

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

6/2025

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

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Andrea Abbagnano Trione, Alberto Alessandri, Silvia Allegrezza, Chiara Amalfitano, Enrico Mario Ambrosetti, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, 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 Finocchiario, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Alessandra Galluccio, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Giorgio Lattanzi, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Adelmo Manna, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Francesco Mazzacuva, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Lorenzo Picotti, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Bartolomeo Romano, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa 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 Zaccà, 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

M. ODDIS, <i>L'acquisizione della messaggistica digitale nel processo penale: tra cortocircuiti processuali e prospettive de iure condendo</i>	5
E. TURETTA, <i>La violenza economica nel perimetro di tipicità del delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi</i>	17
F. LANERI, <i>Rapporti tra giudizio abbreviato e reato continuato: le problematiche applicative al vaglio delle Sezioni unite</i>	39
A. PROCACCINO, <i>La centralità del mandato d'arresto nel procedimento dinanzi alla Corte penale internazionale e l'esito del caso Almasri: interpretare e riformare</i>	55
M. ARBOTTI, <i>La "confisca allargata" tra istanze di ragionevolezza e «bruto predominio» sulla realtà</i>	95
P.P. PAULESU, <i>L'autodifesa cautelare anticipata: un antidoto agli abusi coercitivi?</i> ...	115

SCHEDE

M. FALCONE, <i>Fuga in auto dall'aggressore, omicidio e lesioni stradali colposi: configurabile la legittima difesa?</i>	133
C. PAGELLA, <i>Sui vuoti di tutela lasciati dal (fu) abuso d'ufficio: uno sguardo alla costellazione dei casi oggetto delle ordinanze di rimessione della Consulta</i>	145
G.L. GATTA, <i>Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra real politik e principi costituzionali</i>	155
S. ZIRULIA, <i>Per la Corte di giustizia UE la Carta dei Diritti fondamentali osta alla criminalizzazione del favoreggiamento dell'ingresso irregolare del figlio minorenni o di altri minori di cui l'agente è affidatario</i>	165

L'ACQUISIZIONE DELLA MESSAGGISTICA DIGITALE NEL PROCESSO PENALE: TRA CORTOCIRCUITI PROCESSUALI E PROSPETTIVE *DE IURE CONDENDO*

Cass. Sez. VI, 13 gennaio 2025, n. 1269 Pres. Aprile, Rel. Amoroso

di Michele Oddis

Il presente contributo analizza una recente sentenza della Corte di cassazione in tema di acquisizione della messaggistica digitale nel processo penale a seguito delle note prese di posizione della giurisprudenza costituzionale. Sebbene sia apprezzabile una lettura maggiormente rispettosa del principio di segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15 Cost. permangono particolari criticità sistematiche con riferimento – in modo particolare – alle carenti garanzie giurisdizionali a presidio delle fasi acquisitive del dato informatico. L'innalzamento delle garanzie procedurali è alla base del recente disegno di legge S. 806 che mira all'introduzione di un inedito art. 254-ter rubricato «sequestro di dispositivi e sistemi informatici o telematici, memorie digitali, dati, informazioni, programmi, comunicazioni e corrispondenza informatica inviate e ricevute». Tuttavia, l'attuale proposta di riforma risulta ancora contraddistinta da gravi lacune che se non adeguatamente colmate potrebbero compromettere severamente diritti e prerogative dell'indagato.

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Dato digitale e prova documentale. – 3. La corrispondenza digitale: verso letture rispettose del principio di segretezza *ex art. 15 Cost.* – 4. Cortocircuiti processuali. – 5. Prospettive *de iure condendo*: tra proiezioni garantiste... – 6. ...e lacune procedurali.

1. Il caso.

Con la sentenza che si annota la Corte di cassazione si è pronunciata, tra l'altro, sull'utilizzabilità degli *screenshot* relativi a conversazioni effettuate mediante l'applicazione di *mobile messaging Whatsapp* installata all'interno del telefono cellulare in uso all'imputato.

A tale riguardo, la difesa lamentava la mancata declaratoria di inutilizzabilità del suddetto materiale probatorio, trattandosi di prove acquisite *contra legem* e in violazione del principio di segretezza della corrispondenza.

Nel ritenere fondata le censura proposta, i giudici di legittimità hanno sottolineato che i messaggi di posta elettronica, i messaggi *Whatsapp* e gli *sms* conservati

nella memoria di un dispositivo elettronico costituiscono corrispondenza anche dopo la ricezione da parte del destinatario almeno fino a quando, per il decorso del tempo o per altra causa, essi non abbiano perso ogni carattere di attualità. Ne deriva che «la messaggistica archiviata nei telefoni cellulari non può più essere considerata alla stregua di un mero documento, ma richiede l'assoggettamento alla disciplina dell'art. 254 c.p.p. che impone la necessità di un provvedimento dell'autorità giudiziaria, necessariamente motivato, al fine di giustificare il sacrificio della segretezza della corrispondenza»¹.

La soluzione privilegiata dai giudici di legittimità nella pronuncia in commento recepisce il recente orientamento della Corte costituzionale secondo cui «lo scambio di messaggi elettronici rappresenta, di per sé, una forma di corrispondenza»². È, così, superato il precedente indirizzo giurisprudenziale che qualificava i messaggi *Whatsapp* e gli *sms* conservati nella memoria di un telefono cellulare come prova documentale acquisibile «mediante mera riproduzione fotografica»³.

2. Dato digitale e prova documentale.

La pronuncia in commento offre lo spunto per alcune considerazioni sui rapporti intercorrenti tra dato digitale e prova documentale.

A tale riguardo, va subito detto che la disposizione di cui all'art. 234 c.p.p. è stata «pensat[a] per strumenti analogici, la cui peculiarità è data da grandezze fisiche che assumono valori continui»⁴. Ciononostante, non sono mancate decisioni orientate a ricomprendere *tout court* nel perimetro applicativo della disposizione in esame anche i

¹ Così, testualmente, il § 3 dei «Considerato in diritto» della sentenza in commento.

² Il riferimento è a Corte cost. 27 luglio 2023, n. 170. Per alcuni commenti v. G. GUZZETTA, *La nozione di comunicazione e altre importanti precisazioni della Corte costituzionale sull'art. 15 della Costituzione nella sentenza n.170 del 2023*, in *federalismi.it*, n. 21/2023, p. 81 ss; P. VILLASCHI, *La posta elettronica e i messaggi WhatsApp sono corrispondenza? Note a margine del ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato promosso dal Senato della Repubblica in relazione al "caso Renzi"*, *ivi*, n.7/2023, p.234 ss.; E. FURNO, *Libertà di comunicazione e diritto alla riservatezza del parlamentare nelle sentenze nn. 157 e 170 del 2023 della Corte costituzionale in tema di intercettazioni*, *ivi*, n. 25/2023, p. 37 ss.; L. LONGHI, *La libertà e la segretezza delle comunicazioni parlamentari in due recentissime pronunce della Corte costituzionale*, *ivi*, n. 25/2023 p. 58 ss; C. FONTANI, *La svolta della Consulta: la "corrispondenza telematica" è pur sempre corrispondenza*, in *Dir. pen. proc.* n. 10/2023, p. 1311 ss.; A. IACOVIELLO, *I riflessi della sentenza n. 170/2023 della Corte costituzionale sulle procedure per il sequestro della corrispondenza elettronica e delle comunicazioni archiviate su dispositivi di tipo informatico e telematico*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, n. 1/2024.

³ Da ultimo, Cass., sez. VI, 16 marzo 2022, n. 22417, in *C.E.D. Cass.*, rv. 283319-01 secondo cui «per i dati informatici non valgono i principi elaborati in materia di intercettazioni e di acquisizione di corrispondenza, dovendosi ritenere che i messaggi whatsapp e gli sms conservati nella memoria di un telefono cellulare hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., sicché è legittima la loro acquisizione mediante mera riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p.», in senso conforme ex multis Cass., sez. VI, 12 novembre 2019, dep. 2020, n. 1822, in *C.E.D. Cass.*, rv. 278124; Cass., sez. V, 21 novembre 2017, dep. 2018, n.1822, *ivi* rv. 272319).

⁴ In questi termini F. ZACCHÉ, *La prova documentale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 26. Sul punto A. VELE, *La prova documentale nel processo penale*, Cacucci, Bari, 2022, p. 51 ss.

dati informatici⁵. Ad avallare simili opzioni esegetiche concorre il dato letterale dell'art. 234 c.p.p., il quale, come noto, ricomprende nel proprio ambito di operatività ogni rappresentazione di fatti, persone o cose, a prescindere dal mezzo utilizzato: se, infatti, «è consentita l'acquisizione di [...] documenti che rappresentano fatti, persone, o cose mediante [...] qualsiasi mezzo» rientrerebbe in tale categoria anche il documento digitale.

Una simile impostazione, tuttavia, omette del tutto di confrontarsi con le peculiari caratteristiche morfologiche che differenziano il documento "tradizionale" da quello informatico⁶. Nella prima ipotesi, il contenuto informativo è materialmente incorporato su un supporto fisico e, pertanto, «la rappresentazione non esiste senza il supporto fisico sul quale è incorporata»⁷, di conseguenza, esiste un «rapporto di immedesimazione che lega contenuto e contenitore»⁸. Nel secondo caso, al contrario, il dato digitale è contraddistinto dall'immaterialità, «nel senso che la rappresentazione esiste indifferentemente dalla scelta del tipo di supporto fisico sul quale il dato informatico è incorporato»⁹, giacché esso ben può essere trasferito agevolmente da un supporto all'altro (*hard disk, pen drive* ecc.).

Da tale "ontologica" distinzione discende la necessità di garantire una maggior tutela, nel caso di documento informatico, da eventuali possibilità di alterazione o distruzione¹⁰. Tale esigenza è stata avvertita anche dal legislatore il quale, con la l. n. 48

⁵ Da ultimo Cass. pen., Sez. VI, 3 giugno 2022, n. 21624 *non mass.* secondo cui «deve evidenziarsi che i dati di carattere informatico contenuti nel computer, in quanto rappresentativi di cose, alla stregua della previsione normativa di cui all'art. 234 c.p.p. rientrano tra le prove documentali».

⁶ Una prima ipotesi definitoria di documento informatico era rinvenibile nell'art. 491-bis c.p. introdotto dalla legge n. 547 del 1993 ove lo si identificava come «qualunque supporto informatico contenente dati o informazioni aventi efficacia probatoria o programmi specificatamente destinati ad elaborarli». Una simile definizione, tuttavia, apriva il varco a problematiche interpretazioni di sistema. Il legislatore, poco avveduto, si era limitato a trasporre acriticamente nel contesto processuale penale una nozione tradizionalmente civilistica di documento mediante la quale è possibile indicare come tale il solo supporto che contiene dati. Come osservato da M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 24, una tale statuizione dogmatica, calata sul piano penale, non coglieva adeguatamente nel segno, in quanto «tutelava il solo supporto fisico e non il dato informatico che invece era proprio quello che andava protetto» confondendo «contenitore (in ipotesi, un personal computer) e contenuto (il file oggetto di attenzione investigativa)». Nel frattempo, il legislatore aveva inteso ideare una seconda definizione che, sebbene più ampia della definizione del 1993 condivideva con quest'ultima lo stesso coefficiente di indeterminatezza ed inesattezza. Il riferimento è, in questo caso, alla definizione introdotta dall'art. 1 lett. p) del codice dell'amministrazione digitale secondo cui è possibile considerare come documento informatico qualsiasi «rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti». Soltanto nel marzo del 2008 la prima definizione, quella risalente al 1993 è stata espunta dall'ordinamento, sostituita dalla più dettagliata definizione contenuta all'art. 1 convenzione di Budapest secondo cui per documento informatico deve necessariamente intendersi «qualunque presentazione di fatti, informazioni o concetti in forma suscettibile di essere utilizzata in un sistema computerizzato, incluso un programma in grado di consentire ad un sistema computerizzato di svolgere una funzione».

⁷ Così P. TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 4/2009, p.403.

⁸ V. R. DEL COCO, *L'utilizzo probatorio dei dati whatsapp tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3/2018, p. 537.

⁹ Così P. TONINI, *Documento informatico e giusto processo*, cit., p.403.

¹⁰ In tal senso A. CHELO, *Le prime indagini sulla scena del crimine. Accertamenti e rilievi urgenti di polizia*

del 2008¹¹, ha inserito nell'apparato codicistico regole *ad hoc* per l'indagine informatica. Il riferimento va all'adozione di «misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione»¹² oppure alla previsione di particolari procedure volte ad assicurare «la conformità dei dati acquisiti a quelli originali e la loro immodificabilità»¹³ nell'ambito delle attività di sequestro di dati informatici.

In considerazioni di tali rilievi, si fa strada il dubbio circa l'effettiva riconducibilità di qualsiasi dato digitale, una volta incorporato in un supporto cartaceo, al contenitore della prova documentale. Simile espediente si risolve, a ben vedere, in una mera «scorciatoia probatoria»¹⁴ per eludere il controllo sull'autenticità delle informazioni, dal momento che l'art. 234 c.p.p. non detta alcuna prescrizione in ordine alla genuinità del dato incorporato nel documento. Accade spesso che pagine *web* o *screenshot* estratti da *social network* siano acquisiti al fascicolo dibattimentale quali prove documentali ai sensi dell'art. 234 c.p.p. attraverso una semplice stampa del *file* originale, solitamente prodotta dalla polizia giudiziaria o dalla persona offesa, senza alcuna garanzia circa l'autenticità e la provenienza dei dati.

Il procedimento così delineato suscita qualche perplessità in ragione delle innumerevoli possibilità di falsificazione del materiale digitale. Ad esempio, per rimanere nell'ambito delle comunicazioni effettuate tramite *whatsapp*, «è nota la possibilità di cancellare dalla *chat* alcuni messaggi di testo o di scaricare apposite applicazioni per la creazione di messaggi falsi che, una volta riportati su supporti cartacei, si sottraggono ad una verifica di falsificazione e possono essere, così, acquisiti a fini processuali»¹⁵. Analoghe considerazioni valgono per i messaggi sms o le informazioni tratte da rete telematica, ugualmente suscettibili di alterazione.

Indicazioni in merito alle modalità attraverso le quali il dato digitale deve essere acquisito al processo non sembrano neppure rinvenibili all'interno dell'art. 234-bis c.p.p.¹⁶, il quale stabilisce che «è sempre consentita l'acquisizione di documenti e dati informatici conservati all'estero, anche diversi da quelli disponibili al pubblico, previo

giudiziaria, Cedam, Milano, 2014, p. 63.

¹¹ Legge 18 marzo 2008, n. 48 recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell'ordinamento interno» in G. U. 4 aprile 2008 n. 80 – suppl ord. n. 79. Per un commento, L. LUPARIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica: profili sostanziali e processuali nella legge attuativa della Convenzione di Budapest sul cybercrime* (l. 18 marzo 2008, n. 48), Giuffrè, Milano, 2009.

¹² Cfr. artt. 244, comma 2; 247, comma 1-bis nonché artt. 352, comma 1-bis e 354, comma 2 c.p.p.

¹³ V. artt. 254-bis, 354, comma 2, nonché, con formula pressoché analoga, art. 260, comma 2 c.p.p.

¹⁴ In tal senso, M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, cit., p. 25.

¹⁵ V. R. DEL COCO, *L'utilizzo probatorio dei dati whatsapp tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali*, cit. p. 536.

¹⁶ Articolo aggiunto dal d.l. 18 febbraio 2015, n. 7, convertito, con modificazioni, nella l. 17 aprile 2015, n. 43 recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 18 febbraio 2015, n. 7, recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione» in G. U. 20 aprile 2015-serie generale n.91.

consenso, in quest'ultimo caso, del legittimo titolare». Due, in particolare, i rilievi degni di nota.

In primo luogo, a venire in rilievo è la distinzione, operata dalla stessa rubrica della disposizione in esame, tra documenti e dati informatici «quasi a voler sottolineare l'incapacità della prima categoria concettuale di ricomprendere al proprio interno anche la seconda»¹⁷. Una simile opzione esegetica, tuttavia, si risolverebbe «in un'interpretazione restrittiva dell'art. 234 c.p.p. nonché, in ultima analisi, [in] una interpretazione abrogante della locuzione "qualsiasi altro mezzo di rappresentazione", in contrasto con pressoché unanime dottrina e giurisprudenza»¹⁸.

In secondo luogo, la nuova disposizione sconta il medesimo – inesistente – livello di tutela della genuinità delineato dall'art. 234 c.p.p. in considerazione dell'assenza di qualsiasi riferimento alle cautele procedurali da adottare al fine di garantire la non alterabilità del dato informatico.

Anche in considerazione di tali rilievi è evidente che un simile quadro normativo risulta inadatto a far fronte alle numerose criticità che possono derivare dall'intersezione tra processo penale e dato digitale.

3. La corrispondenza digitale: verso letture rispettose del principio di segretezza *ex* art. 15 Cost.

Neppure la giurisprudenza di legittimità è stata in grado di fornire opzioni esegetiche idonee a sopperire all'inadeguatezza del sostrato normativo appena descritto. La Corte di cassazione, infatti, si è per lungo tempo attestata su posizioni alquanto recessive, noncurante della necessaria cautela¹⁹ che deve inevitabilmente contraddistinguere ogni approccio al dato informatico.

Vale la pena richiamare quell'orientamento – ormai superato – secondo cui i dati informatici conservati nella memoria di un telefono cellulare «hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p. sicché è legittima la loro acquisizione mediante mera riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p.»²⁰.

Simile opzione esegetica si radica su un duplice ordine di considerazioni.

Da un lato, i giudici di legittimità ritengono ostativa all'applicazione dell'art. 266-*bis* c.p.p. l'assenza di un flusso di comunicazioni in corso²¹; dall'altro lato, invece,

¹⁷ V. R. DEL COCO, *L'utilizzo probatorio dei dati whatsapp tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali*, cit. p. 536.

¹⁸ In tal senso, M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, cit., p. 28.

¹⁹ Rileva l'esistenza di un principio di cautela nel trattamento del dato informatico G. ZICCARDI, *L'ingresso della computer forensics nel sistema processuale italiano: alcune considerazioni informatico-giuridiche*, in L. LUPARIA (a cura di), *Sistema penale e criminalità informatica*, cit., p. 177.

²⁰ Così, da ultimo, Cass., Sez. VI, sent. 8 giugno 2022, n. 22417, in C.E.D. Cass. rv. 283319-01.

²¹ *Ex multis* Cass. pen., Sez. VI, Sent., 12 novembre 2019 (dep.2020) n. 1822, in C.E.D. Cass. rv. 278124-01.

escludono il richiamo alla disciplina dettata dall'art. 254 c.p.p. facendo leva sul rilievo per cui si tratterebbe di dati che non rientrano nel concetto di "corrispondenza", la cui nozione implica un'attività di spedizione in corso o comunque avviata dal mittente mediante consegna a terzi per il recapito²².

La conclusione patrocinata, tuttavia, risulta ancorata ad un concetto ormai anacronistico di corrispondenza cartacea trasmessa tramite servizio postale e telegrafico. Difatti, «è indubitabile che la quasi contestualità che contraddistingue, soprattutto nelle comunicazioni telefoniche, i tempi di inoltro e ricezione dei messaggi [...] esiga una calibratura interpretativa volta ad estendere la nozione di corrispondenza a tutti quei dati digitali già pervenuti al destinatario»²³.

Simili ricostruzioni dogmatiche – preconizzate dalla dottrina più avveduta – hanno trovato integrale recepimento in una recente pronuncia della Corte costituzionale. Nel dettaglio, i giudici della Consulta, intervenuti nella risoluzione di un conflitto di attribuzione tra poteri dello stato nella nota vicenda “Open”, hanno chiarito, tra l’altro, che anche la messaggistica elettronica già ricevuta e letta dal destinatario rientra nel concetto di corrispondenza evocato dall’art. 68, comma 3 Cost.

Nel tracciare il perimetro operativo della garanzia contemplata all’art. 15 Cost., i giudici costituzionali sottolineano che la tutela della segretezza della corrispondenza prescinde dalle caratteristiche del mezzo tecnico impiegato ai fini della trasmissione del pensiero. Di talché, la garanzia dell’art. 15 Cost. si estende ad ogni strumento che l’evoluzione tecnologica mette a disposizione a fini comunicativi, compresi quelli elettronici e informatici, «ignoti al momento del varo della Carta costituzionale»²⁴.

Alla luce di simili rilievi è indubbio che posta elettronica e messaggi inviati tramite l’applicazione *Whatsapp* possano rientrare a pieno titolo nella sfera di protezione dell’art. 15 Cost., essendo del tutto assimilabili a lettere o biglietti chiusi. Se, difatti, nella tradizionale corrispondenza cartacea la riservatezza di quest’ultima è assicurata dall’inserimento in plichi cartacei o buste chiuse, analogamente, nella nuova corrispondenza digitale, la segretezza e la riservatezza vengono assicurate da procedure che prevedono codici di accesso o altri meccanismi di identificazione per l’invio e la ricezione.

Simili considerazioni valgono anche per biglietti elettronici già ricevuti e letti dal destinatario e conservati nella memoria del proprio dispositivo digitale. Difatti, poiché nei casi di comunicazione tramite posta elettronica o altri servizi di messaggistica istantanea manca un rilevante iato temporale tra invio e successiva ricezione del messaggio elettronico, degradare la comunicazione a mero documento quando non più *in itinere* è soluzione che azzerà la tutela costituzionale prefigurata dall’art. 15 Cost.

²² In tal senso Cass. sez. III, sent. 25 novembre 2015 (dep. 2016), Giorgi, in C.E.D. Cass. rv. 265991.

²³ V. R. DEL COCO, *L'utilizzo probatorio dei dati whatsapp tra lacune normative e avanguardie giurisprudenziali*, cit. p. 541. Sul punto v. C. SCACCIANOCE, *Approvvigionamento di flussi e dati tramite il dispositivo telefonico altrui*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 41; A. SCALAS, *I confini mobili della digital evidence: una necessaria tassonomia per la tutela delle garanzie*, in *Arch. pen. web.*, n. 2/2023.

²⁴ Così, A. IACOVIELLO, *I riflessi della sentenza n. 170/2023 della Corte costituzionale sulle procedure per il sequestro della corrispondenza elettronica e delle comunicazioni archiviate su dispositivi di tipo informatico e telematico*, cit. p.5.

4. Cortocircuiti processuali.

L'impianto tecnico-argomentativo messo a punto dalla Consulta è integralmente recepito dalla sentenza in commento. Segnatamente, i giudici di legittimità sottolineano che lo scambio di messaggi elettronici rappresenta di per sé una forma di corrispondenza anche nel caso in cui siano stati già ricevuti e letti dal destinatario. Conseguentemente, l'apprensione del contenuto dei biglietti elettronici agli atti del procedimento deve avvenire nelle forme del sequestro di corrispondenza, sulla base di un provvedimento motivato del pubblico ministero.

Tale modalità di acquisizione del dato digitale non troverebbe applicazione nel caso di messaggi privi del carattere di attualità per i corrispondenti²⁵. L'assenza di tale specifico requisito qualificherebbe il biglietto elettronico come semplice documento, acquisibile anche mediante riproduzione fotografica.

Simili approdi esegetici, pur condivisibili per l'indubbia sensibilità garantista, si prestano a qualche critica.

A destare riserve è, innanzitutto, il secondo passaggio dell'*iter* argomentativo, secondo cui le garanzie costituzionali a presidio della segretezza della corrispondenza si estendono ai soli messaggi conservati nella memoria di un dispositivo elettronico che non abbiano perso il carattere di attualità. Una simile conclusione, infatti, è caratterizzata da un elevato grado di genericità, dal momento che potrebbe essere alquanto arduo, per gli organi inquirenti, stabilire se il messaggio comunicativo, già recepito e appreso dal destinatario, sia da considerarsi "attuale". Non solo. Così facendo, si eleva un concetto estremamente «sfumato»²⁶ quale l'"attualità" della corrispondenza a vero e proprio spartiacque procedimentale tra due modalità di acquisizione dei biglietti elettronici a cui si riconnettono differenti livelli di tutela: da un lato, il sequestro di corrispondenza – che assicura una maggiore protezione del contenuto comunicativo – dall'altro, il meccanismo acquisitivo della prova documentale.

Accanto ai rilievi appena prospettati, a suscitare perplessità è, altresì, l'assunto secondo cui l'acquisizione agli atti del procedimento di biglietti elettronici ancora "attuali" con le forme del sequestro di corrispondenza dovrebbe necessariamente avvenire sulla base di un decreto motivato del pubblico ministero²⁷. A riguardo, sebbene tanto l'art. 254 c.p.p. quanto l'art. 15 Cost. non facciano alcun riferimento espresso alla necessità di un intervento del giudice²⁸, è proprio la particolare intrusività delle modalità

²⁵ Così, la pronuncia in commento, al § 3 dei *Considerato in diritto*.

²⁶ V. D. ALBANESE, *La "nuova" corrispondenza nel processo penale, tra recenti sviluppi giurisprudenziali e scenari de lege ferenda*, in *Dir. pen. proc.*, n. 11/2024, p. 1521.

²⁷ Sulla qualificazione del pubblico ministero come parte *sui generis* v. R. DEL COCO, *La maschera e il volto della consulenza tecnica d'accusa*, in *Proc. pen. giust.*, n. 3/2021, p. 669 ss.

²⁸ Dello stesso avviso Cass. Sez. Un. Sent. 29 febbraio 2024, n. 23756, Giorgi, in *C.E.D. Cass. rv. 286589* e a Cass. Sez. Un. Sent. 29 febbraio 2024, n. 23755, Gjuzi, *C.E.D. Cass. rv. 286573* per un commento L. MARAFIOTI, *Sezioni Unite e tirannie tecnologiche: diritto di difesa, contraddittorio e "criptofononi"*, in *Diritto di difesa*, 18 settembre 2024.

di investigazione digitale unitamente alla peculiarità del “contenitore” della corrispondenza in esame – vale a dire lo smartphone²⁹ – a renderlo preferibile. Proprio in considerazione di simili rilievi, è necessario che sia un organo effettivamente terzo ed imparziale rispetto alle indagini a valutare la legittimità e la proporzionalità di ogni limitazione dei diritti fondamentali dell’individuo, analogamente a quanto accade per l’applicazione delle misure cautelari, per l’autorizzazione alle intercettazioni, oppure ancora per l’acquisizione dei tabulati telefonici³⁰. Con riferimento al meccanismo acquisitivo da ultimo richiamato vale la pena sottolineare che, a seguito di importanti prese di posizione della giurisprudenza europea³¹, il legislatore italiano ha rinnovato l’art. 132 comma 3 del d.lgs. 196 del 2003³² disponendo che «[...] i dati sono acquisiti previa autorizzazione rilasciata dal giudice con decreto motivato, su richiesta del pubblico ministero o su istanza del difensore dell’imputato, della persona sottoposta a indagini, della persona offesa e delle altre parti private».

Ora, simili garanzie riservate ai tabulati, devono valere ancor di più rispetto ai dati comunicativi non potendosi ravvisare alcuna differenza ontologica tra contenuto di una conversazione e il documento che rileva dati esteriori a quest’ultima.

Diversamente opinando, verrebbe a crearsi un problematico «cortocircuito sistemico»³³. Difatti, violerebbe il principio di uguaglianza codificato all’art. 3 della Carta costituzionale «affidare al giudice l’acquisizione di dati esterni della comunicazione e al pubblico ministero, invece, quella del contenuto»³⁴.

5. Prospettive *de iure condendo*: tra proiezioni garantiste...

Su posizioni analoghe è sembrato attestarsi lo stesso legislatore, il quale, nell’ottica di un progressivo innalzamento delle garanzie procedimentali operanti in

²⁹ Sulle peculiarità dello smartphone inteso come proiezione informatica dell’individuo v. F. CAPRIOLI, *Il “captatore informatico” come strumento di ricerca della prova in Italia*, in *Rev. Bras. Dir. proc. pen.* n. 3/2017, p. 491, nonché O. MURRO, *Sequestro dei dispositivi informatici: verso l’art. 254 ter c.p.p.? brevi note a margine del d.d.l. a.s. n. 806*, in *Penale. Diritto e procedura*, 12 marzo 2024.

³⁰ Sul punto v. F. R. DINACCI, *L’acquisizione di tabulati telefonici tra anamnesi, diagnosi e terapia: luci europee e ombre legislative*, in *Proc. pen. giust.*, n. 2/2022, p.301 ss.; L. TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, in *Arch. pen. web*, n. 1/2022, p. 1 ss

³¹ Il riferimento è a Corte di Giustizia UE 2 marzo 2021, *H.K.*, C-746/18, per un commento si rinvia a G. LEO, *Le indagini sulle comunicazioni e sugli spostamenti delle persone: prime riflessioni riguardo alla recente giurisprudenza europea su geolocalizzazione e tabulati telefonici*, in *Sist. pen.*, 31 maggio 2021.

³² Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 «Codice in materia di protezione dei dati personali recante disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento nazionale al regolamento (UE) n. 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE» in *G.U.* n.174 del 29 luglio 2003 - Suppl. Ordinario n. 123.

³³ Così O. MURRO-W. NOCERINO, *Più ombre che luci nelle sentenze delle Sezioni Unite in tema di criptofonini*, in *Penale. Diritto e procedura*, 21 ottobre 2024.

³⁴ In tal senso A. CHELO, *Tanto tuonò che piovve: il nuovo sequestro di dispositivi informatici*, in *Penale. Diritto e procedura*, 29 febbraio 2024.

tema di acquisizione di biglietti elettronici, si è recentemente adoperato con un nuovo disegno di legge³⁵.

Il tratto maggiormente innovativo della proposta legislativa in discorso è rappresentato dall'introduzione, nel codice di rito penale, di un inedito art. 254-ter rubricato «*Sequestri di dispositivi e sistemi informatici o telematici, memorie digitali, dati, informazioni, programmi, comunicazioni e corrispondenza informatica inviate e ricevute*». La disposizione in esame reca un'articolata procedimentalizzazione del sequestro dei dispositivi elettronici, suddividendo le operazioni investigative in tre distinte fasi: l'apprensione del dispositivo, la copia e l'analisi dei dati e, infine, l'acquisizione dei soli dati di rilievo investigativo.

Nella fitta trama normativa dell'art. 254-ter, a venire in rilievo è, innanzitutto, l'introduzione di una vera e propria riserva di giurisdizione «in rima con la disciplina prevista per le intercettazioni e l'acquisizione di tabulati di traffico telefonico e telematico»³⁶. Il comma 1 della disposizione in esame, infatti, prevede che «nel corso delle indagini preliminari, il giudice per le indagini preliminari, a richiesta del pubblico ministero, dispone con decreto motivato il sequestro di dispositivi e sistemi informatici o telematici, o di memorie digitali, necessari per la prosecuzione delle indagini in relazione alle circostanze di tempo e di luogo del fatto e alle modalità della condotta, nel rispetto del criterio di proporzionalità». Meritevole di rilievo è, in tal senso, l'attenzione del legislatore al principio di proporzionalità, che «assume il ruolo di limite funzionale dell'attività della pubblica accusa, a tutela dell'indagato e dei terzi interessati dall'indagine»³⁷, nel perdurante obiettivo di «comporre armonicamente la doverosa tutela per i diritti individuali con le esigenze legate all'efficacia dell'accertamento»³⁸.

Nel medesimo solco di una rinnovata attenzione per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo si inserisce l'ulteriore previsione di un contraddittorio tecnico nel corso della fase di acquisizione dei dati mediante copia forense. Più nel dettaglio, il pubblico ministero provvede alla duplicazione del contenuto dei dispositivi informatici, dei sistemi informatici o telematici, o delle memorie digitali in sequestro, avvisando «la persona sottoposta alle indagini, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione, la persona offesa dal reato e i relativi difensori, del giorno, dell'ora e del luogo fissati per il conferimento

³⁵ Il riferimento è al d.d.l. S 806 di iniziativa dei senatori Zanettin e Bongiorno, comunicato alla presidenza il 19 luglio 2023 recante «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di sequestro di dispositivi e sistemi informatici, smartphone e memorie digitali*».

³⁶ V. O. MURRO, *Sequestro dei dispositivi informatici: verso l'art. 254-ter c.p.p.? Brevi note a margine del d.d.l. a.s. n. 806 cit.*

³⁷ Così M. PITTIRUTI, *Principio di proporzionalità e onere di motivazione del sequestro probatorio*, in L. MARAFIOTI – G. FIORELLI – F. CENTORAME, *Procedura penale in action. Materiali per una critica della giurisprudenza*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 29. In dottrina, sul principio di proporzionalità, L. TAVASSI, *Acquisizione di tabulati, tutela della privacy e rispetto del principio di proporzionalità*, cit. L. ALGERI, *Principio di proporzionalità e sequestro probatorio di sistemi informatici*, in *Dir. pen. proc.* n. 6/2020, p. 849 ss; C. FONTANI, *Il sequestro probatorio di un documento informatico: bilanciamento tra esigenze investigative e baluardi difensivi*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2022, p. 237 ss.

³⁸ Così M. PITTIRUTI, *Principio di proporzionalità e onere di motivazione del sequestro probatorio*, cit. p. 30.

dell'incarico per la duplicazione e della facoltà di nominare consulenti tecnici». Ai sensi del comma 8 della disposizione in esame, i difensori e i consulenti tecnici eventualmente nominati hanno diritto di partecipare allo svolgimento delle operazioni di duplicazione e di formulare osservazioni e riserve. In tal modo il legislatore – optando per una disciplina che presenta tratti di innegabile contiguità con quella prevista in tema di accertamenti tecnici irripetibili – si prefigge di garantire un effettivo diritto al contraddittorio tecnico sulla prova digitale.

L'esigenza di rafforzare le garanzie minime operanti nelle fasi di acquisizione del dato digitale si concretizza, a livello normativo, nella diversificazione delle modalità operative a seconda della tipologia di elemento da acquisire: dato non comunicativo e dato comunicativo. Nella prima evenienza, il pubblico ministero dispone il sequestro dei dati strettamente pertinenti al reato, in relazione alle circostanze di tempo e di luogo del fatto e alle modalità della condotta, e comunque, nel rispetto dei criteri di necessità e proporzione. Nel secondo caso, il pubblico ministero deve richiedere al g.i.p. l'emissione di un nuovo decreto autorizzativo per ottenere il sequestro in presenza degli stessi presupposti che giustificerebbero lo svolgimento delle intercettazioni³⁹.

In tale ultima ipotesi, è evidente che il duplice vaglio giudiziale sanerebbe «le incongruenze che separano l'acquisizione dei dati comunicativi archiviati nei dispositivi elettronici dall'acquisizione dei medesimi dati attraverso le operazioni di intercettazioni»⁴⁰.

6. ... e lacune procedurali.

Le modifiche in chiave garantista appena descritte rischiano, tuttavia, di risolversi in garanzie meramente apparenti in ragione delle numerose lacune sistematiche che contraddistinguono la proposta legislativa.

Innanzitutto, il legislatore, pur avendo modellato la disciplina in tema di duplicazione del dato digitale su quella degli accertamenti tecnici irripetibili, ha nondimeno omissso qualsivoglia riferimento alla facoltà di formulare riserva di incidente probatorio.

Una simile scelta suscita perplessità in considerazione dell'ontologica fragilità che contraddistingue il dato informatico. Come segnalato da attenta dottrina, infatti, sussiste un rischio particolarmente elevato che qualsiasi operazione compiuta sul dato informatico possa inevitabilmente tradursi in una modifica irreparabile dello stesso,

³⁹ Cfr. art. 266 comma 1 e 267 comma 2 c.p.p. e nel caso di procedimenti per reati di criminalità organizzata i presupposti dell'art. 13 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, convertito con modificazioni dalla L. 12 luglio 1991, n. 203 recante «Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, recante provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa» in G.U. 12 luglio 1991, n. 162.

⁴⁰ V. O. MURRO, *Sequestro dei dispositivi informatici: verso l'art. 254-ter c.p.p.? Brevi note a margine del d.d.l. a.s. n. 806 cit.*

anche qualora sia utilizzino i più moderni sistemi di *digital forensics*⁴¹. Proprio alla luce di tali rilievi, è necessaria la previsione di un «meccanismo di riequilibrio a favore dell'indagato che non intenda abdicare alla garanzia giurisdizionale»⁴².

Analogamente criticabile è la previsione di un meccanismo di duplicazione che, derogando alla procedura ordinariamente prescritta, sacrifica il diritto al contraddittorio e alla partecipazione dell'indagato. A tale riguardo, il comma 10 dell'art. 254-ter prevede che, nei procedimenti finalizzati all'accertamento di particolari categorie di reati⁴³, «nonché quando sussiste un pericolo per la vita o l'incolumità di una persona o la sicurezza dello Stato ovvero un pericolo di concreto pregiudizio per le indagini in corso» il procedimento di duplicazione avvenga mediante non meglio specificate «modalità tecniche idonee ad assicurare la conformità del duplicato all'originale e la sua immodificabilità». Sin troppo agevole rilevare che l'estrema laconicità la quale caratterizza la deroga in esame, ben potrebbe aprire il varco ad impieghi distorsivi del meccanismo appena descritto.

Da ultimo, suscita qualche interrogativo la previsione, in tema di durata del vincolo di indisponibilità sulla copia dei dati digitali, secondo cui il duplicato informatico va conservato «fino alla sentenza o al decreto penale di condanna non più soggetti ad impugnazione».

L'operatività di un simile meccanismo procedimentale comporterebbe un significativo arretramento di garanzie rispetto a quelle elaborate dalla recente giurisprudenza di legittimità⁴⁴ secondo cui il pubblico ministero può trattenere la copia integrale dei dati informatici – significativamente denominata copia mezzo – solo per il tempo strettamente necessario a selezionare, tra la molteplicità delle informazioni in essa contenute, quelle che davvero assolvono alla funzione probatoria sottesa al sequestro.

La modalità operativa delineata dall'art. 254-ter, oltre a porsi in rotta di collisione con i principi di adeguatezza e proporzionalità⁴⁵ della misura, stride vistosamente con il diritto alla disponibilità esclusiva che ogni proprietario dei dati digitali esercita su di essi da cui discende «l'immediata restituzione delle copie forensi»⁴⁶. È stato opportunamente osservato che «è proprio sui dati riservati che si estende il valore della riservatezza, poiché il loro sequestro ed analisi rappresenta una intrusione e limitazione maggiore rispetto a quella che connota il sequestro del mero dispositivo elettronico»⁴⁷.

⁴¹ In tal senso M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, in *Sist. pen.*, 14 gennaio 2021.

⁴² Così P. GAETA – A. PICARDI, *sub art. 360*, in *Codice di procedura penale commentato*, II, a cura di A. GIARDA – G. SPANGHER, Wolters Kluwer, Milano, 2023, p.1883.

⁴³ Il riferimento è ai procedimenti di cui agli artt. 406, comma 5-bis e 371-bis comma 4-bis c.p.p.

⁴⁴ Cfr. Cass. sez. VI, 22 settembre 2020, n. 34265, in *C.E.D. Cass. rv. 279949 – 01* con nota di M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, cit.

⁴⁵ Sul punto M. PITTIRUTI, *Adeguatezza e proporzionalità nel sequestro di un sistema informatico*, in *Dir. internet*, 2019, p. 777 ss.

⁴⁶ In tal senso O. MURRO, *Prospettive in tema di sequestro dello smartphone: le novità approvate dal Senato*, in *Dir. pen. proc.*, n. 12/2024, p.1626.

⁴⁷ Così O. MURRO, *Prospettive in tema di sequestro dello smartphone: le novità approvate dal Senato*, cit., p.1626.

In definitiva, sono evidenti le luci e le ombre che caratterizzano la proposta di legge in esame. Da un lato, è senz'altro apprezzabile l'innegabile «afflato garantista»⁴⁸ che contraddistingue il nuovo sequestro di corrispondenza e l'evidente mutamento di paradigma procedimentale rispetto al passato. Dall'altro lato, la morfologia processuale del "nuovo" sequestro di dispositivi informatici presenta ancora gravi lacune procedimentali che, se non adeguatamente colmate, potrebbero compromettere severamente diritti e prerogative dell'indagato. È auspicabile, pertanto, che i lavori parlamentari possano affinare un prodotto normativo allo stato incompiuto.

⁴⁸ V. D. ALBANESE, *La "nuova" corrispondenza nel processo penale, tra recenti sviluppi giurisprudenziali e scenari de lege ferenda*, cit. p.1530.

LA VIOLENZA ECONOMICA NEL PERIMETRO DI TIPICITÀ DEL DELITTO DI MALTRATTAMENTI CONTRO FAMILIARI E CONVIVENTI

di Emma Turetta

Muovendo dalla necessità di interpretare il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi in maniera conforme alla Convenzione di Istanbul, la Corte di cassazione ha riconosciuto rilevanza penale alle condotte di c.d. violenza economica ai sensi di tale delitto. Si tratta di una pronuncia contraddistinta da una comprensibile ratio di giustizia sostanziale, che deve essere tuttavia sottoposta a vaglio critico nella misura in cui opera un'interpretazione convenzionalmente conforme dell'art. 572 c.p. con effetti in malam partem, grazie alla quale vengono ricomprese nel perimetro di tipicità di quest'ultimo condotte tradizionalmente estranee allo stesso. Una scelta esegetica della Suprema Corte la cui legittimità dovrà essere valutata alla luce, per un verso, dell'intrinseco deficit di determinatezza che connota il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi e, per altro verso, dell'effettiva portata degli obblighi di incriminazione sanciti dalla Convenzione di Istanbul.

SOMMARIO: 1. Il fatto e i motivi di ricorso dinanzi alla Suprema Corte. – 2. La nozione di “violenza economica” nel quadro sovranazionale e interno. – 3. La violenza economica quale “forma di manifestazione” del delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi nella più recente giurisprudenza di legittimità. – 4. I limiti dell'interpretazione convenzionalmente conforme *in malam partem* dell'art. 572 c.p. – La difficile individuazione della condotta *maltrattante*. – 6. Osservazioni conclusive.

1. Il fatto e i motivi di ricorso dinanzi alla Suprema Corte.

Con la sentenza in commento¹, la Sesta Sezione della Corte di Cassazione ha riconosciuto la rilevanza penale delle condotte di “violenza economica” nell'alveo del reato di maltrattamenti contro familiari e conviventi.

Tale pronuncia da una lato disvela una particolare sensibilità della Suprema Corte verso quelle forme di violenza domestica più subdole e difficili da riconoscere anche per chi le subisce, e dall'altro lato offre, più in generale, l'occasione per discorrere intorno ai limiti esibiti in termini legalitario-garantistici da interpretazioni conformi a fonti sovranazionali con effetti *in malam partem*, con particolare riferimento a reati connotati da un *deficit* di determinatezza, come per l'appunto il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi.

Nel dettaglio, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso proposto da un soggetto condannato, in entrambi i gradi di merito, per il delitto di cui all'art. 572 c.p. ai danni

¹ Cass. pen., Sez. VI, 14 novembre 2024, n. 1268, con nota di G. PONTEPRINO, [Maltrattamenti contro familiari e conviventi: la rilevanza penale della “violenza economica”](#), in questa *Rivista*, 22 gennaio 2025.

della moglie, aggravato dalla presenza dei figli minorenni, per aver posto in essere – durante un arco temporale di quasi vent’anni – una serie di condotte vessatorie di varia natura (come, per esempio, violenza fisica, minacce di morte, umiliazioni sessuali, denigrazioni pubbliche, nonché controllo psicologico ed economico della partner).

Tra le censure sollevate dal ricorrente, merita particolare attenzione il motivo attinente alla rilevanza, in seno alla fattispecie *ex art. 572 c.p.*, delle condotte di c.d. violenza economica: secondo la ricostruzione dei fatti accolta dalla Corte d’Appello, l’imputato aveva ostacolato l’emancipazione finanziaria della moglie, negandole di intraprendere percorsi formativi e di trovare un impiego lavorativo, in virtù dell’esigenza di rimanere a casa ad accudire i figli. Tuttavia, quest’ultima, supposta esigenza non aveva impedito al marito di impiegare la moglie nella propria azienda come contabile, senza corrisponderle alcuna retribuzione. Inoltre, nel momento in cui la coniuge aveva trovato un’occupazione lavorativa, l’imputato l’aveva costantemente ostacolata, sottoponendola ad un controllo degli spostamenti anche tramite l’installazione di una telecamera sul perimetro dell’abitazione, chiamandola incessantemente, seguendola e persino denigrandola davanti a colleghi e clienti. A questo riguardo, la difesa dell’imputato sosteneva, invece, che la scelta della donna di non lavorare e di dedicarsi esclusivamente alla cura della famiglia rappresentasse il frutto di una sua libera decisione, rientrando nella normale dialettica dei rapporti tra coniugi, facendo affidamento sul mantenimento del marito.

La Suprema Corte ha rigettato il motivo di ricorso concernente la violenza economica, ritenendo che le argomentazioni esposte dal ricorrente costituissero il frutto di una lettura riduttiva e parcellizzata delle risultanze probatorie e, soprattutto, fossero distoniche rispetto agli approdi della più recente giurisprudenza di legittimità in materia.

Richiamandosi ad alcune sue recenti decisioni², il giudice di legittimità ha affermato il principio di diritto, secondo cui «l’impedire alla persona offesa di essere economicamente indipendente costituisce una circostanza tale da integrare una forma di ‘violenza economica’, riconducibile alla fattispecie incriminatrice in esame quando i correlati comportamenti vessatori siano suscettibili di provocarne un vero e proprio stato di prostrazione psico-fisica e le scelte economiche ed organizzative assunte in seno alla famiglia, in quanto non pienamente condivise da entrambi i coniugi, ma unilateralmente imposte, costituiscano il risultato di comprovati atti di violenza o di prevaricazione psicologica».

A sostegno dell’interpretazione proposta, vengono poi richiamate le principali fonti sovranazionali dedicate al contrasto della violenza contro le donne: *in primis*, la Convenzione di Istanbul del 2011³, ratificata dall’Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 77, in virtù della quale l’espressione «violenza nei confronti delle donne» esprime «una forma di discriminazione contro le donne, comprendente tutti gli atti di violenza fondati sul

² Cass. pen., Sez. VI, 29 settembre 2015, n. 4390 e *id.*, 20 ottobre 2022, n. 6937; per un’analisi del *dictum* di tali arresti, v. il par. 3 del presente contributo.

³ Convenzione del Consiglio d’Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica.

genere che provocano o sono suscettibili di provocare danni o sofferenze di natura fisica, sessuale, psicologica o *economica*, comprese le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, sia nella vita pubblica, che nella vita privata»⁴; *in secundis*, la Direttiva 2012/29/UE⁵, secondo cui la violenza di genere e la violenza nelle “relazioni strette” sono suscettibili di provocare danni economici alla vittima⁶; infine, la Direttiva 2024/1385/UE “sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica”⁷, che ribadisce la necessità di considerare il controllo economico come una forma di violenza domestica, chiedendo agli Stati di tenere conto che le vittime di violenza domestica potrebbero non avere accesso alle proprie risorse finanziarie⁸.

In linea con l’interpretazione sopra ricordata, la Cassazione ha ravvisato, nelle condotte dell’imputato, l’imposizione di un sistema di *potere asimmetrico* all’interno del nucleo familiare, di cui la componente economico-patrimoniale rappresentava un profilo di particolare rilievo, in quanto costituiva oggetto di una decisione unilateralmente assunta dal partner economicamente forte, anche per il tramite del ricorso a forme di manipolazione e di pressione psicologica sulla coniuge. Il discrimine tra una lite coniugale e un comportamento penalmente rilevante risiede dunque nell’esistenza di una relazione di potere squilibrata, al cui interno uno dei coniugi impone all’altro le proprie decisioni senza possibilità di confronto e senza rispetto per la sua libertà individuale: tale forma di sopraffazione, anche in assenza di violenza fisica, costituisce – ad avviso del Supremo Collegio – una grave lesione della dignità della vittima e giustifica l’inquadramento della condotta nell’ambito dell’art. 572 c.p.

2. La nozione di “violenza economica” nel quadro sovranazionale e nazionale.

La “violenza economica” è un concetto di introduzione più recente rispetto alle altre forme – fisica, sessuale e psicologica – in cui può esplicarsi la violenza domestica⁹: come anticipato, infatti, il suo primo riconoscimento ufficiale si rinviene nella Convenzione di Istanbul del 2011¹⁰, la quale, all’art. 3, include nella nozione di “violenza

⁴ Così, art. 3, lett. a), della Convenzione di Istanbul.

⁵ La Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, è stata attuata con d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212.

⁶ In questi termini, v. i *Considerando* nn. 17 e 18 della Direttiva.

⁷ La Direttiva 2024/1385/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 14 giugno 2027.

⁸ Così, il *Considerando* n. 32 della Direttiva.

⁹ Così, I. PELLIZZONE, *La violenza economica contro le donne*, in *Dir. di difesa*, n. 3/2021, p. 569.

¹⁰ La Convenzione di Istanbul contiene un elenco di misure di carattere preventivo, repressivo e di protezione contro la violenza nei confronti delle donne – dalla criminalizzazione dei comportamenti lesivi della dignità della donna (su cui si dirà *ultra*) all’obbligo di adottare delle politiche che consentano di sradicare gli stereotipi di genere – e impone obblighi di *due diligence* in capo agli Stati firmatari, recepiti in gran parte della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo. Sulla Convenzione di Istanbul, in generale, v. A. THIENE - F. ZANOVELLO, *Le sfide della Convenzione di Istanbul nel contrasto alla violenza di genere*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, n. 27/2024, p. 3 ss.. Con specifico riguardo ai profili

domestica” “tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o *economica* che si verificano all’interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner”¹¹.

Una tale estesa definizione, recepita dalla giurisprudenza della Corte EDU¹² nonché dalle fonti euro-unitarie¹³ (pure richiamate dalla sentenza in commento), riflette la consapevolezza – da tempo maturata nella dottrina criminologica – che la violenza domestica non si esaurisce nelle sole manifestazioni più eclatanti e visibili, come le aggressioni fisiche e gli abusi sessuali, ma si realizza frequentemente tramite dinamiche più sottili e insidiose¹⁴: invero, le condotte di violenza psicologica ed economica, non lasciando segni immediatamente visibili “sul corpo”¹⁵, risultano difficili da riconoscere per la stessa persona offesa, la quale può essere portata a tollerarle ovvero a misconoscerle, a causa dell’influenza esercitata da resistenti stereotipi sociali e culturali che legittimano modelli relazionali improntati alla subalternità e alla dipendenza di un soggetto rispetto ad un altro¹⁶; per tale ragione, nella prassi giudiziaria, tali condotte tendono ad essere “minimizzate”, venendo riconosciute soltanto laddove assumano un ruolo complementare ed integrativo rispetto alle aggressioni fisiche¹⁷. In questo contesto, il riferimento esplicito della Convenzione agli abusi di natura psicologica ed economica

penali della Convenzione v., per esempio, G. BATTARINO, *Note sull’attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013, p. 8-13; S. BRASCHI, *La nozione di “violenza domestica” fra tutela dei diritti umani e sistema penale*, in *DisCrimen*, 3 luglio 2023; T. VITARELLI – E. LA ROSA, *L’attuazione della Convenzione di Istanbul nell’ordinamento italiano: profili di rilevanza penale*, in *Ord. int. dir. umani*, 2019.

¹¹ In tal modo, distanziandosi dagli altri atti vigenti a livello universale, la Convenzione di Istanbul si astiene dall’inquadrare tale fenomeno all’interno della violenza di genere e accosta, in un’unica nozione *gender-neutral*, la violenza domestica realizzata nei confronti di donne, uomini e minori; cionondimeno, nella consapevolezza della maggiore vulnerabilità delle persone di genere femminile, la Convenzione afferma la necessità di prestare “particolare attenzione alla protezione delle donne vittime di violenza di genere”, anche tramite la “promozione di programmi finalizzati a realizzare il principio della parità di genere”; così, S. BRASCHI, *La nozione di “violenza domestica” fra tutela dei diritti umani e sistema penale*, cit., p. 21.

¹² Anche nella prospettiva dei giudici di Strasburgo, il fenomeno della violenza domestica non è circoscritto alla sola violenza fisica, ma comprende, tra l’altro, la violenza psicologica e le molestie (v. Corte EDU, Buturugă c. Romania, 11 febbraio 2020, n. 56867/15, § 74), le minacce (v. Tunikova e altri c. Russia, 14 dicembre 2021, n. 55974/16, § 119), nonché la paura di ulteriori aggressioni (v. Eremia c. Repubblica di Moldavia, 28 maggio 2013, n. 3564/11, § 54; TM e CM c. Repubblica di Moldavia, 2 gennaio 2014, n. 26608/11, § 41; Volodina c. Russia, 9 luglio 2019, n. 41261/17, § 75).

¹³ Il riferimento è alle già citate Direttive 2012/29/UE e 2024/1385/UE.

¹⁴ Nella letteratura criminologica, v. tra tutti, A. BONECHI - F. TANI, *Le ferite invisibili: l’abuso psicologico nelle relazioni di coppia*, in *Psicologia clinica dello sviluppo. Riv. quad.*, n. 3/2011, p. 491 ss.

¹⁵ Così, A. BONECHI - F. TANI, *Le ferite invisibili: l’abuso psicologico nelle relazioni di coppia*, cit., p. 502, che osservano che “mentre l’abuso sessuale o quello fisico lasciano delle tracce evidenti, l’abuso psicologico non lascia segni osservabili, tanto che alcuni autori parlano a questo riguardo di ‘ferite invisibili’”.

¹⁶ Tra gli stereotipi di genere in cui si radica la violenza economica, E. DI BELLA, *La violenza economica*, 2023, p. 5, disponibile in <https://www.istat.it/it/files/2023/12/di-Bella-GEner2023.pdf>, menziona, ad esempio, i seguenti: “le donne non sono capaci di gestire il denaro o non dovrebbero preoccuparsi delle questioni finanziarie”; “spetta all’uomo la gestione unilaterale delle risorse [della famiglia]”; “le donne sono meno interessate alle questioni finanziarie rispetto agli uomini”.

¹⁷ Così, M.A. ARTESE, *Il riconoscimento della violenza psicologica e forme di tutela in sede penale*, in *AIAF*, n. 1/2025, p. 45.

permette, per un verso, di riconoscere agli stessi dignità pari alla violenza fisica, rispetto alla quale possono produrre effetti finanche più profondi e duraturi¹⁸ e, per altro verso, di valorizzarne le rispettive peculiarità strutturali e criminologiche.

Con specifico riferimento alla violenza economica, che maggiormente interessa in questa sede, in assenza di una definizione normativa, può affermarsi che essa si manifesta nel controllo e nella limitazione delle risorse finanziarie della vittima¹⁹ sì da mortificarne la dignità ed instaurare una condizione di dipendenza dal partner economicamente forte²⁰. Una tale condizione di subordinazione “materiale” rappresenta la cifra distintiva della violenza economica, in quanto chi la subisce, pur potendo acquisire consapevolezza della propria condizione, può non essere indotto a reagire per timore di non riuscire a sostentarsi autonomamente²¹. Più in particolare, l’abuso economico può esprimersi in tre forme principali²²: controllare l’accesso della vittima alle risorse finanziarie (c.d. controllo economico); sabotarne la possibilità di ottenere un

¹⁸ Così, A. BONECHI - F. TANI, *Le ferite invisibili: l’abuso psicologico nelle relazioni di coppia*, cit., p. 502-503, che evidenziano che, secondo numerose ricerche, le vittime di abuso psicologico manifestano sovente bassa autostima, sintomi depressivi e stati d’ansia. Infatti, l’umiliazione costante da parte del partner, la negazione della legittimità delle proprie emozioni, la privazione dell’autonomia decisionale e l’induzione del senso di colpa determinano sentimenti di inadeguatezza, insicurezza e vergogna, con conseguenze psicologiche durature. In certi casi, l’abuso psicologico può finanche incidere anche sulla sfera fisica, provocando disturbi psicosomatici come gastriti, ulcere, variazioni di peso e un generale indebolimento del sistema immunitario. In alcuni casi, le vittime ricorrono a comportamenti autolesivi, come l’abuso di alcol o sostanze, nel tentativo di far fronte allo stress costante. Alcuni studi sottolineano inoltre che le conseguenze dell’abuso psicologico possono essere più gravi e persistenti di quelle derivanti dalla violenza fisica, generando uno stato prolungato di paura e terrore.

¹⁹ Nonostante, come si è evidenziato, la Convenzione di Istanbul adotti una definizione *gender-neutral* di violenza domestica, nel presente contributo si impiegherà il genere femminile per riferirsi alla parte della coppia che subisce violenza economica, atteso che le donne ne sono più frequentemente vittime: v. ad esempio, Surviving Economic Abuse (SEA), *Economic Abuse. A Global Perspective*, 2022, p. 38, che evidenzia come le donne nelle relazioni eterosessuali siano colpite in modo sproporzionato dalla violenza economica; v. anche Fundamental Rights Agency (FRA), *Violence against Women: An EU-wide survey – Main results report*, 2014, secondo cui – riportando i risultati di un sondaggio sulla violenza contro le donne, condotto nel 2014 negli Stati membri dell’Unione Europea – il 12% delle donne ha subito, ad opera di un partner, abusi che hanno comportato anche violenza economica a partire dall’età di 15 anni.

²⁰ Di significativo rilievo la definizione fornita dall’Istituto europeo per l’uguaglianza di genere (EIGE), secondo cui la violenza economica è “qualsiasi atto o comportamento che provochi un danno economico a un individuo. La violenza economica può assumere la forma, ad esempio, di danni alla proprietà, limitazione dell’accesso alle risorse finanziarie, all’istruzione o al mercato del lavoro, o mancato rispetto di responsabilità economiche, come gli alimenti” (v. EIGE, *Glossary of Definitions of Rape, Femicide and Intimate Partner Violence*, Publication Office of the European Union, Luxembourg, 2017).

²¹ Ad esempio, le vittime di violenza economica affrontano ostacoli significativi nel tentativo di emanciparsi dall’abuso, poiché la dipendenza dal reddito familiare e la precarietà lavorativa ne amplificano la vulnerabilità e il senso di sfiducia: paradossalmente, mentre un’*escalation* di violenza fisica, sessuale o psicologica può talvolta spingere la vittima a reagire, un’accentuata violenza economica tende a ridurre le possibilità di risposta. Così, I. PELLIZZONE, *La violenza economica contro le donne*, cit., p. 572.

²² Tale categorizzazione è stata sviluppata per la prima volta, nella psicologia sociale, da A.E. ADAMS, C.M. SULLIVAN, D. BYBEE, M. R. GREESON, *Development of the Scale of Economic Abuse*, in *Violence Against Women*, n. 5/2008, p. 563-588, che, sulla base di dati empirici, hanno elaborato la “Scale of Economic Abuse” (SEA) per misurare il livello di abuso economico.

impiego (c.d. sabotaggio lavorativo); approfittare della sua situazione economico-finanziaria a proprio vantaggio (c.d. sfruttamento economico)²³. Nella dottrina costituzionalistica, si è peraltro osservato come la matrice della violenza economica risieda nella mancata o parziale attuazione dei diritti costituzionali delle donne e, in particolare, del diritto al lavoro, alla proprietà ed alla parità in famiglia²⁴.

Peraltro, la Convenzione di Istanbul, pur riconoscendo la pluralità di volti della violenza domestica, ha optato per limitare – con un condivisibile approccio ispirato a principi di sussidiarietà ed *extrema ratio* - gli obblighi di incriminazione alle più gravi forme in cui essa si estrinseca; e in quest’ottica ha reso oggetto di *positive obligations* in capo agli Stati firmatari, oltre alle condotte di violenza fisica (art. 32), quelle sole forme di violenza psicologica realizzate tramite comportamenti minacciosi e costringenti (art. 33)²⁵. Con riguardo alle altre forme di violenza, come quella economica, la Convenzione di Istanbul si limita a prevedere misure di carattere extra-penale, nella consapevolezza che, per contrastare l’instaurarsi e il perpetrarsi di relazioni di potere all’interno delle mura domestiche, è anzitutto essenziale decostruire gli stereotipi che rendono “normale” tale condizione nella prospettiva della vittima, nonché fornire a quest’ultima gli strumenti materiali per emanciparsi economicamente dal partner²⁶. Coerentemente, l’art. 18, co. 3, della Convenzione prevede, come obbligo generale per gli Stati aderenti, quello di adottare misure che “mirino ad accrescere l’autonomia e l’indipendenza economica delle vittime di violenze”²⁷.

In attuazione della Convenzione di Istanbul, il legislatore ha cercato, sia pure in modo sporadico, di contrastare su più fronti la violenza economica, senza peraltro

²³ Così, A.M. STYLIANOU, *Economic Abuse Experiences and Depressive Symptoms among Victims of Intimate Partner Violence*, in *Journal of Family Violence*, n. 5/2018, p. 381-392.

²⁴ Così, I. PELLIZZONE, *La violenza economica contro le donne*, cit., p. 570, la quale, a questo proposito, osserva che il principio dell’eguaglianza morale e giuridica dei coniugi (art. 30 Cost.) ha ricevuto attuazione soltanto con l’importante, ma tardiva, riforma del diritto di famiglia avvenuta con la l. 19 maggio 1975, n. 151, che ha formalmente equiparato moglie e marito nella gestione economico-patrimoniale della famiglia, riconoscendo valore al lavoro casalingo.

²⁵ L’art. 33, rubricato “Violenza psicologica”, afferma che “Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare un comportamento intenzionale mirante a compromettere seriamente l’integrità psicologica di una persona con la coercizione o le minacce”. In proposito, S. BRASCHI, *La nozione di “violenza domestica” fra tutela dei diritti umani e sistema penale*, cit., p. 19, osserva che la Convenzione di Istanbul ha lasciato alla discrezionalità dei singoli Stati la scelta se incriminare anche le condotte umilianti o altrimenti lesive dell’integrità morale della vittima.

²⁶ Come evidenziato nella Relazione esplicativa alla Convenzione di Istanbul, l’emancipazione economica della donna costituisce un elemento centrale nella strategia di prevenzione della violenza domestica: indi, si raccomanda agli Stati l’adozione di misure che facilitino, per le vittime di violenza domestica, l’accesso al lavoro, alla formazione professionale e all’istruzione, così da fornire alle stesse degli strumenti concreti per interrompere relazioni fondate sulla dipendenza economica e materiale dal partner abusante; cfr. COUNCIL OF EUROPE, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11 May 2011, CETS No. 210, paras. 43 and 64-65, disponibile in: <https://rm.coe.int/16800d383a>.

²⁷ Ed infatti, come si legge nella *Relazione esplicativa* della Convenzione, è necessario «instillare nelle vittime un senso di controllo sulla propria vita il che, in molti casi, include un lavoro sulla sicurezza finanziaria, in particolare sull’indipendenza economica rispetto all’autore delle violenze».

fornirne una definizione: per esempio, nella normativa in materia di immigrazione, l'art. 18-*bis* d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto con d.l. 14 agosto 2013, n. 93, ha istituito un *permesso di soggiorno umanitario* per le vittime di violenza domestica, attribuendo esplicita rilevanza anche ai casi di violenza economica²⁸; con riferimento invece al processo civile, la riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149), dando seguito alle sollecitazioni di cui al primo rapporto Grevio sull'Italia del 2020²⁹, ha coniato un binario processuale privilegiato per le vittime di violenza domestica, contraddistinto, tra le altre cose, da un'accentuazione dei poteri istruttori del giudice³⁰, anche allo scopo di garantire, per le ipotesi di violenza economica, l'emersione delle effettive disponibilità economico-patrimoniali del partner abusante³¹; con riguardo poi al processo penale, va segnalata l'introduzione, ad opera del d.lgs. n. 212/2015³², dell'art. 90-*quater* c.p.p., il quale, ai fini del riconoscimento della "condizione di particolare vulnerabilità", valorizza, come indice riferibile alle caratteristiche della persona offesa, anche la sussistenza di "un rapporto di dipendenza affettiva, psicologica o *economica*" della vittima rispetto all'autore del reato³³.

Nel diritto penale sostanziale risulta invece espressamente incriminata soltanto quella forma "qualificata" di violenza economica costituita dalla "violazione degli obblighi di assistenza familiare" ai sensi dell'art. 570 c.p., il cui trattamento sanzionatorio si applica, in forza del successivo art. 570-*bis* c.p., anche al coniuge separato o divorziato.

Ebbene, come anticipato, la pronuncia in nota – che si pone nel solco di un indirizzo già affermatosi in seno alla VI Sezione della Corte di Cassazione – innova in certa misura questo quadro normativo, nella misura in cui riconosce la possibile rilevanza penale di condotte di violenza economica quale modalità di integrazione del reato di maltrattamenti *ex* art. 572 c.p.

²⁸ Precisamente, il nuovo art. 18-*bis* prevede la possibilità di rilascio del permesso di soggiorno umanitario per stranieri vittime di violenza domestica nelle ipotesi in cui il Questore ritenga sussistente un «concreto ed attuale pericolo per la sua incolumità, come conseguenza della scelta di sottrarsi alla medesima violenza o per effetto delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio»; per approfondire, v., per esempio, V. MONTAGNESE, *Nuovi strumenti a tutela delle donne migranti vittime di violenza. Le modifiche introdotte al d.lgs. 286/1998 sulla base delle indicazioni contenute nella Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa. Analisi comparativa con il modello statunitense*, in *Dir. imm. citt.*, 2014, n. 3/2014, p. 81-96.

²⁹ L'andamento dell'attuazione della Convenzione è monitorato da un organismo indipendente del Consiglio di Europa, la Commissione Grevio, deputata a valutare le misure legislative e politiche assunte degli Stati firmatari nonché ad inviare ai governi specifiche raccomandazioni affinché vengano attuate più adeguate misure di contrasto alla violenza laddove le stesse risultino carenti.

³⁰ Sul punto, v., *amplius*, A. NASCOSI, *La tutela delle vittime di violenza domestica o di genere nel processo civile*, in *Annali online della Didattica e della Formazione Docente*, n. 27/2024, p. 81-100.

³¹ Così, C. IRTI, *Violenza nei confronti delle donne, violenza domestica e processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 1/2023, p. 225.

³² Il d.lgs. costituisce attuazione della Direttiva 2012/29/UE, che ha imposto agli Stati membri di adottare norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato.

³³ Per un'analisi critica del rapporto tra tutela delle vittime vulnerabili e diritto penale, v., per tutti, M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, n. 2/2018, p. 553 ss., che sottolinea come la definizione di "particolare vulnerabilità" recata dall'art. 90-*quater* c.p.p. delinea una categoria oltremodo elastica che rimette alla sensibilità dei giudici il compito di individuare quali persone offese siano in concreto bisognose di specifiche forme di protezione.

3. La violenza economica quale forma di realizzazione del delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi nella più recente giurisprudenza di legittimità.

Con la ratifica della Convenzione di Istanbul³⁴, il delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi è stato individuato dal legislatore italiano quale sede ideale per il contrasto della violenza domestica: di conseguenza, esso ha costituito oggetto di alcune riforme, per lo più a carattere emergenziale, che hanno inciso segnatamente sulla dimensione sanzionatoria del reato³⁵ e sul relativo apparato di circostanze aggravanti³⁶, nonché sulla disciplina processuale dello stesso³⁷, senza comunque modificare la condotta tipica³⁸.

³⁴ Relativamente all'incidenza della Convenzione di Istanbul sul diritto penale sostanziale, v. C. LEOTTA, voce *Femminicidio*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2014, p. 248 ss.; T. VITARELLI, *Violenza contro le donne e bulimia repressiva*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 3/2020, p. 462 ss..

³⁵ L'apparato sanzionatorio del delitto in esame - dapprima inciso dalla l. 1 ottobre 2012, n. 172, di ratifica della Convenzione di Lanzarote mediante l'innalzamento della pena edittale tanto nel minimo quanto nel massimo (passati rispettivamente a 2 ed a 6 anni di reclusione) - è stato ulteriormente inasprito dalla l. 19 luglio 2019, n. 69, recante "Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere", c.d. "Codice Rosso", che ha innalzato sia il minimo che il massimo edittale, passati rispettivamente a 3 e a 7 anni di reclusione.

³⁶ Trattasi, in particolare, dell'aggravante speciale (ad effetto speciale) di cui al comma 2, che prevede un aumento di pena "fino alla metà" laddove il fatto sia commesso "in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della l. 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi"; l'introduzione dell'aggravante, avvenuta ad opera della legge n. 69/2019, ha comportato la contestuale estromissione, dall'art. 61, n. 11-*quinquies*, c.p., del riferimento all'art. 572 c.p., precedentemente introdotto dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119, di conversione del d.l. n. 93/2013 "sul femminicidio"; com'è stato sottolineato da E. LO MONTE, *Repetita (non) iuvant: una riflessione "a caldo" sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/13, con in l. n. 119/13, in tema di "femminicidio"*, in *Dir. pen. cont.*, 12 dicembre 2013, p. 7, il riconoscimento di detta aggravante può portare ad applicare una pena finanche superiore a quella dell'omicidio preterintenzionale.

³⁷ Sotto questo profilo, il d.l. sul "femminicidio", n. 93/2013, convertito con l. n. 119/2013, ha infatti introdotto, col fine di contrastare la violenza di genere, una sorta di regime processuale differenziato in relazione ai delitti di cui agli artt. 572 c.p. e 612-*bis* c.p.; per tali fattispecie, è stata inserita la previsione dell'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 380 c.p.p. e sono stati ampliati i diritti della persona offesa nel caso di reati posti in essere con violenza alla persona, stabilendo l'obbligo di notifica della richiesta di archiviazione ex art. 408 c.p.p. Per approfondire, v., per esempio, G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili. Un esame critico delle nuove norme sostanziali e processuali del d.l. n. 93/2013 riguardanti i delitti in danno di soggetti deboli*, in *Dir. pen. cont.*, 24 settembre 2013.

³⁸ Sul punto, cfr. A. ROIATI, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive 'de iure condendo'*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 4/2022, p. 190, secondo cui a questo significativo inasprimento della risposta punitiva – giustificato dalla necessità di porre la fattispecie al centro del contrasto a forme particolarmente odiose di violenza – non ha fatto seguito una pari capacità di incidere sui punti maggiormente controversi in riferimento alla descrizione del fatto tipico e, segnatamente, l'individuazione dei soggetti attivi e passivi della fattispecie (la locuzione "persona della famiglia") e il significato da attribuire al termine "maltrattare"; M. VENTUROLI, *La "centralizzazione" della vittima nel sistema penale contemporaneo tra impulsi sovranazionali e spinte populistiche*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2021, p. 30, inquadra l'apparato sanzionatorio in esame come il prodotto esemplare di una legislazione c.d. vittimocentrica, nell'ambito della quale la sanzione penale diviene uno strumento *comunicativo* diretto ad

Dal canto suo, la giurisprudenza è giunta poi, ad opera di un fondamentale arresto delle Sezioni Unite del 2016³⁹, a riconoscere come vincolante l'ampia nozione di violenza di genere accolta dalla Convenzione di Istanbul, che parifica la violenza fisica a quella psicologica ed economica. Precisamente, le S.U. hanno riconosciuto che "l'espressione 'delitti commessi con violenza alla persona', adoperata dal legislatore in sede di conversione del d.l. n. 93/2013, rinvia ad una fattispecie molto più ampia rispetto a quella del reato di maltrattamenti in famiglia originariamente previsto e deve pertanto essere intesa in senso estensivo, comprensiva di tutte le violenze di genere e quindi anche di quella che non si estrinsechi in atti di violenza fisica ma riguardi anche la violenza psicologica, emotiva o che si realizzi soltanto con le minacce".

Se taluno ha osservato come siffatta chiave di lettura possa rilevare soltanto nella limitata prospettiva della disciplina processualistica relativa alla tutela delle vittime di violenza di genere senza poter influire sulla nozione di violenza accolta nel diritto penale sostanziale⁴⁰, la sentenza ha tuttavia posto le basi, nel diritto vivente, per la possibilità di attribuire valore, in seno al delitto di maltrattamenti, a condotte di violenza economica con cui il partner economicamente forte accentri su di sé la gestione patrimoniale della famiglia, impedisca alla compagna di raggiungere una propria indipendenza lavorativa o eserciti un controllo sulla gestione di beni e denaro da parte della stessa.

Dopo la succitata pronuncia delle S.U. del 2016, la Suprema Corte ha infatti riconosciuto che, alla luce della Convenzione di Istanbul, è inammissibile l'interpretazione limitativa e ridimensionante tesa a confinare il reato di cui al 572 c.p. ai soli casi in cui vi siano continuative forme di violenza fisica, omettendo di riconoscere rilievo ad altre forme di violenza, meno visibili, come quella psicologica ed economica.

assecondare "un bisogno emotivo di pena" proveniente dalla società; in questo contesto, le pene, "di inaudita severità", divengono "una sorta di 'ansiolitico' che il legislatore tende a sovradosare nella speranza di rendere più certa la sedazione sociale perseguita".

³⁹ Il riferimento è Cass. pen., S.U., 29 gennaio 2016, n. 10959, Fossati (con note di M.C. AMOROSO, *La nozione di delitti commessi con violenza alla persona*, cit., p. 3714 ss.; C. BRESSANELLI, *La "violenza di genere" fa ingresso nella giurisprudenza di legittimità: le Sezioni Unite chiariscono l'ambito di applicazione dell'art. 408, co. 3-bis c.p.p.*), in *Dir. pen. cont.*, 21 giugno 2016; S. MICHELAGNOLI, *L'espressione "delitti commessi con violenza alla persona" al vaglio delle Sezioni Unite: rileva anche la violenza psicologica*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2/2016, p. 1063 ss.; P. PIRAS, *L'espressione "violenza alla persona" e il suo significato. La parola è rimessa alle Sezioni unite*, in *Dir. giust.*, n. 30/2015, p. 4 ss., 4; G. SCHENA, *Il concetto progressivo di violenza alla persona e tutela informativa della persona offesa*, in Cass. pen., n. 4/2017, p. 1522 ss.), chiamate a stabilire se, nella categoria dei "reati commessi con violenza alla persona" ai fini dell'obbligo di avviso alla persona offesa della richiesta di archiviazione ex art. 408, co. 3-bis, c.p.p., rientri anche il reato di atti persecutori, la cui condotta tipica – come noto – ben può essere realizzata anche tramite minacce e/o azioni non definibili come "violente" in senso stretto; un'esatta individuazione dell'operatività di tale obbligo è di essenziale rilevanza in quanto la sua violazione, determinando la violazione del contraddittorio, è causa di nullità ex art. 127, co. 5, c.p.p., del decreto di archiviazione emesso *de plano*, impugnabile con ricorso per cassazione; sul punto, v. M.C. AMOROSO, *La nozione di delitti commessi con violenza alla persona*, cit., p. 3715.

⁴⁰ In tal senso, v. G. DE SIMONE, *Il concetto di violenza nel sistema penale tra diritto interno e dimensione sovranazionale*, in *Arch. pen.*, n. 3/2024, p. 15, secondo cui l'applicazione di una tale estesa nozione di "violenza alle persone" anche alle fattispecie sostanziali porterebbe ad un'obliterazione della distinzione tra *violenza* e *minaccia*, «che pure fa parte da tempo memorabile del bagaglio concettuale del penalista e che [...] è sistematicamente richiamata nelle fattispecie incriminatrici di parte speciale».

D'altra parte, "è stata proprio la lettura costituzionalmente e convenzionalmente orientata del delitto in esame ad aver evitato l'obbligo dello Stato di adeguare l'ordinamento alla Convenzione di Istanbul per perseguire la violenza nei confronti delle donne in un contesto familiare"⁴¹.

Occorre ora passare in rassegna le (al momento, poche) sentenze del giudice di legittimità, che hanno riconosciuto le condotte di violenza economica, muovendo dalla suddetta prospettiva convenzionalmente orientata: si tratta di un'analisi che risulta opportuna per stabilire se, pur nella diversità della casistica affrontata⁴², sia tuttavia possibile evincere da tali sentenze le condizioni in presenza delle quali siffatte condotte possano essere valorizzate ai fini dell'integrazione del delitto di maltrattamenti.

Cominciando dalla pronuncia in nota, essa, mostrando di valorizzare gli effetti prodotti sulla vittima dalla violenza economica, afferma che quest'ultima – nella specie, integrata dal fatto di impedire alla persona offesa di raggiungere una propria indipendenza economica – assume rilievo *ex art. 572 c.p.* "laddove produca uno *stato di prostrazione psico-fisica* nella vittima". Del pari, un arresto del 2023⁴³ riconosce la rilevanza della condotta di "imposizione di una condotta di vita familiare fortemente influenzata al 'risparmio domestico'" là dove essa sia "accompagnata da un controllo spasmodico del coniuge tale da sconfinare in un vero e proprio regime che causi alla persona offesa uno *stato di ansia e frustrazione*"⁴⁴. In un altro recente arresto⁴⁵, invece, l'accento sembra spostarsi sulla *pregnanza* della violenza economica, che deve assurgere ad un vero e proprio rapporto di soggezione e limitazione della libertà della partner economicamente debole, senza che assuma rilevanza l'effettiva produzione di uno stato di prostrazione o soggezione in quest'ultima⁴⁶. Infine, una prospettiva più restrittiva è adottata da un

⁴¹ Così, Cass. pen., Sez. VI, 22 aprile 2022, n. 19847. La sentenza richiama anche il primo Rapporto Grevio del 13 gennaio 2020 sull'attuazione della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia, che, presentato a legislazione sostanzialmente invariata sul punto (visto che l'art. 572 c.p., aldilà di specifici interventi, nella descrizione della condotta risale al 1930), «ha valutato positivamente che la violenza domestica, la cui definizione e descrizione non compare nel codice penale, sia intesa, in linea con le norme convenzionali ratificate, come l'insieme di comportamenti vessatori che, pur singolarmente considerati, possono anche non costituire reato, senza dunque richiedere la reiterazione di atti di violenza». Sulla necessità di una interpretazione evolutiva del delitto di maltrattamenti alla luce delle indicazioni sovranazionali, v. anche Cass. pen., Sez. VI, 27 settembre 2024, n. 39554.

⁴² Come si vedrà, la casistica di violenza economica affrontata finora dalla S.C. può essere sintetizzata come segue: impedire alla partner di raggiungere una propria indipendenza lavorativa ed economica; privarla delle sue disponibilità finanziarie; imporre contro la sua volontà un regime di vita improntato ad un rigoroso risparmio.

⁴³ Cass. pen., Sez. VI, 20 ottobre 2022, n. 6937.

⁴⁴ Nella specie, la persona offesa aveva riferito, quali comportamenti imposti dal marito, quello di usare solo due strappi di carta igienica per volta, di conservare per rimpiegarla l'acqua utilizzata per il lavaggio del viso o per la doccia all'interno di una bacinella, quello di farsi la doccia una sola volta alla settimana; tali atteggiamenti erano accompagnati da frasi denigratorie e mortificanti che avevano trasformato la persona offesa, in precedenza una donna solare e aperta, in una persona chiusa e umiliata.

⁴⁵ Cass. pen., Sez. VI, n. 39554/2024.

⁴⁶ Dopo aver richiamato l'esigenza di valorizzare, ai fini dell'integrazione del delitto in esame, «tutte le componenti in cui si esprime la violenza, soprattutto quella psicologica ed economica», la Cassazione censura gli argomenti difensivi tesi ad evidenziare l'assenza di prove della condizione di totale soggezione

arresto del 2016⁴⁷, il quale, oltre a non richiamare l'esigenza di una interpretazione convenzionalmente conforme, pare valorizzare la violenza economica (nella specie, integrata dal fatto di privare la partner delle disponibilità economiche necessarie a sostentarsi, salva la possibilità di compiere modesti pagamenti presso supermercati e negozi alimentari) soltanto nella misura in cui essa si salda con altre accertate condotte maltrattanti⁴⁸.

Così chiarito lo stato del diritto vivente, si ritiene opportuno sottoporre a vaglio critico l'indirizzo ermeneutico ribadito nella sentenza in nota, con cui si afferma, peraltro con una certa disinvoltura, l'esigenza di un'interpretazione convenzionalmente conforme del delitto di cui all'art. 572 c.p., al fine di valorizzare anche condotte di c.d. violenza economica quale modalità di integrazione del fatto tipico. Va osservato, da questo punto di vista, che la VI Sezione della Corte di Cassazione si è fatta recentemente portatrice, in relazione ai reati commessi dalle vittime di tratta, di un'altra significativa interpretazione conforme alle fonti sovranazionali⁴⁹: il dato comune ai due recenti arresti è senz'altro una spiccata sensibilità al rispetto delle direttrici sovranazionali in materia di tutela delle vittime – di tratta, in un caso, e di violenza domestica, nell'altro –; con la differenza tuttavia che solo nella prima ipotesi l'effetto dell'interpretazione giurisprudenziale, tesa ad ammettere l'operatività della scriminante dello stato di

della persona offesa; la censura difensiva, infatti, «mostra di non confrontarsi con la giurisprudenza di legittimità più recente [...] secondo la quale oggetto dell'accertamento del reato è la condotta dell'autore e la sua volontà di piegare la persona offesa, proprio attraverso l'esercizio di un potere, indiscusso ed indiscutibile, capace di creare un assetto di paura perché fondato sulla violenza; tanto da rendere il comportamento della vittima – reattivo o passivo – o il suo stato di prostrazione e soggezione del tutto irrilevanti ed utili, al più, a fini descrittivi o sintomatici».

⁴⁷ Cass. pen., Sez. III, 19 gennaio 2016, n. 18937.

⁴⁸ Nella specie, l'imputato, oltre ad aver tolto alla coniuge la procura sul conto corrente, si era reso responsabile nei suoi confronti di abusi di carattere sessuale, nonché di carattere fisico e psicologico, sottoponendo la coniuge a offese e minacce, rapporti sessuali non consenzienti e varie forme di violenza fisica.

⁴⁹ Trattasi di Cass. pen., Sez. VI, 16 novembre 2023, n. 2319 (con note di R. BARTOLI, *Reati commessi dalla vittima di tratta e stato di necessità*, in Cass. pen., n. 4/2024, p. 1209 ss.; F. DI MUZIO, *Non punibilità delle vittime di tratta per reati commessi con abuso della posizione di vulnerabilità*, in Dir. giust., n. 15/2024, p. 6 ss.; G. FAZZERI, [Stato di necessità ed interpretazione convenzionalmente conforme: la Corte di cassazione si pronuncia sulla "vittima di tratta"](#), in questa Rivista, 26 marzo 2024; P. SECHI, *Il principio di non punibilità delle vittime di tratta di esseri umani tra prescrizioni sovranazionali e lacune normative interne*, in Cass. pen., n. 11/2024, p. 3509 ss.), che ha riconosciuto l'operatività dell'art. 54 c.p. in favore delle vittime di tratta che abbiano commesso reati in stato di costrizione, così interpretando la norma in maniera conforme alle fonti di diritto internazionale che sanciscono il principio della non incriminazione dei soggetti vittime di tratta (vale a dire, in particolare, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, firmata a Palermo nel 2003, e la Convenzione del Consiglio d'Europa contro la tratta degli esseri umani, firmata a Varsavia nel 2005), nonché alla giurisprudenza della Corte EDU, che ha ricondotto il principio all'ambito applicativo dell'art. 4 CEDU, relativo al divieto di schiavitù, servitù e lavoro forzato. Tale principio, che risponde alla logica di evitare una vittimizzazione secondaria di tali soggetti vulnerabili, deve conformare l'interpretazione dell'art. 54 c.p., che potrà essere invocato dalla vittima di tratta a condizione che il reato sia stato commesso in stretta connessione con tale condizione, come accade, ad esempio, nel caso di reati commessi per liberarsi dall'asservimento ovvero nel caso in cui i proventi del reato siano incassati dall'autore della tratta.

necessità in relazione ai reati commessi dalle vittime di tratta, produce effetti *in bonam partem*⁵⁰.

4. I limiti dell'interpretazione convenzionalmente conforme *in malam partem* dell'art. 572 c.p.

Nel contesto della «'depolarizzazione' dei centri di produzione del diritto» propria «dell'era postnazionale»⁵¹, l'interpretazione conforme svolge una funzione "relazionale", atteggiandosi a "cerniera" capace di mettere in connessione sistemi normativi distanti e sovente rispondenti a logiche e *rationes* distinte, ma uniti dalla necessità di offrire una soluzione al caso concreto⁵². Precisamente, in un sistema di fonti gerarchicamente ordinato, l'interpretazione conforme è oggetto di un'obbligazione (di mezzi) in capo all'interprete, chiamato ad estrapolare dalla disposizione un significato normativo coerente con le norme di altra fonte che si collochi, con la prima, "in uno specifico rapporto condizionante"⁵³; in tal modo, la fonte superiore, "illuminando la fonte subordinata, esprime la sua supremazia sul materiale normativo sottostante"⁵⁴.

Tale paradigma, nato con riferimento all'interpretazione delle leggi conforme a Costituzione⁵⁵, viene impiegato in relazione alla normativa eurounitaria (in particolare, quella non *self-executing*) ed alle norme contenute in convenzioni internazionali, secondo le coordinate ed i limiti scolpiti dalla Consulta nelle "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 24 ottobre 2007⁵⁶; le quali, come noto, hanno ricostruito il rapporto tra legislazione

⁵⁰ Avverte, tuttavia, R. BARTOLI, *Reati commessi dalla vittima di tratta e stato di necessità*, cit. p. 4, circa i rischi legati all'«automatismo secondo cui in presenza di norme di favore si può sempre compiere un'interpretazione conforme andando oltre i confini tracciati dalla legge»; in particolare, sarebbe «rischiosissimo l'automatismo 'totale', che quindi non distingue tra cause di giustificazione, cause scusanti e cause di non punibilità».

⁵¹ L'espressione è di V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. pen.*, n. 1/2012, p. 1.

⁵² Così, E. LAMARQUE, *Le relazioni tra l'ordinamento nazionale, sovranazionale e internazionale nella tutela dei diritti*, in *Dir. pubbl.*, n. 3/2013, p. 788; analogamente, A. RUGGERI, *L'interpretazione conforme e la ricerca del "sistema di sistemi" come problema*, in A. BERNARDI (a cura di), *L'interpretazione conforme al diritto dell'unione europea. Profili e limiti di un vincolo problematico*, Jovene, Napoli, 2015, p. 153 ss..

⁵³ M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir., Annali*, vol. IX, Milano, 2016, p. 445.

⁵⁴ Così, C. CARUSO, *Controllo di convenzionalità e interpretazione conforme: il ruolo del giudice nazionale*, in *Quest. giust.*, 2019, p. 211.

⁵⁵ Per approfondire, v., per esempio, R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme della Costituzione alla legge*, in Associazione dei costituzionalisti (a cura di), *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa: Atti del XXI Convegno annuale*, Roma 27-28 ottobre 2006 - 50° anniversario della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, Jovene, Napoli, 2010, p. 221.

⁵⁶ Sulle sentenze gemelle, nell'ambito di una sconfinata letteratura, sia sufficiente il richiamo a M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, n. 5/2007, p. 3564 ss.; M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, n. 2/2008, p. 201 ss.; C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, n. 5/2007, p. 3518 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la Cedu da fonte 'ordinaria' a fonte 'sub-costituzionale' del diritto*, in *Quad. cost.*, n. 1/2008, p.

ordinaria e Convenzione europea dei diritti dell'uomo, affermando alcuni principi estendibili anche alle altre convenzioni internazionali. Queste ultime (*rectius*, le leggi che vi hanno dato esecuzione), in virtù del richiamo contenuto nell'art. 117, co. 1, Cost., costituiscono fonte interposta tra la Costituzione e la legislazione sottostante e, come tali, vincolano il giudice interno a sondare la praticabilità di una lettura della seconda in sintonia con le norme di diritto pattizio⁵⁷.

Le sentenze gemelle hanno altresì chiarito che l'interpretazione convenzionalmente conforme soggiace ad un duplice limite: il primo (c.d. logico), insito nella stessa tecnica ermeneutica, implica che nessuna interpretazione possa manipolare l'enunciato linguistico sino a pervenire ad un'euristica *contra legem*, poiché ciò equivarrebbe a riconoscere un effetto diretto alle norme convenzionali e comporterebbe come effetto la sostanziale disapplicazione della norma interna⁵⁸; il secondo limite (c.d. assiologico), invece, promana dalla gerarchia delle fonti e richiede al giudice di verificare che l'interpretazione convenzionalmente orientata non posterghi un superiore interesse di rango costituzionale⁵⁹.

Quanto alla seconda tipologia di limiti, nella materia penale viene inevitabilmente in rilievo la distinzione tra interpretazione conforme con effetti *in malam partem* ovvero *in bonam partem*, con significative divergenze in dottrina circa l'ammissibilità della prima ipotesi: invero, secondo alcune voci⁶⁰, l'interpretazione

133 ss.. Per una raccolta di contributi, v. anche il volume, a cura di C. SALAZAR - A. SPADARO, AA.VV., *Riflessioni sulle sentenze 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009.

⁵⁷ Precisamente – afferma Corte cost., n. 348/2007, § 5 – solo in caso di «contrasto non risolvibile in via interpretativa tra la norma censurata e le norme della CEDU, come interpretate dalla Corte europea ed assunte come fonti integratrici del parametro di costituzionalità di cui all'art. 117, primo comma, Cost.», può essere attivato il sindacato di legittimità costituzionale.

⁵⁸ Sui limiti logici, v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2013, p. 56; V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, in V. MANES - V. NAPOLEONI, *La legge penale illegittima. Metodo, itinerari e limiti della questione di costituzionalità in materia penale*, Torino, 2019, p. 147 ss. e 155 ss.; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, in P. CORSO – E. ZANETTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, p. 649.

⁵⁹ Sui limiti assiologici cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 75 ss.; V. NAPOLEONI, *L'onere di interpretazione conforme*, cit., p. 157; G. SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europeo e la legittimazione democratica del giudice*, in *Leg. pen.*, 16 giugno 2016, p. 9-10; F. VIGANÒ, *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali*, cit., p. 661 ss..

⁶⁰ Il divieto di interpretazioni convenzionalmente orientate *in malam partem* è sostenuto, in particolare, da G. INSOLERA - V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia sul "falso in bilancio": un epilogo deludente?*, in *Cass. pen.*, n. 9/2005, p. 2775 ss.; V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, n. 3/2006, p. 1150 ss.; V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., p. 410 ss.. In giurisprudenza, la tesi è stata sostenuta in *Cass. pen.*, S.U., 19 gennaio 2012, n. 22225, Micheli (con nota di G. LEO, *Le Sezioni Unite sulla pretesa responsabilità penale dell'acquirente finale di prodotti con marchio contraffatto*, in *Dir. pen. cont.*, 22 gennaio 2012), secondo cui «l'utilizzo della normativa sovranazionale va escluso allorquando gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione *in malam partem* della fattispecie penale nazionale»; analogamente, anche *Cass. pen.*, S.U., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso, secondo cui «[...] l'utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi, va escluso allorquando – come si verificherebbe nel caso di specie – gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione *in malam partem* della fattispecie penale nazionale», su cui v. V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto*

convenzionalmente orientata non può determinare un'estensione dell'ambito applicativo di fattispecie incriminatrici, poiché un tale epilogo in senso sfavorevole al reo risulta interdetto dall'operatività del principio di legalità in tutte le sue declinazioni; secondo altra parte della dottrina⁶¹, invece, l'obbligo di interpretazione conforme potrebbe dispiegare effetti espansivi nei limitati spazi concessi dal divieto di analogia e, peraltro, con le dovute accortezze legate alla prevedibilità dell'esito interpretativo⁶².

In adesione a questo secondo indirizzo, che rinviene un condivisibile punto di equilibrio tra le esigenze di "fedeltà comunitaria" ed il rispetto delle garanzie penalistiche, risulta necessario – ai nostri fini – valutare se le condotte di violenza economica rientrano nel tenore testuale della condotta punita all'art. 572 c.p. L'operazione è tutt'altro che semplice: invero, dinanzi a "casi difficili"⁶³, costituiti da espressioni linguistiche connotate da un certo grado di indeterminatezza⁶⁴, la distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia è alquanto complicata dalla presenza di "zone d'ombra"⁶⁵ che aprono al rischio di forme di "cripto-analogia" o "analogia occulta"⁶⁶, talvolta nascoste "nelle pieghe" dell'interpretazione comunitariamente o

comunitario con effetti in *malam partem*, in *Cass. pen.*, n. 1/2010, p. 90 ss..

⁶¹ G. VASSALLI, voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Dig. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 317; C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 291 ss.; F. VIGANÒ, *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in M. BERTOLINO, L. EUSEBI, G. FORTI (a cura di), *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli, 2011, p. 2645 ss.; A. BERNARDI, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 1/2012, p. 46 ss..

⁶² Secondo V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, cit., p. 26, anche a voler accedere per ipotesi alla tesi che distingue le letture meramente estensive da quelle analogiche vietate, il margine di tollerabilità dovrebbe essere segnato dalle istanze di colpevolezza individuale: solo l'interpretazione conforme "estensiva" prevedibile, e non l'interpretazione estensiva *tout court*, potrebbe al più essere ritenuta percorribile, secondo le declinazioni offerte dalla giurisprudenza di Strasburgo con riferimento alle garanzie che devono accompagnare il procedimento interpretativo.

⁶³ L'espressione è di O. DI GIOVINE, «Salti mentali» (*analogia e interpretazione nel diritto penale*), in *Quest. giust.*, n. 4/2018, p. 280, la quale definisce "casi difficili" quelli «per la cui soluzione non bastano sintassi e semantica, dovendo l'interprete elevarsi ad un secondo livello, e cioè ricorrere ad un approccio pragmatico, intendendosi per pragmatica lo studio delle relazioni fra segni e parlanti (coloro che ne fanno uso e coloro a cui sono indirizzati)».

⁶⁴ Il riferimento è ai c.d. "concetti elastici" che, pur assolvendo alla funzione di "organi respiratori" del sistema normativo, di cui permettono l'adeguamento all'evoluzione della realtà sociale, tuttavia, debbono comunque "andare incontro a precisi limiti, pena il sacrificio del principio della tassatività della fattispecie"; così G. FIANDACA, *Problematica dell'osceno e tutela del buon costume. Profili penali, costituzionali e politico-criminali*, Padova, 1984, p. 86; in argomento, v. D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, in *Dir. pen. cont.* 14 novembre 2012, p. 3, il quale, parafrasando Frege, definisce le "clausole generali" come quelle «formulazioni linguistiche ellittiche e bisognose di concretizzazione» che «in funzione della loro vaghezza sembrano assimilabili a quei 'tranelli che il linguaggio' – in questo caso il linguaggio giuridico – 'dissemina sulla strada del pensiero' e che il giurista (come il logico) avrebbe il compito di 'mettere a nudo'».

⁶⁵ M. ROMANO, *Sub art. 1, Commentario sistematico del codice penale - Art. 1-84*, Milano, 2004, p. 48.

⁶⁶ Così, M. DONINI, *Il diritto giurisprudenziale penale. Collisioni vere e apparenti con la legalità e sanzioni dell'illecito interpretativo*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 3/2016, p. 14, secondo cui «Il suo terreno di coltura più insidioso [per riscontrare violazioni del divieto di analogia] rimane quello delle *clausole generali* e delle *fattispecie aperte*, poco tassative. Qui per definizione il legislatore apre all'analogia non avendo compiuto scelte politiche precise: neppure si può dire, in questi casi, che sia violata dal giudice la riserva di legge o la divisione dei poteri, tanto è conclamata l'inadempienza originaria del Parlamento».

convenzionalmente conforme⁶⁷. In questi casi, il giudice può essere portato *naturaliter* ad operare un'analogia mascherata da interpretazione estensiva pur di conferire determinatezza a quella disposizione; il che avviene senza possibilità di poter smascherare siffatta operazione, considerato che interpretazione estensiva ed analogia diventano indistinguibili⁶⁸.

5. La difficile individuazione della condotta *maltrattante*.

Come anticipato, stabilire se l'operazione ermeneutica compiuta dalla Suprema Corte nel caso in esame si ponga nell'alveo di una tollerabile interpretazione estensiva ovvero sfoci in una analogia *in malam partem* è operazione alquanto complessa in ragione dell'estrema genericità che connota la condotta tipica dei maltrattamenti⁶⁹. Ed infatti l'art. 572 c.p., descrivendo quest'ultima per il tramite della riproposizione del *nomen iuris* della fattispecie, rimette *in toto* al giudice l'individuazione della condotta punibile, aprendo la strada ad interpretazioni tutt'altro che univoche e basate su giudizi soggettivi⁷⁰.

⁶⁷ Così, A. BONOMI, *Il divieto di analogia a sfavore del reo: il ruolo di un principio costituzionale che costituisce un unicum*, in *Consulta online*, 10 novembre 2021, p. 912.

⁶⁸ Con riferimento alle fattispecie "elastiche" F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte Generale*, Padova, 2020, p. 60 ss., definisce "sottile o impercettibile" la linea di distinzione tra interpretazione estensiva ed analogia, al punto che può parlarsi, con riferimento a queste ipotesi, di forme di "analogia anticipata"; similmente, anche M. ZANOTTI, *Principio di determinatezza e tassatività*, in G. INSOLERA - N. MAZZACUVA - M. PAVARINI - M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, vol. I, Torino, 2000, p. 154, secondo cui «la prassi giurisprudenziale [...] appare assai propensa a presentare come esiti di una ammissibile interpretazione estensiva soluzioni che, viceversa, sembrano autentiche estensioni analogiche della norma. In ciò talvolta (ma non necessariamente sempre) agevolata dalla indeterminatezza dei segni linguistici utilizzati»; negli stessi termini, S. MOCCIA, *La 'promessa non mantenuta'. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, 2001, p. 30, secondo cui «in relazione a norme redatte con scarsa determinatezza... il rischio di un'applicazione poco tassativa è alto».

⁶⁹ Sulla genericità della condotta tipica del delitto in esame concorda la dottrina pressoché unanime; in tal senso, per esempio, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, p.te sp.*, agg. da A. ROSSI, vol. I, 17ª ed., Milano, 2012, p. 719; A.M. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli, 1963, p. 45; F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1975, p. 229; ID., *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, p. 87; ID., voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Milano, 1975, p. 248; M.M. CORRERA - P. MARTUCCI, *La violenza in famiglia*, Padova, 1988, p. 93; R. GIOFFREDI, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Nuovo dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1939, p. 37; F. MANTOVANI, *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, vol. II, Milano, 1965, p. 229; A. PANNAIN, *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, Napoli, 1964, p. 68; G. PETTENATI, *Sulla struttura del delitto di maltrattamenti in famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 2/1961, p. 1107; G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, p. 75; id., voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VII, Torino, 1993, p. 525.

⁷⁰ Così, R. ZANNOTTI, *I reati contro la famiglia*, in A. FIORELLA (a cura di), *Questioni fondamentali della parte speciale del diritto penale*, Torino, 2012, p. 281; secondo l'A., con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 572 c.p., sarebbe auspicabile una riformulazione più tassativa, analogamente a quanto avvenuto per il delitto di "Maltrattamento di animali" di cui all'art. 544-ter c.p.; invero, quest'ultima fattispecie, introdotta ad opera della l. del 20 luglio 2004, n. 189, si connota per una descrizione più dettagliata, punendo "chiunque, per crudeltà o necessità, cagiona una lesione ad un animale ovvero lo sottopone a sevizie o a comportamenti o

In virtù della genericità del concetto di “maltrattare”, ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto configurabile il reato in parola anche qualora non vi sia stato alcun atto vessatorio specifico nei confronti di uno o più componenti di un nucleo familiare, là dove essi si trovino a risentire di un generalizzato clima di violenza e tensione⁷¹; in questo senso, sarebbe preferibile richiedere, ai fini della consumazione del delitto in questione, un comportamento “specifico e determinato, tale da provocare una vera e propria degradazione, fisica o morale, della persona offesa”⁷².

Peraltro, è sempre dall’uso del lemma “maltrattamenti” al plurale, nonché dal significato che esso assume nel linguaggio comune⁷³, che si è dedotta la necessaria reiterazione degli atti maltrattanti quale requisito della fattispecie, oggi pacificamente qualificata sia in dottrina sia in giurisprudenza come reato abituale proprio: ovverosia configurabile col compimento sia di atti già di per sé penalmente illeciti, sia di comportamenti privi di autonoma rilevanza penale, purché gli stessi appaiano tra loro

a fatiche o a lavori insopportabili per le sue caratteristiche etologiche”. Dello stesso avviso, anche S. LARIZZA, *Piattaforma provvisoria per la riformulazione dell’art. 572 c.p.*, in AIPDP-DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona. Proposte dei gruppi di lavoro dell’AIPDP. Atti dei seminari di discussione in collaborazione con il DiPLaP*, Milano, 2023, p. 633, che, pur riconoscendo la difficoltà di tipizzare la varietà di comportamenti riconducibili ai maltrattamenti, individua due strade percorribili: la prima, mantenendo il termine “maltratta”, tesa ad inserire nella parte finale della disposizione una definizione legislativa su cosa debba intendersi con tale espressione; la seconda, invece, consistente nella sostituzione di tale termine con una descrizione della condotta, facente leva sull’uso di violenza e minaccia. Concorde, con la prima delle soluzioni prospettate, anche A. ROIATI, *Note minime in tema di modifiche all’art. 572 c.p.*, in AIPDP-DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., p. 645. In senso contrario, v. invece A. MERLI, *Contributo*, in AIPDP-DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., p. 639, secondo cui la condotta dei maltrattamenti, pur lasciando spazi di discrezionalità ineliminabili, non pecca di determinatezza e precisione e, anzi, una sua riformulazione potrebbe mettere in discussione orientamenti giurisprudenziali consolidati; analogamente, anche A. SPENA, *Osservazioni su una possibile riforma dell’art. 572 a partire dalla piattaforma provvisoria elaborata da Silvia Larizza*, in AIPDP-DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., p. 643, che, a fortiori, osserva che, anche a voler abbandonare la formulazione contratta presente nella norma, si finirebbe per introdurre una definizione solo apparentemente più dettagliata, in quanto fondata su elementi connotati da una strutturale vaghezza (com’è vero per l’espressione, invalsa in giurisprudenza, di “vessazioni, castighi e sofferenze”).

⁷¹ V. per esempio Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41142, secondo cui “Integra il delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.) anche nei confronti dei figli la condotta di colui che compie atti di violenza fisica contro la convivente, in quanto lo stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime non deve necessariamente collegarsi a specifici comportamenti vessatori posti in essere nei confronti di un determinato soggetto passivo, ma può derivare anche da un clima generalmente instaurato all’interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere del soggetto attivo, i quali ne siano tutti consapevoli, a prescindere dall’entità numerica degli atti vessatori e dalla loro riferibilità ad uno qualsiasi dei soggetti passivi”.

⁷² G.D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 75.

⁷³ Così, R. ZANNOTTI, *I reati contro la famiglia*, cit., p. 284, secondo cui il carattere abituale della condotta si evince dall’impiego al plurale del termine *maltrattamenti*, che denota la necessità di una reiterazione della condotta, anche in tempi diversi, pur se intervallati da periodi di serenità, nonché dal tenore testuale dell’espressione “maltrattare” che, letteralmente, significa “trattare male”, così evocando un comportamento che si protrae nel tempo; nello stesso senso, depongono anche le peculiarità dell’oggettività giuridica tutelata: se l’oggetto di tutela è la personalità del soggetto passivo, intesa come dignità che la persona possiede all’interno del rapporto interpersonale, la lesione di tale bene non può avvenire con un unico atto, seppur grave, ma è necessaria una condotta reiterata.

collegati secondo uno svolgimento unitario e i comportamenti in sé non qualificabili come reato presentino carattere di oggettiva gravità per l'interesse tutelato⁷⁴. Secondo la prevalente dottrina, l'abitudine della condotta costituirebbe, seppur non espressa dalla norma, proprio la nota qualificante della fattispecie di maltrattamenti⁷⁵.

Ci si trova dunque al cospetto di una fattispecie che è stata riempita di significato dall'interprete, chiamato, per il tramite di una esegesi "tassativizzante", a riempire di significato quella che a tutti gli effetti si appalesa come una clausola elastica⁷⁶. E, se è vero da un lato che l'impiego di clausole generali o concetti elastici non comporta un *vulnus* del parametro costituzionale evocato là dove il recupero di tassatività sia reso possibile dalla "descrizione complessiva del fatto incriminato" avuto riguardo "alle finalità perseguite dall'incriminazione" ed al "più ampio contesto ordinamentale in cui essa si colloca"⁷⁷; è del pari vero, dall'altro lato, che nel caso in esame il compito "ricostruttivo" dell'interprete è complicato dalla difficoltà di individuare con esattezza il bene giuridico tutelato dalla fattispecie di maltrattamenti. Infatti quest'ultimo, annoverato tra i delitti contro la famiglia – e, in particolare, "contro l'assistenza familiare" (Capo IV) – è storicamente quello che ha posto le maggiori difficoltà definitorie⁷⁸.

Abbandonata la tesi che attribuiva rilevanza centrale alla protezione della famiglia nello spettro di intervento della norma incriminatrice in parola, sulla scorta della sua collocazione codicistica⁷⁹, secondo la dottrina oggi prevalente l'oggetto di

⁷⁴ Così, F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 248; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, Torino, 1984, p. 934; V. ZAGREBELSKY, *Delitti contro la famiglia*, in F. BRICOLA - Z. ZAGREBELSKY (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, 2ª ed., Torino, 1996, p. 512; *contra*, A. PANNAIN, *La condotta nel delitto di maltrattamenti*, p. 68 ss., secondo cui il principio di legalità imporrebbe che i singoli atti debbano sempre costituire reato. Sulla natura dell'art. 572 c.p. quale reato abituale proprio concorda anche la giurisprudenza: v., per tutti, Cass. pen., Sez. VI, 13 marzo 1987, n. 3032, secondo cui "il reato di maltrattamenti è reato abituale poiché è caratterizzato dalla sussistenza di una serie di fatti i quali, isolatamente considerati, potrebbero anche non costituire delitto, ma che rinvergono la *ratio* dell'antigiuridicità penale nella loro reiterazione, che si protrae nel tempo e nella persistenza dell'elemento intenzionale. Pertanto, poiché i fatti debbono essere molteplici e la reiterazione presuppone un arco di tempo che può essere più o meno lungo, ma comunque apprezzabile, la consumazione del reato si perfeziona con l'ultimo di questa serie di fatti".

⁷⁵ Così, V. ZAGREBELSKY, *Delitti contro la famiglia*, cit., p. 517; G.D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 525; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, p.te sp.*, cit., p. 719; F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 95; G. PETTENATI, *Sulla struttura del delitto di maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 1110.

⁷⁶ D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e diritto penale*, cit., p. 6, include il delitto di maltrattamenti tra le fattispecie di parte speciale che impiegano "clausole generali" in sede di descrizione del fatto tipico.

⁷⁷ Così, Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 5 (con nota di A. NATALINI, *Clausole generali e principio di determinatezza della norma penale*, in *Dir. giust.*, n. 5/2004, p. 34), che ha ritenuto infondata la questione di illegittimità dell'art. 14, comma 5-ter, del d.lgs. n. 286/1998 (t.u. sull'immigrazione), sollevata in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 25, 27 e 97 della Costituzione, nella parte in cui punisce con lo straniero che "senza giustificato motivo" si trattiene in Italia in violazione dell'ordine del questore di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni.

⁷⁸ R. ZANNOTTI, *I reati contro la famiglia*, cit., p. 275-276.

⁷⁹ Secondo questa tesi, i maltrattamenti sarebbero puniti perché, attraverso le sofferenze inflitte ad un membro della famiglia, sarebbe turbata la famiglia stessa, nel suo ordine e nella sua saldezza; peraltro, se

tutela del delitto di cui all'art. 572 c.p. si incentra sulla personalità della vittima in senso ampio, intesa come dignità umana nell'ambito di una relazione interpersonale (coniugale, parentale, lavorativa, scolastica, ecc.) connotata da un rapporto di solidarietà e comunanza di vita⁸⁰. Significativamente, è stato sottolineato come il disvalore della condotta punita risieda nell'offesa recata alla personalità individuale nell'ambito di particolari rapporti interpersonali che, per loro natura, dovrebbero favorirne lo sviluppo e non invece danneggiarlo⁸¹. Recepito anche dalla giurisprudenza⁸², tale indirizzo non attribuisce peso dirimente alla collocazione codicistica del reato⁸³ e prende condivisibilmente le mosse da un'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie⁸⁴, per come interpretati alla luce del centrale rilievo attribuito alla persona nel disegno costituzionale e del generale dovere di solidarietà sociale sancito all'art. 2 Cost.⁸⁵.

avesse mirato in via esclusiva o principale alla tutela dell'incolumità individuale, la disposizione sarebbe stata superflua, atteso che il Titolo VII già prevede reati contro la persona, alcuni dei quali aggravati quando commessi a danno di individui appartenenti alla famiglia. Così, A.M. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 32; T. DELOGU, *Commentario al diritto italiano della famiglia*, Diritto penale, vol. VII, in G. CIAN - G. OPPO - A. TRABUCCHI (a cura di), Padova, 1995, p. 642; R. GIOFFREDI, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 37; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 926; G. PECORELLA, *Famiglia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 790; G.D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 521.

⁸⁰ Cfr. F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia*, cit., p. 229, il quale rileva che, in tali situazioni relazionali, il maltrattato si trova oppresso e limitato nella sua libertà fisica e morale, venendo impedito nel processo di normale espansione della sua personalità. In tal senso cfr. altresì, per esempio, S. SEMINARA, *I delitti contro la persona*, in R. BARTOLI - M. PELISSERO - S. SEMINARA, *Diritto penale. Lineamenti di Parte speciale*, Torino, 2022, p. 116; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2020, p. 472.

⁸¹ Così, M. DEL TUFO, *I delitti contro la famiglia*, in *Diritto penale, pt. spec.*, vol. I, in D. PULITANO (a cura di), *Tutela penale della persona*, Torino, 2019, p. 498.

⁸² Tra le altre, v. Cass. pen., Sez. II, 23 aprile 2015, n. 30934, secondo cui «è in contesti del genere che sorge la primaria esigenza di tutela assicurata dalla norma incriminatrice, cioè quella di evitare che dai vincoli familiari nascano minorate capacità di difesa a fronte di sistematici atteggiamenti prevaricatori assunti da un componente del gruppo: evitare cioè che la relazione costituisca al tempo stesso l'occasione e la "vittima" di assetti patologici nei rapporti interpersonali più stretti».

⁸³ Anzi, nel quadro di questo orientamento, si impone un atteggiamento critico verso la collocazione della norma che, non realizzando una protezione della famiglia in sé considerata, sembra rispondere all'ideologia dell'epoca in cui fu emanato il Codice penale, dove la famiglia costituiva un istituto dotato di rilevanza pubblicistica, meritevole di tutela contro ogni turbamento lesivo della sua saldezza ed armonia; così, G.D. PISAPIA, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 520; F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 107; A.M. COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, cit., p. 5; M.M. CORRERA - P. MARTUCCI, *La violenza in famiglia*, cit., p. 95.

⁸⁴ L'indirizzo si pone altresì in linea con l'estensione del novero dei soggetti passivi del reato, avvenuta ad opera della l. n. 172/2012, di ratifica della Convenzione di Lanzarote, che, oltre ad aver inasprito il trattamento sanzionatorio dello stesso, ha anche introdotto, quale soggetto passivo del reato, la persona "comunque convivente", modificando in conseguenza anche la rubrica della fattispecie (passata dalla pregressa dicitura "Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli" all'attuale "Maltrattamenti contro familiari e conviventi"). Peraltro, già da tempo la giurisprudenza aveva conferito rilevanza, facendo leva sull'elastico concetto di "persona della famiglia", anche alle relazioni familiari *de facto*, con ciò intendendosi non soltanto le convivenze *more uxorio*, ma anche le "strette relazioni e consuetudini di vita". Così, tra le altre, Cass. pen., Sez. III, 8 novembre 2005, n. 44262; Cass. pen., Sez. VI, 24 gennaio 2007, n. 21329; Cass. pen., Sez. VI, 29 gennaio 2008, n. 20647.

⁸⁵ Sull'importanza e sul ruolo della "solidarietà", nonché sulle violazioni penalmente rilevanti del dovere di

Ciononostante, non mancano tuttora pronunce che, qualificando la fattispecie come plurioffensiva, continuano ad individuare quale ulteriore oggetto di tutela anche alla famiglia nella sua dimensione istituzionale⁸⁶.

Un'ulteriore, ma significativa, ambiguità del delitto in esame – verosimilmente connessa alla difficoltà di individuare precisamente l'oggetto di tutela – attiene alla sua struttura: invero, nonostante il codice disegni testualmente una fattispecie di mera condotta, la giurisprudenza talvolta richiede che la reiterazione degli atti provochi una vera e propria sofferenza fisica o morale, così introducendo un evento naturalistico non contemplato dalla fattispecie⁸⁷. A questo indirizzo interpretativo se ne contrappone in ogni caso un altro, ribadito in alcuni recenti arresti⁸⁸, secondo cui l'art. 572 c.p. delinea un reato di mera condotta, per la cui configurazione è sufficiente l'oggettiva *idoneità* del comportamento dell'agente a provocare una condizione di sofferenza psico-fisica non transitoria, la quale può anche non verificarsi; ragionando diversamente, si finirebbe per colorare il reato di una inaccettabile connotazione relativistica, legandone la configurazione alla sensibilità individuale della vittima ed alla sua capacità di resistenza psichica.

6. Osservazioni conclusive.

In definitiva, sembra che l'indirizzo ribadito con la sentenza in nota – teso ad attribuire rilevanza *ex art. 572 c.p.*, in conformità con le direttrici sovranazionali, anche a condotte di violenza economica – si ponga nel rispetto del tenore testuale della fattispecie e consenta al tempo stesso l'adeguamento della legislazione alle

solidarietà, v., per esempio, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, Milano, 2022, p. 182 ss..

⁸⁶ Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. VI, 26 settembre 2003, n. 37019, secondo cui, nel reato di maltrattamenti, "l'oggetto giuridico non è costituito solo dall'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia da comportamenti vessatori e violenti, ma anche dalla difesa dell'incolumità fisica e psicologica delle persone indicate nella norma, interessate al rispetto della loro personalità nello svolgimento di un rapporto fondato su vincoli familiari"; negli stessi termini, più recentemente, Cass. pen., Sez. VI, 1° febbraio 2024, n. 17309; Sez. VI, 23 gennaio 2019, n. 4935; Sez. III, 6 novembre 2018, n. 17810; Sez. VI, 6 ottobre 2017, n. 49997.

⁸⁷ Così, ad esempio, Cass. pen., Sez. VI, 19 novembre 1994, n. 3965, secondo cui "Il delitto di maltrattamenti risulta caratterizzato dalla presenza di quell'evento che più volte la giurisprudenza ha individuato nella produzione di durevoli sofferenze fisiche e morali nei confronti di una persona di famiglia o di una persona minore degli anni quattordici o di una persona sottoposta alla autorità dell'agente, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia o per l'esercizio di una professione o di un'arte"; conforme, Cass. pen., Sez. VI, 15 novembre 2023, n. 48744. Similmente, anche Cass. pen., Sez. VI, 14 marzo 2023, n. 26218, per la quale «il delitto di maltrattamenti postula il sistematico, cosciente e volontario compimento di atti di violenza fisica e morale in danno della vittima, che si risolvano in vere e proprie sofferenze morali per quest'ultima. Ai fini della integrazione della fattispecie, è pertanto necessario – dal punto di vista fenomenologico – che il soggetto agente infligga abitualmente vessazioni e sofferenze fisiche o morali in danno di un altro, il quale ne rimanga succube».

⁸⁸ Così, Cass. pen., Sez. VI, 20 settembre 2023, n. 43307, con nota di A. IEVOLELLA, in *Dir. giust.*, 26 ottobre 2023; conformi, in motivazione, Cass. pen., Sez. VI, 8 marzo 2023, n. 21111, e Cass. pen., Sez. VI, 17 ottobre 2022, n. 809.

trasformazioni sociali rispetto a forme di violenza domestica di cui si è acquisita consapevolezza in anni più recenti⁸⁹.

Tuttavia, tale operazione ermeneutica è senz'altro resa possibile dal genetico *deficit* di tassatività esibito dal delitto in esame, il quale – com'è stato sottolineato – si presta ad accorpare in unico *macro-contenitore* situazioni tra loro eterogenee sia per disvalore sia per diversità dei contesti di riferimento, determinando peraltro il rischio di ingiustificate disparità di trattamento⁹⁰. In questi stessi termini si era del resto espresso, in relazione all'attuazione della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia, anche il *Gruppo Grevio*, il quale, con riferimento alle norme penali sostanziali preposte al contrasto della violenza domestica, osservava criticamente che “il reato di maltrattamenti, così come definito dal Codice Penale Italiano, comprende vari tipi di comportamenti e di autori di violenza [...] rendendo difficile l'individuazione delle diverse condotte indicate dalla Convenzione di Istanbul, come la violenza psicologica ed economica”⁹¹.

Ammesso e non concesso che la scarsa tassatività di una fattispecie incriminatrice possa essere compensata dall'esegesi fornita dal diritto vivente⁹², si auspica ad ogni

⁸⁹ Similmente, G. PONTEPRINO, *Maltrattamenti contro familiari e conviventi: la rilevanza penale della “violenza economica”*, cit., rileva che l'operazione ermeneutica posta in essere dalla sentenza in nota è «del tutto coerente con la *ratio* dell'incriminazione, ossia assicurare una tutela pregnante nei confronti di individui che non hanno la possibilità di sottrarsi agli abusi di cui sono vittime in ragione del rapporto che li lega all'autore del reato».

⁹⁰ Cfr. A. ROIATI, *La fattispecie dei maltrattamenti contro familiari e conviventi. Tra interventi di riforma, incertezze interpretative e prospettive ‘de iure condendo’*, cit., p. 192; per tale ragione, l'A. condivide la proposta di riforma già avanzata dall'Associazione Italiana Professori di Diritto Penale, nell'ambito della quale la fattispecie di maltrattamenti, oltre ad essere ricollocata tra i delitti contro la vita e l'incolumità individuale ovvero tra i delitti contro la personalità individuale, andrebbe scorporata in due distinte previsioni normative, l'una riguardante i maltrattamenti nei confronti di persone in affidamento per ragioni d'età, salute o lavoro e l'altra – rubricata, come suggerito dalla Convenzione di Istanbul, “violenza domestica” – relativa ai maltrattamenti all'interno delle mura domestiche. In tal modo, sarebbe possibile riconoscere le peculiarità dei contesti relazionali in cui hanno luogo i maltrattamenti, prevedendo un trattamento sanzionatorio più severo per il caso in cui le condotte maltrattanti avvengano all'interno delle pareti “di casa”, in ragione delle maggiori difficoltà per la vittima di sottrarsi alle sopraffazioni e alle prevaricazioni; limitatamente alla fattispecie di violenza domestica potrebbe dunque trovare rilievo l'ampia nozione di “violenza domestica” accolta dalla Convenzione di Istanbul.

⁹¹ Così, *Rapporto Grevio sull'attuazione della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia*, 13 gennaio 2020, disponibile in <https://www.pariopportunita.gov.it/media/2191/primo-rapporto-grevio-sullitalia-2020.pdf>, p. 29.

⁹² Sui limiti dell'argomento del “diritto vivente”, specie se impiegato in assenza di altri criteri interpretativi, si veda, per tutti, D. CASTRONUOVO, *Clausole generali e prevedibilità delle norme penali*, in *Quest. giust.*, n. 3/2018, p. 48-49, secondo cui «ammettere una capacità ‘taumaturgica’ del cd. diritto vivente, capace di superare, a mo’ di rimedio salvifico, le conclusioni ricavabili mediante gli altri canoni interpretativi, equivarrebbe – a tacer d'altro – a una vanificazione del divieto di analogia (rivolto al giudice) e, quindi, del principio tassatività quale necessaria articolazione del principio di legalità»; del resto, è proprio il ruolo centrale attribuito a tale criterio a far sì che “qualsiasi interpretazione scorretta (ad esempio, perché frutto di operazioni analogiche della giurisprudenza, o di letture che non tengano conto del criterio sistematico o di quello finalistico) potrebbe sempre ricevere una validazione postuma per la via della semplice ‘reiterazione dell'errore’”. Per tali ragioni, in prospettiva *de iure condendo*, si condivide la proposta di riforma avanzata da S. LARIZZA, *Piattaforma provvisoria per la riformulazione dell'art. 572 c.p.*, in AIPDP-DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., p. 633, e sostenuta anche da A. ROIATI, *Note minime in tema di modifiche all'art.*

modo un consolidamento dell'indirizzo giurisprudenziale in esame, diretto a chiarire a quali condizioni le condotte di violenza economica possano essere valorizzate in seno all'art. 572 c.p. Finora, la Cassazione ha avuto gioco facile nel ricondurre le condotte di violenza economica al delitto in esame, atteso che il controllo economico esercitato dall'imputato non andava mai disgiunto da altre "più tradizionali" condotte maltrattanti con le quali si "saldava", ma arricchiva una materialità già di per sé completa; ed è verosimilmente per tale ragione che si spiega la disinvoltura della Corte nel ribadire una siffatta interpretazione con effetti *in malam partem*. Ciò nonostante, riconoscere rilevanza penale ad una condotta nel quadro di un reato abituale proprio implica necessariamente che quella sola condotta possa bastare, se reiterata, ad integrare il reato *de quo*.

Anche per tale ragione, occorre ribadire che non ogni comportamento socialmente percepito come violenza economica potrà assumere rilevanza *ex art.* 572 c.p., ma dovrà trattarsi di condotte qualificate, in grado di offendere, di per sé considerate, il bene giuridico protetto⁹³; dimodoché, tale operazione di "tassativizzazione" dovrà inevitabilmente passare per una precisa individuazione dell'oggettività giuridica tutelata, intorno a cui si registra tuttora una situazione di incertezza in giurisprudenza, come si è ricordato in precedenza.

In second'ordine, sarebbe auspicabile chiarire se, per integrare il delitto in esame, le condotte di violenza economica debbano produrre un effettivo stato di prostrazione psico-fisica nella persona offesa o se invece debbano essere soltanto *idonee* a cagionarlo. Come già accennato, si ritiene preferibile questa seconda opzione non solo perché più fedele al dato normativo (che, come analizzato, disegna un reato di mera condotta), ma anche perché capace di scongiurare il rischio di una deriva relativistica della tutela penale, che, altrimenti, finirebbe per dipendere dalla soggettiva capacità di resistenza della vittima anziché dall'oggettiva gravità dei comportamenti vessatori. Oltretutto, il rapporto del *Gruppo Grevio* già evidenziava, tra le criticità connesse all'applicazione dell'art. 572 c.p., la tendenza della giurisprudenza ad escludere la configurazione del reato in assenza della verifica di uno stato di sottomissione della persona offesa⁹⁴.

Da ultimo, una siffatta interpretazione "tassativizzante" non può prescindere da una corretta ricostruzione degli obblighi di incriminazione imposti dalla Convenzione di Istanbul, nell'ambito della quale, come si è visto, la violenza economica non è resa

572 c.p., in AIPDP-DiPLaP (a cura di), *La riforma dei delitti contro la persona*, cit., p. 645, tesa ad introdurre, nell'art. 572 c.p., un secondo comma recante una definizione legislativa di "maltrattamenti"; la proposta riprende la definizione, invalsa in giurisprudenza, secondo cui con tale espressione si intende «l'inflizione abituale di vessazioni, sofferenze, castighi sia fisici che psichici, tali da imporre a un'altra persona, che ne rimane succube, un regime di vita persecutorio e degradante».

⁹³ È vero che l'art. 572 c.p. è un reato abituale proprio suscettibile di essere integrato in presenza di reiterati atti anche privi di autonoma rilevanza penale, ma è necessario che «i comportamenti in sé non qualificabili come reato presentino carattere di oggettiva gravità per l'interesse tutelato»; così, V. ZAGREBELSKY, *Delitti contro la famiglia*, cit., p. 512.

⁹⁴ Così, il *Rapporto Grevio sull'attuazione della Convenzione di Istanbul da parte dell'Italia*, cit., p. 13, il quale evidenzia che, nei casi in cui la vittima non è stata ridotta ad uno stato di sottomissione passiva a causa della violenza, dimostrando una capacità di resistere e reagire alla violenza, quest'ultima è stata ridimensionata ad una situazione di conflitto interno alla coppia, con esclusione della fattispecie di maltrattamenti.

oggetto di un autonomo obbligo di tutela penale, salvo che la stessa non si manifesti attraverso una violenza psicologica attuata mediante *minaccia* o *costrizione*⁹⁵. Ed invero, un obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme – attuabile, come si è detto, nel rispetto del tenore testuale della fattispecie e nei limitati spazi concessi dal divieto di analogia *in malam partem* – sussiste nella misura in cui l’ordinamento debba adeguarsi ad un obbligo di criminalizzazione preesistente.

Da questo punto di vista, sarebbe opportuno richiedere – nel caso in cui, per ipotesi, ricorrano soltanto condotte di violenza economica – la verifica dell’unilaterale instaurazione, ad opera del partner economicamente forte, di un rapporto asimmetrico e squilibrato, potendosi riscontrare solo in quest’ultima eventualità una *costrizione* nel senso evocato dall’art. 33 della Convenzione di Istanbul. Per contro, ricondurre all’art. 572 c.p. condotte di violenza economica estranee alla suddetta *positive obligation*, ancorché nell’ambito di una tollerabile interpretazione estensiva, sarebbe un’operazione non coperta dall’ombrello della interpretazione convenzionalmente conforme e da scongiurare alla luce del principio di frammentarietà del diritto penale.

⁹⁵ Invero, l’art. 33 della Convenzione di Istanbul, rubricato “Violenza psicologica”, afferma che «Le Parti adottano le misure legislative o di altro tipo necessarie per penalizzare un comportamento intenzionale mirante a compromettere seriamente l’integrità psicologica di una persona con la coercizione o le minacce».

RAPPORTI TRA GIUDIZIO ABBREVIATO E REATO CONTINUATO: LE PROBLEMATICHE APPLICATIVE AL VAGLIO DELLE SEZIONI UNITE

di Francesco Laneri

Il presente contributo ricostruisce gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità in relazione alla riduzione di pena da applicare accedendo al rito abbreviato ex art. 442, comma 2, c.p.p., là dove si proceda per un delitto ed una contravvenzione avvinti dal vincolo della continuazione ex art. 81, comma 2, c.p. Il lavoro, in particolare, mira a mettere in correlazione due istituti di favore, il giudizio abbreviato e il reato continuato, ricostruendone le rationes e gli eventuali punti di contatto.

SOMMARIO: 1. Introduzione. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite. – 2. La tesi estensiva e la tutela del *favor rei*. – 3. L'orientamento restrittivo, il principio di legalità delle pene e la natura unitaria del reato continuato. – 4. La sintesi tra i due orientamenti. Riflessioni sulla natura giuridica dell'art. 81, comma 2, c.p. – 5. La natura giuridica della diminvente prevista in tema di giudizio abbreviato. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Introduzione. La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite.

Ai sensi dell'art. 610, comma 2, c.p.p., la quinta sezione penale della Corte di cassazione ha sottoposto alle Sezioni Unite il seguente quesito: «*se, nel caso di giudizio abbreviato per delitti e contravvenzioni posti in continuazione, la diminvente per il rito vada calcolata nella misura complessiva ed esaustiva di un terzo una volta determinata la pena unica ex art. 81, comma 2, c.p. ovvero se detta riduzione vada operata, sulla pena inflitta per i delitti, nella misura di un terzo e, sulla pena applicata per le contravvenzioni, nella misura della metà, ex art. 442, comma 2, c.p.p., come novellato dalla legge 23 giugno 2017, n. 103*».

All'esito dell'udienza del 27 febbraio scorso, le Sezioni Unite hanno reso noto di aver aderito alla seconda delle soluzioni prospettate dal collegio rimettente. In attesa del deposito delle motivazioni, il presente lavoro intende ricostruire i due principali orientamenti della giurisprudenza di legittimità sul tema.

L'adesione all'orientamento che valorizza il trattamento più favorevole per il reo, fornendo un'applicazione letterale dell'art. 442, comma 2, c.p.p., era scontata solo in apparenza. Invero, le posizioni adottate dalle sezioni semplici della Corte di cassazione sul punto erano quanto mai eterogenee, non registrandosi una predominanza assoluta di un orientamento sull'altro.

Ciò fa emergere la necessità, stimolata dal recente intervento nomofilattico della Suprema Corte, di richiamare l'originale funzione del reato continuato da un lato e della

riduzione di pena connessa alla celebrazione del rito abbreviato dall'altro, al fine di ripercorrere le origini dei due istituti e individuare la soluzione ermeneutica preferibile alla luce dei principi generali.

Prima di procedere all'esame dei due indirizzi ermeneutici, appare utile riassumere brevemente il caso sottoposto alla quinta sezione. Il ricorso per cassazione è proposto avverso una sentenza della Corte d'Appello dell'Aquila che confermava la condanna dell'imputato, disposta dal Tribunale di Chieti, alla pena di quattro mesi di reclusione e trecento euro di multa per il delitto di furto ex art. 624 c.p. e per la contravvenzione consistente nel possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli ex art. 707 c.p.

All'esito del processo, celebrato nelle forme del rito abbreviato, il giudice di prime cure e poi la Corte d'Appello avevano ritenuto sussistente il vincolo della continuazione, ex art. 81 c.p., tra le fattispecie contestate, in quanto espressioni di un disegno criminoso unitario. L'imputato, ricorrendo per cassazione, censurava la decisione di merito nella parte in cui applicava, per i due reati avvinti dalla continuazione, la riduzione di pena prevista dall'art. 442, comma 2, c.p.p. nella misura unica di un terzo prevista per i delitti, ignorando il più favorevole regime sancito per le contravvenzioni, che consente, nel caso di giudizio abbreviato, una riduzione del trattamento sanzionatorio nella misura della metà.

2. La tesi estensiva e la tutela del *favor rei*.

Secondo un primo indirizzo, il secondo comma dell'art. 442 c.p.p., che prevede la riduzione della metà della pena qualora si proceda nel giudizio abbreviato per una contravvenzione, costituirebbe una norma di favore che vieta di applicare anche alle contravvenzioni la riduzione di un terzo prevista per i delitti.

Ebbene, tale orientamento esclude, ai fini della dosimetria sanzionatoria nel giudizio abbreviato, la natura unitaria del reato continuato, prevedendo, invece, l'applicazione separata delle due riduzioni di pena: un terzo per i delitti, la metà per le contravvenzioni¹. La prima tesi si fonda essenzialmente su argomentazioni di carattere valoriale, basate sull'incidenza del principio del *favor rei*.

¹ Si veda la massima di Cass. n. 14068 del 27 febbraio 2019: «In tema di giudizio abbreviato, l'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., come novellato dalla legge 23 maggio 2017, n. 103 - nella parte in cui prevede che, in caso di condanna per una contravvenzione, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà, anziché di un terzo come previsto dalla previgente disciplina - costituisce norma penale di favore ed impone che, in caso di continuazione tra delitti e contravvenzioni, la riduzione per il rito vada effettuata distintamente sugli aumenti di pena disposti per le contravvenzioni, nella misura della metà, e su quelli disposti per i delitti (oltre che sulla pena base), nella misura di un terzo».

In senso conforme si veda anche Cass. n. 39087 del 24 maggio 2019: «In tema di giudizio abbreviato, l'art. 442, comma 2, cod. proc. pen., come novellato dalla legge 23 maggio 2017, n. 103, nella parte in cui prevede che, in caso di condanna per una contravvenzione, la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita della metà, anziché di un terzo come previsto dalla previgente disciplina, costituisce norma penale di favore ed impone che, in caso di continuazione tra delitti e contravvenzioni, la riduzione per il rito vada effettuata distintamente sugli

Accanto a tali considerazioni, l'orientamento prevalente si fonda anche su argomenti di carattere testuale. Invero, il secondo comma dell'art. 442 c.p.p. stabilisce che nel caso di giudizio abbreviato la pena prevista per le contravvenzioni «è diminuita» (e non «può essere diminuita») della metà, sancendo l'obbligatorietà del trattamento premiale sia in ordine all'*an* che al *quantum*. Sarebbe dunque illegale, poiché contrastante con l'art. 25, comma 2, Cost., una pena determinata ignorando la cogenza dell'art. 442, comma 2, c.p.p.²

Un simile argomento è corroborato da un ulteriore dato di carattere testuale, rappresentato dall'art. 81 c.p., ai sensi del quale per il reato continuato si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave aumentata sino al triplo. Il reato continuato, al pari del concorso formale, soggiace al più favorevole trattamento del cumulo giuridico delle pene previste per i reati in concorso, in luogo del criterio più rigoroso del cumulo materiale. L'aumento di pena previsto per il reato continuato assegna al giudice un margine di discrezionalità nella determinazione del *quantum*, contrariamente ai vincoli più stringenti imposti dall'art. 442 c.p.p. per le riduzioni connesse al rito abbreviato. Tale orientamento valorizza l'obbligatorietà della riduzione ex art. 442, comma 2, c.p.p., che si contrappone alla discrezionalità del giudice nell'applicare il trattamento sanzionatorio più favorevole previsto dall'art. 81, comma 2, c.p.³. Sarebbe dunque illegale, secondo il primo indirizzo interpretativo, una pena che ignori l'obbligo di riduzione della metà previsto per le contravvenzioni dall'art. 442, comma 2, c.p.p.⁴ A tal proposito, si parla di "individualità sanzionatoria del reato meno

aumenti di pena disposti per le contravvenzioni, nella misura della metà, e su quelli disposti per i delitti (oltre che sulla pena base), nella misura di un terzo».

² L'inderogabilità dell'art. 442, comma 2, c.p.p., novellato dalla riforma Orlando, era già stata sostenuta dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 7578 del 26 febbraio 2021: «*La stessa prevede categoricamente la diminuzione della pena nella misura della metà per effetto dell'opzione difensiva per il rito abbreviato nei procedimenti nei quali sono contestati reati contravvenzionali. Il carattere tassativo di questa previsione nell'indicazione del quantum della riduzione scolpisce, quindi, nitidamente il contenuto dell'obbligo decisorio sul punto, al quale il giudice non può sottrarsi, spettando correlativamente all'imputato il diritto a vedersi decurtata la pena nella esatta dimensione prevista dalla legge*».

Per l'illegittimità della pena (e non per la sua illegalità) determinata in violazione dell'art. 442, comma 2, c.p.p. si veda: Cass. n. 47182 del 13 dicembre 2022.

³ La discrezionalità rimessa al giudice nella determinazione dell'aumento di pena garantisce che la tutela del *favor rei* si coordini con l'individualizzazione del trattamento sanzionatorio. Indispensabile, a tal fine, è ovviamente anche l'art. 133 c.p. Così M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, p. 756; G. LEONE, *Del reato abituale, continuato, permanente*, Napoli, 1933, p. 357; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, 1965, p. 80.

⁴ L'assenza di discrezionalità in capo al giudice nel determinare la pena ai sensi dell'art. 442, comma 2, c.p.p. è ben evidenziata nel seguente passaggio della sentenza n. 7578 del 26 febbraio 2021, già citata, delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, che si esprimono così sul punto: «*la stessa prevede categoricamente la diminuzione della pena nella misura della metà per effetto dell'opzione difensiva per il rito abbreviato nei procedimenti nei quali sono contestati reati contravvenzionali. Il carattere tassativo di questa previsione nell'indicazione del quantum della riduzione scolpisce, quindi, nitidamente il contenuto dell'obbligo decisorio sul punto, al quale il giudice non può sottrarsi, spettando correlativamente all'imputato il diritto a vedersi decurtata la pena nella esatta dimensione prevista dalla legge. E l'inderogabilità dell'adempimento a tale obbligo è confermata dalla disposizione dell'art. 438, comma 6 ter, cod. proc. pen., per la quale il giudice del dibattimento, ove all'esito dello stesso ritenga erronea la declaratoria di inammissibilità della richiesta di giudizio abbreviato pronunciata dal giudice dell'udienza preliminare*

grave”, a rimarcare l’esigenza di assicurare la riduzione della pena che la legge accorda per le contravvenzioni nell’ottica di tutela del *favor rei*. Sul punto è possibile richiamare la sentenza delle Sezioni Unite n. 40893 del 2018⁵ che, in tema di reati uniti dal vincolo della continuazione che prevedono pene di specie o genere differente, precisa che nonostante l’aumento di pena per il reato satellite debba essere effettuato osservando il criterio della pena unica progressiva per moltiplicazione, occorre tuttavia, per il principio di legalità della pena e per il *favor rei*, rispettare il genere eventualmente diverso della pena del reato satellite, sicché l’aumento della pena detentiva del reato più grave dovrà essere ragguagliato a pena pecuniaria ai sensi dell’art. 135 c.p. Quest’ultimo orientamento rimarca l’esigenza di osservare la procedura bifasica descritta dall’art. 533 c.p.p., comma 2, individuando dapprima la pena prevista per ciascun reato, tenuto conto delle norme in tema di concorso di reati e di continuazione, per poi determinare la pena complessiva. Il reato satellite, in sostanza, perderà la sua autonomia soltanto all’esito del calcolo della pena prevista per ciascun reato⁶.

3. L’orientamento restrittivo, il principio di legalità delle pene e la natura unitaria del reato continuato.

All’orientamento prevalente, fondato sul principio del *favor rei*, se ne contrappone un altro, di carattere minoritario, in base al quale la riduzione della pena ex art. 442, comma 2, c.p.p., va effettuata unitariamente nella misura di un terzo, parametrando la pena su quella stabilita per il delitto. La tesi in esame si fonda sull’applicazione dell’art. 76 c.p., in base al quale «*salvo che la legge stabilisca altrimenti, le pene della stessa specie concorrenti a norma dell’articolo 73 si considerano come pena unica per ogni effetto giuridico*». La locuzione per cui le pene omogenee concorrenti si considerano come «*pena unica per ogni effetto giuridico*» ha portato una cospicua parte della giurisprudenza a ritenere che i reati legati dal vincolo della continuazione ex art. 81 c.p.

ai sensi del precedente comma 1- bis, è tenuto ad applicare la relativa diminuzione di pena».

⁵ Cass., Sez. Un., n. 40983 del 21 giugno 2018. Tale pronuncia si sofferma, inoltre, sulla natura giuridica dell’art. 442, comma 2, c.p.p. novellato dalla legge 23 maggio 2017, n. 103. Sul rilievo che tale norma incide sul trattamento sanzionatorio, si ritiene che appartenga al *genus* delle norme processuali ad effetti sostanziali, con ciò consentendone l’applicazione, ex art. 2, comma 4, c.p., anche ai fatti commessi anteriormente alla sua entrata in vigore. La natura sostanziale delle norme in tema di abbreviato che incidono sul trattamento sanzionatorio era stata per la prima volta sostenuta in giurisprudenza con la sentenza n. 1298 del 29 novembre 1990 con cui la Corte di cassazione ha affermato il seguente principio: «*La sentenza della corte costituzionale n. 66 del 18 gennaio 1990 - che ha dichiarato illegittimo l’art. 247, primo, secondo e terzo comma decreto legge 28 luglio 1989 n. 271 nella parte in cui non prevede che il pubblico ministero, in caso di richiesta del giudizio abbreviato, debba motivare il proprio dissenso e nella parte in cui non consente che il giudice, valutato il dissenso del pubblico ministero e ritenendolo ingiustificato, possa applicare, a dibattimento concluso, la riduzione di un terzo della pena ex art. 442 n. 2 nuovo cod. Proc. Pen. Non ha efficacia retroattiva. Tale riduzione avente natura sostanziale, presuppone, peraltro, l’adozione del rito abbreviato che non è convertibile nel giudizio d’appello, e di conseguenza inapplicabile in tale sede*». Sul punto si veda anche Cass., Sez. Un., n. 2977 del 06 marzo 1992.

⁶ Cfr. A. GABOARDI, *Le loquaci spoglie del reato continuato*, in Cass. pen., 11/2014, p. 4006.

debbero essere considerati unitariamente ai fini del trattamento premiale previsto dall'art. 442, comma 2, c.p.p.

A queste considerazioni, fondate sul tenore letterale dell'art. 76 c.p., è possibile affiancare delle riflessioni di carattere sistematico. Ebbene, secondo l'impostazione in commento, la riduzione di pena conseguente al rito abbreviato costituirebbe un *posterius* rispetto alla determinazione della pena per i reati per i quali si procede⁷. In altri termini, dapprima il giudice dovrebbe determinare la pena dei reati contestati, per poi applicare, da ultimo, la riduzione ex art. 442, comma 2, c.p.p.⁸ Tale impostazione sembrerebbe trovare conferma nell'art. 533 c.p.p., ai sensi del quale «*se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione*». La disposizione in esame, secondo l'indirizzo ermeneutico in analisi, confermerebbe la natura unitaria *quoad poenam* del reato continuato⁹. La stessa norma, dunque, viene invocata a sostegno di entrambe le tesi sostenute dalle sezioni semplici della Suprema Corte.

L'orientamento maggioritario trae dalla lettura dell'art. 533 c.p.p. il carattere puramente fittizio dell'unità ex art. 81 c.p., conferendole rilevanza soltanto a fini sanzionatori. L'orientamento minoritario, invece, ritiene che l'unificazione *quoad poenam* dei reati uniti dal vincolo della continuazione confermi la perdita di autonomia delle singole fattispecie concorrenti, da ciò ricavando la conseguenza per cui la riduzione ex art. 442 c.p.p. debba essere applicata tenendo conto solo della pena prevista per il delitto.

La natura unitaria del reato continuato troverebbe conferma, secondo una recente pronuncia della Corte di cassazione¹⁰, nelle espressioni adoperate dal legislatore ai sensi del primo e del secondo comma dell'art. 81 c.p. Invero, la disposizione in esame assume, quale parametro di riferimento ai fini dell'applicazione del cumulo giuridico, la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave. Ebbene, le pene previste per le violazioni minori non esplicano più efficacia nel momento in cui il giudice accerta un rapporto di continuazione tra le due fattispecie incriminatrici, perché la «*nuova unità che si viene a comporre disancora questi ultim(e) dalle rispettive specifiche sanzioni edittali*»¹¹.

⁷ Cass., Sez. Un., n. 45583 del 25 ottobre 2007: «*La riduzione di pena conseguente alla scelta del rito abbreviato si applica dopo che la pena è stata determinata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene stabilite dagli artt. 71 ss. cod. pen., fra le quali vi è anche la disposizione limitativa del cumulo materiale, in forza della quale la pena della reclusione non può essere superiore ad anni trenta*».

⁸ Cfr. E. VENAFRO, *Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 1112.

⁹ Le Sezioni Unite hanno già affermato tale principio con la sentenza n. 40983 del 21 giugno 2018. In base a tale pronuncia, il reato continuato avrebbe natura unitaria ai fini della quantificazione della pena, aderendo al concetto di «pena unica progressiva», ossia una pena basata sull'aumento per moltiplicazione della pena prevista per il reato più grave. La contravvenzione, ai fini della dosimetria sanzionatoria, avrebbe dunque una funzione ancillare rispetto al delitto, la cui pena costituisce la base per il calcolo ex art. 81, comma 2, c.p. A nulla rileverebbe, secondo il ragionamento delle Sezioni Unite, l'eventuale scindibilità dei reati avvinti dalla continuazione per ragioni di *favor rei* (in tema, ad esempio, di depenalizzazione, prescrizione, indulto, sostituzione delle pene detentive brevi, durata delle misure cautelari personali, benefici penitenziari).

¹⁰ Cass. n. 51221 del 6 ottobre 2023.

¹¹ Cass. n. 26450 del 13 aprile 2017.

L'orientamento maggioritario presenterebbe – ad avviso dei sostenitori dell'altro indirizzo ermeneutico – una ulteriore criticità: realizzerebbe un'inversione metodologica nell'applicare prima le riduzioni previste dall'art. 442 c.p.p. per il rito abbreviato e solo in un secondo momento l'aumento di pena previsto dall'art. 81 c.p. per la continuazione di reati¹².

Da ultimo, viene contestata dall'orientamento minoritario la tesi che fonda la commisurazione separata delle pene previste per i delitti e le contravvenzioni nel giudizio abbreviato sul principio del *favor rei*. Questa tesi non spiegherebbe perché l'esigenza di assicurare un trattamento più favorevole per il reo debba prevalere sulla ricostruzione sistematica del reato continuato quale figura unitaria.

Secondo la ricostruzione in commento, che si mostra critica verso la tesi più estensiva analizzata nel corso del precedente paragrafo, il principio del *favor rei* troverebbe già riconoscimento nel disposto dell'art. 81, secondo e terzo comma, c.p., nella parte in cui adotta per i reati uniti dal vincolo della continuazione il più favorevole criterio del cumulo giuridico, adoperando un doppio limite sanzionatorio: il primo, consistente nell'impossibilità di eccedere il triplo della pena prevista per il reato più grave; il secondo, rappresentato dalla somma delle pene previste per i due reati uniti dalla continuazione¹³. Questo secondo limite, in particolare, confermerebbe la natura pluralista del reato continuato e la necessità di procedere singolarmente al calcolo delle pene previste per ciascuno dei reati in concorso¹⁴.

A queste argomentazioni se ne aggiunge un'altra, fondata sul carattere relativo del *favor rei* e dunque sulla sua derogabilità. In altri termini, il principio in esame non avrebbe portata assoluta, ma dovrebbe essere sottoposto ad un bilanciamento con interessi contrapposti. Tale interesse antitetico corrisponderebbe (secondo l'interpretazione che sembra doversi ricavare dall'analisi dell'orientamento minoritario) al vincolo di carattere testuale che qualifica il reato continuato come reato unitario.

All'argomento di carattere testuale se ne accompagna un altro, di ordine teleologico, consistente nella *ratio* dell'art. 81, comma 2, c.p., ossia unificare tramite il ricorso ad una *fictio iuris* due reati distinti. Tale unificazione è giustificata dall'esigenza di assicurare un più mite trattamento sanzionatorio per il compimento di due reati

¹² Ribadisce la necessità di procedere prima con l'aumento di pena previsto per la continuazione e poi con la riduzione premiale ex art. 442 c.p.p. M. COSTANTINI, *Il giudizio abbreviato*, in M. CHIAVARIO – E. MARZADURI (a cura di), *Giurisprudenza sistematica di diritto processuale penale*, Torino, 2006, p. 212.

L'art. 81, comma 4, c.p. introduce infine un limite minimo, consistente nel caso di recidivi reiterati ex art. 99, comma 4, c.p. in un aumento di pena non inferiore ad un terzo della pena stabilita per il reato più grave. Tale limite, in base alla sentenza delle Sezioni Unite del 21 luglio 2016, n. 31669 opera anche quando il giudice consideri la recidiva stessa equivalente alle riconosciute attenuanti.

¹³ Ne consegue che la pena risultante dall'applicazione del cumulo giuridico non è necessariamente meno elevata di quella che deriverebbe dall'applicazione del cumulo materiale, non potendo però superarla. Secondo alcuni autori si tratterebbe di una svista da parte del legislatore: così G. FLORA, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del I libro del codice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 508; M. BOSCARRELLI, *Associazione per delinquere*, in *Enc. Dir.*, III, 1958, p. 211. *Contra*: G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974*, Milano, 1975, p. 59; C. MORSELLI, *Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 170.

¹⁴ F. COPPI, *Reato continuato e cosa giudicata*, Napoli, 1969, p. 230 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, Milano, 1976, p. 847 ss.

realizzati in esecuzione di un unico disegno criminoso¹⁵. Alla luce di tali argomentazioni, la tesi in oggetto non rileva una violazione del principio del *favor rei* nell'adesione all'orientamento più restrittivo, sottolineando l'esigenza di osservare il tenore testuale e la ratio dell'art. 81, comma 2 e 3, c.p. Il più favorevole trattamento sanzionatorio, previsto dall'art. 442 c.p.p. per le contravvenzioni, "duplicherebbe" l'applicazione del *favor rei*, assecondando la medesima logica che presiede all'applicazione del criterio del cumulo giuridico per il reato continuato ex art. 81, comma 2, c.p.

4. La sintesi tra i due orientamenti. Riflessioni sulla natura giuridica dell'art. 81, comma 2, c.p.

La tesi più restrittiva non appare condivisibile per più ordini di ragioni. Non si comprende, in primo luogo, perché la ricostruzione unitaria del reato continuato debba imporsi a costo di sacrificare l'esigenza di mitigazione del trattamento sanzionatorio per un fatto di reato che l'ordinamento considera meno riprovevole.

In secondo luogo, sono poco chiari i motivi di un'adesione acritica alla ricostruzione in termini unitari del reato continuato, ricostruzione che è oggi tutt'altro che pacifica. Proprio quest'ultimo punto costituisce – ad avviso di chi scrive – il cuore del problema, dal quale è possibile ricavare degli spunti utili per ricostruire la questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite. In altri termini, occorre chiedersi: la natura unitaria *quoad poenam* del reato continuato rappresenta una premessa inconfutabile ovvero è sostenibile la tesi pluralista, che ricostruisce in termini atomistici i reati avvinti dalla continuazione? Dalla ricostruzione dogmatica dell'istituto, in sostanza, sembrano potersi trarre delle indicazioni decisive per risolvere la questione applicativa vertente sull'applicazione dell'art. 442 c.p.p.

In dottrina vi è chi sostiene che la ricostruzione unitaria del reato continuato, sia a fini sanzionatori che dogmatici, rappresenti una sorta di retaggio del passato, dovendosi riconoscere all'istituto una funzione essenzialmente mitigatoria, il che porta a propendere per la concezione pluralista¹⁶. Questa sembra essere la posizione anche della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 115 del 1987, si esprimeva così sul punto¹⁷: «D'altra parte, deve rilevarsi che, dopo la riforma del 1974, essendosi introdotta una nozione eterogenea di reato continuato, il problema dell'unità o della pluralità di reati o, meglio, dell'unità reale o fittizia dei reati, non conserva più importanza, visto che nella realtà esistono più reati ontologicamente distinti che vengono unificati ai fini sanzionatori».

¹⁵ Come osserva CARRARA in *Programma del corso di diritto criminale*, Lucca, 1867, par. 520: «la continuazione non può essere mai portata all'effetto di infliggere ai più fatti una pena maggiore di quella che recherebbe la somma delle pene dovute a tutti i fatti. Ciò è dimostrato dalla storia di questa teoria: e dalla ragione a cui si ispira, che è quella di trovare nei fatti continuanti, non già più diverse determinazioni criminose, ma una sola».

¹⁶ C. SILVA, *L'evoluzione della continuazione: il problematico passaggio dalla teoria del reato alla commisurazione della pena*, in *Arch. Pen.*, 1/2015.

¹⁷ Cort. cost. n. 115 del 1987.

In altri termini, quando il reato continuato poteva configurarsi solo in presenza di violazioni omogenee, il dibattito intorno alla natura unitaria o meno dell'illecito assumeva una maggiore centralità. La riforma nel senso dell'eterogeneità delle fattispecie di reato unite dal vincolo della continuazione ha finito inevitabilmente col valorizzare la tesi pluralista. L'unicità del disegno criminoso costituisce oggi l'unico elemento da accertare per riscontrare la continuazione, ciò nel tentativo di una progressiva espansione del suo perimetro applicativo, in ossequio alla sua natura di istituto di favore.

Inoltre, va osservato come la formulazione dell'art. 81, comma 3, c.p., anteriormente alla riforma del '74, recasse la locuzione secondo cui «*le diverse violazioni si considerano come un solo reato*»¹⁸. La scelta di sopprimere il lemma richiamato dovrebbe far propendere per un'adesione alla concezione pluralista¹⁹. Nondimeno, la dottrina maggioritaria ritiene che la natura unitaria della continuazione dovrebbe ancora essere sostenuta là dove ne derivino effetti favorevoli per il reo. In relazione alla determinazione della pena, ad esempio, si ritiene pressoché pacificamente che il giudice debba considerare i due reati come un'unica fattispecie. L'unificazione avrebbe dunque una valenza puramente pratica: si tratterebbe, in sostanza, di una *fictio iuris* utile a mitigare il trattamento sanzionatorio. Inoltre, la scelta del legislatore del '74 di estendere gli effetti della continuazione anche al concorso eterogeneo di reati si deve alla volontà di fornire al giudice uno strumento più efficace per temperare secondo la valutazione del caso concreto il rigore astratto delle pene stabilite per ciascun reato, garantendo un migliore equilibrio fra esigenze di difesa sociale e funzione rieducativa della pena²⁰. Si è andata così affermando la natura "cangiante" del reato continuato, in cui i tratti unitari o pluralistici sono indissolubilmente legati ad una ragione pratica: assicurare il *favor rei*²¹.

Agli altri effetti, pertanto, i reati unificati dal vincolo della continuazione rimarrebbero distinti e autonomi. Tale impostazione trova conferma in giurisprudenza, in relazione all'applicabilità di vari istituti.

¹⁸ Per un'adesione alla concezione unitaria del reato continuato: G. DELITALA, *In tema di reato continuato*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1929, p. 545 ss.

¹⁹ Così G. VASSALLI, *La riforma penale del 1974. Lezioni integrative del corso di diritto penale. I: precedenti e contesto*, Milano, 1975, p. 62; G. VARRASO, *Il reato continuato tra processo ed esecuzione penale*, Milano, 2003, p. 8. Per M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 760 la riforma del '74 non ha inciso in modo determinante verso la concezione pluralista, dal momento che la "forza unificante" del medesimo disegno criminoso rappresenta pur sempre un argomento forte a sostegno della tesi unitaria. A ciò si aggiunga la scelta di mantenere la rubrica dell'art. 81 c.p. al singolare. Per C. MORSELLI, *Il reato continuato nell'attuale disciplina legislativa*, cit., p. 168 la natura unitaria del reato continuato si mantiene anche dopo la riforma del '74.

²⁰ G. FORTI – S. RIONDATO – S. SEMINARA, *Commentario breve al codice penale*, Milano, 2024, p. 420; V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, cit., p. 840 ss.; G. FLORA, *Concorso formale e reato continuato nella riforma del I libro del codice penale*, cit., p. 512 ss.

²¹ Così la Corte costituzionale con la già citata sentenza n. 115 del 1987: «*Che poi talvolta i vari reati, uniti dalla continuazione, possano essere dalla legge considerati separabili, ciò dipende proprio dalla natura stessa della continuazione che trova la sua giustificazione nella indulgentiae causa: ogniqualvolta l'unificazione sia per risolversi a danno dell'imputato, è lecito operare la scissione, parziale o totale, a seconda che lo richieda il favor rei*».

Può essere utile riportare alla memoria la sentenza n. 312 del 1988 della Corte costituzionale, con cui è stata riconosciuta l'applicabilità del reato continuato anche alle fattispecie che prevedono pene eterogenee²².

La tesi contraria, invocando il principio di legalità delle pene, escludeva che si potesse dar luogo all'applicazione del cumulo giuridico in relazione a pene di specie diversa, ritenendo l'omogeneità delle sanzioni un requisito implicito dell'art. 81, comma 2, c.p. La Corte costituzionale, recependo quelli che allora erano i più recenti arresti della giurisprudenza di legittimità, chiarisce che *«pena legale non è soltanto quella comminata dalle singole fattispecie penali. Lo è, infatti, anche quella risultante dall'applicazione delle varie disposizioni incidenti sul trattamento sanzionatorio; perciò, la pena unica progressiva, applicata come cumulo giuridico ex art. 81 cod. pen., è pena legale essa pure perché prevista dalla legge»*. La Corte, pertanto, ritiene che non vi siano ragioni ostative per l'estensione dell'ambito applicativo dell'art. 81, comma 2, c.p., anche là dove si tratti di pene di specie diversa (nel caso in esame della reclusione e dell'arresto), sul rilievo che la finalità dell'istituto è quella di attenuare l'incidenza della pena sulla libertà personale del reo²³.

Da ultimo, l'orientamento restrittivo si fonda su una disposizione, l'art. 76 c.p., che considera come pena unica ad ogni effetto giuridico le pene della stessa specie concorrenti a norma dell'art. 73 c.p., salvo che la legge stabilisca altrimenti. Dalla disposizione in esame si ricaverebbe il principio secondo cui il concorso di pene omogenee determinerebbe un'unificazione del trattamento sanzionatorio *«ad ogni effetto penale»*; tale unificazione, dunque, esplicherebbe i suoi effetti anche in relazione alle riduzioni premiali previste per i riti alternativi, ricomprendendo così l'art. 442 c.p.p. Tale impostazione, tuttavia, omette di considerare l'incidenza della clausola di riserva contenuta nell'art. 76 c.p., che sembra ammettere delle deroghe al principio dell'unificazione sanzionatoria. Ebbene, l'art. 81, comma 2, c.p. potrebbe rappresentare proprio una di quelle norme rientranti nella clausola di riserva prevista dall'art. 76 c.p., approntando una deroga ispirata proprio al principio del *favor rei*. Del resto, un'altra limitazione all'unificazione ex art. 76 c.p. è rappresentata proprio dall'art. 77 c.p. che, nel determinare le pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna, guarda ai singoli reati, ritornando ad una prospettiva atomistica delle fattispecie concorrenti. Se l'art. 77 c.p., pertanto, rappresenta una deroga normativamente prevista all'art. 76 c.p., e dunque rientrante nella clausola di riserva, tale deroga è ispirata proprio dall'esigenza di assicurare il *favor rei*.

Un ulteriore argomento che tende a confutare l'orientamento minoritario si fonda sull'art. 671 c.p.p., che consente di applicare l'istituto della continuazione anche in sede esecutiva. Tale norma mostra le conseguenze paradossali alle quali potrebbe condurre l'accoglimento dell'orientamento restrittivo. Invero, si pensi alla condanna del medesimo soggetto, all'esito di due procedimenti distinti, per un delitto e per una

²² Cort. Cost. n. 312 del 1988, in *Cass. Pen.*, 1988, p. 1581 ss. con nota di A. NAPPI, *il nuovo intervento della Corte costituzionale in tema di reato continuato: un'occasione mancata*.

²³ Così la Corte: *«Non si tratta, infatti, di decidere sul piano teorico la maggiore o minore gravità dell'una o dell'altra pena, ma soltanto di far godere all'imputato, quale beneficio dipendente dall'istituto della continuazione, una minore limitazione della libertà personale rispetto a quella che gli deriverebbe dal cumulo materiale delle pene»*.

contravvenzione. Nell'ipotesi di accesso al rito abbreviato il reo otterrebbe una riduzione di pena pari ad un terzo per il delitto e pari alla metà per la contravvenzione.

Attraverso il riconoscimento della continuazione *in executivis*, ai sensi dell'art. 671 c.p.p., il reo potrebbe conseguire un'ulteriore mitigazione della sua pena. Tale possibilità sarebbe preclusa, tuttavia, là dove si celebri un unico procedimento per entrambi i reati, creando una disparità di trattamento che penalizzerebbe proprio la concentrazione processuale. Il quadro si complica ulteriormente a causa dell'introduzione, ad opera dell'art. 24, comma 1, lett. c) del d.lgs. n. 150 del 2022, del comma 2-bis dell'art. 442 c.p.p., il quale stabilisce che «*quando né l'imputato, né il suo difensore hanno proposto impugnazione contro la sentenza di condanna, la pena inflitta è ulteriormente ridotta di un sesto dal giudice dell'esecuzione*». La disposizione, che ha un'evidente funzione deflattiva del contenzioso mediante l'incentivo ad astenersi dal proporre impugnazione avverso la sentenza di condanna, introduce un ulteriore meccanismo premiale, questa volta operante in sede esecutiva. In questo caso non sembrano esservi dubbi sul *quantum* di pena da sottrarre, dal momento che il legislatore non differenzia la disciplina delle contravvenzioni da quella dei delitti. Proprio questa scelta dovrebbe portare a concludere, *a fortiori*, per la necessità di differenziare le riduzioni di pena previste dal secondo comma dell'art. 442 c.p.p., anche là dove i reati per i quali si procede siano legati dal vincolo della continuazione.

La disciplina della continuazione in sede esecutiva è integrata dall'art. 187 delle disposizioni di attuazione, ai sensi del quale «*Per l'applicazione della disciplina del concorso formale e del reato continuato da parte del giudice dell'esecuzione si considera violazione più grave quella per la quale è stata inflitta la pena più grave, anche quando per alcuni reati si è proceduto con giudizio abbreviato*»²⁴. Si ritiene che tale disposizione costituisca un ulteriore elemento per confermare la validità dell'orientamento estensivo, sul rilievo che la norma non ritiene incompatibile la riduzione prevista per il rito abbreviato con quella derivante dalla continuazione²⁵.

Dal momento che il *favor rei* costituisce la ratio dell'istituto della continuazione, la migliore dottrina suggerisce di risolvere tutte le problematiche applicative connesse all'istituto partendo proprio dalla logica che presiede alla sua introduzione. Così dovrà ricavarsi il carattere unitario o pluralista del reato continuato in base agli istituti che vengono di volta in volta in rilievo, senza aderire integralmente all'una o all'altra impostazione²⁶. Così, in tema di applicazione della pena, della dichiarazione di abitudine e di professionalità, dovrà concludersi per la natura unitaria del reato continuato. Invece, per istituti quali la prescrizione²⁷, l'amnistia, il concorso di persone, le circostanze dovrà

²⁴ Secondo G. CANZIO, *Giudizio abbreviato*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, p. 628 la disposizione in esame confermerebbe la natura processuale del meccanismo premiale di cui all'art. 442, comma 2, c.p.p.

²⁵ Così D. POTETTI, *Vecchi problemi in tema di reato continuato e nuovo rito penale*, in *Cass. pen.*, 3/1996, p. 965; cfr. M. BONETTI, *Il giudizio abbreviato*, in M. PISANI (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, 1997, p. 33.

²⁶ G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale parte generale*, Bologna, 2019, p. 720; F. MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 502; F. COPPI, *Reato continuato*, cit., p. 185 ss.; V. ZAGREBELSKY, *Reato continuato*, cit., p. 131.

²⁷ In relazione alla prescrizione, l'art. 157, comma 2, c.p. impone di considerare il reato in astratto, con ciò dovendosi desumere l'irrelevanza della riduzione processuale ai fini del tempo necessario a prescrivere: così

adottarsi l'impostazione pluralista, in ragione degli effetti più favorevoli per il reo. Tuttavia, la legge n. 3 del 9 gennaio 2019 ha modificato l'art. 158 c.p. stabilendo come *dies a quo* per le ipotesi ex art. 81 c.p. il momento in cui cessa la continuazione, fornendo un'adesione implicita alla natura unitaria del reato continuato. La norma in commento contrasta in tema di prescrizione la natura del reato continuato quale espressione del principio del favor rei, introducendo un regime che allunga i tempi necessari per la prescrizione.

5. La natura giuridica della diminvente prevista in tema di giudizio abbreviato.

Per fornire una risposta al quesito sottoposto all'esame delle Sezioni Unite sono opportune ulteriori riflessioni concernenti la natura giuridica della riduzione premiale prevista dall'art. 442, comma 2, c.p.p. in relazione al giudizio abbreviato. Sul punto si contrappongono due indirizzi ermeneutici: la tesi processuale e la tesi sostanziale.

In base al primo orientamento, la riduzione della pena ex art. 442, comma 2, c.p.p. avrebbe natura processuale. Ciò, in quanto la sua applicazione è automatica ed opera in misura fissa, prescindendo da valutazioni relative alla gravità del fatto e alla personalità del reo²⁸. La natura fissa della riduzione assolverebbe altresì ad una funzione di garanzia dell'imputato nel favorire la calcolabilità della pena²⁹. In altre parole, la riduzione della pena asseconderebbe esclusivamente una logica utilitaristica, connessa alla deflazione processuale³⁰ e all'instaurazione di una logica collaborativa³¹ che conduce a quello che un tempo veniva definito un "patteggiamento sul rito"³². Così la giurisprudenza di legittimità ha escluso la natura circostanziale della riduzione premiale, inquadrandola piuttosto tra le norme processuali che puntano ad una riduzione dei tempi del

M. ROMANO, *sub. Art. 157*, in M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 1994, p. 66. *Contra* P. BARTOLO, *Prescrizione del reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIV, Roma, 1991, p. 5.

²⁸ Mette in luce l'inadeguatezza della riduzione in misura fissa ai fini delle esigenze di prevenzione speciale M. COSTANTINI, *Il giudizio abbreviato*, *op. cit.*, p. 209.

²⁹ G. CANZIO – R. BRICCHETTI, *Codice di procedura penale, sub art. 442 c.p.p.*, Milano, 2024, p. 3765.

³⁰ Cfr. Cort. Cost. n. n. 277 e la n. 284 del 1990.

³¹ Cfr. M. PISANI, *Diritto premiale e sistema penale: rapporti e intersezioni* (1983), in *Id.*, *Studi di diritto premiale*, Milano, 2001, p. 39; E. MARZADURI, *L'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato*, Milano, 1985, p. 8; R. ORLANDI, *Riti speciali e trattamento sanzionatorio*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Milano, 2002, p. 258.

³² La Suprema Corte, sulla scorta di tali argomentazioni, ha escluso che la riduzione ex art. 442, comma 2, c.p.p. rientri nel novero delle circostanze del reato: Cass. n. 7707 del 21 maggio 1991: «Le circostanze costituiscono elementi accidentali del reato che ne qualificano specificamente la gravità e/o evidenziano la maggiore o minore capacità a delinquere del reo, talché la loro previsione e applicazione sono intimamente legate alla rilevanza criminale del fatto-reato e corrispondono a una esigenza di prevenzione speciale rapportata alla maggiore o minore consistenza del disadattamento sociale di cui il reato è espressione. La diminvente ex art.442/2 non ha, viceversa, alcuna correlazione con tutto ciò, ma risponde a una esigenza utilitaristica di sollecita definizione dei giudizi, proponendo all'imputato uno sconto secco della pena, già determinata, come premio della scelta del rito abbreviato contro la rinuncia alle maggiori garanzie del dibattimento».

processo³³. L'obbligatorietà della riduzione premiale, sia nell' *an* che nel *quantum*, renderebbe inoltre impraticabile il giudizio di bilanciamento delle circostanze ex art. 69 c.p., sottraendo al giudice qualsiasi *spatium deliberandi* in tal senso. La natura processuale della fattispecie conduce ad ulteriori conseguenze, impedendo al giudice di computare la diminuzione ex art. 442, comma, 2 c.p.p. ai fini dell'accesso alle misure alternative alla detenzione o nel calcolo dei termini di custodia cautelare³⁴.

Decisamente prevalente è tuttavia l'orientamento che attribuisce alle riduzioni della pena dovute all'accesso ai procedimenti speciali una natura sostanziale. Un simile *revirement* si deve soprattutto all'influenza esercitata dalla giurisprudenza convenzionale, in particolare con il caso Scoppola c. Italia³⁵. Con la pronuncia in esame, la Corte EDU ha riconosciuto che, malgrado rientri formalmente tra le norme processuali, l'art. 442, comma 2, c.p.p. abbia natura materiale, con conseguente applicabilità dell'art. 7 della Convenzione. Invero, secondo le valutazioni compiute dalla Corte, le norme che incidono sul trattamento sanzionatorio presentano una correlazione con il diritto penale sostanziale, concorrendo a definire l'entità della pena e dunque i limiti della potestà punitiva dello Stato sui diritti dei consociati³⁶. In conseguenza di ciò, le norme in tema di trattamento sanzionatorio nei procedimenti speciali sono soggette al principio di irretroattività (e di correlativa retroattività della *lex mitior*), non

³³ La natura circostanziale della diminuzione ex art. 442, comma 2, c.p.p. è sostenuta da chi, avvalendosi di un argomento testuale, valorizza il lemma secondo cui «la pena che il giudice determina tenendo conto di tutte le circostanze è diminuita»: così T. PADOVANI, *Il nuovo codice di procedura penale e la riforma del codice penale*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p. 932; A. GIARDA – G. SPANGHER, *Codice di procedura penale commentato*, sub art. 442, Milano, 2023, p. 3339 ss. Si ritiene, tuttavia, che il riferimento alle circostanze abbia in questo caso una valenza atecnica e una funzione confermativa della natura fissa della diminuzione di pena, che prescinde dagli indici di commisurazione della pena ex art. 133 c.p.

³⁴ Così Cass. n. 18858 del 13 maggio 2021: «È irrilevante, dunque, la misura della pena inflitta in concreto all'imputato, poiché, l'art. 303, comma 4, cod. proc. pen. fa un chiaro riferimento alla pena stabilita dalla legge, modulando sull'entità della sanzione astratta la durata massima della misura (...) non incidendo la riduzione di un terzo prevista dal predetto art. 442 c.p.p. nella misura edittale della pena, non può tenersi conto di essa ai fini della durata della custodia cautelare».

³⁵ In verità, le Sezioni Unite avevano affermato già da tempo la retroattività delle norme disciplinanti il rito abbreviato là dove garantissero un trattamento più favorevole per il reo, in applicazione dell'art. 2, comma 4, c.p. Cfr. Cass., Sez. Un., 6 marzo 1992: «La diminuzione di un terzo della pena e la sostituzione dell'ergastolo con la reclusione di trenta anni costituiscono trattamenti penali di favore con caratteristiche peculiari, perchè si ricollegano ad un comportamento dell'imputato successivo al reato e di natura processuale, ma secondo queste Sezioni unite la peculiarità dei trattamenti non rende inoperante il limite di cui si è detto. È vero che, nonostante autorevoli opinioni dottrinali in senso diverso, la giurisprudenza di questa Corte e della Corte costituzionale tende ad escludere la riferibilità dell'art. 25 comma 2 Cost. alle norme processuali, ma nella specie gli aspetti processuali sono strettamente collegati con aspetti sostanziali, perchè tali certamente sono quelli relativi alla diminuzione o alla sostituzione della pena e tali sono stati considerati anche dalla Corte costituzionale, da ultimo nella sentenza n. 23 del 1992 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di varie disposizioni concernenti il giudizio abbreviato, nella parte in cui non consentivano al giudice del dibattimento di verificare se il processo avrebbe potuto essere definito allo stato degli atti e di applicare in caso affermativo la riduzione di pena. Sottrarre al giudice del dibattimento il controllo sulla definibilità allo stato degli atti avrebbe infatti limitato secondo la Corte costituzionale "in modo irragionevole il diritto di difesa dell'imputato, nell'ulteriore svolgimento del processo, su di un aspetto che ha conseguenze sul piano sostanziale».

³⁶ Corte EDU, Scoppola c. Italia, 17 settembre 2009, par. 111 ss.

applicandosi il tradizionale principio del *tempus regit actum*. Si viene così a definire la categoria delle norme processuali ad effetti sostanziali che, al pari delle norme di diritto materiale, sono soggette al *nullum crimen, nulla poena sine lege* e ai relativi corollari.

Valorizzandone la natura sostanziale, la Corte di cassazione ha riconosciuto la retroattività dell'art. 442, comma 2, c.p.p. dopo le modifiche operate dalla legge n. 103 del 2017. La norma, pur avendo caratteri processuali, ha effetti sostanziali, «disciplinando la severità della pena da infliggere in caso di condanna secondo il rito abbreviato», per cui «deve soggiacere al principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7, § 1, CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, vale a dire irretroattività della previsione più severa (principio già contenuto nell'art. 25, comma secondo, Cost.), ma anche, e implicitamente, retroattività o ultrattività della previsione meno severa»³⁷.

Proprio quest'ultima ricostruzione, secondo cui l'art. 442, comma 2, c.p.p. appartenerrebbe al *genus* delle norme processuali ad effetti sostanziali, appare preferibile, mettendo definitivamente di lato la diatriba sulla natura sostanziale o processuale delle disposizioni in tema di procedimenti speciali³⁸. La fattispecie in esame è, infatti, sicuramente estranea al reato o alla personalità del reo, riguardando un comportamento successivo che implica l'esercizio di una facoltà processuale e che non incide sul disvalore del fatto³⁹; nondimeno, i suoi effetti sono indubbiamente sostanziali, poiché legati alla pena e alla limitazione delle libertà fondamentali del reo.

La sentenza n. 832 del 2017 della Corte di cassazione si esprime così sul punto: «è ormai acquisito nel nostro sistema giuridico il principio secondo cui il trattamento sanzionatorio, anche laddove collegato alla scelta del rito, finisce sempre con avere ricadute sostanziali ed è, dunque, soggetto alla complessiva disciplina di cui all'art. 2 cod.pen., pur restando tuttora confermato che la riduzione di pena prevista dall'art. 442 comma secondo cod. proc. pen., essendo finalizzata alla produzione di effetti puramente premiali in funzione di una specifica scelta processuale operata dall'imputato, va applicata per ultima, sulla pena quantificata dal giudice, comprensiva anche dell'eventuale aumento per la ritenuta continuazione»⁴⁰.

Orbene, la sentenza in esame prende posizione anche sulla questione principale oggetto di questo contributo, lasciando intendere che la riduzione ex art. 442 c.p.p. debba

³⁷ Cass. n. 832 del 01 gennaio 2018.

³⁸ Cfr. E. VENAFA, *Natura giuridica ed effetti della diminuzione di pena disposta in sede di giudizio abbreviato e di patteggiamento*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1993, p. 1113; F. ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, in G. UBERTIS – G.P. VOENA (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Milano, 2004, p. 173; F. GALLUZZO, *Retroattività dell'art. 442 c.p.p.: agli sgoccioli l'era del tempus regit actum?*, in Arch. Pen. 1/2011.

Parte della dottrina, pur optando per la natura processuale della fattispecie ex art. 442, comma 2, c.p.p. riconosce l'esistenza di effetti regolati dal diritto sostanziale: così G. Lattanzi - E. Lupo, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, IV, Milano, 2020, p. 179 ss.

³⁹ Cfr. E. MARZADURI, *Poteri delle parti e disponibilità del rito nella giustizia negoziata*, in AA. VV., *Costituzione, diritto e processo penale*, Milano, 1998, p. 103; B. LAVARINI, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 1996, p. 198; D. NEGRI, *Il «nuovo» giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale*, Padova, 2000 p. 463; G. CANZIO, *Giudizio abbreviato*, cit., p. 629; F. ZACCHÉ, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, p. 172.

⁴⁰ Cfr. anche Cass., Sez. Un., n. 7578 del 26 febbraio 2021; Sez. Un., n. 45583 del 25 ottobre 2007; Sez. Un., n. 44711 del 27 ottobre 2004; Sez. Un., n. 2977 del 6 marzo 1992.

operare sulla pena complessivamente determinata, aderendo ad un'impostazione che milita in favore dell'orientamento restrittivo e della natura unitaria del reato continuato.

6. Considerazioni conclusive.

In attesa del deposito delle motivazioni della sentenza, è stato possibile individuare gli argomenti che militano a favore di entrambe le tesi. L'orientamento maggioritario, tuttavia, appare preferibile, sulla base di tre argomentazioni che si ritengono decisive.

In particolare, il reato continuato dev'essere considerato, soprattutto dopo la riforma del '74, come un reato plurimo, in cui l'unificazione opera soltanto a fini sanzionatori. Il carattere unitario riemergerebbe, secondo la dottrina prevalente, soltanto là dove scaturissero effetti più favorevoli per il reo, contrariamente all'impostazione seguita dall'orientamento minoritario, che trarrebbe effetti in *malam partem* dall'adesione all'impostazione unitaria.

In relazione, invece, all'applicazione dell'art. 533, comma 2, c.p.p., la tesi minoritaria ritiene che la diminuzione di pena prevista dall'art. 442, comma 2, c.p.p. debba essere effettuata soltanto dopo aver calcolato la pena unica per i reati uniti dal vincolo della continuazione. Tale argomentazione non appare convincente essenzialmente per due ordini di ragioni: in primo luogo, l'art. 533 c.p.p. non fornisce indicazioni univoche sul punto; in secondo luogo, la norma espressamente stabilisce che «*se la condanna riguarda più reati, il giudice stabilisce la pena per ciascuno di essi e quindi determina la pena che deve essere applicata in osservanza delle norme sul concorso di reati e di pene o sulla continuazione*», confermando la necessità di procedere in primo luogo con la commisurazione della pena prevista per ciascun reato, per poi applicare in un secondo momento l'aumento di pena previsto per la continuazione.

Infine, l'orientamento restrittivo ritiene l'art. 81 c.p. già espressione del principio del *favor rei*, rendendo superflua l'applicazione del regime più favorevole previsto dall'art. 442, comma 2, c.p.p. per le contravvenzioni. Tale aspetto costituisce il punto più critico dell'indirizzo in commento. Non sussistono, invero, ragioni ostative all'applicazione degli istituti di favore, là dove previsti dall'ordinamento. Per quanto il reato continuato e la riduzione di pena prevista per il rito abbreviato realizzino una "duplicazione" del *favor rei*, si tratta di due istituti con una *ratio* profondamente diversa: la continuazione, infatti, prevede un trattamento sanzionatorio meno severo per due fatti di reato espressione di un disegno criminoso unitario e dunque giudicato meno riprovevole dall'ordinamento; la riduzione di pena *ex art. 442, comma 2, c.p.p.* risponde invece ad un'esigenza di deflazione processuale, assicurando un trattamento sanzionatorio più favorevole al soggetto che rinunci alla fase dibattimentale.

Inoltre, l'applicazione della diminuzione prevista dall'art. 442, comma 2, c.p.p. nella misura di un terzo, anche nel caso di contravvenzioni, vanificherebbe la *ratio* della

riforma Orlando, giungendo ad un'applicazione *contra litteram*⁴¹ e in *malam partem* della norma. L'indirizzo minoritario, pertanto, renderebbe meno vantaggioso l'accesso al rito abbreviato, contrastando i numerosi interventi legislativi che da diversi anni tentano di favorire la scelta dei procedimenti speciali. Per queste e per le altre ragioni che sono state esposte nel corso della trattazione, l'orientamento maggioritario, sposato anche dalle Sezioni Unite, appare decisamente preferibile.

⁴¹ Cfr. L. AGOSTINI, *Unificazione quoad poenam o favor rei: quale riduzione di pena nel giudizio abbreviato su delitti e contravvenzioni in continuazione?* in *Giustizia insieme* del 9 febbraio 2024, secondo cui l'orientamento restrittivo condurrebbe ad una disapplicazione dell'art. 442, comma 2, c.p.p.

LA CENTRALITÀ DEL MANDATO D'ARRESTO NEL PROCEDIMENTO DINANZI ALLA CORTE PENALE INTERNAZIONALE E L'ESITO DEL CASO ALMASRI: INTERPRETARE E RIFORMARE

di Angela Procaccino

Il lavoro ricostruisce le ragioni della centralità dell'arresto e della consegna in seguito a mandato della Corte penale internazionale, poste l'impossibilità di svolgere il processo in absentia e l'indispensabilità della cooperazione internazionale. Cerca poi di individuare i confini degli obblighi nazionali d'esecuzione e i margini di manovre lasciati agli Stati. Dà altresì conto dell'interazione con il diritto dell'Unione europea e del problematico coordinamento tra Statuto di Roma e legge italiana di adattamento secondario, alla prova del caso Almasri, suggerendo come la littera legis, sia pur ambigua e da emendare, avrebbe potuto condurre a diverso esito, ove si fosse tentata una interpretazione costituzionalmente orientata, bilanciando tutti i parametri interessati, alla luce dei super-principi di ragionevolezza-razionalità e ragionevolezza-uguaglianza. Il lavoro, inoltre, constata la presenza nel nostro ordinamento della Convenzione Onu sulla tortura e dell'art. 4, l. 110/2017, esplora la possibilità di rintracciare una base normativa alternativa per la precautela e per la cautela, per un possibile incardinamento del procedimento in Italia e, dunque, per una eventuale richiesta di improcedibilità ex art. 19 Statuto di Roma, alla luce del canone di complementarità della giurisdizione della Corte penale internazionale.

SOMMARIO: 1. La Corte penale internazionale e il compromesso tra cooperazione verticale e orizzontale. – 2. La tendenziale carenza di effetti diretti del Capitolo IX dello Statuto e l'*unicum* del mandato d'arresto. Rinvio. – 3. Il mandato d'arresto per la consegna e il divieto di processo *in absentia*. – 4. Il mandato tra strategie di emissione e modalità di trasmissione. – 5. I contorni dell'obbligo statale tra assenza di motivi di rinvio e margini di controllo "sulla procedura nazionale". I rapporti con il regime d'urgenza ai sensi dell'art. 92 Statuto di Roma. – 6. Le conseguenze della mancata cooperazione. – 7. Il ruolo del diritto dell'Unione europea, tra Spazio di libertà, sicurezza e giustizia... – 8. *Segue*: ... e politica estera e di sicurezza comune. – 9. L'accordo di cooperazione e assistenza tra la Corte penale internazionale e l'Unione europea. – 10. La legge italiana di adattamento secondario allo Statuto di Roma, ritardataria e frettolosa... – 11. *Segue*: ...alla prova del caso Almasri. – 12. *Segue*:... e di ipotesi alternative percorribili.

1. La Corte penale internazionale e il compromesso tra cooperazione verticale e orizzontale.

La Corte penale internazionale (CPI) non ha una propria polizia nè strutture di

law enforcement a disposizione¹. Dunque, nelle situazioni nelle quali vi sia la sua giurisdizione, sono gli Stati a dover assicurare la necessaria cooperazione per le attività investigative e di acquisizione probatoria e, più in generale, per l'esecuzione delle decisioni. Essendo la piena cooperazione con la Corte una condizione del suo effettivo funzionamento, per la pressoché totale mancanza di autosufficienza², nella prassi le difficoltà sono da sempre state considerevoli³.

Il raffinato schema di funzionamento della cooperazione con la CPI⁴, contenuto nel Trattato di Roma, è frutto di una negoziazione laboriosa tra approcci squisitamente "verticali" (Stato-Corte) e più blandi approcci "orizzontali"⁵.

Alla cooperazione internazionale e all'assistenza giudiziaria lo Statuto di Roma dedica il Capitolo IX⁶, il quale, contrariamente agli Statuti del Tribunale internazionale per l'ex-Yugoslavia e per il Ruanda, contiene un sistema chiuso, strutturato su catalogo tassativo di obblighi, la cui portata e il cui contenuto si è scelto di indicare con alto indice di precisione⁷. In apertura è posto l'"obbligo

¹ Si rinvia a D. Robinson, S. Vasiliev, E. van Sliedregt, V. Oosterveld, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press, 2024, p. 463 ss.; A. Cassese, *On Current Trends Towards Criminal Prosecution and Punishment of Breaches of International Humanitarian Law*, in *Eur. Jour. Int. Law*, (1998), 9, 2, p. 13. D'altronde, l'A. ivi definiva il Tribunale internazionale per la ex-Yugoslavia come "a giant without arms and legs [which] needs artificial limbs to walk and work . . . [a]nd these artificial limbs are state authorities; thus, [i]f the cooperation of states is not forthcoming, the ICTY cannot fulfil its functions". In lingua italiana, si rinvia a R.S. Aitala, *Diritto internazionale penale*, Milano, Mondadori, 2021, p. 201 ss.

² Sebbene vi sia una base legale (l'art. 87, comma 6, Statuto) perché la Corte chieda l'ausilio di forze intergovernative e/o internazionali, la richiesta infine, ai sensi dell'art. 89, dovrà comunque transitare per gli Stati. Si vedano il caso del Memorandum of Understanding tra CPI e MONUC (la missione ONU in Congo), come pure le difficoltà rappresentate dall'allora Segretario generale Kofi Annan per il supporto agli arresti nella situazione Lord's Resistance Army", riportati da C. Ryngaert, *Some reflections on securing the Arrest of ICC Fugitives*, in <https://iccforum.com/arrest>, par. III.

³ A. Amadio, *La 23a sessione dell'Assemblea degli Stati Parte allo Statuto di Roma: quale futuro per la Corte penale internazionale*, in *Osservatorio sulle attività delle organizzazioni internazionali e sovranazionali, universali e regionali, sui temi di interesse della politica estera italiana*, marzo 2025 - www.osorin.it; M. Harmon, F. Gaynor, *Prosecuting Massive Crimes with Primitive Tools: Three Difficulties Encountered by Prosecutors in International Criminal Proceedings*, *Journal Int. Crim. Justice*, 2004, 2, p. 403; Y. Gamarra, A. Vicente, *United Nations Member States' Obligations Towards the ICTY: Arresting and Transferring Lukić, Gotovina and Zelenović*, *Int. Crim. Law Rev.*, 2008, 8, p. 627.

⁴ A. Ori, *Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings Before the ICC*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit., p. 1475 rileva come "Unlike the Charters of Tokyo and Nuremberg and the Statutes of the ICTY and ICTR, the Rome Statute for an International Criminal Court deals already in great detail with procedural matters".

⁵ B. Swart, *General Problems*, in *The Rome Statute of the international Criminal Court. A Commentary*, Oxford, 2002, p. 1562; H.P. Kaul, C. Kreß, *Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, 2, 143, p. 158 ss.; G. Sluiter, *I Beg You, Please Come Testify. The Problematic Absence of Subpoena Powers at the ICC*, *New Criminal Law Review*, 2009, 12, p. 590.

⁶ Il "Capitolo IX" si compone di 17 articoli, dall'86 a 102. Si rinvia, per un inquadramento d'insieme, C. Kress, K. Prost, *Preliminary Remarks on Part 9*, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos, Beck, Hart, Nomos, Muenchen, Oxford, Baden Baden, IV, 2022, p. 2447.

⁷ B. Swart, *General Problems*, in *Rome Statute Commentary*, p. 1562.

generale di cooperare” (art. 86), cui fanno seguito le disposizioni generali riassunte nell’art. 87.

In virtù dei principi di tassatività e tipicità, si ritiene che l’obbligo generale di cooperare ai sensi dell’art. 86 non crei un dovere supplementare e residuale di cooperazione in situazioni non altrimenti coperte dagli altri articoli. Al limite, esso serve quale elemento ermeneutico volto a favorire una “stretta interpretazione” degli obblighi statali racchiusi nelle altre disposizioni⁸. Il successivo art. 88 (“Procedure disponibili secondo la legislazione nazionale”) contiene un obbligo di produzione o adeguamento normativo, poiché prevede che gli Stati parte si adoperino per predisporre nel loro ordinamento nazionale procedure appropriate per realizzare tutte le forme di cooperazione indicate nel Capitolo. Gli articoli 89, 90 e 91 disciplinano taluni aspetti procedurali di arresto e consegna, l’art. 92 disegna una procedura d’urgenza (“Fermo”), mentre negli artt. 93, 96 e 99 sono disciplinati sia gli *altri* strumenti di cooperazione – omologhi della “mutua assistenza” nelle cooperazioni tra Stati – e la relativa esecuzione, sia l’eventuale differimento della loro messa in opera o esecuzione (artt. 94 e 95). Di estremo rilievo, poi, come pure sai vedrà, sono le consultazioni che lo Stato parte – investito di una richiesta ai sensi del Capitolo e che constati difficoltà che potrebbero intralciarne o impedirne l’esecuzione – è tenuto ad avviare “senza indugio” con la Corte per risolvere il problema (art. 97). Sono poi regolati la rinuncia alle immunità e il consenso alla consegna (art. 98), nonché il funzionamento del principio di specialità (art. 101). Il Capitolo IX si chiude con il (vedremo) *fondamentale* art. 102 (“Uso dei termini”) il quale, distinguendo nettamente i significati dei lemmi *estradizione* e *consegna*, punta a creare un legame di forte verticalità, proprio in relazione a tale ultimo istituto, a sua volta inscindibilmente legato a quello del mandato d’arresto.

2. La tendenziale carenza di effetti diretti del Capitolo IX dello Statuto e l’unicum del mandato d’arresto. Rinvio.

È dunque dirimente comprendere se le richieste della Corte, rientranti nel Capitolo IX dello Statuto, abbiano effetti diretti nell’ordinamento giuridico dello Stato richiesto. Ebbene, si deve constatare come il ripetuto riferimento alle “procedure previste dalla legge dello Stato richiesto” che costella diverse disposizioni del detto Capitolo (articoli 88, 89, 93 e 99) porti, in prima approssimazione e in generale, ad escludere tali effetti⁹. D’altro canto, v’è pure da osservare come vi siano norme attributive di taluni poteri della Corte che vanno in direzione diversa: si pensi alle, seppur limitate,

⁸ C. Kress, K. Prost, A. Schlunk, P. Wilkitzki, in *Preliminary Remarks*, in *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court, Observer’s notes, article by article*, a cura di O. Triffterer, Nomos, I ed., 1999, p. 1045; C. Kress, Sub art. 86, *ivi*, p. 1053.

⁹ C. Kress, K. Prost, *Preliminary Remarks on Part 9*, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos, p. 2447; G. Sluiter, *International Criminal Adjudication and the Collection of Evidence: Obligations of States*, Intersentia, Antwerp, Oxford, New York, 2002, p. 79 ss.

possibilità di investigare *in situ* (ai sensi dell'articolo 99, comma 4)¹⁰. Come pure, si deve dire, che elementi di verticalità¹¹ si trovano, collegati al Capitolo IX, nei Capitoli V e VI dello Statuto: si fa riferimento ai poteri della Corte di convocare l'indagato a comparire ai sensi dell'articolo 58, comma 7 e di richiedere la presenza di un testimone ai sensi dell'articolo 64, comma 6, lett. b).

Ma, a ben guardare, v'è un istituto che rappresenta un *unicum* all'interno del Capitolo IX - e, possiamo dire, dell'intero Statuto – rappresentato dal mandato d'arresto per la consegna e la coercizione cautelare di cui agli artt. 58, comma 1, 59, e 89. Si tratta, in effetti, dell'istituto più spinto - seppur ibrido - nella prospettiva della verticalità della cooperazione con la Corte. Anticipando (e rinviando a) quanto si dirà poi, la dottrina ha affermato difatti che i requisiti di determinatezza e precisione delle norme, unitamente al coordinamento con gli artt. 86 e 88 dello Statuto, contribuirebbero a conferire ad esso determinati effetti diretti, anche prima della consegna della persona ricercata alla Corte¹².

3. Il mandato d'arresto per la consegna e il divieto di processo *in absentia*.

Come s'è detto, l'art. 102 distingue tra "estradizione" e "consegna"¹³, definendo quest'ultima come l'attività che gli Stati compiono su richiesta e a favore della Corte¹⁴ e riservando il termine "estradizione" alle consegne tra i soli

¹⁰ Si veda pure l'art. 57, comma 3, lett. d) ed e). Si rinvia a C. Behrman, *Strengthening the International Criminal Court Cooperation, Perspectives from Theory and Practice*, I ed., Boston, Leiden, Brill, p. 299.

¹¹ Così come definiti da C. Kress, K. Prost, *Preliminary Remarks on Part 9*, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, cit., p. 2447.

¹² This is not to question the right of the State that receives a request for arrest and surrender under Article 89(1) to "transform" the international into a national arrest warrant, secondo C. Kress, K. Prost, *Preliminary Remarks on Part 9*, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos, cit. p. 2447. Riguardo al riconoscimento di alcuni effetti diretti del mandato d'arresto internazionale nell'ordinamento tedesco, si vedano C. Kreß, Jarasch, in *The Rome Statute and Domestic Legal Orders. I: General Aspects and Constitutional Issues*, a cura di C. Kreß, F. Lattanzi, Nomos, Baden Baden, 2000, p. 96 ss. Si vedano, poi, S. Babaian, *The International Criminal Court – An International Criminal World Court?* Springer, 2018, p. 109; M. Klamberg, *Commentary of the law of the International Criminal Court*, 2017, Brussels, Torkel Opsahl Academic EPublisher, p. 432; W.A. Shabas, *The International Criminal Court. The International Politics of Mass Atrocities*, London, Routledge, 2010, p. 903.

¹³ Si veda, *infra*, par. 4. Nella pratica, l'Ufficio del Procuratore (OTP) ha a disposizione taluni mezzi utili a rintracciare i destinatari dei mandati di arresto ed è poi "invitato" a trasmettere le informazioni raccolte alla Camera e alla Cancelleria, "nella misura in cui i suoi obblighi di riservatezza lo consentono". Occorre tener presente che l'Ufficio del Procuratore ha accesso illimitato a tutti i database dell'Interpol oltre ad aver costituito, nel 2018, il *Suspects at Large Tracking Team* al fine di tracciare i (potenziali) viaggi dei destinatari dei mandati di arresto. Il *team* collabora con un gruppo di lavoro inter-organo sulle strategie di arresto istituito congiuntamente dall'ufficio del Procuratore e dall'ufficio della Cancelleria nel marzo 2016. Si veda, *The Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System; Final Report*, 30 September 2020 ('IER Report') parr. 767-74.

¹⁴ Se la camera preliminare richiede che la persona arrestata sia consegnata alla Corte, lo Stato di custodia deve ottemperare a tale richiesta, a condizione che sia uno Stato Parte dello Statuto, abbia fatto una dichiarazione ai sensi dell'articolo 12(3) o abbia concluso un accordo o un'intesa con la Corte ai sensi

Stati.

Frutto di operose riflessioni nei lavori preparatori¹⁵ e rilavorazioni nel Progetto Zutphen, “*The term ‘surrender’ was chosen in preference to the term ‘extradition’, because the negotiators were of the opinion that the transfer of suspects to the Court should be considered as distinct from current extradition regimes*”¹⁶.

Insomma, nel corso del negoziato per lo Statuto di Roma, la esplicita e preliminare differenziazione dell’istituto della “consegna” alla Corte da quello della “estradizione” ad un altro Stato, era vista come strumento tassonomico volto ad evitare le rigidità di principi e requisiti propri dell’estradizione: basti porre mente, ad esempio, a come molti Stati, specie quelli di *civil law*, proibiscano l’estradizione dei cittadini, e basti pensare ai requisiti probatori che si applicano all’estradizione in molte giurisdizioni di *common law*. Invece, come si dirà meglio, nello Statuto di Roma, le autorità giudiziarie dello Stato richiesto non possono esaminare la legalità del mandato o pronunciarsi sulla contestazione dell’*habeas corpus*. Lo Statuto difatti ammette – peraltro solo indirettamente – che lo Stato, possa solo *constatare* le dichiarazioni e le informazioni che la Corte, dal canto suo, deve allegare a supporto della sua richiesta¹⁷. Sempre lo Statuto, d’altronde, richiede che i requisiti stabiliti dalla legislazione nazionale per la consegna non siano mai più gravosi di quelli applicabili all’estradizione interstatale. E richiede pure che eventuali problemi ad essi inerenti siano risolti tramite le consultazioni con la Corte che lo Stato deve intraprendere “senza indugio” (art. 97 Statuto)¹⁸. La Corte, peraltro, può sia convocare lo Stato perché faccia osservazioni circa le cause del fallimento della cooperazione¹⁹ sia, come pure si dirà, nel caso preveda che la cooperazione non sia attuabile, informare il Consiglio di sicurezza della Nazioni Unite e l’Assemblea degli Stati parte della presenza della persona sul territorio, in modo da far adottare le misure necessarie²⁰.

dell’articolo 87(5). Una richiesta relativa alle indagini e all’azione penale per reati di competenza della Corte deve essere ottemperata dallo Stato di custodia ai sensi dell’articolo 86. Esso, si ribadisce, deve disporre di procedure che consentano la consegna (articolo 88). Si veda, pure, *infra*, nt. 43.

¹⁵ Si veda pure A. Cassese, *The Path to Rome and Beyond*, in Aa.Vv., *The Rome Statute of the international Criminal Court. A Commentary*, cit., p. 3 ss.; P. Mochochoko, *International Cooperation and Judicial Assistance*, in *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results*, a cura di R. S. Lee, Leiden, Brill, 1999, p. 309 ss.

¹⁶ Basti ricordare che il problema terminologico è rimasto aperto fino alla Conferenza diplomatica, dal momento che i lemmi “estradizione” e “consegna” erano ancora tra parentesi nel documento di lavoro della Conferenza UN Doc. A/CONF.183/C.1/WGPM/L.2.

¹⁷ Cfr. H.P. Kaul, C. Kreß, *Jurisdiction and Cooperation in the Statute of the International Criminal Court: Principles and Compromises*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, 1999, 2, 143, p. 159. Cfr., pure, *infra*, par. 5, e nt. 64.

¹⁸ In dottrina, M. Plachta, “*Surrender*” in the Context of the International Criminal Court and the European Union, *Nouvelles études pénales*, 2004, 19, p. 465.

¹⁹ Si veda, ad esempio, ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, PTC I, *Decision requesting observations about Omar Al-Bashir’s recent visit to the Republic of Chad*, ICC-02/05-01/09-132, 18 Aug. 2011.

²⁰ Si veda, *infra*, par. 6 e sin d’ora, ad esempio, ICC, *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, PTC I, *Decision informing the UN SC and the ASP to the Rome Statute about Omar Al Bashir’s presence in the territory of the Republic of Kenya*, ICC-02/05-01/09-107, 27 Aug. 2010; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, PTC I, *Decision informing the UN SC and the ASP to the Rome Statute about Omar Al-Bashir’s recent visit to the Republic of Chad*,

Insomma, l'istituto della consegna può in un certo senso definirsi architrave del sistema costruito dallo Statuto di Roma. Detto sistema – e questo è il profilo forse più notevole da tenere a mente – rigetta la possibilità del processo *in absentia*²¹, il che trasforma la “presenza” dell'accusato in fondamento del funzionamento e dell'esistenza stessa della Corte penale internazionale²².

Deve essere chiaro che è la prima comparizione a richiedere indefettibilmente la presenza fisica della persona accusata dinanzi alla Corte, quando non v'è la sua disponibilità a comparire volontariamente²³. In questo frangente non è dato spazio alcuno all'*absentia*.

Le cose stanno in modo un po' diverso quando si apre la fase *pre-trial*. Essa si compone di due sottofasi, la prima delle quali si svolge fuori udienza, ed è volta alla *disclosure*, e la seconda che consiste nella vera e propria udienza per la “conferma delle accuse”. Quest'ultima, difatti, fissata “entro un termine ragionevole dopo la consegna della persona alla Corte o dopo la sua comparizione volontaria, si svolge alla presenza del Procuratore e della persona oggetto d'inchiesta o azione giudiziaria nonché dell'avvocato di quest'ultima”.

Tuttavia, ai sensi dell'art. 61 comma 2 Statuto, la Camera preliminare, su richiesta del Procuratore o di sua iniziativa, può decidere di tenere l'udienza anche in assenza della persona accusata, allorquando la persona stessa *a)* abbia rinunciato al suo diritto di essere presente, oppure *b)* si sia data alla fuga o sia introvabile, e sia stato fatto tutto quanto era ragionevolmente possibile per garantire la sua comparizione e informarla delle accuse a carico e della fissazione di una successiva tenuta per convalidare tali accuse. In questo caso la persona è rappresentata da un avvocato ove la Camera preliminare decida che ciò sia “nell'interesse della giustizia”. Beninteso, la disposizione è sempre stata interpretata nel senso che entrambe le condizioni delle lettere *a)* e *b)* presuppongano sempre e comunque l'iniziale comparizione della persona dinanzi alla Camera preliminare ai sensi del

ICC-02/05-01/09-109, 27 Aug. 2010; *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir PTC I, Decision informing the UN SC and ASP to the Rome Statute about Omar Al-Bashir's recent visit to Djibouti*, ICC-02/05-01/09-129, 12 May 2011.

²¹ La Carta di Norimberga consentiva la contumacia nell'interesse della giustizia, all'art. 12; lo Statuto del Tribunale per l'ex-Jugoslavia prevedeva il diritto di essere presenti, senza permettere o vietare il processo *in absentia*; il tribunale speciale per il Libano ha praticamente sempre proceduto *in absentia*. Si veda, su tali profili R.S. Aitala, *Diritto internazionale penale*, cit., p. 214 ss.; A. Orie, *Accusatorial v. Inquisitorial Approach in International Criminal Proceedings Prior to the Establishment of the ICC and in the Proceedings Before the ICC*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit., p. 1446 ss. e 1480 ss. Si veda pure F. Terrier, *The procedure before the Trial Chamber*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit. p. 1237.

²² Si rinvia a F. Terrier, *The procedure before the Trial Chamber*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit., p. 1238.

²³ Per chiarir meglio, ricordiamo che la presenza al processo coattivamente procurata tramite mandato non è l'unica possibilità prevista dallo Statuto, poiché, in alternativa la Corte può emettere anche un ordine di comparizione (art. 58 comma 7), qualora vi siano elementi sufficienti da far ritenere che la persona si presenterà sua sponte. Questa citazione, notificata direttamente alla persona, può anche contenere condizioni restrittive di libertà (diverse dalla detenzione) ove la legislazione nazionale lo preveda. Entrambi i provvedimenti (mandato d'arresto e citazione di comparizione) sono provvedimenti adottati dalla Camera preliminare su richiesta dell'ufficio del Procuratore (art. 58, comma 1).

precedente art. 60²⁴. Dunque, un'udienza per la conferma delle accuse in assenza dell'accusato si può svolgere solo e soltanto se, dopo la prima comparizione, egli abbia rinunciato al proprio diritto, ovvero sia fuggito o non possa essere trovato. In tutti gli altri casi, in cui un mandato di arresto, emesso originariamente o emesso a seguito del mancato successo di una citazione a comparire, non è stato eseguito e la persona non è comparsa volontariamente davanti alla Corte, non è possibile procedere "in absentia" dell'imputato e, pertanto, non è possibile tenere neanche l'udienza di "conferma delle accuse"²⁵.

Per quanto riguarda la fase successiva, quella del vero e proprio *trial*, la presenza dell'accusato è statuita all'art. 63 Statuto: lo leggiamo nella rubrica "Processo in presenza dell'imputato", come pure nel relativo primo comma "L'imputato è presente nel corso del processo"²⁶ e, lo ricaviamo in via speculare dagli artt. 67, lett. d) e 76, comma 4 Statuto (che hanno riguardo ai diritti dell'accusato), sulla scorta dell'impronta di *common law* impressa al sistema²⁷. Mette conto considerare, tuttavia, come la Corte possa autorizzare – anche – a tenere un'udienza *ex parte*, vale a dire senza la presenza delle parti, incluso finanche l'accusato, per questioni relative alla sicurezza nazionale di uno Stato (art. 72, comma 7, lett. a)(ii)²⁸.

Posta questa architettura, dunque, e messe da parte le ipotesi di comparizione volontaria, la presenza dell'accusato al processo si procura tramite la consegna, e la consegna la si procura mediante l'esecuzione dell'arresto.

Come attestato dalla prassi e come, pure, sottolineato in seno all'Assemblea degli Stati parte²⁹, il mandato d'arresto è il più critico tra gli istituti contemplati nel Capitolo

²⁴ Si veda la prassi riportata da R.S. Aitala, *Diritto internazionale penale*, cit., p. 216 ss., il quale rileva che "se la Camera aderisse ai dogmi della ortodossia di *Common law*, ritenendo la presenza dell'accusato obbligatoria, non potrebbe che disporre la traduzione *manu militari* o sospendere l'udienza ogni volta che questi decida di non presentarsi, così affidandogli di fatto il calendario delle udienze".

²⁵ Nota F. Terrier, *The procedure before the Trial Chamber*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit., p. 1283 "But this is not trial in absentia properly speaking, as the judges of both ad hoc Tribunals have often pointed out, given that no finding of guilt may be made".

²⁶ Solo se l'accusato interrompe e disturba continuamente il processo può essere allontanato come ultimo rimedio e solo per quanto sia necessario.

²⁷ Si veda, F. Terrier, *Trial Proceedings*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit., p. 1283, che rileva come il "Trial in absentia, or par contumace, that is, in the absence of the accused, is not provided for by the Statute. While it was permitted at Nuremberg by Article 12 of the Statute of the International Military Tribunal and was used before that Tribunal for the trial of Martin Bormann, it does not exist at the ad hoc Tribunals for former Yugoslavia and Rwanda".

²⁸ F. Terrier, *The procedure before the Trial Chamber*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit., p. 1282.

²⁹ Si veda la *Resolution ICC-ASP/18/Res.3, Adopted at the 9th plenary meeting, on 6 December 2019*, su *consensus*, disponibile online, ove si afferma: "The negative impact that non-execution of Court requests can have on the ability of the Court to execute its mandate, in particular when it concerns the arrest and surrender of individuals subject to arrest warrants". In letteratura si vedano, B. Swart, *Arrest and Surrender*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit., p. 1639; Id., *Arrest Proceedings in the Custodial State*, in *Rome Statute Commentary*, II, cit. p. 1247; U. Ušacka, *Promises Fulfilled? Some Reflections on the ICC in its First Decade*, 2011, 22, *Crim. Law Forum*, p. 473; B. Van Schaack, *ICC Fugitives: The Need for Bespoke Solutions*, in *Santa Clara University School of Law, Legal Studies Research Series*, 2014, Paper. n. 06-14; P.M. Wald, *Apprehending War Criminals: Does International Cooperation Work?*, in *American University Int. Law Rev.*, 2012, 27, p. 229; H.R. Zhou, *The Enforcement of Arrest Warrants by International Forces*, in *Journal Int. Crim. Justice*, 2006, 4, p. 202.

IX dello Statuto.

Tant'è che, durante i lavori preparatori, lo smussamento del divieto di *absentia* fu fortemente chiesto, anzi, reclamato come prezzo necessario per evitare che i più gravi crimini internazionali fossero lasciati in un limbo senza processo o accertamento giudiziale delle responsabilità³⁰.

Beninteso, va pure ricordato come l'arresto possa essere chiesto e ottenuto "in qualsiasi momento dopo l'apertura dell'inchiesta" anche per altre due esigenze, previste dall'art. 58, lett. b), punti ii) e iii)³¹ ovvero sia l'esigenza "che la persona non ostacoli o metta a repentaglio le indagini o il procedimento dinanzi alla Corte" oppure l'esigenza che si debba "impedire che la persona continui in quel crimine o in un crimine connesso che ricade sotto la giurisdizione della Corte o che avviene nelle stesse circostanze". È chiaro come questi due casi materializzino delle esigenze *squisitamente cautelari*, che si devono invece distinguere da quella di cui al punto i) che materializza, invece, l'esigenza che abbiamo già visto essere (non solo cautelare, ma soprattutto) "coessenziale" al *principio cardinale* del processo in presenza.

All'istituto della consegna si associa la custodia cautelare: come pure autorevolmente rilevato³², l'articolo 59 ("Procedura di arresto nello Stato di detenzione preventiva") effettivamente crea una presunzione in favore della custodia cautelare durante (e per) lo svolgimento del processo, salvo che non ci siano ragioni urgenti ed eccezionali – valutate dall'autorità nazionale – tali da giustificare,

³⁰ Dopo aver dato atto che "The non-acceptance of trials in absentia in the ICC firmly consolidates the common-law tradition...." A. Orie, *Accusatorial v. Inquisitorial Approach*, cit., p. 1480, ricorda come il *Draft della International Law Commission*, al suo articolo 37, proponesse la presenza dell'accusato come regola generale, contenendo eccezioni per ragioni pratiche o dopo la fuga dell'accusato. Una procedura, simile a quella della regola 61 delle Regole di procedura del Tribunale penale per l'ex Jugoslavia, venne proposta in caso di assenza deliberata dell'accusato, seguita da un nuovo processo (da parte di nuovi giudici) in seguito alla disponibilità dell'accusato. Fino alla Conferenza di Roma erano ancora aperte varie opzioni, che andavano dall'accettazione di un processo in contumacia anche se l'imputato non era stato (p. 1479) informato del processo in corso, all'accettazione della continuazione del procedimento iniziato in presenza dell'imputato fino all'accettazione generale di un processo in contumacia ove l'imputato non volesse esercitare il suo diritto di essere presente. Il resoconto delle discussioni sull'argomento nell'agosto 1996 riflette la varietà di opinioni tra le delegazioni. L'argomento è rimasto in bilico fino al termine della Conferenza di Roma. dal momento che non sembrava raggiungibile alcun compromesso, lo Statuto della CPI contiene la richiesta rigorosa della presenza dell'imputato al processo, senza nemmeno lasciare un via di fuga, simile a quella, appunto, della Regola 61 dell'ICTY.

³¹ Si riporta, per facilità di lettura, il primo comma dell'art. 58 (Rilascio da parte della Camera preliminare di un mandato d'arresto o di un ordine di comparizione): 1. In qualsiasi momento dopo l'apertura di un'inchiesta, la Camera preliminare, su richiesta del Procuratore, emette un mandato d'arresto contro una persona se, dopo aver esaminato la richiesta e gli elementi probatori, o altre informazioni fornite dal procuratore, essa è convinta: a) che vi sono fondati motivi di ritenere che tale persona ha commesso un reato di competenza della Corte; e b) che l'arresto di tale persona sembra necessario per garantire: i) la comparizione della persona al processo; ii) che la persona non ostacoli o metta a repentaglio le indagini o il procedimento dinanzi alla Corte, oppure iii) se del caso, impedire che la persona continui in quel crimine o in un crimine connesso che ricade sotto la giurisdizione della Corte o che avviene nelle stesse circostanze.

³² K.A.A. Khan, A. Ellis, Sub art. 60, Sub Art. 58, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos, Beck, Hart, Nomos, Muenchen, Baden Baden, 2021, p. 1750.

successivamente, la concessione della libertà provvisoria, sempre che vi siano adeguate garanzie che permettano allo Stato di detenzione di adempiere comunque al suo obbligo di consegnare la persona alla Corte (comma 4).

Precisiamo pure come il suddetto “automatismo restrittivo” possa tuttavia anche essere spezzato: in sede nazionale, una volta effettuato l’arresto come innanzi si dirà, come pure una volta effettuata la consegna alla Corte. Difatti nel detto art. 60 Statuto (“Procedura iniziale dinanzi alla Corte”)³³ che, ricordiamo, disciplina la fase *pre-trial*³⁴, è previsto che non appena la persona è consegnata alla Corte o compare dinanzi ad essa volontariamente o in base ad una citazione, la Camera preliminare accerti che essa sia stata informata dei reati di cui è accusata e dei diritti che le sono riconosciuti dallo Statuto, compreso “il diritto di chiedere la libertà provvisoria in attesa di essere giudicata”. Ciò vale a dire, dunque, che le condizioni che giustificano il mantenimento in custodia cautelare possono essere rivalutate, e tale rivalutazione ovviamente viene in gioco sin dalla fase iniziale del processo dinanzi alla Corte³⁵.

Il mandato d’arresto rappresenta, dunque in questo sistema, in primo luogo e, a monte, il titolo giuridico per la cattura da parte dello Stato richiesto nonché il titolo del vincolo cautelare da mantenere, eventualmente, in capo al soggetto al fine di effettuare la consegna, in secondo luogo, lo strumento per garantirsi la presenza del sospettato e dell’accusato al processo³⁶ nonché il titolo giustificativo della eventuale permanenza della restrizione cautelare *per il processo* dinanzi alla Corte.

Ovviamente la comprensione degli obblighi statali e della posizione del soggetto nell’esecuzione del mandato d’arresto della CPI può ricavarsi solo dalla lettura combinata dei Capitoli V (“Indagine ed esercizio dell’azione penale”) e VI (“Il processo”) e del detto Capitolo IX relativo a cooperazione ed assistenza. E, innanzitutto, dal combinato disposto degli artt. 58 commi 2³⁷ e 5, 59³⁸ e 89 dello Statuto.

³³ Che, unitamente all’art. 61 (Convalida delle accuse prima del processo), disegna una sorta di udienza preliminare.

³⁴ Unitamente all’art. 61 dello Statuto.

³⁵ Per la cui analisi si deve rinviare a K.A.A. Khan, A. Ellis, Sub art. 60, Sub Art. 58, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, 4th ed., cit. p. 1750.

³⁶ Il mandato per l’arresto e la consegna può essere, tuttavia, sia per il processo, sia per l’esecuzione. Cfr., difatti, il differente contenuto previsto, rispettivamente, dai commi 2 e 3 dell’art. 91.

³⁷ Quanto alla motivazione a supporto della richiesta di consegna, il Procuratore deve presentare una base probatoria persuasiva relativamente al *fumus commissi delicti*. Quanto ai motivi per cui l’indagato deve esser sottoposto a custodia, in realtà la disposizione sembra fare un rimando circolare al comma 1 della disposizione, come nota C. Ryngaert, Sub Art. 58, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, 4th ed., a cura di K. Ambos, Beck, Hart Nomos, 2021, p. 1726 “(H)owever, the Prosecutor is not obliged to present reasonable grounds to support his or her belief that the suspect has to be detained pending trial. It is sufficient that he or she convincingly argues that arrest is necessary for one of the reasons listed in paragraph 1 of this article”.

³⁸ Si riporta, per facilità di lettura, l’art. 59 (Procedura di arresto nello Stato di detenzione preventiva): 1. Lo Stato Parte che ha ricevuto una richiesta di fermo o di arresto e di consegna prende immediatamente provvedimenti per fare arrestare la persona di cui trattasi, secondo la sua legislazione e le disposizioni del capitolo IX. 2. Ogni persona arrestata è senza indugio deferita all’autorità giudiziaria competente dello Stato

Il comma 5 dell'art. 58 specifica che "Sulla base del mandato d'arresto, la Corte può chiedere la detenzione provvisoria o l'arresto e la consegna della persona secondo il Capitolo IX"³⁹. La lettura dei lavori preparatori mostra in modo lampante la tensione verso un approccio verticale e la fatica del compromesso: abbozzando l'art. 59⁴⁰ fu avanzata la proposta di affidare l'esecuzione del mandato d'arresto al procuratore su autorizzazione della Camera preliminare nel caso l'autorità giudiziaria competente non fosse stata disponibile o la sua attività fosse risultata inefficace. La proposta cadde per l'impossibilità di raggiungere il *consensus* sui poteri da attribuire al Procuratore e sui dettagli dell'esecuzione⁴¹.

di detenzione, che accerta, secondo la legislazione di tale Stato: *a*) che il mandato concerne effettivamente tale persona; *b*) che questa persona è stata arrestata secondo una procedura regolare; *c*) che i suoi diritti sono stati rispettati. 3. La persona arrestata ha diritto di chiedere all'autorità competente dello Stato di detenzione preventiva la libertà provvisoria, in attesa di essere consegnata. 4. Nel pronunciarsi su questa domanda, l'autorità competente dello Stato di detenzione preventiva esamina se, in considerazione della gravità dei reati allegati, sussistano circostanze urgenti ed eccezionali tali da giustificare la libertà provvisoria e se sussistono le garanzie che permettono allo Stato di detenzione di adempiere il suo obbligo di consegnare la persona alla Corte. L'autorità competente dello Stato di detenzione non è abilitata a verificare se il mandato d'arresto è stato regolarmente rilasciato secondo i capoversi *a*) e *b*) del paragrafo 1 dell'articolo 58. 5. La Camera preliminare è informata di qualsiasi richiesta di libertà provvisoria e formula raccomandazioni all'autorità competente dello Stato di detenzione. Prima di pronunciare la sua decisione, quest'ultima tiene pienamente conto di tali raccomandazioni, comprese, se del caso, quelle vertenti sulle misure atte ad impedire l'evasione della persona. 6. Se è concessa la libertà provvisoria, la Camera preliminare può chiedere rapporti periodici sul regime di libertà provvisoria. 7. Dopo l'ordine di consegna da parte dello Stato di detenzione, la persona è al più presto consegnata alla Corte.

³⁹ Importante rilevare, quanto ai contenuti dell'istanza del procuratore e del mandato, che la prima, ai sensi dell'art. 58, comma 2, deve contenere i seguenti elementi: *a*) il nome della persona in questione ed ogni altro elemento d'identificazione utile; *b*) un riferimento preciso al reato di competenza della Corte che si presuppone la persona abbia commesso; *c*) un breve esposto dei fatti che si presume costituiscano il reato in oggetto; *d*) un prospetto degli elementi di prova e di ogni altra informazione che forniscono motivi ragionevoli di ritenere che la persona ha commesso tale reato; e *e*) i motivi per i quali il Procuratore giudica necessario procedere all'arresto di tale persona. 3. Il mandato d'arresto, invece, ai sensi dell'art. 58, comma 3, deve contenere: *a*) il nome della persona in oggetto ed ogni altro elemento utile d'identificazione; *b*) un preciso riferimento al reato di competenza della Corte che giustifica l'arresto; e *c*) un breve esposto dei fatti che si presume costituiscano il reato in oggetto.

⁴⁰ Che proviene dall'art. 29 del progetto di Statuto del 1994, consultabile in *legal.un.org*. Pur se ovvio, vale poi la pena annotarlo, l'art. 59 regola solo i procedimenti di arresto e consegna relativi a crimini rientranti nella giurisdizione della Corte.

⁴¹ Si veda l'articolo 53(1bis) n. 177 della Bozza di Zutphen, anche in C. Bassiouni, a cura di *The Statute of the International Criminal Court: A Documentary History*, (Transnational Publishers 1st edition 1999), Volume II; AA.VV., *International Criminal Court Compilation of United Nations' Documents and Draft ICC Statute before the Diplomatic Conference*, Transnational Publishers, a cura di C. Bassiouni, 1998, Transnationalpublishers; e L. Sadat Wexler, a cura di, *Model Draft Statute for the International Criminal Court based on the Preparatory Committee's text to the Diplomatic Conference*, Rome, June 15–July 17 1998, Érés, 1998, p. 155 ss. Si ricorda che la Bozza di Zutphen è stata riorganizzata e in parte modificata nella sessione finale del PrepCom svoltasi dal 16 marzo al 3 aprile 1998 per divenire la cosiddetta Bozza di New York, U.N. Doc. A/CONF.183/2/ Add.2 (1998), che è stata presentata alla Conferenza diplomatica di Roma. Sebbene il numero del progetto di articolo 52 [28], predecessore dell'articolo 58 dello Statuto di Roma, sia stato modificato nell'articolo 59 nel progetto di New York, il testo è rimasto lo stesso.

Sebbene non accolta, in sede di *drafting* normativo, l'iniziale proposta di affidare al procuratore autorizzato dalla Camera preliminare l'esecuzione del mandato in caso di inerzia o inefficacia dello Stato, nulla vieterebbe secondo autorevole dottrina di ipotizzare la possibilità da parte dello staff dell'ufficio del procuratore di eseguire, tra l'altro, un mandato di arresto, anche *e più verosimilmente* sulla scorta di una previsione a livello di legislazione nazionale⁴².

Lunghe riflessioni riguardarono poi, anche il soggetto – autorità giudiziaria nazionale o Corte (Presidente, Camera o Camera preliminare) – cui affidare il vaglio sul titolo custodiale dell'indagato.

Beninteso, lo Stato di custodia di cui parla l'articolo 59, comma 2, non è necessariamente quello in cui i crimini contestati sono stati commessi o di cui la persona ricercata è cittadino ma, più ampiamente, ogni Stato che sia nella posizione di eseguire il mandato d'arresto qualora la persona si ritrovi nel suo territorio⁴³, tanto che detto Stato sia Parte dello Statuto di Roma quanto che sia tenuto a un obbligo di cooperazione con la Corte ad altro titolo come, ad esempio, in esecuzione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite⁴⁴. E difatti come mostrato dalla prassi, molti indagati sono stati arrestati proprio in Paesi terzi.

4. Il mandato tra strategie di emissione e modalità di trasmissione.

L'ufficio del Procuratore può chiedere sia un mandato di arresto pubblico

⁴² Si veda Ryngaert, Sub Art. 59, in *Rome Statute of international criminal court. Article by article Commentary*, cit., p. 1737.

⁴³ Le Camere preliminari hanno stabilito in alcuni casi relativi al Sudan e alla Libia, la prassi di trasmettere attraverso la Cancelleria, il mandato a tutti gli Stati parte. In genere gli Stati che rispondono a tali richieste avvisano di aver adottato le misure necessarie per arrestare la persona soggetta a un mandato di arresto in caso di ingresso nel proprio territorio. Sebbene non generalizzata, questa prassi di trasmissione "a tappeto" è criticata in dottrina sull'assunto che la richiesta non dovrebbe essere trasmessa, a meno che non ci sia ragione di ritenere che l'individuo sia presente o sia per arrivare sul suolo dello Stato. Dunque, il mandato dovrebbe essere diretto solo nei confronti di tali Stati. In caso contrario il rischio sarebbe quello di delegittimare e depotenziare il ruolo della Corte. Cfr. C. Kress, K. Prost, Sub art. 89, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos cit., p. 2500, i quali ricordano come la individuazione degli Stati cui trasmettere il mandato sia stata di gran rilievo in alcune situazioni di mancata cooperazione, come quella del Congo, nella quale la Camera preliminare indicò la trasmissione del mandato d'arresto nei confronti di Al-Bashir effettuata anni prima, per rigettare l'eccezione avanzata dallo Stato e relativa alla supposta mancanza di margine temporale per reagire alla sua presenza nel territorio nazionale (cfr. *infra*, nt. 78). Cfr., pure, C. Ryngaert, Sub Art. 58, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos, cit., p. 1735, sugli arresti di Callixte Mbarushimana in Francia il 1° ottobre 2010, Jean-Pierre Bemba Gombo in Belgio il 24 maggio 2008, Jean-Jacques Mangenda Kabongo nel novembre del 2013, da parte delle autorità olandesi, Aimé Kilolo Musamba, da parte delle autorità belghe, Daffodil Arid, da parte di quelle francesi e Charles Blé Goude, arrestato in Ghana e poi estradato sulla costa d'Avorio seppure il suo arresto non fosse stato effettuato allo scopo di consegnarlo alla CPI.

⁴⁴ Si rinvia, tra gli altri, a G.M. Pikis, *The Rome Statute for International Court. Analysis of the Statute, the Rules of Procedure and Evidence, the Regulations of the Court and Supplementary Instruments*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff, 2010, p. 318.

sia un mandato d'arresto segreto⁴⁵. Quest'ultimo ovviamente serve a favorire l'arresto del soggetto che si rechi in uno Stato disposto ad eseguirlo⁴⁶ evitando che l'allerta generata dal mandato pubblico limiti o modifichi i movimenti del soggetto, vanificando le probabilità di cattura⁴⁷. I mandati di arresto pubblici, ovviamente, attirano una eclatante attenzione, tanto da essere stati indicati nella retorica politica quali strumenti che la Corte avrebbe utilizzato per causare cambi di regime, come accaduto, ad esempio, nel caso di Al-Bashir⁴⁸. Pertanto, accanto alla decisione di emettere un mandato di arresto, il modo in cui esso viene emesso comporta ulteriori importanti considerazioni sia operative sia politiche. La riservatezza del processo decisionale del Procuratore è ovviamente indispensabile e, cionondimeno, l'operare di tale organo all'interno di un delicato ambiente politico globale, ha portato da tempo molti autori a suggerire l'opportunità di resoconti sulle strategie del Procuratore al fine di aumentare la trasparenza e la credibilità del suo operato e di tener conto degli interessi sovrapposti di terzi attori nell'arresto e nella consegna degli imputati: *"After all, an idealistic Court without people to put on trial cannot do much to serve international justice; yet, a pragmatic Court that recognizes political realities and capitalizes on them can make a difference"*⁴⁹.

Nella pratica, il Procuratore ha a disposizione taluni mezzi utili a rintracciare i destinatari dei mandati di arresto ed è poi "invitato" a trasmettere le informazioni raccolte alla Camera e alla Cancelleria, "nella misura in cui i suoi obblighi di riservatezza lo consentono". Occorre tener presente che l'Ufficio del Procuratore ha accesso illimitato a tutti i database dell'Interpol oltre ad aver costituito, nel 2018, il *Suspects at Large*

⁴⁵ Si veda, per un ultimo esempio, la richiesta del Procuratore nel caso Almasri: *Prosecution's application under article 58 for a warrant of arrest against Osama Elmasry / Almasri NJEEM ("Osama NJEEM")*, 2 October 2024, ICC-01/11-140-US-Exp (with under seal, ex parte, annexes 1-9).

⁴⁶ La consegna alla CPI di una persona contro cui è stato emesso un mandato di arresto può essere più complicata se, nei confronti di questa, il Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite ha emesso un *travel ban*. Pertanto, la Camera preliminare può ordinare alla Cancelleria della CPI di adottare tutte le misure necessarie per garantire che tale divieto di viaggio non costituisca un impedimento alla consegna della persona alla Corte. Si veda il caso Yekatom, ICC-01/14-01/18-1-Red, para. 24. In dottrina, si rinvia a C. Ryngaert, Sub Art. 58, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, cit., p. 1726 ss.

⁴⁷ Cfr. N. Banteka, *Mind the Gap: A Systematic Approach to the International Criminal Court's Arrest Warrants Enforcement Problem*, in *Cornell Int. Law Journal*, 2016, p. 532; C. Gosnell, *The Request for an Arrest Warrant in Al Bashir: Idealistic Posturing or Calculated Plan?*, in *Journal Int. Crim. Just.*, 2008, p. 841; C. Ryngaert, *Some reflections on securing the Arrest of ICC Fugitives*, cit., nota 27.

⁴⁸ C. Gosnell, *The Request for an Arrest Warrant*, cit., p. 345.

⁴⁹ N. Banteka, *Mind the Gap: A Systematic Approach*, cit. p. 352, in cui si propone una prospettiva relativa ai mandati d'arresto che non solo riconosce la rilevanza della politica, ma punta a sfruttarla al meglio. Sulla base di diverse teorie sulla compliance, l'A. sostiene che l'Ufficio del Procuratore potrebbe aumentare il tasso d'esecuzione dei mandati di arresto della CPI avvalendosi di stati terzi e attori non statali. L'A. discute in primo luogo il modo in cui gli Stati e gli attori internazionali possono coadiuvare l'ufficio del procuratore nell'approccio agli Stati indisponibili all'arresto attraverso incentivi, sanzioni reputazionali e sostegno alle agenzie di contrasto. Propone, in secondo luogo, una strategia che l'ufficio del procuratore potrebbe adottare nei confronti degli Stati che sono disposti ad arrestare ma non sono in grado di farlo. Parte di questa strategia consisterebbe nell'istituzione di un "braccio diplomatico" nell'ambito della sua giurisdizione in grado di identificare e utilizzare gli interessi sovrapposti con gli stati attivisti nel campo dei diritti umani e della giustizia internazionale.

Tracking Team al fine di tracciare i (potenziali) viaggi dei destinatari dei mandati di arresto. Il *team* collabora con un gruppo di lavoro inter-organo sulle strategie di arresto istituito congiuntamente dall'ufficio del Procuratore e dall'ufficio della Cancelleria nel marzo 2016⁵⁰.

Nella prassi, la trasmissione della richiesta è fatta anche a più Stati o, “a tappeto”, a tutti gli Stati, sebbene quest’ultima prassi sembri proprio in via di abbandonando per i suoi pesanti effetti controproducenti⁵¹.

Ad ogni modo, lo scopo della notifica della richiesta da parte della Cancelleria della Corte è quello di mettere gli Stati Parte in allerta⁵². A tal proposito, si deve precisare che è la Cancelleria l'autorità responsabile per la trasmissione delle richieste di cooperazione e la ricezione delle risposte alle stesse, incluse le informazioni e i documenti che le accompagnano⁵³.

Proprio a tale riguardo sono stati conclusi prima un accordo tra CPI e Interpol⁵⁴ – sulla scorta del quale sono stati emessi nel 2006 i primi avvisi di arresto nel caso dell’Uganda – e, nel 2023, con Europol⁵⁵.

Infine, mette conto ricordare che, similmente alle altre corti e tribunali internazionali, generalmente riluttanti a rilasciare gli accusati una volta ottenuto l'*enforcement* del mandato d’arresto, anche in presenza di una violazione dei

⁵⁰ Si veda, *l'Independent Expert Review of the International Criminal Court and the Rome Statute System; Final Report*, 30 September 2020 ('IER Report') parr. 767–74.

⁵¹ Argomenti contro la pratica dell’invio globale e generalizzato sono stati condivisi e posti dall’ufficio del Procuratore nel caso dei mandati di arresto per Muammar Gheddafi, Saif Gheddafi e Abdullah Al-Senussi, senza successo. Al contrario, nel caso del mandato di arresto per Abdallah Banda Abakaer Nourain, la Trial Chamber, sez. IV, in un caso relativo alla situazione nel Darfur, ha ordinando che il mandato fosse inviato al Sudan e a qualsiasi altro Stato in cui, in base ad elementi disponibili, si fosse potuto ritenere presente il ricercato. La Camera ha anche specificamente ordinato alla Cancelleria, in coordinamento con la Procura, di preparare una richiesta di transito e di arresto provvisorio che potesse essere trasmessa a qualsiasi Stato pertinente. Stigmatizzano l’invio “a tappeto” e ritengono invece questa prassi dell’invio mirato la sola organica con la lettera e lo spirito dell’intero Capitolo IX, C. Kress, K. Prost, Sub art. 89, in *Rome Statute of International Criminal Court*, a cura di K. Ambos, cit., p. 2496. Si veda, già, *supra*, nt. 43.

⁵² Nella decisione della seconda Camera preliminare (ex parte, solo Procuratore, *Situation in Uganda, Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest under Article 58*, 8 July 2005 (ICC–02/04–01/05–1), la Corte ha respinto la richiesta con cui il Procuratore chiedeva di trasmettere a uno Stato una richiesta di cooperazione, cosa che gli avrebbe dato margine di manovra per scegliere il momento di trasmissione più adatto per l’esecuzione del mandato di arresto. La Corte ha affermato che le disposizioni dell’articolo 89 e della regola di procedura 176, comma 2, rendono la Cancelleria l’unica autorità responsabile per la presentazione delle richieste di cooperazione di una Camera. Lo stesso approccio si trova nella Decisione della prima Camera preliminare, *Prosecutor v. Ahmad Harun and Ali Kushayb, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute*, 27 April 2007 (ICC–02/05–01/07–1, par. 135. Si veda, G.M. Pikis, *The Rome Statute for International Court*, cit., p. 318.

⁵³ Si veda la Regola di procedura 176, comma 2.

⁵⁴ Si consulti il link https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.interpol.int/content/download/6131/file/GA-2004-73-RES-16%2520-%2520Co-operation%2520Agreement%2520with%2520the%2520International%2520Criminal%2520Court.pdf&ved=2ahUKEwimqdugyaiLAXVT1wIHHWO9OaIQFnoECCsQAQ&usq=AOvVaw2nWuJEXca_9jILjMFYqBIL.

⁵⁵ Si veda, *infra*, par. 7.

diritti della persona nelle procedure per ottenerne la consegna⁵⁶, anche la CPI, nella sua giurisprudenza, replica soluzioni simili ritenendo che solo le violazioni gravi dei diritti umani che incidono negativamente sul diritto fondamentale a un giusto processo possano richiedere il diniego di esercizio della giurisdizione da parte della Corte stessa⁵⁷.

5. I contorni dell'obbligo statale tra assenza di motivi di rinvio e margini di controllo "sulla procedura nazionale". I rapporti con il regime d'urgenza ai sensi dell'art. 92 Statuto di Roma.

Unanimemente si ritiene che la formulazione dell'art. 59, comma 1 Statuto sia cristallina nel disporre che l'obbligo di conformarsi a una richiesta di fermo o di arresto e consegna da parte della Corte sorge in capo agli Stati Parte nel momento della sua ricezione⁵⁸. Detto obbligo che, ribadiamo, si riconduce senz'altro a quello generale di cui all'art. 86 Statuto ("Cooperazione con la Corte per indagini e azioni"), sembra inscindibilmente legato all'art. 88 Statuto, che contempla l'obbligo strumentale dello Stato di garantire la disponibilità di procedure nazionali per tutte le forme di cooperazione specificate nel Capitolo IX⁵⁹.

Di cruciale importanza, difatti, è la previsione contenuta nello stesso primo comma del detto art. 59, per cui "Lo Stato Parte che ha ricevuto una richiesta di fermo, o di arresto e di consegna prende immediatamente provvedimenti per fare arrestare la persona di cui trattasi secondo la sua legislazione e le disposizioni dello Statuto".

La previsione, inoltre, si armonizza pienamente con quella contenuta nell'art. 89, comma 1, per cui "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"⁶⁰, la quale fa parte di un pacchetto normativo oggetto di

⁵⁶ Pur astrattamente ammettendo che la violazione dei diritti fondamentali potrebbe impedire l'esercizio della loro giurisdizione, essi ritengono che tale diniego sia applicabile solo in casi flagranti, perché sarebbe, sennò, dannosamente sproporzionato: si veda, riguardo al Tribunale internazionale per la ex Jugoslavia, ICTY Appeals Chamber, *Prosecutor v. Dragan Nikolić, Decision on Interlocutory Appeal Concerning Legality of Arrest*, (5 June 2003) Case No IT-94-2-AR73. In quel caso l'imputato era addirittura stato rapito dalla Repubblica Federale di Jugoslavia, da individui che agivano a titolo personale, e portato in Bosnia ed Erzegovina dove era stato consegnato alla NATO Stabilization Force, e da questa poi consegnato per la custodia alla Corte.

⁵⁷ Non è la consegna extragiudiziale in sé, che la maggior parte delle corti e dei tribunali considera inaccettabile, quanto piuttosto il mancato rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate nella cooperazione internazionale di polizia. Si veda, S. Bailey, *Article 21(3) of the Rome Statute: a plea for clarity*, in *International Criminal Law Review*, 2014, 14, p. 513 ss.

⁵⁸ Oltre alla dottrina, anche la Corte ha affermato espressamente che l'obbligo di consegna sorge proprio dal giorno in cui il mandato di arresto è notificato alle autorità nazionali. Si veda, ICC, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi, PTC I, Decision Regarding the Second Request by the Government of Libya for Postponement of the Surrender of Saif Al-Islam Gaddafi*, ICC-01/11-01/11-100, 4 Apr. 2012, par. 19.

⁵⁹ Cfr. Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, OUP, 2010, II ed., 2016, p. 903.

⁶⁰ Si vedano, M.C. Bassiouni, *Reflections on International Extradition*, in K. Schmoller (a cura di), FS für Otto

un faticoso compromesso in sede di negoziato. Attorno a questa previsione, evidentemente pivotale per l'intero sistema dello Statuto, si verificò difatti un'*empasse* durante la stesura del Trattato, proprio a causa della contrapposizione tra sostenitori degli approcci, rispettivamente, orizzontale e verticale⁶¹.

La portata dell'obbligo nazionale, dunque, è tracciata da due fili: il primo che delinea i margini per non adempiere o ritardare l'esecuzione del mandato (un po' una blanda formulazione di ciò che in altri Trattati sono i "motivi di rifiuto", formalmente assenti in questo); il secondo che consente di delineare il margine di controllo nazionale nell'esecuzione del mandato stesso.

Il primo filo intreccia diverse disposizioni agli art. 59 e 89⁶². S'è detto che i compilatori intenzionalmente evitarono di stilare un catalogo, ritenuto estremamente pericoloso, di veri e propri motivi di rifiuto di cooperazione con la Corte⁶³. Cionondimeno, riuscirono a lasciare margini di *manoeuvre* allo Stato nazionale. In relazione alla cooperazione in generale possono individuarsi tre situazioni: contrarietà della misura richiesta a principi fondamentali dell'ordinamento interno che sia rimasta irrisolta dopo le sempre preliminari e ineliminabili consultazioni (art. 93, comma 3 Statuto); danno alla sicurezza nazionale derivante da documenti o prove da acquisire, da stimare sempre in contraddittorio con la CPI, fermi restando i preponderanti poteri decisori di questa ai sensi degli artt. 72 e 93, comma 4; contrarietà con legge interna di una forma innominata di cooperazione (art. 93, comma 1, lett. l) Statuto). Di queste tre, solo la prima sembra potersi applicare alla richiesta di arresto e consegna.

Si tenga presente poi che l'art. 89, comma 1, si deve leggere non solo in combinato coi suoi successivi commi 2 e 4, ma anche con gli artt. 90, 91, comma 2, lett. c), 44 e 98 Statuto. Difatti, i commi 2 e 4 dell'art. 89, riguardano i procedimenti paralleli a livello nazionale ovvero sia, rispettivamente, il *ne bis in idem* e i procedimenti nazionali per un reato diverso da quello per cui si chiede la consegna alla Corte. Gli artt. 90 e 98 contengono le diverse ipotesi di obblighi confliggenti per lo Stato richiesto. L'art. 91,

Triffterer, Springer 1996, p. 715; G. Sluiter, *The Surrender of War Criminals to the ICC*, in *Loyola Los Angeles Int. Comparative Law Rev.*, 2003, 25, p. 605; Id., *To cooperate or not to cooperate? The Case of the Failed Transfer of Ntakirutimana to the Rwanda Tribunal*, in *Leiden Journal Int. Law*, 1998, 11, p. 383; T. Tanaka, *Implementation of ICL – Reconsideration from the Perspective of Japanese Law*, in *Japanese Ann. Int. Law*, 1995, 38, p. 65; S.N.M. Young, *Surrendering the Accused to the ICC*, in *British Yearbook Int. Law*, 2000, 71, p. 317. Si veda, poi, sebbene in relazione ad una disciplina differente, R. Kushen, K.J. Harris, *Surrender of Fugitives by the US to the War Crimes Tribunals for Yugoslavia and Rwanda*, in *Crim. Law Forum*, 1996, 7, 3, p. 561 ss.

⁶¹C. Kress, K. Prost, Sub art. 89, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos, cit., p. 2496.

⁶² Si riporta, per maggior facilità di lettura, il primo comma della disposizione: art 89 (Consegna di determinate persone alla Corte) 1. 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.

Si vedano anche le Regole di procedura e prova da 181 a 185, reperibili al link <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf>.

⁶³ Cfr. C. Kress, K. Prost, *Preliminary Remarks on Part 9*, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos, cit., p. 2499.

commi 2, lett. c) e 4 riguarda i requisiti probatori nazionali per la consegna. In verità, in disparte il *bis in idem*, come detto, non si tratta di motivi di rifiuto veri e propri, quanto di strumenti per dar rilievo ad esigenze *altre* dello Stato, senza però relativizzare l'obbligo di consegna in quanto tale⁶⁴.

D'altronde, l'art. 89, comma 1, è stato da sempre letto nel senso che la trasmissione di una richiesta di arresto e consegna inneschi l'obbligo per lo Stato Parte di ottemperarvi attraverso, rispettivamente, la localizzazione (ove ancora occorra), l'arresto e, infine, la consegna dell'individuo ricercato, a meno che non si verifichino problemi tecnici, come quelli di cui parla l'art. 97, che richiedono (e impongono) consultazioni con la Corte.

Cosicché il *principio di immediatezza*, stabilito nel primo comma dell'art. 59, e l'obbligo delle autorità nazionali, di cui al comma 2, di condurre tempestivamente la persona arrestata dinanzi a un'autorità giudiziaria, e di cui al paragrafo 7, di segnalare il prima possibile quando è emesso un ordine, impongono che i passaggi intrapresi ai sensi dell'articolo 59 devono essere adottati con speditezza (*promptly* nel testo inglese). La dottrina a commento dello Statuto ha da sempre sostenuto che i parametri di valutazione della congruità di tale speditezza non possono essere lasciati esclusivamente alla libertà di manovra delle legislazioni o delle prassi nazionali, ma vanno cercati nel diritto internazionale e nei relativi standard⁶⁵. È, cioè, il diritto internazionale che funge da parametro di valutazione della congruità dei termini previsti dalle norme interne.

Peraltro, se è vero che allo Stato richiesto è consentito di posticipare l'esecuzione dell'ordine di consegna alla Corte, è altrettanto vero che ciò si verifica solo per circostanze eccezionali, espressamente contemplate, previa contestazione dinanzi alla Corte stessa e solo fino a quando essa non si sia pronunciata, ai sensi dell'art. 95⁶⁶.

⁶⁴ C. Kress, K. Prost, Sub art. 89, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos cit., p. 2496, i quali, rimarcano come non sia stato trovato alcun mezzo compatibile con il principio di cooperazione effettiva in grado di accogliere le preoccupazioni dello Stato in relazione alla consegna di un cittadino. Quindi, il fatto che la persona ricercata sia un cittadino dello Stato richiesto non fornisce a tale Stato un motivo di rifiuto. Ricordano pure come gli originari sostenitori del motivo di rifiuto in caso di mancata accettazione della giurisdizione della Corte non hanno insistito sulla sua inclusione nel Capitolo IX, una volta presa nel Capitolo II dello Statuto la decisione per un regime di giurisdizione automatica.

⁶⁵ Anche alla luce dell'art. 27 della Convenzione di Vienna del 1969, sul diritto dei Trattati, "A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty". Si veda Ryngaert, Sub art. 58, in *Rome Statute of international criminal court. Article by article Commentary*, cit., p. 1737. La CPI ha anche affermato che lo Stato deve cooperare entro un lasso di tempo ragionevole, ovvero, quindi, quando non può farlo immediatamente, deve consultare la Camera senza indugio in caso di difficoltà, in conformità con gli artt. 93(3) o 97 dello Statuto della CPI (*Prosecutor v. Uhuru Muigai Kenyatta Decision on the implementation of the request to freeze assets*, ICC-01/09-02/11-931 (8 July 2104). Cfr. A.A. Bertrand, N. Schauder, *Practical Cooperation Challenges Faced by the Registry of the International Criminal Court*, in *Cooperation and International Criminal Court*, a cura di O. Bekou, D.J. Birket, Brill, Nijhoff, Leiden, Boston, 2016, p. 156.

⁶⁶ Si veda, ICC, *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi*, PTC I, *Decision on the postponement of the execution of the request for surrender of Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Article 95 of the Rome Statute*, ICC-01/11-01/11-163, 1 Jun. 2012, p. 16. In dottrina, A.A. Bertrand, N. Schauder, *Practical Cooperation Challenges*,

Peraltro, occorre pure tener conto della presenza di una ulteriore previsione, contenuta nell'art. 92 Statuto. Essa, rubricata "Fermo" ("*Provisional arrest*" nel testo inglese) era stata scritta proprio per gestire i casi urgenti in cui l'arresto deve essere eseguito con brevissimo preavviso. Ciò vale a dire che, anche prima che il mandato arrivi allo Stato richiesto, esso può ricevere una richiesta urgente di arresto provvisorio che viene emessa qualora siano emerse informazioni che abbiano indicato che l'individuo potrebbe essere sul territorio di quel determinato Stato. Ciò consente, in pratica, di avvisare gli Stati o di richiedere loro di adottare misure urgenti senza la necessità, peraltro, di una rischiosa e delicata trasmissione "a tappeto" (cioè a tutti gli Stati) della richiesta di arresto e consegna⁶⁷. A parte il precedente più prossimo della richiesta per l'arresto di Putin alla Mongolia⁶⁸, la scarsa prassi sull'uso di detta disposizione rende il caso di Almasri, come si dirà, assai importante, poiché servirà alla Corte per meglio delineare gli obblighi degli Stati parte.

Il secondo filo, quello del margine di apprezzamento nazionale sull'arresto, è delimitato ancora dai detti artt. 59 e 88 Statuto, che individuano chiaramente tre coordinate: a) i riferimenti al controllo *secondo il diritto nazionale* riguardano esclusivamente la procedura e non anche il diritto sostanziale; b) il fatto che nell'esecuzione di una richiesta di consegna si ricorre alle "procedure nazionali" e che l'utilizzo di tali procedure non è di per sé dannoso a una cooperazione efficace⁶⁹; c) che le "procedure nazionali" devono essere utilizzate per soddisfare, e non già per vanificare, l'obbligo di ottemperare alla richiesta di consegna.

Si tratta, ovviamente, anche in questo caso, di margini che sono indicati dallo Statuto di Roma innanzitutto al legislatore – che deve adeguare la legislazione interna – e in secondo luogo alle autorità giudiziarie. Cosicché, ai sensi del comma 2 del fondamentale art. 59, si potrà verificare, *secondo la legge del Paese richiesto*, che il mandato concerna effettivamente la persona (comma 2, lett. a), che questa persona sia stata arrestata secondo una "procedura regolare" (comma 2, lett. b); e, da ultimo, che i diritti di questa persona siano stati rispettati (lett. c). V'è un confine: il vaglio nazionale non potrà riguardare la regolarità del rilascio del mandato d'arresto da parte della Corte ai sensi dell'art. 58, comma 1, lett. a) e b)⁷⁰.

cit. p. 154.

⁶⁷ Si veda, *supra*, nt. 43 e 51.

⁶⁸ La richiesta di arresto provvisorio del Capo di Stato russo, Vladimir Putin, in visita nel Paese nell'agosto 2024, era stata inoltrata ai sensi dell'articolo 92 dello Statuto della CPI e notificata dalla Cancelleria della Corte il 2 maggio 2023. In particolare, a differenza di quanto accaduto con l'Italia, la Mongolia ha richiesto consultazioni con la Corte ai sensi dell'articolo 97 Statuto, ma la Corte ha ritenuto che perché potessero dirsi tali, le consultazioni avrebbero dovuto essere tempestive, mentre la Mongolia le aveva effettuate solo pochi giorni prima della visita ufficiale del signor Putin. Cfr., *infra*, nt. 74 e par. 11. Cfr., G. Pecorella, A "*lost in translation*" in the obligations to cooperate with the International Criminal Court: the case of Al-Masri, in <https://internationallaw.blog/2025/02/22/a-lost-in-translation-in-the-obligations-to-cooperate-with-the-international-criminal-court-the-case-of-al-masri/>, p. 5.

⁶⁹ Cosa che non è stata messa in discussione nemmeno dai sostenitori di un approccio rigorosamente verticale alla cooperazione, come osservato da C. Kress, K. Prost, Sub art. 89, in *Rome Statute of International Criminal Court. Article by article Commentary*, a cura di K. Ambos, cit., p. 2501.

⁷⁰ Come espressamente disposto dall'art. 59, comma 4, ultima parte. Sull'interpretazione del "*relevant*

Ora, tenendo da parte la più semplice verifica relativa all'identità della persona arrestata, e guardando agli altri due parametri, la verifica della "regolarità della procedura", di cui alla suddetta lettera b), deve essere intesa, come osservato dai primi autorevoli commentatori, come verifica che il mandato sia stato "*duly served on the person arrested, that the law of the custodial State be respected, and that the process be consistent with international law and standards*"⁷¹: definizione, tuttavia, vaga e suscettibile di avvitarsi in un incastro di rinvii normativi che – come si dirà per il caso italiano – rischiano di generare pericolosi cortocircuiti interpretativi. Peraltro, questa vaghezza sembra particolarmente accentuata nella formula del terzo parametro lasciato alla verifica dell'autorità nazionale, quello relativo a che "i diritti (dell'arrestato) siano stati rispettati": è evidente come le formule delle lettere b) e c) inevitabilmente si sovrappongano, finendo praticamente per costituire un tutt'uno.

Peraltro, è bene chiarire che, anche in questo caso, il vincolo custodiale potrebbe sciogliersi. Difatti, ai sensi del comma 3 dell'art. 58 Statuto, la "persona che è arrestata provvisoriamente [in conformità all'articolo 59(1)] può essere rilasciata dalla custodia se lo Stato richiesto non ha ricevuto la richiesta di consegna e i documenti a sostegno della richiesta...". Ciò non toglie, tuttavia, che "la persona può acconsentire alla consegna prima della scadenza di questo periodo se consentito dalla legge dello Stato richiesto. In tal caso, lo Stato richiesto procede alla consegna della persona alla Corte il più presto possibile"⁷².

6. Le conseguenze della mancata cooperazione.

Ai sensi dell'art. 87, comma 7, dello Statuto, se uno Stato Parte non aderisce a una richiesta di cooperazione della Corte, impedendole di esercitare le

evidentiary standard, namely reasonable grounds to believe, as required by article 58 (1)(a) of the Statute" si veda il Mandato di arresto spiccato nel caso Almasri, in <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RelatedRecords/0902ebd180a94249.pdf>, p. 7, nt. 26, il quale conferma la giurisprudenza consolidata della Corte, affermando che "*The evidence must only establish a reasonable conclusion that the person committed a crime within the jurisdiction of the Court. This need not be the only reasonable conclusion that can be drawn from the evidence*".

⁷¹ C. Ryngaert, Sub Art. 58, in *Rome Statute of international criminal court. Article by article Commentary*, cit., p. 1739; M. Klamberg, a cura di, *Commentary on the Law of The International Criminal Court*, Brussels, Torkel Opsahl, 2017, p. 432; M.M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008, p. 454.

⁷² L'articolo 89, che crea come visto in capo allo Stato l'obbligo di ottemperare alle richieste di arresto e consegna, non si occupa dei dettagli. Occorre a tal fine guardare alla Regola 184 delle Regole di procedura e prova. La procedura inizia con una notifica immediata alla cancelleria da parte dello Stato quando la persona è pronta per essere consegnata. I tempi e le modalità di consegna sono elaborati come da accordi. Se per qualche motivo la consegna non avviene nella data e nel luogo concordati, dovranno essere raggiunti nuovi accordi. Ciò presuppone una attività di ininterrotta comunicazione con l'ufficio della Cancelleria della CPI. Si ricorda, peraltro, che ai sensi dell'art. 51, comma 5, in caso di conflitto fra lo Statuto ed il regolamento di procedura e di prova, prevale lo Statuto.

sue funzioni e i suoi poteri in forza dello Statuto, essa può prenderne atto ed investire del caso l'Assemblea degli Stati parte o il Consiglio di sicurezza se è stata adita da quest'ultimo.

La norma prevede che la Camera possa adottare una "Constatazione di non cooperazione" (*Finding of non compliance*) senza tuttavia dire molto, lasciandone l'articolazione al Regolamento della Corte⁷³ (e più precisamente alla sua regola 109) che contiene ulteriori statuizioni in merito alla procedura applicabile e al suo rinvio agli organi politici competenti. Peraltro, né le Regole di procedura e prova, né le Regole della Corte, si sono occupate della natura di un meccanismo di tale rilevanza e le condizioni per l'emissione di un *Finding of non compliance* sono state plasmate dalla prassi solo di recente⁷⁴ nel senso che "la prima clausola dell'articolo 87(7) dello Statuto è composta da due condizioni cumulative, vale a dire, (i) che lo Stato interessato non abbia ottemperato a una richiesta di cooperazione; e (ii) che tale inadempimento sia sufficientemente grave da impedire alla Corte di esercitare le sue funzioni e i suoi poteri ai sensi dello Statuto". Si tratta, evidentemente, di una tipologia spuria di decisione della Corte, poiché cade al confine della sua giurisdizione tipica, la quale ovviamente attiene invece alla responsabilità penale degli individui. Di talché, secondo la dottrina, quando la Camera della CPI decide su detta questione, sembra più agire in qualità di autorità amministrativa⁷⁵.

Ad ogni modo, prima di emettere un provvedimento di non conformità, le Camere della Corte devono ascoltare lo Stato richiesto, ai sensi del medesimo art. 87, comma 7 Statuto e delle Regole della Corte (art.109). La produzione giurisprudenziale sul tema è assai rilevante poiché serve da bussola per orientare il comportamento degli Stati nei rapporti di cooperazione con la Corte e con gli altri Stati, specie in considerazione del fatto che il maggior numero di decisioni di non cooperazione è adottato proprio rispetto all'obbligo di arrestare e consegnare gli individui contro i quali sono stati emessi i mandati.

Così, ad esempio, utili indicazioni provengono dalle decisioni emesse nell'*affaire* dell'arresto del Presidente Al Bashir⁷⁶. In una queste, sono state rigettate le eccezioni

⁷³ Si vedano le *Regulations of the Court*, adottate dai giudici della Corte il 26 maggio 2004, nella quinta sessione plenaria ed emendate, da ultimo, il 12 novembre 2018, ICC-BD/01-05-16, reperibili al link https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RegulationsCourt_2018Eng.pdf.

⁷⁴ Pre-trial Chamber II, ICC-01/22, 24-10-2024, reperibile al link <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd1809d1971.pdf>, nel caso dell'inadempimento della Mongolia in relazione all'arresto di Putin, che rinvia a una decisione della Camera d'appello del 2009, richiamata pure da G. Pecorella, *A "lost in translation" in the obligations to cooperate*, cit., p. 5.

⁷⁵ Cfr. G. Sluiter, S. Talontsi, *Credible and Authoritative Enforcement of State Cooperation with the International Criminal Court*, in a cura di O. Bekou, D.J. Birket, Brill, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston, 2016, p. 156. Per l'aggiornamento e i dettagli dei casi di mancata cooperazione, si veda <https://asp.icc-cpi.int/non-cooperation>.

⁷⁶ ICC, *Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir Corrigendum to the Decision pursuant to Article 87(7) of the Rome Statute on the Failure by the Republic of Malawi to Comply with the Cooperation Requests Issued by the Court with respect to the Arrest and Surrender of Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, ICC-02/05-01/09-139-Corr (13 December 2011) and ICC, *Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of Congo Regarding Omar Al-Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, ICC-02/05-01/09-195 (9 April

invocate dal Congo relative alla mancanza di tempo utile per procedere all'arresto⁷⁷ e sono state accolte tuttavia quelle invocate dalla Nigeria, fondate sulla mancata conoscenza della presenza di Al Bashir sul proprio territorio, alla quale conseguiva la scarsità di tempo a disposizione per l'arresto, anche a causa della sua partenza anticipata⁷⁸.

La constatazione giudiziaria di non conformità ha una funzione centrale e bifronte nel promuovere la cooperazione. Stabilisce innanzitutto che è stato violato un obbligo di cooperazione. In secondo luogo, essa è la base per adottare misure volte a garantire tale cooperazione e/o a far rispettare il provvedimento della Corte che contiene il *Finding of non compliance*. Le constatazioni giudiziarie di non conformità sono, insomma, la base per ulteriori misure di esecuzione, di modo che le une non possono fare a meno delle altre⁷⁹.

Infine, si deve anche ricordare che, ai sensi dell'art. 119, comma 2 Statuto, una controversia tra due o più Parti, riguardante la sua interpretazione o applicazione, che non riesca ad essere risolta tramite negoziati entro tre mesi dal suo inizio, deve essere deferita all'Assemblea degli Stati Parte, la quale potrà quindi provare a risolvere la questione e/o emettere raccomandazioni in merito. Si noti che tra le soluzioni possibili potrebbe esserci, pure, il deferimento della questione alla Corte internazionale di giustizia. Sebbene sinora mai invocata, la disposizione potrebbe esser presa in considerazione in situazioni di eccezionale allarme⁸⁰.

7. Il ruolo del diritto dell'Unione europea, tra Spazio di libertà, sicurezza e giustizia...

In considerazione della metamorfosi e della gigantesca crescita del diritto dell'Unione dall'adozione dello Statuto di Roma ad oggi è utile andare a guardare se quest'ultimo si sovrappone e/o interagisce col primo e ciò, prima di tutto, nell'ambito dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG).

Va premesso che tutti gli Stati membri hanno ratificato ed eseguito lo Statuto della Corte⁸¹, tranne l'Ungheria che, nonostante lo abbia ratificato alla fine del 2001,

2014).

⁷⁷ Si veda, *supra*, nt. 48.

⁷⁸ ICC, *Prosecutor v Omar Hassan Ahmad Al Bashir Decision on the Cooperation of the Federal Republic of Nigeria regarding Omar Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*, ICC-02/05-01/09-159 (5 September 2013).

⁷⁹ "(W)ithout a judicial finding of non-compliance, enforcement measures are of an arbitrary, possibly also illegal, nature. But a finding of non compliance without a follow-up action weakens the authority of cooperation obligations and, one may add, the authority of the Court as a whole" sostengono A.A. Bertrand, N. Schauder, *Practical Cooperation Challenges*, cit. p. 103.

⁸⁰ Cfr. N. Toth, *Is There Anything New Under the Sun After All? ICC Arrest Warrants at the Crossroads of PIL and EU Law*, in *European Journal of Int. Law*, reperibile in blog <https://www.ejiltalk.org/is-there-anything-new-under-the-sun-after-all-icc-arrest-warrants-at-the-crossroads-of-pil-and-eu-law/>.

⁸¹ Cfr., per uno scenario prefigurato in merito alla ipotetica mancata cooperazione nell'esecuzione di un mandato d'arresto da parte di uno Stato europeo, da N. Toth, *Is there anything new under the sun after all? ICC arrest warrant at the crossroad of PIL and EU Law*, in <https://www.ejiltalk.org/is-there-anything-new-under-the-sun-after-all-icc-arrest-warrants-at-the-crossroads-of-pil-and-eu-law/>, 11 dicembre 2024. In

non lo ha ancora eseguito. Tutti gli Stati membri hanno altresì ratificato l'Accordo su privilegi e immunità (APIC)⁸².

All'indomani dell'emissione del mandato d'arresto della CPI nei confronti del Presidente israeliano Netanyahu e dell'offerta di ospitalità da parte del Presidente Orbán, si verificava⁸³ il primo caso di rifiuto dell'esecuzione di un mandato da parte di uno Stato membro UE. In dottrina si erano ricercate, dunque, possibili soluzioni proprio nel SLSG osservando, con argomento a nostro avviso vischioso, che, dal momento che lo Statuto di Roma, oltre ad essere un trattato internazionale è anche diritto interno degli Stati membri – eccetto, come detto, per l'Ungheria – un mandato d'arresto della CPI avrebbe potuto essere equiparato ad un mandato emesso dalle autorità di uno degli Stati membri⁸⁴. Dunque, sulla base di questo assunto, un mandato della CPI avrebbe potuto far da base per l'emissione di un mandato d'arresto europeo (MAE), ai sensi della Decisione quadro 2002/584/JHA, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri⁸⁵, il quale dunque avrebbe dovuto essere eseguito, appunto, in tutti gli Stati membri⁸⁶.

In realtà la questione non era e non è così semplice, poiché i due strumenti hanno caratteristiche non sovrapponibili. Difatti, se un MAE dovesse essere emesso sulla scorta di un mandato della CPI, lo Stato membro interessato potrebbe cercare di invocare, ad esempio, le immunità personali ai sensi del diritto internazionale consuetudinario, mentre l'eccezionalità dell'immunità ai sensi dell'art. 98 dello Statuto, si è accennato, è più complessa. In fin dei conti, ragionevolmente, la questione dovrebbe esser risolta dalla Corte di Giustizia dell'Unione, dal momento che proprio la giurisprudenza della Corte, a partire dal *caso Racke*, ha già espressamente riconosciuto il diritto internazionale consuetudinario quale parte dell'ordinamento dell'Unione europea⁸⁷.

Dobbiamo, ad ogni buon conto, tener presente che, ai sensi dell'art. 31 del Regolamento 2018/1862, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale⁸⁸, la segnalazione inserita nel SIS a norma dell'articolo 26 (e i dati

un'intervista radiofonica ([interview](#)), Viktor Orbán commentando i mandati d'arresto emessi dalla prima sezione della Pre-Trial Chamber nei confronti di Benjamin Netanyahu and Yoav Gallant, li definiva come “*defamation of international law*”, aggiungendo “[W]e have to confront this decision, and so later today I will invite the Prime Minister of Israel, Mr. Netanyahu, to visit Hungary”.

⁸² Reperibile al link [https://legal.un.org/icc/apic/apic\(e\).pdf](https://legal.un.org/icc/apic/apic(e).pdf).

⁸³ Si veda <https://asp.icc-cpi.int/non-cooperation>.

⁸⁴ N. Toth, *Is there anything new under the sun after all?*, cit.

⁸⁵ Si veda G. Colaiacovo, *Il sistema delle misure cautelari nel mandato d'arresto europeo*, Padova, Cedam WKL, 2019, *passim*, e la letteratura ivi richiamata.

⁸⁶ N. Toth, *Is There Anything New Under the Sun After All?*, che tuttavia si occupa di cercare una soluzione all'assenza di una normativa di esecuzione secondaria nell'ordinamento ungherese, in seguito alla dichiarazione del presidente Orbán.

⁸⁷ CGUE, 16 giugno 1998, C-162/96, *Racke*, e successiva prassi.

⁸⁸ Regolamento (UE) 2018/1862 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 novembre 2018, sull'istituzione, l'esercizio e l'uso del sistema d'informazione Schengen (SIS) nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale, che modifica e abroga la decisione

complementari di cui all'articolo 27) costituisce un MAE, – laddove la decisione quadro sul MAE si applichi – e ne ha lo stesso effetto. Peraltro, in caso contrario, ove cioè la Decisione MAE non trovi applicazione, la segnalazione inserita nel SIS, a norma degli articoli 26 e 29, ha la stessa valenza giuridica di una richiesta di arresto provvisorio a norma dell'articolo 16 della Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957, o dell'articolo 15 del Trattato di estradizione e di assistenza giudiziaria in materia penale tra il Belgio, Lussemburgo e Olanda, del 27 giugno 1962.

Occorre considerare, tuttavia, come la detta Decisione quadro 2002/584/JHA, contenga pure un'altra disposizione importante ai nostri fini, l'art. 16, il quale disciplina i casi in cui vi siano richieste concorrenti. Vi si prevede che l'autorità giudiziaria decida quale tra più MAE eseguire, valutando le circostanze e, soprattutto, la gravità, il luogo in cui è avvenuto il reato, le date d'emissione dei mandati nonché la natura processuale o esecutiva dei MAE, come pure, in caso di concorrenza con richieste d'extradizione, valutando la convenzione o l'accordo applicabile. Il comma 4 della disposizione, infine, provvede ad aggiungere come tale disciplina lasci "impregiudicati gli obblighi degli Stati membri che derivano dallo Statuto istitutivo della Corte penale internazionale". Il comma sebbene non lo stabilisca espressamente, sembrerebbe dare priorità al mandato della Corte penale rispetto all'eventuale concorrente MAE⁸⁹.

Quanto, ancora, alla cooperazione con la CPI, di notevole rilevanza è poi la firma da parte di Europol e della Corte di un accordo di lavoro in data 25 aprile 2023⁹⁰, da ultimo implementato con altri due strumenti giuridici il 18 settembre 2024: un "Liason Officer Agreement" il quale consente alla CPI di nominare un ufficiale di collegamento presso Europol, e un nuovo memorandum d'intesa, che abilita ora la CPI al collegamento con la piattaforma di comunicazione SIENA di Europol, consentendo lo scambio sicuro di informazioni operative sensibili. Da quando è entrato in vigore il Regolamento Europol 2016/794, nel maggio 2017, l'Agenzia mira a facilitare la cooperazione e il coordinamento degli sforzi degli Stati membri dell'UE e delle terze Parti per identificare e indagare su individui, reti e gruppi coinvolti nella commissione di crimini internazionali fondamentali attraverso il suo "Analysis Project", nel cui contesto Europol fornisce supporto analitico, semplifica lo scambio di informazioni, esegue il monitoraggio online e fornisce *intelligence* da fonti aperte.

2007/533/GAI del Consiglio e che abroga il regolamento (CE) n. 1986/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e la decisione 2010/261/UE della Commissione, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:32018R1862>.

⁸⁹ Come anticipato *supra*, peraltro, anche l'art. 90 dello Statuto disciplina le "Richieste concorrenti".

⁹⁰ Working Arrangement establishing cooperative relations between the International Criminal Court and the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation, del 23 aprile 2023, consultabile in https://www.europol.europa.eu/cms/sites/default/files/documents/Working_Arrangement_between_the_International_Criminal_Court_%28ICC%29_and_Europol.PDF. In base al suo art. 14, l'accordo non modifica la base legale per il trasferimento di dati personali d parte di Europol, che rimane disciplinata dagli art. 25, commi 5 e 6 del Regolamento Europol. Tuttavia, vengono specificate nel successivo art. 15, le "condizioni aggiuntive" per lo scambio dei suddetti dati.

Invero, accanto alla cooperazione con la CPI per l'esecuzione di un mandato d'arresto, non si deve dimenticare che nello SLSC vi sono fonti che attengono al diritto penale sostanziale e che si collocano nella prospettiva della giurisdizione concorrente con la CPI: mette conto ricordare, infatti, come il Consiglio dell'Unione europea abbia pure adottato nell'Area Giustizia e affari interni (GAI), decisioni per la lotta all'impunità per i colpevoli di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra⁹¹, in vista del rafforzamento della cooperazione tra Stati Membri anche, naturalmente, per il tramite dello strumento del MAE.

Di altrettanto rilievo anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 4 luglio 2017, relativa alla violazione dei diritti umani nel contesto dei crimini di guerra, dei crimini contro l'umanità, incluso il genocidio⁹². Quattro i paragrafi, a nostro avviso, fondamentali del provvedimento (dal punto 30 al punto 33). Vi si sottolinea che il principio di complementarità della giurisdizione della CPI comporta la responsabilità primaria dei suoi Stati parte di indagare e perseguire quei crimini atroci. È difatti espressa preoccupazione per il fatto che non tutti gli Stati membri dell'UE dispongono di una legislazione che definisca tali crimini ai sensi del diritto nazionale e su cui i loro tribunali possano esercitare la giurisdizione. Nel punto 31 si incoraggiano gli Stati membri a modificare l'articolo 83 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea al fine di aggiungere quei crimini all'elenco di quelli per i quali l'UE ha competenze. Ancora, nel punto 32 si incoraggia vivamente l'UE a fornire risorse per la preparazione di un piano d'azione sulla lotta contro l'impunità in Europa per i crimini che rientrano nel diritto internazionale, con chiari parametri di riferimento per le istituzioni dell'UE e gli Stati membri, volti a rafforzare le indagini e le azioni penali nazionali per genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra. Infine, nel punto 33, si ricorda che gli Stati, compresi gli Stati membri dell'UE, possono avviare individualmente procedimenti contro altri Stati presso la Corte internazionale di giustizia per violazioni, a livello statale, degli obblighi derivanti da trattati e convenzioni internazionali, tra cui la Convenzione del 1984 contro la tortura e altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti e la Convenzione del 1948 per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio.

8. Segue: ... e politica estera e di sicurezza comune.

L'Unione europea si troverà nelle prossime settimane a rispondere alle richieste di sostegno⁹³ provenienti dal Presidente della Corte e (quanto meno) del Ministro della

⁹¹ Decisione 2002/494/JHA, del 13 giugno 2002, relativa all'istituzione di una rete europea di punti di contatto in materia di persone responsabili di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra; Decisione 2003/335/GAI del Consiglio, dell'8 maggio 2003, relativa all'accertamento e al perseguimento del genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra.

⁹² *European Parliament resolution of 4 July 2017 on addressing human rights violations in the context of war crimes, and crimes against humanity, including genocide* (2016/2239(INI)), reperibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52017IP0288&qid=1738538957811>.

⁹³ Relativa all'estensione anche alla CPI del *Blocking Statute*, ovvero al meccanismo di protezione adottato

Giustizia olandese dopo l’emanazione di sanzioni nei confronti della Corte stessa con l’*Executive Order* del 6 febbraio 2025 del Presidente degli Stati Uniti⁹⁴. L’Ue ha sin dall’inizio contribuito a sostenere la Corte penale internazionale, partecipando alla stesura del testo dello Statuto di Roma⁹⁵ adottando, dopo la sua firma, una posizione comune⁹⁶ e intensificando poi, una volta entrato in vigore, il proprio impegno attraverso l’adozione di due altre posizioni comuni, nel 2002⁹⁷ e nel 2003⁹⁸.

E, invero, il sostegno alla Corte penale internazionale era ed è tra le poche azioni di politica estera univoche e incisive assunte dall’Unione, anche in virtù della perfetta assonanza fra Statuto di Roma e Trattato sull’Unione europea in merito al rispetto dei diritti umani e al mantenimento della pace. Tant’è che lo Statuto si collocava armonicamente all’interno della prima strategia di sicurezza europea “interpilastro” (*European Security Strategy* - ESS) adottata dal Consiglio nel 2003⁹⁹,

con il Regolamento (CE) N. 2271/96 del Consiglio del 22 novembre 1996 relativo alla protezione dagli effetti extraterritoriali derivanti dall’applicazione di una normativa adottata da un paese terzo, e dalle azioni su di essa basate o da essa derivanti.

⁹⁴ Lo si legga in <https://www.whitehouse.gov/presidential-actions/2025/02/imposing-sanctions-on-the-international-criminal-court/>.

⁹⁵ Così, Bollettino UE, n. 4–2002. Si veda, però, X.P. Rafols, *La Union europea ante la Corte penal internacional*, in *Revista de derecho comunitario europeo*, 2003, p. 1074 ss., il quale rileva come Paesi membri, pur riuniti in un gruppo unitario, ricoprirono comunque un ruolo differenziato nei lavori che portarono alla formulazione dello Statuto.

⁹⁶ Si tratta della posizione comune 2001/443/PESC del Consiglio dell’11 giugno 2001 sulla Corte penale internazionale, reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:02001E0443-20030616>. Si proponeva che la questione della ratifica, accettazione, approvazione e adesione dello statuto venissero sollevate nelle sedi internazionali, che fossero adottate iniziative per la diffusione dei valori, dei principi e delle disposizioni dello Statuto e che gli Stati membri offrissero un counseling agli Stati terzi su questioni relative all’attuazione dello Statuto. L’art. 5 della posizione comune prendeva inoltre atto che la Commissione intendeva dirigere la propria azione al conseguimento degli obiettivi attraverso l’adozione di misure di competenza comunitaria. Il riferimento alla “competenza comunitaria” si trova ripetuta nelle successive posizioni comuni e nella decisione di approvazione dell’accordo (v. art. 3) e costituisce una “clausola di stile” che – come rileva C. Novi, *La politica di sicurezza esterna dell’Unione europea*, Padova, 2005, p. 198 ss. – viene quasi sempre inserita negli atti della PESC, per ricordare che l’azione esterna dell’Unione si svolge ed esegue, comunque, nel rispetto delle competenze dei diversi (ormai ex) pilastri.

⁹⁷ Si tratta della Posizione comune 2002/474/PESC del Consiglio del 20 giugno 2002 che modifica la posizione comune 2001/443/PESC sulla Corte penale internazionale, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002E0474&from=ES>. Venivano garantiti il sostegno tecnico e finanziario ai Paesi terzi, l’impegno degli Stati membri ad assicurare lo scorrevole funzionamento dell’assemblea degli Stati parte prevista dallo Statuto di Roma e la contribuzione finanziaria anticipata ai costi necessari all’avvio della Corte, oltre che programmi di formazione e assistenza per giudici, procuratori e funzionari. In attuazione di tale posizione è poi stato adottato il piano d’azione di cui si parla appresso nel testo.

⁹⁸ Posizione comune 16 giugno 2003, 2003/444/PESC, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003E0444>. Cfr., anche, *infra*, nt. 101.

⁹⁹ Presentata al Consiglio europeo di Bruxelles, il 12 dicembre 2003 (1589/03), PESC787), in <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15895-2003-INIT/it/pdf>. Sulla valenza interpilastro, cfr. A. Bendiek, *Cross-Pillar Security Regime Building in the European Union: Effects of the European Security Strategy of December 2003*, in *European Integration online Papers* (EIoP), 2006, vol. 10, n. 9. Si veda anche l’art. 11 del

che individuava tra gli obiettivi strategici dell'UE un ordine internazionale basato su un multilateralismo efficace e basato sulla *rule of law*.

L'Unione aggiornava ancora le suddette posizioni con la Decisione del Consiglio 2011/168/PESC¹⁰⁰, con l'obiettivo di potenziare l'efficacia della Corte e la cooperazione con essa, e di spingere per l'attuazione del principio di complementarità. In conformità con tale decisione veniva poi adottato un *Action Plan to follow-up on the Decision on the International Criminal Court* approvato dal Comitato politico e di sicurezza¹⁰¹ in cui, fra l'altro, si prevedeva che i Paesi dell'Unione evitassero contatti non essenziali ("non essential contacts")¹⁰² con gli individui sfuggiti ai mandati della CPI, in linea con quanto già previsto dalla Linee guida sugli affari legali delle Nazioni Unite. Ovviamente ciò si riferiva esclusivamente agli eventuali contatti nei Paesi terzi, ovverosia al di fuori dell'Unione europea; poiché, affermava il provvedimento "*if a fugitive is present within an EU member state, the government of that State has an obligation to arrest*".

Anche il Parlamento europeo operava nella stessa direzione, con una Risoluzione¹⁰³, richiamando l'UE e gli Stati membri a soddisfare tutte le richieste della

Trattato sull'Unione europea. Sul confronto con il corrispondente documento in sede NATO del 1999, *Strategic Concept and the 2022 US National Security Strategy*, si veda, S. Duke, *The European Security Strategy in a Comparative Framework. Does it make for Secure Alliances in a Better World?*, *Eur. Foreign Affair Rev.*, 2004, 9, p. 459 ss. Il rapporto del 2008 sull'attuazione di tale strategia, auspicando il rafforzamento della CPI in termini di efficacia, proponeva impegni più ampi dell'UE per rafforzare la giustizia internazionale e i diritti umani.

¹⁰⁰ Decisione del Consiglio 2011/168/PESC, adottata il 21 marzo 2011, in ossequio a quanto concordato durante la Conferenza di revisione di Kampala (31 maggio-11 giugno 2010).

¹⁰¹ Piano d'azione approvato dal *Political and Security Committee* del Consiglio dell'Unione europea del 21 marzo 2011 (adottato il 12 luglio 2011) <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12080-2011-INIT/en/pdf>, che abroga la precedente già citata Posizione comune 16 giugno 2003, 2003/444/PESC (*supra*, nt. 98) e adatta il Piano d'azione del 4 febbraio 2004. Esso era composto da cinque sezioni: a) Coordinamento delle attività dell'Unione per attuare gli obiettivi della decisione; b) Universalità e integrità dello statuto di Roma; c) Indipendenza della CPI e suo funzionamento efficace ed efficiente; d) Cooperazione con la CPI; ed e) Attuazione del principio di complementarità.

¹⁰² Tutti gli stati membri dell'UE e l'Unione stessa hanno concordato una definizione ristretta di "contatti essenziali", che include solo quelli intesi come "strettamente necessari per lo svolgimento di attività diplomatiche, consolari e di altro tipo" come le attività sotto mandato ONU o altri obblighi legali. Ciò significa che gli Stati membri dovrebbero evitare visite di cortesia, ricevimenti, operazioni fotografiche o presenze a celebrazioni di feste nazionali, tra gli altri. In pratica, se un contatto è ritenuto essenziale, dovrebbero essere adottate misure per informare gli altri Stati membri, le istituzioni dell'UE e la Corte del contatto. I paesi membri della CPI hanno assunto un impegno simile nel quadro dell'Assemblea degli Stati Parte.

¹⁰³ *European Parliament resolution of 17 November 2011 on EU support for the ICC: facing challenges and overcoming difficulties* (2011/2109)INI), reperibile al sito <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A52011IP0507>, adottata quando la maggior parte dei 17 mandati spiccati dalla CPI non era stata eseguita e la CPI stava conducendo indagini in sette Paesi, due casi (Darfur e Libia) erano stati deferiti alla Corte dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, tre casi dagli Stati parte stessi (Uganda, Congo e Repubblica centrafricana) e due aperti dal Procuratore su propria iniziativa (Kenya e Costa d'Avorio). Assai significativo, che tra i Considerando della Risoluzione, vi fosse la valorizzazione del principio di complementarità, "la Corte interviene solo qualora i tribunali nazionali non abbiano la possibilità o la volontà di celebrare processi credibili a livello nazionale, per cui gli Stati parte mantengono la loro primaria competenza nel perseguire i crimini di guerra, i crimini contro l'umanità e il genocidio;

Corte per garantire l'esecuzione dei mandati di arresto pendenti e la fornitura di informazioni, comprese le richieste volte a identificazione, congelamento e sequestro dei beni degli indagati, anche attraverso la rete inter-agenzia (CARIN) per il recupero dei detti beni. Inoltre, e il passaggio è di estrema rilevanza, anche in questa sede, si incoraggiavano gli Stati membri dell'UE ad aggiungere all'articolo 83 TFUE i crimini ricadenti nella giurisdizione della CPI.

9. L'accordo di cooperazione e assistenza tra la Corte penale internazionale e l'Unione europea.

L'Unione europea è stata la prima organizzazione regionale a stipulare, nel 2006, un accordo di cooperazione e assistenza con la Corte¹⁰⁴. Adottato sulla scorta del vecchio art. 24 TUE¹⁰⁵, base giuridica del *treaty-making power* nell'ambito della politica estera e di sicurezza comune, l'accordo aveva la finalità di definire la cooperazione e l'assistenza tra Unione e Corte, attuando le dette previsioni dello Statuto di Roma e ponendosi accanto alle altre iniziative pure assunte a favore della Corte sempre in seno alla PESC¹⁰⁶. La cooperazione e l'assistenza disciplinata dall'accordo si riferivano sia ad attività previste da alcune norme dello Statuto cui si è accennato, sia ad attività ulteriori che avrebbero potuto esser concordate con le organizzazioni intergovernative.

Quanto alle prime, oltre ad imporre un obbligo generale di cooperazione e assistenza tra l'UE la Corte e il Procuratore¹⁰⁷ l'accordo prevede, tra l'altro, lo scambio regolare di

(considerando) che la cooperazione tra gli Stati che aderiscono allo Statuto di Roma e con le organizzazioni regionali riveste la massima importanza, soprattutto nelle situazioni in cui la giurisdizione della Corte viene contestata; (lett. i) considerando che la politica di "complementarità positiva" della CPI sostiene la capacità dei tribunali nazionali di indagare sui crimini di guerra e di perseguirli (lett. j)".

¹⁰⁴ Accordo di Cooperazione e assistenza tra la Corte penale internazionale e l'Unione europea, del 28 April 2006, OJ L 115/50, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A22006A0428%2801%29>, recepito nella Decisione del 10 aprile 2006 reperibile al link <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32006D0313>, commentato da L. Paladini, *Note a margine della conclusione dell'accordo di cooperazione ed assistenza tra l'Unione europea e la Corte penale internazionale*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2006, p. 865. Cfr. pure, C. Behrman, *Strengthening the International Criminal Court Cooperation*, cit., p. 297 ss.

¹⁰⁵ Come noto, la disposizione è poi stata novellata ad opera dell'art. 37 del Trattato di Lisbona.

¹⁰⁶ Cfr. L. Paladini, *Note a margine della conclusione dell'accordo di cooperazione ed assistenza*, cit., p. 866.

¹⁰⁷ Di massimo interesse sembra essere l'art. 11, tramite il quale l'UE si impegna, tra l'altro, a cooperare con il procuratore, in conformità dell'articolo 54, paragrafo 3, lettera c), Statuto; nonché, in conformità dell'articolo 54, paragrafo 3, lettera d), Statuto, e a concludere ogni intesa o accordo che non sia ad esso contrario, e che può essere necessario per facilitare la cooperazione dell'UE con il procuratore. Sempre a norma del detto articolo 11, dal canto suo, il procuratore può rivolgere richieste di informazione per iscritto al segretario generale/alto rappresentante. Inoltre, ai sensi del comma 3 della disposizione, "L'UE e il procuratore possono convenire che l'UE fornisca documenti o informazioni al procuratore in via confidenziale al solo scopo di ottenere nuovi elementi di prova e che i documenti o le informazioni in questione non siano divulgati ad altri organi della Corte o a terze parti in nessuna fase del procedimento o in seguito, senza il consenso dell'UE".

informazioni e documentazione di reciproco interesse¹⁰⁸, non applicandosi, tuttavia, alle richieste di informazioni della CPI relative ai singoli Stati membri, che sono invece disciplinate da accordi bilaterali¹⁰⁹. Esso, inoltre, non influisce sulla competenza dell'UE a raggiungerne gli obiettivi tramite misure separate.

È infine previsto, all'art. 14, che l'Unione e la Corte concordino in quali circostanze eccezionali quest'ultima possa impiegare le strutture e i servizi dell'Unione che le possano risultare necessari, compreso il sostegno sul campo¹¹⁰. Sulla scorta di questo strumento, sono stati raggiunti accordi per la protezione delle informazioni classificate tra l'UE e la CPI, che sono entrati in vigore il 31 marzo 2008. Su questa base, le operazioni della Politica di sicurezza e difesa comune (CSP) dell'UE hanno fornito supporto, ad esempio, su questioni logistiche e di sicurezza.

10. La legge italiana di adattamento secondario allo Statuto di Roma, ritardataria e frettolosa...

Nonostante il ruolo trainante dell'Italia nell'adozione dello Statuto di Roma, le controindicazioni politiche degli anni successivi, i dubbi sull'inclusione della parte penal-sostanziale e le difficoltà a regolare i procedimenti concorrenti tra CPI e autorità italiane spinsero ad una ratifica ed esecuzione "secca" del testo convenzionale, con la sola normativa d'adattamento primario, ad opera della legge 12 luglio 1999, n. 232.

L'adattamento secondario avvenne solo a dieci anni di distanza, con la legge 20 dicembre 2012, n. 237, che dopo ancora grandi travagli, si limitava a fornire una implementazione *di compromesso* della procedura di cooperazione con La CPI¹¹¹.

Si ricorda come nel disegno di legge di legge A.C. 2769 che, nel 2012, infine riuscì

¹⁰⁸ Centrale a tal riguardo, l'art. 4 (Obbligo di cooperazione e assistenza), a norma del quale "L'UE e la Corte concordano che, nella prospettiva di facilitare l'effettivo espletamento delle loro rispettive responsabilità, esse coopereranno strettamente, laddove appropriato, e si consulteranno reciprocamente su questioni di comune interesse, in conformità delle disposizioni del presente accordo, nella piena osservanza delle rispettive disposizioni del trattato UE e dello statuto. Per agevolare il suddetto obbligo di cooperazione e assistenza le parti convengono di stabilire adeguati contatti regolari fra la Corte e il corrispondente UE per la Corte".

¹⁰⁹ L'art. 3 (Accordi con gli Stati membri) così recita: "1. Il presente accordo, compreso qualsiasi altro accordo o intesa concluso a titolo dell'articolo 11, non si applica a richieste di informazioni della Corte relative a informazioni diverse da documenti dell'UE, comprese le informazioni classificate UE provenienti da uno Stato membro. In siffatte circostanze, qualsiasi richiesta viene rivolta direttamente allo Stato membro interessato. 2. L'articolo 73 dello statuto di Roma si applica, *mutatis mutandis*, alle richieste avanzate dalla Corte all'UE nell'ambito del presente accordo".

¹¹⁰ Si veda l'art. 14 dell'Accordo, il quale dopo aver disposto che "Su richiesta della Corte l'UE fornisce, per i fini della Corte e salvo disponibilità, le strutture e i servizi che possano risultare necessari, incluso, se del caso, il sostegno sul campo" prosegue specificando che "I termini e le condizioni secondo cui tali strutture, servizi e sostegno dell'UE possono essere forniti sono, se del caso, oggetto di intese supplementari preliminari".

¹¹¹ Si veda, M. Chiavario, A. Perduca, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 274 ss.

ad unificare diversi precedenti progetti, vi fosse una ripartizione delle competenze e dei poteri delle autorità statali diversa e più distribuita. Tuttavia, nel passaggio al Senato¹¹² si fece strada la volontà di accrescere il ruolo del ministro cosicché, tra premura di conservare alleati e scansare danni nelle relazioni internazionali¹¹³ e fretta d'approdare a un testo scampando alla fine della legislatura¹¹⁴, si approdò ad una formulazione¹¹⁵ che, parafrasando goffamente l'art. 703 c.p.p., attribuiva al ministro una centralità *di facciata* o *consolatoria* (perché relativa a soli invii e ricezioni di richieste e decisioni) priva della pregnanza politica presente, invece, nell'estradiizione codicistica.

Compiuto quello sforzo di compromesso, e trascorso più di un decennio, la rappresentanza italiana all'ONU, nell'ottobre 2024, esprimeva preoccupazione per l'esecuzione dei mandati della Corte penale internazionale e chiamava all'ordine gli Stati per l'adempimento degli obblighi nei confronti di questa¹¹⁶.

Dopo qualche mese, tuttavia, con stupefacente discontinuità logica e giuridica (in disparte, in questa sede, la possibile "opportunità" politica) la normativa di adattamento secondario ha mostrato di non reggere al primo collaudo applicativo. Nonostante la partecipazione dell'Italia alla squadra investigativa comune per la "situazione in Libia"¹¹⁷, infatti, nel caso Almasri, proprio quella ibridazione dei modelli – estradizionale classico e di cooperazione verticale – verificatati in Senato, si traduceva in un'interpretazione degli artt. 2, 4, 11 e 14, l. 237/2012 che dava luogo a un *sostanziale* veto da parte del Ministro della giustizia nei confronti della Corte d'Appello di Roma.

¹¹² Si veda, Disegno di legge A.S. 2769, Dossier n. 321, in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00737578.pdf>. Peraltro, va pure ricordato come nei testi normativi sulla cooperazione con il Tribunale per la ex-Yugoslavia e per il Ruanda fosse prevista una forma di arresto da parte della polizia: si vedano, rispettivamente, l'art. 13-bis, d.l. 544/1993 e l'art. 14, l. 181/2002.

¹¹³ Le paure scatenate dalla normativa di adattamento secondario sono esemplificate nell'eloquente intervento in seduta pomeridiana n. 797, del 19 settembre 2012, del senatore Mazzatorta: "L'Aula dovrebbe riflettere in modo approfondito sull'opportunità di adottare un atto di straordinaria portata politica, che avrà conseguenze negative per il Paese, dal punto di vista dell'ordinamento interno, in quanto la Corte penale internazionale avrà un grande margine di discrezionalità nel perseguire anche cittadini italiani per fattispecie di reato non ben tipizzate, e sul piano delle relazioni internazionali, dato che gli Stati Uniti hanno intenzione di negare gli aiuti militari ai Paesi che cooperano con la Corte penale. ... un organismo che sembra superfluo, data l'esistenza della Corte di giustizia dell'Aia".

¹¹⁴ Si veda l'intervento del relatore Rao, nella discussione in Assemblea della Camera, in terza lettura, delle linee generali di A.C. [1439-B](#) ed abbinate, Seduta n. 727, del 3 dicembre 2012.

¹¹⁵ Definita ottocentesca da M. Caianiello, C. Meloni, *Caso Almasri: una discutibile interpretazione della legge di cooperazione dell'Italia con la CPI ha portato alla scarcerazione del primo ricercato arrestato sul suolo europeo nell'ambito delle indagini in Libia*, in questa rivista, 25 gennaio 2025.

¹¹⁶ Si veda il *Report of the International Criminal Court* dell'Assemblea Generale, pubblicato in data 28 ottobre 2024 in https://italyun.esteri.it/en/news/dalla_rappresentanza/2024/10/statement-of-italy-at-debate-on-agenda-item-74-report-of-the-international-criminal-court-27th-plenary-meeting-79th-general-assembly/.

¹¹⁷ Cfr. *Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC: Office of the Prosecutor joins national authorities in Joint Team on crimes against migrants in Libya*, in <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-office-prosecutor-joins-national-authorities-joint-0>, nella quale si riferisce anche dell'emissione di "arrest warrants by the Netherlands and Italy against suspects in the context of national proceedings".

11. Segue: ... alla prova del caso Almasri.

La Corte d'Appello di Roma dunque, dal canto suo, rimetteva in libertà il ricercato, ritenendo non fosse stata seguita la procedura prevista dalla lettera dei suddetti articoli nell'attivazione della cooperazione, avvenuta tramite arresto da parte della polizia invece che per mezzo della trasmissione degli atti dal Ministro al Procuratore generale, e da questi poi alla Corte stessa. Il collegio distrettuale riteneva che la polizia avesse seguito la procedura prevista nell'art. 716 c.p.p.¹¹⁸ ma, l'assenza nella legge 237/2012 di una disposizione omologa a quell'articolo, non consentiva di ritenere legittimo l'impulso.

Nei commenti a prima lettura, il provvedimento della Corte romana ha subito veementi critiche, pressoché unanimi: si è subito denunciato sia che l'art. 88 dello Statuto di Roma prevede che gli Stati si adoperino "per predisporre nel loro ordinamento nazionale procedure appropriate per realizzare tutte le forme di cooperazione" indicate nel capo IX¹¹⁹, sia che gli art. 11 e 14 della l. 237/2012 avrebbero potuto, anzi dovuto, far ritenere quella lacuna soltanto apparente, poiché l'art. 3 della legge, rinviando espressamente al codice di procedura penale per tutto ciò che in essa non è previsto¹²⁰, avrebbe dovuto portar con sé l'applicazione del detto art. 716 c.p.p.

Secondo questa tesi, in forza del combinato disposto degli artt. 696 c.p.p. e 3, l. 237/2012 e della regola per cui nella cooperazione giudiziaria si applica il codice a meno che le disposizioni contenute nelle convenzioni internazionali in vigore per lo Stato e le norme di diritto internazionale generale "non dispongano diversamente"¹²¹, il ricorso

¹¹⁸ Si badi, tuttavia, che era stata una nota della Direzione Centrale della Polizia Criminale – Servizio di Cooperazione Internazionale, presso il Ministero dell'Interno, Prot. MI-123-U-B-1-2-FD-2025-51, 19 gennaio 2025, a chiedere alla Questura di Torino di "valutare la sussistenza delle condizioni e l'opportunità di procedere ai sensi degli art 716, in relazione al 715, del c.p.p."

¹¹⁹ K. Gavrysh, *Un pò di chiarezza sulla mancata consegna di Osama Elmasry Njeem alla Corte penale internazionale*, in www.sidiblog.it. Concorde, A. Di Martino, *La decisione ministeriale di non consegnare un sospetto criminale internazionale come legittimo atto politico discrezionale?* in <https://www.questionegiustizia.it/articolo/la-decisione-ministeriale-di-non-consegnare-un-sospetto-criminale-internazionale-come-legittimo-atto-politico-discrezionale-una-postilla-in-replica>, 5 febbraio 2025. Per una ricognizione delle normative nazionali di implementazione dello Statuto di Roma si veda *Cooperation and judicial assistance Database*, reperibile in <https://cjad.nottingham.ac.uk/en/legislation/>, e sull'art. 92, in particolare cfr., *Contest of Request for Provisional Arrest*, *ivi*.

¹²⁰ M. Caianiello, C. Meloni, *Caso Almasri*, cit. Ma si vedano, pure, su posizioni simili, 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*, *ivi*, 27 gennaio 2025; V. Bolici, A. Di Martino, *La pagliuzza e la trave: il caso «Almasri»*, in questionegiustizia.it, 25 gennaio 2025; A. Nappi, *Fare chiarezza sul caso Almasri*, *ivi*, 3 febbraio 2025; L. Parsi, *Un volo di stato chiude il caso Al Masri?*, in www.giustiziainsieme.it, 25 gennaio 2025; nonché, da ultimo, G. Labrini, *Errori ed orrori nella vicenda Almasri: il ruolo del Ministro della giustizia e i limiti della ragion di Stato*, in www.osservatorioaic.it, 1 aprile 2025.

¹²¹ M. Caianiello, C. Meloni, *Caso Almasri*, cit., i quali peraltro ricordano come, nel recente caso Abedini, non si è messo in dubbio che la polizia potesse operare *motu proprio*, ex art. 716 c.p.p. Beninteso, anche il quel caso, per un verso, la Convenzione tra Italia e Stati Uniti non dettava con precisione casi e modi per l'intervento in via d'urgenza da parte della polizia per la cattura del ricercato; per altro verso, neanche la

all'art. 716 c.p.p. si sarebbe potuto escludere “non già a fronte di un mero silenzio, bensì a fronte di una eventuale previsione diversa e incompatibile con quella codicistica”; difatti la legge italiana di esecuzione secondaria “non regola *diversamente*, rispetto all'art. 716 c.p.p., l'arresto d'urgenza da parte della polizia: più semplicemente, non se ne occupa affatto, ragion per cui non può che operare la norma codicistica”¹²².

Non è peraltro mancata qualche posizione diversa. Una prima che ha considerato l'operato del Ministro (alla base, del provvedimento della Corte d'appello) quale esercizio della discrezionalità politica nei rapporti estradizionali¹²³, e una seconda per la quale la l. 237/2012 conterrebbe già la disciplina dell'intera *materia cautelare* e disporrebbe, dunque, ai sensi del detto art. 3, *diversamente* da quanto fa il codice, escludendo quindi prestiti e innesti. In questa prospettiva, il penetrante potere *de libertate*, di cui al quarto comma dell'art. 716 c.p.p., sarebbe incompatibile con la funzione di collegamento – se non di mero “passacarte” – tra la Corte penale internazionale e l'autorità giudiziaria italiana che al ministro è accordata dalla l. 237/2012¹²⁴. Insomma, secondo questa ricostruzione, l'applicazione dell'art. 716 c.p.p. ai rapporti con la Corte penale internazionale determinerebbe un corto circuito¹²⁵, per via del contrasto insanabile con l'esclusione dei poteri del Guardasigilli nella cooperazione con la Corte penale internazionale.

E in effetti, che si sia trattato di un vero e proprio corto circuito è innegabile.

In verità, la Corte distrettuale è sembrata non condividere affatto il ruolo residuale, di “passacarte”, del Ministro nella procedura speciale del mandato d'arresto della CPI. O, per lo meno, ha ritenuto quel ruolo comunque *bloccante*, quando ha individuato proprio nel mancato input ministeriale la causa della necessaria liberazione dell'Almasri affermando che “la procedura applicativa della misura cautelare prevista dalla predetta normativa speciale, prescrive una prodromica e *irrinunciabile*

legge 16 marzo 2009, n. 25, che ratifica l'accordo sulla Mutua Assistenza Giudiziaria tra Europa e Usa siglato nell'anno 2003, dedicava previsioni a questo tema.

¹²² M. Caianiello, C. Meloni, *Caso Almasri*, cit. Cfr., poi, M. Chiavario, *Amarezza e sconcerto per Almasri libero*, in www.avvenire.it, il quale accoglie questa tesi, sebbene non neghi la plausibilità della diversa lettura stante l'ambiguità della legge.

¹²³ O. Mazza, *Atto dovuto? No, quella di Lo Voi è stata una scelta*, in www.ildubbio.it, 30 gennaio 2025. Tuttavia, si ricorda, che né lo Statuto della CPI (nella maniera descritta *supra*), né la l. 237/2012 prevedono cause di rifiuto della consegna. Nella disciplina dell'extradizione classica, l'art. 697, comma 1-bis, c.p.p., stabilisce che “[il] Ministro della giustizia non dà corso alla domanda di estradizione quando questa può compromettere la sovranità, la sicurezza o altri interessi essenziali dello Stato”. Una clausola, che vagamente riecheggia l'art. 705 c.p.p., la si ritrova nell'art. 13, comma 3, lett. c), l. 237/2012, e si riferisce alla possibilità data alla Corte d'appello, di pronunciare sentenza che dichiara che non sussistono le condizioni per la consegna quando la richiesta “contiene disposizioni contrarie ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano”, sentenza la quale costituisce ovviamente anche ragione di revoca della misura cautelare. Concorde con tali considerazioni, A. De Martino, *La decisione ministeriale di non consegnare un sospetto criminale internazionale come legittimo atto politico discrezionale?*, cit.

¹²⁴ G. Colaiacovo, *L'art. 716 c.p.p. non è applicabile alla procedura cautelare per la consegna di una persona ricercata dalla Corte penale internazionale. Un appunto in controtendenza sul caso Almasri*, in www.penedp.it, 10 febbraio 2025.

¹²⁵ La misura applicata a seguito della convalida è revocata se il Guardasigilli non ne chiede il mantenimento entro dieci giorni.

interlocuzione tra il Ministro della Giustizia e la procura generale presso la corte d'appello di Roma ... in ossequio al principio sancito nell'art. 2, comma 1, della stessa Legge 237/2012, secondo il quale, a sua volta, «i rapporti tra lo Stato italiano e la Corte penale internazionale sono curati in via esclusiva dal Ministro della Giustizia, al quale compete di ricevere le richieste provenienti dalla Corte e di darvi seguito»¹²⁶.

D'altronde il ruolo di "passacarte" lo rifiutava lo stesso Ministro che, dinanzi al Parlamento, reclamava discrezionalità politica sulla faccenda¹²⁷, salvo poi mutare un po' accenti nelle note inviate tramite ambasciata all'Aja, alla Corte¹²⁸, addossando la competenza della faccenda al Ministro degli interni.

Non sembri banale a questo punto ribadire come, con l'emissione del mandato d'arresto da parte della CPI ai sensi dell'art. 58 Statuto¹²⁹, insieme all'obbligo di consegna¹³⁰ venga in essere, ai sensi del comma 5 della disposizione, anche il (distinto) titolo per la restrizione cautelare, richiesto dal procuratore e concesso dalla Camera preliminare (nella prassi, in ogni occasione), oltre che l'obbligo dello Stato, ai sensi del citato art. 59, comma 1, di prendere *immediatamente* provvedimenti per fare arrestare la persona.

L'emissione di tale titolo cautelare è un provvedimento ulteriore che si unisce e completa il mandato d'arresto della CPI e costituisce un *titolo autonomo*. Nella l. 237/2012 le cause di sostituzione e revoca della restrizione cautelare (art. 12) e di rifiuto della consegna (art. 13) appartengono ovviamente a due categorie distinte e sono regolate in maniera altrettanto distinta – ovverosia non prevedendo poteri di apprezzamento del Ministro – rispetto a quanto fa il codice per la *comune* estradizione, e soprattutto, trovano eventuale spazio solo in seconda battuta, una volta assicurata la presenza e messa *in sicurezza*, dunque, la possibilità di valutare ed eseguire la consegna.

¹²⁶ Corte d'Appello di Roma, Sezione IV penale, 21 gennaio 2025, *Ordinanza in materia di consegna ex lege 237/2012*, Corte penale internazionale, p. 2. La stessa disposizione aggiunge – pure – che il Ministro ove ritenga ricorra la necessità, concordi “la propria azione con altri Ministri interessati, con altre istituzioni o con altri organi dello Stato”. E, invero, sempre la stessa disposizione dell'art. 2, l. 237/2012, richiamata in apertura della decisione, deve pure esser completata con la lettura del comma terzo, che dispone che sempre il Ministro della Giustizia “nel dare seguito alle richieste di cooperazione, assicura che (...) l'esecuzione avvenga in tempi rapidi e con le modalità dovute”.

¹²⁷ Si veda, il resoconto stenografico della seduta di mercoledì 25 febbraio 2025, n. 422, in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1738830926_testo-informativa-nordio-piantedosi-su-vicenda-almasry.pdf.

¹²⁸ Il 27 gennaio 2025, in risposta ad una nota verbale mandata dall'ufficio di Cancelleria richiedente informazioni, il Ministro della Giustizia rispondeva tramite ambasciata all'Aia che “these matters do not fall within the competence of the Ministry of Justice and that Mr Njeem's return fell under the exclusive competence of the Minister of the Interior”. Addendum to the “Report of the Registry on the Status of the Execution of Requests for Provisional Arrest of Mr Osama Elmasry / Almasri Njeem”, 28 January 2025, ICC-01/11-154-US-Exp. Il 10 febbraio 2025, l'ambasciata italiana all'Aia mandava una seconda nota verbale all'ufficio di cancelleria, allegando una lettera del medesimo Ministro della Giustizia. Cfr., *Second Addendum to the “Report of the Registry on the Status of the Execution of Requests for Provisional Arrest of Mr Osama Elmasry / Almasri Njeem”*, 13 February 2025, ICC-01/11-157-US-Exp.

¹²⁹ Cfr. *supra*, parr. 3, 4 e 5.

¹³⁰ Cfr., *supra*, par.fo 5.

Ricordiamo pure, per un migliore inquadramento giuridico, che nel caso Almasri, il mandato d'arresto veniva emesso il 18 gennaio dalla Camera preliminare, in forma segreta (sarebbe stato desecretato, e in parte modificato, il 24 gennaio)¹³¹. Lo stesso giorno la Cancelleria della CPI, in coordinamento con il Procuratore e sotto l'autorità della Camera, inviava una richiesta d'arresto urgente ai sensi dell'art. 92 Statuto¹³² a sei Stati Parte, tra cui l'Italia¹³³. La richiesta recava la prima versione del mandato, non disponibile al pubblico¹³⁴ e veniva trasmessa attraverso i canali designati da ciascuno Stato¹³⁵, preceduta da consultazioni con ogni Stato al fine di assicurarne la corretta ricezione e l'implementazione. La Corte forniva pure informazioni in tempo reale sui movimenti del sospetto nell'area Schengen. In contemporanea, come previsto dallo Statuto, la Corte faceva anche richiesta di emissione di una *Red Notice* a Interpol¹³⁶.

¹³¹ Si veda il provvedimento di desecretazione in <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/11-153>. Sulla possibilità per la Corte di correggere il mandato di arresto in qualsiasi fase prima dell'udienza di conferma delle accuse, si rinvia a G. Pecorella, A "lost in translation" in the obligations to cooperate with the International Criminal Court: the case of Al-Masri, cit, p. 3.

¹³² Il fatto che la richiesta di cooperazione fosse una richiesta di "arresto provvisorio" ai sensi dell'articolo 92 Statuto vuol dire che la CPI non sarebbe stata tenuta a inviare un mandato di arresto. Difatti, ai sensi della regola 188 del Regole della Corte, essa ha 60 giorni dal giorno in cui la richiesta è presentata per inviare tutti i dati pertinenti, compreso il mandato di arresto, agli organi competenti. Dunque, anche una concisa descrizione dei presunti crimini è sufficiente perché lo Stato richiesto sia obbligato a collaborare con la Corte. Nel caso di specie un primo mandato è comunque stato inviato. Il mandato poi desecretato è risultato parzialmente modificato. Per una ricostruzione puntuale degli accadimenti si veda, Pre-trial Chamber, I, *Invitation to the Italian Republic to provide submissions concerning its failure to surrender Osama Elmasry / Almasri Njeem to the Court following his arrest*, in <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180ac3f7c.pdf>, nonché G. Pecorella, A "lost in translation" in the obligations to cooperate with the International Criminal Court: the case of Al-Masri, cit, p. 1 ss.

¹³³ Si veda il Mandato di arresto emesso dalla Pre-trial Chamber, punto 102, p. 33.

¹³⁴ Nonché la domanda di perquisizione e sequestro di cose pertinenti ai reati. Cfr., Order to the Registrar regarding the search and seizure in relation to Osama Elmasry / Almasri Njeem, ICC-01/11-150-US-Exp.

¹³⁵ Il 28 aprile 2004, l'Italia presentava una dichiarazione da allegare alla ratifica dello Statuto di Roma, che specificava di voler ricevere le richieste di cooperazione previste dall'articolo 87 dello Statuto di Roma tramite canali diplomatici. La lingua in cui tali richieste e i documenti pertinenti devono essere ricevuti è l'italiano, insieme a una traduzione in francese". Grazie a una decisione della Corte datata 17 febbraio 2025, è ora chiaro che il 18 gennaio 2025 il Cancelliere ha inviato richieste urgenti di arresto provvisorio di Almasri, ai sensi dell'articolo 92 dello Statuto, ai sei Stati europei in cui si riteneva che il sospettato potesse essere presente, tra cui l'Italia. Tuttavia, l'ambasciatore italiano all'Aja ha trasmesso il mandato di arresto al ministro della Giustizia italiano solo due giorni dopo, il 20 gennaio 2025, e solo il 21 gennaio il ministero della Giustizia ha riconosciuto la ricezione della "richiesta" della CPI (inclusa la decisione sul mandato di arresto) che, come lamentato dal ministro Nordio di fronte al Parlamento italiano, era in inglese, con allegati in arabo. Il ministero ha affermato di aver valutato, anche in considerazione della complessità del materiale arrivato in inglese, l'opzione di trasmetterlo al Procuratore generale a Roma.

¹³⁶ Per la *Red Notice* emessa da Interpol si vedano, oltre l'accordo stipulato con la Corte, anche le *Interpol Rules on the Processing of Data* (IRPD), specialmente, l'art. 10, par. 2. In generale, una *Red Notice* può essere diffusa "in order to seek the location of a wanted person and his/her detention, arrest or restriction of movement for the purpose of extradition, surrender, or similar lawful action". Si veda, anche, l'art. 82 IRPD. La Commissione di controllo (Commission for the Control of Interpol's Files CCF) ha sottolineato che la finalità "is not to obtain the transfer of the person in order to assist in an investigation or give evidence in proceedings" (Decision of the Commission, Decision No 2017-01 (March 2017) par. 29). Tuttavia, seppure la *Red Notice* "is not an

Ora, la Corte d'Appello aveva chiesto al PG parere sull'istanza difensiva "concernente la posizione cautelare del soggetto (...), a fronte della normativa speciale (...) e in particolare, sull'applicabilità a siffatta procedura del disposto di cui all'art. 716 c.p.p." La Corte, poi, aveva chiesto pure al PG di comunicare se vi fosse, "comunque, richiesta di applicazione di misura cautelare nei confronti dell'interessato, ai sensi dell'art. 11 L. 237/2012".

Ora, indubbio è che la seconda richiesta, per un verso, presupponeva e dava per scontato il modello dello sdoppiamento tra precautela e cautela (e tra classica possibilità che l'applicazione della seconda vi sia a prescindere dalla convalida della prima); e, per un altro verso, pure indubbio è che tale richiesta presupponeva un potere discrezionale di richiesta in merito alla cautela che invece, anche nella legge 237/2012, non sembra affatto esserci, del tutto compatibilmente, peraltro, con lo Statuto.

È d'altronde opportuno osservare che le circostanze del caso non erano in realtà pienamente sussumibili all'interno dell'art. 14, poiché la richiesta d'arresto *ex artt. 58 e 91 Statuto*, sembra fosse già pervenuta al ministero. A ben guardare, dunque, non si trattava di un caso di applicazione provvisoria della custodia "*prima che la richiesta di consegna sia pervenuta*" ma di una richiesta d'esecuzione di un mandato già trasmesso, in presenza di segnalate condizioni di estrema urgenza per timore di fuga. Si obietterà che poco cambia sussumere i fatti nell'art. 11 o nell'art. 14, posto che il comma 2 di quest'ultimo chiede di osservare anche per l'applicazione provvisoria della custodia cautelare le disposizioni dell'art. 11. È pur vero, tuttavia, che la previsione di una medesima modalità procedimentale per situazioni fra loro diverse è solo un altro elemento per valutare, lo si dirà ora appresso, la ragionevolezza della *littera legis*.

Intanto si osservi che, se è vero che l'art. 14, comma 1, l. 237/2012 prevede che "il procuratore generale presso la corte d'appello di Roma, *ricevuti gli atti*, chiede alla medesima corte d'appello l'applicazione della misura della custodia cautelare nei confronti della persona della quale è richiesta la consegna", è pur vero che - a meno di non voler configurare un vero e proprio potere di veto nei confronti del mandato d'arresto della Corte in capo al Ministro, esercitabile tramite la mancata trasmissione della richiesta - una interpretazione teleologica ben potrebbe leggere e intendere come "*ricezione*" anche quella avvenuta in base alla trasmissione de "*gli atti*" in seguito alla cattura, da parte della polizia, al Procuratore generale per la procedura in Corte d'appello a Roma¹³⁷. D'altronde anche il lemma "*atti*" è generico e ben potrebbe riferirsi agli atti trasmessi, per l'appunto, dalla polizia. D'altronde, l'uso dei verbi all'indicativo segnala sia la doverosità della richiesta da parte del PG, sia la doverosità

international arrest warrant... , many Interpol member countries consider a Red Notice a valid request for provisional arrest", come rilevato da M. Silvestre Rutsel, C. Grafton, S. Bailey, *The Legal Foundation of Interpol*, Hart, Oxford, New York, New Dehli, Sidney, p. 374. Ove lo scopo della *red notice* venga raggiunto, essa "should be cancelled by the General Secretariat" (cfr. art. 81, comma 3, lett. a). Cfr. <https://www.interpol.int/News-and-Events/News/2006/INTERPOL-issues-first-Red-Notices-on-behalf-of-International-Criminal-Court>.

¹³⁷ Così, pure, L. Poltronieri Rossetti, *The failure to arrest and surrender Osama Elmasry Njeem: "That Awful Mess" in Rome*, in www.ejiltalk.org.

dell'applicazione della custodia cautelare¹³⁸, al contrario di quanto avviene, d'altronde, nell'art. 715 c.p.p., il cui comma 1 prevede che "la corte d'appello può disporre in via provvisoria, una misura coercitiva" (e non solo la custodia cautelare, unica misura peraltro, almeno in prima battuta, nella l. 237/2012)¹³⁹.

È a questo punto lampante che, lette così le norme, la mancata trasmissione degli atti da parte del Ministro si trasforma, analogamente a quanto succede con la richiesta di cui all'art. 715 c.p.p., in una *condizione* (dipendente da una volontà politica) della instaurazione, oltre che del mantenimento, della cautela. Il che non solo rende tali norme contrastanti con gli art. 12 e 13, della stessa l. 237/2012 ma rende, paradossalmente, la disciplina della l. 237/2012 decisamente più vischiosa rispetto a quella estradizionale; specie se si pensa che, in presenza delle condizioni di cui all'art. 715, comma 2, c.p.p., l'arresto d'urgenza da parte della polizia *ex art.* 716 c.p.p. avviene *proprio perché d'urgenza*, in assenza della richiesta del Ministro e dell'intervento dell'autorità giudiziaria¹⁴⁰. Solo successivamente il ministro, entro 10 giorni dalla convalida, interviene chiedendo, nel caso, il mantenimento della misura coercitiva. Peraltro, mette conto ricordare come la Suprema Corte di Cassazione, nell'interpretare le condizioni (quelle di cui all'art. 715, comma 2 c.p.p.) che devono sussistere per consentire l'arresto d'urgenza, abbia ritenuto integrato il presupposto della richiesta dello Stato, anche nel caso di segnalazione all'Interpol da parte dello Stato richiedente¹⁴¹.

La Corte d'Appello invocava, poi, a sostegno della sua soluzione, il principio di tassatività delle ipotesi di intervento della polizia nei casi d'urgenza,

¹³⁸ Nella disciplina speciale, difatti, si applica automaticamente la custodia cautelare. Una volta disposta la misura, ai sensi dell'art. 11, comma 3, di una eventuale richiesta di libertà provvisoria da parte dell'interessato dovrà essere informata la CPI, in forza del richiamo all'art. 59, paragrafo 5, contenuto nell'art. 11, comma 3, l. 237/2012. La CPI, a sua volta, formulerà raccomandazioni all'autorità competente dello Stato di detenzione. È anche previsto che la Corte d'appello, prima di pronunciarsi, tenga pienamente conto di tali raccomandazioni, comprese, se del caso, quelle vertenti sulle misure atte ad impedire l'evasione della persona. La Corte d'Appello, dunque, potrà applicare contestualmente il divieto di espatrio, l'obbligo di presentazione alla polizia e il divieto o l'obbligo di dimora.

¹³⁹ A tal proposito, peraltro, occorre pure richiamare come il già visto art. 97, disponga l'obbligo di consultazione "senza indugio" con la Corte, in merito alle difficoltà che potrebbero intralciare o impedire l'esecuzione del mandato. Nell'ambito di tali consultazioni lo Stato parte informa la Corte delle particolari esigenze della sua legislazione, in merito a documenti, dichiarazioni ed informazioni pretesi nello Stato richiesto per la consegna", fermo restando, tuttavia, che "le esigenze dello Stato richiesto non devono essere più onerose in questo caso rispetto alle richieste d'estradizione presentate in applicazione di trattati o di intese concluse fra lo Stato richiesto ed altri Stati e dovrebbero anzi se possibile, esserlo di meno, in considerazione del carattere particolare della Corte". E l'art. 91, comma 4, Statuto, dispone che lo Stato parte deve intrattenere con la Corte "sia in generale, sia a proposito di una particolare questione, consultazioni sulle condizioni previste dalla sua legislazione interna che potrebbero applicarsi secondo il paragrafo 2, capoverso c), in relazione ai mandati di arresto e consegna spiccati dalla Camera preliminare.

¹⁴⁰ Su tutti, cfr. M.R. Marchetti, *Art. 716*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, V ed., III, WKI, Milano, 2017, p. 510.

¹⁴¹ Cass. pen., Sez. VI, 3 dicembre 2019, n. 44665, Atamalobekov, in *Ced Cass.*, n. 278190; Cass. pen., Sez. VI, 14 giugno 2016, Tang, in *Ced Cass.*, n. 268321. Come pure, in riferimento al "mandato di cattura internazionale" che, ha appunto lo scopo di comunicare l'esistenza di un mandato di cattura e al contempo richiedere l'arresto provvisorio del soggetto ricercato, si vedano Cass. pen., Sez. VI, 12 gennaio 1999, Lubowsky, in *ANPP*, 1999, p. 669; Cass. pen., Sez., VI, 6 novembre 2009, G.M., in *Ced Cass.*, n. 245304.

di cui all'art. 13, comma 2 cost., a protezione della libertà personale del "consegnando". Sia consentito tuttavia di dubitare che, nella ricerca dei confini di un'interpretazione sistematico-teleologica, l'art. 13 debba essere il solo parametro costituzionale chiamato in causa. Sono invece chiaramente coinvolti più parametri, in una classica operazione di *confronto-bilanciamento* che, vieppiù in casi difficili come questo, l'interprete non solo può ma *deve* fare. Essi sono altrettanto chiaramente riconoscibili, innanzitutto nell'art. 117 cost., che è parametro mobile tramite cui tutte le esaminate disposizioni dello Statuto devono entrare in bilanciamento¹⁴², poi negli artt. 101, comma 2, e 104 cost., per la necessità che formulazioni normative ambivalenti e asistematiche non intorbidino i principi della sottoposizione del giudice alla *sola legge*, e dell'autonomia e indipendenza della magistratura, attraverso filtri *politici inconsapevolmente o malamente* introdotti in sede legislativa. La bilancia utile a stimare i contrapposti valori e regole in gioco non può che essere quella dell'art. 3 cost., attraverso i suoi principi di *ragionevolezza-razionalità* e *ragionevolezza-uguaglianza*, stabilmente utilizzati, come noto, nell'interpretazione costituzionalmente orientata delle norme¹⁴³.

È proprio attraverso i principi guida di cui all'art. 3 cost. che, da un lato, non può ritenersi razionale, attraverso una *reductio ad absurdum*, attribuire all'arresto per la CPI un risultato ampiamente più modesto, in termini di effettività, rispetto allo strumento estradizionale classico, pur in presenza, come detto, di precise differenziazioni terminologiche (art. 102 Statuto) e sistematiche, volte ad ampiamente verticalizzare e potenziare il primo rispetto al secondo. Parimenti, verrebbe pure violato il principio di ragionevolezza-uguaglianza ove, a fronte di una prassi che consente invece l'arresto d'urgenza della polizia sotto un regime di cooperazione convenzionale che pure non lo contempla espressamente – come avviene nella Convenzione Italia-Usa – esso fosse vietato invece nel caso analogo della cooperazione con la CPI, peraltro, per ipotesi delittuose gravissime, nonché, per inciso, anche potenzialmente oggetto di giurisdizione penale universale.

¹⁴² Sull'art. 117 cost. quale disposizione che ha introdotto un rinvio mobile, che trasporta nell'interpretazione costituzionalmente orientata anche il contesto interpretativo del sistema ordinamentale di provenienza, si veda, F. Salerno, *La coerenza dell'ordinamento interno ai trattati internazionali in ragione della costituzione e della loro diversa natura*, in *osservatiriosullefonti.it*, p. 8 e 12. Il riferimento, anche alla luce delle sentenze gemelle della Corte costituzionale 348 e 349 del 2007, è particolarmente significativo per quei sistemi in cui esiste una corte regolatrice, come la Cedu, ma anche – aggiungiamo noi a questo punto – come lo Statuto di Roma. L'interprete, afferma l'A., deve misurarsi direttamente con il valore della norma internazionale nell'ordinamento di origine.

¹⁴³ Si intende riferirsi ai noti concetti utilizzati dalla Corte e sistematizzati dalla più autorevole dottrina costituzionalistica, fra cui si veda, G. Zagrebelsky, *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Milano, 1994, p. 180 ss.; M. Fierro, *La ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in AA.VV., *I principi di proporzionalità e ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale, anche in rapporto alla giurisprudenza delle Corti europee*, 2013, p. 7 ss., pure in http://www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/RI_QuadernoStudi_Roma2013.pdf.

Si ricorda pure che, in riferimento ai profili della cooperazione internazionale in materia penale, la rilevanza del limite della compatibilità con i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato è stata poi specificamente riconosciuta dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 379 del 1995, relativa ad un caso di rogatoria testimoniale all'estero.

Insomma, alla luce delle disposizioni richiamate, il caso della ricezione di un mandato d'arresto della CPI – perfezionatosi in capo al Ministro tramite canale ufficiale, comunicazione di DIGOS e di Procuratore generale – accompagnata peraltro dalla richiesta d'urgenza *ex art. 92* dello Statuto e convogliata tramite canale Interpol, non può essere ragionevolmente considerata quale *assenza* di quella previsione per legge che, ai sensi del detto art. 13, comma 2, cost. non consentirebbe all'autorità di pubblica sicurezza di adottare provvedimenti provvisori.

La violazione dell'obbligo internazionale consumatasi con la liberazione dell'Almasri ha dato corso alla richiesta di chiarimenti alla Repubblica Italiana da parte della Corte¹⁴⁴, la quale, come detto, è adempimento necessario e preliminare, ai sensi della Regola 109 della Corte, alla richiesta di un *Finding of non compliance*, ai sensi del detto art. 87, comma 7, Statuto.

12. Segue:...e di ipotesi alternative percorribili.

Si sarebbe però potuta rintracciare una base giuridica per i provvedimenti precautelare e cautelare al di fuori dell'ambiguo e sconnesso dato letterale della l. 237/2012?

È il caso di guardare alla Convenzione Onu contro la tortura¹⁴⁵ – e, in particolare ai suoi artt. 4, comma 1, 5, comma 2, e 6, letti con l'art. 7, comma 5 c.p. – e alla legge l. 110/2017, che avrebbero potuto consentire una duplice alternativa alla luce del consueto canone dell'*aut dedere aut iudicare*. Quanto alla prima di tali alternative, difatti si deve considerare che l'art. 4, comma 2, l. 110/2017 prevede che “nei casi di cui al comma 1”, ovverosia nei casi di addebito dei reati di tortura (art. 613-bis c.p.) e istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura (art. 613-ter c.p.) “lo straniero è estradato verso lo Stato richiedente nel quale è in corso il procedimento penale o è stata pronunciata sentenza di condanna per il reato di tortura o *nel caso di procedimento davanti ad un tribunale internazionale, verso il tribunale stesso (...)*”. Vero è che si prospettava una indubbia concorrenza tra le due fonti teoricamente applicabili - la procedura *ex lege* 237/2012 e quella del detto art. 4, l. 110/2017 -. Tuttavia, nel caso di specie, la seconda fonte avrebbe potuto applicarsi non (solo) in quanto *lex posterior*, ma anche perché *lex specialis* all'interno della materia della cooperazione con la Corte, in quanto *espressamente* si riferisce (nella specificità dei crimini contemplati) all'istituto della consegna, a fronte dei molti istituti di cooperazione invece contenuti nel capitolo IX dello Statuto di Roma. Alle eventuali obiezioni relative alla incompetenza

¹⁴⁴ Pre-trial Chamber, I, *Invitation to the Italian Republic to provide submissions concerning its failure to surrender Osama Elmasry / Almasri Njeem to the Court following his arrest*, cit.

¹⁴⁵ Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Ris. 39/46 del 10 dicembre 1984, eseguita in Italia con legge n. 498 del 3 novembre 1988.

nell'adozione della precautela e nella cautela, si sarebbe potuto replicare rinviando alle note Sezioni unite della Corte Salzano e Mones¹⁴⁶.

Vediamo ora la seconda delle citate alternative, quella dell'*aut iudicare* – premettendo che si è tenuto da parte ed escluso un incardinamento della giurisdizione a titolo di giurisdizione *universale* per i crimini "*iuris gentium*"¹⁴⁷, in relazione alla quale non c'è affatto nitore interpretativo¹⁴⁸ – e si è tenuta presente invece la detta Convenzione Onu: l'art. 6 di tale fonte normativa dispone, difatti, che "Qualora ritenga che le circostanze lo giustifichino, dopo aver esaminato le informazioni di cui dispone, ogni Stato Parte sul cui territorio si trova una persona sospettata di aver commesso uno dei reati di cui all'articolo 4, assicura la custodia di questa persona o adotta ogni altro provvedimento necessario ad assicurare la sua presenza conformemente alla sua legge, per il tempo necessario a promuovere procedimenti penali o avviare una procedura di estradizione"¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Cass. pen. SU, 14 luglio 1999, n. 17, Salzano, parr. 2 e 3 dei Considerato; Cass. pen. SU, 25 marzo 2010, n. 12823, Mones.

¹⁴⁷ Per cui le autorità italiane avrebbero potuto (non dovuto) procedere. Cfr., C. Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2015, p. 126 ss.; C. Cantone, *La giurisdizione penale universale: quale futuro per l'Italia*, in *sidiblog.org*; M. La Manna, *La giurisdizione penale universale nel diritto internazionale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2020, p. 139 ss. Peraltro, anche l'occasione di trovare conforto con la *codificazione dei crimini internazionali* sembra naufragata, a quanto pare, con la stasi del Progetto della c.d. Commissione Palazzo-Pocar. Il progetto segue ai progetti delle Commissioni: Pranzetti (1998), La Greca-Lattanzi (1999), Conforti (2002) e Scandurra (2002). Inoltre, si ricordano anche le iniziative presentate in Parlamento con il [progetto di legge n. 2724](#) (Kessler) del 9 maggio 2002 e con il [progetto di legge n. 1638](#) (Iovene) del 24 luglio 2002. Il Progetto Palazzo-Pocar si legga, con la relazione di accompagnamento, in *questa rivista*, https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1680273319_commissione-palazzo-pocar-articolato-31mag22-copia.pdf. Cfr., pure, C. Meloni, *Giustizia universale? Tra gli Stati e la Corte penale internazionale: bilancio di una promessa*, Il Mulino, Bologna, 2024, p. 124 ss.

¹⁴⁸ Cass. pen. Sez. I, 19 giugno 2008, n. 31171, Calipari, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4309B, con nota di A. Balsamo, S. Vanadia, *La Cassazione e il caso Calipari*. La Corte, sebbene solo indirettamente, affrontando cioè il profilo dell'impossibilità di invocare le immunità funzionali, riconosceva il principio per cui in tutti i casi di crimini contro l'umanità, crimini di guerra, ed altri "crimini fondamentali" (genocidio, guerra di aggressione, tortura, terrorismo internazionale) gli Stati, cui i presunti responsabili appartengono, non possono sottrarsi alla giurisdizione straniera. Cfr. pure, Cass. pen., Sez. VI, 3 maggio 2023, n. 23262, Tarigo, in *Ced Cass.*, n. 284787, in cui la Corte di Cassazione, nel negare l'esistenza, quale motivo ostativo alla consegna, l'avvenuta prescrizione ove siano in contestazione crimini contro l'umanità, ha ricordato come questi, offendano gli interessi transnazionali e violino lo "*jus cogens*", ovvero quelle norme di diritto vivente considerate da tutti gli Stati universalmente vincolanti, che, poste al vertice dell'ordinamento internazionale, prevalgono su ogni altra norma di legge, sia convenzionale che consuetudinaria, essendo incorporate nell'ordinamento interno dall'art. 10 Cost. La pronuncia veniva emessa in relazione ad una ipotesi di richiesta di estradizione richiesta dal governo uruguayano nei confronti di un cittadino di quel Paese, all'epoca militare, indagato per l'omicidio di un oppositore del regime deceduto a cagione delle torture subite. Si veda, pure, *infra*, nt. 151.

¹⁴⁹ Deve darsi conto di come la Suprema corte non abbia ritenuto l'esistenza della giurisdizione italiana, in una fattispecie relativa a reati di sequestro di persona a scopo di estorsione, tortura e violenza sessuale commessi in territorio libico nei confronti di immigrati poi trasportati illegalmente in Italia, anche se ritenuti connessi con quelli di associazione per delinquere e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, invece rientranti nella giurisdizione italiana, non rintracciando un fondamento normativo, anche di diritto internazionale, idoneo a derogare al principio di territorialità. In un altro caso la Corte, applicando l'art. 4, legge 14 luglio 2017, n. 110, ha affrontato la diversa questione dell'impossibilità di riconoscere forme di immunità agli stranieri indagati o condannati all'estero per fatti integranti tortura, ricordando che il

Ebbene, ove si fosse scelta la strada dell'incardinamento di un procedimento penale in Italia, il mandato della CPI e i suoi allegati avrebbero potuto considerarsi "informazioni" di cui si dispone e "circostanze che... giustificano" la *custodia* e "ogni altro provvedimento necessario ad assicurare la sua presenza conformemente alla legge". E, a loro volta, la precautela e la cautela avrebbero potuto considerarsi l'"assicurazione della custodia" e "ogni altro provvedimento, di cui parla l'art. 6 della detta Convenzione Onu sulla tortura. Questo avrebbe comportato l'incardinamento di un procedimento penale per la fattispecie di tortura a titolo di giurisdizione *ex* art. 7, comma 5, c.p.¹⁵⁰, in combinazione con le citate disposizioni della Convenzione Onu¹⁵¹.

Ciò peraltro avrebbe, al limite, anche potuto condurre alla proposizione dell'eccezione di improcedibilità dinanzi alla CPI da parte dell'Italia, sulla scorta del principio di complementarità della giurisdizione, così come posto nell'art. 19, Statuto¹⁵². In tale contesto, l'applicazione dei provvedimenti preautelare e cautelare avrebbe addirittura potuto, verosimilmente, costituire elemento per l'apprezzamento della *willingness* e della capacità di celebrare il processo, che la CPI stima nell'apprezzamento, per l'appunto, della sussidiarietà della sua giurisdizione. Come pure, nell'ipotesi di definizione in patria del procedimento, l'Italia avrebbe persino potuto avanzare un'eccezione d'improcedibilità dinanzi alla CPI, per *bis in idem*, *ex* art. 17, lett. c) e 20 Statuto (seppur solo limitatamente

principio di imprescrittibilità dei crimini contro l'umanità è affermato anche dallo Statuto di Roma.

¹⁵⁰ Per l'analisi dei criteri di collegamento per l'esercizio della giurisdizione penale e per un'analisi critica del parametro della territorialità, si veda la completa ed acuta ricostruzione di A. De Martino, *La frontiera e il diritto penale. Natura e contesto delle norme di "diritto penale transnazionale"*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 38 ss.

¹⁵¹ Come rilevato da R.S. Aitala, i due presupposti perché i crimini internazionali siano giudicati dalla giurisdizione nazionale sono 1) la criminalizzazione da parte della legge nazionale di fattispecie internazionali e 2) la presenza di norme di *applicazione spaziale della legge penale*. Sotto il primo profilo, come detto, l'Italia non ha adeguato il sistema interno, salvo che per il genocidio. Ora, se per un verso vi è la difficoltà legata al fatto che nei crimini di competenza della Corte figurano i cosiddetti aspetti *constestuali*, da un altro verso, come è stato osservato, "*they do not relate to the nature of the conduct itself*", ovverosia, potrebbe anche non essere necessario a livello nazionale perseguire un soggetto per *crimini internazionali* se vi è una contestazione, ad esempio, per omicidi. Nella vastissima letteratura, in relazione al *same conduct test*, si rinvia, oltre che all'A. succitato, a P. Seils, *Handbook on Complementarity*, International Center for Transitional Justice, 2016, p. 36. Si legga, peraltro, l'importante Corte cost. 192/2023, in relazione al caso Regeni, che, al par. 7 dei *motivi in diritto*, ha affermato che «La tortura è un delitto contro la persona e un crimine contro l'umanità. Essa, infatti, è proibita sia dal diritto internazionale penale, sia dalle norme internazionali sui diritti umani, con tale costanza e univocità da attribuire al divieto carattere inderogabile, ascrivendolo allo *ius cogens* di formazione consuetudinaria». In dottrina, peraltro, si è pure precisato che nel diritto internazionale penale le condotte di tortura possono senz'altro integrare un crimine contro l'umanità (non nel caso Regeni tuttavia), come scrive la Corte costituzionale, ma sono anche sottocategorie di altre classi di crimini internazionali e hanno anche una valenza autonoma. Le condotte di tortura possono assumere 4 diverse forme giuridiche, quali 1) crimini di guerra; 2) crimini contro l'umanità; 3) modalità di genocidio; 4) crimine internazionale a sé stante (come nel caso Regeni). Si rinvia a R.S. Aitala, F.M. Palombino, *La corte costituzionale nel processo Regeni: l'efficacia espansiva di una pronuncia storica*, *Riv. dir. int.*, 2024, p. 165 ss.

¹⁵² Si veda, pure la regola 58 delle Regole di procedura e prova.

alle condotte di tortura).

LA “CONFISCA ALLARGATA” TRA ISTANZE DI RAGIONEVOLEZZA E «BRUTO PREDOMINIO» SULLA REALTÀ

di Mario Arbotti

Il contributo esamina la recente questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Firenze in ordine all'estensione della confisca allargata ai fatti di lieve entità in materia di stupefacenti. L'analisi evidenzia come l'automatismo normativo sotteso alla misura rischi di degenerare in un “bruto predominio” sulla realtà, compromettendo i principi di ragionevolezza e proporzionalità. In tal modo, la misura si allontana dalla originaria funzione ripristinatoria per assumere una connotazione repressiva, volta a colpire indiscriminatamente anche fasce sociali marginali. Si propone, infine, un approccio più selettivo nella scelta dei reati-matrice, limitando l'applicazione della confisca ai soli reati effettivamente sintomatici di un illecito arricchimento, così da scongiurare profili di incostituzionalità.

SOMMARIO: 1. L'inarrestabile ascesa della “confisca allargata”. – 2. Una recente *quaestio legitimatis* sull'estensione della misura ai fatti di lieve entità in materia di stupefacenti. – 3. Le ragioni a fondamento di un “chirurgico” *distinguishing*: l'irragionevolezza della presunzione di accumulazione illecita di ricchezza. – 4. Gli automatismi legislativi tra generalizzazioni defettibili e lacune assiologiche. – 5. Ragionevolezza della legge e «bruto predominio» sulla realtà.

1. L'inarrestabile ascesa della “confisca allargata”.

Nelle moderne strategie di contrasto alla ricchezza illecitamente accumulata – autentico imperativo della politica criminale contemporanea (*crime doesn't pay*)¹ – la “confisca allargata” o per sproporzione ha assunto un ruolo sempre più centrale, assurgendo quasi a punta di diamante del nuovo modello politico-criminale. Un istituto “ibrido”, dallo statuto normativo incerto – e forse proprio per questo massimamente efficace² – caratterizzato da una sovrapposizione non facilmente districabile di istanze

¹ In argomento, cfr. V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1261.

Nel descrivere la sempre maggiore rilevanza che il patrimonio ha assunto nella concreta modulazione delle strategie politico-criminali, in dottrina si è persino evocata l'ascesa di un'“età dei proventi” (*the age of proceeds*). In questi termini, M. GALLANT, *Money Laundering, Criminal Assets and the 1998 Proposed Reforms*, in *Journal of Financial Crime*, 1999, 6, 323.

² Riecheggiano le riflessioni di F. SGUBBI, *Il diritto penale incerto ed efficace*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 1193 ss.

intimidatorio-repressive e finalità riparatorio-preventive³, agevolmente manipolabile per il perseguimento dei più eterogenei obiettivi, ancorché non esente – come meglio si dirà – da sviluppi applicativi a tratti parossistici.

Nata quasi per “gemmazione” dalla dichiarazione di incostituzionalità dell’obsoleto e illiberale delitto di sospetto del «possesso ingiustificato di valori» – che assoggettava a pena una condotta del tutto neutra sul piano del disvalore, incentrato, al contrario, su un evanescente e fumoso *status* soggettivo⁴ – la misura, pur caratterizzata dalle originarie stimate indiziarie e della natura marcatamente eccezionale, ha conosciuto nel tempo una progressiva espansione verso referenti criminologici distanti dal prototipo della criminalità organizzata o, comunque, “seriale”, la sola in grado di giustificare il meccanismo presuntivo posto alla sua base.

Come tutte le confische di beni di sospetta origine illecita, infatti, un tale modello ablatorio si caratterizza per un allentamento del rapporto di pertinenzialità tra l’oggetto dell’ablazione ed il singolo reato accertato e per un notevole affievolimento degli oneri probatori gravanti sull’accusa, sul presupposto che la condanna per determinati delitti, in uno con la sproporzione non giustificata dei beni di cui il condannato dispone rispetto al reddito o all’attività economica esercitata, siano indici presuntivi della genesi del suo patrimonio da altre attività criminose che non è stato possibile ricostruire. Di talché, non sarà necessario dimostrare la puntuale derivazione eziologica del cespite oggetto dell’ablazione dal singolo reato, essendo al contrario sufficiente la sola prova della sua caratura abnorme, non debitamente giustificata, rispetto alle disponibilità patrimoniali del condannato, che indizierebbe – in ragione della significatività criminovalente del fatto accertato – la provenienza da un’ulteriore attività criminosa rimasta “sommersa”. In altri termini, la misura pare fondarsi su una duplice supposizione: per il passato, della derivazione dei beni sproporzionati da altri delitti analoghi non oggetto di accertamento processuale e, per il futuro, del loro potenziale reimpiego tanto per finanziare ulteriori

³ In questi termini, G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri ‘reati-matrice’*, in *Giur. cost.*, 2018, 307 s. Sui connotati ibridi di tale confisca cfr. anche E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012, 15 s.; E. SQUILLACI, *La confisca “allargata” quale fronte avanzato di neutralizzazione dell’allarme criminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1525.

⁴ Come è noto, l’art. 12-*quinquies*, comma 2, d.l. n. 306 del 1992 puniva la persona sottoposta a procedimento penale per il delitto di associazione mafiosa o per altre ipotesi delittuose ritenute tipiche delle organizzazioni criminali – o nei cui confronti fosse in corso di applicazione o si procedesse per l’applicazione di una misura di prevenzione personale –, la quale, anche per interposta persona, avesse la disponibilità di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al proprio reddito o alla propria attività economica e dei quali non potesse giustificare la legittima provenienza. La norma incriminatrice è stata dichiarata costituzionalmente illegittima dalla sentenza n. 48 del 1994, per la smaccata violazione della presunzione di innocenza. La Corte, infatti, rilevò che la previsione punitiva fondava sulla mera qualità di indagato, imputato o proposto per l’applicazione di una misura di prevenzione il presupposto soggettivo che rendeva punibile un fatto – la sproporzione non giustificata tra beni e redditi – altrimenti neutro per l’ordinamento; con il risultato che il soggetto, ancorché presunto non colpevole, veniva di fatto punito per una condotta che rimaneva invece penalmente indifferente qualora posta in essere da qualsiasi altro consociato.

attività illecite, quanto per il sostegno ad attività economiche legali, con effetti gravemente distorsivi del corretto funzionamento del mercato e della concorrenza⁵.

Una misura tanto invasiva sul piano patrimoniale, allora, può giustificarsi solo a condizione che i reati-matrice siano univocamente sintomatici di un illecito arricchimento del suo autore, risolvendosi altrimenti in uno strumento dagli effetti gravemente sovradimensionati, in contrasto con qualsivoglia istanza di proporzione ed in grado di attivare – con buona pace di ogni massima di esperienza validamente fondata – defatiganti indagini “a tutto tondo” sul patrimonio del condannato, strumentali a mere esigenze di irrigidimento repressivo che finiscono per veicolare istanze general-preventive e, in ultima analisi, *punitive*. In breve, solo un deciso contenimento di tale meccanismo ablatorio alle forme di criminalità regolarmente lucrogenetiche può assicurarne la ragionevolezza politico-criminale, fugando ogni dubbio di surrettizio utilizzo per finalità diverse ed ulteriori, che indizierebbero una bulimia sanzionatoria ben distante da ogni vocazione autenticamente ripristinatoria.

La concreta prassi legislativa, però, ha rivelato una realtà profondamente distante dalle astratte aspirazioni “riduzionistiche”. Pressoché ogni intervento riformatore realizzato sulla misura ha infatti ampliato il suo raggio di applicazione, per il tramite dell’inserimento di reati-presupposto sempre più criminologicamente inconferenti, fortemente condizionato dalla – più o meno fondata – emergenza politico-criminale di turno. La confisca allargata pare così essersi trasmutata quasi in una necessaria ed irrinunciabile “appendice sanzionatoria”, smarrendo l’originaria funzione neutralizzativo-recuperatoria dei capitali illeciti e giustificandosi solo come ulteriore “*pricing punitivo*” e strumento di censura nei confronti del sospettato arricchimento del reo⁶. L’impressione che si ricava osservando l’attuale art. 240-*bis* c.p., allora, è quella di un universo eterogeneo, abbandonato alle secche della schizofrenica passione punitiva del momento⁷, ben distante da qualsiasi prospettiva di scopo razionalmente fondata.

Nell’orizzonte concettuale sinteticamente rappresentato, si inserisce la recente ordinanza del 30 settembre 2024 del Tribunale di Firenze che – a seguito dell’inclusione tra i reati-matrice del fatto di lieve entità in materia di stupefacenti realizzato dalla l. n. 159 del 2023⁸ – ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell’art. 85-*bis* D.P.R. n. 309 del 1990⁹, nella parte in cui non esclude dal proprio ambito applicativo le ipotesi di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per la fattispecie

⁵ In questi termini, ancora, G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione*, cit., 308, ma sul punto cfr. anche le riflessioni di F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 184.

⁶ Sul tema, in una prospettiva più generale, cfr. le osservazioni di V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1004.

⁷ Sempre attuale l’indagine sociologica di D. FASSIN, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018.

⁸ In argomento cfr. E. PENCO, *Le novità in materia di stupefacenti e fatto di lieve entità introdotte dalla l. n. 159 del 2023: ricadute processuali e criticità di sistema*, in *Leg. pen.*, 26 gennaio 2024, 9 ss.

⁹ Disposizione che – come è noto – estende l’operatività della confisca disciplinata dall’art. 240-*bis* c.p. ai casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per i delitti di produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 73 D.P.R. n. 309 del 1990).

disciplinata dall'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990. Su quest'ultima ordinanza occorre ora soffermare l'attenzione.

2. Una recente *quaestio legitimitatis* sull'estensione della misura ai fatti di lieve entità in materia di stupefacenti.

Nell'ambito di una non particolarmente complessa vicenda di detenzione illecita di stupefacenti – qualificata dalla lieve entità del fatto in ragione del ridotto quantitativo e della tipologia di sostanza, nonché delle modalità rudimentali della detenzione – si procedeva al sequestro di una serie di banconote, dell'importo totale di 3050 euro. L'imputato non forniva alcuna giustificazione in ordine alla provenienza della somma rivenuta che appariva sproporzionata rispetto al suo reddito, posto che lo stesso – irregolare sul territorio italiano – risultava del tutto privo di occupazione lavorativa e non svolgeva alcuna attività economica. Alla luce delle circostanze di contesto – atteso che il denaro era stato trovato in costanza della commissione del reato e nessun elemento situazionale induceva a ritenere che la somma fosse stata acquisita dall'imputato in un periodo ragionevolmente antecedente la sua realizzazione – si sarebbe dovuto procedere alla “confisca allargata” delle somme in forza dell'art. 85-*bis* D.P.R. n. 309 del 1990.

Ad avviso del giudice *a quo*, ad una diversa conclusione non era possibile pervenire neanche valorizzando le indicazioni ermeneutiche fornite dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 33 del 2018¹⁰. In tale decisione, nel rigettare una questione di legittimità costituzionale concernente l'inclusione tra i reati-matrice del delitto di ricettazione, la Corte aveva invitato il giudice ordinario a valutare se, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore, il fatto per cui era intervenuta condanna esulasse in modo manifesto dal “modello” che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza, non disponendo, in questo solo caso, la misura ablatoria. In altri termini, la Corte, ben consapevole della natura criminologicamente esangue di alcuni reati-presupposto, esortava il giudice comune a valutare se i “connotati singolari” della situazione fattuale fossero talmente *eccezionali* da rendere *ictu oculi* irragionevole l'applicazione della misura, attesa la manifesta esorbitanza del fatto concreto rispetto al modello astratto che dovrebbe giustificare – secondo le cadenze dell'*id quod plerumque accidit* – la validità del meccanismo presuntivo.

Sulla decisione si tornerà a breve, ma fin da subito non può sottacersi che di per sé l'astratta ipotizzabilità di accadimenti contrari al criterio di regolarità statistica che fonda la presunzione dovrebbe indiziarne l'implausibilità empirica – anche se non

¹⁰ Corte costituzionale, 21 febbraio 2018, n. 33 con nota di G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione*, cit., 307 ss.; E. APRILE, *La confisca «allargata» ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992 è costituzionalmente legittima anche se il reato «presupposto» è quello di ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 1567 ss.; S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2018, 131 ss.; B. LIBERALI, *La «ragionevolezza temporale» della c.d. confisca allargata e un nuovo monito al legislatore*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 317 ss.; M. PICCARDI, *Legittima la confisca «allargata» nel caso di condanna per ricettazione*, in *Cass. pen.*, 2018, 2816 ss.; F. SCARIATO, *Perplexità e preoccupazioni: la Corte costituzionale ritorna sulla confisca antimafia*, in *Riv. pen.*, 2018, 451 ss.

necessariamente, come meglio si dirà, l'irragionevolezza – e, dunque, quantomeno l'inopportunità politico-criminale. Al di là della natura *iuris tantum*, infatti, l'automatismo che la legge fa derivare dalla prova del fatto noto in tanto può giustificarsi, in quanto il fatto ignorato si ponga come la logica e naturale conseguenza del primo. Ogni ipotesi contraria indebolisce la solidità della generalizzazione, rendendo la legge di copertura che sorregge la presunzione "eccentrica" e comunque parzialmente inidonea rispetto alla porzione di realtà che intenderebbe disciplinare, interrompendo il rapporto di fisiologica trasmissione fra il mondo del fatto e il mondo del diritto¹¹. In altri termini, ogniqualevolta il rigido rapporto di consequenzialità tra protasi e apodosi – in astratto pur esprimente «l'ideale perfetto delle norme giuridiche»¹² – comprime in modo eccessivo l'afflato vivificante del fatto sul diritto¹³, l'automatismo manifesta tratti di inadeguatezza politico-criminale che lo rendono almeno parzialmente inidoneo a coprire la porzione di realtà che pure il legislatore vorrebbe sottrarre all'apprezzamento del giudice o – come nel caso in esame – assoggettare ad un attenuato rigore degli oneri probatori, strumentale al raggiungimento di un obiettivo prefissato.

In ogni caso, il Tribunale di Firenze escludeva che nel caso di specie si potesse addivenire ad un giudizio di manifesta "estraneità" del caso concreto rispetto al modello astratto: nessuna circostanza di contesto, infatti, permetteva di qualificare la vicenda criminosa come del tutto episodica ed occasionale, in quanto tale esulante dal paradigma generale che fonda la presunzione. Continuando, ciononostante, a dubitare della legittimità costituzionale della scelta di includere anche i fatti di lieve entità in materia di stupefacenti nel novero dei reati-matrice, al giudice *a quo* non restava altra strada che percorrere l'itinerario dell'incidente di costituzionalità per porre rimedio al *vulnus* individuato.

Nella selezione dei parametri costituzionali rilevanti, viene anzitutto evocata un'esorbitante limitazione del diritto di proprietà, apprezzabile dall'angolo visuale degli artt. 3 e 42 della Costituzione. Pur rimando in parte inespresso – e quasi sottotraccia – nell'ordinanza di rimessione, implicito appare il riferimento al principio di proporzionalità, quale limite costituzionalmente imposto ad ogni ingerenza statale che incida in senso restrittivo sui diritti fondamentali della persona. Il *proportionality test* è in questo caso rilevante per l'esame della idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto della misura rispetto alla *finalità legittima* perseguita dalla norma, assumendo i tratti di un giudizio *prospettico* concentrato sulla *sostenibilità* – e giustificabilità – dell'ingerenza pubblica rispetto al coefficiente di incisione del diritto compresso dallo strumento ablativo. Si tratta di una valutazione ben diversa dal – solo nominalmente – omologo giudizio *retrospettivo* focalizzato sulla proporzione tra fatto commesso e pena irrogata che, evidentemente, può svolgersi solo a condizioni che ci si trovi dinanzi ad una misura dalla indubbia finalità punitiva. In altri termini, non si tratterà in questo caso

¹¹ In argomento, cfr. le riflessioni di L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi. Il giudice delle leggi fra norma "astratta" e caso "concreto"*, Napoli, 2020, 291.

¹² In questi termini, con riferimento alle idee ereditate dall'Illuminismo giuridico, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, Bologna, 2017, 181.

¹³ V., ancora, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 291.

di valutare la non eccessività della risposta sanzionatoria rispetto al disvalore oggettivo e soggettivo del fatto di reato, ma di evitare un sacrificio *eccessivo* ad un diritto fondamentale rispetto alle necessità di tutela di un altro interesse costituzionalmente significativo¹⁴.

Da questa angolatura si apprezza l'irragionevolezza di una misura che, al fine legittimo di recuperare le indebite accumulazioni di ricchezza, finisce per annichilire il diritto di proprietà di soggetti ai margini della società, per i quali la realizzazione di reati dal modesto spessore offensivo rappresenta spesso un mezzo – per quanto illecito – di elementare sussistenza, in assenza di alternative legali ragionevolmente praticabili. Come correttamente evidenziato nell'ordinanza di rimessione¹⁵, il tipico modello criminologico di autore di tale reato appartiene tendenzialmente a "fasce marginali" di non abbienti che operano al di fuori dei canali ufficiali e, dunque, in modo non tracciabile. Di talché, da un lato, ogni somma o utilità rinvenibile nel loro patrimonio risulterebbe di per sé sempre sproporzionata, posto che il reddito ufficiale è tendenzialmente nullo e, dall'altro, ogni eventuale tentativo di giustificarne la provenienza sarebbe *ipso facto* impossibile, attesa l'impossibilità di allegare adeguati riscontri e di fornire ogni possibile specificazione ulteriore – in termini di importi precisi, soggetti coinvolti nell'acquisto, data di realizzazione etc. – che possa falsificare il totalizzante meccanismo presuntivo. La confisca dell'intero patrimonio, dunque, apparirebbe un esito ineluttabile, quasi una sorta di "moderna" *Ananke* destinata – sempre e in ogni caso – a sottrarre coattivamente i già minimi mezzi di sussistenza.

D'altro canto, l'irragionevolezza del meccanismo presuntivo si apprezza – in maniera ancora più evidente – se solo si considera la strutturale assenza di capacità redditizia del delitto *ex art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990*. Quest'ultimo, infatti, lungi dall'essere idoneo a creare una significativa accumulazione economica, tale da giustificare la presunzione di origine delittuosa dei beni sproporzionati al reddito o all'attività economica di cui il condannato non riesca a giustificare la provenienza, risulta spesso commesso da "bassa manovalanza", priva di significativi mezzi economici, rispetto alla quale sostanzialmente inverosimile – se non del tutto irreali – si profila il rischio di un possibile reimpiego delle somme per il finanziamento di ulteriori attività illecite o, *a fortiori*, di un loro investimento nel sistema economico legale, con effetti potenzialmente distorsivi del corretto funzionamento del mercato e della concorrenza. Non solo, allora, parrebbe venire meno la *ratio* politico-criminale che giustifica l'utilizzo di uno strumento così invasivo, ma, a monte, la stessa solidità logica della presunzione che sorregge il meccanismo presuntivo rischia di sgretolarsi dinanzi alla dura verifica dell'esperienza.

¹⁴ Di recente la diversità delle logiche che informano i due giudizi è stata istruttivamente ribadita da F. VIGANÒ, [La proporzionalità nella giurisprudenza recente della corte costituzionale: un primo bilancio](#), in *questa Rivista*, 8 gennaio 2025, seguendo una trama argomentativa già ampiamente esposta in ID., *La proporzionalità della pena. Profili di diritto penale e costituzionale*, Torino, 2021 119 s. e 239 ss. Una chiara distinzione tra le due nozioni di proporzionalità è rinvenibile anche in N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Torino, 2020, 233 s.

¹⁵ Ordinanza del 30 settembre 2024 del Tribunale di Firenze pubblicata nella GU n. 46 del 13 novembre 2024, 50.

Un ulteriore vizio di costituzionalità, sempre al metro dell'art. 3 Cost., è poi osservabile dall'angolo visuale delle geometrie triadiche del giudizio di eguaglianza-ragionevolezza. In particolare, un valido *tertium comparationis* idoneo ad illuminare l'irrazionalità intrinseca della scelta legislativa – e non solo, come in precedenza, la mera irragionevolezza¹⁶ –, talmente eclatante da determinare quasi una «rottura logica dell'ordinamento»¹⁷, è rappresentato dal delitto di associazione in materia di stupefacenti finalizzata alla commissione di fatti di lieve entità. Come è noto, il delitto *ex* art. 74, comma 6, D.P.R. n. 309 del 1990 rappresenta un reato autonomo e non una mera circostanza attenuante indipendente delle più gravi fattispecie previste dai commi 1° e 2° del medesimo articolo¹⁸ ed in ragione di una tale autonomia il Giudice di legittimità ha più volte escluso la sua assoggettabilità alla “confisca allargata”¹⁹.

Ne deriva la conseguenza paradossale che mentre chi si associ per commettere una pluralità di fatti di lieve entità in materia di stupefacenti non subirà, in caso di condanna, la temibile applicazione della misura, colui che sia punito solamente per un singolo reato *ex* art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990 sarà sottoposto all'apprensione coattiva di tutti i beni sproporzionati rispetto al reddito o all'attività economica svolta di cui non riuscirà a dimostrare la legittima provenienza. L'insostenibile disparità di trattamento indizia l'esistenza di un sistema a tratti schizofrenico – nel quale «le norme che ne fan parte degradano al livello di gregge privo di pastore»²⁰ – privo di ogni plausibilità logica e intrinsecamente contraddittorio tra premesse politico-criminali e conclusioni pratico-applicative. L'incongruenza, tra l'altro, risulta tanto più evidente ove si consideri che la “confisca allargata” non potrà applicarsi neanche ai promotori, fondatori o organizzatori dell'associazione, vale a dire i soggetti che – secondo attendibili massime di esperienza – traggono il maggior profitto dal traffico di stupefacenti e rivestono normalmente i ruoli nell'organizzazione funzionali alle decisioni in ordine alla destinazione della ricchezza illecita.

¹⁶ Per una perspicua distinzione dei due profili di arbitrarietà della legislazione cfr. le istruttive riflessioni di G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 163 ss. In argomento cfr., anche, ID., *Su tre aspetti della ragionevolezza*, in AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della corte costituzionale*, Milano, 1994, 180 ss.; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 145 ss. e D. PULITANÒ, *Ragionevolezza e diritto penale*, Napoli, 2012, 10 ss. secondo cui «[l]a ragionevolezza include la razionalità, nel senso che i criteri di razionalità sono anche criteri (non di per sé sufficienti) di ragionevolezza; mentre la razionalità calcolante non implica la ragionevolezza. L'idea di ragionevolezza evoca una razionalità più giusta».

¹⁷ Mutuando la felice espressione di L. PALADIN, *Corte costituzionale e principio generale di eguaglianza: aprile 1979-dicembre 1983*, in AA.VV., *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, Padova, 1985, 629.

¹⁸ Posto che il rinvio all'art. 416, comma 1 e 2, c.p. – contenuto nell'art. 74, comma 6 D.P.R. n. 309 del 1990 – è un rinvio *quoad factum* e non un mero rinvio *quoad poenam*. Sul punto cfr. Cass., Sez. Un., 23 giugno 2011, n. 34475; Cass., Sez. III, 6 febbraio 2018, n. 44837.

¹⁹ Applicabile, invece, ai delitti *ex* art. 74, comma 1 e 2, D.P.R. n. 309 del 1990 prima in ragione della previsione diretta da parte dell'art. 12-sexies, comma 1, d.l. n. 306 del 1992 ed ora in forza del combinato disposto degli artt. 240-bis c.p. e 51, comma 3-bis, c.p.p.

²⁰ Richiamando l'efficace immagine evocata dalla Corte costituzionale nella sentenza 29 novembre 1982, n. 404 per esprimere il valore essenziale rappresentato dalla coerenza tra le varie parti di cui l'ordinamento si compone.

Da ultimo, il giudice *a quo*, in via subordinata, chiede alla Corte di dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 85-*bis* D.P.R. n. 309 del 1990, con riguardo al reato *ex art.* 73, comma 5, del medesimo decreto, nella parte in cui non limita il proprio ambito applicativo all'ipotesi in cui la condotta assuma caratteri di non occasionalità e, in via ulteriormente subordinata, di rendere facoltativa – anziché obbligatoria – l'operatività della confisca.

Su quest'ultima porzione del *petitum* occorre svolgere qualche ulteriore considerazione. A commento della precedente sentenza n. 33 del 2018 del Giudice delle leggi, parte della dottrina aveva ritenuto che la Corte avesse, seppur surrettiziamente, commutato la "confisca allargata" da obbligatoria a facoltativa, almeno per il delitto di ricettazione, ma con motivazioni potenzialmente estendibili anche ad altri reati-matrice analoghi²¹. L'ordinanza di rimessione – che pure si confronta con le coordinate ermeneutiche elaborate dalla Corte, ritenendole, pertanto, non strettamente vincolate al solo delitto di ricettazione – esclude che un tale mutamento di regime sia già avvenuto e chiede che si riconosca al giudice un maggiore margine di apprezzamento – una vera e propria «delega di bilanciamento»²² –, che non consista solo nel verificare l'eventuale dissonanza dell'accadimento storico rispetto al modello astratto – circostanza che dovrebbe essere «del tutto eccezionale» –, ma nel verificare, alla luce di tutti gli elementi di contesto, se la presunzione sottesa all'istituto sia giustificata nel singolo caso concreto.

In altri termini, la valutazione sulla manifesta estraneità del fatto storico rispetto al paradigma generale che fonda il meccanismo presuntivo rappresenterebbe comunque un rimedio ermeneutico inadeguato a fugare ogni dubbio di costituzionalità. Delle due, infatti, l'una: o si ritiene che il correttivo interpretativo giustifichi la mancata applicazione della confisca solamente in casi estremamente remoti – e, appunto, eccezionali –, continuando, però, a legittimare una presunzione di illecita accumulazione di ricchezza del tutto priva di ogni fondamento razionale; oppure si accetta che nel caso di specie si assista ad un capovolgimento del rapporto fra regola ed eccezione, con la conseguenza che sarà l'applicazione della confisca la circostanza *eccezionale*, posto che la gran parte degli accadimenti storici esulerebbe in modo manifesto dal modello che vale a fondare la presunzione legale, proprio perché tale generalizzazione risulta priva di qualsiasi plausibilità empirica. Ma una conclusione del genere altro non dimostrerebbe

²¹ Così G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione*, cit., 315 s., rilevando criticamente come dietro una sentenza interpretativa di rigetto che, all'apparenza, propone una diversa lettura del requisito della proporzione, si celi, invece, una rimodulazione della disposizione censurata dal giudice *a quo*, che, teoricamente, avrebbe dovuto essere realizzata dalla Corte tramite un'esplicita declaratoria di illegittimità costituzionale parziale del carattere obbligatorio della confisca allargata, quantomeno per il delitto di ricettazione. Di diverso avviso S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata*, cit., 135 che rileva come l'unico modo per conciliare l'attribuzione della verifica in concreto del giudice con il tenore letterale della disposizione – e, dunque, con il suo carattere obbligatorio – sia quello di intendere il concetto di "sproporzione" non già in termini di presupposto oggettivo *sostanziale* dell'istituto – e, cioè, come presupposto della confisca – ma quale serio *indizio* richiesto dalla norma per accertare, sul piano *processuale*, la provenienza illecita dei proventi.

²² Su tale *tòpos* risulta imprescindibile il rinvio a R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 88 ss., 120 ss.

se non la manifesta irragionevolezza della presunzione e, dunque, il suo carattere del tutto arbitrario.

3. Le ragioni a fondamento di un “chirurgico” *distinguishing*: l’irragionevolezza della presunzione di accumulazione illecita di ricchezza.

Illustrate le ragioni poste a fondamento della recente *quaestio legitimitatis*, non ci si può ora esimere da un confronto con le acquisizioni concettuali già sedimentate nella più volte evocata sentenza n. 33 del 2018. Quest’ultima, infatti, pare rappresentare quasi un convitato di pietra dell’attesa decisione, non solo perché il tendenziale rispetto dei propri precedenti è una delle condizioni essenziali per l’autorevolezza delle decisioni di ogni giurisdizione superiore – compresa evidentemente la Corte costituzionale²³ –, ma anche in considerazione della portata generale – e non settorialmente limitata al solo delitto oggetto dei relativi strali di costituzionalità – del *dictum* che in quella sede la Corte ha consegnato agli interpreti. Se si osserva attentamente il relativo passaggio motivazionale²⁴, infatti, si nota che il Giudice delle leggi lungi dal confinare il correttivo ermeneutico al solo delitto di ricettazione, esorta – neanche troppo in filigrana – il giudice comune ad estendere una tale valutazione a qualsiasi reato che, pur compreso nel catalogo, non implichi un programma criminoso dilatato nel tempo e non risulti commesso, comunque sia, in un ambito di criminalità organizzata.

Di talché, sarà necessario individuare delle buone ragioni per giustificare un mutamento di orientamento che, ancorché forse eccessivamente “timido”²⁵ e caratterizzato da un guardingo *self-restraint*, non pare del tutto privo di una sua plausibilità. Quando, infatti, si discute di reati accompagnati abitualmente da un fine di lucro, la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza non appare di per sé così peregrina, specialmente qualora rimanga circoscritta – come riconosciuto da un ben noto e costante indirizzo giurisprudenziale²⁶ – in un ambito di cosiddetta “ragionevolezza temporale”: il momento di acquisizione del bene da confiscare, cioè, non dovrebbe risultare talmente lontano dall’epoca di realizzazione del “reato-spia” da rendere

²³ Come di recente rimarcato dalla stessa Corte nella sentenza 29 ottobre 2024, n. 203.

²⁴ Conviene riportare integralmente il passaggio, rinvenibile in Corte costituzionale, 21 febbraio 2018, n. 33, § 11 dei *Considerato in diritto*: «[n]ella medesima ottica di valorizzazione della ratio legis, può ritenersi [...] che – quando si discuta di reati che, per loro natura, non implicano un programma criminoso dilatato nel tempo (com’è per la ricettazione) e che non risultino altresì commessi, comunque sia, in un ambito di criminalità organizzata – il giudice conservi la possibilità di verificare se, in relazione alle circostanze del caso concreto e alla personalità del suo autore – le quali valgano, in particolare, a connotare la vicenda criminosa come del tutto episodica ed occasionale e produttiva di modesto arricchimento – il fatto per cui è intervenuta condanna esuli in modo manifesto dal “modello” che vale a fondare la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza da parte del condannato».

²⁵ In questi termini, G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione*, cit., 310.

²⁶ A mero titolo esemplificativo cfr. Cass. pen., sez. I, 16 aprile 2014, n. 41100; Cass. pen., sez. IV, 7 maggio 2013, n. 35707; Cass. pen., sez. I, 11 dicembre 2012, n. 2634.

manifestamente irragionevole la presunzione di derivazione dello stesso da un'attività illecita, ancorché diversa ed ulteriore rispetto a quella per cui è intervenuta condanna²⁷.

A ben vedere, in questo caso non sembra necessario scomodare un ben più impegnativo *overruling* della precedente decisione, potendo invece la Corte operare un "chirurgico" *distinguishing*, fondato sulle significative diversità che connotano i due reati e, di conseguenza, le due questioni sottoposte al suo vaglio²⁸. Le due fattispecie, infatti, sembrano accomunate soprattutto dall'idoneità ad essere realizzate anche in forma bagatellare, presentando però – ad uno sguardo più attento – rilevanti profili differenziali.

Nel caso della ricettazione, infatti, l'inclusione nel novero dei reati-matrice – pur opinabile che sia dal punto di vista politico-criminale – può ancora in qualche modo giustificarsi in ragione della sua potenziale attitudine a determinare un'illecita accumulazione di ricchezza e della capacità di essere perpetrata – secondo l'osservazione "sociologica" – anche in forma "para-professionale" o, comunque, continuativa. In altri termini, il delitto *ex art.* 648 c.p. si caratterizza per una "sovraestensione" criminologica, abbracciando tanto fatti che mascherano una realizzazione in forma abituale di comportamenti tesi all'accumulo predatorio di ricchezza illecita, quanto condotte del tutto occasionali, saltuarie e prive di ogni legame con ambizioni – dal carattere più o meno sistematico – di capitalizzazione di proventi criminali. Pertanto, pur potendosi registrare comportamenti difformi rispetto al modello che fonda la presunzione legale, quest'ultima può continuare a vantare – in astratto – un ragionevole pretesa di regolazione di una certa porzione di realtà; risultando – in concreto – il rimedio esegetico escogitato dalla Corte sufficiente ad evitare inique applicazioni dello strumento ablativo.

Considerazioni necessariamente diverse, invece, devono svolgersi per le fattispecie di lieve entità in materia di stupefacenti. Rispetto al delitto previsto dall'art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990 la presunzione di illecita accumulazione di ricchezza

²⁷ Insiste, infatti, sull'importanza del requisito S. FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata*, cit., 139 ss. sostenendo che «[l]a tesi della ragionevolezza temporale sembra saldarsi coerentemente con la valorizzazione operata dalla Consulta della *funzione connotativa del reato-presupposto*, quale *spia* di un ulteriore arricchimento illecito del soggetto. Così, pur non essendo richiesto l'accertamento di un nesso di *pertinenzialità* tra il bene e uno specifico reato di cui si abbia la prova, la misura ablatoria in esame si giustifica proprio per la necessità di sottrarre al reo la ricchezza che questi ha accumulato grazie alle condotte illecite che si presume abbia commesso in un contesto temporale simultaneo alla commissione del reato-spia».

²⁸ Sulla capacità dello strumento del *distinguishing* di porsi come «necessaria valvola di sfogo» dell'immobilismo dello *stare decisis* tipico dei sistemi di *common law*, sui suoi profili di complessità – specialmente con riguardo alla discrezionalità del giudice nel "ritaglio" della *ratio decidendi* – e sulle conseguenze dirompenti che derivano dal suo utilizzo cfr. le riflessioni di A. SANTANGELO, *Precedente e prevedibilità. Profili di deontologia ermeneutica nell'era del diritto giurisprudenziale*, Torino, 2022, 212 ss. Sull'utilizzo della tecnica del *distinguishing* – e della valorizzazione della sottile distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* – quale strumento per aggirare, all'occorrenza, il precedente giurisprudenziale cfr. V. MANES, "Common Law-isation del diritto penale"? *Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. pen.*, 2017, 974. Più in generale, sul valore del precedente risulta imprescindibile il rinvio ad A. CADOPPI, *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sulla dimensione in action della legalità*, Torino, 2014; ID., voce *Giurisprudenza e diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, 2017, 407 ss.

si rivela, già in astratto, del tutto priva di validità empirica – e, dunque, in contrasto con qualsivoglia parametro di ragionevolezza – in relazione ad ogni possibile sotto-fattispecie del tipo, in quanto collidente con ogni virtuale declinazione criminologica ad esso sottesa. In questo caso, l’osservazione “sociologica” dimostra ampiamente che il referente criminologico è integrato soprattutto – se non esclusivamente – da bassa «manovalanza utilizzata dalla criminalità organizzata e proveniente dalle fasce marginali dei non abbienti»²⁹, privi degli ordinari mezzi di sussistenza e completamente estranei a qualsivoglia prospettiva di illecita accumulazione economica³⁰. Di talché, la scelta di includere un tale delitto nell’ambito dei reati-presupposto della misura ablatoria lungi dal giustificarsi in ragione della necessità di recuperare i proventi illeciti accumulati dal reo – evitando che gli stessi siano reinvestiti nel circuito legale o, comunque, utilizzati per la realizzazione di altre attività delittuose –, pare trovare la sua unica fonte di giustificazione nella strumentale volontà di irrigidire la complessiva risposta sanzionatoria rispetto ad un reato giudicato meritevole di una più severa attenzione repressiva. Una tale finalità – non esente da intenti puramente declamatori – risulta però manifestamente eccentrica rispetto agli scopi della misura e finisce per determinarne una surrettizia torsione *punitiva*, in grado di inficiare qualsivoglia coefficiente di idoneità al raggiungimento degli obiettivi “compensativi” *dichiaratamente* perseguiti³¹.

La strutturale contrarietà all’*id quod plerumque accidit*, insomma, non può in questo caso essere considerata una circostanza remota, suscettibile di essere “isolata” mediante un giudizio di abnormità del fatto concreto rispetto al modello che vale a fondare la presunzione legale, ma rappresenta una *costante*, non risolvibile attraverso la cedevolezza della rigida regola della legge al flessibile «regolo del giudice»³², ma giustiziabile solo mediante la radicale espunzione della fattispecie dal ventaglio dei

²⁹ In questi termini, Corte costituzionale, 2 novembre 2022, n. 223 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale 76, comma 4-bis, D.P.R. n. 115 del 2002 – norma che prevede, per i condannati con sentenza definitiva per alcuni delitti nominati, una presunzione di superiorità del reddito rispetto ai limiti previsti per l’ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato – nella parte in cui ricomprendeva anche la condanna per il reato di cui all’art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990.

³⁰ La stessa ordinanza di rimessione (ordinanza del 30 settembre 2024 del Tribunale di Firenze, cit., 46) – nel censurare l’assenza di validi motivi che possano giustificare l’estensione al delitto *ex art. 73*, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990 della “confisca allargata” – evidenzia correttamente come «[n]on si rinvergono considerazioni (né tanto meno riferimenti a studi accademici o a rivelazioni statistiche) circa gli aspetti economici del fenomeno, quali i prezzi di vendita sul mercato delle varie sostanze e i margini di guadagno per gli autori del reato, o circa l’entità del reimpiego dei proventi del delitto».

³¹ In questa direzione, cfr., ancora, le puntuali osservazioni svolte dal giudice *a quo* – ordinanza del 30 settembre 2024 del Tribunale di Firenze, cit., 51 – che, anche alla luce di una precisa disamina dei lavori preparatori, rileva come «[l]a ragione di un simile intervento è forse da rintracciare nella volontà del legislatore di punire più severamente lo spaccio di stupefacenti anche ove il singolo fatto risulti di lieve entità», aggiungendo poi che «[u]n tale impiego in funzione punitiva dell’istituto pare però non coerente con la natura e il presupposto dello stesso: trattasi infatti di misura di sicurezza patrimoniale a carattere non sanzionatorio che presuppone l’idoneità dei delitti matrice a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti».

³² Mutuando la felice espressione di G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 209 ss.

reati-matrice. In altri termini, non si tratta in questo caso di accettare la presenza di variabili *eccezionali* rispetto alla regolarità statistica che fonda il modello presuntivo, di per sé forse non in grado di inficiarne la globale razionalità e gestibili mediante un – più o meno – agevole giudizio di esorbitanza del fatto rispetto al modello astratto; ma sforzarsi di rinvenire ipotesi concrete che possano – nella loro criminologica *singularità* – conferire una parvenza di ragionevolezza ad un meccanismo presuntivo altrimenti del tutto insensato. Circostanza che, evidentemente, non può giustificare il mantenimento di una presunzione empiricamente illogica e criminologicamente priva di ragion d'essere.

Del resto, una soluzione siffatta si porrebbe in perfetta linea di continuità con l'auspicio conclusivo formulato dalla Corte nel precedente arresto. In tale sede, infatti, il Giudice costituzionale – dopo aver fornito le «chiavi ermeneutiche per una reinterpretazione costituzionalmente conforme»³³ della misura – ha pronunciato un esplicito monito al legislatore³⁴, sollecitandolo a selezionare i reati-matrice secondo criteri ragionevolmente restrittivi, in grado di attingere solo tipologie di delitti in sé univocamente sintomatici di un illecito arricchimento del loro autore. Una tale esortazione pare essere rimasta del tutto inascoltata – alla stregua quasi di una *vox clamantis in deserto* – ed anzi ha visto frustrato il suo afflato garantista dall'ennesimo intervento di estensione alluvionale, espressivo di un rigorismo punitivo dalle venature simbolico-identitarie, non estraneo a più o meno latenti intenti di ulteriore criminalizzazione della marginalità sociale.

4. Gli automatismi legislativi tra generalizzazioni defettibili e lacune assiologiche.

Le differenze che intercorrono fra l'attuale questione di legittimità costituzionale e la precedente già decisa dal Giudice delle leggi sono apprezzabili anche da un diverso angolo visuale.

Come è noto, gli automatismi legislativi – sulle cui funzionalità fa aggio anche la “confisca allargata” – si fondano sul tentativo di sottrarre una porzione di realtà all'apprezzamento particolaristico del giudice, ponendosi quali condizioni *sufficienti*, al verificarsi di una certa ipotesi previamente individuata, per la produzione di un determinato effetto giuridico. Nel momento in cui si realizza la condizione descritta

³³ In questi termini, G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione*, cit., 314.

³⁴ Anche in questo caso conviene riportare per esteso il relativo passaggio motivazionale: «[a] fronte del ricordato processo di accrescimento della compagine dei reati cui è annessa la misura ablativa speciale, questa Corte non può astenersi, peraltro, dal formulare l'auspicio che la selezione dei “delitti matrice” da parte del legislatore avvenga, fin tanto che l'istituto conservi la sua attuale fisionomia, secondo criteri ad essa strettamente coesi e, dunque, ragionevolmente restrittivi. Ad evitare, infatti, evidenti tensioni sul piano delle garanzie che devono assistere misure tanto invasive sul piano patrimoniale, non può non sottolinearsi l'esigenza che la rassegna dei reati presupposto si fondi su tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente annettere il patrimonio “sproporzionato” e “ingiustificato” di cui l'agente dispone ad una ulteriore attività criminosa rimasta “sommersa”».

dalla norma, infatti, si applicherà la conseguenza dalla stessa stabilita, pur se essa presenta delle caratteristiche che richiederebbero – alla luce del quadro costituzionale di riferimento – una differente disciplina giuridica.

Affinché tale meccanismo sia coerente con la sua *ratio*³⁵, è necessario che la condizione normativa sia descritta con precisione, di modo tale da azzerare ogni spazio di apprezzamento discrezionale in ordine alla sua verifica, operando quasi alla stregua di un “interruttore”: se quest’ultimo viene attivato, la norma sprigiona le conseguenze prescritte, senza che i soggetti chiamati a sussumere il caso della vita nella fattispecie-presupposto possano in alcun modo fungere da “filtro”³⁶. Analogamente, anche la conseguenza giuridica collegata al presupposto fattuale descritto dalla norma deve assumere i tratti dell’“inderogabilità”³⁷, risultando impermeabile all’eccezione e insuscettibile di qualsivoglia modulazione applicativa.

Se osservato dalla prospettiva del soggetto chiamato a dare applicazione al diritto, allora, un tale fenomeno si traduce nell’impossibilità di valutare le caratteristiche singolari e irripetibili del caso concreto al momento dell’applicazione di determinati effetti giuridici³⁸. Da qui la loro problematicità a fronte della molteplice varietà del reale, costretta nelle strette maglie di una decisione *ex ante* non sempre espressione di razionali canoni empirico-criminologici, ma, spesso, di astratte scelte di politica legislativa non sempre *evidence-based*³⁹.

Da questa angolatura, il *deficit* del mondo legale rispetto a quello reale da essi generato può dar vita a due differenti *incongruenze*: la *generalizzazione defettibile* e la *lacuna assiologica*⁴⁰.

Il primo fenomeno evoca la sovra o sottoinclusività della norma, la sua inevitabile imprecisione nella descrizione del reale e l’ineliminabile discrasia tra quanto astrattamente previsto ed il campo del concretamente verificabile⁴¹. Lo scarto tra «la soluzione del caso come problema di “legalità” e la soluzione del problema

³⁵ Una *ratio* ispirata essenzialmente all’alleggerimento degli oneri probatori e alla semplificazione delle procedure di accertamento. Qualora un determinato elemento risulti di difficile prova, infatti, il legislatore sceglie con l’automatismo di considerarlo accaduto al verificarsi di una determinata fattispecie-presupposto, sottraendo al giudice quote di apprezzamento valutativo e consegnando alla norma il compito di cristallizzare ed esaurire la regola dei casi descritti nella fattispecie astratta. In argomento, cfr. le osservazioni di S. LEONE, *Automatismi legislativi, presunzioni assolute e bilanciamento*, in *GdP*, 29 novembre 2017, 5, 12.

³⁶ In questa direzione, ancora, S. LEONE, *Automatismi legislativi*, cit., 2.

³⁷ Sul punto, cfr. le autorevoli riflessioni di M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, Palazzo della Consulta, 24-26 ottobre 2013, 12.

³⁸ In questi termini, L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 71.

³⁹ In argomento cfr. A. PACE, *Misure di sicurezza e Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1966, 193 che evidenzia come «sotto il manto delle presunzioni legali si nascondono non già comuni esperienze, ma astratte scelte di politica legislativa».

⁴⁰ Nella dottrina si è evidenziato la stretta correlazione fra i due fenomeni e, persino, il loro essere «facce della stessa medaglia». Nel primo senso, cfr. P. CHIASSONI, *La defettibilità nel diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 502; nel secondo v. R. GUASTINI, *Defettibilità, lacune assiologiche, e interpretazione*, in *Revus*, 14, 2010.

⁴¹ In argomento cfr., ancora, L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 54.

individuale»⁴², infatti, altro non identifica se non le *eccezioni implicite* che possono venire in rilievo nella fase applicativa dell'automatismo, attesa la necessità di riconoscere l'oggettiva impossibilità per la legge di predire tutto e – in particolare – di prevedere con esattezza le sue possibili eccezioni⁴³. Di talché, la defettibilità di una norma – la sua inevitabile soggezione ad eccezioni nella fase applicativa – rappresenta un connotato per certi aspetti fisiologico, specialmente se ci si confronta con un automatismo normativo, di per sé caratterizzato da una pretesa di regolazione del reale tesa ad imbrigliare i margini di discrezionalità di chi è chiamato a darvi attuazione.

A ben vedere, la concreta verificabilità di forme di ricettazione occasionale – di per sé non in grado di indiziare una pregressa attività criminosa fonte di accumulazioni di ricchezza illecita – pare allora illuminare proprio un caso di defettibilità dell'automatismo presuntivo posto alla base del meccanismo ablatorio. Un'eccezione – più o meno ricorrente – alla regola generale che, per quanto astrattamente indice di un'opzione politico-criminale verosimilmente inopportuna e per tale ragione meritevole di riconsiderazione⁴⁴, non sembra in grado di rivelare un'inattuazione di un principio costituzionale; perlomeno nella misura in cui i c.d. “casi recalcitranti”⁴⁵ risultino gestibili attraverso la previsione di “*meccanismi di flessibilità*” che diano piena attuazione al principio di adattabilità dell'effetto giuridico al fatto concreto. E la Corte – chiamata a giustificare non tutte le scelte censurabili dal punto di vista dell'opportunità politica, ma solo quelle viziata da profili di illegittimità costituzionale – nella più volte evocata sentenza n. 33 del 2018 pare essersi mossa proprio in questa direzione, introducendo – ancorché forse in maniera non del tutto ortodossa⁴⁶ – un'apposita “valvola respiratoria”

⁴² Così A.E. CAMMARATA, voce *Formalismo giuridico*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 1017.

⁴³ Sul tema cfr. le istruttive pagine di M. BARBERIS, *Filosofia del diritto: un'introduzione teorica*, Torino, 2003, 127, ma sul punto v. anche R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, in *Dir. & Quest. pubbl.*, 2002 che rileva come anche «la più sensata delle leggi soffre delle sue stesse caratteristiche strutturali, cioè della generalità e astrattezza delle sue norme», aggiungendo poi che persino «una legge perfettamente giustificata per la gran normalità dei casi – per esempio perché la sua *ratio* rispecchia un equilibrio quasi “naturale” degli interessi – perde di senso man mano che le fattispecie concrete che il giudice si trova di fronte si allontanano dalla “normalità”, cioè risultano *paradossali*».

⁴⁴ Inopportuna in quanto si avvale dello schermo presuntivo – che per sua natura dovrebbe essere utilizzato solo a fronte di un collegamento tra protasi ed apodosi dotato di “alta credibilità razionale” e di solida verificabilità empirica – a fronte di un “reato-matrice” non inequivocabilmente – sempre e comunque – indicativo di un'indebita accumulazione di ricchezza. In altri termini, l'opzione legislativa – pur non del tutto priva di aderenza al dato fenomenico e, dunque, non manifestamente irragionevole – rivela comunque una diastasi tra politica criminale ed empiria che ne rende meritevole una riconsiderazione critica. Sui rapporti tra politica criminale ed empiria cfr. D. PULITANO, *Politica criminale*, in G. MARINUCCI – E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, 14 ss.; M. ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 500 ss. e, più di recente, C.E. PALIERO, *Il Mercato della Penalità*, Torino, 2021, X e M. CAPUTO, *Politica criminale*, in C. PIERGALLINI – G. MANNOZZI – C. SOTIS – C. PERINI – M. SCOLETTA – F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, III, Milano, 2022, 1733 s.

⁴⁵ Ovverosia quei casi che «corrispondono agli elementi essenziali descritti nella fattispecie, ma che ne divergono per altri, non rendendo possibile la piena assimilazione fra la fattispecie astratta e il caso concreto, di modo che la conseguenza giuridica non risulti pienamente adeguata alla soluzione del secondo». In questi termini, sempre, L. PACE, *L'adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 57.

⁴⁶ In effetti, come già anticipato, dietro una sentenza interpretativa di rigetto pare celarsi una rimodulazione della disposizione che – a rigore – avrebbe dovuto essere realizzata con una declaratoria di illegittimità

che permette al giudice di non applicare la misura ablativa in tutti i casi di manifesta eccedenza del fatto concreto rispetto al modello che fonda la presunzione, assottigliando così il divario tra mondo legale e mondo reale, tra generalizzazioni spurie e casi di defettibilità.

Ben diverse invece sono le situazioni riconducibili a fenomeni di vera e propria lacuna assiologica. In questi casi, infatti, la scelta legislativa risulta «assiologicamente inadeguata [...] poiché il legislatore non ha tenuto conto di una distinzione di cui avrebbe dovuto tener conto»⁴⁷ che, se debitamente considerata, avrebbe portato all'adozione di una differente soluzione, in grado di dare attuazione ad un preciso imperativo costituzionale. La lacuna assiologica, insomma, lungi dall'identificare un "fisiologico" scarto tra regola ed eccezione, suscettibile di assumere rilievo sul solo piano dell'inopportunità politico-criminale, indizia una radicale incompatibilità tra livello legale e livello costituzionale, emendabile solo a fronte di un intervento censorio del Giudice delle leggi.

La recente scelta legislativa di includere anche i fatti di lieve entità in materia di stupefacenti nel complesso ordito dei reati-matrice pare espressione proprio di una tale lacuna – di una norma *sub*-ottimale che indebitamente eguaglia situazioni che avrebbero dovuto essere differenziate –, determinando una profonda crepa nella ragionevolezza del meccanismo presuntivo che fonda l'applicazione della "confisca allargata" in grado di assumere rilievo non solo sul versante dell'inopportunità, ma, prima e più in alto, sul piano della conformità a Costituzione. La strutturale contrarietà a qualsiasi parametro di plausibilità logica e di ragionevolezza empirica, infatti, rivela quasi un abuso della funzione legislativa⁴⁸ – un arbitrio che si manifesta in forma di legge⁴⁹ – che si traduce in un "non-senso" della scelta legislativa rispetto alle premesse costituzionali che dovrebbero informarne l'azione.

L'automatismo legislativo, insomma, in quanto astrazione volta a semplificare l'accertamento giudiziario, sconta inevitabilmente un certo tasso di "difettosità" e di approssimazione, incorporando sempre e comunque un margine, più o meno significativo, di errore. Si tratta di comprendere, allora, quale sia la soglia di imprecisione e di inesattezza che l'ordinamento può essere disposto a tollerare e,

costituzionale parziale o, comunque, con un'operazione manipolativa-integrativa tesa a dare adeguata soluzione ai diversi interessi coinvolti. Sul punto v., ancora, G. AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione*, cit., 315 s. Ritiene che la sentenza – pur non rientrando propriamente nella categoria di quelle interpretative di rigetto – produca nella sostanza conseguenze analoghe, dettando una linea di ermeneutica orientata, E. APRILE, *La confisca «allargata» ex art. 12-sexies d.l. n. 306/1992*, cit., 1571.

⁴⁷ In questi termini, E. ALCHOURRÓN – E. BULYGIN, *Sistemi normativi: introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, 2006, 158, ma in argomento cfr. anche le riflessioni di P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, 2007, 213 ss.

⁴⁸ In argomento cfr. le istruttive riflessioni di V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 187 e di G. SCACCIA, *Eccesso di potere legislativo e sindacato di ragionevolezza*, in *Pol. dir.*, 1999, 387 ss.

⁴⁹ G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 160. Sul tema, più in generale, cfr. A. CERRI, voce *Ragionevolezza delle leggi*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1 ss.

soprattutto, quali siano i criteri – e le coordinate valoriali – da impiegare per effettuare una tale valutazione.

Nel tentativo di fornire una risposta ad un simile, vertiginoso, interrogativo, il primo parametro di riferimento – lo si è appena visto – non potrà che consistere nella verifica della congruenza tra il sostrato empirico “plasmato” dal meccanismo normativo e la generalizzazione posta alla sua base, giacché il suo eventuale contrasto con «l’evidenza delle cose» costituisce senz’altro di per sé un vizio di arbitrarietà della legge⁵⁰.

Un tale criterio, tuttavia, per quanto essenziale⁵¹, non pare esaurire il complesso degli elementi da prendere in considerazione. Nella valutazione dell’accettabilità del – per certi versi fisiologico – “residuo di errore” sembra infatti giocare un ruolo importante anche un ulteriore elemento: la natura, l’importanza e il valore del bene della vita che quell’ineliminabile margine di “lacunosità” rischia di compromettere⁵². In questa prospettiva, se rispetto a referenti criminologici riconducibili alla criminalità organizzata la significatività del complesso di beni *primari* – individuali e collettivi – potenzialmente offesi può forse giustificare la scelta dell’ordinamento di dotarsi di mezzi di difesa sociale particolarmente rigorosi, anche al costo di accettare, in casi limitati e sporadici, un ingiusto sacrificio patrimoniale per alcuni soggetti⁵³ – con tutto il carico di problematiche non solo empiriche, ma anche assiologiche necessariamente implicate –, un analogo bilanciamento non può, senza ombra di dubbio, essere trasposto alla fattispecie oggetto dell’attuale questione di legittimità costituzionale.

Nel caso di specie, infatti, la presunzione di accumulazione illecita di ricchezza non solo si pone in strutturale contrasto con qualsivoglia criterio di regolarità statistica, ma non si lascia giustificare neanche dalla presenza di eventuali contro-interessi che possano – a torto o a ragione – rendere in qualche modo accettabile il tasso di errore inevitabilmente connesso ad ogni automatismo, anche al più raffinato e ben congegnato.

⁵⁰ In argomento, imprescindibile il rinvio a G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000, 244.

⁵¹ Sul punto, cfr. le osservazioni di L. PACE, *Gli automatismi legislativi nella giurisprudenza costituzionale*, in *GdP*, 18 settembre 2014, 15.

⁵² Molto chiara, in questo senso, S. LEONE, *Automatismi legislativi*, cit., 34 ss. D’altronde, si è osservato come «l’insofferenza per gli automatismi», in particolare quelli sanzionatori, «è direttamente proporzionale al lignaggio del diritto/interesse/valore sacrificato dallo stesso». In questi termini, V. MANES, [La Corte costituzionale ribadisce l’irragionevolezza dell’art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” \(art. 117, comma primo, Cost.\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2013, 201.

⁵³ Sul punto, cfr., ancora, S. LEONE, *Automatismi legislativi*, cit., 40 s. che richiama la giurisprudenza costituzionale che, in più occasioni, ha ritenuto legittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nei confronti degli imputati per il delitto *ex art. 416 bis c.p.*, non solo in considerazione dei tratti tipici della criminalità mafiosa («radicamento territoriale, fitta rete di collegamenti personali, alta capacità di intimidazione»), ma anche in ragione della necessità di salvaguardare interessi “superiori”, che lo Stato non può rischiare di compromettere, anche al prezzo di un ingiusto sacrificio della libertà personale di taluni soggetti. Sul tema cfr. Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450; Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265; Corte cost., 29 marzo 2013, n. 57; Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 17 e, in senso analogo, anche Corte EDU, sez. I, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*.

Ad di là delle apparenze allora – è bene ribadirlo – l’unico orizzonte di significato che può giustificare un intervento siffatto è rappresentato dalla volontà di inasprire la complessiva risposta sanzionatoria nei confronti dei fatti puniti dall’art. 73, comma 5, D.P.R. n. 309 del 1990. Un obiettivo che in nessun caso può legittimare una torsione della “confisca allargata” verso scopi politico-criminali ad essa del tutto estranei, in grado di incrinare irrimediabilmente il già precario equilibrio tra aspirazioni recuperatorie e diritti patrimoniali sacrificati sul quale si regge l’impalcatura presuntiva che anima la sua operatività.

5. Ragionevolezza della legge e «bruto predominio» sulla realtà.

Il monito di razionalità che la Corte aveva formulato al legislatore nella precedente decisione n. 33 del 2018 pare destinato a rimanere sistematicamente disatteso. L’ennesimo intervento ampliativo del novero dei reati-matrice, infatti, non sembra semplicemente il portato di una modifica occasionale e saltuaria – magari condizionata, per quanto in modo deprecabile, dall’onda emotivo-securitaria del momento – ma rivela una più profonda “*incontinenza*” legislativa, espressione di una generale tendenza regressiva della politica criminale contemporanea improntata ad un rigorismo sempre più di facciata, caratterizzato da un’ostentazione *muscolare* della forza repressiva che pare dissimulare una strutturale incapacità di far fronte ai problemi che pure si intenderebbero affrontare⁵⁴.

Una tale involuzione è particolarmente evidente nel caso in esame, atteso che l’opzione legislativa pare aver completamente abbandonato ogni proposito di dare alla società prodotti normativi coerenti, pacificatrici, logicamente ed empiricamente giustificabili⁵⁵ ed essersi risolta, al contrario, in una scelta priva di qualsivoglia – ancorché minima – dose di adeguatezza, congruenza e proporzionalità rispetto al contesto di vita regolato⁵⁶.

A fronte di una tale degenerazione, il necessario spazio contro-maggioritario di verifica della compatibilità costituzionale delle scelte legislative non può rimanere completamente disarmato, ma necessita di *gatekeepers* istituzionali vigili e sempre maggiormente sensibili alla natura «totale ma non totalizzante» della Costituzione⁵⁷, in grado non tanto di imporre una disciplina compiuta di qualsiasi aspetto della realtà ordinamentale, quanto di stendere sugli spazi non espressamente regolati la «luce onnipervasiva dei principi-valori fondamentali» grazie ai quali è possibile raggiungere qualsiasi «angolo, sia pure il più remoto, dell’ordinamento»⁵⁸. In particolare, il più volte

⁵⁴ In argomento, di recente, D. PULITANÒ, [Sulle attuali politiche del diritto penale](#), in questa Rivista, 1° giugno 2023, 10 ss.

⁵⁵ Sul punto, cfr., ancora, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale. I. Storia, principi, interpretazioni*, cit., 160.

⁵⁶ In argomento, cfr. le riflessioni di G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza*, cit., 388.

⁵⁷ Mutuando l’icastica formula di L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 88 ss.

⁵⁸ In questi termini, A. RUGGIERI, *La discrezionalità del legislatore tra teoria e prassi*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 30 novembre 2006.

evocato vaglio di ragionevolezza⁵⁹ – espressione di quella «ininterrotta dialettica fatto/diritto»⁶⁰ in grado di erigere un «ponte fra prescrizioni e realtà»⁶¹ – proprio nei casi di totale scollamento tra *voluntas legis* e porzione del reale che si intende disciplinare lungi dal costituire una “fuga dal diritto”, una pericolosa accettazione di logiche di giustizia sostanziale⁶², un’indebita sostituzione del disegno politico-criminale della Corte a quello del legislatore, rappresenta un valido strumento per evitare che la regolazione normativa in altro non si risolva se non in un «bruto predominio»⁶³ sulla realtà, un’imposizione arbitraria della volontà legislativa in spregio a qualsivoglia parametro di adeguatezza al contesto empirico-sociale.

Del resto, il sottile *discrimen* tra irragionevolezza costituzionalmente significativa e mera inopportunità politico-criminale – per quanto inevitabilmente fluido e difficilmente cristallizzabile una volta per tutte⁶⁴ – pare assestarsi proprio in questo precario equilibrio: nell’evitare che il bruto e cieco predominio della regolazione possa non tanto frustrare l’*optimum* regolativo, quanto annichilire quelle basilari esigenze di conformità ed adeguatezza della legge ai vincoli di realtà⁶⁵, espressione di un’istanza di

⁵⁹ In dottrina si è evidenziato che in materia penale «la ragionevolezza [...] riflette sempre più un paradigma eteròclito, suscettibile di diverse declinazioni, spesso contenutisticamente indefinite e persino teleologicamente ambigue». In questi termini, V. MANES, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, 741; considerazioni poi ribadite in ID., [I recenti tracciati della giurisprudenza costituzionale in materia di offensività e ragionevolezza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2012, 110. Evidenzia la varietà e complessità degli stilemi argomentativi utilizzati dalla Corte in materia di giudizio di ragionevolezza, tale da rendere «quanto mai precarie e fluide tutte le prospettabili categorizzazioni dogmatiche», anche N. RECCHIA, [Le declinazioni della ragionevolezza penale nelle recenti decisioni della Corte costituzionale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2015, 62 ss.

⁶⁰ Sul tema v. L. D’ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 236.

⁶¹ C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, in ID., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, 646.

⁶² In questi termini, ancora, L. PACE, *L’adeguatezza della legge e gli automatismi*, cit., 73.

⁶³ Mutuando la felice espressione di G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005, 116.

⁶⁴ Sul complesso tema, con specifica attenzione alla materia penale, cfr. le osservazioni di F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 383 s. che rileva come sia più conforme all’istanza democratica un controllo di costituzionalità «ancorché penetrante sulle opzioni politico-criminali del legislatore, ma fondato su canoni razionali apertamente e chiaramente “riempiti” di argomenti scientifici, storici e comparatistici, piuttosto che un sindacato apparentemente di rigorosa garanzia ma celante dietro l’apoditticità di motivazioni apparenti valutazioni dotate di un tasso di “discrezionalità” probabilmente più elevato». Sul punto cfr. anche G. INSOLERA, *Principio di eguaglianza e controllo di ragionevolezza sulle norme penali*, in G. INSOLERA – N. MAZZACUVA – M. PAVARINI – M. ZANOTTI (a cura di), *Introduzione al sistema penale*, I, Torino, 2012, 410 s. secondo cui «[l]a questione dell’esercizio di una attività normativa da parte della Corte in campo penale, realizzata [...] non solo attraverso le sentenze manipolative, ma anche, se non soprattutto, attraverso i modi più penetranti con cui operano i controlli di ragionevolezza, deve essere [...] affrontata muovendo proprio dalla «particolarissima natura delle norme che formano oggetto del principio costituzionale di legalità, dettato dal 2° comma dell’art. 25» e, più in generale, R. BIN, *Ragionevolezza e divisione dei poteri*, cit. che, in un contesto discorsivo volto a valorizzare il ruolo dei giudici *a quibus*, riconosce alla Corte costituzionale una delicata posizione esterna – quasi di arbitro – di un conflitto sulla divisione dei poteri che interessa, anzitutto, il legislatore e, appunto, il giudice comune.

⁶⁵ In argomento cfr. le riflessioni di D. PULITANÒ, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv.*

razionalità intrinseca al diritto – quasi una sorta di “minimo etico” di scienza della legislazione – che in nessun caso la volontà legislativa può pretermettere.

L'AUTODIFESA CAUTELARE ANTICIPATA: UN ANTIDOTO AGLI ABUSI COERCITIVI?

di Pier Paolo Paulesu

Il presente contributo contiene alcune riflessioni sull'interrogatorio cautelare preventivo e adotta tre prospettive di indagine. La prima consiste nel verificare se il nuovo strumento di autodifesa cautelare anticipata, inteso come antidoto volto a prevenire gli abusi e le ingiustizie cautelari, possieda una sua ragionevolezza costituzionale, rappresentando un compromesso tra l'esigenza di salvaguardare il «fattore sorpresa» (condizione di efficacia della potestà cautelare) e l'esigenza di tutelare la persona esposta ad una imminente restrizione della libertà personale. Di qui l'idea di verificare il margine di cedevolezza di quel «fattore sorpresa» a fronte dell'aumento del rischio dell'errore cautelare inevitabilmente sotteso alla prognosi di pericolosità (tutt'altro che agevole) di un determinato soggetto in ordine alla commissione di un reato futuro (prevenzione speciale). La seconda prospettiva di indagine è costituita dall'autonomia valutativa (che dovrebbe logicamente comportare anche un significativo aumento di responsabilità) del giudice rispetto alla domanda cautelare del pubblico ministero. La terza prospettiva di indagine, infine, è rappresentata dalle possibili strategie accusatorie e difensive di fronte al nuovo interrogatorio anticipato: il pubblico ministero deve gestire la caduta del segreto investigativo su alcuni atti d'indagine senza avere la certezza dell'applicazione della misura cautelare; il difensore, dal canto suo, è chiamato a svolgere un ruolo "proattivo" per gestire al meglio quell'opportunità difensiva con la consapevolezza delle tempistiche molto strette in cui si trova costretto ad agire (intuitibile, qui, la complessa gestione dell'alternativa diritto al silenzio/collaborazione dell'indagato).

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'orizzonte costituzionale. – 3. Presupposti dell'interrogatorio preventivo e autonomia del giudice. Il giudice come garante dell'autodifesa cautelare anticipata. – 4. Dinamiche applicative, documentazione, invalidità.

1. Premessa.

Alcune garanzie di nuovo conio creano aspettative ragionevolmente alte sotto il profilo dello *standard* di tutela concretamente offerto. Altre, invece, generano fin da subito un cauto scetticismo. A quest'ultima categoria appartiene l'interrogatorio cautelare anticipato introdotto di recente¹. Se è vero, almeno in linea di principio, che in

¹ Legge n. 9 agosto 2024 n. 114 Come precisato nella Relazione illustrativa al disegno di legge, il contraddittorio cautelare preventivo mira, da un lato, ad evitare «l'effetto dirompente sulla vita delle persone di un intervento cautelare adottato senza possibilità di difesa preventiva» e dall'altro, a porre «il

un sistema processuale, come il nostro, dove si registra ancora un massiccio ricorso alle cautele di tipo custodiale, ogni scelta riformista volta ad ampliare lo spettro di tutela di chi è esposto al rischio di subire restrizioni della libertà personale andrebbe accolta positivamente senza troppe riserve, è altrettanto vero che l'interrogatorio in questione, per il modo in cui è attualmente congegnato, presenta criticità importanti.

Premesso che resta sullo sfondo la questione principale, e cioè se quel tipo di interrogatorio anticipato costituisca davvero un meccanismo autodifensivo capace di ridurre il rischio di *abusi e ingiustizie cautelari*, o se sia piuttosto destinato a svolgere una funzione soprattutto ideologica, simbolica (basterebbe anche questo, forse, ottimisticamente, per apprezzarne comunque l'esistenza, se contribuisse a stimolare una "cultura cautelare" più garantista), le principali questioni sul tappeto sono essenzialmente tre: *a)* il suo ristretto campo d'azione (l'accesso a questo tipo di interrogatorio non è incondizionato, ma è consentito solo se il giudice intende adottare la misura cautelare per esigenze di prevenzione speciale, con esclusione di alcuni gravi delitti) al punto da far dubitare circa il suo effettivo impatto pratico; *b)* l'autonomia valutativa del giudice cautelare; *c)* alcune incognite applicative che potrebbero nei fatti indebolire una garanzia già di per sé eccezionale, portando anche ad una disparità di trattamento tra indagati.

Su queste basi, può essere interessante analizzare l'interrogatorio cautelare anticipato con due concatenate chiavi di lettura. La prima. Riflettere sull'interrogatorio dal punto di vista difensivo, domandandosi se (ed in che misura) quel momento dialettico possa risultare strategicamente utile. La seconda. Verificare se il contraddittorio anticipato possa davvero servire ad innalzare la qualità del sistema cautelare nel suo complesso, favorendo così una più attenta, prudente, selettiva gestione delle misure restrittive della libertà personale. Nel primo caso c'è un problema di *costi/benefici tutto interno al polo difensivo* (intuibili, tra l'altro, lo vedremo, i possibili agganci con le autonome iniziative del difensore *ex art. 391 octies c.p.p.*). Nel secondo caso, c'è un problema che riguarda la posizione del *giudice cautelare*, il quale dovrebbe risultare maggiormente responsabilizzato sotto il profilo valutativo/decisorio. Con riserva di tornare sul punto, è infatti plausibile ritenere che quel giudice sia oggi chiamato ad assicurare un supplemento di imparzialità, di autonomia, di equilibrio rispetto al passato, con un compito ben preciso: trovare conferme o smentite sulla «realtà cautelare» prima ancora di restringere la libertà personale dell'indagato. Più precisamente. Quando si accinge ad esercitare la potestà cautelare per scopi di profilassi criminale, il giudice deve oggi muovere da una duplice consapevolezza che, a ben vedere, dovrebbe condurre a decisioni più ponderate rispetto ad un tempo, soprattutto sul piano della *proporzionalità* e della *adequatezza* della misura di volta in volta adottata: *a)* la consapevolezza di doversi comunque confrontare anticipatamente con l'indagato e con il suo difensore; *b)* la consapevolezza che gli esiti di tale confronto potrebbero anche

giudice nelle condizioni di poter avere un'interlocuzione (e anche un contatto diretto) con l'indagato prima dell'adozione della misura».

incidere sul convincimento maturato fino a quel preciso momento dialettico, insinuando ragionevoli dubbi sulla reale urgenza special-preventiva o sulla tipologia cautelare più adatta a soddisfare le esigenze del caso concreto. Una indicazione in tal senso viene dalla stessa Corte di Cassazione, la quale, in una delle prime pronunce in materia di interrogatorio preventivo, ha precisato che «il contatto anticipato con il (possibile) destinatario del provvedimento restrittivo costituisce un elemento fondante -e non solo cronologicamente antecedente- l'esercizio del potere cautelare, in quanto concorre a confermare (ovvero, al contrario, a obliterare) il convincimento interinale del giudicante, discendente da una illustrazione unilaterale dei fatti di causa e delle conseguenze da trarne in punto di diritto»². Non bisogna del resto dimenticare che il giudice cautelare deve essere davvero *convincente* sui risultati di quell'interrogatorio, perché gravato dall'obbligo di motivare analiticamente sul punto, a pena di nullità dell'ordinanza (art.292 co.2 *ter* c.p.p.). Ne dovrebbe insomma derivare un più alto livello di affidabilità e di completezza del controllo giurisdizionale su quella che è e resta, in ogni caso, la finalità cautelare più insidiosa e controversa.

2. L'orizzonte costituzionale.

Tanto premesso, ci si può chiedere se la Costituzione fornisca una qualche forma di copertura all'autodifesa cautelare anticipata.

Per rispondere al quesito bisogna ovviamente riflettere anzitutto sul rapporto tra gli artt. 24 co. 2 e 13 Cost. Che l'inviolabilità della difesa in ogni stato e grado del procedimento si riferisca anche al procedimento cautelare è assiomatico. La potestà cautelare va quindi bilanciata con il diritto di difesa³. Più precisamente. La scelta costituzionale di prevedere restrizioni della libertà personale, (gestite dalla riserva di legge e di giurisdizione) implica logicamente anche l'esigenza di non trascurare le istanze di chi è destinato a subirle, consentendogli di reagire tempestivamente all'esercizio della potestà cautelare. Servono allo scopo, in sequenza, l'interrogatorio di garanzia e il riesame, entrambi caratterizzati da scansioni temporali rapidissime, proprio per agevolare quella immediata reazione. Pretendere però di ricavare dall'art. 24 co. 2 Cost. il diritto dell'indagato di difendersi non solo subito dopo l'adozione di un provvedimento cautelare ma anche prima ed in funzione di questo, suonerebbe come una palese forzatura. Per un motivo molto semplice. Posto che è utopistica, soprattutto nella cultura di *civil law*, l'idea di un processo penale senza cautele, bisogna convenire che tali obiettivi possono essere concretamente perseguiti solo agendo sul *fattore sorpresa* (come accade del resto anche per le perquisizioni e le intercettazioni). Ed è proprio quel fattore a costituire un limite fisiologico all'espansione delle garanzie difensive prima dell'esecuzione del provvedimento cautelare. Di qui una prima conclusione. La previsione di un contraddittorio tra l'indagato e il giudice prima dell'esercizio della

² Cfr. Cass 9 gennaio 2025, n. 5548, Cosimo, in questa *Rivista*, 25 marzo 2025, con osservazioni di R. MUZZICA.

³ Sull'autodifesa e sulla difesa tecnica nel contesto cautelare cfr. L. GIULIANI, *Autodifesa e difesa tecnica nei procedimenti de libertate*, Padova, 2012, *passim*.

potestà cautelare non può trovare un appiglio costituzionale all'interno dell'esclusivo perimetro tracciato dagli artt. 24 co. 2 e 13 Cost.

Né varrebbe spingersi sul terreno della Convenzione europea dei diritti dell'uomo per ricercare in quel contesto una qualche forma di legittimazione dell'autodifesa cautelare anticipata. Così, ad esempio, puntare sul *diritto di accesso al giudice* (una garanzia di contesto elaborata dai giudici di Strasburgo) risulterebbe poco persuasivo. Per almeno due motivi. Andrebbe anzitutto dimostrato (pena il rischio di cadere nella petizione di principio) che quella garanzia si riferisce ad ogni giudice, e quindi anche al giudice cautelare. Bisognerebbe poi fare i conti con la stessa giurisprudenza europea, che, come è noto, suole assegnare a quel diritto un'area operativa molto circoscritta. Difficile, insomma, dimostrare che il diritto "convenzionale" di accesso al giudice comprenda anche il diritto dell'indagato di interloquire anticipatamente con chi si accinge ad esercitare nei suoi confronti la potestà cautelare.

Conviene invece restare all'interno della nostra Costituzione e individuare lì, in quella Carta, un principio, un valore che possa fungere da punto di equilibrio tra gli artt. 13 e 24 co. 2, contemperando così le (legittime) istanze cautelari basate sull'effetto sorpresa, da un lato, e le (altrettanto legittime) istanze difensive e autodifensive, dall'altro lato. Ebbene, quel punto di equilibrio andrebbe forse ricercato sullo specifico terreno dell'errore giudiziario. Il ragionamento può essere impostato nel seguente modo. La Costituzione prevede come è noto il diritto alla riparazione dell'errore giudiziario (art. 24 co. 3)⁴. E nel quadro dell'errore giudiziario risarcibile è compreso anche l'errore cautelare (l'ingiusta detenzione)⁵. Un moderno Stato di diritto non può, da un punto di vista logico, etico, ancor prima che normativo, visti gli alti valori coinvolti (libertà, salute, dignità, reputazione), prevedere la possibilità di risarcire l'ingiustizia cautelare senza allo stesso tempo somministrare al sistema un qualche antidoto in grado di prevenirne i devastanti effetti. È in gioco la coerenza interna dell'ordinamento. Su queste basi, è plausibile ritenere che la profilassi dell'errore giudiziario cautelare possa essere oggi affidata *anche* all'interrogatorio anticipato di recente conio. Come si vede, se si aderisce a questa linea argomentativa, l'idea di una forma di coinvolgimento difensivo anticipato come antidoto alle possibili ingiustizie cautelari possiede una sua plausibile ragionevolezza costituzionale. Una ragionevolezza che, a pensarci bene, risulta indirettamente corroborata anche dalla regola di trattamento sottesa alla presunzione di non colpevolezza (art. 27 co. 2 Cost). Vediamo come. Quella regola, lo sappiamo, vieta di trattare l'imputato alla stregua di un colpevole prima della condanna definitiva. Di riflesso, vieta ogni trattamento sanzionatorio anticipato. Ne deriva, lo sappiamo, che il divieto imposto dalla regola di trattamento può dirsi rispettato solo se le cautele sono selettivamente strumentali al processo, come accade quando occorre evitare inquinamenti probatori o quando bisogna prevenire la fuga dell'imputato. Sono cose

⁴ In argomento cfr. gli scritti contenuti nel volume, *L'errore giudiziario*, a cura di L. LUPARIA, Milano, 2021, *passim*.

⁵ Per un quadro d'insieme v. M. L. DI BITONTO, *L'ingiustizia risarcita*, in *Fondamenti di Procedura penale*, IV ed. Agg., Padova, 2024, 1010 s.

note e sostanzialmente condivise. In questa prospettiva, la giustizia penale agisce in autotutela, preservando la sua funzione di accertamento (reperibilità, disponibilità, genuinità delle prove) e di efficace risposta al delitto commesso (assicurare l'imputato al processo per rendere esecutiva la sentenza in caso di condanna). Fin qui *nulla quaestio*.

Il punto di frizione con la regola di trattamento in esame sta nell'assegnare alle cautele un altro discutibile scopo: prevenire la commissione di altri reati della stessa specie di quello per il quale si procede. La debolezza costituzionale di questa finalità cautelare special-preventiva⁶, non lo si sottolinea mai abbastanza, sta tutta nella doppia valutazione probabilista che la sorregge: *a*) è probabile che l'imputato abbia commesso il reato per il quale è *sub iudice*; *b*) è probabile che possa commetterne un altro della stessa specie. Nei fatti, un soggetto è doppiamente presunto colpevole. Le voci contrarie che ridimensionano il conflitto con la presunzione di non colpevolezza non convincono⁷. Basti solo riflettere sul dato reale, oggettivo, che si regge su una logica difficilmente confutabile: si fa prevenzione con il processo penale sfruttando la duplice prognosi di colpevolezza appena evidenziata; Dominante, qui, è l'idea dell'imputato pericoloso; pericoloso non tanto e non solo per lo specifico processo in corso, ma pericoloso anche e soprattutto per la società. L'obiettivo, difficile negarlo, è qualcosa di esterno al contesto giurisdizionale. La potestà cautelare piegata alle istanze di difesa sociale, dunque. Eppure, proprio sul piano strettamente processuale, la presunzione di non colpevolezza dell'imputato dovrebbe implicare anche la presunzione di non pericolosità. Di conseguenza, a rigore, in quel contesto, nessun giudizio di pericolosità dovrebbe mai precedere il giudizio sulla colpevolezza. Quella dell'imputato pericoloso resta insomma una figura processualmente ambigua, frutto di una ideologia securitaria che non ci concilia con la funzione giurisdizionale⁸. Lo è perché la giurisdizione cautelare si carica di obiettivi che dovrebbero restare affidati a strumenti amministrativi esterni al processo, e cioè alle misure di prevenzione (queste sì strutturalmente e finalisticamente votate a scopi securitari). Quindi delle due l'una. O si elimina la generica profilassi cautelare per i delitti della stessa specie di quello *sub iudice*, (conservandola eccezionalmente solo per alcuni specifici reati di oggettiva gravità), oppure bisogna accettare qualche compromesso processuale di tipo garantista.

La materia è incandescente e, soprattutto, come si diceva, costituzionalmente irrisolta. Qui interessano ovviamente le possibili interferenze con il tema che ci occupa. Fondato è il timore che la duplice, impegnativa valutazione probabilistica che sorregge la finalità cautelare special-preventiva incrementi il rischio di errori o abusi cautelari. Per convincersene, basta solo pensare all'indagine "personologica" imposta dall'art. 274, lett. c c.p.p. Il giudice non deve solo valutare le specifiche modalità e circostanze del

⁶ Cfr. sul punto, volendo, P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, I ed. 2008, II ed. Torino, 2009, 80 s.

⁷ Voci che si fondano anche su qualche apertura della Corte europea dei diritti umani, che riconosce tra le finalità cautelari anche l'esigenza di prevenire il compimento di altri reati: cfr. ad esempio, Corte eur. *Muller c. Francia*, App 21802/93, (sentenza del 17 marzo 1997), punto 44.

⁸ Cfr. ancora P.P. PAULESU, *loc. ult. cit.*; nonché O. MAZZA, *Le persone pericolose (in difesa della presunzione d'innocenza)*, in *Dir. pen. cont.* 2011, 8.

reato che giustificano la domanda cautelare del pubblico ministero. È chiamato ad effettuare anche un complicato vaglio di tipo soggettivo. Si parla, infatti, testualmente, di valutazione della «personalità» dell'indagato/imputato, ricavabile da «comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali»: quest'ultima espressione si riferisce ad *elementi diversi* da quelli che integrano il fatto-reato per cui si procede, solitamente *anteriori* a quello stesso fatto e rivelatori di una indole particolarmente proclive alla commissione di particolari delitti. Certo, si può obiettare che il giudice è comunque tenuto ad effettuare una valutazione complessiva di tutti gli elementi, non potendo la sua predizione di pericolosità fondarsi solo sul fatto criminoso ascritto all'indagato o solo sulla personalità di quest'ultimo⁹. Ma la prassi giudiziaria dimostra come sia proprio quest'ultimo profilo ad assumere di solito un peso decisivo in quella specifica valutazione¹⁰, con spazi di discrezionalità del giudice tutt'altro che esigui. A ciò si aggiunga che si tratta di una verifica da effettuare di solito in tempi molto stretti, spesso imposti dall'allarme sociale. Di qui il rischio che possa risultare superficiale, frettolosa. In altre parole, fallace. Su questo specifico terreno, l'esigenza di evitare ingiustizie cautelari appare quindi ancora più necessaria. Ed è proprio la consapevolezza dell'aumento del rischio dell'ingiustizia cautelare legato al perseguimento di obiettivi special-preventivi, di deterrenza, di difesa sociale dal delitto, a rendere forse più accettabile e condivisibile l'idea che il «contraddittorio» anticipato tra l'indagato e il giudice possa contribuire a ridurre quel rischio. In sintesi. All'aumentare del rischio dell'errore cautelare dovrebbe proporzionalmente corrispondere un incremento dei controlli atti a prevenirlo. Nei fatti, l'autodifesa anticipata rappresenta oggi proprio quel ragionevole compromesso di cui si parlava in precedenza. Come si vede, in tale ottica, il fattore sorpresa diventa meno dirimente, e quindi più «negoziabile» dal sistema cautelare. Se si condivide questa idea di fondo basata sull'aumento del rischio di ingiustizie cautelari legate alla peculiare finalità di prevenzione speciale, sommato ad una sorta di «cedevolezza» dell'elemento sorpresa in quello specifico contesto, ecco allora che la recente scelta riformista che, come vedremo, prevede l'interrogatorio cautelare anticipato solo quando il giudice si accinga a limitare la libertà personale proprio per scopi di profilassi criminale (purché il pericolo della reiterazione del delitto non riguardi reati oggettivamente gravi, dove il fattore sorpresa, per una precisa e ragionevole scelta di politica criminale, è ritenuto *a priori* «non negoziabile» dal sistema) appare sotto una luce diversa, costituzionalmente apprezzabile, perché avrebbe (almeno) il pregio di contemperare in qualche misura le diverse istanze sottese agli artt. 13, 24 co. 3 e 27 co. 2 Cost.

⁹ V. ad esempio, Cass. 14 novembre 1995, Armeli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 640.

¹⁰ Sul punto M. MONTAGNA, *I confini dell'indagine personologica nel processo penale*, Roma, 2013, 23, 91.

3. Presupposti dell'interrogatorio preventivo e autonomia del giudice. Il giudice come garante dell'autodifesa cautelare anticipata.

Tracciato l'orizzonte costituzionale, veniamo ora alla disciplina dell'interrogatorio cautelare anticipato¹¹, partendo dai suoi presupposti.

Ragionevole, come si diceva, è la scelta di escluderlo aprioristicamente per alcuni reati di particolare gravità (che richiedono indagini particolarmente complesse, come tali meritevoli di essere protette da una cortina di segreto) tali da provocare un significativo allarme sociale (criminalità organizzata, delitti commessi con l'uso di armi o con altri mezzi di violenza personale)¹². Una scelta in linea con la politica criminale (nata come emergenziale, poi divenuta strutturale), del doppio binario procedimentale, che si realizza differenziando alcune garanzie a seconda della gravità del reato. Criticare questa scelta restrittiva in materia di autodifesa cautelare anticipata, sul rilievo che risulterebbe lesiva del principio di eguaglianza tra indagati sul piano delle concrete opportunità difensive (artt. 3 e 24 co. 2 Cost.), significherebbe, nei fatti, per ragioni di coerenza, mettere in discussione l'intero sottosistema codicistico che si regge proprio su quella differenziazione (artt. 275 co. 3, 335 co. 3, 190 *bis* c.p.p.). Del resto, logicamente, dove sta il più sta il meno. Se si accetta l'idea che il diritto alla prova e il diritto al controesame, due garanzie strutturali e identitarie di un processo penale accusatorio, possano risultare limitate a fronte di reati oggettivamente gravi (art. 190 *bis* c.p.p.), si deve anche accettare l'idea che l'autodifesa anticipata cautelare (che, oggettivamente, in una ipotetica scala di valori, ha un peso specifico processuale minimo se rapportata alle altre due garanzie appena indicate) possa subire lo stesso trattamento da parte del legislatore. Il punto, semmai, è un altro. E cioè riflettere, *de iure condendo*, su una modifica sostanziale dei presupposti dell'interrogatorio cautelare anticipato che porti ad uno scenario ben diverso, con situazioni più gestibili sul piano pratico, e, di riflesso, (forse) con un più basso rischio di iniquità. Ci si riferisce all'idea di ancorare l'interrogatorio in questione non al tipo di finalità cautelare ma al tipo di misura da adottare in concreto¹³.

¹¹ Per alcune riflessioni a prima lettura, cfr. G. COLAIACOVO – G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia*, in *Penale DP*, 12 aprile 2024, 1 s.; nonché, P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, in questa Rivista, 12 aprile 2024, 10 s.; M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, *ivi*, 22 luglio 2024; L. LUDOVICI, *Disegno di legge c.d. Nordio: nuove garanzie processuali tra fughe in avanti e false partenze*, in *Leg. pen. web*, 7 maggio 2024 10; A. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sulle garanzie dell'interrogatorio cautelare anticipato*, in questa Rivista, 10 maggio, 2024, 1 s.; F. PORCU, *Le modifiche al codice di rito nel D.d.l. Nordio: un primo commento alla riforma in fieri*, *Penale DP*, 2 agosto 2023, 10; G. SPANGHER, *Il d.d.l. Nordio in materia cautelare: ombre e dubbi*, in *Giust. insieme*, 6 settembre 2023; G. SPANGHER, *Pacchetto Nordio: timidi ma significativi segnali di cambio di prospettiva*, in *PenaleDP*, 2023, 2, 19; 1; L. SURACI, *Sistema cautelare interrogatorio preventivo: qualche riflessione*, in *Penale, DP* 24 ottobre 2024, 1 s.; C. VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, in *Arch. pen.* 12 settembre 2023, 1.

¹² V. invece sul punto le perplessità di G. ILLUMINATI, *Le modifiche al processo penale nel d.d.l. Nordio: una prima lettura in Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 891.

¹³ Soluzione prospettata da G. COLAIACOVO- G. DELLA MONICA, *L'anticipazione dell'interrogatorio di garanzia. Appunti sul d.d.l. Nordio*, cit., 65.

E in questa prospettiva prevedere l'autodifesa anticipata solo per le misure oggettivamente meno afflittive, perché di solito giustificate da istanze cautelari che impattano meno sulla qualità delle indagini, consentendo una qualche deroga alle esigenze di segretezza.

Premesso che non convince, perché troppo vago, il riferimento alla «gravità» di alcuni delitti – come quelli commessi con l'uso delle armi – e il riferimento ai «mezzi di violenza personale»¹⁴ tra i fattori ostativi all'accesso all'interrogatorio preventivo (potrebbero infatti derivarne prassi giurisprudenziali poco omogenee, tali da creare disparità di trattamento tra indagati, così come alto è il rischio di addebiti intenzionalmente «gonfiati» dal pubblico ministero per sbarrare all'indagato l'accesso anticipato al giudice cautelare), è evidente che il giudice delle indagini preliminari va considerato a tutti gli effetti il *garante dell'autodifesa cautelare anticipata*¹⁵. Di qui l'esigenza di preservarne l'autonomia valutativa rispetto al contenuto della domanda del pubblico ministero, evitando acritici e iniqui appiattimenti. Più precisamente. Il giudice va posto nelle condizioni di maturare una scelta differente rispetto al tipo di esigenza cautelare prospettata dal pubblico ministero, con la consapevolezza che dalla sua decisione dipende non più solo l'esecuzione della misura, ma anche l'attivazione del contraddittorio anticipato. La stessa Corte di cassazione ha più volte chiarito che il giudice può legittimamente individuare una esigenza cautelare diversa da quella indicata dal pubblico ministero nella domanda¹⁶. Qui la personale opinione del giudice, a differenza di altri settori¹⁷ non ne insidia l'imparzialità ma, all'opposto, la preserva e la rafforza. Assicurare quell'autonomia valutativa significherebbe, insomma, nei fatti, impedire al pubblico ministero di fruire di una sorta di potere di veto sull'interrogatorio cautelare anticipato, puntando strategicamente su finalità cautelari con questo incompatibili, anche qualora non fosse realmente convinto della loro consistenza. Non sarebbe poi così difficile, per il pubblico ministero, presentare come imminente un pericolo di inquinamento probatorio in realtà incerto o lontano (o addirittura inesistente), al solo scopo di preservare «l'effetto sorpresa» tipico della misura cautelare

¹⁴ Condivisibili le perplessità di P. BRONZO, *Brevi note sul "disegno di legge Nordio"*, cit. 11.

¹⁵ Come è noto, decorsi due anni dalla data in vigore della legge n. 114 del 2024, l'interrogatorio sarà svolto dal Presidente del collegio (o da uno dei componenti da lui delegato) ogni volta in cui competente ad applicare la misura cautelare sarà, per l'appunto, l'organo collegiale (cioè nel caso di custodia cautelare in carcere). Non è ovviamente possibile in questa sede trattare il complesso tema del giudice collegiale cautelare, con tutte le implicazioni che ne derivano: organizzazione degli uffici, carenza di organici, incompatibilità, impatto interventi cautelari importanti affidati ad un collegio potrebbe avere sulle fasi processuali (udienza preliminare, giudizio abbreviato, dibattimento) in termini di condizionamento del giudice in chiave decisoria.

¹⁶ Cfr., ad esempio, Cass. Sez. I, 21 giugno 1997, Moissiadis, in *C.e.d.* 207852. Sulla stessa linea, si è affermato che il principio della domanda cautelare preclude al giudice la possibilità di mutare il fatto posto a fondamento della imputazione cautelare ovvero di disporre misure più gravi di quelle richieste, ma non impedisce, anche in sede di impugnazione, di dare al fatto una diversa qualificazione giuridica né di ravvisare gli indizi di colpevolezza e le esigenze cautelari per ragioni diverse o ulteriori rispetto a quelle prospettate dall'organo di accusa (cfr. Cass. Sez. I, 8 settembre 2020, Signore, in *C.e.d.* 279643-01; Cass. Sez. II, 8 settembre 2016, Borovikov, in *C.e.d.* 267935).

¹⁷ Basti solo pensare al controverso profilo dell'ammissione della prova d'ufficio *ex art.* 507 c.p.p.

e negando così all'indagato l'accesso all'interrogatorio preventivo. Certo, restano le riserve su come il giudice possa concretamente effettuare i controlli di volta in volta necessari, essendo privo di poteri istruttori *ex officio*. Ma l'idea di un giudice cautelare imparziale, perché legittimato ad agire in piena autonomia rispetto al pubblico ministero, suona comunque rassicurante. E all'eventuale obiezione secondo cui il giudice potrebbe comunque autonomamente svolgere il suo ruolo di garante del contraddittorio (in questo caso posticipato) con l'interrogatorio di garanzia (art. 294 c.p.p.), si potrebbe replicare che in tale sede quello stesso giudice potrebbe risultare esposto al condizionamento psicologico derivante dall'aver già adottato la misura cautelare¹⁸. Un condizionamento ancora più forte se la misura venisse adottata per ragioni di profilassi criminale, perché in quel caso potrebbe aggiungersi anche il condizionamento psicologico di dover comunque placare l'allarme sociale.

Questa riflessione sull'imparzialità e sull'autonomia valutativa del giudice cautelare ne apre un'altra.

Il settore cautelare, come è noto, è destinato a costituire uno dei principali contesti applicativi degli strumenti di intelligenza artificiale. L'uso di algoritmi predittivi può infatti risultare utile per misurare il rischio di un reato futuro, e quindi la pericolosità individuale e la capacità di recidiva di un determinato oggetto, rappresentando, quindi, anche un valido supporto nella scelta della misura cautelare più idonea a soddisfare le istanze del caso concreto. Interessante (anche se non priva di incognite), da questo punto di vista, è l'esperienza statunitense dei cd. *risk assessment tools*¹⁹. Si tratta di strumenti basati su algoritmi che consentono di gestire e analizzare un numero elevato di dati statistici su una persona o su gruppi di persone, selezionando fenomeni ricorrenti (*pattern*) e fornendo, così, la percentuale di rischio che un soggetto possa commettere reati²⁰. Su queste basi, risulta evidente come nel nostro sistema uno di naturali settori

¹⁸ Cfr. sul punto M. GIALUZ, *Le novità della "manovra Nordio" in materia processuale*, cit. 8.

¹⁹ Il più noto è il COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanction*), un sistema di profilazione che analizza le risposte fornite ad un questionario su alcuni specifici temi: *criminal involvement, relationships/lifestyles, personality/attitudes, family and social exclusion*. A dispetto della sua oggettiva utilità, il COMPAS è avversato da chi lo ha considerato alla stregua di una pericolosa *bias machine* foriera di pesanti discriminazioni di tipo soprattutto razziale (secondo alcune ricerche svolte negli Stati Uniti, ad esempio, le persone di colore risulterebbero classificate alla stregua di potenziali futuri criminali in misura pari al doppio delle altre etnie), con l'aggravante che, trattandosi di un metodo brevettato da una azienda privata, quindi segreto, viene meno il requisito di trasparenza che, come s'è detto, dovrebbe sempre accompagnare l'uso dell'AI nel contesto giurisdizionale. Nondimeno, nel celebre caso *State v. Loomis*, (2016) la Corte Suprema del Wisconsin ha escluso che l'uso di quel programma possa di per sé determinare una lesione del diritto dell'imputato all'equo processo: a patto che i dati elaborati da quel *software* non rappresentino l'unica base cognitiva della sentenza. In *State v. Loomis*, infatti, i giudici avevano prudenzialmente attinto ad una ampia gamma di fonti probatorie (*other supporting factors*), evitando così di basare il proprio convincimento solo sui dati digitali.

²⁰ In argomento, senza alcuna pretesa di completezza, v. G. CONTISSA-G. LASAGNI-G. SARTOR, *Quando a decidere in materia penale sono (anche) gli algoritmi e l'IA: alla ricerca di un rimedio effettivo*, in *Riv. trim Diritto di Internet*, n. 4 2009, 619 s.; B. GALGANI, *Considerazioni sui "precedenti" dell'imputato e del giudice al cospetto dell'IA nel processo penale*, in questa *Rivista*, 2020, 4; M. GIALUZ, *Quando il processo penale incontra l'intelligenza artificiale: luci ed ombre dei risk assessment tools tra Stati Uniti ed Europa*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2019, 1 s.; R. E. KOSTORIS, *Predizione decisoria, diversion processuale e archiviazione*, in questa *Rivista*, 2021, 1 s; LUPARIA, *Prova*

applicativi dell'intelligenza artificiale in ambito cautelare sia costituito dalla finalità special-preventiva rappresentata dal pericolo di reiterazione del delitto di cui all'art 274 lett. c. c.p.p., cioè proprio la finalità che consente di attivare in quel contesto la garanzia dell'autodifesa preventiva. Di qui una logica conclusione. Accolti gli strumenti di IA generativa all'interno delle dinamiche cautelari, non sarà più sufficiente tutelare l'autonomia del giudice rispetto alle iniziative del pubblico ministero, ma, per evitare derive tecnocratiche, bisogna assicurare anche l'autonomia del giudice dal condizionamento dell'algoritmo predittivo²¹. Viene in gioco, ancora una volta, l'esigenza di evitare disparità di trattamenti tra indagati nell'accesso all'autodifesa anticipata cautelare. Coglie nel segno chi avverte come l'algoritmo sia per sua natura anti-egualitario²², perché evidenzia solo alcuni fattori di rischio, omettendone altri; di conseguenza, considera in via presuntiva alcuni soggetti più pericolosi di altri. Su tutto, incombe poi la grande incognita della cd. *bias machine*: e cioè che le decisioni automatizzate possano essere adottate sulla base di pregiudizi (etnico-razziali, morali, sessuali, ambientali, legati al tessuto socioeconomico) veicolati all'interno della macchina dagli stessi programmatori. Su queste basi, appaiono fondate le preoccupazioni di chi considera i provvedimenti fondati sulla «calcolabilità del rischio» e della pericolosità individuale suscettibili di «aprire nuovi canali di discriminazione e di incarcerazione o di ostacolo alla scarcerazione per le fasce socialmente più deboli»²³. Ebbene, posto che, come si diceva, l'interrogatorio cautelare preventivo è attivabile solo se il giudice stima probabile uno scenario di reiterazione del delitto della stessa specie, ne deriva che, se quello stesso giudice si appiattisse troppo sull'*output* della macchina, potrebbero verificarsi, nella prassi, soluzioni davvero inique, perché troppo «automatizzate», «spersonalizzate», troppo dipendenti dalla profilazione tecnologica: la valutazione della pericolosità o no di un soggetto, e quindi le *chances* per l'indagato di accedere all'autodifesa cautelare anticipata dipenderebbe nei fatti dall'algoritmo predittivo. Così, ad esempio, un indagato potrebbe vedersi negato l'interrogatorio preventivo solo perché, l'algoritmo, selezionando solo alcuni dati, lo stima non pericoloso, mentre la misurazione di altri dati porterebbe ad una diversa conclusione. Ebbene, posto che vietare l'uso dell'AI nell'ambito delle prognosi cautelari sarebbe una

giudiziaria e ragionamento artificiale: alcune possibili chiavi di lettura, in *Il concetto di prova alla luce dell'intelligenza artificiale* a cura di J. Sallantin e J.J. Szczeciniarz, Giuffrè, 2005, XIV; S. QUATTROCOLO, *Equità del processo penale e automated evidence alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Revista Italo-Espanola de Derecho Procesal*, 2019, p. 2 s. EAD, *Artificial Intelligence. Computational Modelling and Criminal Proceedings. A Framework for a European Legal Discussion*, Springer, 2020; V. MANES, *L'oracolo algoritmico e la giustizia penale: al bivio tra tecnologia e tecnocrazia*, in *Discrimen*, 15 maggio 2020, 1. G. RICCIO, *Ragionando su intelligenza artificiale e processo penale*, in *Arch. pen.* 2019, n. 3, 1 s.; S. SIGNORATO, *Giustizia penale e intelligenza artificiale. Considerazioni in tema di algoritmo predittivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 605; EAD., *Il diritto a decisioni penali non basate esclusivamente su trattamenti automatizzati: un nuovo diritto derivante dal rispetto della dignità umana*, ivi, 2021, 101; G. UBERTIS, [Intelligenza artificiale, giustizia penale, controllo umano significativo](#), in questa Rivista, 2020, 1 s.

²¹ Cfr. sul punto, volendo, P.P. PAULESU, *Intelligenza artificiale e processo penale. Una lettura attraverso i principi*, in *Arch. pen.*, 2022, 1 s.

²² Cfr. V. MANES, *L'oracolo algoritmico*, cit., 12.

²³ Così, F. SGUBBI, *Il diritto penale totale*, Il Mulino, 2019, 424.

scelta di retroguardia priva di ragionevoli giustificazioni, si tratta piuttosto di assicurare il giusto equilibrio tra il contributo della macchina e la supervisione critica del giudice cautelare, prestando attenzione ad evitare le generalizzazioni statistiche anti-egualitarie fornite dall'algoritmo. Una indicazione in tal senso parrebbe oggi provenire dal *Considerando n. 42 del recente Regolamento 1689/2024/ UE* in materia di *AI*, il quale, citando testualmente la presunzione d'innocenza vieta, sul piano generale, di valutare le persone fisiche sulla base della sola profilazione mediante *AI*, senza che vi sia un ragionevole sospetto che la persona sia coinvolta in un'attività criminosa sulla base di *fatti oggettivi verificabili* e senza una *valutazione umana* al riguardo, e, su un piano più specifico, vietando di «determinare la probabilità che queste ultime commettano un reato o volte a prevedere il verificarsi di un reato effettivo o potenziale unicamente sulla base della loro profilazione o della valutazione dei loro tratti della personalità e delle loro caratteristiche».

4. Dinamiche applicative, documentazione, invalidità.

Volgendo ora lo sguardo alle dinamiche applicative, va subito rilevato come l'interrogatorio preventivo sembri circoscritto alla sola fase delle indagini preliminari. Lo confermerebbe, anzitutto, il dato testuale, posto che si parla espressamente di interrogatorio della persona sottoposta ad indagini. Orienta verso questa conclusione anche il rinvio all'art. 289, co. 2, secondo periodo c.p.p., che circoscrive alle sole indagini preliminari il dovere del giudice di interrogare l'indagato prima di decidere sull'istanza del pubblico ministero di sospendere tale soggetto da un pubblico ufficio o servizio. Non solo. Una ulteriore conferma sembra potersi ricavare dall'esplicita attribuzione al giudice per le indagini preliminari in composizione collegiale (segnatamente, il Presidente, o un suo delegato) della competenza ad effettuare l'interrogatorio anticipato nei casi di cui all'art. 328, co. 1 *quinquies* c.p.p., (l'art. 291, co. 1 *quinquies* c.p.p.). Palese qui la differenza rispetto all'interrogatorio di garanzia di cui all'art. 294, che, come sappiamo, è attivabile anche dopo l'esercizio dell'azione penale e fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento. Qualche perplessità in ordine a possibili disparità di trattamento inevitabilmente affiora. Chi si accinge a subire l'esercizio della potestà cautelare ad azione penale già avviata non potrebbe usufruire dell'interrogatorio anticipato anche in presenza di esigenze di prevenzione speciale che ne consentirebbero l'attivazione. La sua interlocuzione con il giudice sarebbe quindi rimandata ad un momento successivo all'esercizio della potestà cautelare. Nei fatti, quindi, tutto dipende dal momento in cui il pubblico ministero attiva la giurisdizione cautelare. Questo problema appare evidente nei procedimenti soggettivamente cumulativi. Ad esempio. Tizio e Caio sono co-indagati per il reato *x* (che esula dal catalogo delle fattispecie criminose ostative all'interrogatorio cautelare preventivo) e per entrambi i soggetti si prospetta lo stello livello di probabilità che possano commettere un reato della stessa specie. Ebbene, il pubblico ministero potrebbe presentare la domanda cautelare contro l'indagato Tizio, posticipando invece strategicamente la richiesta cautelare nei confronti di Caio ad un momento successivo all'esercizio dell'azione penale, al solo fine di

negargli l'accesso all'autodifesa preventiva. Nei fatti, Tizio e Caio, indagati per il medesimo reato, potrebbero essere considerati dal pubblico ministero entrambi pericolosi, ma solo al primo sarebbe assicurata la possibilità di interloquire anticipatamente con il giudice. Stessa situazione, come si vede, ma opportunità difensive differenti. Ebbene, se si accetta l'idea di fondo, coltivata nel presente lavoro, secondo cui la garanzia del contraddittorio anticipato in presenza di una prognosi cautelare di tipo special-preventivo andrebbe intesa alla stregua di uno strumento utile per ridurre le ingiustizie cautelari, la segnalata disparità di trattamento sembrerebbe priva di giustificazione. Come la dottrina più attenta non ha mancato di sottolineare²⁴, quello del rapporto tra interrogatorio preventivo e procedimento penale soggettivamente cumulativo rappresenta una criticità a cui occorre porre rimedio²⁵. Criticità che si estende, ovviamente, anche al cd. procedimento oggettivamente cumulativo, quando più reati di diversa gravità sono contestati ad un unico indagato. Con specifico riferimento all'ipotesi in cui si proceda per una pluralità di reati, tra loro connessi, la Corte di cassazione ha di recente precisato che l'esclusione dell'interrogatorio preventivo per i reati più gravi si estenderebbe a quelli meno gravi²⁶.

Proseguendo nell'analisi, è previsto in capo al giudice l'obbligo di notificare (comunicandolo al pubblico ministero) all'indagato e al suo difensore l'invito a presentarsi per rendere interrogatorio. L'invito va notificato almeno cinque giorni prima di quello fissato per la comparizione. Ragioni di urgenza consentono al giudice di abbreviare quel termine, purché sia lasciato il tempo necessario per comparire. L'impossibilità di rintracciare la persona o la sua ingiustificata mancata comparizione (assenza di un legittimo impedimento) autorizza il giudice ad applicare subito la misura cautelare.

Viene subito naturale chiedersi se questa disciplina risulti in linea con l'art. 111 co. 3 Cost, che riconosce all'accusato il diritto di disporre del *tempo* e delle *condizioni necessarie* per preparare la difesa. Il problema di assicurare un contraddittorio anticipato effettivo indubbiamente esiste. Considerati i tempi molto stretti previsti dal legislatore

²⁴ Cfr. A. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sull'interrogatorio cautelare anticipato*, cit., 3. C. VALENTINI, *Com'è difficile trovare l'alba dentro l'imbrunire: note sparse sul futuribile interrogatorio ante cautela*, cit., 8.

²⁵ Il problema è stato subito segnalato anche dal Consiglio Superiore della Magistratura. Cfr. il Parere del C.S.M. sul disegno di legge AS n. 808 recante Modifiche al Codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento giudiziario (cd. d.d.l. Nordio), in *www.CSM.it*, 21 febbraio 2024, 27; può essere interessante riportare il seguente passaggio: «si consideri l'ipotesi in cui, in un procedimento plurisoggettivo – come di norma accade – siano richieste misure cautelari per una pluralità di indagati, ma per esigenze cautelari diverse, configurandosi solo nei confronti di alcuni di essi quelle di cui all'art. 274, lett. a e b, ovvero quelle di cui all'art. 274, lett. c c.p.p., con esclusivo riferimento al caso in cui la prognosi di pericolosità – e non la sussistenza di gravi indizi – riguardi i delitti indicati all'art. 407, co. 2, lett. a, o all'art. 362, co. 1 ter, c.p.p., o i gravi delitti commessi con l'uso di armi o con altri mezzi di violenza personale. In questo caso, la misura può essere disposta nei confronti dei già menzionati indagati senza preventivamente interrogarli; l'interrogatorio preventivo rimane, invece, obbligatorio per gli altri. Ebbene, il diverso iter da osservare con riferimento ai vari indagati per l'applicazione delle misure cautelari implica questioni che le disposizioni in commento non risolvono, risultando, in particolare, incerto come conciliare l'intervento cautelare «a sorpresa» con quello garantito dal contraddittorio

²⁶ Cass. 22 maggio 2025, n. 19068, consultabile in *One Legale*, 2025.

(imposti dalle istanze di profilassi criminale), il rischio che l'interrogatorio preventivo possa rivelarsi nella prassi uno sterile passaggio «burocratico» indubbiamente esiste. Ma si tratterebbe di una situazione davvero svilente per il difensore, impossibilitato a reagire in maniera adeguata alla prospettiva di una misura cautelare imminente. Ebbene, posto che l'allestimento di una strategia difensiva efficace presuppone la piena consapevolezza dell'oggetto del contendere cautelare, bisogna allora assicurare al difensore l'immediato accesso agli atti. Serve chiaramente allo scopo l'art. 291, co. 1 *octies* c.p.p. Tale disposizione prevede infatti uno specifico avviso al difensore in ordine all'avvenuto deposito in cancelleria della domanda cautelare del pubblico ministero e degli atti presentati a supporto della stessa (v. art. 291 co. 1 c.p.p.), con facoltà di prenderne visione di estrarne copia (inclusi i verbali delle comunicazioni e delle conversazioni intercettate: qui è consentita al difensore anche la trasposizione delle registrazioni su supporto idoneo). A fronte di una quantità importante di dati allegati alla domanda cautelare, non sfugge come l'esiguo termine a disposizione per studiarli e approfondirli potrebbe risultare inadeguato. Sono perciò auspicabili prassi ragionevoli e virtuose, con i giudici impegnati a gestire in maniera equilibrata i tempi dell'interrogatorio anticipato, al riparo da condizionamenti interni ed esterni (organizzazioni degli uffici, sollecitazioni del pubblico ministero, istanze delle vittime, allarme sociale pressioni mediatiche).

Questa sorta di *disclosure* investigativa anticipata può essere analizzata contemporaneamente sia nella prospettiva dell'accusa, sia nella prospettiva della difesa.

Si assiste alla caduta del segreto investigativo (art 329 co. 1 c.p.p.) su tutti gli atti presentati dal pubblico ministero a sostegno della domanda cautelare (art. 291 c.p.p.), che diventano così pienamente conoscibili dall'indagato. Come si vede, la posizione del pubblico ministero è tutt'altro che agevole. Il pubblico ministero vede svanire il segreto sugli atti depositati, senza avere la certezza dell'effettiva applicazione della misura cautelare richiesta. Questo potrebbe indurlo a dosare prudenzialmente gli atti da allegare alla domanda cautelare. Una documentazione troppo scarsa, ridotta al minimo indispensabile per soddisfare i requisiti richiesti dall'art. 291 c.p.p. potrebbe in effetti rivelarsi inadeguata, insufficiente a persuadere il giudice cautelare circa la pericolosità di un determinato soggetto (art. 292 c.p.p.). Una documentazione troppo ricca, all'opposto, potrebbe finire per agevolare il compito di un difensore accorto. Non è infatti escluso che quest'ultimo possa scoprire alcuni punti deboli dell'impianto accusatorio, svolgere tempestivamente contro-indagini nell'esiguo tempo disponibile, e sottoporre i risultati così ottenuti all'attenzione del giudice cautelare già in sede di interrogatorio preventivo (ad esempio, depositando una memoria). Non va infatti dimenticato che il difensore ha pur sempre la possibilità di attivarsi autonomamente ai sensi dell'art. *ex art.* 391 *octies* co.1 c.p.p, per mettere subito a frutto i risultati delle sue investigazioni. Questa disposizione, come è noto, gli riconosce il potere di presentare direttamente al giudice elementi di prova a discarico ogni volta in cui debba essere adottato un provvedimento con l'intervento della parte privata. Mossa «a sorpresa» (nei confronti del pubblico ministero) sicuramente non facile, visto il poco tempo a disposizione, ma che potrebbe rivelarsi davvero preziosa per mettere in difficoltà il rappresentante dell'accusa. Pensiamo al caso di un difensore abilmente «proattivo» sul

piano investigativo, e quindi già in possesso di elementi a discarico subito spendibili sul piano cautelare. L'interrogatorio preventivo sarebbe proprio la sede adatta per una mossa strategica di questo tipo.

Proseguendo nell'analisi delle dinamiche applicative, è previsto che l'invito a comparire per rendere l'interrogatorio (oltre all'avviso dell'avvenuto deposito della documentazione prodotta a sostegno della domanda cautelare, di cui si è già parlato) contenga una serie di dati e comunicazioni certamente apprezzabili in chiave garantista: a) le generalità e altre indicazioni personali utili ad identificare l'indagato; b) il giorno, l'ora e i luoghi della presentazione, con l'indicazione dell'autorità competente a effettuare l'interrogatorio; c) la descrizione sommaria del fatto, con l'indicazione della data e del luogo in cui il reato è stato commesso; d) l'invito a nominare un difensore di fiducia e il diritto al patrocinio gratuito nei casi previsti dalla legge; e) il diritto ad ottenere informazioni in merito all'accusa; f) il diritto all'interprete e alla traduzione di atti fondamentali; g) il diritto al silenzio; h) il diritto di informare le autorità consolari e i familiari e la facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa.

Questo quadro di avvisi e garanzie presenta alcune criticità.

Non è contemplato l'avviso all'indagato delle conseguenze collegate alla mancata comparizione all'interrogatorio. Ancora. Premesso che l'indagato resta libero di scegliere se sottoporsi o no all'interrogatorio preventivo, non è chiaro il riferimento testuale al diritto di ottenere informazioni in merito all'accusa. Questo perché, come si diceva, l'invito a comparire contiene già la descrizione sommaria del fatto (logico includervi anche l'esatta qualificazione giuridica dello stesso), la quale, sommata alla documentazione depositata e fruibile anticipatamente dalla difesa, dovrebbe essere sufficiente per assicurare a quest'ultima una adeguata conoscenza sulla «materia del contendere cautelare». Manca poi ogni riferimento alla designazione di un difensore d'ufficio nel caso in cui l'indagato sia privo di un difensore di fiducia. Non sembrano però esservi valide ragioni per non estendere anche all'interrogatorio cautelare preventivo la disposizione di cui all'art. 364 co. 2 c.p.p.

C'è poi da chiedersi come il giudice possa ottenere la presenza del soggetto da interrogare. Il problema esiste perché la (sia pur momentanea) restrizione della libertà personale deve fondarsi su un titolo esecutivo valido, in linea con l'art. 13 Cost. Di solito quel titolo esiste ed è costituito dall'ordinanza cautelare. Ma quando si deve attivare l'interrogatorio anticipato quel titolo ancora non c'è. La soluzione più ragionevole sembra quella di estendere all'interrogatorio in questione la disciplina dell'accompagnamento coattivo disposto dal giudice (con decreto motivato) ai sensi dell'art. 132 c.p.p., ovviamente circoscritto al tempo strettamente necessario per compiere l'atto. Se l'indagato non compare all'interrogatorio, spetta al giudice valutare discrezionalmente la completezza o no delle ricerche effettuate al fine di reperirlo. In ogni caso, è irrilevante che la sottrazione all'interrogatorio sia volontaria o no²⁷. Pesa il dato oggettivo dell'assenza, che costituisce la spia di un pericolo di fuga, o, ancor peggio,

²⁷ Cfr. P. BRONZO, *loc. ult. cit.*; G. ILLUMINATI, *loc. ult. cit.*; A. MARANDOLA, *Troppi i dubbi sull'interrogatorio cautelare anticipato*, cit., 5.

l'indizio di una fuga già in atto. Viene meno, quindi, per cause sopravvenute, l'obbligo del giudice di attivare l'interrogatorio anticipato.

Concentrando l'attenzione sullo svolgimento dell'interrogatorio preventivo, (dove trovano applicazione le regole generali di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p.), il momento dialettico si realizza con la dialettica difesa- giudice. Non è prevista la fissazione di una udienza in contraddittorio con l'accusa. Scelta ragionevole alla luce di (almeno) due argomenti. Il primo. Il pubblico ministero non ha alcun interesse a impegnarsi in un contraddittorio con il difensore (poco) prima dell'esecuzione della misura cautelare. Ma soprattutto non ha interesse a impegnarsi in un contraddittorio su atti di indagine a carico non più segreti, perché depositati a corredo della domanda cautelare. Perché esporsi davanti al giudice a possibili confutazioni circa la reale gravità del quadro indiziante o sulla reale pericolosità dell'indagato provenienti dal difensore o dallo stesso giudice? Depositata la domanda cautelare, il pubblico ministero ha esaurito momentaneamente il suo compito; non gli resta che attendere fiducioso l'esercizio della potestà cautelare leggendo le motivazioni dell'ordinanza, anche per adeguare i successivi passi investigativi. Il secondo argomento. L'esigenza di velocizzare i tempi, visto che ci si trova in presenza di un indagato potenzialmente pericoloso.

Tanto premesso, viene naturale interrogarsi sugli spazi di manovra del difensore nel gestire la garanzia del diritto al silenzio dell'indagato di fronte alla prospettiva di una misura cautelare imminente. Spazi di manovra che sono ovviamente condizionati dalla quantità e dalla qualità del materiale depositato dal pubblico ministero a sostegno della domanda cautelare. Da un punto di vista strettamente logico, si potrebbe sostenere che se l'indagato compare sottoponendosi all'interrogatorio preventivo è perché ha qualcosa da dire al giudice. Quindi, in quella sede, probabilmente, parlerà. La questione, però, è più complessa e non è facile preconizzare i futuri scenari concreti. Ci si rende conto che un atteggiamento collaborativo da parte dell'indagato potrebbe sortire alcuni vantaggi nell'immediato: ad esempio, orientando il giudice verso l'applicazione di una misura meno afflittiva o comunque (più) proporzionata al fatto contestato. Le insidie, però, non mancano. Soprattutto se l'autodifesa cautelare anticipata si realizza nelle prime fasi delle indagini pubbliche (come è altamente prevedibile: sul piano pratico, la questione sulla pericolosità o no di un soggetto, per sua natura, se emerge, emerge subito). Perché un indagato troppo loquace durante l'interrogatorio potrebbe sospingere il pubblico ministero a ricavare dalla motivazione dell'ordinanza cautelare l'idea di nuove piste investigative mai battute prima e che potrebbero nuocere alla difesa al di fuori della specifica vicenda cautelare. L'interrogatorio preventivo è sì una risorsa garantista, ma, a causa della sua collocazione, rappresenta un meccanismo autodifensivo da maneggiare con molta cautela. Di qui forse l'esigenza per la difesa di privilegiare in quel contesto scelte collaborative minimali, essenziali, riservando ad un momento successivo, cioè il giudizio di riesame (quindi *post* ordinanza cautelare, alla luce delle motivazioni che la giustificano) eventuali integrazioni narrative.

Sempre in tema di svolgimento dell'interrogatorio preventivo, può essere interessante riflettere su un altro profilo.

Se si accoglie l'idea, esposta nel presente lavoro, secondo cui il giudice cautelare è il garante dell'autodifesa preventiva, con una inedita e importante funzione di

controllo anticipata rispetto all'ordinario (dove i momenti di garanzia, di controllo, seguono l'esercizio della potestà cautelare), ne dovrebbe scaturire una maggior *responsabilizzazione* dello stesso in punto di quesiti proponibili in quello specifico contesto (è la logica conseguenza della nuova «consapevolezza» richiesta oggi al giudice nel gestire l'interlocuzione anticipata con l'indagato, di cui si è già parlato). La situazione è infatti del tutto peculiare. Il giudice è chiamato ad interloquire con l'indagato mentre si accinge a emanare un provvedimento che ne limita la libertà personale. Ha già maturato una sua decisione, ma non si è ancora esposto, con la motivazione del provvedimento coercitivo, né nei confronti del pubblico ministero né nei confronti dell'indagato e del suo difensore. Di qui due possibili scenari. Il primo. Quello di un giudice distaccato e prudente, che si limita a formulare all'indagato quesiti generici senza approfondire troppo la vicenda cautelare, lasciando che sia la difesa, durante l'interrogatorio, a dar fondo a tutte le risorse disponibili (ad esempio, rilasciando dichiarazioni spontanee). Il secondo scenario. Quello di un giudice attivo e scrupoloso nell'approfondire la materia del contendere cautelare, perché consapevole del suo inedito ruolo di garante. Certo, non avendo poteri istruttori, la qualità dei quesiti e l'approfondimento atteso dipenderà dalla documentazione fornita dall'accusa e dalla difesa (nei fatti, conosce solo ciò che le parti gli consentono di conoscere) o dall'intuito e dalla sagacia del giudice. Ma l'auspicio è che sia proprio la figura di un giudice attivo e scrupoloso a prevalere nella prassi, perché in linea con lo spirito garantista della riforma.

Per quanto concerne poi i tempi dell'ordinanza cautelare (ferma l'applicazione dell'art. 121 co. 2 c.p.p.), va segnalato che la mancata previsione di un termine per adottarla permette al giudice di decidere di volta in volta alla luce della complessità del caso e della documentazione depositata, ma anche della necessità di evitare che un soggetto potenzialmente pericoloso possa restare libero per un tempo troppo lungo.

In conclusione, occorre accennare brevemente alla documentazione dell'interrogatorio preventivo e ai presidi sanzionatori che lo circondano.

L'interrogatorio deve essere documentato integralmente nel rispetto delle modalità previste dall'art. 141 *bis* c.p.p., a pena di inutilizzabilità (art. 291, co. 1-*novies* c.p.p.). Una scelta questa, che in parte compensa la mancata previsione circa la necessaria presenza del difensore. Adeguati appaiono, poi, i profili sanzionatori, perché in linea con le scelte di fondo adottate finora dal legislatore in materia di patologia dei provvedimenti cautelari. L'ordinanza è nulla se non è stata preceduta dal compimento dell'interrogatorio (art. 292 co. 3 *bis* c.p.p.). E si tratta di una nullità di ordine generale, a regime intermedio, per violazione del diritto di difesa (art. 178 lett. c c.p.p.)²⁸. Non si

²⁸ Cass 9 gennaio 2025, n. 5548, Cosimo, cit. Sulla stessa linea, Cass. 13 maggio 2025, n. 17916, in www.giurisprudenzapenale.it, 2025, 1 s. secondo cui la nullità a regime intermedio può rilevare/eccepita in sede di riesame. Si osserva, in proposito, che “il mezzo tipico di deduzione della nullità è la richiesta di riesame, che costituisce il mezzo di impugnazione preordinato alla verifica dei presupposti legittimanti l'adozione del provvedimento cautelare e che consente all'indagato di ottenere un pieno controllo giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento e, quindi, la verifica *ex post* della sussistenza di tutti i presupposti richiesti dalla legge per l'applicazione della misura, costituiti non solo dai gravi indizi e dalle esigenze cautelari, ma anche dalla necessità (o meno) dell'interrogatorio preventivo”. Trattandosi di vizio genetico, “non rileva a pena di decadenza la mancata deduzione della nullità nel corso dell'interrogatorio

applica quindi l'art. 302 c.p.p. nella parte in cui prescrive la caducazione della misura per omesso o invalido esercizio del diritto di difesa.

Ancora. Se viene attivato l'interrogatorio anticipato, l'ordinanza cautelare deve contenere, a pena di nullità, la specifica valutazione degli elementi adottati dalla persona interrogata (art. 292 co. 2 *ter* c.p.p.). Come si vede, l'obbligo di motivazione esplicita in capo al giudice cautelare risulta qui rafforzato. Ed è da ritenere che la nullità colpisca l'ordinanza anche nel caso in cui l'interrogatorio sia nullo per inosservanza delle disposizioni che riguardano il contenuto dell'avviso a presentarsi (invalidità derivata)²⁹.

Merita infine segnalare l'incertezza sull'uso dibattimentale ai fini delle contestazioni delle dichiarazioni rese dall'indagato nel corso dell'interrogatorio preventivo. Come è noto, l'art. 503 c.p.p., prevede la possibilità di utilizzare a tali fini le dichiarazioni assunte ai sensi degli art. 294, 294 co. 3, 391, e 433 c.p.p. L'utilizzabilità dei risultati dell'interrogatorio anticipato dovrebbe derivare dal fatto che l'attivazione di quest'ultimo solleva il giudice dall'obbligo di disporre in seguito l'interrogatorio di garanzia. In questo caso, l'interrogatorio preventivo diventa a tutti gli effetti un surrogato dell'interrogatorio di garanzia. Bisogna però considerare che il primo, a differenza del secondo, non prevede la partecipazione obbligatoria del difensore. Non resta che attendere i riscontri giurisprudenziali, anche se sarebbe auspicabile sul punto un chiarimento da parte del legislatore.

di garanzia, a prescindere dalle sue modalità e, cioè, sia nel caso in cui l'indagato abbia accettato il contraddittorio, rispondendo alle domande ed esponendo quanto ritenuto utile alla sua difesa, sia nel caso in cui si sia avvalso del diritto al silenzio". L'interrogatorio preventivo – aggiunge la Corte – “non è surrogabile e l'indagato ha interesse, a prescindere dall'iter processuale, all'osservanza della disposizione che è parte integrante del potere coercitivo del giudice. L'omesso interrogatorio preventivo si risolve nell'omissione di un atto funzionale a garantire l'intervento e l'esercizio del diritto di difesa personale, che è, in primo luogo, conoscenza degli atti e possibilità di confrontarsi dialetticamente dinanzi al giudice”.

²⁹ Secondo A. MARANDOLA, *loc. ult. cit.*, e A. MUZZICA, *loc. ult. cit.*, la nullità dovrebbe riguardare anche il mancato rispetto dei termini per comparire, l'ingiustificata compressione degli stessi, e l'omessa notificazione dell'invito al difensore o a uno dei difensori nominati. Si tratterebbe di una nullità a regime intermedio (art. 178 co. 1 lett. c c.p.p.), rilevabile prima dell'inizio dell'interrogatorio.

FUGA IN AUTO DALL'AGGRESSORE, OMICIDIO E LESIONI STRADALI COLPOSI: CONFIGURABILE LA LEGITTIMA DIFESA?

Cass., Sez. IV, 19 dicembre 2023 (dep. 29 gennaio 2024), n. 3399, Pres. Di Salvo, Rel. Pezzella

di Maria Falcone

1. Con la sentenza in commento, la Quarta Sezione Penale della Corte di cassazione ha affrontato un interessante caso nel quale viene in rilievo il problema della configurabilità della legittima difesa in rapporto ai reati colposi¹: un problema che non si pone con frequenza in giurisprudenza. Di norma, infatti, a venire in rilievo è la *reazione difensiva* realizzata dall'agredito *volontariamente*, non già *colposamente*, come accade, invece, nella vicenda in esame.

Il caso nasce da una "spedizione punitiva" messa in atto dai tifosi di una squadra di calcio lucana (il Rionero in Vulture) nei confronti dei tifosi di un'altra squadra di calcio, pure militante nelle serie minori (il Melfi). I tifosi del Rionero si appostavano, celati dietro felpe scure con cappuccio e armati con spranghe, bastoni, mazze, fumogeni e altri oggetti pericolosi, nei pressi della stazione ferroviaria di Vaglio di Basilicata, vicina allo svincolo di Tolve e, dunque, lungo il tragitto che conduce allo stadio ove si sarebbe svolta la partita. All'arrivo dell'autocolonna dei tifosi del Melfi, gli antagonisti ingaggiavano un'azione violenta, accerchiando le auto degli avversari e sferrando colpi di bastone in direzione delle stesse. Al fine di sottrarsi all'aggressione in atto, uno dei conducenti deviava la traiettoria verso la corsia opposta, invertendo il senso di marcia a una velocità superiore a quella consentita. Tale manovra determinava l'investimento di due persone appartenenti al gruppo degli aggressori. In conseguenza dell'impatto con la sede stradale, uno dei due individui moriva quasi sul colpo – nonostante il tempestivo intervento del 118 –, mentre l'altro riportava delle lesioni gravi.

Il conducente aggredito, invece, proseguiva la corsa, per poi fermarsi una decina di metri più avanti dallo scontro, dove veniva intercettato dalle forze dell'ordine. Per i fatti descritti, veniva chiamato a rispondere non di omicidio doloso (risultando esclusa la volontarietà dell'investimento), ma di omicidio e lesioni stradali aggravati, essendo la colpa consistita in imprudenza e mancata diligenza, nonché nella violazione di alcune disposizioni del codice della strada, in materia di limiti di velocità e posizione dei veicoli sulla carreggiata (artt. 142 e 143 cod. strada).

¹ Per un quadro del problema, cfr. F. VIGANÒ, *Sub Art. 52 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, a cura di E. DOLCINI, G.L. GATTA, Wolters Kluwer, 2021, vol. I, p. 925.

Nei giudizi di primo e di secondo grado, la valutazione dei giudici di merito era conforme nel ritenere la sussistenza degli estremi della legittima difesa nella vicenda contestata, mentre differiva in ordine alla valutazione concernente l'eccesso colposo. Il giudice di primo grado sosteneva che, pur essendo astrattamente configurabili i presupposti della legittima difesa, l'imputato avesse colposamente superato i limiti derivanti dall'art. 52 c.p. Il superamento di detti limiti veniva ravvisato nella violazione delle regole in tema di circolazione stradale e nell'erronea valutazione del grado del pericolo e dell'offensività dei mezzi di salvezza disponibili. A parere del giudice di prime cure, infatti, per sfuggire all'azione violenta, sarebbe stato sufficiente indietreggiare in retromarcia o, al più, deviare sulla corsia opposta a una velocità inferiore rispetto a quella praticata. Diversamente, la Corte d'Appello riteneva applicabile la legittima difesa – senza alcun eccesso nella causa di giustificazione – sulla base dell'assunto secondo cui non sarebbe stata esigibile dall'agente una condotta alternativa a quella posta in essere.

Il contrasto appena evidenziato veniva, quindi, portato all'attenzione della Corte di cassazione, che confermava la decisione del giudice di secondo grado, escludendo così l'eccesso colposo di legittima difesa e ritenendo senz'altro scriminato il fatto.

2. La sentenza annotata, con un'articolata motivazione, si sofferma sul tema centrale del giudizio, relativo ai criteri di valutazione dell'eccesso colposo di legittima difesa, dalla cui configurabilità dipendeva la possibilità di ritenere l'autore del fatto responsabile di omicidio e di lesioni personali stradali. In tale ambito, i problemi applicativi più significativi hanno quasi sempre riguardato la difficoltà di distinguere le ipotesi di eccesso colposo nella causa di giustificazione da quelle di eccesso doloso e incolpevole. La pronuncia qui compendiata consente proprio di fare il punto su tale delicata questione, su cui la Quarta Sezione indugia a lungo, anche attraverso una puntuale ricognizione delle modalità di accertamento dell'eccesso di legittima difesa. A ben vedere, però, nella vicenda in esame, ciò si innesta su un tema ulteriormente controverso e interessante, concernente l'applicabilità della legittima difesa a un reato colposo. Un tema che, invero, resta sullo sfondo della sentenza.

Pertanto, prima di illustrare le conclusioni a cui giunge la Cassazione con riferimento al *thema decidendum*, riteniamo di dover affrontare la questione preliminare relativa all'applicabilità della legittima difesa ai reati colposi. Procederemo, dunque, seguendo quest'ordine.

3. Come si è accennato, la configurabilità della legittima difesa in rapporto ai reati colposi è controversa, in dottrina e giurisprudenza, poiché la scriminante di cui all'art. 52 c.p. sembra presupporre una reazione difensiva dolosa.

3.1. Chi nega la compatibilità tra legittima difesa e reato colposo ritiene proprio che la legittima difesa presupponga la volontà di ledere l'aggressore, strutturalmente

assente nei reati colposi². In senso contrario, chi ritiene la legittima difesa compatibile con una reazione difensiva colposa, valorizza il dettato dell'art. 59, co. 1, c.p., dal quale trae una regola opposta a quella che postula l'intenzionalità della difesa. Piuttosto – si osserva – il coefficiente psicologico con cui l'evento lesivo è cagionato risulta irrilevante rispetto agli scopi per cui la legittima difesa è prevista dall'ordinamento³. Il fatto che l'evento lesivo non sia voluto, ma riconducibile alla violazione di una regola cautelare, non implica la sua incompatibilità strutturale con i presupposti della causa di giustificazione⁴. Pertanto, ai fini della legittima difesa, è sufficiente che la reazione difensiva corrisponda agli estremi descritti dalla norma scriminante.

Del resto, il problema dell'applicabilità della legittima difesa a un reato colposo è un falso problema, dal momento che la causa di giustificazione facoltizza un'azione prima ancora che la si qualifichi come dolosa o colposa. Soltanto un fatto umano antigiusuridico può essere colpevole⁵. In altre parole, deve ritenersi superflua qualsiasi valutazione circa l'elemento soggettivo che sorregge una condotta realizzata in presenza dei presupposti ed entro i limiti desumibili dalla causa di giustificazione⁶. Se il fatto è stato realizzato per la necessità di difendere un diritto proprio o altrui dal pericolo attuale di un'offesa ingiusta, allora è obiettivamente lecito e non ha senso indagare la colpevolezza del suo autore. Se, invece, la reazione difensiva eccede i limiti della necessità o della proporzione – allora e solo allora – il fatto è illecito e si dovrà valutare la colpevolezza del suo autore, secondo le regole che operano per l'eccesso colposo⁷.

3.2. Il quadro si complica però per chi ritiene che il giudizio di illiceità si collochi a valle di un giudizio di tipicità che, nel caso dei reati colposi, presuppone che l'evento non voluto sia stato cagionato da una condotta colposa, oltretutto realizzata in violazione di una regola cautelare, la cui osservanza era esigibile nel caso di specie⁸. A voler seguire questa impostazione, si determina un'interferenza tra la struttura tipica del fatto colposo e gli estremi della causa di giustificazione, in quanto gli elementi che

² Si tratta di un indirizzo giurisprudenziale, attribuibile a Cass. pen., Sez. IV, 12 ottobre 1970, n. 1669, Guarneri. Nello stesso senso, v. Cass. 10 luglio 1959, GP, 1960, II, 133; Cass. 19 gennaio 1956, GP, 1957, II, 122, citate da T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, Wolters Kluwer, 1989, III, p. 514. Per una più ampia trattazione del tema dell'applicabilità delle cause di giustificazione ai fatti colposi, cfr. S. FIORE, *Cause di giustificazione e fatti colposi*, Cedam, 1996.

³ T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 514, cui rinvia anche F. VIGANÒ, *Sub Art. 52 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, cit., p. 925.

⁴ *Ibidem*. Analogamente, S. FIORE, *Scriminanti e reato colposo*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2021, II, p. 1141. Sul punto, cfr. anche, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, 1987, vol. II, p. 350; G. DELITALA, *Legittima difesa e delitto colposo*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1940, p. 542, che, peraltro, osserva proprio come nei delitti colposi l'azione sia comunque volontaria, ancorché il suo risultato non lo sia, così confermando l'applicabilità della scriminante ai delitti colposi. Nella letteratura più recente, v. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, 2024, p. 600.

⁵ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, XIII ed., 2024, p. 241.

⁶ F. VIGANÒ, *Sub Art. 52 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, cit., p. 925.

⁷ Sul punto, T. PADOVANI, *Difesa legittima*, in *Dig. disc. pen.*, cit., p. 515; F. VIGANÒ, *Sub Art. 52 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, cit., p. 925.

⁸ S. FIORE, *Scriminanti e reato colposo*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 2021, II, p. 1139-1140.

valgono ad integrare la situazione scriminata appaiono altresì costitutivi del giudizio di colpa⁹. Tuttavia, quando questi elementi sono valorizzati ai fini del giudizio di tipicità colposa, si finisce per escludere, sul piano della tipicità, la rimproverabilità colposa di condotte che potrebbero risultare al contempo scriminate. Difatti, nel contesto della legittima difesa, è evidente che un'azione negligente, imprudente o imperita non potrà mai rispettare il limite della necessità desumibile dalla causa di giustificazione¹⁰. Il giudizio di colpa implica una divergenza tra il modello di condotta imposto da regole di diligenza, prudenza o perizia e questa divaricazione tra ciò che l'agente modello avrebbe fatto e ciò che si verifica nel caso di specie contrasta con l'idea che una reazione difensiva possa dirsi necessaria soltanto quando il pericolo al quale risponde non avrebbe potuto essere neutralizzato in altro modo. Una condotta necessaria, dunque, non potrà mai qualificarsi come colposa, poiché il carattere colposo di un'azione disvela l'esistenza di una corrispondente condotta alternativa lecita che fa venir meno la necessità. Ne consegue che in tutti i casi in cui la condotta sia stata realizzata in presenza dei presupposti ed entro i limiti imposti dalla necessità (e dalla proporzione), si perverrà a un giudizio negativo di tipicità colposa, di fatto aggirando il giudizio relativo all'operatività della causa di giustificazione.

3.3. Sebbene l'esito di questa impostazione non differisca rispetto a quello a cui si perverrebbe analizzando prioritariamente il piano dell'antigiuridicità – in entrambi i casi, infatti, si nega la responsabilità penale dell'agente –, tale soluzione non convince, in quanto non consente di arrivare ad affermare la liceità del fatto alla stregua dell'intero ordinamento giuridico, impedendo alla causa di giustificazione di spiegare la sua efficacia universale. Si ritiene, quindi, preferibile la prima lettura proposta.

3.4. Venendo, ora, al caso di specie, occorre rilevare che la Corte – ancorché implicitamente – considera applicabile la legittima difesa ai reati colposi e conclude, infatti, nel senso di ritenere scriminato il fatto (colposo) da cui trae origine il giudizio. In particolare, la Quarta Sezione argomenta sulla liceità della condotta attraverso un'anticipazione del ricorso ai principi che regolano l'accertamento della dimensione soggettiva della reazione difensiva. Seguendo l'impostazione preferibile proposta in dottrina, tuttavia, tali principi dovrebbero costituire oggetto di valutazione soltanto in caso di reazione eccessiva, mentre la Corte – in questo caso – li valorizza per escludere il travalicamento dei limiti della scriminante e ritenerla, quindi, obiettivamente integrata. Appare, perciò, confuso il rapporto tra i diversi livelli di giudizio cui si fa tradizionalmente ricorso, nell'ambito della sistematica del reato, per pervenire all'affermazione della responsabilità penale e questo è un elemento ricorrente nella giurisprudenza disponibile in materia¹¹.

Per ritenere il fatto scriminato, infatti, la Corte fa leva sull'inesigibilità di ogni condotta alternativa a fronte del contesto patologico in cui si è svolta l'azione. Il

⁹ *Ibidem*, p. 1142.

¹⁰ G. DELITALA, *Diritto penale. Raccolta degli scritti*, Giuffrè, 1976, p. 462.

¹¹ S. FIORE, *Scriminanti e reato colposo*, in *Enc. dir.*, cit., pp. 1139-1140.

complesso delle circostanze fattuali, unitamente alla situazione emotiva in cui versava l'agente, hanno reso la manovra posta in essere l'unica concretamente possibile, ancorché effettuata in violazione di due regole cautelari dal contenuto rigido (invasione della corsia opposta di marcia e superamento dei limiti di velocità). In tal senso, il giudizio di accertamento della contrarietà del fatto all'ordinamento giuridico nel suo complesso viene disancorato da una dimensione oggettiva e si colora, invece, di una dimensione soggettiva, che passa dall'esame delle percezioni e degli stati emotivi dell'agente, contrariamente a quanto affermato dalla tradizionale dottrina in tema di applicabilità della legittima difesa ai reati colposi. Si anticipa, dunque, una valutazione che sarebbe propria della dimensione soggettiva dell'eccesso nella causa di giustificazione, per attribuirgli rilevanza già sul piano dell'obiettiva liceità del fatto. Per di più, si disancora il principio di esigibilità dal piano che tradizionalmente gli viene ritenuto più congeniale, quello della colpevolezza. Nella vicenda in esame, tale principio viene, invece, ricollegato alla *ratio* stessa dell'antigiuridicità e vale a escludere la contrarietà del fatto all'ordinamento giuridico, sebbene sia normalmente qualificato come causa di esclusione della colpevolezza¹². Così facendo, sullo sfondo della decisione, sembra affacciarsi l'esigenza di slegare la liceità della condotta dall'osservanza di un dato dovere giuridico, laddove ciò appaia illogico e irragionevole.

4. La pronuncia in esame merita, quindi, di essere segnalata proprio perché applica la legittima difesa a un reato colposo, pur a fronte di un impianto argomentativo non del tutto lineare. Invero, essa non contiene statuizioni di principio sul punto, ma di fatto assume l'applicabilità dell'art. 52 c.p., per poi soffermarsi in modo particolare sui contorni dell'istituto dell'eccesso nella causa di giustificazione, nei termini di cui ora si dirà, nel tentativo di ricostruire la seconda tematica oggetto d'analisi, rispettando l'ordine di trattazione indicato in apertura.

5. In relazione alla vicenda controversa, la Cassazione è chiamata essenzialmente a decidere se ci si trovi o meno in presenza di una reazione difensiva eccessiva. Sul tema, la ricostruzione offerta appare in linea con la giurisprudenza esistente in materia.

Procediamo a tracciare le coordinate del tema esaminato, ricordando che il dettato codicistico reca la disciplina dell'eccesso nella causa di giustificazione all'art. 55 c.p., che riguarda i soli casi in cui l'agente travalichi per colpa i limiti di giustificazione della sua azione, vale a dire i limiti che la norma scriminante pone in chiave limitativa della sua efficacia. La sua condotta è, dunque, coperta da una causa di giustificazione reale soltanto fino a un certo punto del suo svolgimento, mentre in un secondo momento temporale sconfina nella mera putatività di un elemento scriminante, di cui lo stesso agente eccede per colpa i limiti¹³. Il carattere colposo del superamento dei

¹² Per tutti, G. FORNASARI, *Il principio di inesigibilità nel diritto penale*, Cedam, 1990.

¹³ Cass. pen., Sez. I, 24 settembre 1991, Riolo, in *Giust. Pen.*, 1992, II, c. 264. Si badi che ciò non deve indurre a sovrapporre le ipotesi di eccesso nella causa di giustificazione a quelle di erronea supposizione della

limiti della scriminante fonda la rimproverabilità del soggetto agente per il fatto commesso – che è, dunque, un fatto illecito, strutturalmente colposo¹⁴ – segnando al contempo l'applicabilità delle disposizioni che lo incriminano come tale, se previste.

5.1. Secondo la ricostruzione offerta dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalente – cui, in effetti, aderisce anche la Quarta Sezione della Corte di cassazione con la sentenza in esame –, le forme di manifestazione dell'eccesso colposo nella causa di giustificazione sono sostanzialmente due e si differenziano tra loro a seconda del tipo di errore in cui sia incorso l'agente¹⁵. In alcuni casi, il superamento dei limiti di giustificazione è dovuto a un'erronea valutazione della situazione scriminante da parte dell'agente, che si convince in modo errato della necessità di tenere un comportamento di portata maggiore rispetto a quella scriminata (si parla di c.d. eccesso nel fine o di errore motivo). In altri casi, invece, l'eccesso si giustifica in ragione di un errore esecutivo ed è dovuto al fatto che il soggetto agente non riesce a contenere la propria condotta entro i limiti di giustificazione, per un errore, appunto, modale (si parla di c.d. eccesso nei mezzi o errore inabilità).

Se per alcuni la prima ipotesi si avvicina a quella della scriminante putativa di cui all'art. 59, co. 4, c.p., costituendone una vera e propria specificazione (in un caso, l'errore cade sull'esistenza della situazione scriminante, nell'altro, soltanto sui suoi

presenza di una scriminante di cui all'art. 59, co. 4, c.p. Difatti, in caso di eccesso, l'errore cade soltanto sui limiti di giustificazione, mentre nel caso di erronea supposizione, l'errore cade sui presupposti di esistenza della causa di giustificazione stessa, che l'agente ritiene sussistenti sebbene manchino nel caso di specie. Nondimeno, la circostanza che l'agente versi in errore circa la sussistenza dei presupposti di esistenza della scriminante non esclude in radice la configurabilità di un'ipotesi di eccesso colposo, che può, dunque, ravvisarsi anche in presenza di una causa di giustificazione c.d. putativa. Gli errori sui limiti di giustificazione e sui presupposti di esistenza della scriminante possono, dunque, sommarsi. Sul punto, cfr., da ultimo, Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 24084, con nota di M. MOSSA VERRE, *L'errore sulla legittima difesa e l'eccesso colposo: osservazioni a margine di un 'caso da manuale'*, in *Dir. pen. cont.*, 2020, 4.

¹⁴ Se in passato si discuteva della natura giuridica della responsabilità della fattispecie contemplata all'art. 55 c.p. (vi era, in particolare, chi sosteneva che si trattasse di una fattispecie dolosa, trattata come colposa soltanto ai fini sanzionatori, cfr. sul punto, F. CONSULICH, *Sub Art. 55 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. FORTI, S. RIONDATO, S. SEMINARA, Wolters Kluwer, 2024, p. 322), oggi la dottrina è pressoché concorde nel ritenere che abbia natura colposa il fatto commesso da chi travalichi i limiti di una causa di giustificazione. Sul punto, cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 279; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, Cedam, XII ed., 2024, p. 282; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 323; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Giappichelli, X ed., 2023, p. 302; F. VIGANÒ, *Sub Art. 55 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, cit., p. 1038. Nella giurisprudenza più recente, v. Cass. pen., Sez. V, 9 aprile 2018, n. 15713; Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 52120, con nota di B. ROSSI, *Il delitto commesso per eccesso colposo ha una natura sostanzialmente colposa*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1233. Si veda anche V. MASARONE, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità penale per eccesso colposo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, pp. 1056 ss.

¹⁵ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 278; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 283; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 323; T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, XIII ed., 2023, p. 227; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Giappichelli, IX ed., 2023, p. 347; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit. p. 302. In giurisprudenza, di recente, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 26 settembre 2017, n. 48281, Balilla.

limiti)¹⁶, per altri sarebbe la sola a essere ricompresa nell'ambito di operatività dell'art. 55 c.p., dovendo l'altra ipotesi di eccesso nei mezzi essere risolta in base ai normali principi della responsabilità colposa¹⁷. Sembra essere questo il caso della vicenda fattuale controversa, che, tuttavia, nasce già come ipotesi colposa.

5.2. In questo contesto, l'eccesso colposo di legittima difesa ricorre quando, in presenza di una reale situazione di *pericolo attuale di un'offesa ingiusta ad un diritto proprio o altrui*, la reazione difensiva travalichi colposamente – per un errore-motivo o per un errore-inabilità – i limiti imposti dalla necessità o dalla proporzione.

6. Nella ricostruzione fornita dalla Quarta Sezione alla luce delle coordinate fin qui delineate, il giudizio di accertamento delle ipotesi di eccesso nella legittima difesa si compone di un duplice oggetto, che acquista una dimensione oggettiva e una soggettiva. Il giudice è chiamato ad accertare, in via preliminare, l'inadeguatezza della reazione difensiva, in termini di sproporzione rispetto all'azione offensiva e di eccesso nell'uso dei mezzi a disposizione dell'agente (*dimensione "oggettiva"*), per poi valutare se il superamento dei limiti di giustificazione sia avvenuto consapevolmente o involontariamente (*dimensione "soggettiva"*).

6.1. L'accertamento dell'inadeguatezza della reazione difensiva postula la formulazione di un giudizio *ex ante*, analogamente a quanto vale per la valutazione dei presupposti della legittima difesa, reale o putativa¹⁸. In particolare, il giudice si pone al

¹⁶ F. VIGANÒ, *Sub Art. 55 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, cit., p. 1042.

¹⁷ Sul punto, si vedano, per tutti, P. SIRACUSANO, *Eccesso colposo*, in *Dig. disc. pen.*, Utet, 1990, p. 185; M. ROMANO, *Sub Art. 55 c.p.*, in *Commentario sistematico del codice penale*, Giuffrè, 2004, vol. 1, p. 580. A parere di C.F. GROSSO, *Eccesso colposo*, in *Enc. giur.*, Giuffrè, XII, 1989, 2, queste ipotesi dovrebbero essere regolate secondo la disciplina dell'*aberratio delicti* di cui all'art. 83 c.p. Alcuni sostengono poi la natura pleonastica della disposizione, proprio in ragione della generale applicabilità alle ipotesi di eccesso nella causa di giustificazione dei normali principi in tema di responsabilità colposa, cfr., per tutti, M. SPINA, *La Cassazione considera (già) inutile quel che la politica promette di eliminare. Il paradosso dell'eccesso colposo di legittima difesa (art. 55 c.p.)*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 7, p. 30.

¹⁸ Non è infrequente che la giurisprudenza affidi la verifica di sussistenza dei presupposti oggettivi di una causa di giustificazione ad un giudizio *ex ante*. Al riguardo, il dato della legittima difesa è emblematico. Sul punto, cfr. Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 24084, Perrone; C. App. Taranto, 2 maggio 2017, n. 82; Cass. pen., Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 33591; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2009, n. 3507, S.G.C.; Cass. pen., Sez. I, 25 ottobre 2005, n. 45425, Bollardi S.C. In dottrina, si registrano orientamenti divergenti. Per alcuni, il giudizio di accertamento dovrebbe essere parametrato alle circostanze conoscibili al momento dell'azione, integrate dalle eventuali conoscenze ulteriori dell'agente. La dottrina prevalente, tuttavia, si esprime in senso diverso. Per G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., pp. 345-346, il pericolo va accertato attraverso una prognosi postuma in concreto, che tenga conto di tutte le circostanze esistenti in quel momento, anche se accertate e accertabili solo *ex post* (cfr. anche G. MARINUCCI, *Agire lecito in base a un giudizio ex ante*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, p. 394). Analogamente, F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto penale*, cit., p. 256; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 208; F. PALAZZO, R. BARTOLI, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 376; F. VIGANÒ, *Sub Art. 55 c.p.*, in *Codice Penale Commentato*, cit., p. 912 e p. 1041; *contra*, v. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, XVI ed., 2003, p. 306. Si veda anche F. MACRÌ, *Effettività e limiti costituzionali della legittima difesa: dal far west al fair risk*, Giappichelli, 2020, p. 134, secondo cui anche la giurisprudenza applicherebbe *de facto* un parametro *ex*

tempo di commissione del fatto, per poter raffrontare i mezzi usati dall'agente nel reagire all'aggressione, con gli altri mezzi eventualmente a sua disposizione. Allo stesso modo, il giudice è chiamato a operare un giudizio di valore *ex ante* tra i beni giuridici in conflitto, di cui valuta omogeneità o eterogeneità, avendo cura di negare la proporzione dell'azione rispetto alla difesa laddove si faccia questione di un conflitto tra beni eterogenei, collocati su un diverso piano della scala gerarchica dei valori costituzionali penalmente tutelati¹⁹. Oltre a ciò, l'accertamento relativo all'eccesso colposo di legittima difesa richiede un giudizio dal carattere relativo, che consenta di volgere lo sguardo alle specifiche e peculiari circostanze che connotano il caso di specie. Il giudice di merito è chiamato, perciò, a indagare le modalità esecutive della reazione difensiva, nonché tutti gli elementi fattuali che la caratterizzano, tanto quelli antecedenti, quanto quelli successivi all'azione, al fine ultimo di valutarne l'eventuale incidenza sull'errore nel fine o nei mezzi dal quale sia derivato il superamento dei limiti desumibili dalla norma scriminante²⁰.

6.2. Per quanto riguarda, invece, la seconda fase del giudizio, avente ad oggetto la c.d. *dimensione "soggettiva"* dell'eccesso, la Cassazione evidenzia come il suo apprezzamento sia essenziale per distinguere le ipotesi di eccesso colposo da quelle di eccesso incolpevole o volontario e conseguentemente per definire la disciplina applicabile.

Se risulta che l'agente ha consapevolmente e volontariamente tenuto una condotta eccedente le modalità e gli scopi per i quali l'ordinamento consente la difesa, *nulla quaestio*. Il fatto deriva da una scelta consapevole, perciò estranea all'ambito di operatività di qualsiasi scriminante, ed è, quindi, fonte di responsabilità dolosa.

Se, invece, si accerta che l'eccesso è dovuto a un errore modale o di giudizio, rispetto al quale è possibile muovere all'agente un rimprovero per colpa, in termini di negligenza, imprudenza o imperizia, l'agente non andrà esente da responsabilità, ma il fatto a lui addebitato sarà riqualificato come reato colposo, se la legge lo prevede come tale²¹. In caso di errore esecutivo, il superamento dei limiti di difesa è effettivamente involontario, ancorché evitabile – e in ciò si giustifica la sua rimproverabilità –, sicché non si discute della natura colposa della responsabilità dell'agente. Diversamente, nel caso di errore di giudizio, quando cioè l'eccesso deriva da una erronea valutazione dell'agente, residua un elemento di volontarietà dell'azione (che, in effetti, consegue a una decisione volontaria dell'agente, ancorché dettata da un errore di valutazione). Si

post.

¹⁹ L'apprezzamento del requisito della proporzione tra offesa e difesa esige, quindi, un *rapporto di corrispondenza valutativa fra due termini*, formulato con giudizio cronologicamente riferito al momento della reazione difensiva e avendo riguardo ai mezzi usati dall'agredito e a quelli a sua disposizione, nonché ai beni giuridici in conflitto, secondo un *approccio qualitativo* e necessariamente *relativistico*. Sul punto, cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2020, n. 32414, Di Pietro; Cass. pen., Sez. V, 20 ottobre 2017, n. 53313; Cass. pen., Sez. I, 26 novembre 2009, n. 47117; Cass. pen., Sez. I, 20 giugno 1997, n. 6979, Sergi.

²⁰ Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 24084; Cass. pen., Sez. IV, 3 maggio 2016, n. 33591; Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 2013, n. 13370; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2009, n. 3507.

²¹ Cass. pen., Sez. IV, 13 febbraio 2019, n. 9463; Cass. pen., Sez. III, 27 aprile 2018, n. 30910.

parla, quindi, di una responsabilità per c.d. colpa impropria: l'agente risponde a titolo di colpa, ma per un fatto comunque voluto, come, del resto, accade nelle ipotesi di errore di fatto determinato da colpa (art. 47 c.p.) e di erronea supposizione di una causa di giustificazione (art. 59, co. 4, c.p.)²².

Quando poi l'errore di valutazione è scusabile, ovvero quando l'errore modale non è prevedibile o altrimenti evitabile, l'eccesso è incolpevole e l'agente non è punibile per difetto di colpevolezza²³.

7. Se queste sono le regole per la selezione delle ipotesi di eccesso colposo di legittima difesa, in tale ambito, a giudizio della Corte, resta sempre fermo il principio espresso dall'antico brocardo *adgreditus non habet staderam in manu*, che deve necessariamente orientare la lettura del comportamento dell'agredito. Pertanto, laddove tale comportamento sia consistito nella violazione di regole cautelari, la valutazione circa il loro mancato rispetto non va compiuta rigidamente. Ciò al fine di scongiurare affermazioni di responsabilità di posizione, sconfinanti in forme di responsabilità oggettiva. Piuttosto, tale valutazione deve risentire della situazione patologica in cui si realizza l'azione difensiva alla stregua del principio di esigibilità, il cui spazio di operatività risulta, come già osservato, dilatato.

8. Facendo applicazione di questi principi, la Quarta Sezione della Cassazione conferma la decisione della Corte territoriale, escludendo in radice la configurabilità di un'ipotesi di eccesso nella causa di giustificazione.

Il giudice di prime cure aveva ancorato il riconoscimento dell'eccesso colposo di legittima difesa alla violazione di alcune regole cautelari poste dal codice della strada in materia di limiti di velocità e posizione dei veicoli sulla carreggiata (artt. 142 e 143 cod. strada), come se la loro osservanza avesse potuto consentire al soggetto agente di moderare l'entità della propria reazione difensiva, allineandola alle reali esigenze della vicenda in cui si era trovato coinvolto. Al contrario, la Corte di cassazione sembra sostenere – in ciò avallando la pronuncia della Corte territoriale – che non è possibile ravvisare, nel caso di specie, alcun errore modale o di giudizio, tanto nella valutazione dell'entità del pericolo, quanto nell'esecuzione della manovra posta in essere per sottrarsi all'aggressione. Sebbene la reazione difensiva sia consistita nella violazione di due regole cautelari, essa non è il frutto di un errore tale da determinare il superamento colposo dei limiti della causa di giustificazione. E nemmeno dipende da una scelta

²² C. App. Roma, Sez. I, 18 settembre 2019, n. 9955; Cass. pen., Sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 24084; Cass. pen., Sez. V, 8 luglio 2010, n. 26190; Cass. pen., Sez. IV, 16 gennaio 2009, n. 1786; in senso parzialmente difforme, Cass. pen., Sez. IV, 15 novembre 2017, n. 52120. In dottrina, parla di una responsabilità per colpa impropria L. RISICATO, *Cooperazione in eccesso colposo: concorso "improprio" o compartecipazione in colpa "impropria"*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 581 e p. 587, secondo cui nelle ipotesi di colpa impropria il rimprovero retroagisce alla soglia dell'inesatta valutazione della situazione di pericolo o dei mezzi da usare per fronteggiarla. Ciò rende volontario l'evento lesivo, ma non il reato, e si giustifica, quindi, l'affermazione della natura colposa del fatto commesso. Sul punto, si veda anche M. ROMANO, *Sub Art. 43*, in *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pp. 107 ss.

²³ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., p. 324.

consapevole e volontaria. È vero che la violazione delle regole cautelari evidenzia l'esistenza di un *commodus discessus*, ma ciò non pregiudica la necessità della reazione, dal momento che le condotte alternative lecite o meno gravi risultavano comunque inesigibili alla luce della situazione patologica in cui si è svolta l'azione.

9. In conclusione, possiamo osservare che la pronuncia qui compendiata si apprezza perché rappresenta uno dei pochi esempi di applicazione della legittima difesa a un reato colposo, offrendo, al contempo, una sintesi delle questioni maggiormente problematiche in tema di eccesso colposo nella legittima difesa. Merita di essere osservato, poi, il rilievo che la sentenza in esame assegna allo stato psicologico dell'agredito e alla concitazione del momento, per argomentare sull'obiettiva liceità del fatto commesso.

La paura e il timore che seguono a un'aggressione sono stati spesso indicati quali fattori da valorizzare in sede di applicazione della legittima difesa, specie nell'ottica di selezionare le ipotesi di eccesso incolpevole nella causa di giustificazione. In particolare, si è discusso dell'opportunità di non oggettivizzare il giudizio di colpevolezza dell'eccesso di legittima difesa, valorizzando, invece, gli stati emotivi dell'agente sul piano della c.d. misura soggettiva della colpa. Da questo punto di vista, il modello è rappresentato dall'ordinamento tedesco, che prevede una causa di esclusione della colpevolezza per chi ecceda i limiti di una scriminante a causa di uno stato di turbamento o di paura. In questa direzione, si muoveva l'intervento di riforma varato nel 2019, con cui il legislatore ha espressamente attribuito un'efficacia scusante allo stato di turbamento emotivo dell'agredito che abbia travalicato i limiti della legittima difesa domiciliare²⁴.

L'intenzione era quella di indirizzare la discrezionalità giudiziaria verso l'attribuzione di valore agli stati emotivi dell'agredito. Tuttavia, la novella è stata accolta con sfavore per motivi diversi, tra cui l'irragionevole limitazione della nuova previsione alle sole ipotesi di eccesso nella legittima difesa domiciliare²⁵.

La Quarta Sezione sembra, ora, assegnare una nuova valenza agli stati emotivi anche fuori da questa ipotesi, quasi a conferma della superfluità della previsione normativa di nuova introduzione. Non solo, però, la sentenza in commento attribuisce un rilievo allo stato di turbamento dell'agredito in un'ipotesi di legittima difesa comune, ma lo fa anche in relazione a un fatto in cui non si ravvisa nemmeno un eccesso nella causa di giustificazione, ovvero sia un profilo di rimproverabilità a titolo di colpa eventualmente rilevante già *ex art. 55, co. 1, c.p.* Piuttosto, la Quarta Sezione attribuisce

²⁴ Sul tema, A. ROIATI, *Il grave turbamento emotivo e l'inesigibilità per contesto e per tipo di autore*, in *Arch. pen.*, 2020, 1.

²⁵ Cfr. *ex multis*, D. PULITANO, *Legittima difesa: fra retorica e problemi reati*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 4; F. CINGARI, *Per una riforma della disciplina dell'eccesso di legittima difesa*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, pp. 10 ss.; F. CONSULICH, *La riforma della legittima difesa*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 3; G.L. GATTA, *La nuova legittima difesa nel domicilio: un primo commento*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2019.

un rilievo alla paura e al timore dell'agredito sul piano dell'antigiuridicità, come se lo stato emotivo fosse uno dei parametri a cui ancorare il giudizio che dovrebbe condurre alla verifica di sussistenza dei requisiti della legittima difesa, specie della sua necessità.

SUI VUOTI DI TUTELA LASCIATI DAL (FU) ABUSO D'UFFICIO: UNO SGUARDO ALLA COSTELLAZIONE DEI CASI OGGETTO DELLE ORDINANZE DI RIMESSIONE DELLA CONSULTA

di Cecilia Pagella

1. Come è noto, l'8 maggio 2025 la Consulta ha dichiarato in parte inammissibili e in parte infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate da 13 tribunali e dalla Cassazione in relazione all'art. 1, c. 1, lett. b) della L. 9 agosto 2024, n. 114, che ha abrogato il delitto di abuso d'ufficio¹. La motivazione della sentenza deve essere ancora depositata. Dal comunicato stampa diffuso dalla Corte risulta che si è esclusa l'esistenza di obblighi di incriminazione di fonte sovranazionale discendenti dalla Convenzione ONU di Merida². Convintasi dell'inesistenza di un obbligo internazionale di incriminazione, la Corte si è trovata le mani legate a fronte della propria giurisprudenza sul divieto di sindacato delle leggi penali con effetti *in malam partem*.

In attesa di leggere le motivazioni della sentenza, ci sembra interessante tornare sulla questione dell'abolizione dell'abuso d'ufficio per sottolineare, ancora una volta e definitivamente, i gravi vuoti di tutela aperti dalla legge Nordio. La discussione in diritto, nei mesi scorsi, ha forse lasciato in ombra le vicende in fatto, a partire da quelle oggetto dei procedimenti nell'ambito dei quali le questioni di legittimità sono state sollevate³: questi aiutano a dare concretezza alle condotte umane fino a poco tempo fa ascrivibili all'art. 323 c.p. e a "pesarne" il disvalore, onde comprendere se continuare a sanzionarle – e continuare a sanzionarle *penalmente* – fosse o meno una scelta valida⁴. Faremo anche qualche cenno alla questione della riconducibilità delle condotte in passato integranti abuso all'ambito applicativo di disposizioni diverse. Le osservazioni che svolgeremo saranno sintetiche, ma ci ripromettiamo di svilupparle presto in altra sede.

¹ Il comunicato stampa è disponibile in [questa Rivista](#).

² Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione, 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 in Italia con L. 3 agosto 2009, n. 116.

³ Possiamo descrivere i fatti oggetto di 12/14 ordinanze di remissione, in quanto Trib. Teramo, 22 novembre 2024, Pres. Di Valerio, giud. Ursini e Pollera, con nota di S. PRANDI, [Abuso d'ufficio: dal Tribunale di Teramo l'ennesima questione di legittimità costituzionale. Prospettata la tesi dell'obbligo \(anche implicito\) di incriminazione in Costituzione \(art. 28 Cost.\)](#), in [questa Rivista](#), 11 dicembre 2024 e Trib. Locri, 30 novembre 2024, Pres. Vitale, giud. Boccuto e Lico non ne hanno dato conto nelle loro pronunce. Prendiamo in esame, invece, anche i fatti oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Reggio Emilia, che, come vedremo, ha rigettato le censure di legittimità sollevate dalla procura.

⁴ Illustrava in questi termini l'utilità delle analisi giurisprudenziali G. MARINUCCI, *Profili di una riforma del diritto penale*, in *Bene e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, a cura del CRS, Franco Angeli, 1987, 27 ss.

2. I fatti oggetto d'imputazione possono essere distinti fra "abusi a danno" del privato (o prevaricazioni) e "abusi a vantaggio" del privato (e a danno della P.A.). Includiamo all'interno del primo gruppo anche le condotte che cagionano un danno diretto in capo a un cittadino con lo scopo (che, poi, rappresenta il movente dell'azione) di attribuire un vantaggio a un altro soggetto, parimenti privato, con cui il pubblico agente è in relazione. Tra gli abusi a vantaggio si possono isolare quelli posti in essere a favore di una persona con cui il pubblico ufficiale/incaricato di pubblico servizio intratteneva, già prima dell'avvio del procedimento che ha condotto all'assunzione della decisione, una relazione qualificata. Per entrambe le categorie richiamate – le prevaricazioni mediante le quali il p.a. attribuisce un vantaggio indiretto a un soggetto "amico" e gli abusi a vantaggio di persone con cui intrattiene una relazione qualificata – si può parlare di decisioni assunte in conflitto d'interessi. Tra gli abusi a vantaggio, si possono anche distinguere quelli che comportano un indebito trasferimento di beni o denaro dal patrimonio pubblico a quello privato (emblematici i brogli nella conduzione dei concorsi), e i comportamenti che risultano, invece, irrilevanti per l'erario (come gli abusi edilizi).

La classificazione che abbiamo proposto ha un duplice scopo: il primo è comprendere quali fossero le due "anime" dell'abuso d'ufficio (le prevaricazioni e le decisioni assunte in conflitto d'interessi), all'interno delle quali rientravano le condotte caratterizzate da più intenso disvalore; il secondo obiettivo è rendere più agevole l'analisi delle fattispecie di reato diverse dall'abuso che potrebbero trovare applicazione ai medesimi fatti.

3. Partiamo dalle prevaricazioni, oggetto di tre ordinanze di rimessione.

- Nella vicenda presa in esame dalla Cassazione⁵, un segretario comunale, in concorso con il Presidente del consiglio del medesimo ente locale, dichiarava le dimissioni di un consigliere, nonostante questi non avesse espresso la volontà di abbandonare l'incarico. La condotta dell'imputato appariva doppiamente illecita: da un lato, essa violava l'art. 38 del d.lgs. 18 agosto 2020, n. 267 (t.u. enti locali), che richiede che il consigliere comunale rassegni le proprie dimissioni di sua spontanea volontà e comunque rispettando determinate formalità; d'altra parte, il segretario avrebbe dovuto astenersi a causa della relazione di inimicizia intercorrente tra i due da quando il consigliere lo aveva denunciato per la commissione di plurimi reati. Dalla condotta derivava l'infrazione di un ingiusto danno a carico del consigliere deposto, che assumeva anche significato patrimoniale in quanto comportava la rinuncia ai gettoni di presenza.
- In una delle tre ordinanze emesse dal tribunale di Firenze⁶, un pubblico ministero e un carabiniere emettevano un decreto di sequestro preventivo

⁵ Cass., sez. VI, 21 febbraio 2025, dep. 7 marzo 2025, n. 9442.

⁶ Trib. Firenze, sez. III pen., 24 settembre 2024, Pres. Belsito, giud. Innocenti e Rossi, con nota di G. L. GATTA, [Abolizione dell'abuso d'ufficio: a Firenze una prima ordinanza di rimessione alla consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione \(o di stand-still\)?](#), in questa Rivista, 9/2024, 71 ss.

d'urgenza delle quote di una società. La condotta si poneva in violazione di due disposizioni di legge vincolanti (gli artt. 7 e 238 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267) che prevedono come presupposto per l'adozione di un provvedimento di sequestro la dichiarazione di fallimento dell'ente, che invece non era intervenuta. Il comportamento serbato, animato dal dolo intenzionale di procurare un danno ingiusto al proprietario delle quote, era finalizzato all'attribuzione di un indebito vantaggio patrimoniale – consistente nella possibilità di acquistare le quote sequestrate – a un altro imprenditore, con cui la magistrata imputata intratteneva una duratura relazione personale. Lo scopo di avvantaggiare un soggetto terzo, diverso da quello direttamente leso, rappresentava il movente della condotta.

- Una delle ordinanze emesse dal tribunale di Locri⁷ vedeva come protagonista il direttore dell'area dei servizi veterinari di un'azienda sanitaria il quale serialmente negava ai richiedenti l'autorizzazione all'apertura o alla prosecuzione dell'attività di nuovi ambulatori al fine di assicurare che lo studio di cui era titolare il figlio non ne subisse la concorrenza. La condotta si poneva in evidente contrasto con un obbligo di astensione non codificato ma discendente dalla natura dei rapporti (genitore/figlio) intercorrenti tra agente pubblico e privato cittadino in qualche modo interessato agli effetti delle decisioni assunte dal primo. Anche in questo caso, al danno diretto cagionato ai titolari degli altri ambulatori (oggetto di dolo intenzionale) si aggiungeva il vantaggio patrimoniale indirettamente attribuito dal direttore al proprio figlio, che rappresentava il movente dell'azione.

Come abbiamo anticipato, due delle tre ordinanze riguardavano abusi a danno realizzati col fine ultimo di attribuire a un soggetto privato, diverso da quello direttamente danneggiato, un indebito vantaggio patrimoniale: nel primo caso (che è in realtà il secondo, tra quelli elencati) una magistrata voleva consentire a un imprenditore amico di acquistare le quote sequestrate a un'altra società; nell'ultima vicenda descritta, un dirigente comunale intendeva risparmiare al figlio la concorrenza di ambulatori veterinari simili a quello da lui gestito. In ipotesi di prevaricazione come queste, secondo noi, si può parlare – così come avviene nel caso di una sotto-categoria di abusi a vantaggio – di “conflitto d'interessi”, facendo riferimento all'esistenza di un interesse obiettivo, che trova riscontro nella realtà esterna, riferibile a una persona con cui il p.a. intrattiene una relazione qualificata, la cui realizzazione appare incompatibile con il conseguimento del fine pubblico⁸. Invero, di “conflitto d'interessi” si può anche fornire una definizione più lata, all'interno della quale ricadrebbe pure la mera volontà di cagionare un danno; qualora si sposasse questa interpretazione, si dovrebbe concludere che tutti gli abusi a danno sono, in definitiva, riconducibili al conflitto d'interessi⁹.

⁷ Trib. Locri, sez. gip/gup, 13 gennaio 2025, giudice Bonato.

⁸ S. SEMINARA, *Il conflitto di interessi nei reati contro la pubblica amministrazione, nei reati societari e nei reati finanziari*, in *Conflitto di interessi e interessi in conflitto in una prospettiva interdisciplinare*, a cura di R. SACCHI, Giuffrè, 2020, 195.

⁹ A. MANNA, *Abuso d'ufficio e conflitto d'interessi nel sistema penale*, Giappichelli, 2004, 181 e C. Stato, sez. V, 7 aprile 1978, n. 408.

Le ipotesi di prevaricazione sono, secondo noi, ormai penalmente irrilevanti. Infatti, l'unica disposizione astrattamente applicabile è quella di violenza privata aggravata per essere stata commessa con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti a una pubblica funzione o a un pubblico servizio (artt. 610, 61, c. 9 c.p.); ma, a nostro modo di vedere, esistono diversi motivi per escludere la fondatezza di tale prospettazione. Innanzitutto, è difficile sostenere che gli imputati abbiano serbato condotte violente – anche nel senso lato che fa riferimento all'impiego di qualsiasi mezzo idoneo a privare la persona offesa della libertà di azione o di determinazione – o minacciose; al massimo, si potrebbe riconoscere che l'emissione di un decreto di sequestro d'urgenza comporta la prospettazione di un male ingiusto e futuro, consistente nel consolidarsi del provvedimento ablatorio: ma si tratta, secondo noi, di argomentazione fantasiosa. In ogni caso, la condotta del p.u./i.p.s. è direttamente produttiva di un danno per il cittadino, il quale subisce un'intrusione nella sfera dei suoi diritti ma non viene costretto a tenere un comportamento diverso da quello che avrebbe serbato qualora la condotta dell'agente pubblico fosse mancata. In altre parole, quel che il privato sopporta è lo stesso comportamento del pubblico agente, mentre manca una fase di coartazione della libertà di determinazione della persona offesa, intermedia tra il comportamento violento o minaccioso (ammesso che vi sia stato) e la condotta – condizionata dalla violenza o dalla minaccia – serbata dal privato¹⁰.

4. Passiamo, adesso, a descrivere le condotte ascrivibili alla categoria degli abusi a vantaggio del privato. I casi esaminati sono riconducibili a tre ipotesi: 1) brogli nella gestione dei concorsi per il reclutamento di personale o l'affidamento di incarichi professionali; 2) irregolarità nelle procedure per l'aggiudicazione di contratti di compravendita di immobili a favore di enti privati; 3) abusi edilizi.

4.1. Parliamo dai concorsi.

- Diversi casi sono ambientati in Università. Le vicende oggetto dei procedimenti instaurati a Catania¹¹ e a Firenze¹² vedono coinvolti il rettore, alcuni docenti, alcuni ricercatori e alcune unità di personale amministrativo, ritenuti dalla procura responsabili della redazione di "bandi fotografia" finalizzati all'assunzione di candidati pre-scelti. È interessante notare che il P.M. presso il tribunale di Catania aveva qualificato alcune di queste condotte nei termini di abuso d'ufficio e altre, invece, come turbata libertà del procedimento di scelta del

¹⁰ Per l'osservazione che la costrizione della vittima a fare, tollerare od omettere deve essere qualcosa di diverso dal fatto in cui si esprime la violenza v. Cass., SS.UU., 18 dicembre 2008, dep. 21 gennaio 2009, n. 2437, rv. 241752, Giulini e al. Nello stesso senso, tra le più recenti, Cass., sez. V, 14 dicembre 2020, dep. 17 febbraio 2021, n. 6208, Milan, rv. 280507, Cass., sez. V, 5 febbraio 2018, dep. 6 marzo 2018, n. 10132, Ippolito, rv. 272796 e Cass., sez. V, 7 ottobre 2016, dep. 10 novembre 2016, n. 47575, P.M. in proc. Altoè e al., rv. 268405. In dottrina, cfr. F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, parte speciale*, I, a cura di C. F. GROSSO, 2016, Giuffrè, 139.

¹¹ Trib. Catania, sez. II, 26 novembre 2024, Pres. De Pasquale, giud. Scalia e Gennaro.

¹² Trib. Firenze, sez. gip/gup, 3 ottobre 2024, giudice Gugliotta. L'ordinanza riguarda anche condotte diverse, non approfonditamente descritte, comunque riconducibili all'inquinamento di un pubblico concorso.

contraente (art. 353 *bis* c.p.). In effetti, sull'applicabilità delle disposizioni dettate a tutela delle gare ad alcune delle condotte che in passato avrebbero integrato abuso d'ufficio è opportuno riflettere: lo faremo in conclusione del paragrafo. Anche un'altra ordinanza emessa dal Tribunale di Firenze¹³ si riferisce a brogli nei concorsi per il reclutamento di personale universitario, ma i fatti contestati sono descritti solo in maniera sommaria, così che non è possibile ripercorrerli con accuratezza.

- Un caso che ha destato scalpore riguarda il tentativo di favorire un candidato al concorso per magistrato ordinario, oggetto del procedimento instaurato presso il tribunale di Roma¹⁴. L'imputato, professore universitario, innanzitutto non dichiarava di vantare un consolidato rapporto personale con uno dei candidati al concorso – che era anche suo dottorando e col quale aveva instaurato una relazione amicale che andava oltre i normali rapporti professionali – in forza del quale avrebbe dovuto astenersi (ai sensi dell'art. 51 c.p.p.) dal valutare il suo elaborato. In secondo luogo, l'imputato concordava col candidato i criteri di riconoscimento dei suoi compiti, che salvava sul proprio pc. Il fatto si arrestava allo stadio del tentativo, in quanto il comportamento illecito veniva scoperto da un altro membro della commissione, che prontamente lo denunciava.
- Il caso oggetto dell'ordinanza del tribunale di Campobasso¹⁵ riguarda due condotte distinte. Quanto alla prima, un sindaco aveva approvato la graduatoria di un concorso per l'instaurazione di un rapporto di lavoro subordinato presso l'ente violando un obbligo di astensione sorto perché anche suo figlio aveva partecipato al concorso (risultando vincitore). La seconda condotta realizzata dall'imputato riguardava l'affidamento di un incarico a una persona priva dell'esperienza pluriennale richiesta dall'art. 110 del d.lgs. 10 agosto 2000, n. 267 (T.U.E.L.).
- Infine, il caso oggetto dell'ordinanza di rimessione sollevata dal tribunale di Busto Arsizio¹⁶ riguarda la partecipazione di alcuni soggetti (il RUP di una procedura selettiva, il membro di un nucleo valutativo e la componente di una commissione di concorso) al procedimento che aveva condotto all'assegnazione di incarichi dirigenziali o di incarichi professionali di consulenza, nonostante tale partecipazione si ponesse in contrasto con specifiche norme di legge che dettavano obblighi di astensione. Il P.M. aveva contestato, in via alternativa, i reati di turbativa d'asta (art. 353 c.p.) o di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 *bis*). Dalla descrizione dei fatti, non è agevole desumere a quale punto la procedura selettiva si fosse, nei diversi casi, arrestata, così che non è possibile illustrare le ragioni della diversità dei reati richiamati dalle imputazioni.

¹³ Trib. Firenze, sez. III pen., 25 ottobre 2024, Pres. Belsito, giud. Valotta e Innocenti.

¹⁴ Trib. Roma, sez. gip/gup. 5 febbraio 2025, giudice Mosetti.

¹⁵ Trib. Campobasso, 26 febbraio 2025, Pres. Di Dedda, giud. Dei Santi e Barbara.

¹⁶ Trib. Busto Arsizio, sez. pen., 21 ottobre 2024, Pres. Fazio, giud. Ferrazzi, Montanari.

4.2. Passiamo ai casi che riguardano la conclusione di contratti di vendita di immobili tra enti, uno pubblico e l'altro privato.

- Nel caso oggetto del procedimento instaurato a Locri¹⁷, un funzionario comunale aggiudicava il contratto di compravendita di un immobile del patrimonio disponibile dell'ente in favore della conduttrice, contestualmente revocando l'aggiudicazione provvisoriamente riconosciuta a favore di un altro soggetto. L'unica norma di legge citata dall'ordinanza è l'art. 21 *quinquies* della l. 241/1990, che detta alcune condizioni per la revoca degli atti amministrativi; il tribunale argomenta, però, in ordine all'illegittimità della condotta facendo leva sul bando del concorso finalizzato all'aggiudicazione, che escludeva la possibilità di assegnare l'immobile al conduttore qualora su questo gravassero debiti nei confronti del Comune. Non ci è dunque chiaro con quale disposizione di fonte primaria il comportamento contrastasse.
- Anche il fatto oggetto di procedimento penale instaurato a Reggio Emilia¹⁸ riguarda la distrazione di un immobile appartenente all'erario a favore di una società privata. Il caso, però, è illustrato molto sinteticamente e solo per escludere la rilevanza della questione di legittimità posta con riferimento alla direttiva P.I.F.¹⁹, in quanto la condotta non ricadeva su un bene la cui sottrazione apparisse lesiva degli interessi finanziari dell'UE. Il tribunale di Reggio Emilia ha rigettato le q.l.c. sollevate dalla procura, ritenendole in parte irrilevanti e in parte manifestamente infondate.

4.3. Vi sono, infine, gli abusi edilizi:

- Nel caso di Bolzano²⁰, Tizio, sindaco del comune Beta, rilasciava a Caia, assessore alla cultura del medesimo comune nonché socia e legale rappresentante di Alfa, proprietaria di un hotel, un'autorizzazione alla realizzazione di un parcheggio a pagamento in prossimità dell'albergo, in una zona qualificata come bosco, posta a poche centinaia di metri dalla linea di battigia di un lago e collocata all'interno di un parco naturale. Il rilascio avveniva in violazione di due leggi provinciali e di un decreto del presidente della Giunta provinciale, che appunto vietavano di costruire in zone boschive paesaggisticamente protette. L'area all'interno della quale avrebbe dovuto essere realizzato il parcheggio era qualificata come bosco dal piano urbanistico provinciale, la cui violazione si poneva, quindi, come presupposto di fatto per la violazione della legge; pertanto, il Tribunale si preoccupava di ribadire il consolidato orientamento giurisprudenziale che ammetteva lo schema c.d. dell'eterointegrazione, in base al quale la violazione di

¹⁷ Trib. Locri, sez. gip/gup, 30 settembre 2024, giudice Bonato.

¹⁸ Trib. Reggio Emilia, sez. pen., 7 ottobre 2024, Pres. Iusto, Giud. Caputo, Piergallini.

¹⁹ Direttiva (UE) 2017/1371 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, cui è stata data attuazione in Italia mediante il decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75.

²⁰ Trib. Bolzano, sez. pen., 11 novembre 2024, Pres. Tappeiner, giud. Dorfmann e Secchi.

una fonte subordinata alla legge, dalla prima richiamata, sarebbe equivalsa, ai fini dell'integrazione dell'abuso, alla violazione della legge stessa. Dalla condotta derivava un indebito vantaggio patrimoniale a Caia e un ingiusto danno a carico di Sempronio, proprietario di un altro terreno che aveva presentato un progetto alternativo per la realizzazione del parcheggio.

- Di fronte al tribunale di Modena²¹ si svolgeva un processo contro un'architetta dipendente di un ente locale, responsabile del rilascio di un parere col quale qualificava la struttura che una società agricola chiedeva di realizzare come temporanea, nonostante si trattasse, invece, di un manufatto di carattere permanente, in tal modo consentendone la costruzione in violazione delle previsioni dello strumento urbanistico-edilizio richiamato dall'art. 49, c. 1 del d.lgs. 267/2000.

Come abbiamo anticipato, in alcuni dei casi inquadrabili tra gli "abusi a vantaggio" era rinvenibile una relazione qualificata, preesistente all'avvio del procedimento, tra p.a. e soggetto beneficiario dal provvedimento da questo adottato. Lo si nota, per esempio, in due delle ipotesi che riguardano i brogli nei concorsi: nel terzo caso, il p.a. attribuiva un posto di lavoro al figlio, nel secondo un professore tentava di favorire un amico al concorso di magistratura. Questi casi rientrano, secondo noi, nel novero delle condotte realizzate "in conflitto d'interessi", ossia per favorire un interesse obiettivamente esistente e riferibile a una persona con la quale il pubblico ufficiale o incaricato ha un rapporto, più o meno intenso.

Alcune delle condotte descritte in questo paragrafo comportano un trasferimento di risorse (denaro o beni) dal patrimonio pubblico a quello privato. Questo vale per i concorsi – a cui segue la conclusione di contratti di lavoro o di collaborazione, che comportano, dal lato dell'ente, la corresponsione della retribuzione – e per i procedimenti finalizzati all'assegnazione di immobili; non vale, invece, per gli abusi edilizi, che non danneggiano tanto l'erario quanto beni pubblici diversi, magari immateriali (il paesaggio, il territorio...). La distinzione è interessante perché si potrebbe ipotizzare che la distrazione di risorse pubbliche a vantaggio di privati integri il neo-introdotto reato di indebita destinazione di cui all'art. 314 *bis*. Per quanto riguarda i contratti di compravendita di immobili, tale soluzione è senza dubbio preclusa, perché il nuovo delitto non può avere ad oggetto beni immobili. Per le condotte di inquinamento dei concorsi, il discorso è più complesso. Innanzitutto, non ne è immediato l'inquadramento tra i comportamenti distrattivi; *in secundis*, la fattispecie è configurabile solo qualora il denaro o i beni mobili siano destinati a un uso diverso da quello individuato da una disposizione di fonte primaria. È raro che ciò si verifichi: normalmente, crediamo, la legge si limiterà a disporre lo stanziamento di fondi per il perseguimento di determinate finalità di pubblico interesse, come l'assunzione di magistrati, ma non si soffermerà sulle caratteristiche che costoro dovranno possedere. È vero che la legge può pur sempre stabilire modalità per la loro selezione, come avviene nel caso delle norme dedicate agli obblighi di astensione, che hanno lo scopo di garantire

²¹ Trib. Modena, sez. pen., 12 novembre 2024, Pres. Russo, giud. Pianezzi e De Padua.

l'imparzialità della procedura; in questi casi, però, la disposizione non avrà ad oggetto lo scopo cui le risorse dovranno essere destinate, e quindi la sua violazione risulterà irrilevante ai fini dell'applicazione della norma sull'indebita destinazione.

Per proseguire il discorso sulle fattispecie applicabili in luogo dell'abuso d'ufficio, per colmare il vuoto lasciato dalla sua abrogazione, è opportuno riflettere anche sulle disposizioni dettate a tutela della regolarità delle gare al settore dei concorsi per il reclutamento di personale. Le disposizioni a cui facciamo riferimento sono gli artt. 353 e 353 *bis*, rispettivamente dedicate alla turbata libertà degli incanti e alla turbata libertà del procedimento di scelta del contraente. Giurisprudenza recentissima²² ne ha negato l'applicabilità alle condotte di abuso commesse nell'ambito dei concorsi pubblici finalizzati al reclutamento di personale, sostenendo che le disposizioni richiamate possono essere applicate solo nel caso di procedure finalizzate alla acquisizione di beni e all'affidamento all'esterno dell'esecuzione di opere o della gestione di servizi.

5. Conclusivamente, ci pare di poter sostenere che molte delle condotte che in passato avrebbero potuto assumere rilevanza come abusi – sia a danno sia a vantaggio del cittadino – siano qualificabili nei termini di decisioni assunte in conflitto d'interessi. Dato che noi accogliamo, per motivi che ci sembra fuor d'opera illustrare distesamente qui, una nozione ristretta di "conflitto d'interessi", riteniamo che vi siano alcune condotte di abuso a danno che esulano da quello schema, e che si potrebbero definire come "prevaricazioni in senso stretto". Anche tra gli abusi a vantaggio, non tutti beneficiano soggetti con cui il p.a. aveva una relazione qualificata già prima dell'avvio del procedimento; in queste ipotesi, ci troveremmo al cospetto di irregolarità residuali sia rispetto alla corruzione – perché nessun *pactum* è stato concluso tra le parti – sia rispetto alle condotte di conflitto d'interessi, in quanto non sono serbate a favore di un appartenente alla propria "cerchia". Si potrebbe ipotizzare – ma non è questa la sede per approfondire la questione – che le condotte di abuso a vantaggio non caratterizzate dall'essere state serbate in conflitto d'interessi abbiano un disvalore meno intenso.

Il "peso" politico-criminale di almeno alcune delle condotte in passato integranti abuso d'ufficio non è trascurabile: ciò vale, a nostro modo di vedere (o meglio, di *sentire*), per le prevaricazioni – arbitri del potere pubblico a danno del cittadino – che risultano ormai sfinite di tutela penale, e anche per gli abusi a vantaggio realizzati in conflitto

²² Cass., sez. VI, 11 aprile 2024, dep. 29 maggio 2024, n. 21104, Sparaco, rv. 286380; Cass., sez. VI, 24 maggio 2023, dep. 25 luglio 2023, n. 32319, Bocchiotti, rv. 284945, con nota di G. L. GATTA, *La Cassazione sui concorsi universitari truccati: no alla turbativa d'asta, sì al (moribondo) abuso d'ufficio*, in *Sist. pen.*, fasc. 7-8 2023, 161 ss.; Cass. sez. VI, 24 maggio 2023, dep. 18 settembre 2023, n. 38127, Bastardi, rv. 285274, con nota di V. MAIELLO, *Turbata libertà degli incanti, concorsi pubblici e divieto di analogia in malam partem*, in *Giur. It.*, marzo 2024, 696 ss.; Cass., sez. VI, 10 maggio 2023, dep. 16 giugno 2023, n. 26225, Minei, rv. 285528, con nota di R. BORSARI, *Abuso d'ufficio e turbata libertà degli incanti tra diritto vivente e prospettive di riforma*, in *Giur. It.*, dicembre 2023, 2717 ss., I. FINA, *Concorsi pubblici "turbati": il divieto di analogia in malam partem impedisce la configurabilità del delitto di turbativa d'asta*, in *Dir. Pen. Proc.*, fasc. 1/2024, 57 ss. e G. L. GATTA, [Concorsi pubblici "turbati": per la Cassazione è configurabile l'abuso d'ufficio ma non la turbativa d'asta: un esemplare caso di vuoto di tutela che si prospetta con l'abrogazione dell'art. 323 c.p.](#), in questa Rivista., fasc. 6/2023, 205 ss.

6/2025

d'interessi, ossia, per favorire una persona con cui il p.a. intratteneva una relazione qualificata e magari documentata (di filiazione, di coniugio....) già prima dell'avvio del procedimento che ha condotto al compimento dell'attività. Anche queste ultime condotte rimangono sostanzialmente scoperte dal punto di vista penalistico: quantomeno limitandosi ai fatti presi in esame dalle ordinanze di remissione, non sono applicabili la turbativa d'asta e del procedimento di scelta del contraente, mentre la fattispecie di indebita destinazione presenta margini talmente angusti da risultare sostanzialmente inutile.

A leggere e a rileggere bene i fatti oggetto delle ordinanze di remissione alla Consulta, insomma, c'è materiale in abbondanza per toccare con mano i vuoti di tutela che restano dopo l'abolizione dell'abuso d'ufficio. Vuoti che sta al legislatore, di oggi o di domani, colmare, e che è compito della dottrina segnalare.

**IL REATO DI FEMMINICIDIO:
UNA PROPOSTA DA RIFORMULARE.
TRA REAL POLITIK E PRINCIPI COSTITUZIONALI (*)**

A proposito del d.d.l. A.S. n. 1433

di Gian Luigi Gatta

Nel mio contributo mi soffermerò solo sull'articolo 1 del disegno di legge, che reca modifiche al codice penale e, in particolare, sulla proposta di inserire un nuovo delitto di "Femminicidio" nell'art. 577-bis c.p. Preciso che queste note, richiestemi a titolo personale, sono unicamente attribuibili a me e non riflettono necessariamente l'opinione dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, della quale sono il Presidente.

1. Muovo dalla premessa che la volontà politica del Governo, espressa attraverso il d.d.l., è di configurare il femminicidio come autonoma figura di reato, sottoposta a un trattamento sanzionatorio ispirato a particolare rigore. Scelte *diverse* sarebbero con tutta evidenza possibili: introdurre per il femminicidio non un autonomo reato ma una *circostanza aggravante* dell'omicidio, che pure comporti la pena dell'ergastolo, oppure non ricorrere affatto al diritto penale e adottare *misure per la prevenzione del femminicidio e della violenza nei confronti delle donne* agendo, con opportuni *investimenti* pubblici, su piani diversi da quelli del diritto e del processo penale (es., educazione nelle scuole, servizi di assistenza sociale e di sostegno psicologico, sostegno ai centri anti-violenza, ecc.).

Puntare ulteriormente sulla prevenzione sarebbe una scelta ragionevole ed efficace, che però - è real politik - presenta almeno due 'inconvenienti', per così dire: in primo luogo, richiede risorse finanziarie; in secondo luogo, anche per responsabilità della politica e dei media, non ha lo stesso effetto comunicativo che invece ha la notizia dell'introduzione di un reato, che è stata diffusa, non a caso, in corrispondenza della ricorrenza dell'8 marzo, Festa della donna. Sotto il primo aspetto, faccio notare che l'art. 8 del d.d.l. stabilisce una *clausola di invarianza finanziaria*: dall'attuazione della legge "non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica". È previsto uno stanziamento di 900.000 euro per il 2025 e di 300.000 euro annui dal 2026, destinati a far fronte alle semplificazioni fiscali relative alle imposte di registro dovute per il risarcimento del danno da reato, *ma non vi è purtroppo in questo d.d.l. alcun investimento per la prevenzione del fenomeno che si intende contrastare*. Inespiegabilmente, non vi è nemmeno una copertura finanziaria per le attività formative dei magistrati (art. 4),

(*) Il testo qui pubblicato è stato presentato, su richiesta della Commissione Giustizia del Senato, nell'ambito di un ciclo di audizioni sul [disegno di legge n. A.S. 1433](#).

nonostante sia noto che l'attività della Scuola Superiore Magistratura è di molto cresciuta in questi ultimi anni (anche per effetto del reclutamento di nuovi magistrati e della necessità della loro formazione iniziale) e che le risorse del Ministero della Giustizia destinate alla Scuola sono invece state ridotte da questo Governo. La Ragioneria Generale dello Stato era forse distratta quando ha messo il bollino al disegno di legge.

Ancora una volta, dunque, si propone *una riforma a costo zero, inversamente proporzionale al clamore mediatico che l'effetto simbolico dell'introduzione di un reato indubbiamente ha*. Un effetto analogo, sul piano comunicativo, si potrebbe produrre introducendo per il femminicidio una circostanza aggravante dell'omicidio. Senonché, da un lato, si è evidentemente voluto puntare più in alto, introducendo un autonomo reato e dando al "femminicidio" il *nomen iuris*, la dignità e lo stigma di un reato; dall'altro lato, si è inteso assicurare un trattamento sanzionatorio più rigoroso di quello dell'omicidio comune aggravato, in particolare nell'ipotesi, non rara, in cui ricorrono circostanze attenuanti.

Il Parlamento deve però essere consapevole di come, studi scientifici alla mano, l'efficacia preventiva della pena sia limitata. Il femminicidio è già oggi un reato, punibile con l'ergastolo, eppure le cronache ci raccontano, purtroppo, di un fenomeno ricorrente. Dubito che sullo stato delle cose possa incidere l'introduzione del nuovo reato. Nel lungo periodo, potrà forse produrre un positivo effetto di orientamento culturale connesso alla stigmatizzazione di un fenomeno che verrebbe per la prima volta nominato nel codice penale. Ma *i femminicidi, purtroppo, non si fermeranno per il solo fatto che esisterà un reato di femminicidio, pur punito severamente*. Per questo sarebbe piuttosto opportuno investire risorse pubbliche per promuovere, fin dalle scuole elementari, la cultura e l'educazione ai rapporti interpersonali fondata sul rispetto per la diversità di genere e sul ripudio di ogni forma di violenza e di sopraffazione sull'altrui persona. È un investimento a lungo termine, vero, ma capace di produrre effetti. Viceversa, *l'introduzione di un reato produce nel breve termine effetti sul piano comunicativo e dell'acquisizione di consenso, ma non promette molto sul terreno della prevenzione del fenomeno*. È esattamente muovendo da questa prospettiva che molti studiosi hanno condivisibilmente additato la proposta del d.d.l. come espressione di populismo e di uso simbolico del diritto penale.

Il risultato – il contrasto di un fenomeno così odioso e grave – sta a cuore a tutti; la via per perseguirlo, scelta dal d.d.l., non è invece da tutti condivisa ed è anzi da molte e autorevoli voci messa in dubbio con fondati argomenti.

2. Fatte queste premesse, passo dal piano politico-criminale al piano tecnico della formulazione dell'art. 577-bis c.p., da parte del d.d.l. Tratterò prima i profili attinenti alla descrizione della fattispecie legale e poi quelli relativi al trattamento sanzionatorio. In via preliminare, tuttavia, sottolineo come è di tutta evidenza che la nuova fattispecie è speciale rispetto a quella di omicidio (art. 575 c.p.), ragion per cui è del tutto superfluo precisare che *"fuori dei casi di cui al primo periodo, si applica l'articolo 575"*. Suggesto pertanto in primo luogo, quale possibile emendamento, di sopprimere questo inutile inciso.

2.1. Il primo elemento di specialità rispetto all'omicidio riguarda la persona offesa, individuata in "una donna". A tal proposito, individuo due problemi diversi.

Primo. Il concetto di donna, associato a quello di femminicidio che compare nella rubrica, fa pensare a una nozione fondata sul sesso biologico. L'art. 577-bis c.p. sembra infatti non considerare l'identità di genere. Stante il principio di legalità in materia penale, e il divieto di analogia *in malam partem*, la nuova norma non potrebbe applicarsi in caso di uccisione di una persona che non sia biologicamente donna ma che *si senta* e *sia percepita* dall'autore come donna, e che sia uccisa proprio in quanto tale. Se anche poi si dovesse accogliere per via interpretativa un concetto normativo (e non descrittivo) di "donna", ne resterebbero comunque escluse le persone *transgender* in fase di transizione.

Secondo. Limitare la fattispecie alla persona offesa che sia "donna" introduce una irragionevole disparità di trattamento rispetto all'uccisione, pure commessa per i motivi indicati nel proposto art. 577-bis c.p., realizzata da un uomo nei confronti di un altro uomo, nell'ambito di relazioni omosessuali, ovvero – per quanto ciò sia statisticamente raro – da una donna nei confronti di un uomo.

In considerazione di queste criticità dell'attuale formulazione, a me pare che, se proprio si vuole introdurre una disciplina speciale dell'omicidio, improntata a maggior rigore perché commesso per motivi di genere, si debba *in ossequio al principio di uguaglianza evitare di limitare l'incriminazione, sul piano della persona offesa, al solo genere femminile*. Senza rinunciare al valore simbolico perseguito con il *nomen iuris* di "femminicidio" (perché questa, ne prendo atto, è la volontà politica), un possibile emendamento potrebbe modificare la rubrica in "*Femminicidio e uccisione per motivi di genere*" e intervenire altresì sulla descrizione della fattispecie facendo riferimento al cagionare la morte "di una donna o di un'altra persona". Questo emendamento, almeno per il profilo considerato, metterebbe l'incriminazione al riparo da possibili rilievi di incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza. *Sarebbe paradossale che una norma introdotta per punire condotte di discriminazione (ai danni delle donne) risultasse a sua volta discriminatoria nei confronti di chi non è (o non è ancora) donna*. Basti pensare che l'uccisione di una donna "in quanto donna" sarebbe più grave dell'uccisione di un uomo in quanto omosessuale, in quanto *transgender* o (per quanto ciò sia più che raro) in quanto uomo.

2.2. Il secondo elemento di specialità della fattispecie di femminicidio, come descritta nel d.d.l., risiede nei *motivi*. Non ogni uccisione di una donna è un "femminicidio", ma solo quella realizzata "come atto di discriminazione o di odio verso la persona offesa in quanto donna" oppure "per reprimere l'esercizio dei suoi diritti o delle sue libertà o, comunque, l'espressione della sua personalità". Entrambe le espressioni (la seconda senz'altro, ma anche la prima) valorizzano, in chiave soggettiva, motivi dell'agire. La formulazione della fattispecie, come da più commentatori è stato rilevato, è per più versi infelice e affetta da vizi di imprecisione e di indeterminatezza, che oltre a prestare il fianco a possibili questioni di legittimità costituzionale, rischiano di condannare la norma incriminatrice alla mancata applicazione.

Il numero delle aggravanti dell'omicidio comune è tale (si pensi anche solo all'esistenza di una relazione affettiva o di convivenza con l'autore) che, come avviene in alcuni paesi stranieri in cui il femminicidio è entrato nel codice penale, potrà risultare più agevole applicare la disciplina generale piuttosto che la disciplina speciale. Dimostrare l'atteggiamento psicologico del fatto dell'autore commesso contro la donna "in quanto donna" o "per reprimere la sua personalità" sarebbe difficile. Per altro verso, i margini della fattispecie sono eccessivamente ampi e non sufficientemente definiti specie quando si fa riferimento alla volontà di reprimere l'esercizio di diritti, libertà e personalità della donna.

Siamo sinceri: la norma proposta cerca di afferrare una realtà complessa, un contesto culturale e relazionale, nel quale si ambientano i femminicidi, che presenta sì caratteri ricorrenti e noti agli esperti ma che non è affatto facile fissare in una fattispecie legale sufficientemente precisa, tassativa e determinata, che descriva cioè in modo chiaro ed espresso fatti suscettibili di essere accertati nel processo, applicando un trattamento penale più grave di quello ordinario. L'attuale formulazione della norma rende a mio avviso più complesso l'accertamento probatorio e offre alla difesa dell'autore molti appigli per evitare la condanna per femminicidio in favore di quella per omicidio. Basti pensare che, mentre l'imputazione per femminicidio, reato punito con l'ergastolo, non consente il rito abbreviato, quella per omicidio, non aggravato, consente l'accesso a tale rito speciale e la riduzione di un terzo della pena. I processi per femminicidio, nella prospettiva difensiva, ruoteranno dunque attorno all'esclusione degli elementi specializzanti (così come, oggi, ruotano spesso attorno all'esclusione delle aggravanti che comportano l'ergastolo). Per questo, a mio parere, *se proprio si vuole introdurre una fattispecie di femminicidio è suggeribile sul piano tecnico adottare una formulazione più semplice ed essenziale, eventualmente corredata da una norma definitoria o dall'indicazione di ipotesi ricorrenti di motivi fondanti il femminicidio, tratti dall'esperienza*. Sul piano comparato esistono d'altra parte modelli in tal senso, come ad esempio quello dell'art. 390 *ter* del codice penale del Cile o dell'art. 325 del codice federale del Messico.

L'essenza del delitto di femminicidio, negli ordinamenti che hanno introdotto nel loro codice penale questo reato (per lo più si tratta di paesi dell'America Latina) risiede nella commissione del fatto per una *motivazione di genere*. Il prof. Marco Pelissero ha condivisibilmente sostenuto che "la proposta [di legge] avrebbe, più linearmente e sinteticamente, fatto meglio a riferirsi ai 'motivi di genere', che rinviano ad un parametro sociale di ruoli attribuiti al sesso biologico. Come ha evidenziato la Relazione finale della Commissione sul femminicidio, per motivi di genere si intendono 'o il rifiuto della vittima del modello o del ruolo sociale impostole da un uomo per il fatto di essere una donna o la condizione di totale soggezione a cui era stata costretta'¹. A me pare, allora, che un emendamento potrebbe così riformulare il primo comma:

*"Chiunque cagiona la morte di una donna o di un'altra persona per motivi fondati sul genere è punito con l'ergastolo"*².

¹ M. PELISSERO, *Il nuovo reato di femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in Dir. Pen. Proc. 2025 (editoriale in corso di pubblicazione).

² La formulazione sarebbe analoga, ad esempio, a quella del codice penale cileno: "l'uomo che uccide una

Volendo caratterizzare ancor più la fattispecie nella direzione dei motivi di genere, si potrebbe precisare che tali motivi devono avere un ruolo decisivo (esclusivo o prevalente, nel quadro di plurimi motivi):

“Chiunque cagiona la morte di una donna o di un'altra persona per motivi fondati in modo esclusivo o prevalente sul genere è punito con l'ergastolo”

Si potrebbe poi valutare, in ossequio al principio di uguaglianza, un ampliamento dell'ambito applicativo della fattispecie, che vada oltre al femminicidio. La formulazione potrebbe essere la seguente:

“Chiunque cagiona la morte di una donna o di un'altra persona per motivi fondati in modo esclusivo o prevalente sul genere o sull'identità di genere, sul sesso ovvero sull'orientamento sessuale della persona offesa o, comunque, su evidenti intenti discriminatori, o di violenza, sopraffazione o disprezzo nel contesto di una relazione interpersonale, anche se occasionale, è punito con l'ergastolo”.

Si potrebbe poi aggiungere, in un secondo comma, una disposizione che dia espresso rilievo a ricorrenti motivi alla base dei femminicidi, frutto dell'osservazione criminologica e rispondenti all'*id quod plerumque accidit*:

“La disposizione di cui al primo comma si applica altresì quando le ragioni che hanno determinato l'autore ad agire risultano in modo esclusivo o prevalente fondate su evidenti intenti discriminatori o di violenza, sopraffazione o disprezzo nel contesto di una relazione interpersonale, anche se occasionale, nonché quando l'uccisione è conseguenza del rifiuto della vittima di stabilire o mantenere con l'autore una relazione sentimentale ovvero di accettare, nell'ambito della relazione stessa, il ruolo di soggezione che le è stato imposto”.

2.3. La definizione qui proposta di “Femminicidio e uccisione per motivi di genere” è coerente con l'estensione dell'ambito di applicazione della fattispecie, non limitata ai fatti commessi nei confronti delle donne ma estesa a quelli perpetrati a danno di tutti gli individui, purché, appunto, per motivi di genere. Non solo, essa, per ragioni suggerite dal rispetto del principio di uguaglianza, riprende il *disegno di legge Zan*, presentato nella scorsa legislatura (A.S. n. 2005), che tra l'altro mirava a introdurre una circostanza aggravante comune ai reati diversi da quelli puniti con l'ergastolo (quindi, anche all'omicidio non aggravato) riferita a fatti commessi *“per motivi fondati sul sesso, sul genere, sull'orientamento sessuale, sull'identità di genere”*. Rispetto al d.d.l. ora in esame si conserva poi il riferimento alla discriminazione, declinata in modo più chiaro in chiave di motivo. Ancora, si aggiungono riferimenti agli intenti di violenza, sopraffazione o disprezzo nel *contesto di una relazione interpersonale*, anche se occasionale. Si dà inoltre rilievo a due cause spesso ricorrenti nei femminicidi: il rifiuto della vittima di stabilire o mantenere con l'autore una relazione sentimentale ovvero di accettare, nell'ambito della relazione stessa, il ruolo di soggezione che le è stato imposto. Si precisa, inoltre, che i motivi di genere posti alla base dell'uccisione devono essere *esclusivi o prevalenti* e che gli intenti discriminatori, o di violenza, sopraffazione o disprezzo devono risultare

donna a causa del suo genere...”.

“evidenti” e devono ambientarsi “nel contesto di una relazione interpersonale, anche se occasionale”.

Ritengo che una simile definizione assicurerebbe alla fattispecie sufficienti margini di precisione, tassatività e determinatezza, pur restando ferme le congenite difficoltà di accertamento probatorio tipiche della prova di fatti psichici, quali sono il dolo e i motivi dell’agire delittuoso.

3. Il disegno di legge mira a punire il femminicidio con l’ergastolo, la più dura delle pene previste nel nostro ordinamento. Tale pena è già oggi comminata dal codice penale per l’omicidio quando ricorre almeno una tra le numerose circostanze aggravanti riferibili all’uccisione di una donna inquadrata secondo le categorie socio-criminologiche come femminicidio. In base agli artt. 576 e 577 c.p., l’omicidio è già oggi punito con l’ergastolo se commesso: 1) contro il coniuge, anche legalmente separato, o la parte di un’unione civile tra persone dello stesso sesso; 2) contro persona stabilmente convivente; 3) contro persona legata da relazione affettiva; 4) contro l’ascendente (madre, nonna) o il discendente (figlia, nipote); 5) per motivi abietti o futili; 6) con crudeltà; 7) con sevizie; 8) con premeditazione; 9) in occasione del delitto di maltrattamenti contro familiari o conviventi; 10) in occasione del delitto di sfregio permanente del volto; 11) in occasione dei delitti di prostituzione e pornografia minorile; 12) in occasione dei delitti di violenza sessuale, anche di gruppo, e di atti sessuali con minorenne; 13) dall’autore del delitto di stalking.

In questi e negli altri casi di omicidio aggravato, eventuali circostanze concorrenti attenuanti, se ritenute prevalenti, escludono l’applicazione dell’ergastolo e rendono punibile l’omicidio con la reclusione da 21 a 24 anni e la possibilità di fruire della riduzione di un terzo della pena in caso di condanna con rito abbreviato (rito che, invece, è escluso per i delitti puniti con l’ergastolo). Questo esito è precluso dall’art. 577, ult. co. c.p. in rapporto all’aggravante per il fatto commesso contro ascendenti, discendenti, coniuge, parte dell’unione civile, persona stabilmente convivente o legata da relazione affettiva: le attenuanti non possono infatti essere considerate prevalenti e la pena dell’ergastolo non può essere evitata. Senonché la Corte costituzionale (sent. 197/2023) – in un caso di parricidio (vicenda di Alex Cotoia, già Alex Pompa) – ha dichiarato illegittimo tale vincolo al giudizio di bilanciamento consentendo al giudice, tra l’altro, di ritenere prevalenti le attenuanti generiche.

Ecco allora che il d.d.l. all’esame del Parlamento, comminando per il femminicidio l’ergastolo, mira ad assicurare l’applicazione di tale pena in casi (verosimilmente limitati) nei quali, per effetto del giudizio di bilanciamento, potrebbe oggi risultare esclusa.

Non solo, si rende punibile con l’ergastolo l’uccisione della coniuge divorziata, dell’ex convivente o della partner legata a relazione affettiva che sia cessata, o della sorella: tutte uccisioni punite oggi ex art. 577, co. 2 c.p. con la reclusione da 24 a 30 anni.

Una così estesa applicazione della pena fissa dell’ergastolo, che non consente al giudice di graduare la risposta sanzionatoria in rapporto alla gravità oggettiva e soggettiva del fatto concreto, può comportare l’applicazione di una pena sproporzionata e disparità di trattamento con omicidi per i quali non è comminato l’ergastolo.

Il d.d.l. si preoccupa poi di contenere l'effetto di elisione della pena dell'ergastolo attraverso una disciplina delle circostanze del reato di femminicidio che, per diversi aspetti, appare problematica e di dubbia compatibilità con i principi costituzionali.

Anzitutto, si prevede l'applicabilità delle circostanze aggravanti dell'omicidio (artt. 576 e 577 c.p.). Si tratta, a mio parere, di una previsione irragionevole, che un emendamento potrebbe opportunamente sopprimere: non solo per evitare esiti di possibile sproporzione in concreto della risposta sanzionatoria ma, ancor prima, perché il femminicidio è un'ipotesi speciale di omicidio diversa e ulteriore rispetto alle sottofattispecie risultanti dalle aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p. Il femminicidio è una sottofattispecie di omicidio come lo è l'omicidio per motivi abietti o futili. Si tratta di due ipotesi speciali rispetto all'omicidio, l'una rilevante come figura autonoma di reato, l'altra come aggravante. Che senso ha costruire sottofattispecie aggravate di femminicidio (es., femminicidio per motivi abietti o futili) se la pena massima conseguente alle aggravanti speciali del femminicidio – l'ergastolo – è già comminata per l'ipotesi non aggravata? Le aggravanti non potrebbero aggravare la pena, già massima, ma verrebbero in rilievo solo *per pesare nel giudizio di bilanciamento* qualora ricorrano anche circostanze attenuanti. Il rilievo dato dalla proposta governativa alle aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p., insomma, è *un modo per blindare la pena dell'ergastolo* riducendo le ipotesi in cui il giudice possa considerare prevalenti le attenuanti, escludendo così l'applicazione dell'ergastolo. Ancora una volta, pare evidente la *possibile frizione con il principio di proporzionalità della pena*; ancor più se si considera la sostanziale duplicazione sanzionatoria possibile in certi casi di femminicidio "aggravato": ad es., perché commesso ai danni di persona legata da relazione affettiva o per motivi abietti o futili.

Per tali ragioni a mio parere andrebbe soppresso il riferimento all'applicabilità delle aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p. Non si può logicamente e ragionevolmente aggravare la pena *più grave*, per definizione, prevista nell'ordinamento.

4. Il secondo e il terzo comma dell'art. 577-bis c.p. disciplinano l'ipotesi in cui siano applicabili, rispettivamente, una sola o più circostanze attenuanti: vuoi perché non ricorrono le aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p., vuoi perché queste sono state ritenute subvalenti. In deroga alla disciplina di cui, rispettivamente, agli artt. 65 e 67 c.p., la pena per il femminicidio 'attenuato' (ad es., dalle attenuanti generiche) è quella di 24 anni di reclusione (anziché della reclusione da 20 a 24 anni) in caso di una sola attenuante, ed è quella della reclusione da 15 a 24 anni (anziché della reclusione da 10 a 24 anni) in caso di più attenuanti. Il d.d.l. non blindo il giudizio di bilanciamento impedendo la prevalenza delle attenuanti (analogamente a quanto, si è detto, fa l'ultimo comma dell'art. 577 c.p. in rapporto a talune aggravanti dell'omicidio, oggi riferibili anche a casi di femminicidio): esso inasprisce però la pena risultante dall'applicazione delle attenuanti, diminuendone così gli effetti rispetto a quanto normalmente accade. Tale disciplina appare problematica sotto due profili. In termini generali, perché introduce disparità di trattamento, rispetto ad altri casi di omicidio, di dubbia ragionevolezza. Con riferimento specifico all'ipotesi in cui ricorre una sola attenuante, invece, perché viene comminata di fatto la *pena fissa di 24 anni di reclusione*,

incostituzionale perché contraria al ‘divieto di pene fisse’ e ai principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale a partire dalla sentenza n. 50 del 1980, nella quale si affermò che “in linea di principio, previsioni sanzionatorie rigide non appaiono... in armonia con il ‘volto costituzionale’ del sistema penale”. I proponenti il d.d.l. non hanno infatti considerato, nel prevedere nel secondo comma dell’introducendo art. 577-*bis* c.p. la reclusione “non inferiore a 24 anni”, che il massimo della reclusione, ai sensi dell’art. 23 c.p., è in via ordinaria pari a 24 anni! Ecco introdotta una *pena fissa, destinata con ogni probabilità a essere dichiarata incostituzionale*. Ritengo pertanto necessario un emendamento che sostituisca il secondo e il terzo comma dell’art. 577-*bis* c.p. con il seguente:

Quando ricorre una sola circostanza attenuante, anche se ritenuta prevalente rispetto a concorrenti circostanze aggravanti, la pena non può essere inferiore ad anni ventidue; quando ricorrono più circostanze attenuanti, anche se ritenute prevalenti rispetto a concorrenti circostanze aggravanti, la pena non può essere inferiore ad anni quindici.

L’emendamento proposto non prevede più, per le ragioni di cui si è detto, un richiamo alle aggravanti di cui agli artt. 576 e 577 c.p. e fa invece generico riferimento alle aggravanti, da intendersi operato a quelle comuni (es., art. 61 c.p.). Per l’ipotesi in cui ricorra una sola circostanza attenuante, si individua una cornice di pena da 22 a 24 anni che, da un lato, evita la comminatoria di una pena fissa di 24 anni e, dall’altro lato, rispetta la volontà del Governo di derogare alla disciplina ordinaria di cui all’art. 65 c.p.

5. Riporto, conclusivamente, la possibile formulazione dell’art. 577-*bis* c.p. in linea con quanto proposto in queste note:

(Art. 577-*bis*) (Femminicidio e uccisione per motivi di genere)

“Chiunque cagiona la morte di una donna o di un’altra persona, per motivi fondati in modo esclusivo o prevalente sul genere o sull’identità di genere, sul sesso ovvero sull’orientamento sessuale della persona offesa o, comunque, su evidenti intenti discriminatori, o di violenza, sopraffazione o disprezzo nel contesto di una relazione interpersonale, anche se occasionale, è punito con l’ergastolo.

La disposizione di cui al primo comma si applica altresì quando le ragioni che hanno determinato l’autore ad agire risultano in modo esclusivo o prevalente fondate su evidenti intenti discriminatori o di violenza, sopraffazione o disprezzo nel contesto di una relazione interpersonale, anche se occasionale, nonché quando l’uccisione è conseguenza del rifiuto della vittima di stabilire o mantenere con l’autore una relazione sentimentale ovvero di accettare, nell’ambito della relazione stessa, il ruolo di soggezione che le è stato imposto.

Quando ricorre una sola circostanza attenuante, anche se ritenuta prevalente rispetto a concorrenti circostanze aggravanti, la pena non può essere inferiore ad anni ventidue; quando ricorrono più circostanze attenuanti, anche se ritenute prevalenti rispetto a concorrenti circostanze aggravanti, la pena non può essere inferiore ad anni quindici.

6. In linea con la proposta di riformulazione dell’art. 577-*bis* c.p., e con le ragioni ad essa sottese, andrebbero presentati a mio avviso emendamenti all’art. 1, lett. b-g) del

d.d.l. volti a sostituire le parole da “come atto di discriminazione” a “espressione della sua personalità” con le parole “per i motivi e nei casi di cui all’articolo 577-bis”. Tra le fattispecie aggravate si potrebbe aggiungere poi, con un emendamento, l’omicidio *preterintenzionale* (art. 584 c.p.) che, come ha osservato Marco Pelissero, è stato dimenticato.

7. Una possibile soluzione alternativa, come si è premesso, è dare rilievo al femminicidio come circostanza aggravante. Si potrebbe aggiungere con un emendamento nell’art. 577 c.p. un numero 5 così formulato:

5) “per motivi fondati, in modo esclusivo o prevalente, sul genere o sull’identità di genere, sul sesso ovvero sull’orientamento sessuale della persona offesa o, comunque, su evidenti intenti discriminatori, o di violenza, sopraffazione o disprezzo nel contesto di una relazione interpersonale, anche se occasionale, ovvero contro una donna o un’altra persona che si sia rifiutata di stabilire o mantenere con l’autore una relazione sentimentale ovvero di accettare, nell’ambito della relazione stessa, il ruolo di soggezione che le è stato imposto”.

L’inserimento di una circostanza aggravante, in luogo di una autonoma figura di reato, è soluzione a mio parere preferibile perché più coerente con l’attuale sistema della disciplina dell’omicidio e, soprattutto, non problematica rispetto al principio di proporzionalità della pena. Se proprio non si volesse rinunciare a ‘dare il nome alle cose’, l’aggravante potrebbe d’altra parte essere inserita in un art. 577-bis c.p. con questa rubrica: (Altre circostanze aggravanti. Femminicidio).

8. Due notazioni finali. Sul piano investigativo, per non indebolire l’azione di accertamento e prevenzione dei femminicidi, sarebbe opportuno inserire un emendamento che preveda, in materia di intercettazioni di comunicazioni, l’applicabilità della disciplina speciale dell’art. 13 d.l. n. 152/1991 escludendo che operi il limite massimo complessivo di durata delle operazioni (45 giorni) introdotto dalla legge n. 47/2025 (c.d. legge Zanettin) nell’art. 267, co. 3 c.p.p.

Sarebbe altresì opportuno, con un altro emendamento, prevedere che ogni anno il Ministro della Giustizia riferisca con una relazione al Parlamento sullo stato dell’applicazione della nuova incriminazione, fornendo i dati delle condanne e delle assoluzioni per femminicidio nonché quelli per omicidio, disaggregati in base al genere della persona offesa e alle circostanze aggravanti.

**PER LA CORTE DI GIUSTIZIA UE
LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI OSTA ALLA
CRIMINALIZZAZIONE DEL FAVOREGGIAMENTO DELL'INGRESSO
IRREGOLARE DEL FIGLIO MINORENNE
O DI ALTRI MINORI DI CUI L'AGENTE È AFFIDATARIO**

*Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande camera, 3 giugno 2025, Kinsa
(C-460/23)*

di Stefano Zirulia

1. Il 3 giugno 2025 la Grande sezione della Corte di giustizia dell'Unione europea si è pronunciata sul caso *Kinsa*¹, scaturito da un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bologna² in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. La Corte ha affermato i seguenti principi:

“L'articolo 1, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, letto alla luce degli articoli 7 e 24 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, deve essere interpretato nel senso che:”

- “da un lato, non rientra nei comportamenti illeciti di favoreggiamento dell'ingresso illegale la condotta di una persona che, in violazione del regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone, fa entrare nel territorio di uno Stato membro minori cittadini di paesi terzi che l'accompagnano e di cui è effettivamente affidataria e,”

- “dall'altro lato, che tali articoli ostano una normativa nazionale che sanziona penalmente una siffatta condotta”.

2. La Corte di giustizia interviene così per la prima volta sulla controversa disciplina dettata, a livello europeo, dal c.d. *Facilitators package*, cioè dalla combinazione tra la direttiva 2002/90/CE e la decisione quadro 2002/946/GAI, strumenti che da oltre vent'anni obbligano gli Stati membri a criminalizzare qualunque forma di agevolazione dell'immigrazione irregolare, anche in assenza di scopo di lucro (cfr. in particolare la nozione di favoreggiamento di cui all'art. 1, par. 1, lett. a della direttiva, oggetto del dispositivo sopra riportato), conferendo loro al contempo la mera facoltà di esentare da

¹ [Corte di giustizia dell'Unione europea, Grande sezione, 3 giugno 2025, C-460/23, Kinsa](#). Originariamente il caso era stato denominato Kinshasa, dal nome della capitale del Congo, e alcuni dei primi commenti alla vicenda riportano ancora tale riferimento.

² Trib. Bologna, [ord. 17 luglio 2023](#), giud. Bolici, in *Sistema penale*, 31.7.2023. Per un articolato commento, v. L. BERNARDINI, [Il delit de solidarité davanti alla corte di giustizia: il caso Kinshasa come game changer per le politiche migratorie europee](#), in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2024, n. 1, p. 1 ss.

responsabilità le condotte di carattere umanitario (così l'art. 1, par. 2 della direttiva medesima)³.

Una facoltà che l'Italia (come del resto la maggior parte degli Stati membri) ha scelto di non esercitare, dotandosi di una norma incriminatrice, l'art. 12 del testo unico immigrazione, che, elevando a reato qualunque atto diretto a procurare ingressi irregolari, è suscettibile di attrarre nell'area della rilevanza penale non solo il traffico di migranti, ma anche l'agevolazione meramente occasionale e perfino le condotte animate da finalità di soccorso, di solidarietà ovvero – come nel caso che ha dato origine alla vicenda in esame – di assistenza familiare⁴.

Parimenti per la prima volta la Corte di giustizia si avvale del principio di proporzionalità cristallizzato nell'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali (d'ora in avanti, CDF) per interpretare restrittivamente un obbligo di tutela penale europeo e, parallelamente, per sancire il carattere ostativo della Carta rispetto a un'implementazione di tale obbligo, nel diritto penale nazionale, suscettibile di sacrificare il "nucleo essenziale" di diritti sostanziali tutelati dalla Carta medesima, nel caso di specie il diritto al rispetto della vita familiare (art. 7 CDF) e i diritti dei minori (art. 24 CDF).

In attesa di sviluppare un più ampio commento, ci limiteremo in questa sede a ripercorrere i passaggi essenziali della pronuncia e a sviluppare alcune embrionali considerazioni sulla soluzione adottata dalla Corte, anche rispetto agli effetti che è verosimilmente destinata a dispiegare nel caso *a quo* e in casi analoghi.

3. Giova *in limine* ricordare che l'ordinanza di rinvio pregiudiziale⁵ scaturiva da un procedimento per favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nei confronti di una richiedente asilo congolese, fermata alla frontiera aeroportuale di Bologna mentre tentava di introdursi irregolarmente nel territorio italiano, con documenti falsi, portando con sé la figlia e la nipote, entrambe minorenni⁶. I quesiti pregiudiziali originari, per i quali si rinvia all'ordinanza, erano formulati in modo tale da mettere in discussione, a monte, la validità stessa del *Facilitators package* al metro del principio di proporzionalità sancito dall'art. 52, par. 1 della Carta dei diritti fondamentali, letto congiuntamente a

³ Per un'analisi critica delle menzionate fonti europee, e di quelle nazionali di cui si dirà appresso, sia consentito rinviare a S. ZIRULIA, [Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra overcriminalisation e tutela dei diritti fondamentali](#), Giappichelli, 2023, p. 29 ss.

⁴ L'art. 12, comma 2 t.u. imm. prevede una scriminante umanitaria applicabile solo al favoreggiamento realizzato a beneficio di stranieri già presenti irregolarmente sul territorio nazionale, peraltro di scarsissima utilità pratica considerato che il delitto di favoreggiamento della permanenza irregolare, previsto dal comma 5 dell'art. 12, è una fattispecie a dolo specifico di ingiusto profitto, dunque di regola già di per sé inapplicabile alle condotte umanitarie.

⁵ V. *supra*, nt. n. 2.

⁶ Per inciso si osserva che la vicenda concreta è la stessa all'origine della sentenza con la quale la Corte costituzionale aveva dichiarato l'illegittimità della circostanza aggravante di cui all'art. 12, comma 3, lett. d) t.u. imm. per contrasto con i canoni di uguaglianza-ragionevolezza e proporzionalità della pena: cfr. Corte cost., 10 marzo 2022, n. 63, Pres. Amato, Est. Viganò. Sul tema v. A. SPENA, [Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'art. 12 TUI? \(Ragionando su Corte cost. 63/2022\)](#), in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2022, n. 3, p. 238 ss.

una serie di diritti sostanziali previsti dalla medesima Carta (incluso il rispetto della vita familiare); e, a valle, la compatibilità dell'art. 12 t.u. imm. con i medesimi parametri.

La Corte di giustizia, tuttavia, dopo avere richiamato il principio in forza del quale agli atti dell'Unione deve essere data un'interpretazione, tra le varie possibili, conforme al diritto primario, che dal 2009 include anche la Carta dei diritti fondamentali (§ 37), ha riformulato entrambi i quesiti, ritagliandoli maggiormente sul caso di specie (§ 39). Anzitutto, con riferimento al versante del diritto europeo, la Corte si è chiesta se la condotta di una persona che fa entrare nel territorio di uno Stato membro minori stranieri di cui ha l'effettiva custodia rientri nella nozione di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare di cui all'art. 1, par. 1, lett. a), della direttiva 2002/90/CE, letto alla luce del principio di proporzionalità di cui all'art. 52, par. 1 CDF, del diritto al rispetto della vita familiare (art. 7 CDF), dei diritti del minore (art. 24 CDF), nonché del diritto d'asilo (art. 18 CDF); in secondo luogo, sul versante del diritto nazionale, si è chiesta se le medesime disposizioni della Carta ostino a una normativa che sanzioni penalmente la descritta condotta. Veniamo, allora, al ragionamento sviluppato dalla sentenza con riguardo a ciascuno dei due riformulati quesiti.

3.1. Per quanto riguarda il primo quesito, la Corte ribadisce, richiamando la propria giurisprudenza sull'art. 7 CDF, *“che l'esistenza di una vita familiare è una questione di fatto dipendente dalla realtà pratica di stretti legami personali e che la possibilità per un genitore e il figlio di essere insieme rappresenta un elemento fondamentale della vita familiare”* (§ 47). Il diritto alla vita familiare, inoltre, deve essere letto sia congiuntamente all'obbligo di assegnare preminenza all'interesse superiore del minore in tutti gli atti che lo riguardino (art. 24, par. 2 CDF), atti tra i quali rientrano anche le *“decisioni che non hanno come destinatario il minore, ma che comportano conseguenze importanti per quest'ultimo”* (§ 48); sia congiuntamente al diritto del minore di intrattenere regolari relazioni con i genitori (art. 24, par. 3). Il legame del minore con i genitori, o comunque con coloro che ne hanno l'affidamento, *sub specie* di obbligo di questi ultimi di *“assicurare, entro i limiti delle loro possibilità e dei loro mezzi economici, le condizioni di vita necessarie allo sviluppo del fanciullo”*, è sancito dall'art. 27, par. 2 della Convenzione dei diritti del fanciullo, di cui pure, ad avviso della Corte, occorre tenere conto nell'interpretazione della Carta (§ 50).

Poste queste premesse di ordine generale, la Corte risponde al primo quesito negando che rientri nella definizione di favoreggiamento dell'ingresso irregolare di cui all'art. 1, par. 1, lett. a) della direttiva 2002/90/CE l'accompagnamento in uno Stato membro del minore di cui l'adulto è affidatario, in violazione della disciplina sull'ingresso degli stranieri: *“Un'interpretazione in senso contrario della disposizione in parola”* – osserva la Corte – *“comporterebbe un'ingerenza particolarmente grave nel diritto al rispetto della vita familiare e dei diritti del minore, sanciti, rispettivamente, agli articoli 7 e 24 della Carta, al punto da pregiudicare il contenuto essenziale di tali diritti fondamentali, ai sensi dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta”* (§ 55).

Pur avendo a questo punto la Corte ha già raggiunto la statuizione che riporterà nel dispositivo, la motivazione prosegue aggiungendo ulteriori argomenti di rafforzamento. Il primo riguarda il diritto d'asilo, tutelato dall'art. 18 della Carta. Ad avviso della Corte, la presentazione della domanda di protezione non assegna solo il

diritto a non incorrere in sanzioni penali a causa del proprio ingresso nel territorio (come previsto dall'art. 31 della Convenzione di Ginevra), ma anche il diritto a non incorrere nelle medesime sanzioni a causa del fatto di essere accompagnati, al momento dell'ingresso, da minori di cui si ha l'effettiva custodia. A quest'ultima conclusione la Corte perviene, in sintesi, ricordando anzitutto che il diritto d'asilo è espressamente fatto salvo dagli strumenti che compongono il *Facilitators package*, nonché dal Codice delle frontiere Schengen (art. 4); in secondo luogo, richiamando la propria giurisprudenza volta a censurare le *“misure che, senza una giustificazione ragionevole, conducano a dissuadere un cittadino di un paese terzo dal presentare la sua domanda di protezione internazionale alle autorità competenti”* (§ 62); in terzo luogo, richiamando le previsioni delle direttive accoglienza (2013/33) e qualifiche (2011/95) che sanciscono l'interesse superiore del minore e la centralità dell'unità familiare nelle procedure d'asilo. Il ragionamento si conclude con un fugace richiamo al Protocollo di Palermo per il contrasto al traffico di migranti (§ 66), considerato ulteriore strumento di interpretazione conforme della direttiva, e segnatamente alla previsione secondo cui l'obiettivo della lotta al traffico di migranti deve essere perseguito contestualmente alla protezione dei diritti dei migranti stessi (art. 2 Prot.).

3.2. Volgendo quindi lo sguardo al secondo quesito, la Corte ricorda che l'interpretazione di una direttiva in senso conforme alla Carta vincola anche i legislatori nazionali in fase di recepimento della direttiva stessa. Pertanto, gli Stati membri non potranno introdurre norme che, andando oltre la portata dell'illecito di favoreggiamento definito dall'art. 1, par. 1, lett. a) della direttiva 2002/90/CE, come interpretato dalla Corte, determinino la violazione degli artt. 7, 24 e 52, par. 1, della Carta (§ 71).

Significativamente la Corte poi precisa che gli artt. 7 e 24 CDF *“sono sufficienti di per sé e non devono essere precisati da disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale per conferire ai singoli diritti invocabili in quanto tali”*; con la conseguenza che *“se il giudice del rinvio dovesse constatare che non è possibile interpretare il proprio diritto nazionale in modo conforme al diritto dell'Unione, esso sarebbe tenuto ad assicurare, nell'ambito delle sue competenze, la tutela giuridica spettante ai singoli in forza di tali articoli e a garantirne la piena efficacia, disapplicando all'occorrenza l'articolo 12 del testo unico sull'immigrazione”* (§ 72).

Sulla scorta del ragionamento sin qui sintetizzato, la Corte enuncia i principi di diritto che abbiamo già riportato in apertura di questa analisi.

* * *

4. Se da un lato non si può che condividere l'esito decisionale al quale è pervenuta la Corte europea, nel senso di escludere la rilevanza penale di condotte come quelle del caso *a quo*, dall'altro lato non ci convince fino in fondo lo strumento mediante il quale i giudici sono pervenuti a tale risultato, ossia l'interpretazione conforme. Ritenere che la nozione di favoreggiamento dell'ingresso irregolare dettata dall'art. 1, par. 1, lett. a) della direttiva 2002/90/CE debba essere riletta espungendo le condotte che limitano in maniera sproporzionata i diritti fondamentali, equivale infatti a svuotare di significato l'opzione, esplicitamente compiuta dal legislatore europeo nel 2002, di

lasciare agli Stati la libertà di decidere se mandare esenti da responsabilità le condotte umanitarie (esercitando la facoltà di cui all'art. 1, par. 2 della direttiva stessa), ovvero se perseguire la protezione delle frontiere *anche* mediante la criminalizzazione di tali condotte (adottando norme incriminatrici testualmente corrispondenti all'art. 1, par. 1, lett. a). In altri termini, l'inequivoco tenore letterale dell'art. 1 della direttiva, letto nel suo insieme, rendeva a nostro avviso impercorribile la strada dell'interpretazione conforme.

È da questa constatazione di fondo che discendevano – e ad avviso di chi scrive tuttora discendono – i dubbi in ordine alla legittimità della disciplina europea; dubbi facilmente trasferibili anche sulla disciplina italiana che fedelmente la traspose. Sul punto ci limitiamo a rinviare alle ragioni già sviluppate in precedenti contributi, peraltro richiamati anche dall'ordinanza di rimessione che ne aveva esplicitamente condiviso l'impianto di fondo⁷.

Sempre in chiave critica, non possiamo esimerci dal rilevare come, riformulando in senso restrittivo il quesito pregiudiziale del Tribunale di Bologna, e ritagliandolo sul caso di specie, i giudici di Kirchberg abbiano ridotto significativamente la portata del proprio arresto, perdendo un'occasione – la prima, come abbiamo già evidenziato, in oltre vent'anni di vita del *Facilitators package* – per confrontarsi a tutto tondo con quegli effetti sovra-criminalizzanti che tanto l'accademia quanto gli osservatori indipendenti e quelli istituzionali instancabilmente denunciano all'unisono⁸.

Al netto di queste considerazioni critiche, la sentenza rappresenta un significativo passo avanti nella direzione del ridimensionamento degli obblighi di tutela penale dell'integrità delle frontiere europee; un passo tanto più meritevole di attenzione in quanto accoglie uno schema di sindacato giurisdizionale sulle scelte di criminalizzazione suscettibile di essere replicato anche per future questioni pregiudiziali, nei settori della “*crimmigration*” e oltre. Ma su questi profili, come già detto, ci riserviamo di tornare in un più ampio commento.

5. Non possiamo sottrarci, infine, dal compito di illustrare quali potrebbero essere, a nostro avviso, le possibili ricadute della sentenza *Kinsa* sul caso *a quo* e su eventuali casi analoghi. Sul punto occorre prendere le mosse dal secondo principio enunciato dalla Corte, quello in base al quale gli articoli 7, 24 e 52, par. 1 CDF “ostano” a una normativa nazionale che sanzioni penalmente una persona che agevola l'ingresso

⁷ S. ZIRULIA, [Non c'è smuggling senza ingiusto profitto. Profili di illegittimità della normativa penale italiana ed europea in materia di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare](#), in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, 2020, fasc. 3, p. 143 ss.; nonché, *amplius*, Id., *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare*, cit., p. 360 ss.

⁸ Cfr., tra i più recenti documenti, la raccomandazione del Council of Europe Commissioner for Human Rights, *Protecting the Defenders. Ending repression of human rights defenders assisting refugees, asylum seekers and migrants in Europe*, 2024; nonché il rapporto PICUM, [Criminalisation of migration and solidarity in the EU. 2024 Report](#), 2025. In dottrina, *ex multis*, V. MITSILEGAS, *The Normative Foundations of the Criminalisation of Human Smuggling. Exploring the Fault Lines between European and International Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2019, 1, p. 68 ss.

irregolare del minore straniero di cui è affidataria. Non vi è dubbio che, in questo modo, la Corte abbia offerto un'interpretazione della Carta suscettibile di paralizzare, in virtù del primato del diritto UE, gli effetti dell'art. 12 t.u. imm. rispetto alla categoria di condotte indicata. A tale proposito i giudici di Kirchberg si sono premurati di chiarire che le citate disposizioni della Carta, segnatamente quelle che riconoscono il diritto alla vita familiare e i diritti dei minori, sono incondizionate e sufficientemente precise, e dunque appartengono al diritto primario dotato di effetto diretto. Ciò significa che il giudice comune può applicarle direttamente, senza necessità di sollevare una questione di legittimità costituzionale⁹.

Fin qui i punti fermi. Rispetto alle modalità attraverso cui rendere operativo il primato del diritto dell'unione, la Corte ha indicato al giudice nazionale due strade: anzitutto quella dell'interpretazione conforme dell'art. 12 t.u. imm., sulla falsariga dell'interpretazione della direttiva fornita dalla Corte stessa; in secondo luogo, nel caso in cui l'esegesi adeguatrice non risultasse percorribile, la disapplicazione della norma incriminatrice. Diciamo subito che, a nostro avviso, le due strade si biforcano per poi tornare a unirsi sul piano degli effetti pratici: scelga l'una o l'altra, se vediamo correttamente il giudice *a quo* sarà in ogni caso chiamato a pronunciare sentenza di assoluzione "perché il fatto non sussiste"¹⁰.

Tanto premesso, a noi pare che la strada preferibile sia quella della disapplicazione. Nell'attuare il *Facilitators package*, infatti, il legislatore italiano ha compiuto una chiarissima scelta a favore della criminalizzazione di *qualunque attentato all'integrità delle frontiere nazionali*. In questo senso depone, anzitutto, la già ricordata

⁹ A proposito della c.d. "doppia pregiudiziale", tema sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede, cfr., per una disamina critica a partire dal noto *obiter dictum* della sent. 269/2017, A. SBORO, [Sindacato accentratore e doppia pregiudiziale di "impatto sistemico" dal "tono costituzionale". Note a margine di Corte cost., sent. 181/2024](#), in *Rivista del contenzioso europeo*, 2025, n. 1, p. 1 ss.

¹⁰ Trattasi della formula avallata dalla Corte di cassazione (sez. III, 28 marzo 2007, n. 16928, S.F.) per l'assoluzione conseguente alla disapplicazione del reato di esercizio abusivo di raccolta di scommesse, a seguito della sentenza con la quale la Corte di giustizia ne aveva evidenziata l'incompatibilità con le libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi previste dagli artt. 43 e 49 TCE (sent. 6 marzo 2007, Placanica e al., cause riunite n. C-338/04, 359/04 e 360/04). Successivamente, nel caso della disapplicazione del reato di inottemperanza all'ordine di allontanamento del questore (art. 14, comma 5-ter t.u. imm.), a seguito della sentenza che ne aveva riscontrata l'incompatibilità con la c.d. direttiva rimpatri (sent. 28 aprile 2011, El Dridi, C-61/11 PPU), la Cassazione ha optato per la formula "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", riconducendo la questione a un particolare fenomeno di *abolitio criminis* (sez. I, 28 aprile 2011, n. 22105, Tourghi; sez. I, 28 aprile 2011, n. 24409, Trajkovic). Questa impostazione, peraltro, risentiva della circostanza che i fatti oggetto dei procedimenti fossero stati commessi prima della scadenza del termine per la trasposizione della direttiva rimpatri, e dunque in un momento in cui l'effetto ostativo del diritto europeo sulla fattispecie italiana non si era ancora dispiegato (sul punto v. F. VIGANÒ, L. MASERA, [Addio Articolo 14: nota alla sentenza El Dridi della Corte di giustizia UE in materia di contrasto all'immigrazione irregolare](#), in *Rivista AIC*, 2011, n. 3, p. 10). Il caso *Kinsa*, viceversa, ha per oggetto una disciplina rispetto alla quale gli effetti ostativi si sono prodotti a partire dal momento in cui la Carta dei diritti fondamentali ha acquisito lo stesso valore giuridico dei trattati, ossia dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1.12.2009); cioè a prescindere dal momento in cui tali effetti sono stati rilevati, con effetto dichiarativo, dalla Corte di giustizia. Di conseguenza, nel momento in cui l'imputata nel processo *a quo* ha realizzato la condotta, quest'ultima doveva considerarsi già estranea alla norma incriminatrice, e come tale non sussistente in quanto atipica.

scelta di *non* introdurre una scriminante umanitaria per il favoreggiamento dell'ingresso irregolare; ma anche, in secondo luogo, la scelta di configurare un reato a consumazione anticipata, segno della pervicace volontà di *prevenire* gli ingressi indesiderati, intervenendo sulle condotte semplicemente tese a procurarli, comprese quelle realizzate in una fase dell'*iter criminis* nella quale non tutte le caratteristiche concrete della vicenda (incluse quelle che ne potrebbero, all'occorrenza, disvelare eventuali profili umanitari o solidaristici) si sono già necessariamente manifestate. Il combinato disposto dei commi 1 e 2 dell'art. 12 t.u. imm. è dunque a nostro avviso inequivoco nel prescrivere al giudice di sanzionare qualunque forma di agevolazione formalmente non in linea con la disciplina sull'ingresso degli stranieri dettata dal testo unico sull'immigrazione. Tanto è vero che nelle vicende giudiziarie relative ai soccorsi in mare, o all'agevolazione dell'ingresso di minorenni sotto la custodia dell'agente, la responsabilità penale è stata finora esclusa per difetto di antigiuridicità, in ragione dell'operare dell'adempimento del dovere e/o dello stato di necessità, e dunque sul presupposto che quelle condotte fossero tipiche¹¹. In mancanza, dunque, di un presupposto fondamentale per procedere all'interpretazione conforme, ossia la pluralità di significati attribuibili alla norma sotto esegesi, non resta che procedere alla sua disapplicazione, con conseguente irrilevanza penale delle condotte contestate all'imputata (risultato peraltro coincidente, come già osservato, a quello raggiungibile mediante interpretazione conforme).

Parimenti, in considerazione dell'effetto *erga omnes* delle pronunce della Corte di giustizia, è agevole affermare che ad analogo esito assolutorio dovranno pervenire gli altri Tribunali (italiani o di diversi Stati membri), che si trovassero, attualmente o in futuro, a giudicare condotte dello stesso tipo, senza alcuna necessità di proporre un nuovo rinvio pregiudiziale. Ancora prima, le Procure della Repubblica italiana (nonché i corrispondenti uffici responsabili dell'esercizio dell'azione penale in Europa) non dovranno più considerare quelle condotte alla stregua di *notitiae criminis*, e dovranno pertanto astenersi dal sottoporle agli autori ad indagine.

Rispetto, infine, a eventuali sentenze di condanna passate in giudicato, pare percorribile la strada della revoca *ex art. 673 c.p.p.*, da intendersi, sulla scorta di un'interpretazione che anche la Corte di cassazione ha già mostrato di condividere in precedenti vicende di illegittimità europea¹², quale rimedio finalizzato a rimuovere il

¹¹ Per quanto riguarda i soccorsi in mare, cfr. Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2020, n. 6626, relativa al noto [caso Sea Watch-Rackete](#). Meno cristallina è la giurisprudenza sull'assistenza nei confronti di figli minori, che pare oscillare tra il difetto di tipicità in ragione dell'asserita mancanza di relazione di "terzietà" tra genitore e figlio (concetto peraltro ricondotto alla potestà genitoriale, e dunque all'esercizio di un diritto-dovere), e lo stato di necessità: cfr. Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2008, n. 44048, R.I.; Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2010, n. 23872, Rahimi, CED 247983; Cass. pen., sez. I, 24 novembre 2011, n. 5061, T.A.M.C.; Cass. pen., sez. I, 14 aprile 2021, n. 22734, B.F.

¹² Cfr., Cass., sez. VII, 6 marzo 2008, n. 21579, Boujlal, CED 239961, nonché Cass., sez. III, 3 giugno 2014, Seck, CED 259956, in *Cass. pen.*, 2015, 3, 1123, con nota di F. URBANI, entrambe relative alle fattispecie di cui all'art. 171-ter, comma 1 della legge sul diritto d'autore, giudicate dalla Corte di giustizia, incompatibile con la direttiva 83/189/CEE (sent. 8 novembre 2007, Schwibbert, C-20/25): in entrambi i casi la Corte di cassazione ha ritenuto applicabile l'art. 673 c.p.p. "*in virtù di un'interpretazione estensiva o analogica*".

giudicato illegittimo, nel nostro caso tale perché fondato su un'interpretazione dell'art. 12 t.u. imm. incompatibile con la Carta dei diritti fondamentali¹³.

¹³ Sulle ragioni a sostegno della rimozione del giudicato quando la sua esecuzione perpetui una violazione di diritti fondamentali accertata da un organo sovranazionale, v., ancorché principalmente con riguardo al diritto Cedu e segnatamente alla vicenda *Scoppola*, ma con considerazioni traslabili nel settore che ci occupa, F. VIGANÒ, [*Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 18.11.2012.

Editore

ASSOCIAZIONE
**"PROGETTO GIUSTIZIA
PENALE"**