditto.it*, n. 1/2022, pp. 1 ss.e spec. 7).

⁵ Numerosi sono i contributi dottrinali a commento della disposizione 'emergenziale'. Cfr., senza pretese di completezza: H. BONURA, *La paura della firma e la "nuova" responsabilità amministrativa: il decreto Semplificazioni tra equilibri ed equilibrismi (primo commento agli articoli 21 e 22 del "decreto Semplificazioni")*, in D. BOLOGNINO, H. BONURA, A. STORTO, *I contratti pubblici dopo il decreto Semplificazioni. Le principali novità in materia di contratti pubblici, responsabilità, controlli, procedimento e processo, tra emergenza e sistema "a regime"*, La Tribuna, 2020, pp. 87 ss.; A. CIARAMELLA, *La sopravvivenza normativa della colpa grave nella responsabilità erariale*, in *dirittoeconti.it*, 24 giugno 2020; S. CIMINI, F. VALENTINI, *La dubbia efficacia dello "scudo erariale" come strumento di tutela del buon andamento della p.a.*, cit., pp. 1 ss.; L. D'ANGELO, *Il "nuovo" dolo erariale nelle prime decisioni del giudice contabile* (nota a Corte dei conti, Sez. I App., 2 settembre 2020, n. 234), in *lexitalia.it*, 25 settembre 2020;

Secondo il Governo la ragione dell'introduzione del nuovo termine risiederebbe nel consentire al Parlamento l'approvazione di una 'riforma organica' della Corte dei conti⁶, per la quale è stato presentato, fin dal dicembre del 2023, un disegno di legge, c.d. d.d.l. 'Foti', recante «Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al codice della giustizia contabile, di cui all'allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale», attualmente all'esame in Commissione⁷.

La recente proroga dello scudo erariale richiamata in apertura, peraltro, interviene qualche mese dopo la disamina, da parte della Consulta, della legittimità costituzionale della norma che originariamente l'aveva prevista; com'è noto, la sentenza Corte cost. 16 luglio 2024, n. 132, ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le numerose questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Campania, con ordinanza 16 novembre 2023, n. 228⁸.

Id., *Danno erariale e c.d. "decreto semplificazioni": i mobili confini della responsabilità amministrativo-contabile*, ivi, 21 settembre 2020; A. GIORDANO, *La responsabilità amministrativa tra legge e necessità*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 1/2021, pp. 14 ss.; C. E. MARRÈ BRUNENGI, *Prime riflessioni critiche sulla nuova responsabilità erariale nel decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, conv. in legge 11 settembre 2020, n. 120*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 2/2020, pp. 151 ss.; M. PECCHIOLI, *Quando il rimedio è peggiore del male: il decreto-legge n. 76/2020 e l'inefficace lotta alla "paura della firma"*. Individuare le cause per ripensare le soluzioni, in *P.A. Persona e amministrazione*, 1/2022, pp. 645 ss.; M. PERIN, *Le modifiche (o soppressione) della responsabilità amministrativa per colpa grave. Saranno utili? Probabilmente no*, in *lexitalia.it*, 25 agosto 2020; L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2020, pp. 727 ss. Tra le prime pronunce in materia, v. Corte conti, Sez. I centr. app., 2 settembre 2020, n. 234, in *corteconti.it*.

Il giudice contabile, chiamato ad individuare l'ambito di operatività della disposizione, ha in diverse occasioni fatto riferimento all'approccio c.d. naturalistico per distinguere tra condotte commissive e omissive; cfr., ad es., Corte dei conti, Sez. giur. Sardegna, 9 febbraio 2024, n. 32; Id., Sez. giur. Trentino-Alto Adige, 21 giugno 2023, n. 19; Id., Sez. giur. Sicilia, 13 giugno 2023, n. 305, tutte in *corteconti.it*; Id. Sez. giur. Emilia-Romagna, 21 aprile 2022, n. 72, in *Riv. Corte dei conti*, n. 2/2022, pp. 214 ss.).

⁶ V. G. TROVATI, *Nuova proroga per lo scudo erariale: niente colpa grave fino al 30 aprile*, in *IlSole24ore*, 10 dicembre 2024.

⁷ A.C. 19 dicembre 2023, n. 1621; hanno commentato il d.d.l., fra gli altri, G. RIVISECCHI, *Il bastone e la carota. Appunti su una proposta di riforma della Corte dei conti*, in *osservatorioAIC.it*, n. 4/2024, pp. 5 ss.; G. TERRACCIANO, *La riforma della responsabilità amministrativa, tra esigenze di efficienza delle PP.AA e di protezione degli interessi erariali, per consentire un'autonomia decisionale dei funzionari pubblici più consapevole e meno timorosa*, in *amministrativamente.com*, n. 3/2024, pp. 881 ss.

⁸ Per un'accurata analisi dell'ordinanza di rimessione, v. C. PAGELLA, [La Corte dei Conti solleva una questione di legittimità costituzionale relativa al c.d. "scudo erariale": la Consulta chiamata di nuovo a pronunciarsi sul "Decreto semplificazione"](#), in questa Rivista, n. 3/2024, pp. 59 ss.; D. BOLOGNINO, *Ancora un tassello per la definizione di un nuovo equilibrio della responsabilità amministrativa per danno all'erario*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, n. 2/2024, pp. 152 ss.; A. INDELICATO, *Responsabilità e "scudo" erariale: retrospettive e prospettive dopo la rimessione alla Consulta*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 6/2023, pp. 217 ss.

2. La strutturale «fatica dell'amministrare» e la contingenza dello scudo erariale: verso una 'riforma' della responsabilità amministrativa.

Sono numerose e autorevoli le voci dottrinali che hanno ragionato sugli argomenti utilizzati dalla Consulta a sostegno della decisione, in piena condivisione, alcuni, e altri in aperta critica⁹; qui si vuole particolarmente evidenziare il rapporto esistente tra due elementi desumibili dall'articolato corpo motivazionale della sentenza.

Più in particolare, da un lato la Corte ricostruisce accuratamente le ragioni di quella che definisce «la fatica dell'amministrare», ragioni che risiedono nella complessità istituzionale, sociale e giuridica che, a partire dalle riforme amministrative degli anni '90 del secolo scorso, ha accompagnato la costruzione della c.d. 'amministrazione di risultato'. Si tratta, a ben vedere, del riconoscimento di caratteristiche non contingenti, ma ormai ben strutturate, che contraddistinguono oggi il sistema amministrativo multilivello, nel quale molto spesso è problematica la corretta individuazione delle norme, la loro interpretazione, la persistente inadeguatezza dei mezzi. Peraltro, dalla ricostruzione del percorso che avrebbe dovuto portare all'amministrazione di risultato emerge, in realtà, che l'innesto delle celebri 'tre E' (economicità, efficacia, efficienza) nell'organizzazione e nell'attività amministrativa non ha in realtà attecchito secondo quelle che erano le intenzioni delle riforme ad esse intitolate, posto che, come riconosciuto dalla Consulta, quell'innesto ha prodotto un vero e proprio eccesso di 'complicazione'.

Dall'altro lato, a sorreggere la legittimità costituzionale della disposizione impugnata, c'è la sua temporaneità, il che vuol dire che la stessa è destinata ad avere una durata limitata nel tempo perché gli interessi pubblici che essa mira a soddisfare hanno natura temporanea. E, in effetti, quegli interessi erano, all'epoca del d.l. n. 76/2020, prevalentemente coincidenti con la necessità di far ripartire l'economia, e soprattutto gli investimenti pubblici, per accelerare l'uscita dalla crisi economica generata dalla pandemia e, poi, la necessità di rispettare le tempistiche per la realizzazione degli impegni assunti con il PNRR.

In altre parole, la limitazione della responsabilità amministrativa per le ipotesi di dolo commissivo non può che essere temporanea, perché risponde all'urgenza del

⁹ V., ad es., L. BALESTRA, *Per un ripensamento della responsabilità erariale e, più in generale, delle funzioni della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, n. 4/2024, pp. 2166 ss.; F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, n. 19/2024, pp. 122 ss.; A. INDELICATO, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa: dalla provvisoria legittimità costituzionale dello scudo erariale alle possibili riforme della Corte dei conti*, in *judicium.it*, 4 settembre 2024; F.S. MARINI, *La sentenza n. 132 del 2024: la Corte costituzionale sperimenta nuove tecniche decisorie*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 4/2024, pp. 1 ss.; D. PALUMBO, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132/2024: verso un nuovo punto di equilibrio nella ripartizione del rischio tra la P.A. e l'agente pubblico?*, in *giustiziainsieme.it*, 18 novembre 2024; *Brevi note alla sentenza n. 132 del 17/07/2024 della Corte costituzionale: verso un nuovo paradigma della responsabilità amministrativa?*, nota redazionale in *dirittoconti.it*, 23 luglio 2024; V. TENORE, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo "scudo erariale" è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare "la fatica dell'amministrare", che rende legittimo anche l'adottando progetto di legge Foti C1621*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 4/2024, pp. 195 ss.

‘provvedere’ propria di un determinato periodo e mette al riparo i decisori dalla possibilità di incorrere in responsabilità amministrativa per colpa grave, data la complessità dei procedimenti amministrativi e la difficoltà di individuare – in un contesto emergenziale – la norma da applicare al caso concreto.

Ora, se si mettono in collegamento i due ‘percorsi’ argomentativi, il primo che evidenzia la situazione consolidata che fa da sfondo alla «fatica dell’amministrare» e il secondo che basa la legittimità costituzionale di uno dei possibili strumenti posto ad alleviare tale ‘fatica’ proprio sulla sua temporaneità, si comprende il perché la Corte, nella sentenza 132/2024, abbia anche voluto evidenziare la necessità «a regime, di nuovi punti di equilibrio nella ripartizione del rischio dell’attività tra l’amministrazione e l’agente pubblico, con l’obiettivo di rendere la responsabilità ragione di stimolo e non disincentivo all’azione»¹⁰.

Si avverte l’eco, in queste parole, di quanto il Giudice delle leggi aveva affermato con riguardo alla legittimità costituzionale della disposizione che aveva escluso la colpa lieve dal novero dei profili soggettivi di responsabilità contabile del funzionario, alla quale, per l’appunto, era stata riconosciuta la « [...] finalità di determinare quanto del rischio dell’attività debba restare a carico dell’apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo»¹¹.

Sulla base di un analogo percorso argomentativo – e tenendo conto dei profondi mutamenti nel frattempo avvenuti – oggi la Corte va ‘oltre’ e disegna quelle che dovrebbero essere le linee portanti di un intervento riformatore la cui portata, a ben vedere, non riguarda solo la responsabilità erariale, ma coinvolge in modo significativo anche la funzione di controllo della Corte dei conti, richiamando molte delle soluzioni presenti nel d.d.l. A.C. 1621, al quale, secondo alcuni, fornisce una sorta di preventivo ‘avallo’¹².

¹⁰ Cfr. Corte cost., n. 132/2024, punto 11 del «Considerato in diritto».

¹¹ Così Corte cost., 20 novembre 1998, n. 371.

¹² V. TENORE, *Vuolsi così colà dove si puote ciò che si vuole, e più non dimandare: lo “scudo erariale” è legittimo perché temporaneo e teso ad alleviare “la fatica dell’amministrare”, che rende legittimo anche l’adottando progetto di legge Foti C1621*, cit. e spec. p. 199, che si pone tra le voci critiche della sentenza Corte cost. n. 132/2024, rileva che, per l’aspetto evidenziato nel testo, essa rappresenta una: «atipica e innovativa manifestazione di attività paralegislativa e creativa svolta dalla Consulta, che si è tradotta in una nuova tipologia di sentenza che, in assenza di una qualificazione dogmatica stante la novità espositiva seguita, potremmo definire “sentenza pungolatoria” che va ad aggiungersi alle tipologie già censite in letteratura (interpretative, additive, sostitutive, manipolative etc.). In buona sostanza, accanto alle sentenze di accoglimento e a quelle “di rigetto con monito”, che, previa comunicazione, hanno fatalmente un seguito “nelle forme costituzionali” in sede parlamentare ex art. 136, c. 2, Cost., anche questa novella tipologia di sentenza dovrà essere comunicata alle Camere per segnalare la necessità di novelle normative ed il preventivo avallo già dato dalla Consulta a proposte di legge pendenti. Difatti, nella specie, tale innovativa tipologia di sentenza “pungolatoria” configura un evidente e testuale avallo a diversi precetti del progetto di legge Foti C1621 (presentato il 19 dicembre 2023) in discussione nelle aule parlamentari, i cui contenuti innovativi sono, ad oggi, in parte i medesimi che la Corte costituzionale ha già *ex ante* suggerito con la pronuncia che si annota, avvantaggiandosi così sugli esiti di possibili future (ed ormai già velleitarie) iniziative di remissione ad opera del giudice contabile su previsioni dell’adottando testo *in itinere*».

Meglio si comprende, allora, che la più recente disposizione citata all’inizio di questa riflessione, contenuta nel c.d. milleproroghe, risponde allo scopo di fornire un ulteriore spazio temporale alla vita dello scudo erariale proprio per ‘dare tempo’ al legislatore di completare il percorso di quel d.d.l., al quale la Corte, seppure in modo non formalmente espresso, fa in più punti un sostanziale riferimento¹³.

3. Il d.d.l. ‘Foti’ a confronto con i *suggerimenti* della Corte costituzionale.

Dopo aver specificato che non sarà più possibile limitare al solo dolo l’elemento soggettivo della responsabilità amministrativa, in più punti, si diceva, la Corte costituzionale sembra richiamare le proposte contenute nel d.d.l.

Sembra utile, pertanto, procedere ad un confronto dal quale, si anticipa, vuol farsi emergere che la sentenza si riferisce al d.d.l. anche con un intento correttivo, o integrativo, alla luce del quale dovrebbe poi ulteriormente procedere il legislatore.

A tal fine, le indicazioni della Corte possono essere così sintetizzate: a) procedere a «un’adeguata tipizzazione della colpa grave già conosciuta in specifici settori dell’ordinamento»; b) introdurre «un limite massimo oltre il quale il danno, per ragioni di equità nella ripartizione del rischio, non viene addossato al dipendente pubblico, ma resta a carico dell’amministrazione»; c) prevedere fattispecie di uso obbligatorio del c.d. potere riduttivo; d) rafforzare le «funzioni di controllo della Corte dei conti, con il contestuale abbinamento di una esenzione da responsabilità colposa per coloro che si adeguino alle sue indicazioni»; e) incentivare l’uso delle polizze assicurative; f) vagliare «una eccezionale esclusione della responsabilità colposa per specifiche categorie di pubblici dipendenti, anche solo in relazione a determinate tipologie di atti, in ragione della particolare complessità delle loro funzioni o mansioni e/o del connesso elevato rischio patrimoniale»; g) «intervenire per scongiurare l’eventuale moltiplicazione delle responsabilità degli amministratori per i medesimi fatti materiali e spesso non coordinate tra loro»¹⁴.

¹³ Anche osservando le relazioni di accompagnamento delle proroghe precedenti, emerge la convinzione, da parte del legislatore, che alla cessazione dell’efficacia dello scudo erariale dovrà corrispondere una riforma organica; cfr., ad es., l’art. 12-*quinquies*, d.l. n. 44/2023, che ha esteso l’ambito temporale della disposizione limitativa della colpa grave sino al 31 giugno 2023 – poi ulteriormente prorogata al 31 dicembre 2024 – nel quale si legge che la proroga viene data «nelle more di una complessiva revisione della disciplina sulla responsabilità amministrativo-contabile». In tema, v. G. RIVOCCHI, *Audizione dinnanzi alle Commissioni riunite I e II (Affari costituzionali e Giustizia) della Camera dei deputati sulla proposta di legge n. 1621 d’iniziativa del deputato Foti*, recante «Modifiche alla legge 14 gennaio 1994, n. 20, al codice della giustizia contabile, di cui all’allegato 1 al decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, e altre disposizioni in materia di funzioni di controllo e consultive della Corte dei conti e di responsabilità per danno erariale», 29 luglio 2024, in *documenti.camera.it*.

¹⁴ Cfr., Corte cost., n. 132/2024, punto 11.1 del «Considerato in diritto». Per la sintesi riportata nel testo, cfr. M. LUCIANI, *Appunti per l’audizione innanzi la I Commissione – Affari costituzionali – e la II Commissione – Giustizia della Camera dei deputati*, 29 luglio 2024, in *documenti.camera.it*.

Nel disegno di legge, la nuova formulazione proposta per l'art.1, comma 1.1, l. n. 20/1994 esclude del tutto la responsabilità per colpa grave per i rappresentanti delle amministrazioni pubbliche indicate all'art.1, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, che abbiano concluso accordi di conciliazione nel procedimento di mediazione o in sede giudiziale, oppure procedimenti di accertamento con adesione, di accordi di mediazione, di conciliazioni giudiziali e di transazioni fiscali in materia tributaria. In questi casi, la responsabilità amministrativa è limitata solo ai fatti e alle omissioni commessi con dolo. La finalità della proposta, da quanto emerge nella relazione illustrativa, è di «incentivare tali accordi, che hanno effetti particolarmente positivi per quanto concerne l'eliminazione dei contenziosi giuslavoristici e tributari». Si tratta, senza dubbio, di una deroga al principio generale della responsabilità amministrativa, basata sul duplice criterio (dolo/colpa grave) di imputazione soggettiva, che comporta però – nelle circostanze elencate – la concentrazione sull'erario, e dunque sulla collettività tutta, delle conseguenze di una colpa grave «in ragione della particolare complessità delle [...] funzioni o mansioni e/o del connesso elevato rischio patrimoniale» e sembra porsi in linea con quanto suggerito al punto *sub f*) dell'elenco poco sopra riportato.

L'art. 1, l. n. 20/1994 è poi integrato con ulteriori previsioni sul potere riduttivo, ossia sulla *possibilità* che l'ordinamento riconosce ai giudici contabili, una volta quantificato il danno erariale, di ridurre l'entità da porre a carico del soggetto riconosciuto responsabile in relazione alle effettive caratteristiche oggettive e soggettive della fattispecie. Più in particolare, nella proposta si prevede che il giudice contabile, nei casi di danno cagionato con colpa grave, sia *obbligato* ad esercitare il potere di riduzione ponendo a carico del responsabile parte del danno accertato o del valore perduto in una misura minima di importo pari a euro 150 e massima non superiore a due annualità del trattamento economico complessivo annuo lordo spettante al responsabile medesimo.

La novità, quanto all'obbligo dell'esercizio del potere riduttivo, sembra rispondere a quanto suggerito dalla Corte *sub c*); pone tuttavia dei problemi di riferimento al «trattamento complessivo annuo» che non si presta ad essere applicato a tutti i soggetti che possono incorrere, accertata la sussistenza di un rapporto di servizio con la p.a., in responsabilità amministrativa, come, ad esempio, ai liberi professionisti o alle società o altri enti di diritto privato¹⁵.

Peraltro, più significativamente, la previsione di un risarcimento con limiti edittali – che si ritrova nel suggerimento della Corte riportato *sub b*) – induce ad accentuare il profilo sanzionatorio della responsabilità amministrativa, portando alcuni

¹⁵ Il rapporto di servizio è, fra i presupposti della responsabilità amministrativa, quello che, a partire dagli anni '50 del secolo scorso, ha più decisamente manifestato capacità evolutiva rispetto all'originario impianto normativo, che si basava sulla presenza del solo rapporto di impiego (cfr. art. 82, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; art. 52, r.d. 12 luglio 1934, n. 1214). Ovviamente, l'ampliamento del presupposto soggettivo, basato non più sul solo rapporto di impiego, ma sull'esercizio di funzioni sostanzialmente amministrative e/o sull'utilizzo di risorse pubbliche, ha determinato una notevole espansione dell'ambito della giurisdizione contabile; sia consentito, sul punto, il rinvio a L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Giappichelli, 2002, pp. 225 ss.; per la giurisprudenza più recente si rinvia a Procura Generale della Corte dei conti, Rassegna delle decisioni delle Sezioni unite della Corte di Cassazione in materia di giurisdizione 2021, in *corteconti.it*.

ad ipotizzare un potenziale contrasto con le indicazioni dell'ordinamento comunitario con riguardo alla necessità del mantenimento della natura risarcitoria della responsabilità amministrativa¹⁶. Su queste disposizioni, probabilmente, sarebbe necessario ulteriormente riflettere, anche in considerazione dell'impatto del diritto sovranazionale sul *ne bis in idem*, sotteso alle indicazioni della Corte riportate *sub g*).

Sembra poi ancora accentuare il profilo sanzionatorio della responsabilità amministrativa il nuovo comma 1-*decies* dell'art. 1, l. n. 20/1994, in base al quale «nella sentenza di condanna la Corte dei conti può, nei casi più gravi, disporre a carico del dirigente o funzionario condannato la sospensione dalla gestione delle risorse pubbliche per un periodo compreso tra sei mesi e tre anni. L'amministrazione, conseguentemente, avvia immediatamente un procedimento ai sensi dell'art. 21, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, da concludere improrogabilmente entro il termine della sospensione disposta con il passaggio in giudicato della sentenza, e assegna il dirigente o il funzionario sospeso a funzioni di studio e di ricerca».

A parte le possibili interferenze con l'ambito di cognizione del giudice del lavoro, la sospensione prende la fisionomia, di una 'sanzione accessoria'; la conseguente apertura del procedimento previsto per l'accertamento della responsabilità dirigenziale, però, appare distonica rispetto alla responsabilità amministrativa, poiché tale tipo di procedimento è finalizzato alla verifica della responsabilità per risultati, non a quella derivante dal danno erariale.

Si tratta, come sembra, di una soluzione che non risponde alla *ratio* sottesa a quanto suggerito dalla Corte e riportato *sub g*), perché non evita la «moltiplicazione delle responsabilità degli amministratori per i medesimi fatti materiali»¹⁷.

Più incisivo è il d.d.l. rispetto al suggerimento di incentivare le coperture assicurative (*sub e*). Due sono le disposizioni di rilievo: la prima riguarda i *dirigenti*

¹⁶ In tal senso, ad esempio, A. ATTANASIO, *Brevi considerazioni in merito alle proposte di riforma delle funzioni della Corte dei conti*, in *documenti.camera.it*, 7 ottobre 2024. Sul punto, si ricorda che nell'ordinamento sono presenti alcune ipotesi di responsabilità amministrativa a carattere sanzionatorio, che sono, però, accuratamente tipizzate, tanto da avere determinato la creazione, a livello processuale, di un rito *ad hoc* all'interno del codice della giustizia contabile (d. lgs.vo 26 agosto 2016, n. 174, artt. 133-136), le cui disposizioni sono riservate alle sole ipotesi di responsabilità sanzionatorie autenticamente tali, c.d. 'senza danno'. In questi casi la condotta «viene preventivamente individuata, descritta e vietata dal legislatore con un'adeguata misura, al fine di scoraggiarne il suo reale verificarsi in concreto. L'illecito che deriva dalla violazione delle regole [...], in realtà, è stato inquadrato più nel "diritto punitivo" che non in quello "risarcitorio" e la relativa funzione è stata rapportata più ad esigenze di "deterrenza", per prevenire la lesione del bene-valore tutelato, che non recuperatorie della perdita patrimoniale, per ripristinare l'equilibrio economico turbato dal danno». Così F. M. LONGAVITA, *Il divieto del ne bis in idem e la responsabilità erariale*, in *Bilancio Comunità Persona*, n. 1/2019, pp. 33 ss. e spec. 41; ID., *Le fattispecie di responsabilità sanzionatoria nell'esperienza dell'attività di controllo e suo raccordo con la giurisdizione*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 2/2019, pp. 49 ss. Invece, per la responsabilità amministrativa 'non tipizzata', le problematiche, affrontate anche dalla giurisprudenza comunitaria, sono connesse al divieto del *ne bis in idem*; nell'impossibilità di trattare l'argomento nella sua complessità, si rinvia ancora, *ex multis*, a F. M. LONGAVITA, *Il divieto del ne bis in idem e la responsabilità erariale*, cit., pp. 33-37.

¹⁷ Cfr. Corte cost., n. 132/2024, punto 11.1, ottavo capoverso.

incaricati di gestire risorse pubbliche¹⁸, mentre la seconda è rivolta a *chiunque* assuma un incarico che comporti la gestione delle risorse pubbliche¹⁹.

Nel primo caso è prevista la stipulazione, da parte dell'amministrazione, di una polizza assicurativa utilizzando una quota del trattamento economico accessorio spettante al dirigente; nel secondo caso, l'obbligo di stipulare una polizza assicurativa, prima dell'assunzione dell'incarico, è del tutto ascritto in capo al soggetto 'incaricando'.

Sarà comunque necessario ricordare a queste disposizioni, che sembrano possedere una portata di carattere generale, la legislazione vigente in materia; attualmente, infatti, il contratto di assicurazione stipulato da un ente pubblico a favore dei propri amministratori per i rischi derivanti dall'espletamento dei compiti istituzionali connessi con la carica e riguardanti la responsabilità per danni cagionati allo Stato o ad enti pubblici è nullo per illiceità della causa. È prevista, al riguardo, anche una fattispecie di responsabilità erariale di tipo sanzionatorio, posto che l'amministratore che stipula il contratto e il beneficiario della copertura assicurativa sono tenuti al pagamento, a titolo di danno erariale, di una somma pari a dieci volte l'ammontare dei premi complessivamente stabiliti nel contratto medesimo²⁰. Tali disposizioni, data la portata generale delle disposizioni del d.d.l. 'Foti', dovrebbero essere espressamente abrogate.

Ancora, la nuova normativa dovrebbe anche consentire di dare una soluzione di diritto oggettivo alla questione relativa alla possibilità di estendere alla responsabilità per danno erariale le polizze assicurative previste dal Codice dei contratti pubblici per i progettisti e i verificatori interni all'amministrazione appaltante, estensione in ordine alla quale esistono, in Corte dei conti, orientamenti non univoci²¹.

4. L'«adeguata tipizzazione della colpa grave».

Nessuna delle disposizioni del d.d.l. si è occupata, invece, di tipizzare la colpa grave; evidentemente la Corte costituzionale è consapevole del fatto che si tratta di un vero e proprio *punctum dolens* della disciplina della responsabilità amministrativa, poiché, in mancanza di indicazioni legislative, questo elemento soggettivo, rimesso alla valutazione del giudice contabile, presenta spesso contorni mobili²².

In giurisprudenza prevalgono, in verità, locuzioni quali «macroscopica violazione normativa», ovvero «inosservanza delle più elementari regole di buon senso

¹⁸ Il nuovo c. 1-*novies* inserito all'art. 1, l. n. 20/1994.

¹⁹ Come previsto dall'art. 1, c. 5, d.d.l. 'Foti', che aggiunge all'art. 1, l. n. 20/1994, il c. 4-*bis*.

²⁰ Cfr. Art.3, c. 9, l. n. 244/2007.

²¹ Favorevole all'estensione è Corte dei conti, sez. reg. controllo Lombardia, del. n.241/2024/PAR; la contrarietà è stata invece espressa da Corte dei conti, sez.reg. controllo Piemonte, del. n. 89/2023/PAR; e dall'Anac, del. 10 gennaio 2024, n. 64.

²² V. M. SCIASCIA, *La responsabilità erariale è ancora compatibile con le esigenze dell'attuale amministrazione o svolge un insostenibile impatto disfunzionale?*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 1/2024, pp. 51 ss. e spec. 58-59; ID., *La nozione di colpa grave tra principi di diritto comune e configurazione autonoma*, in *Atti del Convegno di Varenna su Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Varenna, 15-17 settembre 2005, Giuffrè, 2006.

e prudenza», o «sprezzante trascuratezza dei propri doveri»²³, non essendo ritenuto sufficiente il mancato rispetto delle leggi o delle regole di esperienza²⁴.

Ciò, tuttavia, non priva il concetto della sua intrinseca «vaghezza [...] che crea, inevitabilmente, incertezza sulla sua effettiva sussistenza nell'analisi dei casi concreti e finisce con l'enfatizzare eccessivamente il potere discrezionale del giudice».

In accordo con attenta dottrina, è anche in questa «vaghezza» – e dunque nella mancata tipizzazione della colpa grave – che si innesta il «timore di incorrere in responsabilità, tanto da praticare la “burocrazia difensiva”, da parte di funzionari e dirigenti che dovrebbero essere preparati e qualificati in ragione del superamento di un concorso pubblico» e, dunque, anche la *ratio* sottesa all'introduzione dello scudo erariale, che esclude, come già ricordato, la responsabilità amministrativa per colpa grave²⁵.

Merita quindi una particolare attenzione il fatto che, nel pronunciarsi sulla temporanea legittimità costituzionale dello scudo erariale, la Corte abbia fornito al legislatore, primo fra tutti, proprio il suggerimento di tipizzare le ipotesi di colpa grave, probabilmente avendo in mente quanto previsto dal Codice dei contratti pubblici²⁶.

Un intervento 'razionalizzante', peraltro, sarebbe necessario per eliminare la attuale plurima declinazione dell'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa: responsabilità per omissioni dannose commesse almeno con colpa grave; responsabilità per fatti commessi con dolo (art. 21, dl 76/202) tra il 22 giugno 2020 e il 30 aprile 2025; fatti disciplinati dal Codice dei contratti pubblici rientranti nell'ambito delle ipotesi tipizzate di colpa grave.

²³ Cfr., E. BONELLI, *La nozione di colpa grave quale elemento soggettivo della responsabilità per danno erariale a quasi vent'anni dalla legge 20 dicembre 1996*, n. 639, in AA. VV., *La Corte dei conti tra tradizione e novità*, a cura di D. CROCCO, Jovene, 2014, pp. 261 ss.; E. AMANTE, *L'elemento soggettivo della responsabilità amministrativa nella prospettiva delle scienze comportamentali*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3/2022, pp. 36 ss.

²⁴ Il carattere «*minimo inderogabile*» della colpa grave è stato però riconosciuto dalla Corte cost., n. 340/2001, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità di una tipizzazione delle fattispecie di colpa grave operata da una legge della Provincia autonoma di Bolzano. In tema, cfr. S. CIMINI, *Cattiva amministrazione da attività provvedimentale illegittima e responsabilità amministrativa*, in M. ANDREIS, R. MORZENTI PELLEGRINI (a cura di), *Cattiva amministrazione e responsabilità amministrativa*, Giappichelli, 2016, pp. 63 ss.; B. TRIDICO, *Colpa grave e gradualità della condanna*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 5/2000, pp. 68 ss.

²⁵ Cfr. per queste considerazioni e per le frasi tra virgolette, S. CIMINI, F. VALENTINI, *La dubbia efficacia dello “scudo erariale” come strumento di tutela del buon andamento della p.a.*, cit., p. 11; in tema, *ex multis*, M. R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di una nuova (ir)responsabilità erariale e la strada della tipizzazione e della colpa grave nella responsabilità erariale dei pubblici funzionari*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2/2021, pp. 280 ss.

²⁶ Cfr. art. 2, c. 3, d. lgs.vo n. 36/2023: «Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche ed informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti». Sul tema G. TERRACCIANO, *Una nuova configurazione della responsabilità erariale funzionale all'autonomia decisionale dei funzionari pubblici in coerenza con i principi del risultato e della fiducia*, in *Amministrativamente.it*, n. 3/2023, pp. 275 ss.

L'intervento si manifesta come necessario proprio a causa del difficile coordinamento tra la disciplina dello scudo erariale e quella dei contratti pubblici, poiché non soccorre né il principio di "specialità" (entrambe le norme sono speciali, una perché derogatoria, l'altra perché valida solo per i contratti pubblici), né il principio di successione temporale (il d.lgs. n. 36/2023 è successivo al d.l. n. 76/2020, che, però, indica un termine finale esplicito successivo a quello di entrata in vigore del primo). E, ancora di più, il coordinamento è necessario considerando che, nel d.d.l. 'Foti', per i contratti c.d. sopra-soglia – come si dirà a breve – è previsto che l'esito positivo del controllo preventivo di legittimità funge da prova legale della carenza della colpa grave in chi abbia eseguito l'atto vistato e registrato.

5. Il controllo preventivo di legittimità e il rapporto con la responsabilità amministrativa.

Come già rilevato, nella sentenza n. 132/2024 la Consulta auspica «il rafforzamento delle funzioni di controllo della Corte dei conti, con il contestuale abbinamento di una esenzione da responsabilità colposa per coloro che si adeguino alle sue indicazioni»²⁷; il generico riferimento alle «funzioni di controllo» apre, almeno in teoria, un ampio ventaglio di possibilità, potendo riguardare non solo il controllo preventivo di legittimità, ma anche tutte le varie tipologie di controllo successivo e concomitante ascritte in capo alla Corte dei conti²⁸. Al momento, azzardando un'interpretazione di tipo 'sistematico' volta a semplificare la portata del rapporto controllo/responsabilità, il riferimento alla esenzione da responsabilità colposa può essere interpretato come riferito al solo controllo preventivo di legittimità.

Occorre innanzi tutto ricordare che l'art. 3, l. n. 20/1994 attualmente vigente prevede un elenco di atti dell'amministrazione centrale sottoposti a controllo preventivo di legittimità e che l'art. 1, comma 1, della stessa legge esclude la gravità della colpa se «il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, *limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo*»²⁹.

²⁷ V. *supra*, par. 3

²⁸ Le tipologie di controllo ascritte, oggi, alla Corte dei conti, sono molto numerose e difficilmente ascrivibili ad un disegno organico; nell'impossibilità, in questa sede, di dare conto in modo completo delle complessità della tematica, si rinvia, *ex multis*, a: G. D'AURIA, *I controlli*, in *Trattato di Diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, *Diritto amministrativo generale*, II, Giuffrè, 2000, pp.1250 ss.; G. COLOMBINI, *Il "nuovo" sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 3-4/2015, pp. 588 ss.; N. MASTROPASQUA, *Il nuovo sistema dei controlli e il ruolo della Corte dei conti*, in *Riv. Corte dei conti*, n. 1-2/2014, pp. 387 ss.

²⁹ Corsivo di chi scrive. La specificazione è stata introdotta dall'art.17, comma 30-*quater*, d.l. n.78/2009; rileva a proposito G. COLOMBINI, *Pubbliche amministrazioni nel segno della finanza*, in *FinPa.it*, n. 1/2024, p. 7 che «In tal modo si è introdotta una esenzione dalla responsabilità erariale ancorata al rapporto di fiducia che deve sussistere tra amministrazione, dipendente pubblico ed esito del controllo della Corte dei conti, il tutto nella prospettiva del superamento dell'amministrazione difensiva».

Ora, il d.d.l. 'Foti' agisce su entrambi i fronti; da un lato, infatti, interviene sull'art. 3, comma 1, lett. g), l. n. 20/1994, prevedendo che il controllo preventivo di legittimità (attualmente avente ad oggetto, tra l'altro, «i contratti di appalto d'opera») riguarda più precisamente «i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, se di importo superiore alle soglie previste dall'articolo 14 del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36»; aggiunge, ancora, che tutti i soggetti attuatori del PNRR e del PNC (quindi non solo le amministrazioni centrali, ma anche quelle territoriali e locali³⁰) possono sottoporre al controllo preventivo di legittimità «i provvedimenti di aggiudicazione, anche provvisori, ovvero i provvedimenti conclusivi delle procedure di affidamento che non prevedono l'aggiudicazione formale»³¹. Dall'altro, potenzia la funzione 'esimente' già connessa all'esito positivo del controllo eliminando, dall'art. 1, comma 1, il limite dei «profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo» e aggiungendo che si è esentati da colpa grave anche qualora il danno tragga origine «da uno degli atti o documenti a tal fine sottoposti a controllo»³².

Ora, mentre l'eliminazione del 'limite dei profili' risponde alla fisionomia del controllo preventivo di legittimità, che rende comunque difficile ricostruire *a posteriori* quali siano i profili dell'atto non presi in considerazione, qualche perplessità può derivare dal riferimento agli atti 'altri' rispetto a quello controllato in via diretta, poiché essi non costituiscono oggetto del procedimento di controllo e non vengono registrati unitamente all'atto finale³³. L'intenzione del legislatore è, in questo caso, ben espressa nella relazione al d.d.l., nel senso di riuscire a conseguire una sorta di «effetto tombale» in ordine alle possibili ipotesi di responsabilità.

Ancora, l'esimente è ulteriormente applicata per i danni derivanti da atti adottati in esito a «pareri in materie di contabilità pubblica, anche su fattispecie concrete connesse all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano

³⁰ Più nello specifico, secondo il nuovo art. 3, comma 1-*quater*, anche le regioni, le province autonome e gli enti locali, intervenendo con norma di legge o di statuto adottata previo parere delle Sezioni riunite della Corte dei conti, possono sottoporre a controllo preventivo di legittimità i provvedimenti di aggiudicazione, anche provvisori, ovvero i provvedimenti conclusivi delle procedure di affidamento che non prevedono l'aggiudicazione formale, relativi ai contratti di appalto di lavori, servizi o forniture, attivi o passivi, ovvero ai contratti di concessione, finalizzati all'attuazione del PNRR e del PNC, di importo superiore alle soglie previste dall'art. 14 del codice dei contratti pubblici (d.lgs.vo n. 36/2023).

³¹ Cfr. C. PAGLIARIN, *I controlli della Corte dei conti e la riforma della pubblica amministrazione nella stagione del PNRR. Una introduzione*, in *Bilancio Contabilità Persona*, n. 1/2023, pp. 64 ss.

³² Al riguardo, sottolinea G. RIVOCCHI, *Il bastone e la carota. Appunti su una proposta di riforma della Corte dei conti*, in *OsservatorioAIC.it*, n. 4/2024, pp. 5 ss. e spec. 13: «L'impressione è che l'esclusione dalla responsabilità erariale ecceda i limiti del principio generale [...], in quanto viene automaticamente collegata al mero vaglio preventivo di legittimità, senza che sia stabilito alcun nesso tra l'esimente e le attività conseguenti all'esecuzione dell'atto su cui è stato apposto il visto. In tal modo, l'espletamento del controllo preventivo di legittimità viene di per sé a costituire titolo di esonero dalla responsabilità erariale, *a prescindere* dal fatto che il comportamento contestato costituisca esecuzione o meno dell'atto sottoposto a controllo. Ben potrebbe aversi il caso, ad esempio, di un contratto a cui segue una pluralità di attività e comportamenti dei soggetti agenti che sarebbero integralmente esonerati dalla responsabilità erariale, pur non essendo collegati all'esecuzione del contratto stesso».

³³ V. A. ATTANASIO, *Brevi considerazioni in merito alle proposte di riforma delle funzioni della Corte dei conti*, cit.

nazionale per gli investimenti complementari al PNRR (PNC), di valore complessivo non inferiore a un milione di euro»³⁴.

Riassumendo, dunque: a) l'esito positivo del controllo preventivo di legittimità esclude la responsabilità amministrativa per colpa grave; b) gli atti sottoposti a controllo preventivo di legittimità sono esclusivamente quelli dell'amministrazione centrale previsti dall'art. 3, l. n. 20/1994, ma... c) all'interno dell'elenco si specifica, quanto ai contratti pubblici, che il controllo preventivo di legittimità si applica a tutti gli appalti di lavori, servizi e forniture 'sopra soglia'; d) quindi, quelli 'sotto soglia', non soggetti a questo tipo di controllo, dovrebbero ricadere nella disciplina ordinaria della responsabilità amministrativa, con l'utilizzo della tipizzazione della colpa grave prevista dal Codice dei contratti pubblici. e) Per il controllo preventivo sui contratti volti all'attuazione del PNRR e del PNC si propone una disciplina speciale del controllo preventivo di legittimità, che può anche essere applicata dalle regioni e dagli enti locali, oltre alla possibilità di richiedere pareri, la cui osservanza evita di incorrere in responsabilità amministrativa per colpa grave.

In conclusione, si può affermare, con la cautela richiesta dall'osservazione di un percorso normativo ancora *in itinere*, l'insieme delle disposizioni restituisce per ora, almeno con riguardo al rapporto tra controllo e responsabilità, un quadro ancora troppo complesso e per niente organico, non adeguato a quelle esigenze di semplificazione legislativa che sono riconosciute tra i possibili antidoti alla 'paura della firma'.

³⁴ Cfr. art. 2, comma 1, d.d.l. 'Foti'.

**APPLICAZIONE DELLA DETENZIONE DOMICILIARE SOSTITUTIVA
IN ALTRO STATO DELL'UNIONE EUROPEA:
UNA SENTENZA DEL TRIBUNALE DI SIENA**

GUP Siena, sent. 6 giugno 2024, Giud. Caravelli

di Alessia Di Domenico

1. Con la sentenza in commento, il Tribunale di Siena si è pronunciato in merito alla possibilità di applicare la detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56 l. n. 689/1981) in altro paese dell'Unione, facendo rientrare la pena sostitutiva nell'ambito applicativo della decisione quadro 2008/947/GAI¹. La pronuncia rappresenta una preziosa occasione per soffermarsi sulle caratteristiche dell'istituto, introdotto nel nostro ordinamento dalla riforma Cartabia², e per confrontarsi con la nozione di "sanzione sostitutiva" individuata, a livello europeo, della decisione quadro 2008/947/GAI. Tale confronto condurrà – si anticipa – ad alcuni rilievi critici sulle conclusioni raggiunte dalla sentenza in esame, evidenziando dei profili di discrasia tra la definizione e le peculiarità delle nuove "pene sostitutive" introdotte nel nostro ordinamento e le "sanzioni sostitutive" descritte all'art. 4 della decisione quadro 2008/947/GAI.

2. Pare però opportuno, anzitutto, ripercorrere brevemente i fatti e la vicenda processuale da cui trae origine la sentenza.

In particolare, all'imputato veniva contestato il delitto di cui all'art. 589-*bis*, comma 8, c.p., per aver provocato, con violazione degli artt. 142, comma 8 e 141, comma 2, C.d.S., la morte di due persone e lesioni ad ulteriori soggetti dalle quali derivava una malattia di durata superiore a quaranta giorni.

A seguito della richiesta di rinvio a giudizio dell'imputato, veniva fissata l'udienza preliminare, nel corso della quale le parti avanzavano richiesta congiunta di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 e ss. c.p.p. Nello specifico, le parti chiedevano concordemente, previo riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche e considerati l'aumento *ex art.* 589-*bis* c.p. e la riduzione prevista per il rito premiale, l'applicazione della pena finale di tre anni e sei mesi di reclusione. L'accordo includeva inoltre la sostituzione della pena detentiva con la detenzione domiciliare

¹ Si fa riferimento alla decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze e alle decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive, attuata nell'ordinamento interno dal d.lgs 38/2016.

² In particolare, il legislatore della riforma Cartabia ha sospinto via dall'ordinamento la categoria delle "sanzioni sostitutive" (di cui rimane come unica superstita la "pena pecuniaria sostitutiva"), ed ha introdotto le nuove "pene sostitutive" (tra cui la "detenzione domiciliare sostitutiva"), che chiaramente anticipano all'esito del giudizio di cognizione le alternative alla pena carceraria.

sostitutiva, da eseguirsi all'estero e precisamente in Francia, a Nantes, dove l'imputato viveva stabilmente insieme al suo nucleo familiare.

3. In primo luogo, il giudice considerava la pena detentiva domandata «correttamente determinata e adeguata alle finalità di cui all'art. 27 co. III Cost.», esprimendosi dunque positivamente sulla qualificazione giuridica del fatto e sull'applicazione e comparazione delle circostanze operata dalle parti. Il giudice procedeva inoltre ad applicare la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, ai sensi dell'art. 222, comma 2, d.lgs. n. 285/1992, e le pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'interdizione legale per la medesima durata della pena principale.

Ma come si anticipava, l'accordo delle parti riguardava anche la specie della pena da applicare, e più precisamente la sostituzione della pena detentiva con la detenzione domiciliare sostitutiva (art. 56 l. n. 689/1981).

A tal proposito, il giudice ravvisava l'insussistenza di ostacoli formali con riferimento all'entità della pena da sostituire, alla luce dell'accordo raggiunto dalle parti sul punto, e procedeva poi alle opportune valutazioni in merito alla possibilità di eseguire la pena sostitutiva all'estero, che rappresentano i profili di maggiore interesse della sentenza.

4. In premessa, il giudice dava evidenza del fatto che l'imputato disponesse di un'abitazione anche in Italia, dove peraltro conservava la residenza anagrafica; tuttavia, osservava che un'eventuale esecuzione in altro Stato dell'Unione Europea non si ponesse in contrasto con l'art. 56 l. n. 689/1981, secondo il quale «la detenzione domiciliare sostitutiva comporta l'obbligo di rimanere nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora ovvero in luogo pubblico o privato di cura, assistenza o accoglienza ovvero in comunità o in case famiglie protette, per non meno di dodici ore al giorno, avuto riguardo a comprovate esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro e di salute del condannato», ed ancora «il luogo di esecuzione della pena deve assicurare le esigenze di tutela della persona offesa dal reato e non può essere un immobile occupato abusivamente».

Si procedeva così, ai sensi dell'art. 58 l. n. 689/1981, alle valutazioni sull'idoneità della pena sostitutiva alla rieducazione del condannato e alla prevenzione del rischio di recidiva, nonché alle previsioni circa l'adempimento delle prescrizioni.

In particolare, il giudice riteneva che nel caso di specie non vi fossero esigenze peculiari quali il pericolo di commissione di altri reati, o la necessità di tutela della persona offesa ai sensi dell'art. 56: nello specifico, si osservava che l'imputato non svolgesse più la professione di autista, e si fosse trasferito a Nantes per svolgere attività lavorativa come operaio nel settore edilizio. Non sussistevano inoltre motivi per ritenere che le prescrizioni non sarebbero state adempiute dal condannato, «soggetto incensurato», come evidenziato dal giudice.

Con riferimento al luogo di esecuzione della pena sostitutiva, si osservava che alla richiesta di applicazione della pena fosse stata allegata documentazione attestante l'ospitalità offerta dal fratello dell'imputato nella città francese: ciò portava il giudice a

concludere che l'imputato disponesse a Nantes di una «stabile dimora». Si evidenziava inoltre che l'imputato si fosse trasferito in Francia insieme al suo nucleo familiare costituito dai figli minorenni, che frequentavano la scuola proprio a Nantes. In conclusione, «considerata in particolare la presenza di tre figli minori d'età e le concrete necessità lavorative dell'imputato», il giudice concordava con le parti in merito all'idoneità della detenzione domiciliare alla rieducazione e al reinserimento sociale del condannato, «consentendo a quest'ultimo di non recidere i rapporti con il mondo del lavoro e con la famiglia».

5. Una volta individuata nella città di Nantes il luogo più idoneo per l'esecuzione della pena sostitutiva, in considerazione delle esigenze lavorative e familiari del condannato, il giudice affrontava più nello specifico la questione relativa alla fattibilità dell'esecuzione in altro Stato dell'Unione Europea.

A tal proposito, nella sentenza si rammenta che con la decisione quadro 2008/947/GAI, il legislatore europeo è intervenuto al fine di coordinare anche i casi in cui una "sanzione sostitutiva" venga applicata in un Paese e poi eseguita in un altro. Lo scopo perseguito, come ricordato nella pronuncia, è quello di «rafforzare la possibilità del reinserimento sociale della persona condannata, consentendole di mantenere fra l'altro i legami familiari, linguistici e culturali, ma anche di migliorare il controllo del rispetto delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive allo scopo di impedire la recidiva, tenendo così in debita considerazione la protezione delle vittime e del pubblico in generale»³. Il legislatore italiano aveva conformato il diritto interno a tale decisione attraverso il d.lgs. n. 38/2016, il cui oggetto era costituito, tra gli altri, dalla "sanzione sostitutiva", che veniva definita come «una sanzione, diversa dalla pena detentiva e da una misura restrittiva della libertà personale o dalla pena pecuniaria, che impone obblighi e impartisce prescrizioni» (art. 2 lett. e).

Nella pronuncia in esame, la "detenzione domiciliare sostitutiva" viene ricondotta alla categoria delle "sanzioni sostitutive" di cui all'art. 2 lett. e) d.lgs. n. 38/2016, consentendone in tal modo l'esecuzione in altro Stato dell'Unione Europea.

Sul punto, in particolare, il giudice dava evidenza dell'interpretazione estensiva ormai adottata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità con riferimento alla riconducibilità delle nostre "misure alternative alla detenzione" alle "sanzioni sostitutive" indicate all'art. 2 d.lgs. n. 38/2016: a titolo esemplificativo, si menzionava la sentenza n. 20977/2020 della I Sezione della Corte di Cassazione, secondo cui «a seguito dell'entrata in vigore del d.vo n. 38/2016, sia consentita l'ammissione dell'affidamento in prova al servizio sociale, anche quando l'esecuzione della misura debba svolgersi in Stato estero membro dell'Unione Europea, dove il condannato abbia residenza legale ed abituale, in conformità a quanto disposto dal menzionato decreto legislativo»⁴.

Successivamente, «alla luce dell'evidente analogia dei casi», il giudice dava menzione della decisione quadro 2009/829/GAI⁵, relativa all'applicazione tra gli Stati

³ V. il considerando 8 della decisione quadro.

⁴ Cass. sez. I., 15 giugno 2020, n. 20977, Arrighi, in *C.E.D. Cass.*, n. 279338.

⁵ Decisione quadro 2009/829/GAI del Consiglio del 23 ottobre 2009 sull'applicazione tra gli Stati membri

membri dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni sulle "misure alternative alla detenzione cautelare", e del d.lgs. n. 36/2016 che recepiva la decisione, ravvisando come la giurisprudenza italiana avesse ricondotto alla figura delle "misure alternative alla detenzione cautelare" (art. 8 della decisione quadro 2009/829/GAI) la misura cautelare degli arresti domiciliari⁶.

Alla luce di tali precedenti giurisprudenziali, il giudice sostituiva la pena detentiva con la detenzione domiciliare sostitutiva, da doversi eseguire presso l'abitazione di residenza o la stabile dimora del condannato (e dunque presso l'abitazione del fratello a Nantes), formulando infine le opportune prescrizioni e gli ulteriori obblighi da imporre all'imputato.

6. La complessa questione giuridica al vaglio del Tribunale di Siena, come già anticipato, riguardava la possibilità di ricondurre la "detenzione domiciliare sostitutiva" alla categoria delle "sanzioni sostitutive" di cui agli artt. 2 e 4 della decisione quadro 2008/947/GAI e all'art. 2 del d.lgs. n. 38/2016. La conclusione raggiunta dal giudice, sebbene condivisibile nel suo intento di assicurare il reinserimento sociale del condannato, presenta alcuni profili di criticità, che di seguito verranno evidenziati.

6.1. Andando con ordine, pare anzitutto necessario richiamare, in questa sede, la definizione di "sanzione sostitutiva" così come descritta dalla decisione quadro 2008/947/GAI del Consiglio, ripresa poi dal d.lgs. n. 38/2016.

In particolare, ai sensi dell'art. 2 della decisione quadro, per "sanzione sostitutiva" si intende «una sanzione, diversa da una pena detentiva, da una misura restrittiva della libertà personale o da una pena pecuniaria, che impone un obbligo o impartisce un'istruzione». Più nello specifico, all'art. 4 della decisione quadro si procede ad enucleare diverse tipologie di sanzioni sostitutive, con un elenco che si presenta come di seguito: «a) obbligo della persona condannata di comunicare ogni cambiamento di residenza o di posto di lavoro a una determinata autorità; b) divieto di frequentare determinate località, posti o zone definite dello Stato di emissione o dello Stato di esecuzione; c) obbligo contenente restrizioni del diritto di lasciare il territorio dello Stato di esecuzione; d) istruzioni riguardanti il comportamento, la residenza, l'istruzione e la formazione, le attività ricreative o contenenti limitazioni o modalità di esercizio di un'attività professionale; e) obbligo di presentarsi nelle ore fissate presso una determinata autorità; f) obbligo di evitare contatti con determinate persone; g) obbligo di evitare contatti con determinati oggetti che sono stati usati o che potrebbero essere usati dalla persona condannata a fini di reato; h) obbligo di risarcire finanziariamente i danni causati dal reato; i) obbligo di svolgere un lavoro o una prestazione socialmente utile; j) obbligo di cooperare con un addetto alla sorveglianza della persona o con un

dell'Unione europea del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare.

⁶ Tribunale di Torino, Sezione del Riesame, 8 maggio 2024, in *DeJure*.

rappresentante di un servizio sociale responsabile riguardo alle persone condannate; k) obbligo di assoggettarsi a trattamento terapeutico o di disintossicazione».

Dalla lettura dell'elenco di cui all'art. 4, emergono due principali considerazioni.

La prima: la decisione quadro fornisce una nozione di "sanzione sostitutiva" molto ampia⁷. Occorre quindi andare oltre il dato letterale, per verificare se effettivamente gli istituti previsti dal nostro diritto interno nell'ambito delle "pene sostitutive" e delle "misure alternative alla detenzione", alla luce delle loro caratteristiche, possano assimilarsi alle misure di cui all'art. 4 e dunque rientrare nell'ambito applicativo della decisione quadro.

Una seconda e diversa considerazione emerge esaminando le caratteristiche delle misure indicate dall'art. 4: di fatto, nell'elenco non si prevedono misure restrittive della libertà personale. E più nello specifico, in alcun modo si fa riferimento a misure che impartiscono l'obbligo di permanere presso la propria abitazione.

6.2. Avendo richiamato la nozione e le caratteristiche delle "sanzioni sostitutive" previste dalla decisione quadro, possiamo ora cercare di comprendere se la nostra "detenzione domiciliare sostitutiva" possa assimilarsi a tale figura.

In particolare, nel modellare l'istituto della "detenzione domiciliare sostitutiva", il legislatore della riforma ha chiaramente preso ispirazione dall'omologa misura alternativa alla detenzione di cui all'art. 47-ter o.p., distaccandosene tuttavia per alcuni aspetti⁸. In particolare, l'art. 56 l. n. 689/1981 prevede l'obbligo di rimanere nella propria abitazione (o nei luoghi ad essa assimilabili individuati dalla norma) per non meno di dodici ore al giorno, tenendo conto delle esigenze familiari, di studio, di formazione professionale, di lavoro o di salute del condannato. Il condannato può inoltre lasciare il domicilio per almeno quattro ore al giorno, anche non continuative, per provvedere alle proprie indispensabili esigenze di vita e di salute. La misura alternativa alla detenzione prevede invece che l'allontanamento dal domicilio avvenga solo per un tempo strettamente necessario alle indispensabili esigenze di vita o per l'esercizio di attività lavorative.

La nuova pena sostitutiva introdotta comporta, di conseguenza, una minore compressione della libertà personale rispetto alla misura alternativa alla detenzione. A

⁷ In tal senso si è espressa anche la giurisprudenza; cfr., in particolare, Cass., sez. I., 15 giugno 2020, n. 20977, Arrighi, in *C.E.D. Cass.*, n. 279338) in cui «si osserva che il D.Lgs. n. 38 del 2016 definisce l'ambito della disciplina dettata utilizzando termini che richiamano istituti (sentenza, sospensione condizionale della pena, sanzione sostitutiva, liberazione condizionale) disciplinati dall'ordinamento interno, ma dando ad essi un significato più ampio».

⁸ Sul punto, cfr. Corte cost., 11 aprile 2024, n. 84, pres. Barbera, rel. Viganò, in *Cass. pen.*, 10/2024, p. 3056, secondo cui la disciplina della detenzione domiciliare sostitutiva contenuta nel d.lgs. 150/2022 è rispettosa dei criteri dettati dalla legge delega (in particolare, la Corte valorizza la presenza della clausola «in quanto compatibile» nella legge-delega, che «indica che il Governo non fosse affatto tenuto, nell'ottica del legislatore delegante, a riprodurre pedissequamente la disciplina della misura alternativa parimenti denominata "detenzione domiciliare", ma che avesse il potere di operare tutte le modifiche necessarie affinché quella disciplina, calibrata sulla fase esecutiva della pena, potesse essere adattata alla fisionomia di una pena sostitutiva da applicare già con la sentenza di condanna, e dunque già in fase di cognizione»).

tal proposito, in dottrina è stato evidenziato come la detenzione domiciliare sostitutiva sia «più simile ad un affidamento in prova di quanto suggerisca il nome»⁹. Prevedendo un limite minimo di permanenza nel proprio domicilio di dodici ore, con la possibilità di utilizzare tutto il resto della giornata per attività da svolgersi all'esterno, tale pena sostitutiva presenta un alto contenuto risocializzante.

Tuttavia, pure alla luce delle attività risocializzanti che possono essere determinate dal giudice, la detenzione domiciliare sostitutiva rimane una pena che comporta la privazione della libertà personale, richiedendo al reo di trascorrere una parte della giornata in stato di detenzione. A tal proposito, vale la pena evidenziare un altro aspetto della disciplina della detenzione domiciliare sostitutiva: ai sensi dell'art. 72 della l. n. 689/1981, chi si allontana per più di dodici ore, senza giustificato motivo, dai luoghi indicati dall'art. 56, potrà incorrere nel reato di evasione.

6.3. Alla luce delle considerazioni finora esposte, non pare del tutto convincente l'assimilazione della detenzione domiciliare sostitutiva alla figura della "sanzione sostitutiva" prevista dall'art. 2 della decisione quadro, intesa come sanzione «diversa da una pena detentiva, da una misura restrittiva della libertà personale o da una pena pecuniaria, che impone un obbligo o impartisce un'istruzione». L'alto contenuto risocializzante della detenzione domiciliare sostitutiva non pare infatti bastevole per negare il suo carattere segregativo, che dunque allontana tale nuovo istituto dalla definizione e dall'elenco delle "sanzioni sostitutive" di cui all'art. 4 della decisione quadro.

Eppure, sono queste le conclusioni raggiunte dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Siena nella decisione in commento: sul punto, il giudice ha ritenuto opportuno valorizzare l'interpretazione estensiva recentemente adottata dalla giurisprudenza di legittimità e di merito, richiamando a titolo esemplificativo la sentenza n. 20977/2020 della Prima Sezione della Corte di Cassazione e l'ordinanza 8 maggio 2024 del Tribunale del Riesame di Torino.

Ma anche il richiamo a tali recenti arresti giurisprudenziali desta alcune perplessità, come si vedrà meglio di seguito.

6.3.1. Il giudice richiama anzitutto la sentenza n. 20977/2020 della Corte di Cassazione, secondo cui l'affidamento in prova al servizio sociale, pur non collocandosi nel nostro ordinamento come "sanzione sostitutiva" ma come "misura alternativa alla detenzione", deve ricondursi alla definizione di "sanzione sostitutiva" individuata nella decisione quadro, essendo una sanzione che, sostanzialmente, «impone un obbligo o impartisce un'istruzione». In tal modo, si intende dimostrare come alla definizione contenuta nella decisione quadro debba essere conferita una portata ampia, che prescinde dalla denominazione degli istituti previsti dal diritto interno¹⁰.

⁹ Così R. DE VITO, [Le pene sostitutive: una nuova categoria per spezzare le catene del carcere](#), in *Quest. giust.*, 1/2023, p. 122.

¹⁰ Le stesse conclusioni venivano raggiunte in Cass. sez. I, 25 maggio 2020, n. 16942, Mancinelli, in *C.E.D. Cass.*, 279144, secondo cui «l'affidamento in prova, quale misura alternativa alla detenzione, deve ritenersi

Eppure, proprio prescindendo dal dato letterale, e mettendo a confronto i due istituti dell'affidamento in prova al servizio sociale e della detenzione domiciliare sostitutiva, pare evidente che il primo risulti essere molto più in linea con la nozione di "sanzione sostitutiva" indicata all'art. 2 della decisione quadro di quanto non lo sia il secondo.

L'affidamento in prova ha un contenuto afflittivo che si realizza proprio nell'imposizione di obblighi e prescrizioni: si tratta quindi di limitazioni della libertà personale (luogo di dimora, libertà di locomozione, lavoro, frequentazione di locali pubblici e persone, attività di riparazione in favore della vittima, assistenza familiare)¹¹, che possono facilmente ricondursi all'elenco di cui all'art. 4 della decisione quadro 2008/947/GAI. Non può dirsi altrettanto per la detenzione domiciliare sostitutiva, che comporta principalmente l'obbligo di permanere presso la propria abitazione almeno dodici ore. Seguendo questo ragionamento, l'assimilazione della detenzione domiciliare sostitutiva alla figura della "sanzione sostitutiva" di cui all'art. 2 della decisione quadro potrebbe quindi rivelarsi forzata.

Nell'ambito delle misure alternative alla detenzione, sarebbe invece stato più opportuno dare evidenza dell'orientamento giurisprudenziale formatosi sull'applicazione dell'istituto della detenzione domiciliare *ex art. 47-ter* o.p. all'estero, istituto – come si è sopra anticipato – sulla base del quale il legislatore ha modellato la detenzione domiciliare sostitutiva. A tal proposito, la giurisprudenza ha ritenuto che la detenzione domiciliare non fosse riconducibile alla categoria delle "sanzioni sostitutive" previste dalla decisione quadro, proprio perché «non fa cessare lo stato detentivo del condannato»¹².

6.3.2. La pronuncia in commento richiama poi la recente ordinanza 8 maggio 2024 del Tribunale del Riesame di Torino, che riconduce la misura degli arresti domiciliari alla figura delle "misure alternative alla detenzione cautelare" prevista dalla decisione quadro 2009/829/GAI, in tal modo ammettendo la possibilità di eseguire tale misura cautelare in uno Stato dell'Unione diverso da quello che ha emesso la relativa ordinanza.

Nella decisione in esame si fa riferimento ad un'«evidente analogia dei casi» nel fare richiamo alla decisione quadro 2009/829/GAI. Eppure, vale la pena notare che nell'elenco dei tipi di misure alternative alla detenzione cautelari descritte dall'art. 8

assimilabile, al di là del dato letterale, a una "sanzione sostitutiva" come descritta dal D.Lgs. n. 38 del 2016, art. 2, lett. e) che impone obblighi e impartisce prescrizioni compatibili con quelli elencati nel successivo art. 4».

¹¹ Tali obblighi e limitazioni vengono in tal modo ribaditi in Cass., sez. I., 15 giugno 2020, n. 20977, Arrighi, in *C.E.D. Cass.*, n. 279338.

¹² Così Cass., sez. I., 4 marzo 2022, n. 20771, Ursillo, in *C.E.D. Cass.*, n. 283366, in cui si evidenzia che «la detenzione domiciliare, quale delineata dal diritto interno, non è così partecipe del denominatore comune delle misure previste dal D.Lgs. n. 38 del 2016, art. 4, caratterizzate dal fatto di svolgersi nella comunità esterna, ove il condannato è collocato con margini più o meno estesi di libertà». Tale rigido orientamento viene richiamato in Cass., sez. I., 3 luglio 2024, n. 40143, in *DeJure*; Cass., sez. I., 19 dicembre 2023, n. 6752, in *DeJure*.

della decisione quadro 2009/829/GAI, diversamente da quanto si prevede all'art. 4 della decisione quadro 2008/947/GAI, si individua – alla lettera c) – l'«obbligo di rimanere in un luogo determinato, eventualmente in ore stabilite».

Tale differenza non pare di poco conto. Di fatto, è proprio all'obbligo di cui all'art. 8 lett. c) della decisione quadro 2009/829/GAI che viene ricondotto l'istituto domestico degli arresti domiciliari, in tal modo consentendone l'esecuzione all'estero.

Tra l'altro, è bene riportare che su tale questione non sono mancate opinioni contrastanti in giurisprudenza¹³, che hanno evidenziato come l'obbligo di cui all'art. 8 lett. c) della decisione quadro facesse in realtà riferimento alla misura cautelare dell'obbligo di dimora, che meglio si attaglia al concetto di "luogo", e non a quella degli arresti domiciliari, che valorizza invece il concetto di "abitazione". Secondo tale orientamento più restrittivo, l'elenco delle misure cautelari di cui all'art. 8 comprende solo misure non detentive¹⁴, e la misura degli arresti domiciliari risulta "eccentrica" rispetto alle ulteriori tipologie di misure cautelari previste dalla decisione quadro¹⁵. La questione ha dato vita ad un contrasto giurisprudenziale ad oggi irrisolto, e per cui la stessa giurisprudenza non ha mancato di invocare un intervento delle Sezioni Unite¹⁶.

Ma anche volendo abbracciare, in questa sede, l'indirizzo maggiormente estensivo, l'assenza di qualsiasi riferimento ad un «obbligo di rimanere in un luogo

¹³ Sul punto, si ravvisano infatti in giurisprudenza due opposti orientamenti: secondo l'orientamento più restrittivo (Cass., sez. VI, 19 dicembre 2023, n. 2764, in *DeJure*; Cass., sez. III, 29 aprile 2021, n. 26010, Syksi, in *C.E.D. Cass.*, n. 281937), l'art. 8 lett. c) della decisione quadro 2008/829/GAI, riferendosi all'«obbligo di rimanere in un luogo determinato, eventualmente in ore stabilite», fa in realtà riferimento alla misura cautelare dell'obbligo di dimora; inoltre, l'art. 284, comma 5, c.p.p. equipara la misura cautelare degli arresti domiciliari alla misura cautelare custodiale; infine, accogliendo tale interpretazione, si consente una piena complementarità tra la disciplina sul mandato di arresto e quella in tema di riconoscimento delle misure cautelari da eseguirsi all'estero, evitando indebite sovrapposizioni. Secondo l'orientamento estensivo, accolto dall'ordinanza del Tribunale di Torino richiamata nella pronuncia in commento (ma condiviso anche da Cass., sez. I, 3 febbraio 2022, n. 8864, Pocev, in *C.E.D. Cass.*, 282756; Cass., sez. IV, 15 settembre 2021, n. 37739, Garcia Encarnacion, in *C.E.D. Cass.*, n. 281950), il dato letterale della disposizione normativa dell'art. 4 lett. c) del d.lgs. n. 36 del 2016 non è inequivocabilmente nel senso di escludere dal suo ambito di applicazione la misura cautelare degli arresti domiciliari. Il concetto di "luogo" utilizzato è, infatti, volutamente ampio tanto da essere dalla legge utilizzato, non solo per gli obblighi non detentivi di cui all'art. 283 c.p.p. (divieto e obbligo di dimora), ma anche per la misura di cui all'art. 284 c.p.p. Tale orientamento fa leva su una interpretazione estensiva dell'espressione "misure alternative alla detenzione cautelare" utilizzata dalla decisione quadro 2009/829/GAI, alla luce degli obiettivi da essa perseguiti, ed in particolare di quello espresso nel Considerando n. 5, evidenziando come tale interpretazione soddisfi l'esigenza di evitare una discriminazione basata sulla residenza che si realizzerebbe, invece, ove si ritenesse che non sia mai possibile disporre la misura degli arresti domiciliari nei confronti del residente in uno Stato diverso dell'Unione, privo di indirizzo sul territorio italiano, trattandosi di "detenzione cautelare".

¹⁴ Cass., sez. III, 29 aprile 2021, n. 26010, Syksi, in *Cass.*, *C.E.D.*, n. 281937: «il d.lgs. n. 36 del 2016, art. 4, si riferisce chiaramente ed esclusivamente alle misure cautelari non detentive».

¹⁵ Così Cass., sez. VI, 19 dicembre 2023, n. 2764, in *DeJure*, dove si evidenzia che: «anche a voler valorizzare una interpretazione sistematica della normativa, appare evidente che la misura degli arresti domiciliari risulterebbe eccentrica rispetto alle restanti misure cautelari sicuramente contemplate nella decisione quadro e nel d.lgs. n. 36 del 2016».

¹⁶ Tribunale di Torino, Sezione del Riesame, 8 maggio 2024, in *DeJure*: «sul tema si registra un contrasto in giurisprudenza che meriterebbe, considerata anche l'importanza della materia, l'intervento delle Sezioni Unite».

determinato, eventualmente in ore stabilite» nell'elenco di cui all'art. 4 della decisione quadro 2008/947/GAI rappresenta, a nostro modesto avviso, un limite invalicabile. Di fatto, diviene così problematico (ed anche in questo caso, forzato) trasporre i principi affermati dalla giurisprudenza con riferimento alle "misure alternative alla detenzione cautelare" nel diverso ambito delle "sanzioni sostitutive" disciplinato dalla decisione quadro 2008/947/GAI.

Peraltro, l'assenza di tale obbligo nell'elenco di cui all'art. 8 pare non potersi considerare una lacuna da colmare, ma una precisa scelta del legislatore, che riconduce così le misure che comportano l'obbligo di permanere nella propria abitazione, quale la detenzione domiciliare sostitutiva, nell'ambito delle «misure privative della libertà personale»¹⁷ per cui troverà applicazione la diversa decisione quadro 2008/909/GAI¹⁸. Nello specifico, all'art. 1 lett. b) di quest'ultima decisione quadro si definisce "pena" «qualsiasi pena detentiva o misura privativa della libertà personale, di durata limitata o illimitata, irrogata a causa di un reato in seguito ad un procedimento penale». La detenzione domiciliare sostitutiva, al di là del dato letterale ed in particolare del termine "sostitutiva" che caratterizza la denominazione di tale istituto, risulta essere maggiormente in linea con quest'ultima definizione. Si ritiene dunque che, nel caso di specie, il giudice avrebbe dovuto più correttamente ricondurre la detenzione domiciliare sostitutiva nell'ambito applicativo della decisione quadro 2008/909/GAI (attuata nel nostro ordinamento con il d.lgs. n. 161/2010), consentendone in questo modo l'esecuzione in Francia. Si sarebbero quindi poi dovute seguire le scansioni procedurali previste dal d.lgs. n. 161/2010, che disciplinano la trasmissione della sentenza di condanna pronunciata in Italia verso altro Stato membro dell'Unione Europea (e nello specifico, verso lo Stato membro in cui la persona condannata vive, ai sensi dell'art. 5, comma 3, lett. a) d.lgs. n. 161/2010), e non la procedura prevista dal d.lgs. n. 38/2016.

Nello specifico, per l'esecuzione della detenzione domiciliare sostitutiva a Nantes, si doveva anzitutto far riferimento all'art. 5 del d.lgs. n. 161/2010, che detta specifiche condizioni per la trasmissione della sentenza di condanna all'estero (da disporre all'atto di esecuzione ovvero, quando l'ordine è già stato eseguito, in un qualsiasi momento successivo)¹⁹, e poi seguire il procedimento indicato all'art. 6, che

¹⁷ Peraltro, proprio all'art. 3 della decisione quadro 2008/947/GAI, si precisa che «la presente decisione quadro non si applica: a) all'esecuzione delle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure restrittive della libertà personale, esecuzione che rientra nell'ambito della decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio (...)».

¹⁸ Si fa riferimento, precisamente, alla decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive e misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'Unione Europea.

¹⁹ Si veda, nello specifico, il comma 2 dell'art. 5 d.lgs. 161/2010, secondo cui «l'autorità giudiziaria competente dispone la trasmissione se non ricorre una causa di sospensione dell'esecuzione e quando ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza all'estero ha lo scopo di favorire il reinserimento sociale della persona condannata; b) il reato per il quale è stata emessa la sentenza di condanna è punito con una pena della durata massima non inferiore a tre anni; c) la persona condannata si trova nel territorio dello Stato o in quello dello Stato di esecuzione; d) la persona condannata non è sottoposta ad altro procedimento penale o non sta scontando un'altra sentenza di

prevede, prima di procedere alla trasmissione all'estero, una consultazione dell'autorità giudiziaria italiana con l'autorità competente dello Stato membro di esecuzione, ai fini del riconoscimento e dell'esecuzione della pronuncia²⁰.

7. Andando oltre i passaggi della pronuncia in esame appena esaminati, che come si è visto si aprono ad alcune riflessioni critiche, ci sembra che debba essere invece valorizzato ed accolto con favore un ulteriore e diverso approdo raggiunto dal giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Siena.

Finora la giurisprudenza si è principalmente confrontata con casi in cui il reo richiedente l'esecuzione della sanzione sostitutiva all'estero disponeva di un domicilio idoneo solo in un altro Stato dell'Unione Europea (e non in Italia); a tal proposito, a titolo esemplificativo, è stato evidenziato che «il giudice non può negare una misura alternativa alla detenzione carceraria, compresa quella degli arresti domiciliari, sul mero presupposto dell'assenza di un indirizzo di esecuzione sul territorio nazionale, perché la disponibilità di un indirizzo presso altro stato dell'Unione, in cui l'interessato sia radicato, equivale alla disponibilità di un indirizzo in Italia»²¹.

È interessante notare che nella vicenda in esame l'imputato aveva invece mantenuto la residenza legale in Italia, e di fatto nella richiesta di applicazione della pena sostitutiva all'estero produceva documentazione attestante la disponibilità del fratello di ospitarlo nella sua abitazione a Nantes. Ciononostante, il giudice non ha ritenuto che vi fossero ostacoli per l'esecuzione della detenzione domiciliare sostitutiva in Francia, valorizzando il fatto che l'imputato si fosse ormai trasferito lì insieme al suo nucleo familiare (costituito da figli minori di età), ed avesse lì iniziato una nuova attività lavorativa.

condanna o di applicazione di una misura di sicurezza, salvo diverso parere dell'autorità giudiziaria competente per il procedimento penale in corso o per l'esecuzione».

²⁰ Ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 161/2010, l'autorità competente procede alla trasmissione all'estero «di ufficio o su richiesta della persona condannata o dello Stato di esecuzione». Ai sensi del comma 2, se la persona condannata si trova nel territorio dello Stato, l'autorità giudiziaria procede alla trasmissione solo dopo averla sentita. Inoltre, prima di procedere alla trasmissione all'estero, ai sensi del comma 3, «l'autorità giudiziaria consulta, anche tramite il Ministero della giustizia, l'autorità competente dello Stato di esecuzione al fine di: a) verificare la condizione prevista dall'articolo 5, comma 2, lettera a); b) comunicare il parere espresso, ai sensi del comma 2, dalla persona condannata; c) acquisire il consenso dello Stato di esecuzione nell'ipotesi prevista dall'articolo 5, comma 3, lettera c); d) conoscere le disposizioni applicabili nello Stato di esecuzione in materia di liberazione anticipata o condizionale». Al comma 6, si prevede che il provvedimento con cui viene disposta la trasmissione all'estero debba contenere l'indicazione dello Stato di esecuzione (nel caso di specie, quindi, la Francia), e che di esso debba essere data comunicazione all'interessato. Ai sensi del comma 7, «il provvedimento è trasmesso, unitamente alla sentenza di condanna e al certificato debitamente compilato, al Ministero della giustizia che provvede all'inoltro, con qualsiasi mezzo che lasci una traccia scritta, all'autorità competente dello Stato di esecuzione, previa traduzione del testo del certificato nella lingua di detto Stato. Se la traduzione del certificato non è necessaria o se a questa provvede l'autorità giudiziaria, il provvedimento può essere trasmesso direttamente all'autorità competente dello Stato di esecuzione; in tale caso, esso è altresì trasmesso, per conoscenza, al Ministero della giustizia. La sentenza e il certificato sono trasmessi in originale o in copia autentica allo Stato di esecuzione che ne fa richiesta».

²¹ Cass., sez. IV, 15 settembre 2021, n. 37739, Garcia Encarnacion, in *C.E.D. Cass.*, n. 281950.

Tale decisione mostra una particolare attenzione del giudice verso la necessità di assicurare al reo, attraverso l'esecuzione della pena sostitutiva, il reinserimento in una comunità di cui effettivamente faceva ormai parte all'estero, non rischiando così di compromettere la finalità rieducativa. L'esecuzione della pena in Italia avrebbe significato l'allontanamento del reo dalla propria famiglia, e la ricerca di un nuovo impiego, e si sarebbe posta in antitesi con le finalità risocializzanti proprie della nuova categoria sanzionatoria introdotta dalla riforma Cartabia²².

8. In conclusione, la pronuncia in epigrafe ci lascia alcuni spunti di riflessione sulla nuova "detenzione domiciliare sostitutiva" ex art. 56 l. n. 689/1981 e sulle sue caratteristiche: è proprio la «duplice anima»²³ della pena sostitutiva in esame a far emergere dubbi sulla sua riconducibilità all'art. 4 della decisione 2008/947/GAI. Da un lato, siamo al cospetto di una pena sostitutiva che trae ispirazione dalla detenzione domiciliare ex art. 47-ter o.p., e che, come quest'ultima, comporta la privazione della libertà personale del reo (sebbene l'esecuzione nel domicilio, naturalmente, mitighi fortemente l'afflittività della pena rispetto all'esecuzione presso un istituto carcerario²⁴). Dall'altra, il limite minimo di dodici ore individuato dal legislatore (che ben potrebbe coincidere con l'orario notturno²⁵) e la possibilità di trascorrere il resto della giornata all'esterno (che la diversifica molto rispetto all'analoga misura alternativa alla detenzione), rende piuttosto sfumati i confini con l'affidamento in prova, e la rende una pena-programma con un forte contenuto risocializzante. Il bilanciamento tra questi due aspetti, quello afflittivo e quello risocializzante, e dunque tra il tempo da trascorrere in detenzione e quello da trascorrere in libertà, spetta al giudice e alla sua discrezionalità: ciò rende la detenzione domiciliare sostitutiva una pena dal contenuto molto flessibile, che può cambiare forma a seconda delle esigenze del caso concreto, e alla luce del percorso rieducativo che dovrà intraprendere il reo²⁶.

²² Sul punto, si vedano anche le considerazioni di R. BARTOLI, *Punire in libertà: le nuove pene sostitutive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2023, p. 1401: «ed eccoci all'ultimo carattere che contraddistingue la riforma Cartabia sul piano sanzionatorio: la valorizzazione della funzione di prevenzione speciale mediante risocializzazione. Nell'alternativa tra investire su contenuti meramente negativi e quindi riformare la sospensione condizionale della pena oppure su contenuti positivi fortemente risocializzanti e quindi su alternative sostitutive, il legislatore ha optato per questa seconda strada».

²³ In questo senso si esprime la [Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150](#), consultabile in questa *Rivista*, 20 ottobre 2022, p. 195.

²⁴ G. MENTASTI, [L'applicazione della pena della detenzione domiciliare sostitutiva in appello in un caso di maltrattamenti in famiglia](#), in questa *Rivista*, 8.11.2023, §4.2: «la detenzione domiciliare sostitutiva condivide con la semilibertà sostitutiva (art. 55) sia la possibilità di sostituire la pena detentiva entro il limite di quattro anni sia la natura di pena privativa della libertà personale. La sua peculiarità risiede nel luogo di esecuzione – il domicilio – che sicuramente contribuisce a mitigare fortemente l'afflittività della pena ma al contempo scongiura i noti effetti deleteri del carcere».

²⁵ Come tra l'altro avviene nel caso esaminato, in cui effettivamente il giudice prescrive all'imputato di permanere nel domicilio dalle ore 18.00 alle ore 6.00 del mattino.

²⁶ A tal proposito, pare opportuno qui richiamare le considerazioni svolte dalla Corte Costituzionale in merito alla detenzione domiciliare sostitutiva nella sentenza n. 84/2024, che fa riferimento «all'idea – che è alla base della riforma – di una pena programma, caratterizzata da elasticità nei contenuti, perché funzionale alla individualizzazione del trattamento sanzionatorio, in modo da garantire la risocializzazione del

Ritornando alla decisione quadro 2008/947/GAI, non può negarsi che la detenzione domiciliare sostitutiva, anche alla luce delle finalità risocializzanti da raggiungersi attraverso attività da svolgersi all'esterno, possa astrattamente definirsi come una "sanzione che impone obblighi e impartisce prescrizioni". Ma andando più nello specifico, l'anima afflittiva della pena sostitutiva in esame, che la rende una misura "para-detentiva"²⁷, la conduce a scostarsi dalla definizione di "sanzione sostitutiva" individuata a livello europeo e dall'elenco di cui all'art. 4 della decisione quadro.

Ciò conduce a notare, più in generale, una discrasia tra la categoria delle "sanzioni sostitutive" individuata a livello europeo (che non comprende pene detentive) e la categoria delle nuove "pene sostitutive" introdotta nel nostro ordinamento (che comprende anche pene che impongono la restrizione della libertà personale del reo²⁸, e che risulta per questo motivo non sovrapponibile alla prima). Discrasia sulla quale si auspica possa confrontarsi più direttamente, in occasioni future, la giurisprudenza.

condannato e, assieme, una più efficace tutela della collettività».

²⁷ Si vedano sul tema le riflessioni di A. COSTANTINI, *Prospettive di riforma della detenzione domiciliare tra pena principale e sanzione sostitutiva: verso un reale ripensamento del paradigma carcerocentrico?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2022, p. 310.

²⁸ In particolare, oltre alla detenzione domiciliare sostitutiva, si fa riferimento alla semilibertà sostitutiva, che comporta la permanenza in carcere per una parte della giornata.

**TRAFFICO DI INFLUENZE ILLECITE E RIFORMA NORDIO:
IL G.U.P. DI ROMA SOLLEVA
QUESTIONE DI LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE
NEL PROCESSO PER LA FORNITURA DELLE MASCHERINE CINESI
(COVID)**

G.u.p. Roma, ord. 31.1.2025, Giud. Tarantino

di Gian Luigi Gatta

1. Con l'ordinanza che può leggersi in allegato, il g.u.p. del Tribunale di Roma ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della c.d. legge Nordio (l. n. 114/2024), nella parte in cui ha riformulato la fattispecie di traffico di influenze illecite, di cui all'art. 346 *bis* c.p. Il g.u.p. ha così fatto propria la tesi sostenuta dalla Procura di Roma con [una memoria depositata nello scorso mese di dicembre e pubblicata sulla nostra Rivista](#).

La questione è stata sollevata per il ritenuto contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost., in riferimento all'art. 12 della Convenzione del Consiglio d'Europa contro la corruzione (Convenzione di Strasburgo). In particolare, secondo il giudice *a quo*, la riformulazione in senso restrittivo del traffico di influenze illecite, che ha comportato una parziale *abolitio criminis*, contrasta con un obbligo espresso di incriminazione previsto dalla citata fonte sovranazionale.

In particolare, la questione è rilevante, nel giudizio *a quo*, in rapporto alla nuova definizione legale di "mediazione illecita", che è stata limitata dalla l. n. 114/2024 a quella realizzata per indurre il pubblico agente "a compiere un atto contrario ai doveri d'ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito". Nel caso di specie, l'imputazione per traffico di influenze illecite si riferisce a una mediazione c.d. onerosa volta a indurre un pubblico ufficiale (l'allora Commissario del Governo per la pandemia) a commettere un abuso d'ufficio. L'abolizione di questo reato, da parte della stessa legge Nordio, in combinato disposto con la nuova definizione legale di mediazione illecita, ha comportato nel caso di specie una parziale *abolitio criminis* dell'art. 346 *bis* c.p. Di più: ha reso "di fatto inapplicabile" la norma incriminatrice del traffico di influenze illecite, un delitto che nella prassi è il più delle volte finalizzato a commettere abusi d'ufficio. Di qui la rilevanza della questione, relativa a una disposizione che, se applicata dal giudice *a quo*, porterebbe al proscioglimento perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato (non essendo riconducibile ad altra norma incriminatrice). Non solo, nota incidentalmente l'ordinanza: porterebbe al dissequestro di ingenti proventi del reato in una vicenda (caso Arcuri, compravendita di mascherine cinesi durante la pandemia) nella quale sono in gioco somme stratosferiche (affari di oltre un miliardo di euro e una

mediazione onerosa, illecita al momento del fatto, realizzata al prezzo di quasi dodici milioni di euro).

In punto di ammissibilità, il g.u.p. ricorda infine come una eccezione al sindacato di legittimità costituzionale con effetti *in malam partem* (tali sarebbero quelli determinati dalla reviviscenza della fattispecie precedente alla legge Nordio) è individuata dalla giurisprudenza costituzionale proprio nel contrasto della disposizione impugnata con obblighi sovranazionali rilevanti ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost. (cfr., tra le altre, Corte cost. n. 37/2019).

2. Quanto alla non manifesta infondatezza della questione, il g.u.p. sottolinea il carattere cogente di obbligo di incriminazione (“*shall adopt*”), e non già di mera raccomandazione (“*shall consider adopting*”), proprio dell’art. 12 della Convenzione di Strasburgo, che qui riportiamo: “Ciascuna Parte adotta le necessarie misure legislative e di altra natura affinché i seguenti fatti, quando sono commessi intenzionalmente, siano definiti reati secondo il proprio diritto interno: il fatto di promettere, offrire o procurare, direttamente o indirettamente, qualsiasi vantaggio indebito, per sé o per terzi, a titolo di remunerazione a chiunque afferma o conferma di essere in grado di esercitare un’influenza sulla decisione di una persona di cui agli articoli 2, 4–6 e 9–11, così come il fatto di sollecitare, ricevere o accettarne l’offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza, indipendentemente dal fatto che l’influenza sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l’esito ricercato”.

Tale obbligo, osserva il giudice *a quo*, implica non solo di mantenere l’incriminazione ma anche di conferirle dei contorni applicativi che non siano ridotti rispetto alla definizione convenzionale; definizione che il giudice, replicando a una obiezione difensiva, non ritiene imprecisa sì da contrastare con l’art. 25, co. 2 Cost. e da non poter essere assunta quale parametro interposto nel giudizio di legittimità costituzionale. Né possono essere fatte valere le riserve del Governo italiano poste alla Convenzione di Strasburgo con riguardo al traffico di influenze illecite - osserva sempre l’ordinanza annotata - poiché sono state fatte cadere dopo la riforma del 2019, che, come abbiamo ricordato in altra sede, ricevette il plauso del GRECO per l’avvenuta integrale attuazione degli obblighi internazionali.

3. Con una motivazione essenziale, che di fatto si richiama agli argomenti di un’articolata memoria della Procura, il g.u.p. di Roma solleva per la prima volta la questione di legittimità costituzionale della riformulata fattispecie di traffico di influenze illecite. Dopo una decina di ordinanze di rimessione relative all’abolizione dell’abuso d’ufficio, ecco una prima ordinanza sul riformulato traffico di influenze illecite. Le questioni sollevate in rapporto alle due fattispecie sulle quali ha inciso la legge Nordio sono ben diverse.

Nel caso dell’abuso d’ufficio manca nelle fonti sovranazionali un espresso obbligo di incriminazione: i giudici *a quibus*, percorrendo una strada stretta e in salita, sollevano il dubbio che un analogo obbligo possa essere individuato nella Convenzione

di Merida *sub specie* di obbligo di *stand still*, cioè di mantenere l'incriminazione dell'abuso d'ufficio, presente nell'ordinamento italiano all'atto della sottoscrizione della Convenzione.

Come ha sottolineato a ragione la Procura di Roma, del tutto diverso rispetto all'abuso d'ufficio è il quadro che si presenta in rapporto al traffico di influenze illecite, rispetto al quale *si è al cospetto di un espresso obbligo convenzionale di incriminazione* di condotte dal perimetro *più esteso* di quelle descritte nel riformulato art. 346 *bis* c.p.

Questa duplicità e diversità dei quadri normativi di riferimento, verosimilmente, avrà notevole rilievo rispetto alle valutazioni della Consulta, che nel corso dell'anno sarà chiamata a esprimersi su entrambe le questioni. Strada stretta e in salita per l'abuso d'ufficio, si diceva: strada assai meno impervia per il traffico di influenze, almeno a nostro sommo avviso. La Consulta avrà l'occasione di consolidare e sviluppare la propria giurisprudenza in tema di obblighi internazionali di incriminazione: una giurisprudenza oggi chiamata ad essere declinata rispetto al traffico di influenze illecite e che, in ipotesi, un domani potrebbe esserlo rispetto a disegni di riforma del delitto di tortura, in chiave di restrizione dell'ambito applicativo dell'incriminazione.

Ricordiamo che la Corte costituzionale ha in più occasioni e anche di recente dichiarato inammissibili referendum sulla disciplina penale degli stupefacenti proprio perché avrebbero comportato la violazione di obblighi internazionali di incriminazione (v., da ultimo, con richiami a precedenti pronunce, [Corte cost. n. 51 del 2022](#)). Non solo, quando nel 2014 con la [sentenza n. 32](#) la Consulta dichiarò illegittima per violazione dell'art. 77 Cost. la legge Fini-Giovanardi del 2006, inserita nella legge di conversione di un decreto-legge sulle olimpiadi invernali a Torino, precisò in un *obiter dictum* quanto segue a proposito della reviviscenza della previgente disciplina penale in tema di stupefacenti: "è appena il caso di aggiungere che la materia del traffico illecito degli stupefacenti è oggetto di obblighi di penalizzazione, in virtù di normative dell'Unione europea. Più precisamente la decisione quadro n. 2004/757/GAI del 2004 fissa norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti, richiedendo che in tutti gli Stati membri siano punite alcune condotte intenzionali, allorché non autorizzate, fatto salvo il consumo personale, quale definito dalle rispettive legislazioni nazionali. Pertanto, se non si determinasse la ripresa dell'applicazione delle norme sanzionatorie contenute nel d.P.R. n. 309 del 1990, resterebbero non punite alcune tipologie di condotte per le quali sussiste un obbligo sovranazionale di penalizzazione. Il che determinerebbe una violazione del diritto dell'Unione europea, che l'Italia è tenuta a rispettare in virtù degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost."

Una decisione di accoglimento della questione sollevata dal g.i.p. di Roma sarebbe nondimeno innovativa: si tratterebbe, forse, della prima pronuncia con la quale la Corte potrebbe essere chiamata a dichiarare costituzionalmente illegittima una legge che viene meno a un obbligo di incriminazione, dopo la sua attuazione ad opera di una precedente legge. Proprio quel che si potrebbe profilare in ipotesi di riformulazione in chiave restrittiva della fattispecie di tortura, a dimostrazione della portata generale della questione.

**CENTRI PER MIGRANTI IN ALBANIA:
IL PUNTO SUI ‘PAESI SICURI’
DOPO L’ULTIMA MANCATA CONVALIDA E LE RECENTI PRONUNCE
DELLA CASSAZIONE**

*C. App. di Roma, Sezione Persona, Famiglia, Minorenni e Protezione internazionale,
ord. 31 gennaio 2025, n. 478*

di Giulia Mentasti

1. Con ordinanze sovrapponibili a quella che può leggersi in allegato, lo scorso venerdì 31 gennaio la Sezione Persona, Famiglia, Minorenni e Protezione internazionale della Corte d’Appello di Roma ha sospeso il giudizio di convalida del trattenimento di 43 cittadini stranieri condotti nei centri albanesi, rimettendo gli atti alla Corte di Giustizia dell’Unione europea ai sensi dell’art. 267 TFUE.

Aumenta così notevolmente il numero dei rinvii pendenti dinanzi alla Corte di Giustizia sulla medesima questione¹, ossia se il diritto dell’Unione europea consenta o meno di designare un paese come ‘sicuro’ quando le condizioni sostanziali per la sua designazione non risultano soddisfatte per alcune categorie di persone. È bene ricordare, infatti, che dal momento in cui un Paese straniero rientra nella definizione di ‘paese sicuro’, nei confronti dei suoi cittadini diviene applicabile la procedura accelerata di esame delle domande di asilo prevista dall’art. 28 del d.lgs. 25/2008 (in attuazione della direttiva 2013/32/UE) in forza della quale lo straniero richiedente asilo, durante lo svolgimento della procedura, può essere trattenuto fino a un massimo di quattro settimane in appositi spazi allestiti nelle zone di frontiera o di transito (così dispone l’art. 6 *bis* d.lgs. 142/2015). In attuazione del Protocollo tra Italia e Albania, ratificato con legge 14/2024, a tali zone di transito e frontiera sono ora equiparati i centri dislocati in territorio albanese, interamente sottoposti alla giurisdizione italiana. Come evidente, quindi, oltre che per la generale applicabilità della procedura accelerata, la corretta individuazione dei paesi sicuri risulta dirimente per il concreto funzionamento dei centri di trattenimento in territorio albanese, destinati a ospitare i soli richiedenti asilo sottoposti a procedura accelerata e sino ad oggi rimasti vuoti.

¹ Sino alla fine di gennaio si contavano già 14 rinvii sollevati dai Tribunali italiani: Tribunale di Firenze, decreti del 4 giugno 2024 (cause C-388/24, *Oguta*, e C-389/24, *Daloo*); Tribunale di Bologna, decreto depositato il 29 ottobre 2024, causa C-750/24, *Ortera*; Tribunale di Roma, decreti del 4 e del 5 novembre 2024, che ha formulato ulteriori tre quesiti nelle cause C-758/24, *Alace*, e C-759/24; Tribunale di Palermo, decreti del 5 novembre 2024, nelle cause C-763/24, *Mibone*, e C-764/24, *Capurteli*. Il 13 novembre 2024, il Tribunale di Roma ha depositato altri 7 rinvii. A questi, devono ora aggiungersi i 43 rinvii avanzati dalla Corte d’Appello di Roma. Per un’analisi dei primi 14 rinvii, si v. P. IANNUCELLI, [“Paesi d’origine sicuri”: la situazione processuale delle cause pendenti davanti alla Corte di giustizia](#), in *Rivista del contenzioso europeo*, fasc. 3/2024.

2. Come anticipato, non è la prima volta che su questi temi la magistratura italiana, a fronte della incertezza interpretativa venutasi a creare dopo la sentenza della Corte di Giustizia europea del 4 ottobre 2024, [sospende il proprio giudizio e rinvia la questione ai giudici europei](#). È, invece, la prima volta che a decidere sulla convalida dei trattenimenti nei centri albanesi è stata chiamata la Sezione specializzata della Corte d'Appello di Roma, dopo lo spostamento di competenza (dalla Sezione specializzata del Tribunale a quella della Corte d'Appello) imposto dal cd. 'decreto flussi' (d.l 145/2024 conv. in l. 187/2024, in vigore dal 10 gennaio 2025) e recentemente 'avallato' da una pronuncia della Corte di cassazione².

3. Tornando alla questione, in estrema sintesi, nella [sentenza del 4 ottobre](#), la Corte di Giustizia ha affermato che l'art. 37 della direttiva 2013/32 osta a che un paese terzo possa essere designato come paese di origine sicuro quando alcune parti del suo territorio non soddisfano le condizioni sostanziali di tale designazione, enunciate all'allegato I della direttiva. All'indomani della sentenza molti Tribunali italiani hanno ritenuto che, proprio alla luce delle argomentazioni lì sostenute dalla Corte europea, debba giungersi alle medesime conclusioni anche con riferimento alle eccezioni riguardanti categorie di persone, così affermando in più occasioni che alcuni paesi inseriti nella lista (ministeriale o legislativa) dei paesi sicuri non possono ritenersi tali se per determinate categorie di persone non sussistono le condizioni sostanziali per tale designazione.

4. L'assenza di unanimità tra i Tribunali di merito sulla corretta interpretazione della sentenza del 4 ottobre, nonché le forti reazioni della politica alle prime mancate convalide dei trattenimenti in Albania, hanno spinto i diversi tribunali italiani a rimettere alla Corte di cassazione ([con rinvio pregiudiziale ex art. 363 bis c.p.p. del Tribunale di Roma](#)) e alla Corte di Giustizia (con i sopraccitati rinvii) la questione.

4.1. Con la sentenza n. 33398 del 19 dicembre 2024 (allegata), la Corte di cassazione ha sciolto un primo nodo interpretativo – quello relativo al controllo giurisdizionale sulla lista – affermando a chiare lettere che in capo al giudice ordinario sussiste il potere/dovere di verificare, sempre sulla base delle fonti istituzionali di cui all'art. 37 della direttiva 2013/32/UE, la sussistenza dei presupposti di legittimità della designazione, eventualmente disapplicando in via incidentale la lista dei paesi di origine sicuri quando la designazione si trovi in contrasto con i criteri di qualificazione stabiliti dalla normativa europea³.

² Sulla legittimità di tale spostamento di competenza per la convalida dei trattenimenti si è di recente espressa la Corte di cassazione con la sent. 2967/2025, osservando che le disposizioni contenute nel decreto flussi sul tema non violano il diritto di difesa del Cittadino straniero e rientrano nelle facoltà del legislatore. La stessa pronuncia, tuttavia, sottolinea che in capo al giudice ([penale, dopo il decreto di variazione tabellare della Prima presidenza della Corte](#)) che decide sulla proroga o sulla conferma del trattenimento grava un onere di motivazione rafforzata idonea a giustificare la restrizione della libertà personale.

³ Per una riflessione più approfondita, sia consentito il rimando a G. MENTASTI, [Paesi sicuri, controllo giurisdizionale ed eccezioni: due pronunce della Cassazione in attesa della Corte di Giustizia](#), in *Rivista del contenzioso*

4.2. Meno netta, invece, la posizione assunta dalla Corte sulla questione oggetto anche del presente rinvio, incidente sulla (im)possibilità per gli Stati di procedere alla qualificazione di un paese d'origine come sicuro in presenza di eccezioni per alcune categorie di persone

Sul punto, con l'ordinanza interlocutoria n. 34898 del 30 dicembre 2024 (allegata), la Cassazione ha deciso di rinviare la causa a nuovo ruolo per «evidenti ragioni di cautela» considerata, in particolare, l'ormai prossima decisione della Corte di giustizia proprio sul rinvio pregiudiziale disposto nelle cause riunite C-758/24 e C-759/24, *Alace e altri*, attesa entro l'inizio dell'estate, dopo l'udienza del prossimo 25 febbraio.

Nella stessa ordinanza, pur senza prendere posizione sul ricorso, la Prima Sezione civile della Cassazione non ha mancato di presentare la "propria ipotesi di lavoro", affermando che, contrariamente a quanto sostenuto dai diversi tribunali rimettenti, dalla sentenza della Corte di Giustizia non possa trarsi, come conseguenza implicita e automatica, l'incompatibilità della designazione di un paese come 'sicuro' ove ci siano delle esenzioni di tipo soggettivo⁴.

5. È in questo contesto che la Corte d'Appello di Roma si è trovata a pronunciarsi sul trattenimento in Albania di 43 cittadini stranieri richiedenti asilo provenienti dal Bangladesh e dall'Egitto, soccorsi in mare e condotti in Albania da una nave della Marina militare italiana; in ragione della loro provenienza da paesi rientranti nella elencazione dei 'paesi sicuri' (ora contenuta nel d.l. n. 158/2024 conv. l. n. 187/2024), la competente Commissione territoriale aveva disposto che le domande fossero valutate con procedura accelerata di frontiera e, contestualmente, il Questore di Roma aveva disposto il trattenimento presso il centro di Gjader, ai sensi dell'art. 6 *bis* del d.lgs. 142/2015.

Chiamata a convalidare il trattenimento, la Corte d'appello «preso atto dei contrasti interpretativi manifestatisi nell'ordinamento italiano» e, in particolare, della ordinanza interlocutoria della Corte di cassazione del 30 dicembre 2024, ha deciso di formulare un nuovo e ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Da un lato, infatti, benché i rinvii già pendenti fossero risolutivi anche ai fini di questo giudizio, la Corte non ha potuto esimersi dal dovere di proporre un nuovo ed autonomo rinvio, «*poiché l'ordinamento italiano non consente di sospendere o di rinviare il giudizio in attesa che la Corte [di Giustizia] decida un rinvio pregiudiziale sollevato in altro giudizio (Cass. 7 marzo 2024, n. 6121; C. cost. n. 218 del 2021)*».

Dall'altro lato, la mera 'ipotesi di lavoro' formulata dalla Cassazione, dando a sua volta l'ultima parola alla Corte di Giustizia, ha spianato la strada al rinvio ex art. 267

europo, fasc. 1/2025.

⁴ *Ibidem*.

TFUE. Ancora una volta, infatti, i dubbi riguardavano la concreta e attuale situazione di sicurezza del paese di origine, qui in particolare il Bangladesh. Sul punto la Corte osserva che dalle fonti ministeriali, oltre che da una serie di fonti internazionali accreditate⁵, emerge che in tali paesi «*le condizioni di sicurezza non sono rispettate per tutte le categorie di persone*» quali, ad esempio per il Bangladesh, gli appartenenti alla comunità LGBTQI+, le vittime di violenza di genere, incluse le mutilazioni genitali femminili, le minoranze etniche e religiose, le persone accusate di crimini di natura politica e i condannati a morte.

6. Esprimendo la propria posizione sulla questione, la Corte afferma che «*il diritto unitario non consenta di designare sicuro un paese con esclusione di categorie – e a maggior ragione di dichiararlo sicuro per intero quando risulti che per alcune categorie di persone non lo sia – per considerazioni che corrispondono sostanzialmente a quelle già espresse nella motivazione della sentenza del 4 ottobre 2024 dalla Grande sezione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea con riferimento alla esclusione per parti del territorio, sentenza pregiudiziale avente efficacia erga omnes*».

Quattro le argomentazioni presentate a sostegno di questo orientamento.

In primo luogo, si richiamano i paragrafi 68 e 69 della sentenza della Corte di Giustizia dove, richiamando il testo dell’allegato I della Direttiva, si osserva che l’espressione “generalmente e costantemente” lì contenuta «*chiaramente esclude che persecuzioni, torture, pene e trattamenti disumani e degradanti possano riguardare non singoli individui, in via occasionale, ma categorie di persone, a causa delle caratteristiche che accomunano i singoli individui che alla stessa possono ricondursi*»⁶.

In secondo luogo, viene fatto un richiamo al paragrafo 71 della medesima sentenza, osservando brevemente che «*anche per le categorie di persone vale il principio che le disposizioni per i provenienti da paesi sicuri, avendo carattere derogatorio, sono oggetto di interpretazione restrittiva*».

In terzo luogo, per la Corte sarebbe «*oltremodo incongruo*» escludere che un Paese possa essere considerato come sicuro «*quando gli evidenziati standards di sicurezza e di tutela dei diritti non siano rispettati in una parte del suo territorio e invece ritenere diversamente laddove tali minime condizioni non siano rispettate per categorie di persone su tutto il suo territorio, eventualità ancora più grave*».

Infine, sotto il profilo sistematico e letterale, la Corte ricorda che la direttiva 2013/32 ha espressamente eliminato la facoltà – in precedenza prevista dalla direttiva 2005/85/UE - di designare paesi terzi come paesi di origine sicuri in presenza di limitazioni per parti di territorio o a categorie di persone. A conferma di tale scelta

⁵ La Corte d’Appello richiama: EUAA, Country of Origin Information Report – Bangladesh: Country Focus, July 2024, https://www.ecoi.net/en/file/local/2112101/2024_07_EUAA_COI_Report_Bangladeshcountry_Focus.pdf; Freedom House, Bangladesh, 2024, <https://freedomhouse.org/country/bangladesh/freedom-world/2024>; International Crisis Group, <https://www.crisisgroup.org/asia/south-asia/bangladesh>; International Rescue Committee (IRC), 7 August 2024, <https://www.rescue.org/eu/article/crisis-bangladesh-what-you-need-know-and-how-help>).

⁶ Par. 3.3.

abrogatrice sembrerebbe peraltro porsi a circostanza che *«il regolamento 2024/1348, nell'abrogare la direttiva 2013/32 con effetto dal 12 giugno 2026, reintroduce la facoltà di dichiarare un paese sicuro con eccezioni non solo per determinate parti del suo territorio, ma anche per "categorie di persone chiaramente identificabili", facoltà evidentemente non presente nel periodo di efficacia della direttiva 2013/32 per entrambe le ipotesi».*

7. Non resta dunque che attendere la decisione della Corte di Giustizia, a cui anche la Cassazione ha devoluto la decisione finale sulla questione. Nel frattempo, non sembrano interrompersi né i trasferimenti dei richiedenti asilo verso i centri dislocati in Albania né il clamore politico-mediatico che puntualmente fa eco alle *'liberazioni'* dovute alle mancate convalide. *'Liberazioni'* che, forse è il caso di ribadirlo, si traducono in realtà nel mero trasferimento dei cittadini stranieri nel territorio italiano, dove prenderà avvio nei loro confronti la procedura ordinaria di valutazione delle domande di asilo, senza esclusione di altre forme di trattenimento amministrativo.

I PROFILI DI RESPONSABILITÀ DEL GENERALE LIBICO ELMASRY NEL MANDATO DI ARRESTO DELLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE (*)

di Maria Crippa e Lavinia Parsi

1. Premessa. – Il presente contributo intende fornire un’analisi delle accuse contenute nel mandato di arresto emesso dalla Corte penale internazionale (Cpi) nei confronti di Osama Elmasry Njeem, anche noto come Almasri¹. Elmasry, capo della polizia giudiziaria libica, è stato arrestato dalla Digos di Torino il 19 gennaio 2025, in esecuzione di una *red notice* emessa dall’Interpol su segnalazione del Procuratore della Cpi a seguito dell’emissione del mandato di arresto². Il 21 gennaio la Corte d’Appello di Roma, in accoglimento della richiesta del Procuratore Generale, ha dichiarato non luogo a provvedere sull’arresto di Elmasry in quanto eseguito in maniera ‘irrituale’, in assenza di preve interlocuzioni con il Ministro della Giustizia³. Ne è seguita l’immediata scarcerazione di Elmasry e il suo rimpatrio, asseritamente in quanto soggetto pericoloso proprio perché attinto da mandato di arresto della Cpi⁴. Numerosi contributi hanno evidenziato le questioni processuali sottese al caso, relative alla interpretazione degli artt. 3 e 11 della l. 237/2012, nonché le possibili violazioni ascrivibili all’Italia per la violazione degli obblighi di cooperazione con la Cpi imposti dagli artt. 86 e seguenti Statuto di Roma e del principio *aut dedere aut iudicare* di cui agli artt. 6 e 7 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la tortura del 1984⁵. La vicenda Elmasry

(*) Il lavoro è frutto della riflessione comune delle Autrici. Nondimeno, i paragrafi 1, 2 e 4 sono da attribuirsi a Maria Crippa, e i paragrafi 3, 4 e 5 a Lavinia Parsi.

¹ Cpi, Camera preliminare I, Situazione in Libia, Secretato ex parte, disponibile solo per la Procura, Sotto segreto, ex parte, a disposizione solo dell’accusa, Mandato d’arresto per Osama Elmasry / Almasri Njeem, compresa l’opinione dissenziente del giudice Socorro Flores Liera, 18 gennaio 2025, [ICC-01/11-152-US-Exp-Anx](#).

² Cpi, [Situation in Libya: ICC arrest warrant against Osama Elmasry Njeem for alleged crimes against humanity and war crimes](#) (22 gennaio 2025).

³ Corte d’Appello di Roma, Sez. IV Penale, Ordinanza in materia di consegna ex lege 237/2012 Corte penale internazionale, 21 gennaio 2025, [Proc.n. 11 /2025 R.G. AGI](#).

⁴ [Question time del Ministro Piantedosi al Senato](#), 23 gennaio 2025.

⁵ In questa *Rivista*: M. CAIANIELLO e C. MELONI, [Caso Almasri: una discutibile interpretazione della legge di cooperazione dell’Italia con la CPI ha portato alla scarcerazione del primo ricercato arrestato sul suolo europeo nell’ambito delle indagini in Libia](#), 24 gennaio 2025; G. VANACORE, [La scarcerazione del generale libico Elmasry. Nota critica alla interpretazione resa dalla Corte di Appello di Roma sull’art. 11 della legge di cooperazione tra l’Italia e la Corte Penale Internazionale](#), 27 gennaio 2025; v. anche, in italiano: V. BOLICI e A. DI MARTINO, [La pagliuzza e la trave: il caso «Almasri»](#), *Questione giustizia*, 25 gennaio 2025; K. GAVRYSH, [Un po’ di chiarezza sulla mancata consegna di Osama Elmasry Njeem alla Corte penale internazionale](#), *SIDIBlog*, 24 gennaio 2025; L. PARSİ, [La Corte di Appello di Roma ordina la scarcerazione di Al Masri: alcune riflessioni sull’esecuzione da parte delle autorità italiane dei mandati d’arresto emessi dalla](#)

impone, altresì, alcune riflessioni circa l'ampiezza delle accuse e i profili di responsabilità a costui attribuiti, nel contesto delle indagini del Procuratore della Cpi sulla Situazione in Libia.

2. I crimini internazionali oggetto del mandato di arresto (par. 17-90). – Come anticipato, il 18 gennaio 2025 la Camera preliminare I della Cpi, a maggioranza, ha emesso nei confronti di Elmasry il mandato di arresto richiesto Procuratore il 2 ottobre 2024. Il collegio giudicante ha, infatti, concluso per la sussistenza di “ragionevoli motivi per ritenere”, secondo lo *standard* probatorio imposto dall'art. 58(1) Statuto di Roma per l'emissione dei mandati di arresto, che Elmasry abbia commesso crimini di guerra e crimini contro l'umanità a partire dal 15 febbraio 2015 nel centro di detenzione di Mitiga, vicino a Tripoli, sotto il suo controllo all'epoca dei fatti (par. 14-16).

L'elemento contestuale dei crimini di guerra (par. 17-22)⁶

La Camera preliminare I ha, innanzitutto, ritenuto soddisfatto l'elemento di contesto dei crimini di guerra ai sensi dell'art. 8(2)(c) e (e) Statuto di Roma, in quanto i crimini ascritti a Elmasry risultavano commessi nel contesto e in connessione con il conflitto armato non internazionale in Libia, con conseguente applicazione del diritto internazionale umanitario a tutela delle vittime. Parte dei detenuti nella prigione di Mitiga erano, infatti, privati della libertà per motivi legati al conflitto in corso e, come tali, protetti dall'articolo 3 comune alle Convenzioni di Ginevra del 1949, indipendentemente dal loro *status* di combattenti, civili o membri delle forze armate. La Camera preliminare ha, inoltre, sottolineato il grado di intensità del conflitto, quanto meno a partire dal maggio 2014, tra l'Esercito Nazionale Libico (*Libyan National Army*, LNA) e l'esercito del Governo di Unità Nazionale (*Government of National Accord*, GNA), supportato dalle forze di deterrenza speciale (*Special Deterrence Forces*, SDF/RADA). Secondo la ricostruzione dei giudici, il carattere organizzato di quest'ultimo gruppo era desumibile proprio dal sostegno apprestato alle forze di natura governativa. La consapevolezza di Elmasry circa l'esistenza del conflitto armato è stata, infine, oggetto di valutazione nell'ambito della prova sulla *mens rea* (sui cui *infra*, par. 3).

L'elemento contestuale dei crimini contro l'umanità (par. 23-26)⁷

[Corte Penale Internazionale](#), Giustizia insieme, 25 gennaio 2025; in inglese: L. POLTRONIERI ROSSETTI, [The failure to arrest and surrender Osama Elmasry Njeem: “That Awful Mess” in Rome](#), EJIL:Talk!, 27 gennaio 2025; C. MELONI, [Italy, Libya, and the Failure of State Cooperation with the International Criminal Court in the Elmasry Arrest Case](#), Just Security, 30 gennaio 2025; M. COLORIO e M. CRIPPA, [As Rome Mutinies, Justice for Libya Fades](#), Opinio Juris, 31 gennaio 2025.

⁶ Com'è noto, i crimini internazionali assumono rilevanza in quanto commessi in un preciso contesto, che ne veicola la diversa offensività, in violazione di valori universalmente condivisi (pace, sicurezza e convivenza internazionale), rispetto ai reati 'ordinari'. I crimini di guerra rilevano, dunque, in quanto commessi come parte di un piano o di un disegno politico, ovvero come parte di una serie di crimini analoghi commessi su larga scala (art. 8(1) Statuto di Roma).

⁷ L'elemento contestuale dei crimini contro l'umanità si sostanzia in un attacco esteso e/o sistematico contro una popolazione civile, in attuazione o in esecuzione del disegno politico di uno Stato o di una

Per quanto riguarda i crimini contro l'umanità, la Camera preliminare ha riconosciuto l'esistenza di un attacco esteso e/o sistematico contro la popolazione civile detenuta a Mitiga tra febbraio 2015 e, quanto meno, marzo 2024. Le vittime erano individuate in ragione della loro presunta opposizione al GNA o alle forze SDF/RADA. Lo *status* civile delle vittime è stato desunto dai motivi posti a fondamento della loro detenzione, estranei al conflitto in corso. I detenuti per ragioni invece legate al conflitto erano civili che avevano partecipato direttamente alle ostilità e, come tali, una volta arrestati rientravano anch'essi nella definizione di civili ai sensi dell'art. 7(1) Statuto di Roma. Le forze SDF/RADA disponevano delle risorse necessarie per condurre l'attacco contro la popolazione civile, come dimostrato dal grado di organizzazione interna al gruppo e dalla capacità di gestione della prigione di Mitiga, la più grande struttura detentiva della Libia occidentale, che tra il 2015 e il 2024 aveva ospitato migliaia di detenuti (almeno 5.140, secondo quanto sostenuto dal Procuratore)⁸. L'attacco si era articolato in atti sistematici e ripetuti, caratterizzati da un *modus operandi* coerente nel corso degli anni, come tale indicativo di una politica organizzativa deliberata da parte delle forze SDF/RADA.

La Camera preliminare ha, quindi, ritenuto sussistenti ragionevoli motivi di ritenere la commissione dei seguenti crimini attribuibili a Elmasry.

Detenzione illegittima come crimine contro l'umanità (art. 7(1)(e) Statuto di Roma); tortura come crimine di guerra e come crimine contro l'umanità (artt. 8(2)(c)(i) e 7(1)(f) Statuto di Roma); trattamento crudele come crimine di guerra (art. 8(2)(c)(i) Statuto di Roma); oltraggio alla dignità personale come crimine di guerra (art. 8(2)(c)(ii) Statuto di Roma) (par. 30-52)

La Camera preliminare ha rilevato l'assenza di un fondamento giuridico per la detenzione e la privazione della libertà personale dei detenuti nella struttura di Mitiga, in violazione delle norme fondamentali del diritto internazionale. I detenuti erano trattenuti per ragioni di natura religiosa (in quanto cristiani o atei), per la mancata adesione all'ideologia del SDF/RADA (ad esempio, mediante comportamenti ritenuti "immorali" o a causa del proprio orientamento sessuale), per sospetti legami con l'LNA o l'ISIS, nonché per finalità punitive. Le modalità di arresto e detenzione risultavano gravemente lesive dei diritti fondamentali, caratterizzandosi per l'assenza di informazione circa i motivi dell'arresto e della successiva reclusione, per la conduzione delle operazioni da parte di individui mascherati e non riconoscibili, per forme di coercizione dei detenuti affinché rivelassero l'identità ovvero prendessero contatto con altri soggetti da arrestare, nonché per la negazione dell'accesso a tutela legale e assistenza medica. Le condizioni detentive erano particolarmente severe e

organizzazione diretto a realizzare l'attacco (art. 7(1) e (2)(a) Statuto di Roma).

⁸ Ufficio del Procuratore, Allegato 4 alla Richiesta del Procuratore ai sensi dell'art. 58 di mandato di arresto nei confronti di Osama Elmasry / Almasri Njeem ("Osama Njeem"), 2 ottobre 2024, ICC-01/11-140-US-Exp-Anx4, LBY-OTP-00020210.

caratterizzate da sovraffollamento, scarsa igiene, isolamento prolungato e uso sistematico della tortura, impiegata sia come mezzo di coercizione per ottenere informazioni o confessioni, sia come strumento punitivo e di sottomissione. I detenuti erano sottoposti a umiliazioni, minacce e violenze fisiche, tra cui percosse con tubi di plastica e manganelli, ferite da arma da fuoco, elettrocuzioni, posizioni di stress (denominate “*balanco*” e “*falqa*”) e reclusione in spazi angusti. La brutalità inflitta rispondeva non solo a finalità repressive, ma, talvolta, anche al mero compiacimento delle autorità carcerarie.

Violenza sessuale e stupro come crimine di guerra e crimine contro l’umanità (artt. 8(2)(e)(vi) e 7(1)(g) Statuto di Roma) (par. 56-66)

Il Procuratore ha sostenuto che almeno 22 persone, tra cui un minore di cinque anni, sono state vittime di violenza sessuale all’interno del carcere di Mitiga. Gli abusi, perpetrati sia dal personale dell’SDF/RADA, compreso Elmasry, sia da altri detenuti, comprendevano molestie sessuali, aggressioni fisiche a sfondo sessuale, senza distinzioni di genere, e abusi su minori. I detenuti erano oggetto di violenze, minacce e umiliazioni, ispezioni corporali degradanti e perquisizioni invasive percepite come sessualmente umilianti. Inoltre, almeno sei detenuti sarebbero stati vittime di stupro, perpetrato sia dalle forze dell’SDF/RADA che da altri prigionieri. La Camera ha desunto l’assenza di consenso in capo alle vittime dal contesto coercitivo nel quale tali violenze si verificavano, aggravato dalla privazione della libertà e dalla estrema vulnerabilità dei soggetti, tra i quali, come anticipato, anche un minore.

Omicidio come crimine di guerra e crimine contro l’umanità (artt. 8(2)(c)(i), 7(1)(a) e 25(3)(f) Statuto di Roma) (par. 67-73)

Secondo la Camera preliminare I, almeno 34 detenuti sono stati uccisi nella prigione di Mitiga nel periodo considerato. Dalla documentazione esaminata dal collegio giudicante è emerso, infatti, che almeno quattro detenuti sono deceduti a causa di ferite da arma da fuoco; almeno 12 in conseguenza di torture o altri gravi maltrattamenti; circa 16 a causa della mancanza di cure mediche adeguate; e almeno due per essere stati costretti a dormire all’aperto nel cortile del carcere nonostante le temperature rigide.

Persecuzione come crimine contro l’umanità (art. 7(1)(h) Statuto di Roma) (par. 86-90)

Da ultimo, i giudici hanno evidenziato che gli individui provenienti dall’Africa subsahariana sono stati oggetto di trattamenti particolarmente degradanti durante la detenzione nella prigione di Mitiga⁹. Essi erano, infatti, considerati come “schiavi”, e

⁹ Appare particolarmente significativo in questo contesto il riconoscimento degli elementi idonei a integrare il crimine di persecuzione. Questo si sostanzia, infatti, in una grave e intenzionale privazione dei diritti fondamentali in violazione del diritto internazionale, per ragioni connesse all’identità del gruppo o della

dunque assegnati a lavori forzati e impiegati per compiti di gestione della struttura detentiva, come il trasporto e le perquisizioni. Venivano, inoltre, sottoposti a gravi violenze fisiche, tra cui l'imposizione di posizioni di stress, la costrizione in casse verticali (le "bare") e a percosse con il metodo della "falqa". Come anticipato, i detenuti che non aderivano alla fede religiosa dell'SDF/RADA – compresi coloro che si professavano di confessioni minoritarie, pratiche religiose non conformi o atei – erano sottoposti a maltrattamenti e costretti all'indottrinamento. Le vittime erano, inoltre, arrestate e detenute sulla base di una presunta o effettiva non conformità alla linea politica e ideologica dell'SDF/RADA, con particolare riferimento all'orientamento sessuale. Alla luce di tali elementi, la maggioranza della Camera ha ritenuto sussistenti ragionevoli motivi per affermare che diversi gruppi di civili erano perseguitati all'interno della prigione di Mitiga, in connessione con gli altri crimini contro l'umanità descritti nel mandato di arresto, come richiesto dall'art. 7(1)(h) Statuto di Roma¹⁰.

3. La responsabilità penale individuale di Elmasry: responsabilità per commissione diretta e indiretta ex art. 25(3) (par. 91-98) – Dal punto di vista della responsabilità individuale, il mandato di arresto si basa su diversi criteri di imputazione per i diversi crimini oggetto di indagine. Come noto, infatti, lo Statuto di Roma prevede diversi modelli di attribuzione della responsabilità penale, di tipo diretto (commissione diretta, individualmente o in concorso) e di tipo indiretto (ordine, istigazione, incoraggiamento; aiuto o assistenza; contributo nella realizzazione di un "piano condiviso" da parte di un gruppo)¹¹. Relativamente ai crimini di tortura, trattamenti crudeli, stupro, violenza sessuale ed omicidio, la Camera Preliminare I ha ritenuto che Elmasry potesse essere responsabile nella forma di commissione diretta ex art. 25(3)(a), Statuto di Roma. Emerge infatti che l'abuso fisico nei confronti dei detenuti era una pratica comunemente diffusa tra gli operatori del centro di Mitiga, che riportavano direttamente ad Elmasry. Questi, in alcune occasioni, avrebbe personalmente assistito a momenti in cui le guardie percuotevano o sparavano ai detenuti.

Alternativamente, i giudici hanno ritenuto che le stesse condotte potessero essere attribuite all'indagato nella forma della partecipazione accessoria nei crimini commessi da uno o più gruppi (art. 25(3)(d), Statuto di Roma), nella forma di avere ordinato la

collettività (art. 7(2)(g) Statuto di Roma). Rilevano, in particolare, motivi di natura politica, razziale, nazionale, etnica, culturale, religiosa o di genere sessuale, ovvero da altre ragioni non permissibili ai sensi del diritto internazionale (art. 7(1)(h) Statuto di Roma).

¹⁰ La Camera preliminare I ha ritenuto, invece, non sufficientemente sostanziate le accuse di altri atti inumani come crimine contro l'umanità (art. 7(1)(k) Statuto di Roma); tentato omicidio come crimine di guerra e crimine contro l'umanità (art. 8(2)(c)(i), 7(1)(a), e 25(3)(f) Statuto di Roma); emanazione di sentenze senza un preventivo giudizio avanti un tribunale regolarmente costituito e punizione sommaria come crimini di guerra (art. 8(2)(c)(iv) Statuto di Roma); schiavitù come crimine contro l'umanità (art. 7(1)(c) Statuto di Roma); schiavitù sessuale come crimine di guerra e crimine contro l'umanità (art. 8(2)(e)(vi) e 7(1)(g) Statuto di Roma).

¹¹ Il riferimento normativo è l'art. 25(3)(a-d) dello Statuto. A questi modelli di attribuzione della responsabilità, si aggiungono l'incitazione pubblica a commettere un genocidio (art. 25(3)(e)) e la responsabilità del superiore (art. 28).

commissione del crimine (art. 25(3)(b), Statuto di Roma) o in quella di complicità ex art. 25(3)(c), Statuto di Roma. Tali conclusioni sarebbero supportate dal fatto che Elmasry era al momento dei fatti il direttore, *de jure* o *de facto*, del centro detentivo di Mitiga: in tale veste, era responsabile delle guardie, come dimostrato dal fatto che ne organizzava i turni e dava loro ordini. Esercitava inoltre un controllo amministrativo sui detenuti, dal momento che presenziava e decideva in merito al collocamento dei detenuti per scopi organizzativi, a fini punitivi, o per impedire comportamenti rivoltosi. Ad ulteriore conferma del ruolo “gestionale” dell’indagato, si rileva inoltre che questi avrebbe istruito le guardie affinché si assicurassero di non lasciare segni visibili sui corpi dei detenuti e avrebbe punito il personale che forniva assistenza ai detenuti nel contattare le proprie famiglie o nell’ottenere del cibo.

Rispetto all’elemento soggettivo, la Corte ha ritenuto che le prove presentate dal Procuratore rappresentino ragionevoli motivi per ritenere che Elmasry abbia agito con dolo, così come richiesto dall’art. 30 dello Statuto. Tale norma, che richiede che il reo agisca con “conoscenza ed intenzione”, rappresenta infatti lo standard di colpevolezza richiesto dallo Statuto, ove non specificato altrimenti. A tal proposito, i giudici hanno valorizzato il fatto che Elmasry avrebbe contribuito alle condotte in esame, commettendole direttamente, assistendovi o ordinandole. La Corte ha evidenziato che l’indagato non poteva non essere consapevole della natura criminale di tali condotte, che non potevano essere in alcun modo giustificato – il riferimento in particolare è ai crimini di tortura e violenza sessuale. Inoltre, nella sua qualità di direttore del centro di Mitiga, anche qualora determinati fatti si fossero verificati in sua assenza, egli ne era consapevole o era almeno consapevole del fatto che tali fatti si sarebbero verificati nell’ordinario corso degli eventi¹².

4. La Situazione in Libia di fronte alla Corte penale internazionale. – La rilevanza che avrebbe assunto la consegna di Elmasry alla Cpi deve essere letta nel contesto delle indagini dell’Ufficio del Procuratore della Cpi nella Situazione in Libia, relative a crimini di guerra e crimini contro l’umanità commessi sin dall’inizio della guerra civile nel 2011. Nonostante la Libia non sia uno Stato parte dello Statuto di Roma, la Cpi avviava le indagini ex art. 13(b) dello Statuto di Roma sulla base di un *referral* da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, nel quale venivano condannati “la violenza e l’uso della forza contro i civili, [...] la grave e sistematica violazione dei diritti umani, compresa la repressione di manifestanti pacifici, [...] l’uccisione di civili e [...] l’incitamento all’ostilità e alla violenza contro la popolazione civile lanciato dai più alti

¹² Quest’ultimo inciso pare particolarmente rilevante, poiché riconferma l’orientamento della Corte in tema di dolo eventuale e colpa cosciente. Come attestato a seguito del contrasto interpretativo emerso nella giurisprudenza della Cpi in merito allo standard di colpevolezza richiesto dall’art. 30 dello Statuto di Roma, la Camera di appello accoglieva lo standard definito nel mandato d’arresto in esame, osservando invece che l’adozione del termine “rischio” è fuorviante per via delle implicazioni incerte che comporta in tema di dolo eventuale e colpa cosciente e pertanto deve essere evitata (Cpi, Situazione nella Repubblica Democratica del Congo, Procuratore c. Thomas Lubanga Dyilo, ‘Judgment on the appeal of Mr Thomas Lubanga Dyilo against his conviction’, 1 dicembre 2014, [ICC-01/04-01/06 A 5](#), par. 449).

livelli del governo libico”, allora sotto Muammar Gheddafi¹³. Inizialmente, l’attività della Corte si era pertanto concentrata sui crimini di guerra commessi nell’ambito del conflitto armato che aveva coinvolto il regime e diverse milizie e gruppi armati formatisi in quel contesto. Come ben ricostruito tramite testimonianze dirette delle vittime, raccolte da organizzazioni della società civile¹⁴ e dalla *Fact Finding Mission* delle Nazioni Unite¹⁵, per il proprio sostentamento ed ai fini di consolidare il proprio potere sul territorio tali milizie hanno concepito sistemi di sfruttamento basati sulla detenzione arbitraria a fini di estorsione, riduzione in schiavitù e ottenimento di informazioni tramite tortura. Oltre ad essere ormai univocamente qualificate come crimini contro l’umanità¹⁶, il mandato d’arresto in esame conferma che tali condotte rappresentano altresì potenziali crimini di guerra in quanto derivanti da, e funzionali a, il proseguimento del conflitto armato originato nel 2011.

Alla luce di ciò, l’Ufficio della Procura aveva suddiviso le indagini nella Situazione in Libia in quattro distinti filoni di indagine tra loro connessi: (a) le violenze del 2011; (b) i crimini nelle strutture di detenzione; (c) i crimini legati alle operazioni 2014-2020; (d) i crimini contro i migranti¹⁷. Allo stato attuale, tuttavia, solo il primo filone aveva portato all’apertura di casi nei confronti di specifici indagati, casi che risultavano però da diversi anni inattivi¹⁸. I primi procedimenti venivano infatti estinti per la morte degli indagati (Muammar Gheddafi; Al-Tuhamy Mohamed Khaled; Mahmoud Mustafa

¹³ Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, [Risoluzione 1970 \(2011\)](#), 26 febbraio 2011.

¹⁴ Ad esempio: [Amnesty International, Libya: ‘No one will look for you’: Forcibly returned from sea to abusive detention in Libya](#), 15 luglio 2021; HRW, [No Escape from Hell: EU policies contribute to abuse of migrants in Libya](#), gennaio 2019; MSF, [Human Suffering – Inside Libya’s Migrant Detention Centres](#), 2 novembre 2017; MEDU, [The Torture Factory: Report on Human Rights Violations Against Migrants and Refugees in Libya \(2014-2020\)](#), marzo 2020.

¹⁵ In particolare, relativamente a Mitiga, si vedano: UNGA, Human Rights Council, Report of the Independent Fact Finding Mission on Libya, [A/HRC/52/83](#) (20 marzo 2023), para. 57-58, 61-66, 84, 97; UNGA, Human Rights Council, Report of the Independent Fact Finding Mission on Libya, [A/HRC/50/63](#) (22 giugno 2022), para. 36-39, 65-66, 92-93. La trasformazione di Mitiga in un centro di violazioni sistematiche nei confronti dei detenuti è attestata anche del report presentato dal Panel of Experts on Libya nel settembre 2023: Letter dated 14 September 2023 from the Panel of Experts on Libya established pursuant to resolution 1973 (2011) addressed to the President of the Security Council, 15 settembre 2023, [S/2023/673](#), par. 44 e Appendix A to Annex 16, p. 86.

¹⁶ *Ex multis*: F. PACELLA, Cooperazione Italia-Libia: Profili di responsabilità per crimini di diritto internazionale, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.* 4/2018, pp. 5-23; C. COSTELLO – I. MANN, Border Justice: Migration and Accountability for Human Rights Violations, in *German Law Journal*, 2020, pp. 311-334; I. KALPOUZOS, International Criminal Law and the Violence against Migrants, in *German Law Journal*, 2020, pp. 571-597; D. TARANTINO, Politiche anti-migratorie e responsabilità dei vertici politico-istituzionali per crimini contro l’umanità, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 1/2021, pp. 239-265; In questa *Rivista*: M. CRIPPA, Giustizia penale internazionale e crimini commessi nei confronti di migranti e rifugiati in Libia: una comunicazione ex art. 15 Statuto di Roma sollecita il Procuratore all’apertura di indagini per crimini contro l’umanità e crimini di guerra di fronte alla Corte penale internazionale, 23 dicembre 2021.

¹⁷ Si vedano in tal senso le dichiarazioni annuali del Procuratore al Consiglio di Sicurezza. Da ultimo: [Twenty-eighth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the United Nations Security Council Pursuant to Resolution 1970 \(2011\)](#), 19 novembre 2024, par. 27.

¹⁸ Sia consentito il rinvio a: L. PARSI, La Camera preliminare dichiara estinto il procedimento a carico di Al-Werfalli. Cosa resta delle indagini della Cpi nella Situazione in Libia?, *Ridpp* 3/2022, 1391-1394.

Busayf Al-Werfalli)¹⁹, altri per loro inammissibilità in forza del principio di complementarità *ex art. 17* Statuto di Roma, in quanto i medesimi fatti risultavano giudicati da un tribunale domestico (Abdullah Al-Senussi)²⁰, mentre rimane latitante Saif Al-Islam Gheddafi. Il filone d'indagine relativo alle operazioni 2014-2020, con particolare riferimento ai crimini commessi dalla milizia Al Kaniyat a Tarhunah, ha invece dato origine a sei mandati d'arresto desecretati a ottobre 2024²¹.

Alla luce dei fatti contestati, il mandato d'arresto nei confronti di Elmasry si colloca presumibilmente all'intersezione tra i filoni d'indagine relativi rispettivamente ai crimini nelle strutture di detenzione e ai crimini contro i migranti. Rispetto a quest'ultimo, l'Ufficio della Procura aveva finora preferito un approccio orientato verso la c.d. complementarità positiva, affidando l'indagine e la prosecuzione dei crimini principalmente alle giurisdizioni nazionali coinvolte: in attuazione della nuova *policy* del Procuratore in materia di complementarità e cooperazione, la strategia perseguita è di sostenere gli "gli sforzi [...] a livello nazionale, anche in relazione ai migranti in Libia", al contempo mantenendo il proprio ruolo di coordinamento e supervisione delle iniziative nazionali e regionali²². Proprio a tale scopo, dal 2022 l'Ufficio della Procura si è unito alla Squadra comune *Thalassa*, composta dalle autorità giudiziarie di Italia, Paesi Bassi, Spagna e Regno Unito e istituita ai sensi dell'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale²³. La Squadra comune mira a facilitare, con il supporto di Europol e Interpol, la condivisione di materiale probatorio e l'esecuzione di atti d'indagine, mandati di arresto e procedure di estradizione sulle gravi violenze commesse contro i migranti in Libia. D'altro canto, la ambiguità e problematicità del ruolo dell'Italia nelle vicende di sfruttamento e violenza nei confronti dei migranti è da tempo stata messa in luce in una serie di esposti presentati da vittime ed organizzazioni della società civile, sia presso la Cpi che dinanzi a corti nazionali²⁴.

¹⁹ Cpi, Camera preliminare I, Situazione in Libia, Decisione di archiviazione del caso contro Muammar Mohammed Abu Minyar Gheddafi, 22 novembre 2021, [ICC-01/11-01/11-28](#); Decisione di estinzione del procedimento nei confronti di Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli, 15 giugno 2022, [ICC-01/11-01/17-24](#); Decisione di estinzione del procedimento nei confronti di Al-Tuhamy Mohamed Khaled, 7 settembre 2022, [ICC-01/11-01/13-38 07-09-2022](#).

²⁰ Cpi, Camera preliminare I, Situazione in Libia, Decisione sull'ammissibilità del caso contro Abdullah Al-Senussi, 11 ottobre 2013, [ICC-01/11-01/11-466-Red](#).

²¹ Cpi, Camera preliminare I, Situazione in Libia, Versione pubblica redatta di Sotto segreto, ex parte, a disposizione solo dell'accusa, con gli allegati pubblici da 1 a 6 Decisione che accoglie la richiesta della Procura di togliere i sigilli a sei mandati d'arresto, 4 ottobre 2024, [ICC-01/11-141-Red](#).

²² Ufficio del Procuratore, [Policy sulla complementarità e la cooperazione](#), aprile 2024.

²³ Ufficio del Procuratore, [Press release Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Team on crimes against migrants in Libya](#), 7 settembre 2022. La cooperazione tra autorità nazionali ha condotto all'arresto e all'estradizione in Italia e nei Paesi Bassi di individui sospettati di gravi crimini nei confronti dei migranti in Libia, cfr. Ufficio del Procuratore, [Press release Statement of ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC on arrest and extradition of suspects in relation to crimes against victims of trafficking in Libya](#), 21 ottobre 2022; Netherlands Public Prosecution Service, [Press release Netherlands Public Prosecution Service charges Eritrean for violence against migrants](#), 12 aprile 2024.

²⁴ Si veda: L. PARSÌ, F. VITARELLI, Attuazione delle politiche anti-migratorie e crimini contro l'umanità: emergenti parallelismi ed esigenze di coordinamento tra giustizia penale nazionale e internazionale, in *Sist.*

5. Il mancato arresto di Elmasry da parte dell'Italia: conseguenze sul piano nazionale ed internazionale

Come esplicitamente sottolineato da una recente nota dell'ANM²⁵, e contrariamente a quanto asserito dal Presidente del Consiglio, il mancato trasferimento di Elmasry da parte dell'Italia rappresenta non una necessaria decisione dell'autorità giudiziaria, ma il frutto di una scelta politica del Governo, in piena violazione degli obblighi imposti da norme nazionali ed internazionali²⁶. L'Italia è infatti vincolata da un obbligo di cooperazione con la Cpi, ex art. 86 Statuto di Roma, ratificato dall'Italia con l. 232 del 1999. Tale obbligo, nel caso di specie, si declinava nel dovere di arrestare e consegnare l'indagato in virtù dell'art. 89(1), Statuto di Roma²⁷, che impone agli Stati parte di rispondere ad ogni richiesta di arresto e di consegna secondo le disposizioni dello Statuto e le procedure previste dalla loro legislazione nazionale. Come già ampiamente analizzato altrove²⁸, le procedure sono chiaramente delineate dalla l. 237/2012, in virtù della quale la trasmissione degli atti è affidata al Ministro della Giustizia che, ex art. 2, comma 1 della l. 237/2012, cura in via esclusiva i rapporti con la Cpi, ad egli competendo di ricevere le richieste dalla Corte e darvi seguito. Ad un evidente inadempimento da parte del Ministro della Giustizia, si aggiungono le possibili responsabilità penali di diversi membri del Governo, oggetto, come è noto, di due diversi esposti presentati alla Procura di Roma²⁹. Il primo, già comunicato ex art. 6 comma 1 della legge costituzionale n. 1/1989³⁰, sarebbe stato rivolto nei confronti del Presidente del Consiglio Giorgia Meloni, del Ministro dell'Interno Matteo Piantedosi, del Ministro della Giustizia Carlo Nordio e del sottosegretario alla presidenza del Consiglio, Alfredo Mantovano, titolare della delega ai servizi segreti, per i reati di cui agli artt. 314 e 378 c.p. Il secondo esposto, presentato direttamente da un testimone e vittima dei reati commessi da Elmasry, è rivolto contro gli stessi ministri per il reato di cui all'art. 314 c.p. Parallelamente, la Cpi ha avviato delle procedure di verifica rispetto

Pen., 9/2023, p. 5 e ss.; M. CRIPPA, Prosecuting Crimes Against Migrants Before Italian Courts: The Challenge of Extraterritorial Justice, *Journal of International Criminal Justice*, in corso di pubblicazione (settembre 2025), ricerca condotta nell'ambito del [Progetto Joined Up Justice](#) dell'Università di Tilburg (Paesi Bassi).

²⁵ ANM, [Almasri liberato per inerzia del ministro della Giustizia](#), 27 gennaio 2025.

²⁶ A. DI MARTINO, [La decisione ministeriale di non consegnare un sospetto criminale internazionale come legittimo atto politico discrezionale?](#), *Questione Giustizia*, 5 febbraio 2025. Si vedano anche i comunicati del [Centro Studi di Politica Internazionale](#) e della [Società Italiana di Diritto Internazionale e di Diritto dell'Unione Europea](#).

²⁷ La norma in particolare recita: "La Corte può presentare a qualsiasi Stato nel cui territorio è suscettibile di trovarsi la persona ricercata una richiesta di arresto e consegna, unitamente alla documentazione giustificativa indicata all'articolo 91, e richiedere la cooperazione di questo Stato per l'arresto e la consegna di tale persona. Gli Stati Parti rispondono ad ogni richiesta di arresto e di consegna secondo le disposizioni del presente capitolo e le procedure previste dalla loro legislazione nazionale."

²⁸ Cfr. *supra*: nota 5.

²⁹ Il dato si apprende da fonti giornalistiche: Ansa, [Avvocato denuncia Meloni e Piantedosi su caso Almasri](#) (23 gennaio 2025); Melting Pot, [Caso Almasri: Lam Magok denuncia il Governo italiano per 'favoreggiamento'](#) (4 febbraio 2025).

³⁰ ANM, [No avviso di garanzia, ma atto dovuto](#), 28 gennaio 2025.

alla (mancata) azione dell'Italia, sottolineando il dovere degli Stati parte di cooperare con la Corte³¹. Il 5 febbraio 2025 i difensori di una delle presunte vittime di Elmasry hanno inviato all'Ufficio del Procuratore una richiesta di procedere nei confronti di Meloni, Nordio e Piantedosi per reati contro l'amministrazione della giustizia, ai sensi dell'art. 70 Statuto di Roma³². In questa prospettiva assume, dunque, rilevanza la mancata consegna di Elmasry alla Cpi da parte dell'Italia, cui consegue non solo la frustrazione degli obblighi di cooperazione giudiziale assunti in sede internazionale, ma altresì la vanificazione dell'efficacia stessa del mandato di arresto nel futuro prossimo.

³¹ Cpi, [Situation in Libya: ICC arrest warrant against Osama Elmasry Njeem for alleged crimes against humanity and war crimes](#) (22 gennaio 2025).

³² Vittima A/75000/23, Richiesta di procedere ai sensi dell'art. 70 Statuto di Roma nei confronti di Giorgia Meloni, Carlo Nordio e Matteo Piantedosi, 5 febbraio 2025, ICC-01/11.

**LA CASSAZIONE SUL NUOVO ART. 314 BIS C.P.:
CONTINUITÀ NORMATIVA CON L'ABUSO D'UFFICIO DISTRATTIVO
E NESSUNA INTERFERENZA CON IL PECULATO**

*Cass. Sez. VI, 23.10.2024 (dep. 4.2.2025), n. 4520, Felicita, Pres. Fidelbo, Rel.
D'Arcangelo*

di Gian Luigi Gatta

1. Con la sentenza che può leggersi in allegato, la Sesta Sezione della Corte di cassazione si pronuncia per la prima volta sulla nuova fattispecie di cui all'art. 314 bis c.p. ("Indebita destinazione di denaro o beni mobili"), introdotta in sede di conversione del d.l. n. 92/2024, poco prima dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., ad opera della l. n. 114/2024 (c.d. legge Nordio). La sentenza fornisce alcune rilevanti coordinate ermeneutiche, anche con riferimento ai rapporti con altre figure di reato – il peculato e l'abolito abuso d'ufficio – e ai relativi profili di diritto intertemporale. Ricordiamo che l'art. 314 bis c.p. punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni "fuori dei casi previsti dall'articolo 314, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto".

Per quanto riguarda le imputazioni rilevanti in questa sede, i fatti oggetto del giudizio, commessi prima dell'introduzione dell'art. 314 bis c.p., sono stati contestati e poi qualificati nella sentenza impugnata a titolo di *peculato*. Chiamato a rispondere di tale reato è il presidente di una federazione sportiva legata al CONI, la cui qualifica pubblicistica, in relazione ai fatti di cui si tratta, viene confermata dalla Cassazione.

Nell'impugnare la sentenza di condanna, il ricorrente sosteneva la tesi dell'intervenuta parziale *abolitio criminis* del peculato, per effetto dell'introduzione della nuova incriminazione di cui all'art. 314 bis c.p. (evidentemente irretroattiva): prospettava in altri termini l'estromissione dalla sfera del peculato (art. 314 c.p.) dei fatti distrattivi del tipo di quelli contestati nel caso di specie.

2. La tesi del ricorrente è stata ritenuta *priva di fondamento*, con una motivazione articolata e persuasiva (cfr. pp. 20 e ss. della sentenza).

Anzitutto, la Cassazione ribadisce autorevolmente quel che anche [in questa Rivista](#) abbiamo sostenuto, *illo tempore*, a proposito della *ratio* dell'introduzione del nuovo delitto ex art. 314 bis c.p.: suo malgrado il Governo, nell'abolire l'abuso d'ufficio, è stato costretto a colmare uno dei tanti conseguenti vuoti di tutela penale perché, in rapporto all'abuso distrattivo d'ufficio – cioè alle condotte di distrazione di beni, lesive di interessi finanziari dell'UE –, è previsto un obbligo espresso di incriminazione dalla c.d. Direttiva PIF (Direttiva UE 2017/1371, art. 4 § 3). Non a caso,

ricordiamo che nell'art. 322 *bis* c.p. il riferimento all'art. 323 c.p. – inserito in attuazione della Direttiva PIF alla fine del 2022 dal Governo Draghi – è stato ora sostituito con quello all'art. 314 *bis* c.p. Non si tratta però solo di essere *compliant* al diritto dell'Unione: la Cassazione ricorda infatti un passaggio della relazione ministeriale di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 92/2024 nel quale si fa riferimento, con prospettiva tutta domestica, alla necessità di chiarire il destino delle condotte distrattive non comportanti appropriazione. Ciò in quanto è risaputo che la giurisprudenza inquadrava tali condotte, ormai da tempo, nell'abuso d'ufficio (c.d. distrattivo). In particolare, come ribadisce la sentenza annotata, l'uso di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integrava l'abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione fosse avvenuto in violazione di regole contabili, sebbene fosse stato funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti. Per contro, integrava (ed integra) il più grave reato di peculato la condotta distrattiva *per appropriazione*, realizzata cioè “per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali”.

3. *Quid iuris* dopo l'abrogazione dell'art. 323 c.p. e a fronte della contestuale introduzione dell'art. 314 *bis* c.p. che, con le parole della Sesta Sezione, dà vita a una fattispecie dalla “struttura ibrida, in quanto mutua gli elementi costitutivi in parte dal peculato e in parte dall'ormai abrogato abuso d'ufficio”? La risposta della S.C. è chiara, netta, e può essere così compendiate: il legislatore, “consapevole del diritto vivente”, che inquadra(va) le distrazioni appropriate (i.e. le condotte propriamente appropriate) nel peculato e le condotte distrattive (non appropriate) nell'abuso d'ufficio, ha mantenuto “inalterato l'ambito applicativo del peculato”, con il quale la nuova incriminazione “non interferisce”, ed è intervenuta solo sulle condotte di abuso distrattivo inquadrando senza soluzione di continuità nella nuova fattispecie di cui all'art. 314 *bis* c.p., impedendo così che si verificasse, in rapporto a quelle condotte, una *abolitio criminis* per effetto dell'abrogazione dell'art. 323 c.p.

3.1. L'art. 314 *bis* non è per la S.C. una sorta di ‘peculato *minor*’, destinato ad assorbire una parte delle sottofattispecie del ‘peculato *maior*’: *nessuna derubricazione* possibile, quindi, e *nessuna successione di leggi penali* nel tempo tra gli artt. 314 e 314 *bis* c.p., con applicazione delle più favorevoli pene comminate dalla nuova e meno grave figura di reato. Decisiva è infatti per la S.C. la clausola di riserva con la quale si apre l'art. 314 *bis* c.p. (“fuori dai casi previsti dall'art. 314 c.p.”): con essa “il legislatore ha inteso escludere un'incidenza della nuova fattispecie sull'ambito applicativo dell'art. 314 c.p., per come interpretato dal diritto vivente”. La clausola di riserva si spiega proprio in ragione del fatto che, secondo il diritto vivente, alcune distrazioni (quelle più gravi, per appropriazione) rientrano nel peculato. Ecco allora, con le parole della S.C., che “la tipicità della fattispecie dell'art. 314 *bis* c.p. si staglia una volta esclusa la ricorrenza della fattispecie di peculato di cui all'art. 314 c.p.”. In altri termini, la nuova fattispecie “interviene solo sulle condotte di abuso distrattivo”, fino a ieri riconducibili all'art. 323 c.p. Per evitare equivoci, il legislatore non ha riproposto il lemma “*distrae*”, già presente nell'art. 314 c.p. prima della riforma del 1990 e che richiama anche le

condotta di distrazione per appropriazione, inquadrata dal diritto vivente nel peculato, ma ha usato la locuzione “destina ad uso diverso”. In forza della clausola di riserva, questa locuzione “implica pur sempre l’immanenza di una finalità pubblica, che, per quanto differente da quella prevista dal legislatore, deve pur sempre essere presente”.

3.2. In conclusione. Nessuna interferenza tra art. 314 e art. 314 *bis* c.p. e, pertanto nessuna successione di leggi e applicazione dell’art. 2 c.p. (né del secondo né del quarto comma). Successione di leggi penali e continuità normativa, invece, tra art. 323 c.p. e art. 314 *bis* c.p., limitatamente all’abuso distrattivo: fuori gioco l’art. 2, co. 2 c.p. (nessuna *abolitio criminis* e, pertanto, impossibilità di invocare la revoca delle condanne passate in giudicato), si applica l’art. 2, co. 4 c.p., con rideterminazione della pena secondo la disciplina più favorevole prevista dall’art. 314 *bis* c.p. La S.C. ha infatti annullato con rinvio la sentenza impugnata, ai fini della rideterminazione della pena.

Attenzione, però. La S.C., con un opportuno *obiter dictum*, sottolinea come, in rapporto all’abuso d’ufficio distrattivo, l’abrogazione dell’art. 323 c.p. ha comportato invece una *abolitio criminis* con riferimento, da un lato, (a) alle condotte che abbiano ad oggetto beni immobili – non contemplati nell’art. 314 *bis* c.p., che si riferisce a denaro e cose mobili –; dall’altro lato, (b) in relazione alle condotte che non abbiano comportato violazione di specifiche disposizioni di legge e di disposizioni che lasciano residuare margini di discrezionalità del pubblico agente. A ben vedere, peraltro, quest’ultima *abolitio criminis* era però già stata determinata dalla riforma dell’abuso d’ufficio, realizzata nel 2020 prima della sua soppressione, nel 2024.

E’ appena il caso di sottolineare, come da noi sostenuto [in altra sede](#), che questi esiti di *abolitio criminis* evidenziano il contrasto della riforma di cui alla l. n. 114/2024 con la Direttiva PIF, che non esclude dall’obbligo di incriminazione ivi previsto le condotte predette. Eventuali questioni di legittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 11 e 117, co.1 Cost., potranno essere sollevate – si noti – solo nei procedimenti in cui vengano in rilievo condotte offensive di interessi finanziari dell’UE.

3.3. Va segnalato, infine, che i principi affermati dalla Sezione Sesta sono destinati a produrre effetti anche rispetto al traffico di influenze illecite, come riformato dalla stessa l. n. 114/2024. Se è vero che la mediazione illecita è oggi solo quella diretta a indurre l’agente pubblico a compiere un atto contrario ai doveri d’ufficio “costituente reato”; e se è pertanto vero che la mediazione volta (come per lo più avviene) a far commettere un abuso d’ufficio non integra più il delitto di cui all’art. 346 *bis* c.p., è però vero che, con l’avallo della sentenza annotata, continua ad essere penalmente rilevante come traffico di influenze la mediazione diretta a far commettere un abuso distrattivo, oggi inquadrabile, senza soluzione di continuità, nell’art. 314 *bis* c.p.

Esattamente in questo senso, citando anche la sentenza della Sezione Sesta qui annotata, si è pronunciata pochi giorni dopo la Prima Sezione della Cassazione nel confermare il rigetto dell’istanza di revoca di una sentenza definitiva di condanna a carico dell’ex Sindaco di Roma Gianni Alemanno (cfr. Cass. Sez. I, 10.1.2025 (dep. 7.2.2025), n. 5041, Alemanno, Pres. De Marzo, Rel. Fiordalisi). Rimandiamo, in proposito, alla [sentenza pubblicata su questa Rivista](#).

**TERRA DEI FUOCHI:
VIOLATO IL DIRITTO ALLA VITA DEGLI ABITANTI.
PRIME OSSERVAZIONI IN ORDINE ALLE POSSIBILI RIPERCUSSIONI
SUL DIRITTO PENALE AMBIENTALE DI UNA STORICA SENTENZA (*)**

C. eur. dir. uomo, Sez. I, 30 gennaio 2025, Cannavacciuolo et al. C. Italia

di Stefano Zirulia

1. Con la sentenza *Cannavacciuolo e altri* la Corte europea dei diritti dell'uomo ha condannato all'unanimità l'Italia per violazione dell'art. 2 Cedu, in ragione dell'omessa adozione di misure, preventive e repressive, idonee a fronteggiare la grave situazione di inquinamento ambientale che da decenni affligge una vasta area della Regione Campania nota come Terra dei Fuochi, abitata da quasi 3 milioni di persone. L'inquinamento, provocato da un sistema illecito di raccolta, abbandono, seppellimento e combustione di rifiuti, anche pericolosi, attraverso il quale la criminalità organizzata offriva servizi di smaltimento a basso costo, ha determinato l'aumento di incidenza di patologie di varia natura, inclusi i tumori, tra gli abitanti delle aree contaminate, così compromettendo, secondo la Corte di Strasburgo, il loro diritto alla vita.

La sentenza riunisce quattro diversi ricorsi presentati nel 2014 e 2015 da quarantuno persone fisiche e cinque associazioni. In via preliminare la Corte europea ha stralciato o dichiarato irricevibili trentaquattro posizioni di persone fisiche, in ragione della loro tardività (v. *infra*), o della circostanza che i ricorrenti o i loro famigliari non avessero risieduto in uno dei novanta Comuni classificati come appartenenti alla Terra dei Fuochi dai decreti interministeriali emanati nel 2013, 2014 e 2015 (§215-219). Sono stati altresì dichiarati irricevibili *ratione personae* i ricorsi presentati da cinque associazioni di residenti, da un lato considerando la tipologia di violazioni lamentate riferibile solo alle persone fisiche; dall'altro tracciando un espresso *distinguishing* rispetto alla recente pronuncia *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz e altri*, che come noto ha condannato la Svizzera per omessa adozione di misure idonee a fronteggiare il cambiamento climatico, segnatamente il fatto che l'associazione di signore svizzere ricorrente rappresentasse anche i diritti di generazioni future (§220; sul punto v. peraltro le opinioni separate dei giudici Krenk e Serghides).

La Corte ha rilevato la violazione dell'art. 2 Cedu rispetto a sette persone fisiche affette da disturbi respiratori o patologie oncologiche, ritenendo non necessario esaminare le sovrapponibili censure riconducibili all'art. 8 Cedu. Rinviando a successiva determinazione l'accertamento e la quantificazione dei danni non patrimoniali *ex art.* 41

(*) *L'autore del presente commento ha contribuito, in qualità di membro del Centro MacroCrimes dell'Università di Ferrara, alla redazione dell'intervento di "amicus curiae" citato ai §§ 268, 368 e 369, della sentenza.*

Cedu, la Corte ha condannato l'Italia, ai sensi dell'art. 46, all'adozione di misure di ordine generale, essenzialmente consistenti nella realizzazione degli interventi a tutela dell'ambiente e della salute la cui protratta omissione ha fondato la condanna (§ 495-500). L'Italia avrà due anni di tempo per adempiere, decorrenti dal momento in cui la pronuncia diverrà definitiva, e nel frattempo rimarranno sospesi – secondo lo schema della procedura pilota, ritenuto applicabile al caso di specie in ragione del carattere diffuso e sistematico delle violazioni accertate, nonché della loro verosimile attuale perduranza (§490) – altri settantadue analoghi ricorsi, presentati da circa 4700 persone.

2. I fatti oggetto della pronuncia si sono sviluppati nell'arco di oltre trent'anni, durante i quali il sistematico smaltimento illegale di rifiuti, anche pericolosi, in aree comprese tra le Province di Napoli e Caserta, ha determinato condizioni di inquinamento dell'aria, del suolo e delle acque gravemente pregiudizievoli per la salute dei residenti. La parte in fatto della sentenza ricostruisce in ordine cronologico il susseguirsi delle tappe e dei documenti che lasciano progressivamente emergere un quadro coerente di prassi illecite e inerzie statali ai danni dei residenti nei novanta Comuni campani appartenenti alla Terra dei Fuochi. Vengono in particolare analizzati i lavori delle sette commissioni parlamentari d'inchiesta istituite tra il 1995 e il 2018, dai quali emerge, tra l'altro, come il problema dello smaltimento illecito fosse noto sin dal 1988 e come le prime indagini furono avviate negli anni '90. Si dà conto del fatto che, nel 1997, la seconda commissione parlamentare beneficiò delle informazioni fornite da un collaboratore di giustizia, rivelatrici del carattere sistematico e diffuso degli abusi, le quali furono tuttavia sottoposte a segreto di Stato per quindici anni. I rapporti rilasciati da organismi istituzionali e associazioni nel corso degli anni hanno come comune denominatore la descrizione delle modalità di raccolta, occultamento, interrimento e combustione dei rifiuti (pratica dalla quale Legambiente ricavò il suggestivo nome poi divenuto di uso comune); i ritardi e l'inadeguatezza delle misure adottate dai Governi via via succedutisi; le carenze riscontrabili del quadro normativo amministrativo e penale. Vengono altresì passati analiticamente in rassegna gli studi epidemiologici, condotti anche a livello istituzionale, che hanno evidenziato in maniera sempre più chiara l'aumento dell'incidenza di patologie eziologicamente correlabili alla tipologia di sostanze tossiche disperse nell'ambiente, incluse numerose malattie tumorali e malformazioni. Ancora, si dà conto delle condanne riportate dall'Italia dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea a seguito delle procedure di infrazione per violazione delle disposizioni dettate dalle direttive in materia di rifiuti (Commissione c. Italia, C-135/05; C-297/08; C-653/13).

3. Dopo avere rigettato l'eccezione del Governo in punto di mancato esaurimento delle vie di ricorso interne (rilevando, tra l'altro, che tali non potevano considerarsi i rimedi civilisticifinalizzati al mero ristoro del danno, stante la situazione di grave contaminazione ambientale e inerzia statale lamentata dai ricorrenti, §273), la Corte si confronta con l'ulteriore eccezione relativa al mancato rispetto del termine per la presentazione del ricorso (pari a sei mesi, trattandosi di ricorsi presentati prima della riduzione a quattro mesi, intervenuta nel 2022). Stante, come appena ricordato, l'assenza

di vie di ricorso effettive, il problema viene incentrato sulla fissazione del *dies a quo*. Sul punto la Corte tratteggia una distinzione tra due categorie di ricorrenti. Per coloro che, al tempo della proposizione del ricorso, ancora risiedevano nelle aree contaminate, la Corte afferma che il termine non aveva in quel momento nemmeno iniziato a decorrere, tenuto conto del carattere perdurante della violazione lamentata (§283). Per coloro che invece, al momento del ricorso, non risiedevano più nelle aree contaminate, e analogamente per i ricorrenti rappresentanti di famigliari deceduti, la Corte fissa il *dies a quo* al 31 dicembre 2013, ritenendo che da quel momento i ricorrenti erano certamente in grado di rendersi conto degli effetti dell'inquinamento sulla salute propria o dei propri congiunti (tanto sulla scorta delle informazioni desecretate dal Parlamento italiano nel mese di ottobre e ampiamente diffuse dai media, alle quali aveva fatto seguito l'adozione del d.l. n. 136, primo atto normativo finalizzato ad affrontare sistematicamente il problema della Terra dei Fuochi, §284-296).

4. Nel merito, il primo, e cruciale, quesito affrontato dalla Corte riguarda l'applicabilità dell'art. 2 della Convenzione.

Il Governo, argomentando sul piano della ricevibilità, aveva sostenuto che, stante l'assenza di prove in ordine ai nessi di causalità individuale tra l'esposizione alle sostanze tossiche rilasciate dai rifiuti e le patologie, di natura multifattoriale, sviluppate dai ricorrenti, il caso potesse essere tutt'al più ricondotto all'art. 8 Cedu; e che pertanto i ricorsi avrebbero dovuto essere dichiarati irricevibili con riferimento alle doglianze relative al diritto alla vita per asserita mancanza del "victim status" in capo ai loro proponenti (§223-227).

La Corte, ricondotta la questione al merito delle doglianze (§383-392), si sofferma preliminarmente su quelle che reputa essere le peculiarità del caso di specie, delle quali afferma di dover "tenere conto" per garantire al diritto alla vita concretezza ed effettività. Anzitutto – osservano i giudici – la vicenda sotto esame si distingue dai numerosi precedenti sui quali si è sviluppata la giurisprudenza "ambientale" della Corte, poiché non riguarda singoli fattori inquinanti, o singole attività che li originano, né un'area geografica sufficientemente delimitata. Vengono infatti in rilievo una molteplicità di fonti inquinanti, distribuite in maniera estesa e complessa, nonché diverse modalità di esposizione umana. In secondo luogo – prosegue la Corte – a differenza della maggior parte dei casi affrontati in passato, non si tratta qui di attività inquinanti a base lecita, bensì di attività abusive svolte al di fuori di qualsivoglia cornice normativa da gruppi criminali organizzati, nonché industrie, imprese e individui (§384).

Ciò premesso, la Corte evidenzia che il Governo non contesta la pericolosità per la salute e financo per la vita umana dei rifiuti tossici illegalmente smaltiti nella Terra dei Fuochi, bensì la possibilità di dimostrare il nesso causale tra l'esposizione a quei fattori di rischio e le specifiche patologie lamentate dai singoli ricorrenti (§386). Ad avviso dei giudici di Strasburgo, tuttavia, il fatto che le autorità italiane fossero consapevoli di siffatti pericoli almeno dai primi anni '90, e che i sospetti in ordine ai rischi cancerogeni fossero stati sollevati già dalla prima commissione parlamentare di inchiesta (1996), per poi maturare grazie agli studi epidemiologici pubblicati nel 2004 e nel 2005, sono elementi sufficienti a fondare la conclusione secondo cui, sin da allora,

esisteva la consapevolezza di un pericolo per la vita dotato di caratteristiche – segnatamente la serietà, l'autenticità, la dimostrabilità, nonché l'imminenza (stante il perdurante risiedere dei ricorrenti nelle zone contaminate) – tali da far scattare gli obblighi positivi discendenti dall'art. 2 Cedu, senza necessità di dimostrare i nessi di causalità individuale tra l'esposizione e le singole patologie (§387-390). A rafforzamento della conclusione, la Corte osserva, richiamando esplicitamente il principio di precauzione, che l'incertezza in ordine ai singoli nessi causali non può far venire meno il dovere di ricercare, identificare e valutare i rischi, posto che altrimenti lo Stato potrebbe beneficiare della propria inerzia per sottrarsi alle proprie responsabilità (§391).

5. Sciolto il nodo relativo all'applicabilità dell'art. 2, la Corte passa in rassegna gli obblighi positivi discendenti dal diritto alla vita e si interroga in ordine al loro rispetto da parte dell'Italia, giungendo per ognuno di essi a conclusioni di segno negativo.

Anzitutto la Corte si chiede se le autorità abbiano adottato idonee misure di *risk assesment*, consistenti nell'identificazione delle aree inquinate, nonché nella verifica dei livelli di inquinamento di aria, acqua e suolo. Sul punto la Corte censura: la pressoché totale assenza di iniziative durante i primi vent'anni in cui il problema era già noto; i ritardi e l'incompletezza delle mappature eseguite sulla base del d.l. n. 136/2013 (conv. in l. n. 6/2014), anche in ragione della settorialità di tali interventi (relativi solo ai terreni agricoli, non invece all'acqua e all'aria); la mancanza di informazioni relative all'aggiornamento delle mappature eseguite, particolarmente importanti in ragione delle evidenze documentali che suggeriscono come, in anni recenti, il fenomeno fosse ancora in corso (§398-411).

In secondo luogo, volgendo lo sguardo al *risk management*, la Corte sottolinea la mancata o ritardata attuazione dei divieti di utilizzo dei territori contaminati, nonché le carenze riscontrabili nei piani di bonifica (spesso rimasti a livello meramente progettuale o eseguiti in maniera non sistematica né coordinata), criticità queste ultime già messe in luce dalla Sesta Commissione Parlamentare d'inchiesta (2018), dall'Istituto Superiore di Sanità (2020) e dal *United Nations Special Rapporteur on toxics and human rights* (2021).

In terzo luogo, la Corte censura i ritardi nell'avvio di iniziative volte ad accertare e mappare gli effetti dell'esposizione ai rifiuti tossici sulla salute umana, già evidenziati dalla 12^a Commissione permanente del Senato "Igiene e sanità". Solo nel 2016, infatti, sono state attuate le disposizioni in materia di salute racchiuse nel già ricordato d.l. 136/2013, che hanno portato all'avvio degli studi epidemiologici ufficiali riportati dal Governo, le cui conclusioni sono state peraltro illustrate solo parzialmente (§424-430).

6. Sempre con riferimento alla disamina degli obblighi positivi e del loro inadempimento da parte dell'Italia, e rivolgendo lo sguardo alla materia di maggiore interesse per il ramo penale dell'ordinamento, vengono in rilievo le valutazioni espresse dalla Corte in ordine alla tempestività e all'efficacia delle azioni preventive e repressive intraprese dalle forze dell'ordine e dalla magistratura.

Quanto alle attività di polizia, la Corte apprezza gli sforzi compiuti dall'Italia sia mediante l'istituzione della figura di coordinamento, nominata dal Ministero

dell'Interno, dell'“Incaricato per il fenomeno dei roghi di rifiuti nella regione Campania” (2012), sia successivamente con i piani d'azione del 2016 e 2018, volti a potenziare le attività di controllo, con dotazioni adeguate di personale e di strumenti di sorveglianza anche aerea. Nondimeno, la Corte censura il carattere tardivo di tali iniziative, rispetto alla conoscenza ben più risalente del problema.

Con riferimento ai procedimenti penali, la Corte affronta separatamente il tema dell'adeguatezza del quadro normativo vigente da quello della sua effettiva applicazione alle condotte di traffico e smaltimento abusivo dei rifiuti nella Terra dei Fuochi.

Sul primo aspetto, la Corte reputa insoddisfacente la normativa italiana almeno fino alla riforma dei delitti ambientali introdotta dalla l. 68/2015 (facendo peraltro notare l'assenza di dati in ordine all'avvio di procedimenti riferibili alla Terra dei Fuochi basati sui nuovi ecodelitti, §447). Basandosi in particolare sui rapporti di alcune delle Commissioni Parlamentari di inchiesta (1996, 1998, 2004, 2018), la Corte giudica inefficace il precedente quadro normativo, caratterizzato da contravvenzioni di scarsa capacità deterrente, termini di prescrizione molto brevi, inapplicabilità di strumenti di indagine e misure cautelari. Anche l'introduzione delle figure delittuose di “attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti” (l. 90/2001) e “combustione illecita di rifiuti” (d.l. 136/2013) viene giudicata insufficiente in ragione, rispettivamente, della difficoltà riscontrate dall'autorità giudiziaria nel dimostrare gli elementi del reato, e della limitata applicazione della norma a fronte della frequenza degli episodi che mirava a fronteggiare (§435-440).

Sul secondo aspetto la Corte censura essenzialmente il carattere frammentario e incompleto delle informazioni fornite dal Governo in merito ai procedimenti svoltisi e al loro esito, e si esprime nel senso dell'impossibilità di formulare un giudizio favorevole, in ordine all'adempimento degli obblighi positivi procedurale, sulla base dei soli cinque processi conclusi con condanne per gravi delitti (disastro ambientale, avvelenamento di acque, traffico di rifiuti) sufficientemente documentati dal Governo (§441-446).

7. Gli ultimi due profili di inadempimento degli obblighi positivi riguardano il ciclo ordinario di smaltimento dei rifiuti in Campania (tema già oggetto delle sentenze *Di Sarno* e *Locascia*, e almeno in parte collegato a quello della Terra dei Fuochi, rispetto al quale la Corte si limita a osservare che, pur essendosi registrati importanti passi avanti, le autorità italiane si sono mosse con irragionevole lentezza e tuttora sussistono profili di criticità, §448-453); nonché la condivisione delle informazioni con la popolazione. A quest'ultimo proposito la Corte censura il fatto che per ben quindici anni le autorità italiane hanno posto il segreto di Stato sulle informazioni rivelate da un collaboratore di giustizia alla seconda Commissione parlamentare d'inchiesta nel 1997, e che anche in seguito hanno omesso di avviare una campagna informativa adeguata, in termini di completezza e accessibilità, alla natura e all'intensità del rischio conosciuto.

* * *

8. La sentenza *Cannavacciuolo* è destinata a marcare, non appena diverrà definitiva, una nuova e importante tappa nell'evoluzione del contenzioso sulla tutela dei diritti umani rispetto alle minacce provenienti dall'inquinamento, dal degrado ambientale e dai cambiamenti climatici. Un filone giurisprudenziale che non può certo dirsi nuovo, se si risale alle sentenze che l'hanno inaugurato (v. *infra*); ma che altrettanto indubitabilmente sta vivendo, negli ultimi anni, una stagione particolarmente intensa sul piano sia quantitativo (in termini di numero di ricorsi), che qualitativo (in termini di evoluzione e progressivo affinamento delle regole e dei principi che orientano le decisioni). Le ripercussioni di questa nuova declinazione dei diritti umani, talvolta sinteticamente descritta come *greening of human rights*, riflettono il carattere marcatamente multidisciplinare delle problematiche sottese al relativo contenzioso, andando perciò a investire, oltre che naturalmente il diritto di Strasburgo in senso stretto, anche le diverse materie che, negli ordinamenti nazionali, compongono il settore ambientale, incluso il diritto penale.

Guardata attraverso le lenti del *ius puniendi*, la sentenza in esame rappresenta, anzitutto, il riconoscimento giudiziario di una verità storica. Le motivazioni, infatti, restituiscono coerenza e unitarietà al complesso *puzzle* di inchieste, procedimenti, reportage, studi scientifici e atti normativi che si sono stratificati nel corso di decenni, offrendo la fotografia di un sistema criminale endemico e dei suoi drammatici effetti sull'ambiente e la salute pubblica in Campania, acuiti dall'inerzia e dall'insipienza delle autorità statali nel fronteggiare efficacemente ciò di cui avevano piena contezza. Oltre che la suggestiva etichetta coniata da Legambiente nel Rapporto Ecomafie del 2003, l'espressione Terra dei Fuochi è dunque destinata a diventare, attraverso la sentenza in esame, la formula di sintesi di un macro-fenomeno illecito pluridecennale incontrovertibilmente accertato.

9. Se vediamo correttamente, peraltro, la pronuncia riveste un'importanza che trascende la pur storica portata della vicenda concreta, aprendo nuove prospettive per il contenzioso ambientale basato sull'art. 2 Cedu, con significative ricadute per il diritto penale sostanziale.

Procedendo con ordine, giova ricordare che, a partire dal leading case [Öneriyildiz e altri c. Turchia](#) (2004), la giurisprudenza di Strasburgo ritiene l'art. 2 astrattamente applicabile a tutti i contesti pericolosi per la vita umana, incluse le attività produttive, come l'industria, e i rischi naturali controllabili dall'uomo, come ad esempio inondazioni e frane. Condizione imprescindibile, tuttavia, affinché il diritto alla vita possa venire in gioco, è che il ricorrente dimostri di avere corso un pericolo serio e imminente di morte, oppure, se si tratta del rappresentante di un deceduto, dimostri il nesso di causalità tra il fattore di rischio e l'evento letale. Quando questo onere probatorio non può essere soddisfatto, ma al contempo emerge che il fattore di rischio esisteva e ha quanto meno arrecato nocimento al benessere e alla qualità della vita del ricorrente, la Corte esamina il caso sotto l'angolo dell'art. 8. È proprio quest'ultimo l'orientamento consolidatosi, a partire dal caso [López Ostra c. Spagna](#) (1994), nei casi di inquinamento ambientale, dove la Corte è solita affermare che la seria compromissione di aria, acqua e/o suolo compromette la possibilità di godere in maniera piena dei luoghi in cui si abita e dunque

di esercitare le prerogative della vita privata e familiare (nello stesso senso, successivamente, v. [Guerra e altri c. Italia](#) 1998, [Tătar c. Romania](#) 2009, [Cordella e altri c. Italia](#) 2019, [Locascia e altri c. Italia](#) 2023).

Su questo sfondo, la sentenza *Cannavacciuolo* presenta un importante elemento di novità sul piano del valore assegnato alle evidenze scientifiche di tipo epidemiologico. Mentre infatti finora la Corte aveva valorizzato la prova dell'aumento dell'incidenza di patologie correlabili all'inquinamento in chiave di compromissione di interessi riconducibili all'ampio contenitore del diritto alla vita privata ex art. 8 Cedu (si pensi ancora, a titolo esemplificativo, al sentenza *Cordella e altri c. Italia*, relativa ai residenti nei pressi dell'Ilva di Taranto¹), per la prima volta lo stesso tipo di evidenza viene associato a una compromissione del diritto alla vita *tout court*. Il cambio di approccio, si badi, non deriva dal contenuto delle evidenze epidemiologiche, ossia dalla tipologia di malattie di cui si registra un eccesso: anche nel caso dell'Ilva, infatti, si trattava di studi che evidenziavano l'aumento tra gli esposti dell'incidenza di patologie potenzialmente letali, come quelle tumorali.

Piuttosto, nel caso *Cannavacciuolo* la Corte sembrerebbe avere sensibilmente ridotto la rilevanza attribuita alla prova della causalità individuale come criterio utile (ancorché non esclusivo) a orientarsi di fronte al bivio tra art. 2 e art. 8 Cedu. Ciò traspare con una certa evidenza nel passaggio, di cui già si è dato conto, in cui la Corte respinge l'argomento del Governo secondo cui il caso avrebbe dovuto essere ricondotto all'art. 8 in considerazione della multifattorialità delle patologie di cui si registra l'incremento nella Terra dei Fuochi, e dunque dell'impossibilità di dimostrare i nessi di causalità individuale. Un argomento comprensibile, alla luce della sedimentata giurisprudenza sul diritto alla vita privata poc'anzi richiamata; ma a nostro avviso errato, come del resto avevamo già avuto occasione di argomentare in sede di [commento](#) alla sentenza *Cordella*. Ciò non tanto per le ragioni addotte dalla Corte, che a ben vedere sovrappone il profilo dell'accertamento causale con quello dei presupposti in presenza dei quali le autorità hanno l'obbligo di attivarsi. Dirimente, piuttosto, ci pare la constatazione che, quando il ricorrente dimostra di essere affetto da una patologia potenzialmente letale, e produce evidenze epidemiologiche secondo cui, proprio nella zona dove egli/ella vive o ha vissuto, vi è un significativo aumento del rischio di contrarre quella patologia in ragione della presenza di determinanti fattori inquinanti, non si vede in base a quale argomento si possa escludere che *quello specifico ricorrente* ha subito una compromissione del diritto alla vita in termini di aumento del pericolo di morte. L'argomento della multifattorialità può suggerire che il singolo ricorrente si sarebbe potuto ammalare anche in assenza dell'esposizione; ma non può in alcun modo negare che l'esposizione ha determinato un aumento del rischio di contrarre la patologia mortale.

¹ Nello stesso senso, sempre con riferimento all'inquinamento atmosferico industriale, *Fadeyeva c. Russia*, 2005, § 80-88.

10. Un lettore attento potrebbe a questo punto obiettare che quanto appena sostenuto ha un senso sul piano della responsabilità dello Stato per non avere adeguatamente tutelato il diritto alla vita dei consociati (responsabilità che, come visto, scatta persino a fronte di un mero sospetto in ordine al pericolo per la vita, secondo la logica del principio di precauzione, espressamente richiamato dalla Corte); ma non può in alcun modo essere traslato sul versante della responsabilità penale individuale per reati d'evento che sanzionano la causazione, o l'omesso impedimento, delle malattie letali di cui discutiamo. L'obiezione, tuttavia, coglierebbe solo in parte nel segno.

È vero che l'argomento della multifattorialità, calato in un processo penale, porrebbe una serissima ipotesi sulla possibilità di addivenire ad un accertamento della responsabilità oltre ogni ragionevole dubbio per reati contro la persona come l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose. Ciò, tuttavia, non significa che la conclusione alla quale è pervenuta la Corte in ordine alla sufficienza dell'evidenza epidemiologia per rendere applicabile l'art. 2 Cedu sia del tutto priva di conseguenze per gli ordinamenti penali nazionali. Anzi, a ben vedere, è proprio qui che si può cogliere la più significativa conseguenza, almeno per il diritto penale, dell'abbandono del paradigma dell'art. 8 in favore di quello dell'art. 2. È infatti da quest'ultima previsione che la consolidata giurisprudenza della Corte fa discendere i più pregnanti obblighi di incriminazione, relativi a condotte sia dolose che colpose, in capo agli Stati aderenti alla Convenzione. Obblighi che si declinano, come lo stesso caso in esame ci ricorda, prima di tutto sul versante normativo, imponendo cioè l'adozione di norme incriminatrici che siano da un lato idonee a intercettare le molteplici forme che possono assumere le offese arrecate alla vita umana; e dall'altro lato dotate di un corredo sanzionatorio proporzionato al disvalore di condotte che, attraverso l'inquinamento dell'ambiente, cagionano numerosi eventi lesivi della salute e/o la vita. Senza dimenticare i profili accessori, ma nient'affatto secondari per la Corte europea, relativi all'applicabilità di efficaci strumenti di indagine e di misure cautelari, nonché all'adeguatezza dei tempi di prescrizione.

Ci si potrebbe allora chiedere se l'ordinamento italiano disponga di fattispecie incriminatrici in materia di tutela dell'ambiente e della salute pubblica dotate di caratteristiche tali da poter essere considerate compatibili con le indicazioni della sentenza *Cannavacciuolo*. La Corte si è espressa nel senso dell'inadeguatezza del quadro normativo vigente fino alla riforma del 2015, che ha introdotto il titolo VI-bis del codice penale, recante i c.d. ecodeletti. Tale valutazione negativa ha incluso anche il reato di attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti, che all'epoca dei fatti oggetto del giudizio della Corte era previsto dalla normativa complementare e nel 2018 è stato trasferito, senza modifiche, nel medesimo titolo VI-bis. Ci si potrebbe peraltro chiedere se altre fattispecie rintracciabili nel catalogo codicistico possano, oggi, offrire risposte complessivamente più coerenti con il disvalore di fatti che – giova insistere sul punto – oltre a gravi compromissioni ambientali, cagionino, quale effetto collaterale delle stesse, eventi lesivi per la vita e la salute misurabili in termini epidemiologici. Il pensiero corre alla fattispecie di morte o lesioni come conseguenza del delitto di inquinamento ambientale (art. 452-ter), nonché, e soprattutto, di disastro ambientale-sanitario (art. 452-quater, n. 3). Proprio rispetto a quest'ultima e controversa figura, l'obiettivamente infelice formulazione del fatto tipico, e segnatamente il riferimento al "numero delle

persone offese o esposte a pericolo” come elemento costitutivo dell’offesa, potrebbe acquistare una nuova luce mediante un’interpretazione orientata all’art. 2 Cedu, come da ultimo letto dalla Corte nella sentenza in esame. Si tratterebbe di un’operazione ermeneutica in grado di compensare, almeno in parte, il *deficit* di tassatività di cui attualmente soffre disposizione, in quanto consentirebbe di ricollegare i concetti di “offesa” e “esposizione a pericolo” a un sicuro termine di riferimento, ossia il diritto alla vita. Allo stesso tempo, si tratterebbe di un approccio funzionale a garantire un’efficace tutela penale delle forme più gravi di aggressione alla salute pubblica mediante inquinamento ambientale, evitando al contempo le forzature alle quali è ricorso in passato la giurisprudenza italiana nell’avvalersi dei reati contro la persona o l’incolumità pubblica (si pensi alla lunga “saga” del disastro innominato *ex art. 434 c.p.*).

**DIFESA DELL'ECONOMIA NAZIONALE
VS CONTRASTO ALLA CORRUZIONE INTERNAZIONALE:
L'EXECUTIVE ORDER DI TRUMP**

*Pausing Foreign Corrupt Practices Act Enforcement to Further American Economic
and National Security. EXECUTIVE ORDER, February 10, 2025*

di Maria Chiara Ubiali

1. Tra i diversi *executive order* che il Presidente degli Stati Uniti Donald Trump ha emanato in questo primo periodo della sua amministrazione, si segnala anche un importante provvedimento in tema di corruzione internazionale, che sul piano della politica criminale segna un netto arretramento dei presidi di contrasto a questo fenomeno, motivato dalla volontà di proteggere gli interessi commerciali delle aziende americane nel mercato globale.

In particolare, con l'ordine esecutivo dello scorso 10 febbraio (il testo è consultabile sul sito della *White House* cliccando [qui](#)) il Presidente Trump ha ordinato al Procuratore Generale ("Attorney General") di rivedere le linee guida e le prassi che regolano le indagini in materia di corruzione internazionale, con l'obiettivo di ridurre drasticamente l'applicazione del Foreign Corrupt Practices Act (FCPA). Il FCPA è stata la prima legge organica volta a prevenire e reprimere il fenomeno della corruzione internazionale, in particolare attraverso la previsione di sanzioni penali per le società americane che realizzano condotte di corruzione con pubblici agenti stranieri. Tale normativa, adottata sin dal 1977, ha inoltre rappresentato il modello ispiratore della Convenzione OCSE del 1997 sulla "Lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali", primo strumento internazionale di contrasto a tale fenomeno, che grande influenza ha avuto su molti ordinamenti, compreso il nostro.

2. Nell'*incipit* del provvedimento si espongono nel dettaglio le ragioni che hanno determinato il Presidente Trump all'adozione di tale misura. Dalla sua promulgazione nel 1977, il Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), secondo Trump, è stato sistematicamente, e in misura sempre crescente, esteso oltre i limiti ritenuti appropriati, danneggiando così gli interessi degli Stati Uniti. In particolare, per come è attualmente attuato il FCPA ostacola gli obiettivi di politica estera del Paese, indebolendo così le prerogative del Presidente. L'autorità del Presidente in materia di politica estera è infatti indissolubilmente legata alla competitività economica globale delle aziende americane. La sicurezza nazionale americana, in altri termini, dipende in gran parte dalla possibilità che gli Stati Uniti e le sue aziende ottengano vantaggi commerciali strategici. Ne discende, sempre secondo l'impostazione dell'*executive order*, che un'applicazione

eccessiva e imprevedibile del FCPA nei confronti di cittadini e imprese americane, per condotte che in altri Stati sono considerate lecite e di *routine*, non solo comporta uno spreco di risorse giudiziarie limitate – che potrebbero essere destinate a preservare le libertà e i diritti che l’ordinamento garantisce – ma danneggia in modo sensibile la competitività economica degli Stati Uniti e, di conseguenza, la sicurezza nazionale. La politica della nuova amministrazione, si legge nel provvedimento, sarà allora indirizzata a preservare le prerogative presidenziali in materia di politica estera, garantendo la sicurezza nazionale ed economica degli Stati Uniti anche attraverso l’eliminazione delle barriere che limitano eccessivamente il commercio statunitense all'estero.

3. Alla luce delle premesse appena illustrate, il provvedimento presidenziale stabilisce che, per un periodo di centottanta giorni, il Procuratore Generale degli USA dovrà in particolare:

i) evitare l’avvio di qualsiasi nuova indagine per i reati di cui al Foreign Corrupt Practices Act, a meno che lo stesso Procuratore Generale non ritenga necessario fare una specifica eccezione;

ii) riesaminare nel dettaglio le indagini già in corso e intraprendere le azioni necessarie per ricondurre entro limiti appropriati l’applicazione del Foreign Corrupt Practices Act, nell’ottica di preservare le prerogative presidenziali in materia di politica estera;

iii) emanare linee guida aggiornate che possano tutelare le prerogative del Presidente in materia di politica estera, dando priorità agli interessi americani e alla competitività economica delle aziende americane nel confronto con gli attori economici degli Stati stranieri.

Il Procuratore Generale, se lo riterrà opportuno, potrà estendere tale periodo per ulteriori centottanta giorni. L’*executive order* dispone inoltre che tutte le indagini per reati di cui al Foreign Corrupt Practices Act, eventualmente avviate o proseguite dopo l’emanazione delle nuove linee guida, dovranno essere specificatamente autorizzate dal Procuratore Generale e saranno disciplinate dalle nuove linee guida nel frattempo elaborate dallo stesso Procuratore Generale.

Dopo l’emanazione delle nuove linee guida, il Procuratore Generale avrà comunque la possibilità di disporre ulteriori azioni, anche allo scopo di correggere le modalità con le quali venivano condotte le indagini in precedenza. Infine, se si renderà necessario un intervento presidenziale, il Procuratore Generale raccomanderà le azioni da intraprendersi al Presidente.

4. Il provvedimento del Presidente Trump si segnala senz’altro per rappresentare un importante passo indietro nel contrasto alla corruzione internazionale, di cui proprio gli Stati Uniti si sono fatti a suo tempo primi promotori, sia attraverso l’entrata in vigore nel 1977 del FCPA, sia contribuendo all’adozione in seno all’OCSE della Convenzione sulla “Lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali”. Considerata inoltre l’importanza di un Paese come gli Stati Uniti, di non

poco momento saranno senz'altro le conseguenze di politica internazionale e l'impatto che questa scelta politico-criminale avrà sull'economia: ci riferiamo, in prima battuta, agli enormi vantaggi competitivi di cui godranno le aziende americane, a discapito degli attori economici di altri Paesi che invece sono sottoposti a una legislazione severa in questa materia.

Per quanto possa destare scalpore agli occhi di un lettore e di un giurista italiano, va tuttavia sottolineato che l'*executive order* in esame è senz'altro un atto che rientra nelle prerogative presidenziali e che rappresenta il diretto portato di un sistema in cui chi esercita l'accusa nel processo penale dipende dall'Esecutivo. Gli United States Attorneys, ossia i funzionari della pubblica accusa federale, sono infatti nominati dal Presidente degli Stati Uniti, con la conferma del Senato. La carica dura quattro anni, ma il Presidente li può rimuovere in qualsiasi momento (cfr. 28 U.S. Code § 541). Lo stesso vale ovviamente per l'Attorney General, che è inoltre a capo del Dipartimento di Giustizia (cfr. 28 U.S. Code § 503). Nondimeno, l'esercizio di tale potere di indirizzo non deve mai porsi in contrasto con il dovere di dare esecuzione alla legge, c.d. *Take Care Clause*, che la Costituzione pone in capo proprio al Presidente (U.S. Const. Art. II, s. 3).

Da questo rapporto di dipendenza discende, quale immediata conseguenza, che il Presidente orienta le modalità di svolgimento dell'azione penale, secondo direttrici inevitabilmente legate alla visione politico culturale di chi ha vinto le elezioni. Azioni analoghe a quelle del Presidente Trump, seppur in materie diverse e per quanto meno dirompenti, sono state d'altra parte intraprese anche dalle precedenti amministrazioni, come è naturale che sia. Il provvedimento del Presidente va dunque giudicato, ed eventualmente criticato, con esclusivo riferimento al merito di quanto dispone, non invece in relazione alla sua legittimità/ragion d'essere formale.

Certo, un tale stato delle cose è quanto di più lontano dall'architettura costituzionale di casa nostra, costruita, quantomeno fino ad ora, sull'indipendenza della magistratura nel suo complesso e sulla obbligatorietà dell'azione penale. Nel guardare con le lenti dell'osservatore europeo ai provvedimenti discutibili o comunque critici dell'incipiente amministrazione Trump, bisogna tuttavia tener presente che di un altro ordinamento stiamo parlando, con un'altra struttura dello Stato, un'altra idea di sovranità, altri principi costituzionali e strumenti di *check and balances*, che, come ha ricordato Federico Rampini sul Corriere della Sera, segnano la democrazia americana dalle origini (v. [F. Rampini, Trump, quanti ordini esecutivi sono in vigore? Negli Stati Uniti resistono i contropoteri](#), in *Corriere.it*, 12.2.2025).

**CONDANNA A PENA SOSTITUTIVA IN ABBREVIATO E MANCATA
IMPUGNAZIONE: APPLICABILE LA SOSPENSIONE CONDIZIONALE
IN EXECUTIVIS DOPO CORTE COST. N. 208/2024?
DAL TRIBUNALE DI MONZA SOLUZIONE AFFERMATIVA (PREVIO
RIPRISTINO DELLA PENA DETENTIVA SOSTITUTIVA)**

Trib. Monza (g.i.p.), ord. 18.2.2025, Giud. Giudici

di Gian Luigi Gatta

1. L'allegata ordinanza del Tribunale di Monza, in funzione di giudice dell'esecuzione, è di particolare interesse perché affronta, forse per prima, un problema nuovo, che si pone in relazione alle condanne definitive a pena sostitutiva della pena detentiva pronunciate all'esito di giudizio abbreviato.

È noto che, per effetto del nuovo art. 442, co. 2 *bis* c.p.p., inserito dalla riforma Cartabia nell'ambito degli interventi volti a ridurre il carico giudiziario in appello e i relativi tempi medi, la mancata impugnazione della sentenza di condanna in abbreviato comporta una ulteriore riduzione di un sesto della pena inflitta.

La Corte costituzionale, con la recente [sentenza n. 208 del 2024](#), ha consentito al giudice dell'esecuzione di ordinare la sospensione condizionale della pena (e/o di concedere la non menzione della condanna) qualora, a seguito della riduzione di pena *ex* art. 442, co. 2 *bis* c.p.p., la stessa scenda al di sotto dei limiti previsti dalla legge per il beneficio (per la sospensione condizionale, di norma, *ex* art. 163 c.p., due anni).

Abbiamo già pubblicato [su questa Rivista](#) un provvedimento del Tribunale di Milano che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale, è tra i primi ad avere ordinato la sospensione condizionale della pena – con scarcerazione del condannato – per effetto della rinuncia all'impugnazione e della correlata ulteriore riduzione della pena inflitta (in quel caso, in misura inferiore a due anni e sei mesi, limite per la concessione del beneficio ai c.d. giovani adulti).

L'ordinanza del Tribunale di Monza, qui pubblicata, ha invece concesso *in executivis* la sospensione condizionale della pena in un caso diverso da quello milanese, nel quale era stata inflitta – ed era in esecuzione – non una pena detentiva, bensì una pena sostitutiva della pena detentiva e, in particolare, il lavoro di pubblica utilità.

2. *Quid iuris*, dopo la sentenza n. 208/2024 della Corte costituzionale, se nel giudizio abbreviato, è stata applicata una pena sostitutiva? Il problema si pone in quanto, ai sensi dell'art. 61 *bis* l. n. 689/1981 (inserito dal d.lgs. n. 150/2022), la sospensione condizionale della pena non si applica alle pene sostitutive.

Ne consegue che, in caso di condanna a pena sostitutiva della pena detentiva, il giudice dell'esecuzione non può ordinare la sospensione condizionale della pena

sostitutiva anche qualora, per effetto della mancata impugnazione della sentenza di condanna, debba essere riconosciuta l'ulteriore riduzione di un sesto della pena inflitta. Il giudice dell'esecuzione può solo ridurre la durata della pena sostitutiva, come è avvenuto nel caso affrontato dal Tribunale di Monza: con un primo incidente di esecuzione, infatti, due anni e quattro mesi di reclusione, sostituiti con 1.700 ore di LPU, sono stati ridotti a un anno, dieci mesi e quindici giorni di reclusione, pari a 1.360 ore di LPU.

3. Senonché il difensore del condannato, richiamando la sentenza n. 208/2024 della Corte costituzionale, chiedeva la sospensione condizionale della pena e la non menzione della condanna. Il PM esprimeva parere favorevole. Il giudice, pur ritenendo di poter esprimere una valutazione favorevole in ordine alla concessione dei benefici (in particolare, con riferimento alla prognosi di non recidività ex art. 164 c.p.), rilevava correttamente il divieto di sospendere le pene sostitutive, imposto dalla legge, in modo ragionevole, per assicurare l'effettività delle pene sostitutive, non carcerarie. La logica delle pene sostitutive è infatti quella del 'castigo certo ma moderato', per dirla con Beccaria.

Sospensione condizionale e pene sostitutive si pongono, tra loro, in posizione di alternatività. Non solo per il divieto di sospendere le pene sostitutive, ma perché, come si legge nell'art. 58 l. n. 689/1981, il giudice può applicare le pene sostitutive – se del caso, procedendo all'udienza di *sentencing* ex art. 545 bis c.p.p. – “se non ordina la sospensione condizionale della pena”.

Senonché, afferma l'ordinanza annotata, pur a fronte “dell'intrinseca ragionevolezza” del divieto di sospensione condizionale delle pene sostitutive, nel caso di specie il rigetto dell'istanza con la quale si chiede quel beneficio “appare...di dubbia compatibilità con la Costituzione”.

Nel passaggio decisivo della motivazione, il Tribunale di Monza osserva che qualunque imputato oggi, dopo la sentenza n. 208/2024 della Corte costituzionale, ove sia condannato a pena detentiva marginalmente superiore al limite massimo della pena sospendibile è nella condizione di scegliere se:

- non impugnare la condanna, chiedere poi al giudice dell'esecuzione la riduzione della pena di un sesto e la sospensione condizionale della pena, oppure.
- *acconsentire alla sostituzione della pena detentiva, sapendo poi che in sede di esecuzione la mancata impugnazione non consentirà la sospensione condizionale ma la sola riduzione della pena sostitutiva.*

Nel caso oggetto del procedimento, il condannato non avrebbe potuto legittimamente confidare nella possibilità di ottenere la sospensione condizionale in sede esecutiva e, per questo, ha optato per la sostituzione della pena detentiva: “la sola opzione [che aveva a disposizione] per evitare la pena detentiva breve”. Questa decisione/strategia difensiva - ecco la *ratio decidendi* - è stata “inquinata” dall'impossibilità di considerare la diversa opzione di chiedere la sospensione condizionale della pena al giudice dell'esecuzione.

Secondo l'ordinanza annotata, il giudice dell'esecuzione deve allora rimuovere gli effetti della disciplina dichiarata costituzionalmente illegittima (quella che non gli

consentiva, *illo tempore*, di sospendere l'esecuzione della pena dopo la riduzione di un sesto) rivisitando il giudicato di condanna. Ciò, *mutatis mutandis*, analogamente a quanto la Cassazione, anche a Sezioni Unite, riconobbe in occasione di decisioni della Corte costituzionale (sent. nn. 32/2014 e 40/2019) che dichiararono illegittimo il trattamento sanzionatorio in materia di sostanze stupefacenti, con riflessi sull'applicazione della disciplina del patteggiamento, della continuazione e della commisurazione della pena (cfr. pag. 5-6 dell'ordinanza annotata, anche per i riferimenti alle sentenze della Cassazione).

4. L'ordinanza ravvisa, in particolare, un contrasto con gli artt. 3 e 27, co. 3 Cost. a fronte della perdurante esecuzione della pena sostitutiva inflitta, malgrado la sussistenza di tutti i presupposti per la sospensione condizionale. Si interroga, quindi, sulla possibilità di ripristinare la pena detentiva sostituita e di ordinarne la sospensione condizionale (non potendo disporre, come si è detto, la sospensione condizionale della pena sostitutiva, stante il disposto dell'art. 61 *bisl.* n. 689/1981).

Il Tribunale ritiene possibile arrivare a questo esito attraverso un'interpretazione conforme a Costituzione, senza sollevare una nuova questione di legittimità costituzionale, ritenuta inammissibile proprio in ragione della possibilità di una interpretazione costituzionalmente orientata, non impedita, secondo l'ordinanza annotata, dalla lettera della legge. Argomenti in tal senso, nell'ambito di un'articolata motivazione, vengono tratti anche e proprio dalla sentenza n. 208/2024 della Consulta che, a proposito dell'analogia questione affrontata, e a fronte di una lacuna normativa e di un silenzio del legislatore, ha ritenuto in via di principio possibile, ai fini della sospensione condizionale, ricorrere all'estensione analogica delle disposizioni relative al giudizio di esecuzione, salvo incontrare in quel diverso caso un limite in un diritto vivente che, per quanto rappresentato da due sole sentenze, era contrario all'interpretazione conforme (e, pertanto, alla concessione della sospensione condizionale). Un simile diritto vivente non si è ancora formato in relazione al particolare problema oggetto dell'ordinanza in esame; di qui, secondo la stessa, la percorribilità della via dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'assetto normativo creato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 208/2024. Per tale via, il Tribunale ha ripristinato la pena detentiva inflitta (e diminuita di un ulteriore sesto) e ne ha ordinato la sospensione condizionale dell'esecuzione. Il Tribunale ha altresì concesso la non menzione della condanna.

5. La soluzione accolta dal Tribunale di Monza è di indubbio interesse ed è dichiaratamente volta a soddisfare "imprescindibili esigenze di giustizia ravvisabili nel caso concreto". L'ordinanza ha il merito di mettere a fuoco un problema ulteriore e diverso rispetto a quello affrontato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 208/2024. Essa si muove, con tutta evidenza, lungo uno stretto crinale tra le opzioni dell'interpretazione conforme e della questione di legittimità costituzionale. La strada scelta per rimuovere la disparità di trattamento ravvisata dal Tribunale – cioè il carattere

“inquinato” della scelta fatta acconsentendo alla sostituzione della pena allorché non si poteva fare affidamento sulla sua sospensione *in executivis* – è stata indubbiamente imboccata con apprezzabile sforzo argomentativo. Possono peraltro residuare dubbi sulla possibilità, nei limiti di un’interpretazione conforme consentita, di ripristinare la pena detentiva sostituita: la l. n. 689/1981 disciplina infatti in modo *tassativo* i casi di revoca delle pene sostitutive, senza contemplare quello di fatto introdotto dal provvedimento annotato.

Una notazione finale. Si potrebbe a prima vista dubitare della stessa legittimità della riduzione di pena per mancata impugnazione di una condanna al lavoro di pubblica utilità. Tale condanna, infatti, non è impugnabile in appello (cfr. art. 593, co. 3 c.p.p). Senonché va notato che l’art. 442, co. 2 *bis* c.p.p. fa dipendere l’ulteriore riduzione della pena dalla mancata “impugnazione”, termine generico che comprende anche il ricorso per cassazione, sempre consentito.

**“GAROFALO E ALTRI C. ITALIA”:
LA CORTE EDU AFFERMA LA LEGITTIMITÀ DELLA CONFISCA DI
PREVENZIONE E NE RICONOSCE, PER LA PRIMA VOLTA, LA NATURA
RIPRISTINATORIA**

*Corte europea dei diritti dell’uomo, dec. I Sezione, Garofalo e altri c. Italia, 20 gennaio
2025-13 febbraio 2025, App. n. 47269/18*

di Stefano Finocchiaro

1. Con la decisione che può leggersi in allegato, la Corte europea dei diritti dell’uomo torna ad occuparsi della confisca di prevenzione italiana, disciplinata oggi nel c.d. codice antimafia: art. 24 d.lgs. 159/2011. Chiamata a pronunciarsi circa la sua compatibilità convenzionale al metro delle principali norme che regolano la c.d. “materia penale” (artt. 7, 6 § 2 CEDU e art. 4 Prot. Add. CEDU), la Corte di Strasburgo ne afferma la legittimità, escludendo che essa abbia una natura giuridica equiparabile alle sanzioni penali.

Tale misura ablatoria – sostiene per la prima volta la Corte EDU in relazione alla confisca di prevenzione italiana – possiede «natura ripristinatoria» (*«restorative and not punitive nature»*) in quanto mira a garantire che il crimine non paghi e a prevenire l’ingiusto arricchimento (*«ensure that crime does not pay and to prevent unjust enrichment»*).

2. Ripercorriamo anzitutto rapidamente il caso di specie da cui origina la decisione.

Nei confronti di uno dei ricorrenti, il Pubblico Ministero aveva inizialmente proposto, nel 2007, l’applicazione della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza con obbligo di soggiorno, in quanto rientrante nella categoria dei soggetti c.d. “pericolosi generici”, ai sensi dell’art. 1, commi 1 e 2, della l. 1423/1975 (oggi art. 1 d.lgs 159/2011). Questa prima richiesta era stata rigettata nel 2008 dal Tribunale, per difetto del requisito della attualità della pericolosità, in quanto l’ultimo reato accertato nei confronti del proposto risaliva al 2005. A seguito dell’arresto della medesima persona nel 2013, per reati in materia di stupefacenti, è stata avanzata dalla Procura una nuova proposta di applicazione della misura di prevenzione personale e, questa volta, anche della misura patrimoniale del sequestro finalizzato alla successiva confisca di alcuni beni nella sua disponibilità diretta o indiretta, ancorché in parte formalmente intestati a terzi per suo conto. Le misure sono state entrambe applicate dal Tribunale in primo grado, ma – a seguito di impugnazione – la Corte d’appello ha annullato la decisione concernente la misura personale, confermando la statuizione in punto di confisca, che è stata mantenuta anche a seguito di ricorso in Cassazione, che ha rigettato i ricorsi proposti dalle difese.

3. Hanno proposto ricorso dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo sia il diretto destinatario della confisca di prevenzione (secondo ricorrente) sia tre persone formali intestatarie di beni sottoposti alla misura ablatoria (primo, terzo e quarto ricorrente).

Questi ultimi soggetti hanno lamentato una violazione sia dell'art. 7 § 1 CEDU, sostenendo che sarebbe stata loro imposta una "pena" in assenza di una condanna per alcun reato, sia dell'art. 6 § 2 CEDU, sostenendo che l'applicazione della confisca nei loro confronti violerebbe il loro diritto alla presunzione di innocenza.

Il secondo ricorrente ha lamentato, invece, una violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, adducendo una violazione del principio del *ne bis in idem*, poiché – come si è sopra illustrato – nel precedente procedimento di prevenzione nei suoi confronti, il tribunale competente aveva ritenuto che egli non rappresentasse un pericolo per la società.

È intervenuta nel processo anche l'associazione *Unione delle Camere Penali Italiane*, sostenendo la natura afflittiva, e pertanto punitiva, della confisca di prevenzione e la conseguente violazione dell'art. 7 CEDU.

4. La Corte EDU, all'unanimità, ha dichiarato inammissibili i ricorsi, rigettando di fatto tutte le doglianze avanzate.

La Corte è in questo modo giunta a una conclusione analoga a quella già espressa in molteplici, ancorché risalenti, precedenti attinenti alle misure di prevenzione italiane, ma lo ha fatto con motivazioni molto diverse da quelle usate in passato.

In quasi tutti i precedenti sul punto, la Corte aveva escluso che la confisca di prevenzione fosse comparabile a una sanzione penale, valorizzando esclusivamente la sua finalità preventiva e la sua necessità per impedire il dilagare del fenomeno mafioso (si ricorderanno, ad esempio: C.edu, sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, § 30; C.edu, sez. II, dec. 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, § 1-3; C.edu, sez. I, dec. 4 settembre 2001, *Riela c. Italia*; C.edu, sez. II, sent. 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri c. Italia*, § 45. Cfr. anche Commissione eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86).

In questo modo la misura era stata ritenuta convenzionalmente legittima, in quanto "dotata di base legale" e "proporzionata" rispetto all'interesse pubblico perseguito, in ragione: a) dell'indispensabilità di simili misure nel quadro di politiche criminali volte a combattere il fenomeno della grande criminalità organizzata¹; b) del pericolosissimo potere economico di una organizzazione come la mafia, rispetto alla quale la confisca appare quale «*effective and necessary weapon in the combat against this cancer*»².

Va tuttavia rilevato che, nelle cause in materia di confisca di prevenzione italiana finora portate all'attenzione dei giudici di Strasburgo, non erano mai stati esaminati compiutamente casi relativi a forme di criminalità "ordinaria" ben distanti da

¹ C.edu, sez. II, sent. 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri c. Italia*, § 40-51.

² C.edu, sent. 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*, § 30.

quella organizzata di stampo mafioso, casi che pur tuttavia rientrano ormai a pieno titolo nella disciplina del d.lgs. 159/2011, e, in particolare, nell'alveo della c.d. "pericolosità generica" di cui all'art. 1 d.lgs 159/2011.

La presente decisione, pertanto, rappresenta un passo ulteriore, e per nulla scontato, nel senso di una legittimazione del modello italiano di confisca senza condanna, anche in relazione a forme diverse di criminalità, e anche alla luce delle modifiche normative e giurisprudenziali che più di recente hanno interessato la materia.

Nell'orientare la decisione in questo senso, hanno giocato un ruolo determinante sia la sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2019³, che aveva preso posizione circa la funzione meramente ripristinatoria che la confisca di prevenzione deve svolgere, sia i più recenti approdi del diritto dell'Unione europea, da ultimo rappresentati dalla Direttiva (UE) 2024/1260⁴, che all'art. 16 ha previsto una inedita "*Confiscation of unexplained wealth linked to criminal activities*" almeno in parte ispirata al modello italiano della confisca di prevenzione.

5. L'inapplicabilità dell'art. 7 CEDU (*nulla poena sine lege*). In particolare, la decisione in commento, svolge interessanti considerazioni volte ad escludere che la confisca di prevenzione abbia natura punitiva, ragion per cui ad essa non si applica *ratione materiae* l'art. 7 CEDU.

Anzitutto, come di consueto, la Corte rammenta che il concetto di "punizione" o "sanzione [punitiva n.d.r.]" previsto dall'Articolo 7 § 1 della Convenzione ha una portata autonoma.

La Corte rammenta che, se la natura penale di una misura fosse stabilita esclusivamente in base al fatto che l'individuo ha commesso un atto qualificato come reato dal diritto nazionale ed è stato dichiarato colpevole da un tribunale penale, ciò

³ Corte cost., sent. 24 gennaio 2019 (dep. 27 febbraio 2019), n. 24, con nota, tra gli altri, di F. BASILE, E. MARIANI, *La dichiarazione di incostituzionalità della fattispecie preventiva dei soggetti "abituamente dediti a traffici delittuosi": questioni aperte in tema di pericolosità*, in *DisCrimen*, 2019; G. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *questa Rivista*, 14 febbraio 2020; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giur. cost.*, fasc. 1/2019, p. 332; Id., *Gli adeguamenti della prevenzione "ante delictum" nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. pen. e proc.*, 2020, fasc. 1, p. 107 ss; A. MANNA, *La natura giuridica delle misure di prevenzione tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2020, p. 1064 ss.; A.M. MAUGERI- P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. cost. 24/2019)*, in *questa Rivista*, 29 novembre 2019; F. MAZZACUVA, *L'uno due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 987 ss.; M. PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *DisCrimen*, 13 febbraio 2020; Della Ragione L., *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del sistema penale*, in *DisCrimen*, 20 aprile 2020; e, volendo, di S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza de Tommaso della Corte Edu*, in *Dir. pen. cont.*, 4 marzo 2019.

⁴ Direttiva (UE) 2024/1260 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 aprile 2024 riguardante il recupero e la confisca dei beni, già segnalata su [questa Rivista](#). Per un commento al riguardo, cfr. anche, A.M. MAUGERI, *La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia*, in *questa Rivista*, 30 dicembre 2024.

sarebbe incompatibile con il significato autonomo del termine “sanzione” (v. pronuncia *G.I.E.M. S.r.l. e altri*, § 216)

Inoltre, la Corte ribadisce che la confisca non è una misura limitata al diritto penale, ma è ampiamente utilizzata nel diritto amministrativo, dove gli oggetti confiscabili possono includere beni importati o esportati illegalmente (v. AGOSI c. Regno Unito, 24 ottobre 1986, Serie A n. 108; *The J. Paul Getty Trust e altri c. Italia*, n. 35271/19, § 314, 2 maggio 2024). Inoltre, le confische non penali possono riguardare, ad esempio, beni considerati pericolosi di per sé (come armi, esplosivi o bestiame infetto) o proprietà connesse, anche solo indirettamente, a un'attività criminale (vedi *M. c. Italia*, cit., p. 59; *Bowler International Unit*, cit., § 67; e *Gogitidze e altri c. Georgia*, n. 36862/05, § 126, 12 maggio 2015). La Corte ha stabilito che vari tipi di confisca, essendo di natura ripristinatoria, esulano dal campo di applicazione dell'Articolo 7 (vedi in particolare la decisione *Ulemek c. Serbia*, §§ 55-58).

Al fine di stabilire se la confisca di prevenzione, nel caso di specie, debba essere ricondotta alla nozione di *punishment* di cui all'art. 7 CEDU, i giudici di Strasburgo prendono in esame i vari criteri elaborati dalla propria giurisprudenza.

5.1. “Se la confisca sia stata disposta a seguito di una condanna per un illecito penale” (§ 100-102). Sotto questo primo profilo, la Corte rileva che l'imposizione della confisca di prevenzione nell'ordinamento giuridico italiano non implica una dichiarazione di colpevolezza, ma si fonda piuttosto sulla presunzione ragionevole che i beni acquisiti durante il periodo in cui una persona è indiziata di aver commesso reati, che sono sproporzionati rispetto al suo reddito lecito e per i quali non vi è prova della loro provenienza lecita, siano i proventi di attività illecite o siano stati acquistati con essi.

Tuttavia, l'assenza di una condanna non è sufficiente a escludere l'applicabilità dell'art. 7 CEDU, tale criterio essendo solo uno tra gli altri da considerare, che la Corte passa in rassegna.

5.2. “La classificazione della confisca nel diritto interno” (§ 103-111). Sotto questo secondo profilo, la Corte rileva anzitutto che la confisca in esame è qualificata dalla legge come “misura di prevenzione”, in quanto inclusa nel Capitolo II della Parte I, del d.lgs. 159/2011. Come sempre, tuttavia, la Corte non si limita a considerare il diritto positivo, analizzando altresì il diritto vivente di carattere giurisprudenziale, nel cui ambito – pur con una isolata eccezione⁵ – sia la Corte di Cassazione che la Corte Costituzionale hanno sempre escluso la natura punitiva della confisca di prevenzione. Inizialmente considerata una sanzione amministrativa, ne è stata poi affermata la natura

⁵ Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012 (dep. 25 marzo 2013), n. 14044, Occhipinti, con nota – *ex multis* – di A.M. MAUGERI, La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza “storica”?, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, n. 4/2013, p. 353 ss.; di M. F. IN CORTESI, La Cassazione riconosce alle misure di prevenzione patrimoniali una natura “oggettivamente sanzionatoria”, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 37 ss.; e di CALÒ, In tema di misura di prevenzione patrimoniale, in *Foro it.*, 2013, II, p. 530 ss.

di “misura di sicurezza”, finalizzata a prevenire la commissione di ulteriori reati. Quando poi, dal 2008, l’applicabilità della confisca di prevenzione è stata svincolata dalle misure di prevenzione personali, divenendo possibile disporle in modo disgiunto, indipendentemente dall’esistenza di una pericolosità “attuale” della persona destinataria della misura, la qualificazione come misura di sicurezza ha iniziato a vacillare, pur essendo infine ribadita dalle Sezioni Unite Spinelli del 2014⁶.

Successivamente, osserva la Corte EDU, sono state fornite chiare indicazioni da parte della Corte Costituzionale, che – nella sentenza n. 24 del 2019 – ha ribadito che la misura non ha natura penale, bensì natura *meramente ripristinatoria*.

5.3. “La natura e lo scopo della confisca” (§ 112-134). Per quanto riguarda la natura della confisca in esame, la Corte individua alcuni primi elementi che depongono nel senso che la misura non abbia carattere punitivo e presenti caratteristiche che la distinguono dalle sanzioni penali:

- a. anzitutto, il grado di colpevolezza dell'autore del reato è irrilevante ai fini della determinazione dell'importo dei beni da confiscare, a differenza dalle pene pecuniarie;
- b. inoltre, la misura è specificamente rivolta ai proventi di reati presumibilmente commessi, rispetto ai quali non si richiede una piena prova di responsabilità personale;
- c. ancora, la confisca non può mai essere convertita in una misura che comporta una privazione della libertà, che è un'altra caratteristica importante delle pene pecuniarie;
- d. la confisca è inoltre espressione di un crescente consenso internazionale circa l'impiego di misure simili per rimuovere i beni di origine illecita dalla circolazione economica, con o senza una precedente condanna penale;

Quanto allo scopo della confisca, la Corte osserva che essa ha subito modifiche significative a seguito delle riforme legislative del 2008-2009. Nella sua formulazione attuale, ripete la Corte, la confisca non richiede l'accertamento del “pericolo attuale” per la società rappresentato dalla probabilità che la persona commetta ulteriori reati, che la misura in esame dovrebbe prevenire. Mentre infatti, nella sua formulazione originaria, era basata su una valutazione prognostica relativa al rischio che in futuro venissero commessi ulteriori reati, nella sua formulazione attuale, al contrario, la misura si basa su una valutazione diagnostica (proiettata verso il passato): le autorità nazionali devono

⁶ Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), n. 4880, Pres. Santacroce, Rel. Bruno, Ric. Spinelli, con nota – tra gli altri – di V. MAIELLO, *La confisca di prevenzione dinanzi alle Sezioni Unite: natura e garanzie*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 722 ss.; e di A. CISTERNA, *La confisca emessa nell'ambito del procedimento di prevenzione continua a essere assimilata alle misure di sicurezza*, in *Guida dir.*, n. 18/2015, p. 76; e di A. M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitizde della Corte EDU sul civil forfeiture (in relazione alla confisca di prevenzione)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 945; e di F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont., Riv. Trim.*, n. 4/2015; nonché di M. DI LELLO FINUOLI, «Tutto cambia per restare infine uguale». *Le Sezioni Unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 3520 ss.

accertare se, durante un determinato periodo di tempo, l'individuo in questione abbia presuntivamente commesso delitti e se, durante tale periodo, abbia acquisito beni la cui origine lecita non può essere dimostrata.

Pertanto, indipendentemente dalla sua caratterizzazione formale nel sistema giuridico interno – quale “misura di prevenzione” – la misura non ha più una funzione preventiva in senso stretto.

La confisca conserva, invece, uno scopo preventivo solo in senso generale, che risiede nell'effetto deterrente legato al messaggio che la confisca è in grado di lanciare, e cioè che il crimine non paga.

Tale effetto, osserva la Corte, non è però determinante per individuare la natura della confisca in esame, trattandosi di finalità coerente tanto con uno scopo punitivo quanto con una natura differente.

Elemento dirimente, secondo la Corte, per individuare la natura non punitiva della confisca è, invece, il suo scopo ripristinatorio (§ 126-133).

La Corte osserva che la misura in questione, come risultante dalle modifiche legislative del 2008-2009 e dalle chiarificazioni fornite dalla successiva giurisprudenza interna, presenta diversi elementi che la rendono più comparabile alle misure (civili) volte ad impedire l'arricchimento ingiustificato, piuttosto che alle sanzioni di natura penale.

Come riconosciuto anche dalla giurisprudenza interna, infatti, l'obiettivo della misura è comunque rimuovere dalla circolazione economica beni acquisiti da un individuo illecitamente: l'attenzione della misura, in questo senso, è nei confronti del bene e non della persona, così come del resto è reso evidente dal fatto che la confisca, a certe condizioni, può essere disposta anche nei confronti di beni appartenenti a terzi che li abbiano ereditati o acquistati.

In secondo luogo, la Corte attribuisce particolare importanza al fatto che la confisca in questione possa essere applicata esclusivamente nei confronti di beni di presunta origine illecita con la finalità di impedire l'arricchimento ingiusto.

A tal riguardo i giudici di Strasburgo rammentano altresì l'importanza di due requisiti non scritti elaborati dalla giurisprudenza:

- uno è quello della c.d. correlazione temporale, secondo cui la misura può essere applicata solo nei confronti di beni acquisiti dall'individuo durante il periodo in cui avrebbe presumibilmente commesso reati comportanti profitti illeciti;

- l'altro è quello elaborato dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 24 del 2019, in forza del quale la misura è giustificata solo nella misura in cui i reati presumibilmente commessi dall'individuo in questione siano fonte di profitti illeciti, per un importo ragionevolmente congruo con il valore dei beni da confiscare.

A queste condizioni, a parere della Corte, limitando gli effetti della confisca ai profitti illecitiderivanti dai reati presumibilmente commessi dall'individuo può escludersi la natura punitiva dell'istituto, il quale può invece assumere connotati sanzionatori laddove attinga il prodotto del reato (come peraltro affermato da Corte cost. n. 112/2019).

Alla luce di tutte queste considerazioni, la Corte conclude che, per come formulata attualmente, la confisca mira a garantire che il crimine non paghi e a prevenire

l'arricchimento ingiusto, privando l'individuo interessato e i terzi che non abbiano un valido diritto sui beni da confiscare dei profitti derivanti da attività criminali, ed è, di conseguenza, essenzialmente di natura ripristinatoria e non punitiva⁷.

5.4. "La severità della misura (§ 135-137)". La Corte si confronta poi con il requisito della severità della misura, riconoscendo che la confisca indiscutibilmente interferisce gravemente con il diritto di proprietà e potrebbe quindi essere considerata una misura di relativa severità.

Tuttavia, questa circostanza da sola non è ritenuta sufficiente, alla luce delle precedenti considerazioni, per concludere che la misura abbia natura punitiva ai sensi dell'art. 7 CEDU, tenuto conto che molte misure non penali di natura preventiva possono avere un impatto rilevante sulla persona interessata (sul punto la Corte richiama le pronunce Balsamo, § 64, Del Río Prada, § 82 e Ilseher, § 203).

5.5. "Procedure per l'adozione e l'esecuzione della misura di confisca (§ 138-139)". Infine, per quanto riguarda l'aspetto più strettamente procedimentale, la Corte osserva che non è decisivo il fatto che la confisca sia disposta da sezioni specializzate dei tribunali penali, essendo del tutto fisiologico che giudici penali adottino provvedimenti di natura anche non penale come avviene, ad esempio, con le statuizioni civili nei confronti della persona danneggiata dal reato. Inoltre, va considerato che la misura in questione viene adottata nel contesto di un procedimento speciale, diverso e distinto dal procedimento penale, che è appunto il c.d. procedimento di prevenzione.

In conclusione, non essendo la confisca di prevenzione equiparabile a una sanzione penale, l'invocato art. 7 CEDU è dichiarato inapplicabile *ratione materiae* e il relativo ricorso dichiarato inammissibile.

6. L'inapplicabilità dell'art. 6 § 2 CEDU (presunzione di innocenza). Tra le doglianze del primo, terzo e quarto ricorrente vi era anche quella legata a una asserita violazione della presunzione di innocenza garantita dall'art. 6 § 2 della Convenzione, fondata sull'assunto di essere stati ritenuti responsabili per reati presuntivamente commessi dal secondo ricorrente e non da loro.

Sul punto, l'argomentazione dei giudici di Strasburgo, coerentemente con le premesse, è particolarmente sintetica: posto che si è già spiegato che la confisca non può essere considerata una pena ai sensi dell'art. 7, per ragioni di coerenza nell'interpretazione della Convenzione letta nel suo complesso, la Corte ritiene che il procedimento in questione non abbia comportato la determinazione di una "accusa penale" ai sensi dell'art. 6 della Convenzione.

⁷ Così testualmente la Corte al § 134 della decisione, nella versione originale inglese: «*Thus, as currently formulated, the confiscation order was intended to ensure that crime does not pay and to prevent unjust enrichment, by depriving the individual concerned and third parties not having a valid claim over the property to be confiscated of the profits of criminal activities, and was, accordingly, essentially of a restorative and not punitive nature (see, for example, Ulemek, cited above, § 50)*».

Del resto, osservano i giudici europei, i ricorrenti avevano lamentato solo la violazione del c.d. *primo aspetto* insito nell'art. 6 § 2, attinente alla presunzione di innocenza, che a sua volta impone il rispetto di requisiti riguardanti, tra l'altro, l'onere della prova, le presunzioni legali di fatto e di diritto, il diritto di non auto-incriminarsi, la pubblicità pre-processuale e il diritto a che non vi siano premature dichiarazioni di colpevolezza da parte del tribunale o di altri funzionari pubblici.

Non era stata invece lamentata la violazione del *secondo aspetto* insito nella medesima disposizione convenzionale, in forza del quale chi è stato destinatario di un provvedimento di assoluzione o archiviazione non può essere trattato, sotto diversi profili, come colpevole.

7. L'inapplicabilità dell'art. 4 Protocollo n. 7 CEDU (ne bis in idem). Il secondo ricorrente, invece, aveva lamentato una violazione del diritto al *ne bis in idem* previsto dall'art. 4 Prot. Add. CEDU, in quanto – come anticipato – lo stesso era stato già destinatario di una proposta di applicazione di una misura di prevenzione personale, precedentemente rigettata. Tuttavia, le considerazioni precedenti circa la natura non punitiva della misura in questione conducono la Corte a ritenere che non possa in alcun modo affermarsi che la persona sia stata «giudicata o punita nuovamente in procedimenti penali» ai sensi di tale disposizione, di cui parimenti afferma l'inapplicabilità *ratione materiae*.

* * *

8. La decisione in commento assume senz'altro grande importanza sia nel nostro ordinamento sia nel contesto europeo in cui si inserisce. Non è infatti secondario rammentare che, proprio di recente, il sistema italiano della confisca di prevenzione è stato assunto come 'modello' dal legislatore europeo nell'ambito dell'Unione, con l'adozione della [nuova Direttiva 1265/2024/UE](#)⁸. L'odierna decisione rappresenta dunque un arresto per certi versi rassicurante circa la conformità di tale modello di *non-conviction based confiscation*, non solo rispetto alle istanze efficientistiche nel contrasto della criminalità economica nell'ambito unionale, ma anche rispetto ai canoni garantistici convenzionali, pur con alcune opportune precisazioni che si cercherà di mettere sinteticamente in luce.

Al contempo, l'odierna pronuncia perviene proprio durante l'attesa della decisione di un altro delicato caso portato all'attenzione dei giudici di Strasburgo: quello oggetto del ricorso "Cavallotti c. Italia", in cui dovrà essere affrontato – tra gli altri – il delicato tema della ammissibilità di esiti divergenti tra processo penale e di prevenzione, potendo il secondo concludersi con l'applicazione della misura anche a fronte di un'assoluzione nel merito in sede penale⁹.

⁸ Cfr. A.M. MAUGERI, [La nuova direttiva 2024/1260 per il recupero e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia](#), in *questa Rivista*, 30 dicembre 2024.

⁹ Cfr., volendo, S. FINOCCHIARO, [La confisca senza condanna nello spazio europeo: mentre a Bruxelles è in cantiere](#)

Inoltre, la decisione giunge a breve distanza di tempo da un'ulteriore pronuncia – “Episcopo e Bassani c. Italia” del 19 dicembre 2024 – in materia di confisca, in quel caso non “di prevenzione”, bensì disposta in sede penale e avente ad oggetto il profitto del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640 bis c.p.* Tale pronuncia, pur muovendo da premesse teoriche non dissimili da quelle odierne, ha riscontrato tuttavia una violazione dell'art. 6 § 2 CEDU e 1 Prot. add. CEDU. In estrema sintesi – e rinviando ad altra sede più approfonditi commenti – può infatti rilevarsi che anche in quel caso la Corte ha riconosciuto alla confisca del profitto natura ripristinatoria, affermando che essa è maggiormente assimilabile agli istituti civilistici restitutori volti ad evitare l'ingiusto arricchimento piuttosto che alle sanzioni penali¹⁰. Per tale motivo, anche in quell'occasione ha riconosciuto che essa non va considerata una “pena” ai sensi dell'art. 7 CEDU, che risulta di conseguenza inapplicabile *ratione materiae*. Nondimeno, la Corte ha rinvenuto una violazione dell'art. 6 § 2 CEDU, sotto il “secondo aspetto” di cui si è detto sopra, e cioè quello in forza del quale chi è stato destinatario di un provvedimento di proscioglimento non può essere trattato, sotto diversi profili, come colpevole. La Corte (sebbene non all'unanimità e con un'ampia e argomentata *dissenting opinion* del giudice Sabato¹¹) ha ritenuto in quel caso di specie violato il diritto alla presunzione di innocenza, in quanto il provvedimento con cui al ricorrente era stata applicata dalla Corte d'appello la confisca nonostante l'imputato fosse stato prosciolto per intervenuta prescrizione del reato, risultava fondato e motivato sulla scorta della sua sostanziale responsabilità penale, già affermata nella sentenza di primo grado e non successivamente smentita (conformemente a quanto statuito dalle Sezioni Unite “Lucci” della Corte di Cassazione nel 2015, e poi di fatto codificato nell'art. 578-bis c.p.p.).

9. I moti di assestamento della giurisprudenza europea in tema di confisca, *lato sensu* “senza condanna”, sono dunque ancora in corso. I più recenti sviluppi a cui si è fatto cenno evidenziano ad ogni modo la tendenza a non equiparare le confische dei proventi delittuosi alle pene, in particolare sul piano funzionale, in quanto aventi uno scopo ripristinatorio antitetico rispetto a quello punitivo. Questo assunto – con il quale ci troviamo in linea di principio pienamente d'accordo – presuppone tuttavia di impegnarsi in uno sforzo non indifferente nel senso di assicurare che l'applicazione concreta di siffatte misure ablatorie avvenga in modo coerente con la funzione che le si assegna. Occorre cioè fare in modo che la misura abbia l'effetto di rimuovere dal patrimonio della persona beni di valore non superiore, e quanto più possibile

[una nuova direttiva, a Strasburgo l'Italia è sotto esame nel ricorso “Cavallotti”](#), in questa Rivista, 7 novembre 2023.

¹⁰ Ai § 73 e 74 si afferma: “73. As regards the nature and purpose of the measure, the Court notes that the confiscation affected assets that were considered to directly derive from the commission of criminal offences. As such, its main purpose appears to have been that of depriving the applicants of the profits of their crimes. 74. The Court further observes that the measure in question has certain elements that render it more comparable to the restitution of unjustified enrichment under civil law than to a fine under criminal law”.

¹¹ Sebbene sia formalmente una “*partially dissenting opinion*” il giudice stesso precisa come il suo dissenso sia in realtà radicale: “As my approach diverges radically from that of the majority, although I am expressing what is technically a “partly” dissenting opinion, my dissent is, practically speaking, total”.

corrispondente, a quanto quel patrimonio si è arricchito illecitamente attraverso la commissione di condotte criminose.

Come in altre sedi abbiamo già avuto modo di osservare, per giungere a tale risultato, sarebbero senz'altro opportuni alcuni interventi sull'assetto attualmente vigente, in particolare su quello della confisca "di prevenzione"¹². Interventi in parte già possibili *de iure condito*, attraverso l'adozione di interpretazioni giurisprudenziali coerenti con la *ratio* della misura e orientate al rispetto dello statuto garantistico costituzionale e convenzionale che la circonda, ma in altra parte necessitanti di un intervento normativo di riforma.

Non è certo questa la sede per approfondire ciascuno di tali aspetti, ma può essere utile farvi qualche breve cenno.

Ad esempio, quanto al piano meramente interpretativo dell'assetto vigente, è importante che si dia adeguato rilievo al requisito (non scritto, ma elaborato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 24 del 2019), in forza del quale deve essere assicurata una "ragionevole congruenza tra profitti illeciti e valore dei beni confiscabili", funzionale a limitare la possibilità di una sconfinata estensione della confisca a tutto il patrimonio sproporzionato della persona. Il riferimento alla sproporzione patrimoniale presente negli artt. 20 e 24 d.lgs 159/2011 non andrebbe letto come l'*oggetto* della confisca, bensì come una indicazione di carattere processuale-probatorio: la sproporzione dovrebbe unicamente fungere da indizio che, unito agli ulteriori indizi rappresentati dalla mancata giustificazione della provenienza e dalla commissione di una delle fattispecie-presupposto (c.d. fattispecie di pericolosità), permette di svolgere il ragionamento inferenziale che conduce alla prova (indiretta) della provenienza criminosa dell'arricchimento illecito che la misura intende colpire. Si tratta, del resto, di una confisca "per sproporzione" e non "della sproporzione".

Se, da un lato, proprio nell'agevolazione probatoria che caratterizza questo strumento di confisca risiede la sua spiccata efficacia nel campo del contrasto patrimoniale alla criminalità economica, dall'altro, rimane però ad oggi non sufficientemente precisato quale sia lo standard probatorio richiesto. Senz'altro insoddisfacente è l'ambiguo riferimento legislativo a non meglio precisati "indizi" o "elementi di fatto", né la giurisprudenza di legittimità è ancora riuscita a delineare in modo sufficientemente preciso quale livello di convincimento sia richiesto al giudice della prevenzione. Inferiore a quello dell'oltre ogni ragionevole dubbio operante in sede penale, ma superiore a quello civilistico del "più probabile che non": in positivo, occorrerebbe individuare una formula che fornisca un riferimento certo, per assicurare maggiore prevedibilità alle decisioni (come negli Stati Uniti si è almeno tentato di fare in relazione alla *civil forfeiture* sin dal 2000 con il *Civil Asset Forfeiture Reform Act*, adottando lo standard del *clear and convincing evidence*).

Ulteriore intervento che assicurerebbe all'istituto maggiore coerenza rispetto alla funzione che le si assegna sarebbe quello di prevedere espressamente il divieto di

¹² Sia qui consentito un rinvio a quanto espresso in S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture. Alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Giuffrè, Milano, 2022, in particolare da p. 391 ss.

duplicazioni nell'apprensione dell'arricchimento illecito, considerando sempre sussidiaria la confisca (anche di prevenzione) rispetto ad altre conseguenze dell'illecito previste dall'ordinamento, siano anche esse prestazioni restitutorie o risarcitorie, che abbiano comunque, ancorché indirettamente, avuto l'effetto di rendere non lucrativo il fatto illecito.

Infine, non secondario sarebbe rimodulare i c.d. presupposti soggettivi della confisca di prevenzione, mediante l'enumerazione dei tipi di delitti cui può conseguire la confisca e la loro individuazione espressa, nel rispetto del principio di *legalità*, selezionando unicamente fattispecie tipicamente produttive di ingenti profitti illeciti¹³, nel rispetto del principio di *ragionevolezza e proporzione*, a tal fine scindendo una volta per tutte le fattispecie-presupposto delle misure di prevenzione patrimoniali da quelle relative alle misure di prevenzione *personali*, con le quali il sequestro e la confisca non hanno ormai davvero nulla a che spartire.

¹³ In questo senso depone peraltro la sentenza 13 luglio 2021, *Todorov e altri c. Bulgaria*, citata anche nella decisione qui in commento.

**SEPARAZIONE DELLE CARRIERE E RIFORMA COSTITUZIONALE
DELLA MAGISTRATURA:
20 DOMANDE PER UN CONFRONTO E UN DIBATTITO APERTO (*)**

di Gian Luigi Gatta

La riforma costituzionale della magistratura ordinaria è tema tanto importante da richiedere, con senso di responsabilità da parte di tutti, un dibattito serio e approfondito, capace di ascoltare le ragioni dell'altro e le rispettive obiezioni e proposte. Una simile riforma, per quanto possibile, dovrebbe essere in qualche misura condivisa o trovare, quanto meno, punti di compromesso; non essere imposta sulla base del dato della maggioranza parlamentare.

La Costituzione è la nostra legge fondamentale e non si può fare a disfare, ad ogni cambio di maggioranza. Se il suo impianto originario è ancora vigente, è perché è storicamente il frutto di una dialettica e di compromessi politici improntati ad ampia condivisione. Ecco perché, a mio avviso, il dibattito in corso sulla riforma del Titolo IV andrebbe ricondotto su altri binari, evitando contrapposizioni e toni eccessivi.

Come farlo? Provando ad ascoltare le ragioni di tutti – della politica, della magistratura, dell'avvocatura, dell'accademia, della società civile –, a non delegittimare l'altro e a discutere, per quanto riguarda noi giuristi, sulla base delle norme e dei principi, non degli schieramenti (politici o professionali).

Tenterò allora, quale docente universitario a tempo pieno, di dare a titolo personale un contributo al dibattito attraverso alcune domande, che non hanno la pretesa di fornire delle risposte ma solo quella di stimolare una riflessione, con l'auspicio che le criticità presenti, a mio parere, in diverse disposizioni del disegno di legge di riforma costituzionale, possano essere affrontate, discusse e (se ritenute sussistenti) risolte con opportuni emendamenti.

1. È una riforma della magistratura o contro la magistratura?

Inizio con una domanda che può sembrare provocatoria, ma non lo è. La riforma costituzionale è stata infatti presentata in più occasioni dai suoi fautori, anche in sedi istituzionali, come una reazione nei confronti di presunte invasioni di campo della magistratura rispetto alla politica e all'azione del Governo. Una magistratura che, quando adotta decisioni 'non gradite', viene con una certa *nonchalance* tacciata di essere politicizzata. Di conseguenza, nel dibattito pubblico la riforma è oggi rappresentata dai *media* ed è per lo più percepita dai cittadini esattamente in questi termini: uno scontro, che invita faziosamente a porsi da una parte o dall'altra, finendo per perdere di

(*) Testo predisposto in vista dell'intervento all'Assemblea pubblica dell'ANM a Milano in occasione dello sciopero dei magistrati del 27.2.2025 contro il disegno di legge governativo di riforma costituzionale della magistratura.

vista il merito delle modifiche ordinamentali che si propongono. È un vizio del nostro Paese, alimentato da buona parte dei *media*, a partire dagli *house organ* (basta leggere con continuità le rassegne stampa per rendersene conto).

Come giuristi, prima ancora che come cittadini, non possiamo cadere in questo tranello. Fissiamo allora un primo punto fermo indiscutibile, sul piano dei valori.

Chi è convinto che la magistratura sia un'istituzione fondamentale, per dare risposta di giustizia (*ius-dicere*), per tutelare e affermare i diritti e contribuire all'ordinato vivere civile, al progresso sociale ed economico del Paese, non può non avvertire, in questo clima di tensione, l'esigenza di difendere la magistratura come *res publica*, come patrimonio valoriale della Repubblica. Un bene di tutti amministrato in nome del popolo italiano, un servizio pubblico fondamentale: la giustizia. Il che non significa prendere posizione pro o contro la riforma: significa assumere come presupposto indiscutibile che qualsiasi eventuale riforma non deve essere ed andare contro la magistratura, la sua autonomia, la sua indipendenza, la qualità della giurisdizione. Su queste basi, prendere posizione *sulla* riforma, anche per i cittadini che saranno chiamati a esprimersi in un *referendum*, è più agevole: non si tratta di prendere le parti dei magistrati, degli avvocati, della maggioranza o dell'opposizione, di questo o quel professore od opinionista. Si tratta di comprendere se, nel merito, le modifiche ordinamentali proposte migliorano, peggiorano o lasciano inalterato lo stato delle cose.

Attenzione: per quanto possa sembrare un invito scontato o retorico, prendere le parti della difesa della magistratura, come istituzione repubblicana, non lo è. Viviamo infatti tempi in cui è sempre maggiore l'insofferenza per il controllo di legalità da parte dell'autorità giudiziaria. Espressione massima di questa insofferenza è forse oggi il trumpismo. Indebolire la magistratura è, da sempre, una strategia politica antidemocratica, che mira a 'non disturbare il manovratore'. Difendere la democrazia significa perciò anche difendere la magistratura, il cui assetto ordinamentale è certamente modificabile da scelte politiche del Parlamento, nel rispetto però di fondamentali principi.

Un invito che mi permetto allora di rivolgere a quanti intendano difendere la magistratura come componente fondamentale della Repubblica, su queste basi valoriali, è di abbassare i toni e, con senso di responsabilità, di cercare il dialogo e di ricondurre il dibattito sui binari di una critica serrata ma mai eccessiva, che si confronti con il merito delle proposte di intervento normativo.

Condizione necessaria, a tal fine, è che tutte le parti in gioco evitino di ricorrere alla *delegittimazione* dell'altro. Essa si impedisce il dialogo e il confronto.

Tra le affermazioni che ci è toccato di ascoltare, di questi tempi, vi è addirittura quella di un rischio di 'eversione', attribuito vicendevolmente dall'una all'altra parte: magistratura politicizzata ed eversiva, politica eversiva.

Solo una degenerazione del discorso pubblico può associare l'idea dell'eversione sia all'attività della magistratura italiana, sia al disegno di legge di riforma costituzionale.

L'eversione è una cosa seria, che il nostro Paese ha purtroppo conosciuto in non poche pagine buie della sua storia, nella quale proprio e anche la magistratura ha avuto un ruolo decisivo per la tenuta dell'ordinamento democratico.

La magistratura italiana ha le spalle molto larghe: nell'era repubblicana ha attraversato momenti ben più difficili di quello attuale, anche drammatici: chi oggi, esasperando inopportunosamente i toni del dibattito pubblico, evoca atteggiamenti eversivi, ha la memoria corta e dimentica che l'Italia è il Paese del sequestro e dell'uccisione del Presidente del Consiglio Aldo Moro da parte delle Brigate Rosse; è il Paese della Loggia P2, delle mafie e della strage di Capaci avvenuta il 23 maggio 1992 proprio mentre il Parlamento, dopo il crollo della Prima Repubblica, in piena Tangentopoli, stava eleggendo il Presidente della Repubblica. Oscar Luigi Scalfaro fu eletto cinque giorni dopo la strage di Capaci, che rompe lo stallo della politica parlamentare in un momento tra i più complessi della nostra storia.

In questi e in altri passaggi epocali della vita repubblicana, la magistratura ha avuto un ruolo da protagonista nella salvaguardia dell'ordine democratico e delle istituzioni repubblicane. Lo ha fatto con responsabilità e senso del dovere, sia di quanti hanno lavorato e lavorano lontano dai riflettori, sia di quanti, eroi involontari, hanno pagato con la vita. Non posso in quest'aula non ricordare Emilio Alessandrini e Guido Galli. Associare l'eversione alla magistratura è offensivo, oltre che falso. E' intollerabile.

Beninteso: la magistratura ha le sue responsabilità e le sue colpe, delle quali ha pagato e sta pagando il prezzo, anche in termini di fiducia da parte dell'opinione pubblica. La fiducia era massima negli anni di Mani Pulite, quando davanti al Palazzo di Giustizia di Milano sfilavano corteie sostegno del Pool.

Poi le porte girevoli con la politica, lo scandalo dell'Hotel Champagne, le tensioni con alcune forze politiche e leader nell'ultimo trentennio, hanno danneggiato l'immagine della magistratura. Alcuni sondaggi recenti riferiscono di una fiducia nella magistratura di solo circa il 30% degli intervistati. È un fenomeno che non riguarda solo l'Italia ma anche altri paesi, tra cui gli Stati Uniti del Presidente Trump. Secondo [un sondaggio Gallup](#) dello scorso mese di dicembre, la fiducia nel potere giudiziario ha toccato negli USA il minimo storico del 35%, con una perdita di ben 24 punti percentuali negli ultimi venti anni. La magistratura, almeno nel nostro Paese, non si regge certo sul consenso e non deve rispondere al consenso. È però certo che la fiducia e il sostegno collettivo nel suo operato è importante per le sue 'difese immunitarie', che oggi sono più che mai basse. E ciò può essere decisivo, anche rispetto alla prospettiva di un *referendum* sulla riforma. Ecco il perché della strategia della delegittimazione da parte di una politica che si mostra poco responsabile, nella misura in cui mette a rischio la fiducia che ogni cittadino - ciascuno di noi - può e deve nutrire nel corretto e imparziale operato dei magistrati e della giustizia.

Di qui la preoccupazione per una riforma ordinamentale proposta con toni di rivalsa o di 'punizione' verso la magistratura, in un momento storico in cui essa può contare su pochi difensori al suo esterno. E di qui anche la scelta, indubbiamente forte, discussa, criticata da taluni e criticabile, al suo interno e al suo esterno, di manifestare contro la riforma, abbandonando le cerimonie di apertura dell'anno giudiziario nelle corti d'appello. Chi critica quella forma di manifestazione del dissenso verso l'iniziativa riformista della politica, giusta o sbagliata che la si ritenga, non dimentichi però la manifestazione dei parlamentari sulla scalinata di questo Palazzo di Giustizia, alcuni anni fa, per protestare contro i magistrati in uno dei procedimenti che interessavano

l'allora Presidente del Consiglio. Un'altra manifestazione che si collocava in un momento di tensione tra politica e magistratura, come quello che alcuni prima aveva portato il Procuratore Francesco Saverio Borrelli a pronunciare proprio in quest'aula il suo *"resistere, resistere, resistere"*. Verrebbe da dire, insomma, 'chi è senza peccato scagli la prima pietra'. Ci sono momenti in cui, anche da parte di rappresentanti di poteri dello Stato, le idee possono essere espresse pacificamente (senza alcuna eversione) in modo estremamente visibile, come richiede la società della comunicazione mediatica in cui viviamo. Vale in via di principio anche per la magistratura, non solo per la politica. A meno di non volerla considerare un potere silente e recessivo, cioè non indipendente, nei limiti della dialettica democratica e dei confini costituzionali.

2. È la riforma di un potere dello Stato o è una riforma che indebolisce la magistratura, minandone l'autonomia e l'indipendenza?

Mettiamo ora qualche altro punto fermo. Nessuno dubita, neanche all'interno della magistratura – per quanto sia in larga parte conservatrice – che il Parlamento sia legittimato ad approvare a maggioranza una riforma costituzionale della magistratura. Abbiamo imparato tutti al primo anno del corso di studi in Giurisprudenza che la Costituzione, compreso pertanto il Titolo IV, può essere modificata attraverso il procedimento di revisione di cui all'art. 138. È un procedimento volutamente complesso, che richiede più votazioni con maggioranze qualificate e che può richiedere un *referendum* popolare confermativo. Come ho premesso, modificare la Costituzione di un Paese, tanto più l'assetto di uno dei poteri dello Stato, è scelta tanto delicata e importante da richiedere più passaggi parlamentari e un'ampia discussione, una *dialettica* tra la maggioranza e l'opposizione.

La norma sulla revisione della Costituzione è stata scritta dagli interpreti autentici dello spirito costituente – appartenenti notoriamente ad aree politiche molto distanti tra loro – che tutto avrebbero immaginato tranne un disegno di legge di revisione costituzionale che, nel caso di specie, è stato approvato dalla Camera nella sua prima lettura in una sola settimana, nello scorso mese di gennaio, senza alcun emendamento pur a fronte di plurime criticità espresse finanche dal CSM, cioè dall'organo costituzionale di autogoverno della riformanda magistratura. Che la sterilizzazione del dibattito e della dialettica parlamentare interessi anche i disegni di legge costituzionale, tanto più di iniziativa governativa, è a mio avviso criticabile perché lontano dall'ordinario esercizio della democrazia parlamentare e perché, in ultima analisi, svilisce il ruolo e la funzione del Parlamento: un'altra istituzione che dobbiamo difendere, assieme alla funzione di ciascun parlamentare.

Resta il fatto che la politica è indubbiamente legittimata a riformare l'assetto costituzionale della magistratura. Un potere dello Stato – quello legislativo – ne può riformare un altro, quello giudiziario. Perché, si badi bene, la magistratura è sul piano costituzionale un "potere" dello Stato, *al pari* (con pari dignità e legittimazione) dell'esecutivo e del legislativo. Lo riconosce l'art. 104, co. 1 Cost., nell'affermare che "la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente *da ogni altro potere*". La circostanza che la magistratura non sia elettiva, a garanzia della sua indipendenza, non

toglie che la giustizia sia amministrata *in nome del popolo* e non incide sulla legittimazione della magistratura come potere indipendente dello Stato.

Mettiamo ora un altro punto fermo, che richiede di rispondere a questa domanda: possono i magistrati manifestare le proprie critiche nei confronti del disegno di riforma costituzionale? Può un potere oggetto di riforma criticare un altro potere, legittimato a realizzare quella riforma?

La risposta è affermativa: i magistrati, quali cittadini, anche riuniti in associazioni, sono liberi di manifestare liberamente il proprio pensiero e non possono essere tacciati di fare politica se criticano questa o quella proposta di legge. D'altra parte, leggi di rango costituzionale prevedono che perfino in una sede istituzionale come il CSM la magistratura possa esprimere pareri sulle proposte di legge, come quella di cui si tratta.

Perché allora in occasione dell'abbandono delle cerimonie di inaugurazione dell'anno giudiziario i magistrati brandivano la Costituzione e indossano anche oggi la coccarda tricolore? Almeno nella mia lettura, non perché, con una plateale invasione di campo, pensano di avere la pretesa di essere depositari di una Costituzione imm modificabile da parte della politica, ma perché intendono affermare con forza il valore di principi fondamentali essi sì imm modificabili.

Forse non tutti sanno che *le leggi di revisione costituzionale possono essere incostituzionali in quanto contrarie ai principi supremi dell'ordinamento costituzionale*. Mostrare la Costituzione ai rappresentanti del Governo, da parte dei magistrati, è un gesto simbolico che ricorda i limiti che il principio di maggioranza incontra nella Costituzione quale criterio di legittimazione delle scelte politiche *sovraordinato* rispetto al principio di maggioranza. La Corte costituzionale lo ha riconosciuto in una sentenza del 1988 (n. 1146, rel. Baldassarre): "la Costituzione italiana contiene alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali. Tali sono tanto i principi che la stessa Costituzione esplicitamente prevede come limiti assoluti al potere di revisione costituzionale, quale la forma repubblicana (art. 139 Cost.), quanto i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana". Non è dubitabile a mio parere che tra questi valori si annoverino l'indipendenza e l'autonomia della magistratura, tanto giudicante quanto requirente.

Ecco perché la magistratura, con una forma di protesta che sta alla sensibilità di ciascuno condividere o meno, e che ben può essere criticata sul piano dell'opportunità – ricorda simbolicamente al legislatore e ai cittadini l'esistenza di limiti costituzionali alla possibilità di modificare la Costituzione stessa. Limiti che ritiene, quanto meno, a rischio, a ciò indotta anche da un discorso pubblico sempre più orientato alla delegittimazione del suo operato e dall'accusa di essere politicizzata. Come può una magistratura quotidianamente sotto attacco da parte della politica confidare senza alcuna esitazione nella tenuta della sua indipendenza da quella stessa politica che la sta attaccando e riformando assieme?

Eccoci allora arrivati a un punto fondamentale, attorno al quale a mio parere deve ruotare il dibattito sulla riforma, incanalato sui binari del merito. E' una riforma di

riassetto migliorativo di un potere dello Stato o è una riforma che lo indebolisce rispetto agli altri, in termini di minore autonomia e indipendenza?

3. La separazione delle carriere migliora l'autonomia e l'indipendenza della magistratura?

Diciamo subito che, sia nel disegno di legge costituzionale, sia nelle dichiarazioni dei proponenti, l'autonomia e l'indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri dello Stato non sono messe espressamente in discussione. Il relativo principio viene ribadito nell'art. 104, co. 1 Cost.: la magistratura, ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere dello Stato, è composta da magistrati della carriera giudicante e della carriera requirente.

Nell'*incipit* della relazione governativa di accompagnamento al ddl si legge: "questo disegno di legge costituzionale conferma la compiuta assimilazione tra i magistrati del pubblico ministero e i giudici rispetto alle garanzie offerte dai principi di autonomia e indipendenza: si tratta di un assetto che qualunque ipotesi di riforma ordinamentale deve rispettare". E ancora: "ferma restando, dunque, l'esigenza di non limitare in alcun modo l'indipendenza dei magistrati requirenti e giudicanti, si dà attuazione alla separazione delle loro carriere in modo conforme alla struttura più coerente con le regole fondamentali del processo penale, mantenendo altresì il presidio costituito dal Consiglio superiore della magistratura in una sua nuova duplice conformazione".

Si propone sì di separare le carriere dei magistrati, ma non di portare il p.m. fuori dalla magistratura (come 'super-poliziotto') e nemmeno di rinunciare all'autonomia e all'indipendenza di giudici e p.m.

Se è così, hanno ragion d'essere, allora, le preoccupazioni di quanti temono che la riforma possa nel medio lungo termine tradire le intenzioni dichiarate dai proponenti? A mio avviso sono preoccupazioni che meritano di essere considerate con attenzione.

La lettura dei lavori preparatori della Costituzione– in particolare di quelli relativi all'art. 107, ult. co. ("Il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull'ordinamento giudiziario")– mostra come l'assetto costituzionale rimasto immutato dal 1948 ad oggi sia il risultato di un'articolata discussione e di una precisa scelta volta a separare il pubblico ministero non dal giudice, ma dal potere esecutivo. È questo un naturale polo di attrazione del p.m., la cui forza centripeta, oltre che a essere confermata da quanto accade nella gran parte degli ordinamenti stranieri, dipende da almeno due fattori di sistema:

a) il fatto che il p.m., coordinandola, lavori con la polizia giudiziaria, cioè apparati che dipendono dal Governo;

b) la circostanza che il p.m. svolga non solo attività giurisdizionale ma anche attività quale organo dell'esecuzione in materia penale.

I costituenti vollero cambiare lo stato delle cose rispetto all'assetto pre-repubblicano: l'art. 69 della legge sull'ordinamento giudiziario del 1941, ribadendo quanto era previsto in un testo unico dal 1923, prevedeva che il pubblico ministero esercitasse le funzioni attribuitegli dalla legge "sotto la direzione del Ministro di grazia e giustizia"; formula che nel 1946, caduto il regime, sarà stemperata in "sotto la

vigilanza” del Ministro stesso, per poi essere abbandonata – questo è il punto – nella Costituzione del 1948.

Cito di seguito due interessanti pagine tratte da un volume che illustra i lavori preparatori della Costituzione (V. Falzone, F. Palermo, F. Cosentino, *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Mondadori, 1976, p. 346 s.). Durante la Costituente, l’On. Giovanni Leone presentò un emendamento sostitutivo dell’ultimo comma dell’art. 107 Cost. del seguente tenore: “Il pubblico ministero è organo del potere esecutivo. Un particolare corpo di polizia giudiziaria è posto alla sua esclusiva dipendenza”. Successivamente l’On. Leone rinunciò al suo emendamento e aderì alla soluzione che sarà adottata dalla Costituzione (su proposta dell’On. Grassi) di rinviare la soluzione del problema delle garanzie del p.m., ivi comprese quelle di indipendenza dal potere esecutivo, alla legge ordinaria. Non senza avere sottolineato che, sul piano delle garanzie costituzionali, l’indipendenza del pubblico ministero era ed è ancora oggi assicurata da un rafforzamento del CSM.

A me pare, allora, che l’attenzione meriti di essere spostata sull’ultimo comma dell’art. 107 Cost., sul quale la riforma non incide: “il pubblico ministero gode delle garanzie stabilite nei suoi riguardi dalle norme sull’ordinamento giudiziario”. La riforma costituzionale in gestazione incide però sul CSM, privandolo del potere disciplinare, spaccettandolo in due e, soprattutto, prevedendo che sia composto da magistrati, rispettivamente, giudicanti e requirenti, non eletti ma sorteggiati.

Ecco quello che a me pare debba essere *un punto centrale della discussione*: un CSM requirente così configurato, separato dal CSM giudicante, con rappresentanti laici che, a differenza di quelli togati (estratti a sorte in una platea indefinita), saranno sorteggiati in una lista di prescelti dal Parlamento, può garantire l’indipendenza dei pubblici ministeri dal potere politico? Può rappresentare, sul piatto della bilancia, un contraltare effettivo rispetto al rischio che, con una legge ordinaria, possano essere ridotte in futuro le garanzie di indipendenza e autonomia dei p.m.? Fino a che punto può essere rassicurante il mancato intervento sul principio di obbligatorietà dell’azione penale (art. 112 Cost.) quando sappiamo che, in un sistema sovraccarico di procedimenti, di fatto sono decisivi i criteri di priorità nella trattazione, sui quali incideranno le scelte politiche del Parlamento e i Progetti organizzativi delle Procure, che devono passare dal CSM requirente con consiglieri togati sorteggiati?

4. La separazione delle carriere assicura parità delle armi col difensore ed equidistanza dal giudice o rafforza invece la figura del pubblico ministero?

Come uscirebbe il pubblico ministero dalla riforma costituzionale? La separazione delle carriere e la scissione del CSM, nella volontà dei proponenti e di fatto, allontana giudici e pubblici ministeri, rendendoli due corpi distinti all’interno della magistratura. La *ratio* è di valorizzare la terzietà del giudice e di porre il pubblico ministero, quale rappresentante della pubblica accusa, su *un piano di equidistanza dal giudice condiviso con il difensore*.

In astratto, va riconosciuto, è un disegno ragionevole e coerente con i principi del processo accusatorio.

In astratto, però. Perché in concreto vi è da domandarsi se la riforma di cui parliamo, fondata sulla separazione dei CSM, sia in grado di raggiungere quegli obiettivi. Fino a che punto un p.m. magistrato come il giudice, che già oggi svolge funzioni diverse e dopo le leggi Castelli e Cartabia ha ridottissime possibilità di cambiare funzioni (i dati sono impietosi, meno dell'1% dei cambi di casacca), potrà essere considerato dal giudice alla stregua dell'avvocato, solo perché la sua carriera dipende da decisioni di un altro CSM?

Siamo sicuri che, per una eterogenesi dei fini, il CSM requirente non consolidi invece, nel medio lungo periodo, una corporazione di pubblici ministeri, che esercita, nel processo e fuori da esso, poteri ben più forti di quelli che una parte privata come l'avvocato, inevitabilmente, ha nel nostro come in altri sistemi, pure accusatori?

Come può la separazione dei CSM assicurare la parità delle armi tra accusa e difesa nel processo accusatorio?

Ammesso che esista in qualche parte del mondo, siamo proprio sicuri che la parità delle armi tra accusa e difesa dipenda dalla separazione delle carriere e da un rafforzamento della figura del pubblico ministero e non, in ipotesi, da un rafforzamento del ruolo e della figura del difensore, magari con una unificazione delle carriere e della formazione, come avviene in altri sistemi? In fondo tutti, avvocati, giudici e pubblici ministeri, partono insieme nel loro percorso, come matricole di un corso di laurea in giurisprudenza, studiano assieme, si frequentano, si danno del tu, si laureano e preparano concorsi ed esami.

5. La riforma migliora la qualità della giustizia?

La Relazione illustrativa del disegno di legge governativo ne motiva la presentazione in ragione del perseguimento di "obiettivi di miglioramento della qualità della giurisdizione", da raggiungere alla luce dei principi del giusto processo e di una ulteriore evoluzione del sistema verso il modello accusatorio.

Quale miglioramento, in termini di qualità della giurisdizione, può assicurare la separazione delle carriere dei magistrati e, in particolare, la separazione dei CSM e la costituzione dell'Alta Corte disciplinare?

Nei *desiderata* dei proponenti, e in linea con il modello del processo accusatorio, la separazione delle carriere dovrebbe assicurare:

- a. l'autonomia del giudice dal pubblico ministero, rendendolo davvero terzo;
- b. la parità delle armi con il difensore.

Le domande da farsi sono allora almeno tre:

- 1) se l'attuale assetto ordinamentale non assicuri già la terzietà del giudice;
- 2) se, ammesso che si risponda negativamente alla prima domanda, la separazione delle carriere e dei CSM assicuri il risultato atteso;
- 3) se la riforma promette effettivamente una parità delle armi tra accusa e difesa.

Quanto alla *prima domanda*, chi propone la riforma muove da una premessa che, se vera, sarebbe preoccupante (al punto da richiamare l'attenzione di organismi internazionali che vigilano sui livelli di tenuta dello stato liberale, ciò che non risulta sia mai avvenuto): la mancanza di sufficiente terzietà dei giudici italiani, influenzati nelle loro decisioni dall'appartenenza del pubblico ministero alla stessa carriera.

Sulla carriera del giudice influiscono oggi le decisioni del CSM, che per due terzi (20 membri) è composto da magistrati eletti (dai magistrati). I pubblici ministeri – che numericamente sono assai meno dei giudici (penali e civili): 8.000 giudici e 2.600 p.m. – sono oggi solo un quarto dei componenti togati del CSM: 5 su 20. Indubbiamente su questa o su quella decisione (es. la valutazione di professionalità al fine dell'avanzamento di carriera e del relativo scatto stipendiale, la nomina alla presidenza di una sezione di tribunale o di corte d'appello) pesa il voto di tutti i componenti del CSM: ogni singolo voto può fare la differenza, dei togati, ivi compresa la componente minoritaria dei pm, come dei laici (l'altro terzo, eletto dal Parlamento).

Eccoci allora alla *seconda domanda*: è verosimile che l'attuale assetto – un solo CSM con una componente minoritaria di p.m. – pregiudichi in via generale la terzietà del giudice, cioè di qualsiasi giudice? È davvero necessario separare le carriere e i CSM oppure la terzietà del giudice dipende piuttosto dall'imparzialità essenziale per la funzione, dall'etica professionale di ciascuno e dal dovere di adempiere alla funzione con disciplina e onore (art. 54 Cost.), in linea con il giuramento prestato?

È difficile a mio avviso che la qualità della giustizia, in termini di livelli di terzietà dei giudici, possa migliorare separando le carriere. Vi sono dati empirici che mostrano già oggi, d'altra parte, l'autonomia del giudice dal p.m. Nella logica del sistema, il pubblico ministero avanza istanze (come il difensore) sulle quali decide il giudice. Orbene, in molti casi il giudice non accoglie le richieste dei pubblici ministeri, durante le indagini (es., la richiesta di applicare una misura cautelare o di archiviare un procedimento) o durante il processo (es., la richiesta di condanna a una certa pena o la richiesta di condanna *tout court*). Ciò è, semplicemente, fisiologico. Se i giudici non fossero autonomi dai pubblici ministeri nei loro giudizi come si spiegherebbe la percentuale, certo non bassa, di assoluzioni in primo grado? (almeno il 20%). Non solo, se l'autonomia di valutazione del giudice dipendesse dal percorso unitario delle carriere dei magistrati e dall'unitarietà del CSM, bisognerebbe allora porsi il problema della separazione delle carriere dei giudici di primo grado da quelli di appello e di cassazione, che fisiologicamente annullano o confermano le sentenze pronunciate nei precedenti gradi di giudizio. Ciò anche nel giudizio civile, nel quale il p.m. ha funzioni e compiti marginali e del quale non si parla mai, come se la giustizia penale fosse l'unica giustizia interessata dalla riforma costituzionale.

Quanto, infine, alla *terza domanda*, già si è detto delle perplessità relative alla possibilità che la riforma in discussione possa realizzare una parità delle armi tra p.m. e avvocato. La qualità della giurisdizione, indubbiamente, migliora in corrispondenza di una valorizzazione del ruolo del difensore (lo dico anche da avvocato, iscritto da oltre vent'anni nell'elenco speciale riservato ai professori a tempo pieno, dopo avere iniziato la mia carriera, dopo la laurea, in uno studio legale sotto la guida di maestri del foro milanese). La riforma, tuttavia, non si occupa in alcun modo dei difensori ma si limita a separare i p.m. dai giudici limitatamente al profilo della carriera (non della comune appartenenza alla magistratura). In che modo ciò può meglio assicurare la parità delle armi, ammesso che non sia una chimera, come probabilmente è?

6. Quali miglioramenti della giustizia sono attesi per i cittadini?

La riforma costituzionale della magistratura è spesso presentata nel dibattito pubblico come una riforma della giustizia. È fin troppo facile però obiettare che un miglioramento della qualità della giustizia dipende, realisticamente, non dalla separazione delle carriere (per quanto si è detto nel paragrafo precedente), ma da investimenti essenziali per un servizio pubblico così importante per il Paese. Non ci si possono attendere effetti taumaturgici da una riforma che, peraltro, non è a costo zero (passare da un CSM a due, oltre che istituire una nuova Alta Corte disciplinare non lo è, come è stato [osservato da Liana Milella](#) nei giorni scorsi).

Mi limito a due dati, tralasciando quelli, noti, della lentezza dei processi civili e penali, rispetto ai quali molto deve essere ancora fatto ma molto la magistratura ha già fatto, assieme al legislatore e all'esecutivo (compreso l'attuale Governo), in vista del raggiungimento degli obiettivi del PNRR. I dati cui mi riferisco riguardano la scopertura degli organici: secondo [dati del CSM](#), nonostante gli sforzi del Ministero della Giustizia, che, va riconosciuto, sta pubblicando un bando dietro l'altro, mancano ancora 1832 magistrati, pari al 17% di scopertura: 1397 giudici e 435 pubblici ministeri. Ancora, secondo [dati del Ministero della Giustizia \(DOG\)](#), la percentuale di scopertura dell'organico del personale amministrativo della giustizia, senza il quale all'evidenza la macchina non funziona, è del 27%: mancano 11.605 dipendenti. Una settimana fa, durante una seduta di laurea alla Statale di Milano, ho chiesto a una studentessa, tirocinante presso il Tribunale di Sorveglianza di Milano, di quanti anni fosse l'istanza di misura alternativa più risalente che avesse visto. La risposta è stata: "di dieci anni". Il dato dei liberi sospesi – oltre 90.000, secondo dati resi noti dal Ministro Nordio due anni fa – è allarmante ed è una delle tante cartine di tornasole di una giustizia che dovrebbe essere migliorata sotto aspetti forse prioritari rispetto a quelli perseguiti dalla riforma. Ciò anche e proprio per realizzare i principi del giusto processo e quelli costituzionali in genere. Una giustizia migliore richiede organici adeguati, strumenti tecnologici adeguati (penso alla App per il processo penale telematico), ruoli di udienza non affollati e rinvii ragionevoli, non di mesi o di anni. Richiede, insomma, *altro* rispetto alla separazione delle carriere. Almeno prioritariamente, nell'interesse degli utenti del servizio pubblico giustizia.

7. Il concorso per l'accesso alla magistratura resterebbe unico?

La riforma non incide sulla previsione dell'art. 106, co. 1 Cost., secondo cui le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso. Il concorso è disciplinato con legge ordinaria e coinvolge oggi, a diverso titolo, il Ministero della Giustizia e il CSM. Oggi il concorso è unico e chi lo vince sceglie la funzione (giudice, civile o penale, oppure pubblico ministero), nonché la sede, solo una volta ultimato un tirocinio che prevede periodi di affiancamento nelle diverse funzioni. La scelta avviene sulla base di un'unica graduatoria e di valutazioni che tengono conto anche delle esperienze diverse fatte durante il tirocinio, oltre che della sede del servizio.

Una volta che le carriere dei magistrati dovessero essere separate, il concorso sarebbe unico o vi sarebbero due diversi concorsi? La domanda è di indubbio interesse non solo, ma in particolare, per gli studenti di giurisprudenza che aspirano a diventare magistrati. Chi non avesse una vocazione particolare per fare il pubblico ministero,

piuttosto che il giudice, potrebbe sostenere un unico concorso, come oggi, o invece dovrebbe investire le sue forze e le sue risorse sull'uno o sull'altro concorso o, potendoselo permettere, affrontarli entrambi? Le prove d'esame sarebbero diverse?

8. La formazione dei magistrati resterebbe unica o, dopo il CSM, sarebbe sdoppiata anche la Scuola Superiore della Magistratura?

Un'altra domanda. La separazione delle carriere comporterà anche una separazione della formazione dei magistrati, iniziale e permanente? È compatibile una formazione comune con carriere separate? Dovrà essere sdoppiata anche la Scuola Superiore della Magistratura, oggi guidata da un direttivo che, per legge (d.lgs. n. 26/2006), è composto da 12 membri, 7 di nomina del CSM (6 dei quali magistrati) e 5 di nomina del Ministro della Giustizia? Dal punto di vista culturale e formativo, che riflessi potrebbe avere l'istituzione di una Scuola Superiore della Magistratura Giudicante (SSMG) e di una Scuola Superiore della Magistratura Requirente (SSMR)? Sarebbe un passo indietro verso l'attuale direzione volta ad allargare i corsi comuni, di giudici e p.m., anche ad avvocati individuati dal CNF? Ci sarebbe il rischio di autoreferenzialità nella formazione in rapporto alle diverse funzioni dei magistrati, con ricadute sulla giurisdizione, nel medio-lungo periodo?

9. Lo sdoppiamento dei CSM indebolirebbe di per sé l'autogoverno della magistratura? Sarebbe preferibile, come soluzione di compromesso, prevedere due sezioni nell'attuale CSM?

Si sostiene, nel dibattito, che la duplicazione dei CSM può rappresentare, sul piano politico-istituzionale, un indebolimento dell'attuale organo di autogoverno della magistratura e della magistratura stessa rispetto agli altri poteri dello Stato. La forza politica di un organo unitario, presieduto dal Presidente della Repubblica, può essere inferiore rispetto a quella di due organi, portatori di istanze di rappresentanza diverse, presieduti entrambi dal Presidente della Repubblica, costretto a un duplice ruolo, forse inopportuno? Non sarebbe più ragionevole e funzionale, come personalmente a me pare, una soluzione di compromesso tra politica e magistratura, cioè quella di conservare un unico CSM, presieduto dal Presidente della Repubblica, e di articolarlo in due sezioni, una giudicante e una requirente? Quali ragioni potrebbero vincere la saggezza del detto *'entia non sunt multiplicanda sine necessitate'*?

10. Lo sdoppiamento dei CSM è funzionale sul piano del governo della magistratura e, per quanto di competenza, della giustizia

Il CSM ha plurime attribuzioni: non si occupa solo di carriere, ma ha compiti gestionali/organizzativi, esclusivi o concorrenti con quelli del Ministero della Giustizia. Duplicare i CSM per separare le carriere porta con sé il rischio di complicare la gestione della giustizia rispetto ai profili che richiedono un coordinamento tra uffici giudicanti e uffici requirenti.

L'esempio forse più evidente è quello dei progetti organizzativi degli uffici giudiziari, dai quali dipende l'efficienza e la qualità dei servizi offerti ai cittadini. La previsione di un unico CSM, ovvero di due sezioni all'interno di un unico CSM, può

ragionevolmente essere più funzionale ed efficiente, favorendo un opportuno coordinamento. Due CSM diversi potrebbero approvare progetti non coordinati o confliggenti, a discapito del servizio pubblico. Come si risolverebbero eventuali conflitti o difetti di coordinamento?

11. Lo sdoppiamento dovrebbe riguardare anche i consigli giudiziari?

La struttura dell'amministrazione della giustizia prevede 26 distretti di corte d'appello (e tre sezioni distaccate). In ciascuno di essi è costituito un [Consiglio giudiziario](#). Si tratti di organi ausiliari del CSM, che ne riflettono la composizione mista tra membri togati – giudici e p.m. – e membri laici – avvocati e professori. Lo sdoppiamento dei CSM richiederà anche di passare da 26 a 52 consigli giudiziari? Tra le principali attribuzioni di tali organi vi sono: le tabelle di composizione degli uffici (cioè i criteri di assegnazione dei magistrati alle sezioni e dei procedimenti ai singoli magistrati); le valutazioni di professionalità dei magistrati il trattenimento in servizio o la cessazione dall'impiego dei magistrati; l'incompatibilità dei magistrati; gli incarichi extragiudiziari dei magistrati; il passaggio di funzioni dei magistrati; le attitudini al conferimento di incarichi direttivi o semidirettivi. Se per l'individuazione dei componenti dei CSM vale la regola del sorteggio, deve essere prevista/sarà prevista la stessa regola anche per i Consigli giudiziari?

12. Prevedere il sorteggio secco come metodo di composizione della rappresentanza della magistratura nei due CSM e nell'Alta Corte disciplinare è ragionevole?

Eccoci arrivati a uno degli aspetti più critici, a nostro avviso, della progettata riforma costituzionale, rappresentato dalla disciplina relativa alla composizione dei nuovi organi costituzionali: i due CSM, giudicante e requirente, e l'Alta Corte disciplinare.

La riforma di uno dei poteri dello Stato – la magistratura – viene proposta prevedendo meccanismi differenti di composizione dei componenti togati e laici, con uno squilibrio nei rapporti di forza a vantaggio di questi ultimi e, in particolare, del Parlamento che li nomina. Sul piatto della bilancia, nella composizione dei nuovi organi costituzionali il potere legislativo prevale su quello giudiziario. Non sotto il profilo del numero dei componenti, bensì attraverso la previsione di un sorteggio secco per la rappresentanza dei magistrati e di un sorteggio da una lista di pre-scelti dalla politica, per la rappresentanza laica.

Quanti ai due CSM, la riforma prevede che i componenti laici (un terzo) siano estratti a sorte da un elenco di professori ordinari di università in materie giuridiche e di avvocati con almeno quindici anni di esercizio, che il Parlamento in seduta comune, entro sei mesi dall'insediamento, compila mediante elezione. I membri togati (due terzi) sono invece estratti a sorte, rispettivamente, tra i magistrati giudicanti e i magistrati requirenti, "nel numero e secondo le procedure previsti dalla legge".

Un primo motivo di perplessità riguarda l'abbandono dell'elezione (da parte del Parlamento, per i laici, e da parte dei magistrati, per i togati) a favore del sorteggio, che per la prima volta entrerebbe nella Costituzione come metodo di individuazione di

persone cui affidare incarichi in organi costituzionali. L'elezione è un metodo di rappresentanza *'intuitu personae'*, nel quale sono rilevanti il merito (il *curriculum vitae*), le capacità, le idee, la visione, la rappresentatività, ecc. Il sorteggio è un metodo cieco, ispirato alla logica secondo cui *'uno vale l'altro'*.

Come si può ragionevolmente pensare che l'autogoverno di uno dei poteri dello Stato sia affidato alla sorte?

Come si può giustificare ed accettare, anche sotto il profilo del principio di uguaglianza, che una categoria professionale – quella dei magistrati, giudici o p.m. – non possa scegliere i propri rappresentanti, a differenza di quanto accade per gli avvocati, e debba essere governata da colleghi o colleghe estratte a sorte?

Si potrebbe forse rispondere che, nelle intenzioni dei proponenti, il sorteggio serve a sterilizzare il potere delle correnti dei magistrati, che nel recente passato non hanno certo dato il meglio di sé nella gestione del CSM. Ammesso che questa sia una giustificazione, perché allora non prevedere il sorteggio secco anche per i laici? E' ragionevole e compatibile con i principi costituzionali, quello di indipendenza e autonomia della magistratura, *in primis*, la pretesa della politica (del Parlamento) di determinare la rosa dei sorteggiabili e l'orientamento dei laici?

E se paradossalmente il sorteggio, che è cieco, determinasse una composizione di magistrati tutti appartenenti a una medesima corrente?

D'altra parte, vi è da chiedersi quali sarebbero le procedure per il sorteggio dei magistrati nei due CSM, rimandate in modo vago alla legge. Sono proprio sicuri, i proponenti della riforma, che per legge ordinaria non possa rientrare dalla finestra quel che si vorrebbe far uscire dalla porta, cioè l'influenza delle correnti? Tutto dipende da come si compone il bussolotto del sorteggio. Se contiene i nomi di 8.000 giudici o, rispettivamente, 2.500 pubblici ministeri, con la possibilità di estrarre anche il neo-magistrato, oppure se contiene solo i nomi di chi avanza una candidatura, che ben potrebbe essere sollecitata dalle correnti: associazioni libere di magistrati che appartengono alla storia e alla cultura della magistratura e che non sparirebbero con la separazione delle carriere, come è evidente.

Il sorteggio dovrebbe riguardare anche i giudici dell'Alta Corte disciplinare; anche in questo caso sarebbe un sorteggio secco per i rappresentanti della magistratura giudicante (sei) e requirente (tre) e un sorteggio nell'ambito di un elenco predisposto dal Parlamento, per tre giudici laici (gli altri tre sono nominati dal Presidente della Repubblica, almeno in questo caso senza sorteggio). Si ripropongono qui perplessità analoghe a quelle avanzate rispetto al sorteggio dei componenti togati del CSM. La funzione di giudici disciplinari è di tutta evidenza assai delicata. L'istituzione di un'Alta Corte disciplinare può essere di per sé ragionevole. Perché però non consentire ai magistrati di eleggere i propri rappresentanti, cui affidare il potere e la funzione disciplinare su sé stessi?

A conti fatti, l'unica elezione in organi costituzionali che resterebbe prevista da parte dei magistrati ordinari (a differenza di quanto avviene per quelli amministrativi, tributari e militari, nei rispettivi consigli) è quella dei giudici costituzionali (art. 135 Cost.), con una evidente disparità di trattamento e asimmetria rispetto ai meccanismi di composizione dei due CSM e dell'Alta Corte disciplinare. E, per riprendere [un](#)

[interrogativo del Presidente emerito Canzio](#), “in quale proporzione sarebbe distribuita fra giudici e pubblici ministeri la quota di un terzo dei giudici della Corte costituzionale nominati dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrativa, ai sensi dell’art. 135, commi 1 e 2, Cost.?”.

13. Il sorteggio dei magistrati non pregiudica l’equilibrio con la rappresentanza laica, politicamente più organica e forte?

Per quanto abbiamo detto, la risposta ci sembra debba essere affermativa. Una componente di estratti a sorte ben difficilmente sarà coesa e organizzata, al suo interno e nelle dinamiche collegiali, come una componente di sorteggiati in un listino del Parlamento, che riflette le dinamiche e il peso rispettivo delle forze politiche.

Ecco il punto, allora: l’indipendenza della magistratura dalla politica, pur affermata a parole dalla Costituzione, rischia di essere vanificata dal peso che il meccanismo del sorteggio temperato assegna alla politica.

Per questo a mio avviso sarebbe ragionevole e auspicabile un emendamento al disegno di legge costituzionale volto a sopprimere il meccanismo del sorteggio per i togati o, quanto meno, a parificarlo a quello previsto per i componenti laici. Se proprio non si volesse rinunciare al sorteggio, si potrebbe prevedere un’elezione da parte dei magistrati dei colleghi o delle colleghe sorteggiabili.

14. È ragionevole prevedere che la rappresentanza dei magistrati nell’Alta Corte disciplinare sia limitata ai soli magistrati che svolgano o abbiano svolto funzioni di legittimità?

A me pare che questa previsione sia di dubbia ragionevolezza. Perché mai un giudice di merito o un pubblico ministero che non svolga o abbia svolto funzioni di legittimità non può essere adatto a ricoprire il ruolo di giudice dell’Alta Corte disciplinare? Il giudizio disciplinare coinvolge, evidentemente, non solo questioni di diritto, ma anche, ordinariamente, questioni di fatto e di prova che appartengono alla fisiologia delle funzioni del magistrato di merito, che potrebbe senz’altro dare un importante contributo al nuovo organo costituzionale. Ecco un altro tema sul quale riflettere, in vista di possibili emendamenti migliorativi della proposta di legge.

15. Istituire l’Alta Corte disciplinare solo per la magistratura ordinaria e non anche per le altre magistrature (amministrativa, tributaria, contabile) è ragionevole?

È un altro punto critico della riforma, che sembra avvalorare il sospetto del suo carattere ‘punitivo’/revanchista nei confronti della *sola* magistratura ordinaria. Personalmente condivido l’opinione di quanti ritengo che sarebbe ragionevole, nel momento in cui si istituisce un’Alta Corte disciplinare (sia per i pm sia per i giudici), estenderne la competenza in rapporto non solo alla magistratura ordinaria bensì a tutte le magistrature, eventualmente prevedendo diverse sezioni al suo interno. Diversamente, si creano nel sistema disarmonie e disparità tra magistrati e magistrature, anche sotto il profilo dei criteri di composizione dei rispettivi organi disciplinari.

16. Perché prevedere la competenza dell'Alta Corte Disciplinare, e non di altro organo, per le impugnazioni avverso i propri provvedimenti?

Si tratta di un altro punto critico della riforma. Si prevede che contro le sentenze emesse dall'Alta Corte in prima istanza è ammessa impugnazione, anche per motivi di merito, soltanto dinanzi alla stessa Alta Corte, che giudica senza la partecipazione dei componenti che hanno concorso a pronunciare la decisione impugnata. E' di dubbia ragionevolezza aver previsto la competenza dello stesso organo, seppure in diversa composizione, quale giudice dell'impugnazione dei propri provvedimenti. A tacer d'altro, proprio la *ratio* sottesa alla separazione delle carriere – la volontà di sterilizzare possibili influenze sulle decisioni derivanti dai rapporti di colleganza – dovrebbe per coerenza riguardare anche i giudici dell'Alta corte. La disciplina in materia di impugnazioni dei provvedimenti del nuovo organo disciplinare andrebbe rivista.

17. In un contesto di carriere e di CSM separati può dare luogo a disequilibri, a favore dei pubblici ministeri e a detrimento dei giudici, la competenza del Procuratore generale presso la Corte di Cassazione (cioè del vertice dei p.m.) a promuovere l'azione disciplinare verso i giudici?

La domanda impone, in effetti, una riflessione. Si separano le carriere di giudici e p.m. ma si prevede poi un'unica giurisdizione disciplinare (l'Alta Corte), composta da togati (sorteggiati tra giudici e p.m.), con possibile promozione dell'azione disciplinare nei confronti dei giudici da parte del vertice dei p.m. (il Procuratore generale presso la Corte di cassazione). In altre parole, una volta che il corpo dei p.m. è separato da quello dei giudici, fa specie pensare che i p.m. (la cui influenza sui giudici si vorrebbe sterilizzare) possono perseguire disciplinarmente anche e proprio i giudici. È un aspetto sul quale una riflessione sembra opportuna.

18. Prevedere che i pubblici ministeri con una certa anzianità di servizio possano diventare giudici di Cassazione per meriti insigni non contraddice la separazione delle carriere, consentendo un passaggio da pm a giudice?

La riforma interviene sull'art. 106, co. 3 Cost. estendendo il novero delle persone che possono essere nominate dal CSM (giudicante) quali consiglieri di Cassazione per meriti insigni. Accanto ai professori ordinari in materie giuridiche e agli avvocati con 15 anni di esercizio, iscritti negli albi speciali per le giurisdizioni superiori, si inseriscono i magistrati appartenenti alla magistratura requirente con la stessa anzianità di servizio.

E' vero che, sul piano della parità delle opportunità, si prevede per i pubblici ministeri un trattamento analogo a quello riservato agli avvocati, ma è anche vero che viene da domandarsi se, una volta che si separano le carriere, sia ragionevole consentire che un avanzamento di carriera di un p.m., quale la nomina nella Suprema Corte di Cassazione, possa essere deciso dal CSM giudicante, cioè dai giudici che dovrebbero conservare una effettiva e apparente terzietà dai p.m., secondo la *ratio* separatista.

19. Sarebbe ragionevole prevedere che la nomina di Consiglieri di Cassazione per meriti insigni sia a tempo determinato (per es., per un mandato quadriennale),

consentendo così ai professori universitari di non perdere per sempre il loro status e di poter rientrare in università?

La riforma dell'art. 106 Cost. rappresenta a mio avviso un'occasione per un intervento che, secondo una proposta avanzata senza seguito nei mesi scorsi, consentirebbe un considerevole ampliamento del novero dei professori ordinari che rispondono ai bandi per la nomina quali consiglieri di Cassazione per meriti insigni. Oggi, un professore che viene nominato consigliere di Cassazione perde lo *status* di professore, uscendo dal relativo ruolo, nel quale non può tornare. Ciò rappresenta un evidente disincentivo, che potrebbe essere evitato prevedendo una durata del mandato (analogamente a quanto avviene per professori che assumono le funzioni di consigliere del CSM o di giudice costituzionale). La Corte di Cassazione – il giudizio di legittimità – si potrebbe giovare, qualitativamente, dell'apporto di accademici che si sono contraddistinti nei diversi ambiti del diritto. È una piccola ma rilevante modifica, che sarebbe salutata con favore dal mondo universitario e che potrebbe costituire oggetto di un emendamento al disegno di legge costituzionale. Come mostra questo esempio, emendamenti migliorativi sono ipotizzabili anche al di fuori del terreno del compromesso tra politica e magistratura. Possono essere considerati, però, solo se si accetta di aprire il confronto e il disegno di legge a possibili apporti migliorativi.

20. Un problema di separazione dei poteri non dovrebbe ancor prima essere affrontato con riferimento al ruolo di magistrati nella politica e nel Governo?

Chiudo la mia serie di domande così come l'ho aperta, con una piccola provocazione. L'attenzione si concentra tutta sulla separazione dei percorsi di carriera all'interno della magistratura. Esiste però una realtà, sottolineata da molti e, tra questi, da Sabino Cassese nel suo *"Il governo dei giudici"* (2022), oltre che da rappresentanti delle Camere Penali, che riguarda i magistrati fuori ruolo, che prestano servizio presso i ministeri o presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri: non solo in uffici tecnico-giuridici (come gli uffici legislativi), nei quali il loro apporto (seppur non esclusivo) è in una certa misura utile e raccomandabile, ma anche in uffici con compiti di natura politica. La contiguità dei magistrati con il potere esecutivo e con la politica è un tema che meriterebbe di essere affrontato con maggiore attenzione; così come quello delle porte girevoli tra politica attiva (nominati o eletti) e magistratura. Se si vuole avviare una riflessione pacata a 360 gradi sull'indipendenza della magistratura l'impressione è che bisogna guardare ben oltre il tema della separazione delle carriere. La politica e la magistratura dovrebbero riflettere anche su questo. E uno spunto può essere dato dalla notizia, di queste ore, dell'approvazione di [un emendamento al decreto milleproroghe che evita l'entrata in vigore di una norma, introdotta dalla riforma Cartabia, che impedisce \(impediva\) il passaggio diretto \(il rientro in servizio\) dei magistrati fuori ruolo dai ministeri agli uffici direttivi.](#)

Chiudo con un'ultima provocazione rivolta ai magistrati: in non pochi casi hanno manifestato contro la riforma, in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario, lasciando la sala quando ha preso la parola non un politico ma un magistrato fuori ruolo in veste di rappresentante del Ministro della giustizia, pure lui ex magistrato. È avvenuto ad esempio proprio in quest'aula a Milano. E fa riflettere.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**