

# DIRITTO

# E GIUSTIZIA MINORILE

*Rivista Giuridica Trimestrale*



1/2 2024 • ANNO XII

**EDITORI**

Mario Covelli  
Mariangela Covelli

**DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE****DIRETTORE RESPONSABILE**

Clelia Iasevoli

*DIRITTO E GIUSTIZIA MINORILE è una rivista trimestrale pubblicata in Napoli. Si propone di trattare rilevanti questioni di diritto sostanziale e di diritto processuale penale, nonché di giustizia minorile, in una prospettiva teorica e pratica, sia de lege lata sia de lege ferenda. L'accesso alla rivista è gratuito.*

**DIRETTORE SCIENTIFICO:**

Sergio Moccia

**COMITATO SCIENTIFICO**

Claudio do Prado Amaral (San Paolo),  
Raul Cervini (Montevideo),  
Javier De Luca (Buenos Aires),  
Maria José Jimenez Diaz (Granada),  
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Porto Alegre),  
Vincenzo Ruggiero (Londra),  
Klaus Volk (Monaco di Baviera)

**COMITATO DI DIREZIONE**

Piero Avallone, Teresa Bene, Antonio Cavaliere,  
Maria de Luzenberger, Fabiana Falato,  
Francesco Forzati, Clelia Iasevoli, Fausto Izzo,  
Carlo Longobardo, Valentina Masarone, Vania Maffeo,  
Mariano Menna, Barbara Nacar, Egle Pilla,  
Nicola Russo, Giuseppe Sassone, Antonino Sessa,  
Gemma Tuccillo

**CAPO DI REDAZIONE**

Rossella Nicodemo

**COMITATO DI REDAZIONE**

Mario Afeltra,  
Anna Maria Covelli, Marco de Martino,  
Fabiana Falato, Barbara Nacar,  
Chiara Naimoli, Antonio Nappi,  
Gennaro Demetrio Paipais, Iliaria Piccolo,  
Alessandra Scalas, Michela Siracusa

**COMITATO DI REVISIONE**

Claudia Cesari, Glauco Giostra,  
Luca Marafioti, Oliviero Mazza, Paolo Patrono,  
Mauro Ronco, Francesco Schiaffo,  
Vania Patanè

**SEGRETERIA DI REDAZIONE**

Andrea Esposito

Rivista fondata da Mario Covelli

Registrazione presso il Tribunale di Napoli, al n. 9 del 05 marzo 2012

ANNO 2015, CODICE ISSN 2280-4323

Inserita nell'archivio del CINECA: "DirGiusMinorile" n. E217312

Sede legale: Via Bernardo Cavallino 6, 80128 Napoli

## INDICE

### L'editoriale

<b>Sicurezza di destra</b> .....	6
Sergio Moccia .....	6

### L'Opinione

<b>Funzione della pena e fonti europee</b>	
Valentina Masarone .....	9

### Gli Orientamenti della Dottrina

DIRITTO  
SOSTANZIALE

<b>Il crimine di deportazione e trasferimento forzato di minori nel conflitto armato russo-ucraino. Brevi note sui crimini di guerra a margine del “Progetto di Codice di crimini internazionali”.</b>	
Sylva D’Amato .....	15

<b>Riflessioni sul principio di offensività nella prospettiva del ‘diritto penale europeo’</b>	
Michele Duraturo.....	40

DIRITTO  
PROCESSUALE  
PENALE

<b>La “nuova” revisione europea</b>	
Andrea Esposito.....	65

<b>Il ruolo della vittima nella negozialità penale tra fonti interne e sovranazionali</b>	
Domenico Mastro .....	80

<b>La “nuova” disciplina delle intercettazioni telefoniche e la tutela del diritto alla riservatezza alla luce della c.e.d.u.</b>	
Domenico Zenzola.....	100

**La pericolosità sociale minorile tra sicurezza, prevenzione e (ri)educazione**

Ilaria Piccolo ..... 120

**Il minore straniero non accompagnato tra logiche securitarie e tutela dei diritti umani**

Serena Ucci ..... 140

## L'EDITORIALE

# Sicurezza di destra

SERGIO MOCCIA

La sicurezza dei consociati è la promessa fondamentale della modernità e nello stato sociale di diritto, prefigurato dalla Costituzione repubblicana, si connota in egual misura per profili di derivazione liberale e solidaristica.

Il governo della sicurezza non può ridursi alla soddisfazione della pur basilare esigenza di protezione dalla criminalità, ma deve intendersi nel senso dell'assicurazione e del godimento pieno dei diritti fondamentali. In realtà, la prerogativa pubblica della sicurezza corrisponde al bisogno di essere garantiti nell'esercizio di tutti i propri diritti: diritto alla vita, al libero sviluppo della personalità, diritti di espressione e di partecipazione, e così via. La crisi della gestione della sicurezza riflette un sistema della giustizia inefficace, causa di sentimenti diffusi di insicurezza. In realtà, l'intervento repressivo viene sempre più valorizzato come mera risorsa simbolica e rivela l'incapacità di garantire livelli soddisfacenti di sicurezza. Quindi, avanti con 'leggi manifesto', com'è ormai tradizione, tese unicamente alla valorizzazione di prospettive di mera deterrenza: e nulla di diverso con il 'decreto Caivano'. Del nuovo d.l. sicurezza, in via di approvazione definitiva, non parliamo ancora: posso solo anticipare che, se resta com'è, aggraverà, e non di poco, lo stato delle cose.

Il termine sicurezza non viene, per lo più, declinato in un'accezione molto significativa: garantire la sicurezza di accesso ai propri diritti. È naturalmente doverosa la tutela della sicurezza rispetto a chi aggredisce; ma è altrettanto doverosa la tutela della sicurezza rispetto a chi, da posizione estrema, ai margini, dev'essere posto nella condizione di non essere esposto al rischio di reati, non deve essere posto nella condizione di aumentare la sua già forte vulnerabilità.

E, invece, devianza minorile da trattare con il carcere come prima *ratio*, anche in via cautelare e per reati di lieve entità, 'daspo' a 14 anni e carcere per i genitori che non mandano i figli a scuola: senza interrogarsi minimamente sulle ragioni, profonde ed evidenti, dell'evasione scolastica, da individuarsi nel disagio socio-economico, enorme, delle famiglie, nella mancanza di prospettive esistenziali edificanti per i ragazzi, da un lato, e nelle gravi carenze delle istituzioni scolastiche e non, fatte salve le debite, eroiche eccezioni. Anziché affrontare decisamente i problemi con gli strumenti della solidarietà e dei diritti da realizzare, lo Stato si affida ad un meritorio volontariato che, al di là di pur significativi successi, non può essere in grado di risolvere radicalmente i problemi.

In effetti, dal punto di vista giuridico, ma anche psicologico, sicuri dovrebbero essere innanzitutto i soggetti titolari di diritti fondamentali, in particolare di quelli universali, che spettano non solamente alle persone fisiche fornite di cittadinanza dello Stato in cui si trovano, ma a tutte quelle che si trovano nel territorio di uno Stato civile. La verità è che un numero enorme dei titolari dei diritti e la maggior parte dei tantissimi territori a rischio sono esclusi dalla sicurezza.

Una volta che ci si è dimenticati di garantire la sicurezza dei diritti di un certo numero di soggetti vulnerabili appartenenti a gruppi marginali o 'pericolosi' – poveri, disoccupati, tossicodipendenti, stranieri – le persone vulnerabili e senza alcun potere, che soffrono lesioni dei loro diritti umani, sociali ed economici, vengono considerate solo quali potenziali aggressori dei diritti dei soggetti

socialmente protetti. Una vera sicurezza per tutti potrà aversi allora attraverso un'effettiva applicazione della Costituzione, che sola può realizzare effettivamente il diffondersi di una cultura della legalità. Se questa strada non è intrapresa, se sale il livello della disuguaglianza e della violenza strutturale nella società, non vi saranno le condizioni sufficienti per l'esistenza di un diritto delle garanzie, ma solo per un modello giuridico autoritario ed emergenziale, qual è quello che si sta affermando.

Si tratta di un modello pseudo-efficientistico, che si rifiuta apprendere e, invece di cercare soluzioni realmente efficaci, aumenta solo la risposta repressiva a detrimento della legalità costituzionale e della stessa sicurezza. E questa sembra essere la sicurezza di destra.

## L'OPINIONE

# Funzione della pena e fonti europee

VALENTINA MASARONE

## ABSTRACT

*The function of punishment as social integration is an identifying principle of our constitutional order. Therefore, it is necessary to check whether the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Court of Human Rights (ECHR), as well as EU law and the Court of Justice, recognise the same function for punishment.*

Non vi è dubbio che la funzione della pena come integrazione sociale costituisca un principio identitario del nostro ordinamento costituzionale, vale a dire uno di quei principi supremi della Costituzione, che la stessa Corte costituzionale ha definito come invalicabili sia per le fonti sovranazionali che per la stessa revisione costituzionale<sup>1</sup>.

Nella prospettiva dei rapporti tra ordinamento interno e fonti europee, si tratta, dunque, di un principio in grado di operare come ‘controlimite’ alle limitazioni di sovranità derivanti dall’adesione al processo di integrazione europea, qui ampiamente inteso, con riguardo, cioè, tanto al contesto della ‘grande’ Europa, corrispondente al Consiglio d’Europa, quanto a quello della ‘piccola’ Europa, tradizionalmente riferito alla realtà comunitaria, oggi assorbita dall’Unione europea.

È noto, infatti, che per la c.d. dottrina dei controlimiti – le cui origini risalgono agli Settanta/Ottanta del secolo scorso e sono riconducibili ad alcune celebri pronunce delle Corti costituzionali italiana<sup>2</sup> e tedesca<sup>3</sup> – nessun vincolo di fedeltà al diritto europeo potrebbe obbligare gli Stati membri a rinnegare il nucleo essenziale delle proprie tradizioni costituzionali.

Per comprendere se questo ‘controlimite’ abbia tuttora ragione di essere inteso come tale, occorre verificare se esso possa ritenersi ‘assorbito’ o meno nelle Carte europee; se, cioè, la funzione della pena come integrazione sociale trovi riconoscimento nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) e/o nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (CDFUE) e nei Trattati europei, riformati, da ultimo, col Trattato di Lisbona. Infatti, solo in tal caso, si potrebbero ritenere ‘scongiurate’, almeno in linea di principio, ipotesi di conflitto tra le norme europee – incidenti in vario modo nell’ordinamento interno, anche con riguardo al settore del diritto penale sostanziale – ed il principio identitario di cui ci stiamo occupando, che sarebbe altrimenti destinato in ogni caso a prevalere sulle norme di provenienza sovranazionale.

Nel procedere a tale verifica – con l’intento di offrire, al riguardo, qualche sintetico spunto di riflessione – si rende, ovviamente, necessario considerare non solo le norme delle Carte europee, ma anche la giurisprudenza delle Corti che ne sono interpreti.

---

<sup>1</sup> V. soprattutto Corte Cost., 22 ottobre 2014, n. 238.

<sup>2</sup> V. Corte cost. 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini e a.*, in *Giur. cost.*, 1973, 2401 ss.; Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, in *Giur. cost.*, 1984, 1098 ss.

<sup>3</sup> V. *BVerfG* 29 maggio 1974, nota come *Solange I*; *BVerfG* 22 ottobre 1986, nota come *Solange II*.

Guardando, innanzitutto, al diritto di Strasburgo, va subito precisato che la CEDU non contiene alcuna previsione espressa in ordine alla funzione della pena. In effetti, questo è un dato comune a tutte le Carte europee. Si tratta di una carenza significativa, considerata la centralità che funzione della pena riveste tra i referenti teleologici in grado di vincolare l'intero sistema penale.

L'unica indicazione che si ricava dal testo della CEDU, a proposito delle pene, consiste nel divieto (di tortura e) di pene o trattamenti inumani o degradanti, contenuto nell'art. 3 CEDU. Ed è, soprattutto, in occasione di ricorsi riguardanti denunciate violazioni dell'art. 3 CEDU, che la Corte di Strasburgo, le cui sentenze 'riempiono di significato' le norme della convenzione, ha avuto modo di pronunciarsi, sia pure incidentalmente, sul tema della funzione della pena. Altre occasioni sono state offerte alla Corte EDU da ricorsi *ex artt.* 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza), 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e 10 (libertà di espressione), ma per brevità qui non se ne terrà conto.

In estrema sintesi, si deve riconoscere che la Corte di Strasburgo, in tali pronunce – si pensi, in particolare, ma non solo, alle sentenze sui casi *Vinter e altri c. Regno Unito* del 2013<sup>4</sup>, *Murray c. Paesi Bassi* del 2016<sup>5</sup>, *Viola c. Italia* del 2019<sup>6</sup>, quest'ultima riguardante la disciplina italiana del c.d. ergastolo ostativo – si richiama alla finalità rieducativa della pena, ma lo fa con 'luci ed ombre'.

La Corte considera la rieducazione come lo 'scopo legittimo' fondamentale che possa giustificare, in uno Stato di diritto, l'inflizione di una pena, in particolare di quella detentiva, quale misura che limita i diritti fondamentali del condannato. Essa arriva ad affermare un 'diritto alla risocializzazione' del soggetto detenuto, fondato sul diritto assoluto ed inderogabile al rispetto della dignità umana *ex art.* 3 CEDU, sì che una pena detentiva non tendente alla rieducazione risulta implicitamente assimilata ad un trattamento inumano e degradante.

Dallo stesso art. 3 CEDU deriverebbe a carico degli Stati aderenti alla convenzione, un obbligo positivo, in rapporto alla finalità rieducativa della pena: quello d'intraprendere tutte le azioni positive volte a realizzare tale fine. Più precisamente, gli Stati non sarebbero responsabili per il raggiungimento dell'obiettivo della risocializzazione dei soggetti privati della libertà, ma avrebbero il dovere di renderlo possibile. In altre parole, per essi si configurerebbe un obbligo di mezzi e non di risultato.

Fin qui le luci. Veniamo alle ombre, che rendono la finalità rieducativa, a cui si richiama la Corte EDU, non paragonabile al concetto, costituzionalmente fondato, di integrazione sociale.

Innanzitutto, il riconoscimento della finalità rieducativa non impedisce alla Corte EDU di ammettere anche altre funzioni della sanzione penale, contrastanti con la rieducazione, e, dunque, di addivenire, quanto meno ad una concezione polifunzionale della pena. Basti pensare che la compatibilità dell'ergastolo con l'art. 3 CEDU viene riconosciuta dalla Corte EDU, quando siano assicurate la prospettiva della liberazione e la possibilità di revisione, concretamente prevedibili dal condannato, ma anche quando la prosecuzione della detenzione del ricorrente possa essere giustificata per 'legittimi motivi penitenziali', tra i quali figurano, oltre alla riabilitazione, la punizione, la deterrenza, la protezione della collettività.

---

<sup>4</sup> C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e al. c. Regno Unito* (ric. nn. 66069/09, 130/10 e 3896/10).

<sup>5</sup> C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi* (ric. n. 10511/10).

<sup>6</sup> C. eur. dir. uomo, Sez. I, 13 giugno 2019, *Viola c. Italia* (ric. 77633/16).

Inoltre, non si può fare a meno di notare come, nelle argomentazioni della Corte EDU, il diritto del condannato (*rectius* detenuto) alla risocializzazione venga prevalentemente collegato al c.d. principio di progressione, secondo il quale, nell'esecuzione della condanna, potrebbe inizialmente prevalere una funzione punitiva e retributiva, mentre negli ultimi tempi della detenzione si dovrebbe dar luogo alla preparazione per il rilascio, secondo una logica, appunto, 'progressiva'. In tal modo, però, la risocializzazione non solo sembra destinata ad operare nella sola fase esecutiva, ma, per di più, viene limitata alla fase finale della fase esecutiva.

Infine, va detto che proprio il collegamento con l'art. 3 CEDU fa emergere più che altro l'esigenza di umanità della pena, che passa anche per il tramite della finalità rieducativa, ma ciò non equivale al riconoscimento delle istanze positive della prevenzione generale e speciale, quale fine *ultimo* della pena. Come dire che, purché sia rispettosa della dignità umana o, meglio, sia eseguita nel rispetto della dignità umana, la pena potrebbe perseguire anche altre finalità, ad esempio di natura retributiva.

E ciò trova conferma nell'ultima, decisiva, considerazione che va fatta in relazione al contesto della CEDU e della giurisprudenza di Strasburgo.

È noto che la Corte EDU, nel definire la 'materia penale', quale ambito di applicazione delle garanzie penalistiche, sulla base del principio di interpretazione autonoma, ricorre ai c.d. criteri Engel, per superare le classificazioni di tipo formale e nominalistico, eventualmente operanti negli ordinamenti degli Stati aderenti, e addivenire, così, ad un concetto 'sostanziale' della materia penale.

Non posso in questa sede soffermarmi sui criteri Engel, ma vorrei soltanto segnalare, per quanto qui d'interesse, che il secondo di tali criteri, che la sentenza *Engel c. Paesi Bassi* del 1976 identificava nella natura dell'illecito, è stato successivamente specificato a partire dalla sentenza *Oztürk c. Germania* del 1984, con riferimento all'ambito di applicazione della norma che lo prevede, che indica la natura penale se è di carattere generale e non particolare, ed allo scopo della sanzione, che viene riconosciuta come 'penale', dalla Corte EDU, se si tratta di uno scopo punitivo e di deterrenza. Come dire che la pena è tale se persegue finalità retributive e di prevenzione negativa, in evidente contrasto con la funzione della pena come integrazione sociale, costituzionalmente vincolante nell'ordinamento italiano.

Da notare – anche se non è questa l'occasione per approfondire il discorso sul punto – che la prevalenza del ricorso a quest'ultimo criterio rispetto a quello della gravità della sanzione, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha prodotto il risultato di considerare 'non penali', proprio perché non improntate alla punizione per un fatto commesso e alla deterrenza, misure a carattere formalmente preventivo, quali le misure di prevenzione personali, previste nel nostro ordinamento, o le misure di sicurezza detentive per soggetti non imputabili, con la conseguenza di privare tali misure, fortemente afflittive, delle garanzie operanti nella 'materia penale', lasciando di fatto persistere proprio alcune di quelle 'truffe delle etichette', che i criteri Engel dovrebbero servire a smascherare.

Passando all'ambito dell'Unione europea, come già accennato, né la CDFUE, – che, per effetto del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, par. 1 TUE) ed è testualmente allineata alla CEDU (art. 52, par. 3 CDFUE), salva una maggiore estensione delle garanzie – né i Trattati riformati contengono una previsione espressa sulla funzione della pena. Nella CDFUE è sancito il principio per cui "le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato" (art.

49, par. 3 CDFUE) e, non diversamente da quanto accade nella CEDU, vengono proibite la tortura e le pene o i trattamenti inumani o degradanti (art. 4 CDFUE). L'art. 2 CDFUE contiene, poi, il ripudio della pena di morte, a cui è dedicato un apposito Protocollo alla CEDU, il n. 6, che, però, ammette la pena di morte in tempo di guerra.

La pena come integrazione sociale potrebbe assurgere a principio generale del diritto dell'Unione per il tramite del riconoscimento, in tal senso, delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, operato dall'art. 6, par. 3 TUE, ma solo se tale richiamo venisse inteso come riferito al modello liberal-solidaristico, in cui va individuata la tradizione giuridica comune europea, e se, pertanto, i livelli di garanzia operanti nel sistema europeo rispondessero al c.d. criterio del *maximum standard*.

Tuttavia, nel diritto primario e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea si colgono segnali di tutt'altro avviso.

Basti pensare alla competenza penale indiretta, definita dal par. 2 dell'art. 83 TFUE, che prevede la possibilità per il Parlamento ed il Consiglio di stabilire, con direttive deliberate secondo la procedura legislativa ordinaria, «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni», nelle ipotesi in cui il ravvicinamento legislativo e regolamentare deve rendersi «indispensabile» per garantire l'efficacia di politiche dell'Unione, in ambiti che siano già stati oggetto di misure di armonizzazione. Evidentemente, qui, la funzione della pena viene ridotta a quella di mero strumento di 'rafforzamento' delle politiche dell'Unione. È indubbio, infatti, che la funzione assegnata alla pena sia strettamente legata ai compiti rimessi al diritto penale e, quindi, all'individuazione dei legittimi oggetti della tutela penale.

Ancora più evidente è il contrasto con la (nostra) funzione costituzionale della pena, ravvisabile nel carattere di 'dissuasività', ovvero di deterrenza, che devono presentare le sanzioni apprestate, negli ordinamenti degli Stati membri, per la tutela di interessi europei, in adempimento dell'obbligo di leale cooperazione, oggi sancito dall'art. 4, par. 3 TUE ed in passato detto di fedeltà comunitaria, ai sensi dell'art. 10 TCE. Secondo la nota formula, utilizzata dalla Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza c.d. del mais greco del 1989, deve trattarsi di «sanzioni efficaci, proporzionate e [appunto] dissuasive», talvolta – a certe condizioni, che qui non è dato ricostruire – di carattere necessariamente penale.

Deve riconoscersi che la finalità rieducativa della pena viene richiamata in alcuni atti di *soft law*, in atti del superato 'terzo pilastro' dell'Unione europea e, in via meramente argomentativa, in alcune pronunce della Corte di Giustizia.

Ma si tratta di richiami isolati e di limitata vincolatività, a fronte di una produzione normativa, di diritto europeo derivato, che impone, il più delle volte, al legislatore nazionale scelte d'incriminazione connotate da un'esperata anticipazione della tutela penale (si pensi alla normativa in materia di terrorismo internazionale) e, spesso, da un indeterminato ampliamento dell'ambito della punibilità (ad esempio, non precisando la soglia di punibilità del tentativo, né i caratteri del concorso di persone nel reato). Quanto, poi, ai condizionamenti riguardanti il tipo e l'entità delle sanzioni, in un contesto di assoluto primato della pena detentiva, vengono solitamente indicati severi limiti minimi di pena massima, da rispettare nella normativa interna.

Tutti chiari segnali di un orientamento della pena a finalità di deterrenza, del resto evocate anche nella ricorrente intitolazione degli atti europei alla ‘lotta’ contro questo o quel fenomeno criminale.

Concludendo, la funzione della pena come integrazione sociale, risultante non solo dall’art. 27, co. 3 Cost., ma da un’interpretazione sistematica delle norme costituzionali, che si richiama, quanto meno, agli artt. 2, 3, 4, 13, 25, co. 2 e 3, 27, co. 1 Cost., non trova corrispondenza nel diritto e nella giurisprudenza europee, ampiamente intesi. Considerata la centralità teleologica che tale principio riveste nel sistema penale e tenuto conto dell’interconnessione esistente tra i principi fondamentali del diritto penale da Stato sociale di diritto, qual è (o dovrebbe essere) il nostro, tale carenza si riflette negativamente sulle esigenze di sussidiarietà, materialità, offensività, personalità della responsabilità penale, con riferimento all’influenza esercitata dalle fonti europee sul diritto penale nazionale.

Per tornare al quesito di partenza, la pena come integrazione sociale costituisce, dunque, un principio identitario del nostro ordinamento costituzionale, che va riaffermato e preservato, nelle forme e con i mezzi che il processo di integrazione europea, ampiamente inteso, lascia persistere e che spesso vengono purtroppo sottovalutati.

## GLI ORIENTAMENTI DELLA DOTTRINA

# **Il crimine di deportazione e trasferimento forzato di minori nel conflitto armato russo-ucraino. Brevi note sui crimini di guerra a margine del “Progetto di Codice di crimini internazionali”.**

SYLVA D’AMATO

## **ABSTRACT**

*The paper deals with the problem of adapting domestic law to the criminal provisions of the Statute of the International Criminal Court, which the escalation of the Russian-Ukrainian conflict in February 2022 and the intervention of the International Criminal Court have made topical again. The Government appointed a Commission of Experts in March 2022 to draw up a Draft Code of International Crimes, which was delivered in May 2022. This is an important step forward towards Italy's commitments to implement a permanent international criminal justice system that operates in accordance with the fundamental principles of criminal justice, first and foremost the principle of legality. However, the approval of the d.d.l. 16 February 2023 seems to prelude a new setback in the slow process of adaptation.*

SOMMARIO: 1. La competenza della Corte penale internazionale sui crimini commessi in Ucraina nel contesto del conflitto russo-ucraino. – 2. L’urgenza dell’adeguamento interno allo Statuto della Corte penale internazionale e il Progetto per un Codice dei crimini internazionali. – 3. La punizione dei crimini di guerra nello Statuto di Roma: una visione d’insieme. Il problema del rinvio alle fonti del “diritto internazionale umanitario” e la “tipicità plurima” delle condotte incriminate. – 4. Il Progetto di codice per i crimini internazionali e la nuova sistemazione dei crimini di guerra. – 5. Il Progetto per un codice dei crimini internazionali e il «compito attuale della dottrina penalistica», tra ingiustificati ritardi e perduranti incomprensioni sul ruolo della giustizia penale internazionale.

1. Il 17 marzo 2023 la *Pre-Trial Chamber II* della Corte penale internazionale (CPI o *International Criminal Court, ICC*), su richiesta della Procura CPI del 22 febbraio 2023, ha emesso due mandati di arresto per crimini di guerra commessi nel contesto del conflitto russo-ucraino, nei confronti del Presidente della Federazione russa, Vladimir Putin, e della Commissaria per i diritti dei minori presso l’Ufficio della Presidenza della Federazione russa, Maria Alekseyevna Lvova Belova<sup>1</sup>. L’imputazione si riferisce alla deportazione illegale di popolazione civile, in particolare minori, dalle aree occupate del territorio ucraino al territorio della Federazione russa, fin dal mese di febbraio del 2022, ed è basata sull’art. 8.2.a.vii) dello Statuto di Roma, che vieta le condotte di

<sup>1</sup> <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>. Cfr. G. VANACORE, *La Corte Penale Internazionale chiede l’arresto di Putin e Llova-Belova per i crimini di guerra di deportazione e trasferimento coatto di bambini ucraini*, 3 aprile 2023, in [www.dirittoigiustiziaecostituzione.it](http://www.dirittoigiustiziaecostituzione.it).

«deportazione, trasferimento o detenzione illegale», e sull'art. 8.2.b.viii), che prevede come modalità di condotta dei crimini di guerra il «trasferimento, diretto o indiretto, ad opera della Potenza Occupante, di parte della propria popolazione civile nei territori occupati, o la deportazione o trasferimento di tutta o di parte della popolazione del territorio occupato all'interno o al di fuori di tale territorio». L'accusa per tali crimini è rivolta al Presidente della Federazione russa, per avere commesso gli atti direttamente o in concorso con altri o per il tramite di altri ai sensi dell'art. 25.3 lett. a) e per avere omesso di esercitare il dovuto controllo sui civili e militari subordinati che hanno commesso gli atti e che erano di fatto sotto la sua autorità o per aver autorizzato la loro commissione, ai sensi dell'art. 28.2 b) dello Statuto di Roma, in tema di responsabilità del superiore.

La medesima accusa per crimini di guerra, mediante deportazione illegale e trasferimento forzato di minori dai territori occupati, è altresì rivolta alla Commissaria per i diritti dei minori presso l'Ufficio della Presidenza della Federazione russa, per avere commesso gli atti direttamente o in concorso o per il tramite di altri, ai sensi dell'art. 25.3 a). A ciò deve aggiungersi che il 5 marzo e il 24 giugno del 2024 altre quattro persone, tra cui il Ministro della Difesa e tre alti funzionari delle forze armate russe, sono state raggiunte da altrettanti mandati di arresto per aver commesso in territorio ucraino crimini di guerra per attacchi diretti su beni civili ai sensi degli art. 8.2.b.ii), attacchi causanti danni eccessivi alla popolazione civile o danni a beni civili ai sensi dell'art. 8.2.b.iv), nonché il crimine contro l'umanità di cui all'art. 7.1.k) dello Statuto di Roma, che rende punibili «altri atti inumani di analogo carattere diretti a provocare intenzionalmente grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute fisica o mentale»<sup>2</sup>.

Va precisato che l'Ucraina non è uno Stato Parte dello Statuto della Corte penale internazionale e che la competenza retroattiva della Corte sui crimini internazionali commessi sul suo territorio a decorrere dal novembre 2013 - cioè ben prima dell'occupazione da parte delle truppe russe, iniziate il 24 febbraio 2022 - si fonda su due successive dichiarazioni, del 17 aprile 2014 e dell'8 settembre 2015, con le quali essa ne ha accettato la giurisdizione, ai sensi di quanto previsto dall'art.12.3 dello Statuto di Roma<sup>3</sup>. L'accettazione della giurisdizione *ad hoc* della CPI ha, quindi, determinato la presa in carico e l'esame preliminare, da parte dell'Ufficio del Procuratore, dei fatti occorsi sul suo territorio già a partire dal 2013 nel contesto dei violenti disordini di Maidan, dell'occupazione russa della Crimea e della zona orientale dell'Ucraina<sup>4</sup>; all'esito di tale esame, alla fine del 2020, il Procuratore in carica ha individuato tre ampi *clusters* di vittimizzazione: (i) crimini commessi nel contesto di condotte di ostilità; (ii) crimini commessi durante detenzione; e (iii) crimini commessi in Crimea, sulla base dei quali ha ritenuto sussistenti tutti gli elementi necessari a richiedere l'autorizzazione alla Camera Preliminare per l'avvio di

---

<sup>2</sup> ICC-01/22 in [www.icc-cpi.int/situations/ukraine](https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine)

<sup>3</sup>Le due dichiarazioni sono reperibili in <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>. Il 25 ottobre del 2024 l'Ucraina ha poi depositato gli strumenti di ratifica del Trattato di Roma, in vigore dal 1° gennaio 2025.

<sup>4</sup> ICC-OTP-20140425-PR999, *The Prosecutor of the International Criminal Court, Fatou Bensouda, opens a preliminary examination in Ukraine*, 25 aprile 2014; ICC-OTP-20150929-PR1156, *ICC Prosecutor extends preliminary examination of the situation in Ukraine following second article 12(3) declaration*, 29 settembre 2015, in [www.icc-cpi.int](https://www.icc-cpi.int).

indagini<sup>5</sup>. Con l'offensiva militare del 24 febbraio 2022 e l'ulteriore invasione del territorio ucraino da parte delle Forze Armate della Federazione russa il nuovo Procuratore della CPI, tenuto conto dei risultati del lavoro preliminare già svolto dal medesimo Ufficio e della preoccupante *escalation* del conflitto russo-ucraino, ha ritenuto opportuno riprendere ed estendere le investigazioni già avviate; a tal scopo, il 28 febbraio 2022 ha emanato un comunicato di invito agli Stati Parte a presentare richiesta di attivazione della CPI (*ex art. 14* dello Statuto) e ad offrire, unitamente a tutta la comunità internazionale, supporto mediante contributi volontari per un *budget* addizionale e la gratuita messa a disposizione di personale, facendo leva sull'«importanza e l'urgenza della nostra missione», ritenuta «troppo seria per rimanere ostaggio di mancanza di mezzi»<sup>6</sup>. A distanza di appena due giorni, l'Ufficio del Procuratore ha ricevuto ben 39 richieste<sup>7</sup> - divenute poi 43 nei giorni successivi - da altrettanti Stati Parte dello Statuto di Roma di attivarsi *ex art 13 a) e 14.1* dello Statuto, per accertare l'eventuale commissione di crimini di competenza della Corte penale internazionale sul territorio ucraino, da chiunque commessi, a decorrere dal 21 novembre 2013<sup>8</sup>. A distanza di un anno esatto, l'Ufficio del procuratore ha poi emesso, in data 22 febbraio 2023, la richiesta in base alla quale la *Pre-Trial Chamber II* della CPI il 17 marzo 2023 ha comunicato i mandati di arresto nei confronti del Presidente della Federazione russa, Vladimir Putin, e della Commissaria per i diritti dei minori presso l'Ufficio della Presidenza della Federazione russa, Maria Alekseyevna Lvova Belova, cui hanno fatto seguito gli altri citati provvedimenti di marzo e giugno 2024.

2. L'iniziativa assunta dal Procuratore della CPI in concomitanza con l'aggravarsi dell'offensiva russa sul territorio ucraino ha riportato al centro dell'attenzione della comunità internazionale il tema della giustizia penale internazionale, con evidenti ricadute anche sul piano nazionale; nel nostro Paese, in particolare, essa ha avuto l'effetto di riportare all'ordine del giorno la questione del mancato adeguamento interno alle norme incriminatrici dello Statuto di Roma, istitutivo della Corte penale internazionale. Al forte impatto della gravissima crisi internazionale conseguente all'*escalation* del conflitto russo-ucraino, infatti, è riconducibile l'iniziativa di costituire presso il Gabinetto della Ministra della Giustizia del tempo una Commissione<sup>9</sup>, composta di esperti della materia, con l'incarico di elaborare un Progetto di Codice dei crimini internazionali<sup>10</sup>.

---

<sup>5</sup> V. *Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the conclusion of the preliminary examination in the situation in Ukraine*, 11 dicembre 2020 in [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int); le condotte considerate rilevanti ai fini della competenza *ratione materiae* della ICC sono ampiamente riportate in ICC, *Report on Preliminary Examination Activities*, 14 dicembre 2020, in [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int), par. 278 ss., 69 ss.

<sup>6</sup><https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening>, 28 febbraio 2022.

<sup>7</sup><https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states>, 2 marzo 2022.

<sup>8</sup> <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2022-04/State-Party-Referral.pdf>

<sup>9</sup> MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, D.M. 22 marzo 2022, *Commissione per l'elaborazione di un Progetto di Codice dei Crimini internazionali*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it); COMMISSIONE PALAZZO POCAR - CRIMINI INTERNAZIONALI, *Relazione*, 20 giugno 2022, e *Articolato*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)

<sup>10</sup> In argomento, cfr. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, in *J. Int. Crim. Justice*, 2022, (20), 4, 1027 ss.; ID., *“Una sola moltitudine”: le atrocità della guerra in Ucraina, la giustizia penale internazionale, la Commissione “Palazzo – Pocar” per un Codice dei Crimini Internazionali*, in *Iceonline*, 2022, 2,

L'iniziativa, che rappresenta un'importante novità ed un punto di svolta nel panorama della perdurante inerzia del legislatore italiano in rapporto agli impegni assunti per l'implementazione di un sistema di giustizia penale internazionale, non ha tuttavia mancato di suscitare perplessità, in particolare per le ragioni di urgenza poste alla base del provvedimento, palesate dal brevissimo periodo di tempo concesso ai compilatori per la consegna del Progetto<sup>11</sup>; ma, ancora di più, forti critiche e perplessità ha suscitato la successiva approvazione da parte del Consiglio dei Ministri del d.d.l. del 16 marzo 2023 e con la quale il Governo, in maniera del tutto inaspettata, ha stralciato dal Progetto di Codice elaborato e presentato dalla Commissione la parte relativa alle norme in tema di genocidio e crimini contro l'Umanità<sup>12</sup>.

Lo Statuto di Roma, com'è noto, non prevede un obbligo espresso per gli Stati firmatari di adeguare gli ordinamenti interni mediante l'introduzione di norme penali corrispondenti alle fattispecie incriminatrici in esso previste<sup>13</sup>. Nel Preambolo dello Statuto, infatti, si trova affermata soltanto la necessità di assicurare un'adeguata punizione dei responsabili dei crimini internazionali<sup>14</sup>; per raggiungere tale scopo, gli Stati Parte possono scegliere di cooperare con la Corte (art. 86)<sup>15</sup>, con il solo obbligo di predisporre le norme e le procedure all'uopo necessarie (art. 88)<sup>16</sup> e di estendere l'ambito nazionale di applicazione dei delitti contro l'amministrazione della giustizia a tutela dell'operato della Corte (art.70 co. 4)<sup>17</sup>.

In sostanza, nel modello delineato dallo Statuto di Roma, l'applicazione in concreto delle norme penali statutarie è resa possibile o mediante l'esecuzione diretta da parte della CPI (*direct enforcement model*) o mediante l'esecuzione indiretta, per il tramite degli organi giurisdizionali degli Stati-parte (*indirect enforcement model*); nell'attuare il modello ad esecuzione indiretta, poi, gli Stati-parte possono scegliere di emanare un'apposita normativa di adeguamento dell'ordinamento interno alle disposizioni statutarie oppure lasciare che queste ultime trovino

---

21 ss.; S. MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, in *Quad. cost.*, XLII, 2022, 4, 779 ss.

<sup>11</sup> MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, D.M. 22 marzo 2022, *Commissione per l'elaborazione di un Progetto di Codice dei Crimini internazionali*, art.8: «la predisposizione della proposta dovrà essere ultimata entro il 30 maggio 2022». Sulle ragioni di urgenza, v. A. CRUCIANI, *Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarità e ne bis in idem nello Statuto della CPI*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)

<sup>12</sup> [https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Cdm\\_25\\_1.pdf](https://www.governo.it/sites/governo.it/files/Cdm_25_1.pdf), 5 s. Sul punto, M. CRIPPA, *L'approvazione di un codice dei crimini internazionale "dimezzato". Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, in *Quest. giust.*, 21 marzo 2023, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 1 ss.; A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 1, 92 ss.

<sup>13</sup> Sul punto, H. SATZGER, *Das neue Völkerstrafgesetzbuch. Eine kritische Würdigung*, in *NStZ*, 2002, p. 125; WERLE, *Diritto dei crimini internazionali* (2007), trad.it. a cura di DI MARTINO, Bologna, 2009, p. 33 ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht*, München 2006, 111.

<sup>14</sup> ICC Statute, Preamble, par. 4: «*The State Parties to this Statute: «(...) Affirming that the most serious crimes of concern to the international community as a whole must not go unpunished and that their effective prosecution must be ensured by taking measures at the national level and by enhancing international cooperation».*

<sup>15</sup> ICC Statute, art. 86, *General obligation to cooperate*: «*States parties shall, in accordance with the provisions of this Statute, cooperate fully with the Court in its investigation and prosecution of crimes within the jurisdiction of the Court».*

<sup>16</sup> ICC Statute, art. 88, *Availability of procedures under international law*: «*States Parties shall ensure that there are procedures available under their national law for all the forms of cooperation which are specified under this Part».*

<sup>17</sup> ICC Statute, art. 70.4 (a), *Offences against the administration of justice*: «*Each State Party shall extend its criminal laws penalizing offences against the integrity of its investigative or judicial process to offences against the administration of justice referred to in this article, committed on its territory, or by one of its nationals».*

applicazione diretta nell'ordinamento<sup>18</sup>. La scelta per l'adeguamento interno, quindi, può compiersi sia mediante la ratifica e il rinvio alle norme dello Statuto (*Verweisungsmodell*), che mediante l'emanazione di una apposita legge di recepimento e adeguamento (*Kodifikationsmodell*)<sup>19</sup> la quale, a sua volta, può prevedere modifiche ed integrazioni delle norme già in vigore nell'ordinamento interno, oppure un intervento organico di innovazione<sup>20</sup>. Al riguardo, va detto che buona parte degli Stati firmatari dei sistemi di *civil law*, tra cui ad oggi non figura l'Italia, ha optato per il *Kodifikationsmodell*, mediante l'emanazione di un'apposita normativa di recepimento<sup>21</sup>.

Il nostro Paese ha scelto la via dell'adeguamento minimale e, dopo l'emanazione della legge di ratifica dello Statuto di Roma nel 1999<sup>22</sup>, neppure a breve distanza da essa, ha emanato solo disposizioni in materia di cooperazione e di adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi assunti<sup>23</sup>, ma non un testo di adeguamento alle previsioni di diritto penale sostanziale finalizzato al recepimento delle fattispecie penali incriminatrici di competenza della CPI.

Seppure non previsto come obbligo, pertanto, l'adeguamento degli ordinamenti nazionali attraverso l'adozione di un testo di legge organico che recepisca le norme di diritto penale sostanziale è considerato dai più come una naturale conseguenza dell'entrata in vigore dello Statuto di Roma, non solo perché funzionale ad una migliore implementazione, sul piano nazionale, delle norme statutarie<sup>24</sup>, ma anche in quanto necessario ad assicurare un intervento punitivo conforme agli *standard* di garanzia raggiunti negli ordinamenti interni, con particolare riguardo alle garanzie connesse col principio di legalità penale<sup>25</sup>. Come è stato opportunamente rilevato, infatti, lo Statuto di Roma, quale esito di un complesso lavoro diplomatico, presenta norme che esprimono soluzioni

---

<sup>18</sup> Per G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 95 ss., 99 si è inteso realizzare, in tal modo, un modello di ripartizione delle competenze tra giurisdizione nazionale ed internazionale di nuovo conio, attraverso il quale, da un lato, si intendere garantire la sovranità nazionale e, dall'altro, si «conferisce alla Corte un potere di sorveglianza e controllo suscettibile d'introdursi *de iure* in modo pervasivo nel cuore della potestà punitiva statale».

<sup>19</sup> Così, K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., 111 s.

<sup>20</sup> Sulle ragioni dell'opportunità di una vera e propria codificazione e del recepimento dello Statuto di Roma mediante una legge *ad hoc*, C. KREB, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafrechtsbuchs*, Baden-Baden 2000, 18 ss.

<sup>21</sup> Sul punto, K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., 112.

<sup>22</sup> L. 12 luglio 1999, n. 232, «*Ratifica ed esecuzione dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale*», in *Gazz. Uff.*, 19 luglio 1999, n.167.

<sup>23</sup> L. 20 dicembre 2012, n. 237, «*Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale internazionale*», in *Gazz. Uff.*, 8 gennaio 2013, n. 6; D.M. 3 marzo 2020 n. 61, *Regolamento recante la determinazione delle modalità di destinazione alla Corte penale internazionale di somme, beni e utilità confiscati*, in *Gazz. Uff.*, 20 giugno 2020, n.155. In argomento, M. MIRAGLIA, *La cooperazione con la Corte penale internazionale e l'ordinamento italiano*, in V. FANCHIOTTI, M. MIRAGLIA, J.P. PIERINI, *La Corte penale internazionale. Profili sostanziali e processuali*, a cura di FANCHIOTTI V., Torino 2014, 177 ss.; sul tema, cfr. anche i contributi AA.VV., *La Corte Penale Internazionale. Organi-Competenza-Reati-Processo*, a cura di LATTANZI G., MONETTI V., Milano 2006, 1377 ss.

<sup>24</sup> Così, K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., 111.

<sup>25</sup> Così, H. SATZGER, *Das neue Völkerstrafgesetzbuch*, cit., 127. Sul principio di legalità nello Statuto della CPI la letteratura è ampia. Si vedano, in particolare, M. CAIANIELLO, E. FRONZA, *Il principio di legalità nello Statuto della Corte penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2002, 307 ss.; M. CATENACCI, «*Legalità*» e «*tipicità del reato*» nello Statuto della Corte penale internazionale, Milano 2003, 41 ss.; A. ESPOSITO, *Il principio di legalità*, in AA.VV., *La Corte Penale Internazionale. Organi-Competenza-Reati-Processo*, cit., 219 ss.; S. MOCCIA, *Lo Statuto della Corte penale internazionale: i profili della legalità*, in AA.VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. DOLCINI, C.E. PALIERO, Milano 2006, 487 ss.; L. PICOTTI, *I diritti fondamentali come oggetto e limite del diritto penale internazionale*, in *Ind. pen.*, 2003, 266 ss. In argomento, sia consentito anche il rinvio a S. D'AMATO, *Profili di legalità e di legittimità del diritto internazionale penale. Le fattispecie incriminatrici dello Statuto di Roma e il problema dell'adeguamento interno*, Napoli 2013, 213 ss.

di compromesso tra istituti di tradizioni e culture giuridiche anche molto differenti tra loro, che non sempre sono il risultato e l'espressione della migliore tecnica di legislazione penale; quindi, il loro recepimento si potrebbe presentare problematico ogni qual volta comporti sul piano nazionale un abbassamento del livello delle garanzie e contrasti o incongruenze sistematiche<sup>26</sup>. Recepire *in toto* e tal quali le disposizioni incriminatrici dello Statuto di Roma, nella loro formulazione testuale, in sostanza, rischia di determinare l'inserimento nell'ordinamento interno di fattispecie dal contenuto eccessivamente ampio e generico, tali da porsi in contrasto con tradizionali e fondamentali principi di garanzia penale<sup>27</sup>.

Per questa ragione, seppure nessun obbligo di recepimento sia previsto nello Statuto, si presenta piuttosto consolidato nei Paesi di *civil law* l'orientamento secondo cui un intervento legislativo *ad hoc* appare il mezzo migliore per assicurare unità e coerenza e, quindi efficienza, al sistema, evitando il rischio di introdurre «soluzioni eccentriche» che possono rappresentare un arretramento, non solo nel senso del recepimento di norme di parte speciale dal contenuto vago ed indeterminato - per evitare il quale occorre ridurre al minimo le carenze nella formulazione delle fattispecie incriminatrici, tanto sul piano della descrizione delle condotte incriminate che della determinazione del trattamento sanzionatorio - ma anche in ordine alle consolidate garanzie di cui agli istituti di parte generale<sup>28</sup>.

In particolare, è al carattere di complementarità della giurisdizione della CPI, in virtù del quale essa interviene solo quando lo Stato “non può” o “non vuole” perseguire i crimini per cui è competente<sup>29</sup>, che la dottrina attribuisce un ruolo essenziale nella scelta di emanare un'apposita normativa di recepimento, quale modalità per attribuire effettiva operatività alle norme incriminatrici dello Statuto di Roma<sup>30</sup>, ricavando da esso validi argomenti a sostegno di una

---

<sup>26</sup> H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 3 Ed., Baden Baden 2009, p. 310 ss., 312 evidenzia come il principio di legalità *ex art. 103 II Cost.* tedesca rischi di incidere sul principio di complementarità, ogni qual volta il recepimento delle fattispecie incriminatrici avvenga sul piano interno con formulazioni più restrittive rispetto a quelle contenute nelle corrispondenti disposizioni statutarie, in quanto dalla restrizione del campo di rilevanza penale in sede di adeguamento possono derivare "vuoti di tutela" sul piano nazionale, tali da riattivare la competenza della Corte, cioè proprio uno degli effetti che l'emanazione di un'apposita normativa di recepimento mira ad evitare. Tuttavia, osserva l'A., tale rischio è da considerare del tutto residuale e di non particolare rilievo, in quanto non riguarderebbe le condotte più gravi, determinando al più l'impunità di condotte marginali; ciò sarebbe da considerare come un 'prezzo' accettabile, a fronte dei considerevoli vantaggi in termini di certezza del diritto e di innalzamento del livello delle garanzie derivanti dal recepimento.

<sup>27</sup>S. MOCCIA, *Lo Statuto della Corte penale internazionale: i profili della legalità*, cit., 501 ss.; H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 315 s. ribadisce che il principio costituzionale di *Völkerrechtsfreundlichkeit*, in virtù del quale il legislatore nazionale deve assicurare l'adeguamento dell'ordinamento nazionale a quello internazionale, per quanto dotato di rango equivalente a quello del principio di legalità, non può prevalere su di esso.

<sup>28</sup> Sul punto, S. MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, cit., 787 ss. e 790, per il quale «il criterio della coerenza sistematica assurge a canone metodologico centrale nella riforma».

<sup>29</sup> V. ICC Statute, Preamble, par.10, art. 1 “The Court” e art.17 “Issues of admissibility”. In argomento, per tutti, v. G. LATTANZI, *La complementarità*, in AA.VV., *La Corte penale internazionale*, cit., 179 ss.; E. FRONZA, *Complementarità, esercizio della giurisdizione e adeguamento a livello interno*, in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, IV Ed., Torino 2020, 27 ss.

<sup>30</sup>C. KREB, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafrechtsbuchs*, cit., 7; K. AMBOS, *Internationales Strafrecht*, cit., 111. Questa è la posizione sostenuta anche dalla COMMISSIONE PALAZZO POCAR - CRIMINI INTERNAZIONALI, *Relazione*, 20 giugno 2022, cit., 2: «Se un obbligo diretto di adottare una legislazione nazionale in questo senso non è espresso nello Statuto di Roma, tale obbligo si ricava indirettamente ma chiaramente dall'articolo 17 dello Statuto in cui si enuncia il cosiddetto “principio di complementarità” della giurisdizione della Corte penale internazionale

valutazione in termini di necessità o, quanto meno, di opportunità di un intervento legislativo organico e coerente che contenga il nucleo delle fattispecie incriminatrici corrispondenti ai crimini di competenza della CPI<sup>31</sup>.

Se, infatti, da un certo punto di vista, l'inerzia del legislatore nazionale potrebbe anche essere interpretata nel senso di voler riconoscere alla CPI, in forza di tale principio, un ruolo prioritario e privilegiato rispetto al sistema nazionale, è tuttavia evidente che questa scelta di campo risulta pregiudizievole ad una effettiva e concreta implementazione di un sistema giurisdizionale che è sì costituito in modo permanente, ma risulta ancora oggi tutt'altro che consolidato<sup>32</sup> e che, principalmente per tale ragione, rimane esposto a critiche che ne investono la sua stessa legittimazione<sup>33</sup>. Si tratta di osservazioni che trovano pieno riscontro proprio nei recenti avvenimenti e nella esigenza degli organi della CPI di fare appello alla comunità internazionale e ai singoli ordinamenti nazionali, per richiedere sostegno finanche economico e collaborazione sul piano nazionale nello svolgimento delle indagini e nel perseguimento delle condotte di crimini internazionali.

Se questo è il contesto, l'iniziativa governativa di incaricare una Commissione di esperti per l'elaborazione di un Progetto di Codice di crimini internazionali deve certamente considerarsi un importante passo in avanti, rispetto all'inerzia del legislatore nell'arco temporale dal 1998 ad oggi. Tuttavia, l'attenzione al tema, determinata più dalla forte carica emozionale conseguente alla gravissima crisi internazionale e dal consenso politico del momento che non dal serio intento di intraprendere un'azione diretta ad assicurare l'adempimento degli obblighi internazionali per la implementazione di un sistema di tutela di fondamentali diritti umani, lascia intravedere il rischio di scelte irrazionali, fortemente condizionate da ragioni di urgenza ed esigenze di *Realpolitik*, e di nuove, prevedibili battute d'arresto.

---

rispetto a quella nazionale degli Stati contraenti. Secondo questo principio la Corte non ha infatti giurisdizione quando un crimine internazionale è o è stato oggetto di un procedimento penale davanti alle autorità giudiziarie dello Stato che può esercitare la giurisdizione rispetto a tale crimine, salvo che la mancanza di un procedimento penale nazionale dipenda dall'assenza di volontà o dalla effettiva incapacità dello Stato di investigare e di procedere penalmente. Questo sarebbe appunto il caso in cui uno Stato non avesse introdotto i crimini previsti dallo Statuto nella propria legislazione penale nazionale. In assenza di una legislazione con questo contenuto l'Italia sarebbe quindi esposta a un giudizio della Corte dichiarativo dell'assenza di volontà o di incapacità di perseguire crimini internazionali, che non può corrispondere alle intenzioni di un Paese che ha ospitato nella sua capitale e presieduto con un suo autorevole giurista, il professor Giovanni Conso, la conferenza che ha adottato lo Statuto della Corte e che è stato fra i primi paesi a ratificarlo».

<sup>31</sup> Per una chiara esposizione dei quali, cfr. S. MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, cit., p. 784 ss.; A. VALLINI, *Il codice a pezzi. Ascesa e caduta della proposta di una legge organica sui crimini internazionali*, cit., p. 95 ss.; per una posizione in senso contrario, A. CRUCIANI, *Il progetto per un codice di crimini internazionali alla lente dei principi di complementarietà e ne bis in idem nello Statuto della CPI*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it).

<sup>32</sup>G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 98 s. ha opportunamente rilevato che la CPI, anche per la limitatezza delle risorse a disposizione, può in concreto occuparsi solo di una parte dei crimini commessi, limitandosi alle ipotesi di maggiore rilevanza e gravità, rispetto alle quali manchi del tutto una seria possibilità di intervento della giustizia nazionale. Da ciò, l'opportunità di implementare gli strumenti per un efficace intervento della giurisdizione nazionale, richiamando ciascuno Stato firmatario al dovere di esercizio diretto dell'azione penale nei confronti dei responsabili di gravi crimini internazionali, in modo che in capo alla CPI residui un potere di impulso e di controllo.

<sup>33</sup> Sul tema del fondamento giuridico e della legittimazione di un sistema di giustizia penale internazionale permanente, sia consentito il rinvio a S. D'AMATO, *Profili di legalità e di legittimità del diritto internazionale penale*, cit., 213 ss.

3. Tra i crimini internazionali che, ai sensi dell'art. 5 dello Statuto, rientrano nella competenza *ratione materiae* della Corte penale internazionale, i crimini di guerra sono certamente quelli di più antica origine, per la loro diretta derivazione dalla distinzione tra *ius ad bellum* e *ius in bello*<sup>34</sup>. L'intero *corpus* normativo del diritto internazionale umanitario, infatti, trae origine dall'evoluzione e dalla specificazione dei contenuti del *ius in bello*, quale forma di regolazione giuridica delle modalità di condotta in guerra, in funzione di contenimento delle violenze e dei danni morali e materiali, sia nei confronti di soldati e combattenti, che delle popolazioni civili<sup>35</sup>; i crimini di guerra, cioè, derivano dalla necessità di contenere la violenza e preservare, per quanto possibile anche nel contesto di un conflitto armato, l'umanità delle relazioni tra i soggetti<sup>36</sup>.

L'evoluzione delle modalità dei conflitti, inoltre, ha reso sempre più pressante la necessità di assicurare forme di tutela alle popolazioni civili: emersa con forza durante la prima guerra mondiale per l'impiego di mezzi bellici tecnicamente sofisticati e idonei ad infliggere enormi sofferenze, tale esigenza è divenuta prioritaria per il crescente coinvolgimento nei contesti bellici delle fasce più deboli della popolazione civile. I dati relativi alle vittime dei conflitti armati, infatti, rivelano che fino all'inizio del XX secolo la quasi totalità di esse erano militari, ma già durante la seconda guerra mondiale i civili sono divenuti oltre la metà delle vittime, mentre dalla fine del secolo in poi si è registrata una tendenziale inversione del rapporto, fino al punto che in taluni conflitti armati oltre il 90% delle vittime è attualmente costituito da civili<sup>37</sup>.

Lo stato di guerra, in sostanza, legittimando l'uso della violenza e rendendo legittime condotte solitamente vietate, anche gravemente lesive di beni personali, fino a porre sostanzialmente nel nulla anche il generale divieto di uccidere<sup>38</sup>, pone il problema di determinare quali siano le condotte commesse nel rispetto delle regole del "diritto umanitario internazionale" ed il limite oltre il quale si deve ritenere che esse violino il "diritto di guerra"<sup>39</sup>: fondamentali ed irrinunciabili esigenze di garanzia impongono, cioè, che anche le fattispecie incriminatrici dei crimini di guerra indichino con sufficiente precisione gli elementi in presenza dei quali tali condotte tornano ad essere considerate punibili.

---

<sup>34</sup> Sulle origini della distinzione tra *ius in bello* e *ius ad bellum*, a partire dalla distinzione tra guerra offensiva e difensiva, cfr. AA.VV., *Seminari di storia e di diritto*, III, «Guerra giusta? La metamorfosi di un concetto antico», Milano 2003, 31 ss. Fondamentale, nell'evoluzione del pensiero sulla guerra giusta, il tentativo di individuare criteri razionali e secolarizzati di legittimazione e, quindi, di limitazione della guerra, compiuto da U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace. Prolegomeni e Libro primo*, tr.it. (a cura di) FASSÒ, Milano 2010, 77 ss.

<sup>35</sup> L'idea di una tutela penale della pace e dell'ordine internazionale e di una responsabilità individuale per gravi crimini di guerra trova origine già nel diritto dei popoli antichi. Sul punto, BASSIOUNI, *Il diritto penale internazionale: contenuto e scopo nel suo sviluppo storico*, in *Giust. pen.*, 1979, I, 58 ss. ID., *An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law*, in *Revue internationale de droit pénal*, 1974, 2-3, 405 ss. e la dettagliata e documentata ricostruzione storica in H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht. Eine Studie zu den Nürnberger Prozessen*, Bonn 1952, 19 ss.

<sup>36</sup> H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 297, osserva come derivi da tale scopo la denominazione di "diritto internazionale umanitario".

<sup>37</sup> Sul punto, cfr. i dati riportati in AA.VV., *Vittime civili e inciviltà delle guerre*, Atti del Convegno, 8 aprile 2024, in *Iriad Review*, Roma 2024, 7-8, 48 e AA.VV., *I conflitti dimenticati*, Milano 2003, 25. Per un'analisi degli elementi di distinzione tra "vecchie" e "nuove guerre" nel contesto della globalizzazione, M. KALDOR, *Le nuove guerre. La violenza organizzata nell'età globale*, Roma 1999, 12 ss., 25 ss., 83 ss.

<sup>38</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali* cit., 373.

<sup>39</sup> MAZZI, *Leggi e usi di guerra*, (reati contro), in *Enc. giur.*, XVIII, Roma, 1990, 1.

In tal senso, uno dei problemi principali, in sede di adeguamento, riguarda proprio l'individuazione delle fonti del diritto applicabile ed il rinvio a fonti internazionali, anche di natura consuetudinaria<sup>40</sup>, che in sede di recepimento nell'ordinamento interno si traduce nella difficoltà - dinanzi alla pluralità delle fonti di diritto nazionale ed internazionale e alla necessità di coordinamento delle stesse - di rinunciare ad un generico rinvio alle norme del diritto internazionale nella descrizione di talune condotte punibili. Ciò si riscontra anche in diverse norme del "Progetto di codice di crimini internazionali" (artt. 27, 28, 31, 40, 56) che, ad esempio, all'art. 56 descrive la condotta di «Impiego di mezzi di combattimento vietati» attraverso il rinvio al "diritto internazionale consuetudinario"<sup>41</sup>.

Crimini di guerra, infatti, sono tradizionalmente definite le gravi violazioni delle norme consuetudinarie e convenzionali del "diritto internazionale umanitario", commesse da militari o civili di una parte belligerante nei confronti di militari, civili, persone e cose "protette", della parte avversa o neutrali<sup>42</sup>; viceversa, non si ritiene configurino crimini di guerra rilevanti come crimini di diritto internazionale, le condotte commesse da militari o civili nei confronti di appartenenti alle proprie forze armate, le quali possono al più assumere rilievo nell'ambito del diritto penale militare interno<sup>43</sup>. Inoltre, ad assumere rilevanza non sono tutte le violazioni del diritto internazionale umanitario, ma solo le condotte che integrano gravi violazioni (*grave breaches*)<sup>44</sup>; da ciò la dottrina deriva il carattere 'accessorio' dei crimini di guerra<sup>45</sup>.

Nell'ambito del diritto internazionale umanitario si suole distinguere, inoltre, tra "diritto dell'Aja" e "diritto di Ginevra". Il diritto dell'Aja è nato principalmente per assicurare la tutela di soldati e combattenti, in particolare attraverso il divieto di armi e metodi di combattimento

---

<sup>40</sup> BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale. Un quadro teorico*, Milano 1999, 1 ss.; FRONZA, *Le fonti*, in AA.VV., *Introduzione al diritto penale internazionale*, cit., 57 ss.; sul principio di legalità e le posizioni della dottrina in ordine all'ammissibilità di fonti non legislative nel diritto internazionale penale, cfr. GLASER, *Die Gesetzlichkeit im Völkerstrafrecht*, in *ZStW*, 1964, 514 ss.; TRIFFTERER, *Dogmatische Untersuchungen zur Entwicklung des materiellen Strafrechts seit Nürnberg*, Freiburg 1966, 124 ss. e 131 ss. In argomento, M. CATENACCI, "Legalità" e "tipicità del reato" nello Statuto della Corte penale internazionale, cit., 41 ss.; ID., *Il principio di legalità ed il sistema delle fonti nello Statuto della Corte penale internazionale*, in AA.VV., *Diritto penale internazionale*, II, *Studi*, a cura di E. MEZZETTI, Torino 2010, 8 ss.; MANTOVANI, *Sui principi generali del diritto internazionale penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 41 ss. Per una critica al *nullum crimen sine lege* inteso come *nullum crimen sine iure* e all'ammissibilità della consuetudine quale fonte di diritto internazionale penale, sia consentito il rinvio a S. D'AMATO, *Profili di legalità e di legittimità del diritto internazionale penale*, cit., 218 ss.

<sup>41</sup> COMMISSIONE PALAZZO POCAR - CRIMINI INTERNAZIONALI, *Articolato*, Art. 56: «Chiunque impiega mezzi di combattimento proibiti dal diritto internazionale consuetudinario o dalle convenzioni internazionali o che colpiscono per loro natura in modo indiscriminato o che possono causare mali superflui o sofferenze inutili è punito con la reclusione da dieci a ventiquattro anni».

<sup>42</sup> D. BRUNELLI, *Reati contro le leggi e gli usi di guerra*, V Ed., Milano 2007, 1252 ss.; A. CASSESE, *International criminal law*, Oxford 2003, 47 s.; FRANCONI, *Crimini internazionali*, in *Dig. disc. pen.*, III, Torino, 1989, 231; MANCINI, *I crimini di guerra*, in AA.VV., *Diritto penale internazionale*, II, *Studi*, cit., 389 ss.; FENRICK, *Article 8. Introduction/General Remarks*, in O. TRIFFTERER (a cura di), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, Baden-Baden 1999, 180; RONZITTI, *Crimini internazionali*, in *Enc. giur.*, X, Roma, 1988, 3 s.; SOCINI, *Crimini e criminali di guerra*, in *Nss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 6; SPERDUTI, *Crimini internazionali*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, 343; WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 372 ss.

<sup>43</sup> A. CASSESE, *International criminal law*, cit., 48. Sui reati militari nell'ordinamento giuridico italiano, cfr. RIVELLO, *Manuale del diritto e della procedura penale militare. Ordinamento giudiziario militare*, Torino, 2021, p. 161 ss.; NOTARO, *Lineamenti di diritto penale militare*, Torino 2020, 149 ss.; BRUNELLI, MAZZI, *Diritto penale militare*, IV Ed., Milano 2007, 183 ss.

<sup>44</sup> A. CASSESE, *International criminal law*, cit., 51; G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 388.

<sup>45</sup> H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 297; G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 387.

particolarmente crudeli o dannosi, come l'uso di gas e veleni e di particolari munizioni o armi, ed è contenuto nelle originarie Convenzioni internazionali del 1899 e del 1907 (Regole dell'Aja), cui si sono aggiunti nel tempo altri strumenti convenzionali contenenti il divieto di specifici metodi e mezzi di guerra, tra cui va menzionata la Convenzione per il divieto delle mine anti-uomo<sup>46</sup>. Il diritto di Ginevra, viceversa, trova origine nella necessità di assicurare la tutela dei soggetti *hors de combat* ed estranei alle ostilità e sono rivolte, in particolare, alla tutela di: 1) feriti, malati, personale religioso e medico in campo (I.CG); 2) feriti, malati, naufraghi, personale civile e religioso in mare aperto, (II.CG); 3) prigionieri di guerra (III.CG) e popolazione civile in tempo di guerra (IV.CG)<sup>47</sup>.

Il processo di decolonizzazione e i conflitti cd. non simmetrici che ne sono derivati hanno determinato l'adozione, nel 1977, di due protocolli addizionali per la protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali e non internazionali<sup>48</sup>, cui si aggiungono altri fondamentali documenti, tra cui il II Protocollo relativo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, approvato a L'Aja il 26 marzo 1999<sup>49</sup> e il III Protocollo addizionale relativo all'uso di segni distintivi da parte delle organizzazioni internazionali umanitarie, adottato a Ginevra l'8 dicembre 2005.

Nelle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, gli Stati firmatari assumono espressamente l'obbligo di: 1) recepire negli ordinamenti nazionali le relative disposizioni<sup>50</sup>; 2) attribuire rilevanza penale alle gravi violazioni (*grave breaches*) del diritto internazionale umanitario e 3) in base al principio di universalità, garantire il procedimento penale in ambito nazionale, oppure assicurare la consegna dei responsabili agli Stati richiedenti (*aut dedere aut iudicare*)<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> L. 26 marzo 1999, n.106, *Ratifica ed esecuzione della convenzione sul divieto d'impiego, di stoccaggio, di produzione e di trasferimento delle mine antipersona e sulla loro distruzione, firmata ad Ottawa il 3 dicembre 1997. Modifiche alla legge 29 ottobre 1997, n. 374, riguardante la disciplina della messa al bando delle mine antipersona* in *Gazz.Uff.*, 23 aprile 1999, n. 94 S.O. n.80. Sullo sviluppo del diritto dell'Aja, cfr. G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 378 ss.

<sup>47</sup> Di tale complesso normativo facevano parte, in origine, la Convenzione di Ginevra per il miglioramento delle condizioni dei militari feriti in guerra (1864), la Convenzione per il miglioramento della sorte dei feriti e malati negli eserciti di campagna (1906) e la Convenzione per il trattamento dei prigionieri di guerra (1929), poi abrogate e sostituite dalle quattro Convenzioni approvate a Ginevra il 12.8.1949: I Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti e dei malati delle Forze Armate di campagna (I.CG); II Convenzione per il miglioramento delle condizioni dei feriti, dei malati e dei naufraghi delle Forze armate sul mare (II. CG); III Convenzione sul trattamento dei prigionieri di guerra (IIICG); IV Convenzione sulla protezione delle persone civili in tempo di guerra (IVCG).

<sup>48</sup> Il I Protocollo addizionale relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati internazionali e il II Protocollo addizionale relativo alla protezione delle vittime dei conflitti armati non internazionali sono stati adottati a Ginevra, l'8 giugno 1977.

<sup>49</sup> L. 16 aprile 2009, n. 45, *Ratifica ed esecuzione del II Protocollo relativo alla Convenzione dell'Aja del 1954 per la protezione dei beni culturali in caso di conflitto armato, fatto a L'Aja il 26 marzo 1999, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno*, in *Gazz. Uff.*, 8 maggio 2009 n.105.

<sup>50</sup> L'art. 49 co.1 I.CG, prevede: «Le Alte Parti contraenti si impegnano a prendere ogni misura legislativa necessaria per stabilire le sanzioni penali adeguate da applicarsi alle persone che abbiano commesso, o dato ordine di commettere, l'una o l'altra delle infrazioni gravi alla presente Convenzione precisate nell'articolo seguente». Identica previsione è contenuta nell'art. 50 co.1 II.CG, nell'art.129 co.1 III.CG e nell' art.146 co.1 IV.CG.

<sup>51</sup> L'art. 49 co.2 I.CG prevede che: «Ogni Parte contraente avrà l'obbligo di ricercare le persone imputate di aver commesso, o di aver dato l'ordine di commettere, l'una o l'altra di dette infrazioni gravi e dovrà, qualunque sia la loro nazionalità, deferirle ai propri tribunali. Essa potrà pure, se preferisce e secondo le norme previste dalla propria legislazione, consegnarle, per essere giudicate, ad un'altra Parte contraente interessata al procedimento, per quanto questa Parte contraente possa far valere contro dette persone prove sufficienti». Identica previsione è contenuta nell'art. 50 co.2 II.CG, nell'art.129 co.2 III.CG e nell'art.146 co.2 IV.CG. Sul principio *aut dedere aut iudicare*, cfr. BASSIOUNI, *Introduction to international criminal law*, Ardsley, NY, 2003, 334 ss.

Da tali strumenti convenzionali, inoltre, discendono alcuni principi fondamentali che guidano l'interpretazione e l'applicazione delle relative norme di divieto. Tra questi, rilievo fondamentale assumono "il principio di distinzione", in virtù del quale i combattenti in armi sono tenuti a distinguere tra obiettivi civili e militari<sup>52</sup>; ed il "principio di proporzione", in virtù del quale è necessario limitare al minimo i danni derivanti da operazioni che, pur dirette contro obiettivi militari legittimi, comportino effetti collaterali "sproporzionati" nei confronti di soggetti protetti<sup>53</sup>. L'intento è quello di configurare un obbligo di astenersi da azioni di guerra che provochino effetti collaterali 'sproporzionati', ovvero di affermare il principio per il quale una "necessità militare" va subordinata alla regola della proporzionalità rispetto al vantaggio militare diretto e concreto<sup>54</sup>, come nel caso di mezzi e tecniche belliche che producono sofferenze "non utili" rispetto all'obiettivo<sup>55</sup>.

Si tratta di strumenti che svolgono un ruolo determinante sia per la rilevanza penale attribuita alle "gravi violazioni" delle disposizioni in essi contenute, quale effetto della previsione di un obbligo di qualificazione penale di tali violazioni in sede di adeguamento degli ordinamenti interni; sia perché la previsione dell'obbligo di recepimento non impedisce di considerare ugualmente perseguibili sul piano nazionale anche condotte che non sono state espressamente previste come punibili negli ordinamenti interni, e che sono considerate tali direttamente in base a norme di diritto internazionale<sup>56</sup>. In seguito alla affermazione del principio della responsabilità penale personale per crimini di guerra, direttamente derivata da norme di diritto internazionale, si determina la necessità di una riconduzione agli *standard* minimi di garanzia penale sia in ordine alla sufficiente descrizione dei contenuti normativi, che in ordine al rinvio a fonti extrapenalistiche per la determinazione di elementi di fattispecie incriminatrici,<sup>57</sup>.

Lo Statuto di Roma disciplina i crimini di guerra all'art. 8, che, mediante una formulazione di taglio eccessivamente casistico, individua ben oltre cinquanta differenti tipologie di condotte, raggruppate in quattro categorie, a loro volta distinte in base alla natura internazionale o non internazionale del conflitto armato. Tali sono, appunto, 1) le gravi violazioni delle quattro

---

<sup>52</sup> Il principio di distinzione è sancito dal I Protocollo addizionale 1977, con la denominazione di Regola fondamentale, all'art. 48: «allo scopo di assicurare il rispetto e la protezione della popolazione civile e dei beni di carattere civile, le Parti in conflitto dovranno fare, in ogni momento, distinzione tra la popolazione civile e i combattenti, nonché tra i beni di carattere civile e gli obiettivi militari e, di conseguenza dirigere le operazioni solo contro obiettivi militari».

<sup>53</sup> Una espressa previsione normativa del principio di proporzione si rinviene nell'art. 8 co.2 b) (iv) *ICC Statute*.

<sup>54</sup>A. INTELISANO, *I crimini di guerra*, in *La Corte Penale Internazionale. Organi-Competenza-Reati-Processo*, cit., 779 ss.

<sup>55</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 381; MANCINI, *I crimini di guerra*, cit., 395 s.

<sup>56</sup> Alle disposizioni più importanti del diritto internazionale umanitario, infatti, viene riconosciuto il carattere di diritto consuetudinario, rilevante indipendentemente dall'impegno assunto con la firma dei Trattati dalle parti in conflitto. Sul punto, cfr. CASSESE, ACQUAVIVA, FAN, WHITING, *International criminal law: case and commentary*, New York, 2011, 117; S. CASSESE., *International criminal law*, cit., 51.

<sup>57</sup>A KELSEN, *Peace through law*, Chapel Hill 1944, 71 ss. si deve la prima compiuta elaborazione di un sistema basato sul superamento della «*act of State doctrine*», diretto ad affermare la responsabilità individuale per crimini di guerra ed «atti di Stato»; nella stessa direzione, GLASER, *La responsabilité de l'individu devant le droit international*, in *SchwZStr*, 1949, 302. Tale principio ha trovato per la prima volta attuazione presso un organo di giustizia internazionale solo dopo la seconda guerra mondiale, con l'istituzione dei Tribunali militari internazionali di Norimberga (*IMT*) e Tokio (*IMFTE*) e poi con la istituzione dei Tribunali *ad hoc* per la ex Jugoslavia (*ICTY*) e per il Ruanda (*ICTR*), la cui giurisprudenza ha svolto un ruolo determinante nell'affermare il principio dell'applicabilità del diritto umanitario internazionale anche ai conflitti interni. Sul punto, cfr. G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 390.

Convenzioni di Ginevra del 12.08.1949 «commesse contro persone o beni protetti»<sup>58</sup> (art. 8.2.a); 2) le altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili nei conflitti armati internazionali (art. 8.2.b); 3) le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra nei conflitti armati di carattere non internazionale, a tutela dei soggetti *hors de combat* (art. 8.2.c); 4) le altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili nei conflitti armati non di carattere internazionale (art.8.2.e). In sostanza, lo Statuto di Roma prevede e raggruppa le ampie quattro categorie di condotte costitutive di crimini di guerra in base ad un criterio sistematico di tipo meramente formale<sup>59</sup>, basato sulla fonte di diritto, sebbene integrato dal riferimento al criterio ‘sostanziale’ della distinzione tra carattere internazionale o non internazionale del conflitto armato<sup>60</sup>.

Ne deriva un quadro normativo piuttosto articolato e complesso che comprende una vasta gamma di disposizioni, spesso sovrapposte e duplicate, non facilmente riconducibili ad unità sotto il profilo del contenuto e della direzione lesiva dei comportamenti incriminati e che presenta numerosi elementi di indeterminatezza, incongruenze, inutili ripetizioni e sovrapposizioni tali da configurare condotte a “tipicità plurima”, cioè una pletora di norme dalla quale consegue la riconducibilità di uno stesso fatto a più ipotesi criminose<sup>61</sup>.

A ciò deve aggiungersi che non solo il criterio formale del richiamo alle fonti, ma anche il riferimento al criterio ‘sostanziale’ della distinzione delle condotte in base alla natura del conflitto è ritenuto inadeguato ed ormai superato dalla tendenza all’assimilazione tra conflitti internazionali ed interni, affermatasi unitamente all’esigenza di ampliare l’ambito di protezione delle popolazioni civili e dei soggetti *hors de combat*<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Il rinvio è da intendere all'art.50 I.CG: «le infrazioni gravi (...) sono quelle che implicano l’uno o l’altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: omicidio intenzionale, tortura o trattamenti inumani, compresi esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o di danneggiare gravemente l’integrità fisica o la salute, la distruzione o l’appropriazione di beni non giustificate da necessità militari e compiute in grande proporzione ricorrendo a mezzi illeciti e arbitrari»; all’art. 51 II.CG, che contiene una disposizione analoga, all’art.130 III.CG, in parte differente: «Le infrazioni gravi indicate nell’articolo precedente sono quelle che implicano l’uno o l’altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: omicidio intenzionale, tortura o trattamenti inumani, compresi esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o di danneggiare gravemente l’integrità corporale o la salute, il fatto di costringere un prigioniero di guerra a prestare servizio nelle forze armate della Potenza nemica, o quello di privarlo del suo diritto di essere giudicato regolarmente e imparzialmente secondo le prescrizioni della presente Convenzione»; e all’art. 147 della IV.CG., ove è stabilito che «Le infrazioni gravi indicate nell’articolo precedente sono quelle che implicano l’uno o l’altro dei seguenti atti, se commessi contro persone o beni protetti dalla Convenzione: omicidio intenzionale, tortura o trattamenti inumani, compresi esperimenti biologici, il fatto di cagionare intenzionalmente grandi sofferenze o di danneggiare gravemente l’integrità corporale o la salute, la deportazione o il trasferimento illegali, la detenzione illegale, il fatto di costringere una persona protetta a prestare servizio nelle forze armate della Potenza nemica, o quello di privarla del suo diritto di essere giudicata regolarmente e imparzialmente secondo le prescrizioni della presente Convenzione, la cattura di ostaggi, la distruzione e l’appropriazione di beni non giustificate da necessità militari e compiute in grande proporzione facendo capo a mezzi illeciti e arbitrari».

<sup>59</sup> Analogamente, D. BRUNELLI, *Reati contro le leggi e gli usi di guerra*, cit., p. 1254, si esprime in senso critico rispetto alla scelta di un criterio sistematico di carattere formale, basato sulla fonte del dovere anziché sul contenuto lesivo, per la classificazione dei reati contro le leggi e gli usi di guerra di cui al titolo IV del codice penale militare di guerra del 1941.

<sup>60</sup> H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 299, opportunamente rileva che la distinzione tra conflitti armati interni ed internazionali va gradualmente perdendo di significato in quanto le regole di condotta per le due tipologie di conflitto tendono ad avvicinarsi. Nello stesso senso, MANCINI, *I crimini di guerra*, cit., 393 ss.

<sup>61</sup> S. MOCCIA, *Lo Statuto della Corte penale internazionale*, cit., 504 ss., 512.

<sup>62</sup>G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 394 s., il quale rimarca come nello Statuto di Roma non vi sia piena e totale corrispondenza della protezione di persone e beni nei conflitti armati internazionali ed interni, poiché in

Più precisamente, si è osservato come abbia poco senso un'elencazione delle condotte come quella di cui all'art. 8.2.e) che, nell'estendere i crimini di guerra ai conflitti interni oltre il limite delle sole gravi violazioni dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, duplica in maniera pressochè identica l'elencazione di cui alla precedente lett. b), relativa alle medesime violazioni commesse nel contesto dei conflitti armati internazionali<sup>63</sup>; lo stesso può dirsi per quanto riguarda le condotte di cui alla lett. c), commesse nel corso di conflitti di carattere non internazionale, che, seppure diversamente formulate, si presentano per molti versi sovrapponibili nei contenuti alle condotte previste all'art. 8 lett. a).

Qualche perplessità ha suscitato anche la previsione dell'art. 8.1 dello Statuto di Roma, secondo cui «la Corte ha competenza a giudicare sui crimini di guerra, *in particolare* quando commessi come parte di un piano o di un disegno politico, o come parte di crimini analoghi commessi su larga scala». La locuzione *in particular*, scelta in sede di approvazione definitiva in luogo della parola *only*, sembrava indirizzare verso il carattere non essenziale e meramente eventuale del requisito «di contesto» nei crimini di guerra, nel senso che l'esistenza di «un piano o di un disegno politico», o il contesto di «crimini analoghi commessi su larga scala» non sarebbe, per taluni, da considerare un requisito essenziale di fattispecie; pertanto, ad integrare un crimine di guerra può bastare anche l'uccisione di un solo prigioniero di guerra o una singola violenza sessuale in un territorio<sup>64</sup>.

Sul punto, tuttavia, non si è mancato di considerare come, perché si realizzi un crimine di guerra, dev'essere sempre connaturato alla condotta un elemento di contesto, determinato appunto dalla presenza di un conflitto armato, sia esso di carattere interno o internazionale<sup>65</sup>. Nel momento in cui l'art. 8.2 suddivide le condotte in due ampie categorie, la prima relativa ai crimini commessi nell'ambito di un conflitto armato di carattere internazionale - comprendente le *grave breaches* delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 (lett. a) e le altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili nei conflitti armati internazionali (lett. b) - e la seconda relativa ai crimini commessi nel contesto di un conflitto armato non internazionale - comprendente le gravi violazioni dell'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra (lett. c) e le altre gravi violazioni delle leggi e degli usi applicabili nel quadro di conflitti armati non di carattere internazionale (lett. e) - viene in evidenza come ciascuna delle condotte esecutive debba necessariamente porsi in collegamento funzionale con un conflitto in atto, nel senso che il reato deve essere commesso a causa o in chiara correlazione con un conflitto armato (cd. *war link*), come peraltro confermano gli *Elements of Crimes*<sup>66</sup>; tale collegamento, si è affermato, deve basarsi su criteri meramente oggettivi e di stretta

---

sede di lavori preparatori le delegazioni non raggiunsero un accordo sulla completa trasposizione anche ai conflitti interni di tutte le norme di tutela previste per i conflitti armati internazionali.

<sup>63</sup> H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 304.

<sup>64</sup> MANCINI, *I crimini di guerra*, cit., 398 s.; FENRICK, *Article 8. Introduction/General Remarks*, cit., 181.

<sup>65</sup> H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 298.

<sup>66</sup> *ICC Elements of Crimes*, art. 8: «*The conduct took place in the context of and was associated with an international armed conflict*» e «*The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict not of an international character*». Sul ruolo degli *Elements of Crimes* nella interpretazione dei crimini di guerra nello Statuto di Roma, v. DÖRMANN, *Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge University Press 2003, 15 ss. Agli *Elements of Crimes* riconosce un ruolo decisivo anche la COMMISSIONE PALAZZO POCAR - CRIMINI INTERNAZIONALI, *Relazione*, 20 giugno 2022, cit., p. 2 s.: «Alla luce di queste considerazioni è evidente che il principale strumento normativo al quale fare riferimento per la stesura di un codice dei crimini internazionali è lo Statuto di Roma, unitamente agli altri annessi documenti che lo completano,

correlazione funzionale, per cui un fatto anche grave (come, ad esempio, un omicidio) commesso indipendentemente dal conflitto in corso o in occasione di esso, non potrebbe mai essere considerato un crimine di guerra<sup>67</sup>.

Quanto alla definizione di conflitto armato, si ritiene che esso sia sussistente sia nel caso di ricorso alle armi nelle relazioni tra Stati, che nel caso di scontro armato tra forze governative e gruppi armati organizzati e, ancora, nel caso di scontro armato tra questi ultimi<sup>68</sup>. Più precisamente, conflitto armato internazionale è il conflitto tra Stati con contrapposizione delle rispettive forze armate; tale deve essere considerata anche l'occupazione militare totale o parziale di un Paese<sup>69</sup> e anche il conflitto a cui prendano parte organizzazioni internazionali, come le Nazioni Unite<sup>70</sup>. Si è argomentato, inoltre, che lo stato di guerra possa ritenersi integrato anche nell'ipotesi di mera dichiarazione a cui non segua l'inizio effettivo dei combattimenti; per contro, non realizzano un conflitto armato tra Stati le mere minacce di uso della forza militare o l'applicazione di misure o sanzioni di carattere economico<sup>71</sup>.

Per conflitto armato non internazionale, viceversa, si intende un conflitto interno alla medesima comunità statale, tra forze governative e gruppi armati irregolari ovvero tra gruppi armati in reciproca contrapposizione tra loro per il potere all'interno di uno Stato; rispetto ai conflitti interni, lo Statuto di Roma esclude espressamente la configurabilità dei crimini di guerra per condotte commesse in «situazioni interne di disordine e tensione quali sommosse o atti di violenza sporadici o isolati di natura analoga»; queste, per quanto caratterizzate dall'uso della forza, non chiamano in causa il diritto internazionale umanitario, almeno fin quando - per la loro durata ed estensione - non assurgono a vero e proprio conflitto armato, interno o anche internazionale, con ciò facendo emergere la questione del problematico inquadramento delle guerre di liberazione nazionale, delle guerre tra uno Stato ed un'organizzazione armata sostenuta o controllata da uno Stato terzo, e dei conflitti cd. misti<sup>72</sup>.

Lo Statuto, in ogni caso, delimita l'ambito di applicazione della norma alle sole ipotesi di conflitto “prolungato” tra autorità governative e gruppi armati organizzati o tra questi<sup>73</sup>, recependo

---

in particolare di quello che descrive gli “Elementi dei crimini”, adottato dall'Assemblea degli Stati parte con lo scopo di assistere la Corte penale internazionale nell'interpretazione e applicazione degli articoli dello Statuto relativi ai crimini, nonché della giurisprudenza finora prodotta della Corte stessa. Allo Statuto e agli Elementi dei crimini la Commissione si è pertanto in linea di principio attenuta al fine di includere nel codice dei crimini internazionali tutti i crimini in tali documenti previsti e descritti, al fine di permettere l'esercizio della giurisdizione italiana in tutti i casi nei quali, in sua assenza, possa intervenire la giurisdizione della Corte penale internazionale».

<sup>67</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 406 s.

<sup>68</sup> N. RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, VI Ed., Torino 2021, 147 s.

<sup>69</sup> ICC *Elements of Crimes*, art. 8 (2)(a)(i), note 34: «The term “international armed conflict” includes military occupation».

<sup>70</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 401.

<sup>71</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 397 ss.

<sup>72</sup> RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, cit., 148 e 375 ss. G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 401 ss.; MANCINI, *I crimini di guerra*, cit., 405.

<sup>73</sup> ICC *Statute* art. 8 co.2 lett.(f): «Paragraph 2 (e) applies to armed conflicts not of an international character and thus does not apply to situations of internal disturbances and tensions, such as riots, isolated and sporadic acts of violence or other acts of a similar nature. It applies to armed conflicts that take place in the territory of a State when there is protracted armed conflict between governmental authorities and organized armed groups or between such groups».

un orientamento affermatosi nella giurisprudenza della ICTY<sup>74</sup>; sul punto, inoltre, si è ritenuto che il carattere “prolungato” del conflitto dev'essere stabilito non solo con riferimento all'elemento temporale, ma anche tenendo conto del livello di gravità dello stesso, al fine di escludere che un conflitto possa essere integrato da atti isolati e sporadici, per quanto estesi e prolungati nel tempo<sup>75</sup>.

Dal riferimento al cd. diritto di Ginevra, rivolto alla tutela di determinate categorie di persone e proprietà “protette”, e al cd. diritto dell'Aja, rivolto principalmente a delimitare metodi e mezzi bellici particolarmente crudeli ed offensivi, si ricava in dottrina che i crimini di guerra di cui all'art. 8 dello Statuto di Roma sono posti a protezione di beni giuridici di dimensione individuale<sup>76</sup> e, a differenza di quanto accade per le altre fattispecie di competenza della CPI, rientrano nel loro ambito di tutela anche beni giuridici di natura patrimoniale, sia pubblici che privati<sup>77</sup>. Orbene, è proprio il riferimento al bene giuridico protetto e alla sua fondamentale funzione di garanzia e di orientamento sistematico<sup>78</sup> ad assumere particolare rilievo in sede di recepimento e di adeguamento dell'ordinamento interno, suggerendo un criterio di classificazione delle condotte basato sulla funzione di tutela e l'ambito di protezione che, in tal modo, anziché seguire il criterio formale della fonte di diritto internazionale violata, consente una sistemazione delle fattispecie in base al contenuto lesivo ed alle modalità di aggressione proprie delle diverse condotte. Si tratta di una impostazione che permette di ricondurre le condotte previste all'art. 8 dello Statuto di Roma a quattro gruppi di fattispecie: 1) crimini di guerra contro “persone protette”; 2) crimini di guerra contro “beni protetti” ovvero contro il patrimonio ed altri beni; 3) crimini di guerra mediante uso di metodi vietati; 4) crimini di guerra mediante uso di mezzi vietati.

È questa una soluzione molto vicina a quella accolta dal legislatore tedesco in sede di emanazione del *Völkerstrafgesetzbuch* del 26 giugno 2002<sup>79</sup>, che accanto ai quattro gruppi

---

<sup>74</sup> ICTY Prosecutor v. Duško Tadić, ICTY-IT-94-1-AR72, 2 October 1995, in [www.icty.org](http://www.icty.org) par. 70, 35: «On the basis of the foregoing, we find that an armed conflict exists whenever there is a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State. International humanitarian law applies from the initiation of such armed conflicts and extends beyond the cessation of hostilities until a general conclusion of peace is reached; or, in the case of internal conflicts, a peaceful settlement is achieved. Until that moment, international humanitarian law continues to apply in the whole territory of the warring States or, in the case of internal conflicts, the whole territory under the control of a party, whether or not actual combat takes place there».

<sup>75</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 399.

<sup>76</sup> H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 298; G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 393 osserva che all'ambito di tutela dell'art. 8 sarebbe riconducibile anche la tutela, in via mediata, di un bene giuridico di dimensione superindividuale, identificato nella pace mondiale, nel senso che dalla riduzione dei danni materiali e morali derivanti dalla guerra, deriverebbe anche una riduzione delle minacce alla sicurezza e alla pace internazionale ed un più agevole ritorno alla riconciliazione alla fine del conflitto

<sup>77</sup> L'art. 8.2) b) (iv) Statuto CPI, ad esempio, prevede come crimine di guerra un attacco deliberato nella consapevolezza che questo avrà come conseguenza la morte o il ferimento di civili o il danno a proprietà civili o un danno all'ambiente naturale grave, vasto e duraturo l. In particolare, sul tema dei reati contro l'ambiente connessi alle recenti vicende belliche, cfr. ANISIMOVA, HALTSOVA, DONETS, SAMOSHCHENKO, SHYNKAROV, *An Environmental and Legal Component of Criminal Offenses in Conditions of the Russian-Ukrainian International Military Conflict*, in *Eur. Energy and Environmental Law Review*, February 2023, 47 ss.

<sup>78</sup> Per tutti, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 15 ss.; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 7 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli 1992, 173 ss.

<sup>79</sup> *Völkerstrafgesetzbuch* vom 26. Juni 2002 (BGBl. I S. 2254). Il codice di diritto internazionale penale tedesco è stato approvato come art. 1 l. 26 giugno 2002, in *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Federale di Germania* n. I, 2254, entrato in vigore il 30 giugno 2002 ed è stato modificato dall'art. 1 l. 30 luglio 2024 (BGBl. 2024 I, Nr. 255). Il testo

summenzionati ne prevede un altro, quello dei «crimini di guerra contro le operazioni umanitarie ed emblemi» (§ 10 *VStGB*), rispetto al quale, però, va rilevato che le condotte contro il personale e i mezzi delle missioni umanitarie, in esso compreso, possono ricondursi all'ambito dei crimini contro le persone e/o dei beni protetti, mentre le ipotesi di crimini commessi con abuso di emblemi e segni distintivi potrebbero ricondursi all'ambito dei crimini di guerra mediante uso di metodi vietati.

4. L'esigenza di dare una migliore sistemazione al profluvio di fattispecie previste all'art. 8 dello Statuto di Roma trova particolare accoglimento nel "Progetto di codice di crimini internazionali" della Commissione presieduta dai Proff. Palazzo e Pocar, che espressamente si propone l'obiettivo di snellire il complesso articolato normativo, evitare le duplicazioni, raggruppare le fattispecie che presentano i medesimi elementi costitutivi ed uniformare il più possibile la terminologia usata nello Statuto con quella del legislatore penale italiano, raggiungendo il risultato di accorpare le diverse ipotesi criminose in due soli gruppi di fattispecie, contenute nella Sez. II, *Dei crimini contro la persona* (artt. 36-49) e Sez. III *Dei crimini relativi a mezzi e metodi di combattimento proibiti* (art. 50-61), collocate al Capo III, *Dei crimini di guerra* del Titolo II, *Dei crimini in particolare*. Con specifico riguardo alla Sez. I, che detta norme per la determinazione dell'*Ambito di applicazione e definizione* dei crimini di guerra assume peculiare rilievo la scelta della Commissione di non attribuire rilevanza alla distinzione tra conflitto armato interno ed internazionale<sup>80</sup>. Recependo gli orientamenti evolutivi della dottrina e della giurisprudenza dei Tribunali internazionali, la Commissione propone, infatti, una disciplina che, similmente a quanto fatto dal legislatore tedesco nel *VStGB*, non attribuisce rilevanza alla natura del conflitto armato quanto, piuttosto, al cd. *war link*, cioè all'elemento di contesto individuato nel collegamento della condotta posta in essere con un conflitto armato. Seguendo l'orientamento che indica nel carattere "funzionale" del collegamento tra la condotta e il conflitto armato il criterio più opportuno per una migliore sistemazione in base al contenuto lesivo delle fattispecie incriminatrici<sup>81</sup> l'art. 33 del Progetto prevede che «le condotte descritte nel presente capo costituiscono crimini di guerra se commesse nel corso di un conflitto armato internazionale o non internazionale e collegate a tale conflitto». Qualche perplessità può invece sollevare la scelta, in apparente contraddizione con l'irrilevanza della distinzione tra conflitto armato di carattere internazionale o non internazionale, di prevederne ugualmente una definizione ai commi 1 e 2 dell'art. 34<sup>82</sup>, in considerazione del fatto che alcune condotte risultano configurabili solo nel

---

completo ed aggiornato è consultabile in <https://www.gesetze-im-internet.de/>. Una traduzione in italiano del testo del 2002 è consultabile in D'AMATO, *Profili di legalità e di legittimità del diritto internazionale penale*, cit., 385 ss.

<sup>80</sup> E. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, cit., 1042.

<sup>81</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 406 s.

<sup>82</sup> COMMISSIONE PALAZZO POCAR - CRIMINI INTERNAZIONALI, *Relazione*, 20 giugno 2022, 27: «La Commissione si è posta il problema della differenziazione dei crimini di guerra in base alla natura internazionale o non del conflitto armato. Ha però concluso che, ai fini dell'applicazione di norme relative alla responsabilità penale individuale nell'ordinamento interno italiano, la distinzione non assume rilievo. In questa ottica si è mirato ad unificare la categoria dei crimini di guerra a prescindere dalla natura del conflitto armato. Il Codice prevede quindi che le condotte descritte costituiscono crimini di guerra se commesse nel corso di un conflitto armato, sia internazionale sia non internazionale, e collegate a tale conflitto. Al fine di estendere il livello di protezione a tutti i contesti di fatto caratterizzati da una situazione di effettiva conflittualità si è ritenuto opportuno di inserire nell'articolato esplicitamente

contesto di conflitti armati di carattere internazionale, come nel caso del trasferimento forzato di una parte della popolazione civile dello Stato occupante sul territorio dello Stato occupato (art. 45 del Progetto)<sup>83</sup>; recepisce, poi, un orientamento piuttosto consolidato di dottrina e giurisprudenza la disposizione che estende l'applicabilità delle norme sui crimini di guerra alle missioni internazionali «che prevedono l'utilizzo della forza armata da parte del personale impiegato» (art. 34 co.3).

Una corretta delimitazione del campo di applicazione dei crimini di guerra rende altresì necessaria la definizione di "persone protette" ai sensi del diritto umanitario internazionale<sup>84</sup>; e in questa direzione è fondamentale il riferimento all'art. 3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra, che include nell'ambito di protezione tutte le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattie, ferite, detenzione o qualsiasi altra causa<sup>85</sup>. Anche sul punto, il Progetto propone una definizione che recepisce gli orientamenti più evoluti. In base al complesso sistema normativo delineato dalle Convenzioni di Ginevra, infatti, nella categoria dei soggetti protetti rientrano sicuramente i soldati feriti, malati, naufraghi o prigionieri di guerra e tali sono da considerare non solo i membri delle forze armate, terrestri o navali, ma anche i membri delle milizie, dei corpi volontari e i civili che prendano parte al conflitto contro il nemico; soggetti tutelati sono pure coloro che si trovano al seguito delle forze armate e che non partecipano ai combattimenti, come il personale sanitario e religioso e i membri di organizzazioni umanitarie<sup>86</sup>.

La IV Convenzione di Ginevra, poi, garantisce una copertura residuale a tutte le persone che «in un certo momento e in qualsiasi modo, si trovino, in caso di conflitto o di occupazione, nelle mani di una parte belligerante o di una Potenza occupante di cui non sono cittadini», a prescindere dall'effettiva partecipazione alle operazioni militari (art. 4 co.1). In questo modo, l'ambito delle persone protette, se si tratta di civili, viene stabilito in base al criterio della nazionalità o cittadinanza; tuttavia, valorizzando l'orientamento volto a superare le differenze di tutela nei conflitti armati nazionali ed internazionali, la giurisprudenza ha riconosciuto l'inadeguatezza di tale criterio ed ha precisato - con riferimento particolare ai conflitti interetnici, intercorrenti tra soggetti appartenenti al medesimo Stato - che per la determinazione dello *status* di soggetto

---

definizioni delle due tipologie di conflitto, anche per l'esigenza di "superare" la nozione di conflitto armato prevista nell'art. 165 co. 2 c.p.m.g., che appare disposizione per taluni aspetti superata e restrittiva rispetto a quanto previsto dalle Convenzioni di Ginevra del 1949 e dai relativi recenti Commentari». In tal senso, si potrebbe valutare se tale specifica esigenza non imponga di allocare altrove la nuova definizione di conflitto armato.

<sup>83</sup> E. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, cit., 1042.

<sup>84</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 413.

<sup>85</sup> Art.3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra: «Nel caso in cui un conflitto armato (...) scoppi sul territorio di una delle Alte Parti contraenti, ciascuna delle Parti belligeranti è tenuta ad applicare almeno le disposizioni seguenti: 1. le persone che non partecipano direttamente alle ostilità, compresi i membri delle forze armate che abbiano deposto le armi e le persone messe fuori combattimento da malattia, ferite, detenzione o qualsiasi altra causa, saranno trattate, in ogni circostanza, con umanità, senza alcuna distinzione di carattere sfavorevole che si riferisca alla razza, al colore, alla religione, o alla credenza, al sesso, alla nascita o al censo o fondata su altro criterio analogo. A questo scopo, sono e rimangono vietate, in ogni tempo e luogo, nei confronti delle persone sopra indicate: a) le violenze contro la vita e l'integrità corporale, specialmente l'assassinio in tutte le sue forme, le mutilazioni, i trattamenti crudeli, le torture e i supplizi; b) la cattura di ostaggi; c) gli oltraggi alla dignità personale, specialmente i trattamenti umilianti e degradanti; d) le condanne pronunciate e le esecuzioni compiute senza previo giudizio di un tribunale regolarmente costituito, che offra garanzie giudiziarie riconosciute indispensabili dai popoli civili. 2. I feriti, i malati e i naufraghi saranno raccolti e curati (...).».

<sup>86</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 413 s.; M. MANCINI, *I crimini di guerra*, cit., 414 ss.

protetto occorre fare riferimento non già al criterio formale della nazionalità, bensì al criterio sostanziale dell'appartenenza alla parte avversa<sup>87</sup> e tale orientamento trova parziale riconoscimento anche nelle disposizioni degli *Elements of Crimes*<sup>88</sup>.

Poiché le definizioni ricavabili dal diritto umanitario internazionale, per quanto apparentemente esaustive, sono frammentate in diverse disposizioni normative e formulate in modo da rendere incerta la determinazione dell'ambito delle "persone protette"<sup>89</sup>, si è rilevata in dottrina l'opportunità - in sede di recepimento della normativa nell'ordinamento interno - di tracciare una definizione dei soggetti protetti che eviti un generico rinvio al diritto internazionale umanitario e che, al tempo stesso, sia sufficientemente ampia ed aperta da comprendere tutti i soggetti che si trovino in determinate condizioni, sempre che al momento della commissione del fatto non prendano parte alle ostilità<sup>90</sup>. Si tratta di una esigenza che molto opportunamente ha orientato anche il Progetto di codice di crimini internazionali che, all'art. 35, prevede una «Definizione di persone protette» esaustiva e che, al contempo, rimanda al testo delle Convenzioni di Ginevra e dei Protocolli addizionali<sup>91</sup>.

Quanto al recepimento delle singole condotte idonee ad integrare un crimine di guerra, sebbene non sia possibile, in questa sede, entrare nel dettaglio del novero delle numerosissime ipotesi criminose<sup>92</sup>, pare opportuno accennare al problema delle condotte a cd. "tipicità plurima", che assume particolare rilevanza in sede di adeguamento, poichè impone al legislatore nazionale uno sforzo sistematico diretto ad eliminare sovrapposizioni, a valorizzare gli elementi di differenziazione e a tentare di ridurre al minimo i casi in cui una medesima condotta risulta riconducibile a più ipotesi criminose<sup>93</sup>.

---

<sup>87</sup> ICTY Prosecutor v. Duško Tadić, ICTY. IT-94-1-A, 15 July 1999, in [www.icty.org](http://www.icty.org), par. 164 -166, 72 ss.

<sup>88</sup> ICC *Elements of crimes*, art. 8 (2) (a) (i) *War crime of wilful killing*, Note 33: «With respect to nationality, it is understood that the perpetrator needs only to know that the victim belonged to an adverse party to the conflict. This footnote also applies to the corresponding element in each crime under article 8 (2) (a)». K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, Ansätze einer Dogmatisierung*, Berlin, 2002, 787, precisa che la definizione di persona protetta è elemento normativo della fattispecie, rispetto al quale, non è richiesto che il soggetto attivo compia una sussunzione giuridicamente corretta, essendo sufficiente che egli abbia una conoscenza dei presupposti fattuali tale da consentirgli di comprendere il significato sociale dell'elemento normativo della fattispecie, in base alla nota «valutazione parallela nella sfera laica». Nello stesso senso, G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 417 rileva che non è necessario, che l'agente valuti lo *status* della persona, civile o combattente ferito, in senso conforme alle norme del diritto internazionale umanitario, ma è sufficiente che questi conosca le circostanze fattuali che determinano siffatto *status* (mancata partecipazione alle azioni belliche, per il civile, o incapacità a partecipare ad altri interventi militari, per i combattenti feriti o comunque *hors de combat* per altre cause).

<sup>89</sup> Il rinvio ai documenti internazionali, infatti, si riferisce non solo a specifiche categorie di soggetti protetti in quanto tali, bensì a persone che si trovano in situazioni e condizioni che non sempre è agevole individuare. Sulla indeterminatezza della categoria di "persone protette" ai sensi del diritto umanitario internazionale, v. H. SATZGER, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, cit., 318 s., il quale evidenzia, ad esempio, la difficoltà di stabilire quando il personale delle milizie «si uniformi nelle operazioni alle leggi e agli usi di guerra», quale condizione essenziale ai fini della protezione.

<sup>90</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 417.

<sup>91</sup> COMMISSIONE PALAZZO POCAR - CRIMINI INTERNAZIONALI, *Articolato*, art. 35: «Ai fini del presente capo, sono persone protette i civili, i feriti, i malati, i naufraghi, le persone detenute in connessione con il conflitto e le persone comunque in potere della parte avversa che hanno deposto le armi o sono comunque indifese e ogni altra persona protetta ai sensi delle Convenzioni di Ginevra e dei relativi Protocolli addizionali».

<sup>92</sup> Cfr. A. INTELISANO, *I crimini di guerra*, cit., 790 ss.

<sup>93</sup> S. MOCCIA, *Lo Statuto della Corte penale internazionale*, cit., 512.

Tali problemi di sovrapposizione, che si pongono rispetto a numerose condotte<sup>94</sup>, sono riferibili altresì alla deportazione o al trasferimento forzato di popolazione civile, come ben emerge anche nel recente provvedimento assunto dagli organi della CPI relativamente al conflitto russo-ucraino, in cui la condotta di deportazione e trasferimento forzato di popolazione civile, in particolare minori, dal territorio occupato dell'Ucraina al territorio russo, ai sensi dello Statuto CPI, risulta riconducibile alle due disposizioni dell'art. 8.2. a) vii e 8.2.b) viii) previste, rispettivamente, nell'ambito del gruppo dei crimini di guerra contro persone protette e del gruppo dei crimini di guerra commessi in grave violazione delle leggi e degli usi internazionali.

Il problema della sovrapposizione e del coordinamento, inoltre, si impone non solo tra le norme rientranti nella medesima categoria dei crimini di guerra, ma anche rispetto a norme estranee a tale categoria, cioè previste e duplicate nell'ambito dei crimini contro l'umanità o del crimine di genocidio. La condotta di deportazione o trasferimento forzato di popolazione civile, infatti, assume rilievo nello Statuto di Roma anche quale modalità di esecuzione del crimine di genocidio (art. 6 lett. e) e di un crimine contro l'umanità (art. 7.1.d), differenziandosi più in relazione agli elementi di contesto che rispetto alle modalità esecutive. Al riguardo deve osservarsi che, recependo un orientamento dottrinale piuttosto consolidato<sup>95</sup>, la Corte ha statuito che l'art.7 dello Statuto, nel punto in cui prevede tra i crimini contro l'umanità la «deportazione» o il «trasferimento forzato di popolazioni», deve essere interpretato nel senso di prevedere due distinte condotte criminose<sup>96</sup>, che differiscono tra loro solo per la destinazione finale del trasferimento; quindi, la deportazione si realizza quando la popolazione civile è trasferita nel territorio di un altro Stato, mentre il trasferimento forzato avviene entro i confini nazionali<sup>97</sup>. Il percorso argomentativo seguito al riguardo dalla *Pre-Trial Chamber I* si fonda principalmente sul dato testuale delle norme, che si riferiscono in modo alternativo alle condotte di «*deportation or forcible transfer of population*», tali da far ritenere che «il riferimento a “or” nell'art.7.1.d) significa che tale disposizione include due alternative, e cioè due distinti crimini»<sup>98</sup>. La medesima formulazione alternativa (deportazione o trasferimento) caratterizza anche la corrispondente previsione dell'art. 8 dello Statuto ed è recepita anche nell'art. 44 del Progetto di codice di crimini internazionali

---

<sup>94</sup> Cfr. la dettagliata analisi di G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 417 ss., spec. 421, 422, 424, 426, 428, 432, 434, 435, 438 e 462.

<sup>95</sup> G. WERLE, *Diritto dei crimini internazionali*, cit., 335, HALL, *sub* Art.7, in TRIFFTERER, (a cura di) *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, cit., 136; BASSIOUNI, *Crimes against humanity in international criminal law*, II Ed., The Hague, 1999, 312.

<sup>96</sup> L'art.7.2.d) dello Statuto di Roma prevede che «“Deportazione o trasferimento forzato della popolazione” significa rimozione forzata delle persone, per mezzo di espulsione o con altri atti coercitivi, dalla regione nella quale si trovano legittimamente, in assenza di ragioni consentite dal diritto internazionale».

<sup>97</sup> *International Criminal Court, Pre Trial Chamber I*, 6 settembre 2018, n. ICC-RoC46(3)-01/18-37, in <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-roc463-01/18-37>

<sup>98</sup> *International Criminal Court, Pre Trial Chamber I*, 6 settembre 2018, n. ICC-RoC46(3)-01/18-37, cit., § 54 s., 31 s. Questa interpretazione, afferma la Corte, è inoltre supportata dagli *Elements of Crimes* riferiti all'art.7.1.d), nei quali sia la condotta (*deported or forcibly transferred*) che il luogo di destinazione (*another State or location*) contengono la congiunzione “o” che sembra collegare la condotta alla destinazione nel senso che la condotta di deportazione è collegata ad “altro Stato”, mentre la condotta di trasferimento forzato è collegata “ad altro luogo” (che comporta per argomento *a contrario*, il riferimento ad altro luogo nel medesimo Stato). Ciò significa, aggiunge la Corte, che sussistendo tutti gli altri requisiti di fattispecie, il trasferimento di persone legalmente residenti in un'area ad altro Stato configura il crimine di deportazione, mentre il trasferimento di persona in un luogo entro i confini dello Stato configura il trasferimento forzato e tali collegamenti sono coerenti con una interpretazione dell'art.7.1.d) dello Statuto, comprendente due condotte che si distinguono l'una dall'altra per il luogo di destinazione.

«chiunque...deporta o trasferisce»<sup>99</sup> e nell'art. 27 che disciplina la condotta di «deportazione o trasferimento forzato» tra i crimini contro l'umanità<sup>100</sup>. Si può ritenere che l'orientamento che distingue tra deportazione e trasferimento forzato in base al solo luogo di destinazione sia recepitabile anche in sede di adeguamento dell'ordinamento interno, mentre non dovrebbe riconoscersi rilevanza al numero delle persone delle quali venga attuato il trasferimento forzato o la deportazione.

Invero, secondo parte della dottrina, lo Statuto «vieta i trasferimenti forzati, in massa o individuali, nonché la deportazione della popolazione dei territori occupati, qualunque ne sia il motivo» e tale divieto non incide sulla ammissibilità di uno «sgombero completo o parziale di una determinata regione qualora la sicurezza della popolazione o impellenti ragioni militari lo esigano, con obbligo di riconduzione alle proprie case della popolazione evacuata al cessare delle ostilità nel settore interessato»<sup>101</sup>.

Nell'analizzare i rapporti tra le varie condotte si è ritenuto che l'ipotesi di cui all'art. 8.2.b.viii), similmente a quanto previsto per le condotte di deportazione e trasferimento forzato rilevanti come crimini contro l'umanità, riguarderebbe solo fatti “di massa” o comunque commessi su “larga scala”, che, cioè, non si realizzano qualora, come nel caso di cui all'art.8.2.a), vengano commessi solo in danno di una o più persone; si tratta di una differenza che finisce per incidere sul bene giuridico protetto, che nel secondo caso, viene individuato nella «difesa della composizione demografica di un territorio, sotto l'angolo visuale della identità storico-culturale e non meramente statistico»<sup>102</sup>.

Si tratta, a ben vedere, di una impostazione che, oltre a forzare il dato testuale, non sembra coerente con l'orientamento prevalente, che ravvisa nel luogo di destinazione finale l'unico elemento distintivo tra la condotta di deportazione e quella di trasferimento forzato, senza che abbia alcuna rilevanza il numero dei soggetti passivi; pertanto, si tratta di condotte pur sempre lesive di beni giuridici di dimensione individuale, personale e concreta<sup>103</sup>. Nello stesso senso, si deve ritenere che il riferimento, contenuto tanto nell'art. 27 che nell'art. 44, al soggetto passivo plurimo «più persone» non incide sulla dimensione personale ed individuale del bene giuridico leso dalle condotte punibili, ponendosi piuttosto in coerenza con il contesto “di massa” in cui le condotte assumono rilievo tipico; dunque, molto opportunamente le due condotte di deportazione sono state descritte con formulazioni tendenzialmente uniformi e separatamente dalla condotta di

---

<sup>99</sup> COMMISSIONE PALAZZO POCAR - CRIMINI INTERNAZIONALI, *Articolato*, art. 44: «Chiunque detiene illegalmente, deporta o trasferisce più persone protette dall'area in cui legittimamente si trovano, mediante espulsione o con violenza o minaccia o approfittando di condizioni di vulnerabilità, di necessità o di intimidazione derivanti dal conflitto armato, senza che la condotta sia giustificata da esigenze di sicurezza di quelle persone o da necessità militare imperativa, è punito con la reclusione da dieci a ventiquattro anni»

<sup>100</sup> COMMISSIONE PALAZZO POCAR - CRIMINI INTERNAZIONALI, *Articolato*, art.27: «Chiunque deporta o trasferisce forzatamente, in violazione del diritto internazionale, più persone dall'area territoriale in cui legittimamente si trovano, mediante espulsione, o con atti di violenza o minaccia, o approfittando di condizioni di vulnerabilità, di necessità o di intimidazione derivanti dall'attacco alla popolazione civile di cui all'articolo 20 del presente Codice, è punito con la reclusione da dieci a ventiquattro anni»

<sup>101</sup> A. INTELISANO, *I crimini di guerra*, cit., 796.

<sup>102</sup> Così, A. INTELISANO, *I crimini di guerra*, cit., p. 801-802, il quale peraltro ritiene che assuma rilievo anche un trasferimento “indiretto” operato attraverso «tutte le misure legislative, amministrative, di pianificazione e fiscali, idonee a raggiungere l'intento empirico divisato».

<sup>103</sup> Cfr. sul punto, G. GENTILE, *Deportazione o trasferimento forzato*, in AA.VV., *La Corte Penale Internazionale. Organi-Competenza-Reati-Processo* cit., 632 ss.

cui all'art. 45, che prevede, invece, la diversa ipotesi dell'insediamento della popolazione civile della Potenza occupante sul territorio occupato.

5. L'*escalation* del conflitto internazionale russo-ucraino ha provocato le forti reazioni di gran parte della comunità internazionale, con l'effetto di catalizzare per un certo periodo di tempo l'attenzione dell'opinione pubblica mondiale sulle istituzioni della giustizia internazionale e, in particolare, della Corte penale internazionale, suscitando «un'impennata di interesse per i meccanismi, abitualmente trascurati, della giustizia penale internazionale»<sup>104</sup>. Come è stato correttamente evidenziato, lo straordinario supporto - richiesto e ricevuto in poche settimane - alla Corte penale internazionale da parte di molti Stati, persino da quelli ad essa tradizionalmente ostili<sup>105</sup>, se, da un lato, ha per obiettivo di rafforzarne la capacità operativa, che è fondata principalmente sul sostegno e il rispetto degli obblighi di cooperazione degli Stati membri, dall'altro, basandosi sull'onda emotiva cagionata dal conflitto e sul consenso politico del momento, mette a rischio le fondamentali caratteristiche di imparzialità ed indipendenza della giurisdizione, esponendola ad accuse di selettività ed arbitrarietà<sup>106</sup>. Infatti, il clamore mediatico e la forte ondata emozionale provocata da un conflitto avvertito nel mondo occidentale come più «vicino» e «drammatico» rispetto ad altri, ugualmente in atto, ma percepiti come maggiormente «distanti»<sup>107</sup>, rischia di offrire nuovi argomenti a sostegno della tesi di chi già da tempo, critico verso l'«universalismo dei diritti», ha chiaramente affermato come dietro la pretesa di una validità e di una tutela universale dei diritti umani, posta a fondamento e legittimazione di una giurisdizione penale internazionale permanente, vi sia in realtà solo un'affermazione strumentale di supremazia da parte di alcune potenze occidentali<sup>108</sup>. Il rischio paventato, cioè, è di dare nuovo ossigeno alle tradizionali critiche di chi, da Norimberga in poi, ha sostenuto che l'idea di un Tribunale penale internazionale permanente non sia altro che una nuova manifestazione della «giustizia dei vincitori» o «dei potenti», espressione di un «diritto penale del nemico»<sup>109</sup>.

---

<sup>104</sup> Così, C. MELONI, *Punire i criminali di guerra in Ucraina. Il ruolo dell'Italia*, in *Il Mulino*, 2022, 2, 127.

<sup>105</sup> Il riferimento è, in particolare, agli USA, sin dall'inizio avversi all'istituzione della Corte penale internazionale (in sede di Assemblea Plenaria lo Statuto di Roma fu approvato con 120 voti favorevoli e solo 7 contrari, di USA, Cina, Israele, Iraq, Libia, Yemen, Qatar, e 21 astenuti) e che nel 2002 hanno poi approvato l'*American Servicemembers Protection Act*, 116 Stat.900 Public law107-206 -Aug. 2002, anche noto come «*Hague Invasion Act*». Sulle posizioni assunte dagli Stati nel corso dei lavori della Conferenza diplomatica dei plenipotenziari su talune questioni fondamentali, cfr. C. DONAT CATTIN, *Lo Statuto di Roma della Corte penale internazionale: riflessioni a margine della Conferenza diplomatica dell'ONU*, in *La Comunità internazionale*, 1998, p. 703 ss.; sulla posizione degli Stati Uniti d'America in seguito all'approvazione dello Statuto di Roma, S. ZAPPALÀ, *The reaction of the US to the entry into force of the ICC Statute*, in *Journal of International Criminal Justice*, 2003, 114 ss. Per una critica alle ragioni politiche e giuridiche dell'ostilità degli USA riguardo alla istituzione della CPI, v. C. KREB, *Völkerstrafrecht in Deutschland*, in *NStZ*, 12, 2000, 618. Sulla controversa posizione degli Usa rispetto alla necessità di perseguire i crimini commessi in Ucraina, cfr. A. KEITH, *Justice for Ukraine and the U.S. Government's Anomalous Int'l Criminal Court Policy*, in *Just Security*, 8 marzo 2022.

<sup>106</sup> C. MELONI, *Punire i criminali di guerra in Ucraina*, cit., 129.

<sup>107</sup> Sulle investigazioni e i mandati di arresto emessi in relazione al conflitto israelo-palestinese e alle altre situazioni di gravi violazioni dei diritti umani, si rimanda al sito istituzionale della Corte penale internazionale, [www.icc-cpi.int](http://www.icc-cpi.int).

<sup>108</sup> Per una critica all'universalismo dei diritti, cfr. per tutti, D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Roma-Bari 2006, 68 ss.; per una critica alla CPI come strumento impositivo delle potenze mondiali, cfr. D. PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona 2006, 87 ss. spec. 110 ss.

<sup>109</sup> Per un'analisi critica delle posizioni che considerano la giustizia penale internazionale come manifestazione del «diritto penale del nemico», della «giustizia dei vincitori» e della «giustizia dei potenti», e sulla legittimazione della

A fronte di tali osservazioni critiche, la posizione dell'Italia nel panorama internazionale appare non priva di elementi di incoerenza, espressione di un atteggiamento ondivago. Il nostro Paese vanta il merito di avere ospitato i lavori della Conferenza diplomatica che ha portato nel 1998 all'approvazione dello Statuto della Corte penale internazionale, nel corso della quale ha svolto un ruolo di primo piano, anche grazie alla presenza di un giurista del calibro di Giovanni Conso<sup>110</sup>. D'altro canto, però, l'Italia si presenta sul piano internazionale tra i Paesi in forte ritardo nell'adeguamento dell'ordinamento interno alle norme di diritto penale sostanziale dello Statuto di Roma<sup>111</sup>. Si tratta di un atteggiamento che non può non avere ricadute sulla credibilità dell'impegno nella realizzazione di un progetto internazionale che il nostro Paese ha fortemente contribuito a creare e che, come è stato correttamente rilevato, incide sull'operatività ed effettività del meccanismo della giustizia penale internazionale, che ruota attorno al principio di complementarità<sup>112</sup> e della necessaria collaborazione tra Stati<sup>113</sup>. Al riguardo, di non poco momento sono anche le gravi carenze mostrate nell'adempimento degli obblighi di cooperazione derivanti dalla ratifica dello Statuto di Roma, come attesta la grave *defaillance* delle istituzioni nazionali nella recente vicenda giudiziaria relativa alla mancata esecuzione da parte dell'Italia di un mandato di arresto per crimini contro l'umanità commessi nei confronti di migranti nelle prigioni libiche<sup>114</sup>.

---

Corte penale internazionale quale strumento di protezione di beni giuridici di dimensione individuale, strumento di inclusione e di riconoscimento giuridico per autori e vittime, sia consentito il rinvio a S. D'AMATO, *Profili di legalità e di legittimità del diritto internazionale penale*, cit., 88 ss.

<sup>110</sup> Sui lavori della Conferenza diplomatica, cfr. per tutti, G. VASSALLI, *Statuto di Roma. Note sulla istituzione di una Corte penale internazionale*, in *Riv. st. pol. int.*, 1999, 1, 9 ss.; H.H. JESCHECK, *La corte penale internazionale. Precedenti, lavori preparatori, Statuto*, in *Ind. pen.*, 2000, 297 ss.; cit., 297 ss.; KIRSCH, *The development of Rome Statute*, in AA.VV., *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, a cura di LEE ROY, Le Hague, Boston, London 1999, 451 ss.; sul percorso storico di istituzione della CPI, v. M. BALBONI, *Da Norimberga alla Corte penale internazionale*, AA.VV., *Crimini internazionali tra diritto e giustizia. Dai Tribunali internazionali alle Commissioni Verità e Riconciliazione*, a cura di ILLUMINATI GIULIO, STORTONI LUIGI, VIRGILIO MARIA, Torino 2000, 3 ss.; BASSIUNI, *Historical Survey: 1919-1998*, in *The Statute of the International Criminal Court: a documentary history*, New York, 1998, 1 ss.; BOSCO, *Verso l'istituzione di una Corte Penale Internazionale*, in *Riv. st. pol. int.*, 1998, 223 ss.; A. ESER, *Verso una corte penale internazionale: nascita e fondamento dello Statuto di Roma*, in *Ind. pen.*, 2002, 297; B.B. FERENCZ, *Von Nürnberg nach Rom. Auf dem Weg zu einem Internationalen strafgerichtshof*, in *Policy Paper der Stiftung Entwicklung und Frieden*, 1988, 1 ss.; PATRUNO, *I passati tentativi di istituire una Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, 2000, 781; H. AHLBRECHT, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, Baden Baden 1999, 335 ss..

<sup>111</sup> Sul punto, S. MANACORDA, *Codificare i crimini internazionali? Prospettive penalistiche nella cornice costituzionale*, cit., 779 ss.; E. FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, cit., 1028 ss.

<sup>112</sup> M. CRIPPA, *L'approvazione di un codice dei crimini internazionale "dimezzato". Le ragioni di un (dis)atteso intervento normativo*, cit., 2 ss.; [nello stesso senso](#). C. MELONI, *Punire i criminali di guerra in Ucraina*, cit., 129.

<sup>113</sup> Di particolare rilevanza in ambito europeo, l'istituzione nel 2002 dell'*European Network for Investigation and Prosecution of Genocide, Crimes Against Humanity and War Crimes* (cd. 'Genocide Network'), istituito da Eurojust e Consiglio dell'Unione Europea. Cfr. <https://www.eurojust.europa.eu/judicial-cooperation/practitioner-networks/genocide-network>.

<sup>114</sup> *Corte di Appello di Roma*, Sez. IV, Ord. 21 gennaio 2025 n.11 in [www.foroplus.it](http://www.foroplus.it). con la quale è stata accolta l'istanza di immediata scarcerazione e disposto il «non luogo a provvedere sull'arresto di cui al verbale in atti» dichiarato «irrituale, poiché non previsto dalla legge», eseguito in base al mandato di arresto internazionale n. ICC-01/11-149-US-EXP emesso in data 18.1.2025 dalla Corte Penale Internazionale per crimini contro l'umanità e crimini di guerra. La Corte di Appello ha rilevato nell'ordinanza che la misura è stata disposta ai sensi dell'art.716 c.p.p. - anziché nel rispetto della procedura di cui all'art. 11 della L. n. 237/2012, di adeguamento dell'ordinamento alle disposizioni dello Statuto della Corte - ovvero su intervento della polizia giudiziaria, e non già del Procuratore presso la Corte di Appello per la omessa trasmissione degli atti da parte del Ministro della Giustizia, «al quale compete di ricevere le richieste provenienti dalla Corte e di darvi seguito», ai sensi dell'art. 2 della L. 20 dicembre 2012 n. 237 "Norme per l'adeguamento alle disposizioni dello statuto istitutivo della Corte penale

Le esperienze totalitarie del XX secolo hanno chiaramente posto in evidenza la necessità di introdurre negli ordinamenti nazionali strumenti normativi che, in situazioni eccezionali di “macrocriminalità degli apparati”, consentano di dare una risposta adeguata ad esigenze di giustizia sostanziale, evitando il ricorso ai principi e alle formule incerte del diritto naturale<sup>115</sup>; altrettanto evidente è la necessità di un sistema penale precostituito per la repressione internazionale, che limiti i «macropoteri selvaggi» e vincoli gli apparati del potere statale all'osservanza dei diritti dell'uomo<sup>116</sup>.

Con tale obiettivo contrasta il ruolo simbolico ed esemplare ancora oggi attribuito alla giustizia penale internazionale, non solo dai suoi detrattori, ma anche dai suoi stessi sostenitori, con la tendenza, piuttosto comune, ad assegnarle obiettivi eccessivi e sovrabbondanti, anche contrastanti tra loro<sup>117</sup>, difficili, se non impossibili, da perseguire per mezzo del processo e della sanzione penale<sup>118</sup>.

L'enormità e la gravità delle offese che caratterizzano il settore dei crimini internazionali - talmente gravi da far ritenere che non esistano pene adeguate ad essi<sup>119</sup> - spinge, infatti, verso l'attribuzione alla sanzione penale di una sovrabbondanza di scopi, valori e funzioni estranee alla giustizia penale che, accentuandone il valore fortemente simbolico ed esemplare<sup>120</sup>, già di per sé connaturato all'intervento penale<sup>121</sup>, finisce per costituire uno dei principali ostacoli alla sua affermazione e al suo consolidamento.

Quest'ultimo può essere raggiunto solo fondando il sistema penale sulla sua tradizionale funzione di tutela e garanzia sul presupposto che anche nel passaggio dal piano nazionale al piano

---

internazionale”. Sulla questione, v. F.P. GARZONE, *Perché è stato rilasciato il capo della polizia libica accusato di tortura. Motivazioni giuridiche del provvedimento e sua inevitabilità*, in *Riv. pen.*, 2025, n.1, 85. G. VANACORE, *La scarcerazione del generale libico ElMasry. Nota critica alla interpretazione resa dalla Corte di Appello di Roma sull'art.11 della legge di cooperazione tra l'Italia e la Corte penale internazionale*, 27 gennaio 2025, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it).

<sup>115</sup> Il riferimento è alla nota “formula”, G. RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und Übergesetzliches Recht*, in *SJZ*, 1946, 1, 5, 105 ss., 107; in argomento, G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano 2001, 303 ss., 319.

<sup>116</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, VIII Ed., Roma-Bari 2004, 980 ss.

<sup>117</sup> M. DAMAŠKA, *L'incerta identità delle corti penali internazionali*, in *Criminalia*, 2006, 10 ss.

<sup>118</sup> G. FIANDACA, *I crimini internazionali tra punizione, riconciliazione e ricostruzione*, in AA.VV., *Punire, mediare, conciliare. Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di FIANDACA G., VISCONTI C., Torino 1999, 17; nello stesso senso, C. MÖLLER, *Völkerstrafrecht und Internationaler Strafgerichtshof. Kriminologische, straftheoretische und rechtspolitische Aspekte*, Münster, Hamburg London, 2003, 494; sul tema, cfr. L. CORNACCHIA, *La funzione della pena nello Statuto della Corte penale internazionale*, Milano 2009, 72 ss.

<sup>119</sup> H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo* (1962-1966), Torino 1999, 628 s.: «(...)I regimi totalitari hanno scoperto, senza saperlo, che ci sono crimini che gli uomini non possono né punire né perdonare. Quando l'impossibile è stato reso possibile, è diventato il male assoluto, impunito e imperdonabile (...) che quindi la collera non poteva vendicare, la carità sopportare, l'amicizia perdonare, la legge punire».

<sup>120</sup> Come posto efficacemente in rilievo da E. FRONZA, J. TRICOT, *Function symbolique et droit pénal international: une analyse du discours des tribunaux pénaux internationaux*, in AA.VV., *La justice pénale internationale dans les décisions des tribunaux ad hoc*, Milano, 2003, 296 s.; E. FRONZA, *Diritto penale del nemico e giustizia penale internazionale*, in AA.VV., *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di GAMBERINI A., ORLANDI R., Bologna 2007, 377 ss. e 379: «In nome della difesa della società e dei suoi valori e sulla base della iperoffensività di tali crimini si permette la deroga ad alcune garanzie fondamentali e irrinunciabili del sistema penale. E questo perché: *in delictis atrocissimis jura transgredi licet*. Il discorso costantemente ripetuto, a cui si è già fatto cenno, sulla necessità di lottare contro l'impunità, può così convertirsi in una lotta a qualsiasi costo e in un rimprovero simbolico del fatto commesso».

<sup>121</sup> W. HASSEMER, *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, *NStZ*, 12, 1989, 555; ID., *Das Symbolische am symbolischen Strafrecht*, in B. SCHÜNEMANN, H. ASCHENBACH, W. BOTCKE, B. HAFFKE, H.J. RUDOLPHI, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, New York 2001, 1010 ss.

internazionale «le regole del gioco - protezione dei beni giuridici e rispetto delle garanzie individuali - devono restare»<sup>122</sup>. Si tratta, in sostanza, di riconoscere, con autorevole dottrina, che nel momento in cui, da Norimberga in poi, cade la *act of state doctrine* e il diritto internazionale non viene più inteso soltanto come diritto che disciplina le relazioni tra Stati, bensì anche come diritto che si rivolge ai singoli individui - con la pretesa di punirli attraverso la formulazione di norme ad essi direttamente applicabili - esso deve essere necessariamente costruito come diritto di garanzia, ovvero tassativo e determinato, vero e proprio *Tatbestandsrecht*<sup>123</sup>.

Riconoscere che la Corte penale internazionale ha per compito principale non già di porre fine ai conflitti in corso e ripristinare la pace, quale compito istituzionale precipuo di altre organizzazioni<sup>124</sup>, bensì di accertare responsabilità personali per specifiche condotte che costituiscono crimini internazionali di sua competenza e di prevenire la reiterazione di gravi crimini posti a tutela di fondamentali beni individuali, è il primo passo da compiere per superare le posizioni critiche di chi ritiene non sia possibile legittimare un sistema punitivo internazionale, in quanto organo funzionale agli interessi delle potenze occidentali in posizione dominante sulla scena internazionale<sup>125</sup>.

In tal senso, la grave carenza di adeguati mezzi e risorse finanziarie e di personale a disposizione degli organi della CPI; il sostegno degli Stati parte e della comunità internazionale solo se rispondente alle esigenze di politica internazionale del momento; l'inadempimento degli obblighi di cooperazione assunti dagli Stati parte e il mancato adeguamento interno degli ordinamenti nazionali certamente contribuiscono a compromettere l'operatività, la credibilità e l'imparzialità della CPI.

L'accidentato percorso verso la costruzione di una «pace attraverso il diritto», che il «pacifismo giuridico»<sup>126</sup> ha inteso perseguire indicando nel diritto e nelle istituzioni internazionali gli strumenti principali per la tutela dei diritti fondamentali, quale base teorica del monumentale sforzo compiuto dalla dottrina e dalle rappresentanze diplomatiche per giungere alla creazione di una giurisdizione penale internazionale permanente<sup>127</sup>, appare oggi non solo tutt'altro che compiuto, ma reso sempre più impervio e delegittimato da una classe politica più attenta ad interessi particolari che a quelli universali<sup>128</sup>. A ciò fa contraltare l'impegno costante, serio e

---

<sup>122</sup> E. FRONZA, J. TRICOT, *Function symbolique et droit pénal international*, cit., 303.

<sup>123</sup> H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, cit., 231 ss., 235. H. SATZGER, *Die Internationalisierung des Strafrechts als Herausforderung für den strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz*, in *JuS*, 2004, 948.

<sup>124</sup> E. CIMIOTTA, *Può la giustizia penale internazionale davvero contribuire alla pace in Ucraina?* In *Dir. Umani e Dir.int.*, 2022, 3, 426 s.

<sup>125</sup> Per una posizione di critica radicale alla CPI, quale strumento impositivo delle potenze mondiali, cfr. i contributi già citati di D. PASTOR, *El poder penal internacional*, cit., *passim*, spec. 87 ss., 110 ss.; D. ZOLO, *La giustizia dei vincitori*, cit., 67, 140 ss.

<sup>126</sup> I. KANT, *Per la pace perpetua* (1795), Roma 1985, 3 ss.; H. KELSEN, *Peace through law*, cit., 71 ss.; BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1990, 17 ss.; J. HABERMAS, *L'idea kantiana della pace perpetua, due secoli dopo*, in *L'inclusione dell'altro. Saggi di teoria politica*, Milano 2008, 175 ss.

<sup>127</sup> Sui numerosi progetti per istituire una giurisdizione penale internazionale permanente, cfr. la dettagliata ricostruzione storica di H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, cit., 89 ss. e H. AHLBRECHT, *Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert*, cit., 335 ss.

<sup>128</sup> E.R. ZAFFARONI, *È possibile un contributo efficace del diritto penale alla prevenzione dei crimini contro l'umanità?* in *Crit. dir.*, 2010, 1-3, 229 s.

duratura di una parte della dottrina per lo sviluppo e la sistematizzazione della materia<sup>129</sup> - resa ancora più difficile dalla natura "duale" e di «ibrido»<sup>130</sup>, tra diritto penale, sostanziale e processuale e diritto internazionale, e dal «più alto grado della complessità tecnica» della materia<sup>131</sup> - a sostegno di un intervento legislativo ponderato, razionale.

La pluralità delle fonti, la complessità tecnica della materia, il carattere “asistematico” e disordinato del processo di sviluppo del diritto penale internazionale<sup>132</sup> non possono però certo costituire un valido motivo per arrestare il processo in atto e perdurare nell’inerzia che mantiene il nostro ordinamento fermo, da oltre un ventennio, ad un intervento di adeguamento minimale.

Pur con le sue innumerevoli imperfezioni, infatti, il valore ed il significato dello Statuto della CPI deve essere riconosciuto nella sua funzione di orientamento, impulso e stimolo all'evoluzione dei sistemi penali nazionali, nel senso di includere nel novero dei reati le gravi manifestazioni di violenza istituzionale e punire i crimini perpetrati dai governanti<sup>133</sup>; in questa direzione, un contributo concreto all'evoluzione degli strumenti normativi a tutela dei diritti dell'uomo<sup>134</sup> impone di compiere ulteriori passi ed accogliere l’invito che dottrina autorevole, all’indomani dell’istituzione della Corte penale internazionale, ha indicato come una delle “sfide” principali per le nuove generazioni di giuristi ed il compito futuro, oggi più che mai attuale, della dottrina penalistica: la elaborazione di un vero e proprio codice di diritto internazionale penale che consenta l'instaurazione ed il funzionamento di un vero e proprio “sistema” di diritto internazionale penale<sup>135</sup>.

---

<sup>129</sup> Per tutti, K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, cit., 518 ss.

<sup>130</sup> M.C. BASSIOUNI, *An appraisal of the growth and developing trends of international criminal law*, cit., 428.

<sup>131</sup> Così, H.H. JESCHECK, *L'oggetto del diritto penale internazionale e la sua più recente evoluzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 633; nello stesso senso, K. AMBOS, *Der Allgemeine Teil des Völkerstrafrechts. Ansätze einer Dogmatisierung*, cit., 69; rilevano come la complessità della materia si rifletta sul compito di adeguamento dell’ordinamento interno, FRONZA, C. MELONI, *The Draft Italian Code of International Crimes*, cit., 1028 ss. e 1040.

<sup>132</sup> M.C. BASSIOUNI, *Le fonti e il contenuto del diritto penale internazionale*, cit., 9 ss.

<sup>133</sup> H.H. JESCHECK, *Die Verantwortlichkeit der Staatsorgane nach Völkerstrafrecht*, cit., 195 s.

<sup>134</sup> WERLE, *Menschenrechtsschutz durch Völkerstrafrecht*, in *ZStW*, 109, 1997, 4, 823.

<sup>135</sup> C. ROXIN, *I compiti futuri della scienza penalistica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 11 s.

# Riflessioni sul principio di offensività nella prospettiva del ‘diritto penale europeo’

MICHELE DURATURO

## ABSTRACT

*The aim of the paper is to analyze whether and how the European Union's criminal law provisions can be considered respectful of the guarantees that underlie, at the national level, the principle of offensiveness. The principle is an indispensable pillar for a liberal criminal law that intends to place a limit on punitive power. European Union sources exert an increasingly significant influence on national criminal law; therefore, the principle of offensiveness today must consider the supranational level, particularly with the growing criminal legislation of the European Union.*

*On the subject of offensiveness, however, 'European criminal law' shows serious shortcomings, leading to significant negative repercussions on the national criminal system, both in terms of system coherence and the function of punishment. In this regard, some possible solutions to curb the security-oriented drift coming from the European Union are outlined.*

SOMMARIO: 1. Premessa: i postulati di partenza. – 1.1. Le influenze del diritto dell'Unione europea sugli ordinamenti giuridici nazionali. – 1.2. Gli obblighi di criminalizzazione europei. – 2. Il bene giuridico come limite al potere punitivo. – 2.1. L'assenza di un catalogo chiuso di beni giuridici europei. – 2.2. (Segue): Gli effetti deleteri sul sistema penale nazionale. – 3. L'imprescindibile ruolo di garanzia del principio di offensività per il sistema penale. – 3.1. L'assenza di un principio di offensività europeo. – 3.2. Il difficile connubio tra i capisaldi di un diritto penale liberale e le tendenze securitarie dell'Unione europea. – 4. Un possibile freno alla deriva securitaria di matrice europea: il ritorno ad una competenza penale realmente indiretta. – 4.1. I controlimiti: l'ultimo baluardo a tutela dei diritti fondamentali.

1. La sempre crescente influenza che le fonti dell'Unione europea esercitano sul diritto nazionale ha finito, inevitabilmente, per coinvolgere anche il diritto penale nel processo di costruzione europea, gettando, così, le basi per la nascita di un ‘diritto penale europeo’.

A tal proposito, è doveroso verificare se e in che modo le disposizioni dell'Unione europea in materia penale possano dirsi rispettose delle garanzie sottese, in sede nazionale, al principio di offensività.

Preliminarmente, è opportuno chiarire quale significato si intende attribuire, in questa sede, ai due termini della questione.

Per quanto riguarda la prima locuzione, è bene, fin da subito, precisare che non esiste un ‘diritto penale europeo’ in senso stretto, se per diritto penale si vuole intendere un sistema normativo composto da norme complete di precetto e sanzione. Esistono, tuttavia, rilevanti forme di influenza, più o meno vincolanti, che l'Unione europea esercita sul diritto penale interno,

funzionali ad uniformare l'esercizio del potere punitivo da parte degli Stati membri, incidendo, in questo modo, sulle scelte politico-criminali dei legislatori nazionali. Per questo motivo, all'espressione 'diritto penale europeo', sembrerebbe preferibile quella di progressiva 'europeizzazione' del diritto penale<sup>1</sup>.

Per quanto riguarda il secondo termine della questione, la concezione dell'offensività che qui si intende assumere a presupposto è quella di un principio di rilevanza costituzionale<sup>2</sup> che, come tale, risulti vincolante per l'intero sistema penale. Infatti, dal riconoscimento del suo fondamento costituzionale discende la duplice funzione che il principio di offensività è idoneo a svolgere.

In primo luogo, in quanto parametro costituzionale, esso costituisce un canone di politica criminale capace di vincolare le scelte del legislatore penale, imponendogli di incriminare solo quelle condotte che, già in astratto, risultino offensive di beni giuridici particolarmente significativi<sup>3</sup>.

In secondo luogo, in quanto criterio ermeneutico, il principio di offensività vincola il giudice, il quale non potrà punire quelle condotte che, in concreto, non abbiano leso o, quantomeno, messo in pericolo il bene giuridico tutelato dalla fattispecie incriminatrice<sup>4</sup>.

Il riferimento è, pertanto, ad una 'lettura forte'<sup>5</sup> del principio di offensività, valorizzato, soprattutto, nel suo indissolubile legame con la categoria del bene giuridico, che ne costituisce il presupposto sia logico che giuridico. Infatti, senza la preliminare individuazione di un catalogo chiuso di beni giuridici, chiari e ben definiti, il discorso sull'offesa perde la propria base strutturale, oltre ad essere inconcepibile già lessicalmente<sup>6</sup>.

Come sottolineato da autorevole dottrina, principio di offensività e bene giuridico sono espressione di quell'esigenza, avvertita sin dalla nascita del diritto penale moderno, "che la legge penale, in mancanza di altri interventi meno incidenti su libertà e personalità individuale, si preoccupi di punire solo quei comportamenti che realmente turbino le condizioni di una pacifica coesistenza in libertà e vengano generalmente avvertiti come tali: risultino, cioè, contrassegnati da dannosità sociale, che si esprime (...) nell'offesa di beni giuridici particolarmente significativi"<sup>7</sup>.

1.1. L'aver aderito ai Trattati istitutivi dell'Unione europea ha fatto sorgere in capo agli Stati membri l'obbligo di rispettare il diritto dell'Unione che, in caso di conflitto, è destinato a

---

<sup>1</sup> Sul punto cfr. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino 2004, 1 ss. e *passim*; V. MASARONE, *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. CAVALIERE – V. MASARONE, Napoli 2018, 15.

<sup>2</sup> Sulla rilevanza costituzionale implicita del principio di offensività v. *infra*, par. 3, nota 73.

<sup>3</sup> Sulla duplice funzione del principio di offensività nel nostro ordinamento giuridico v. V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 242 ss.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> Per una 'lettura forte' del principio di offensività, con particolare riferimento alla c.d. concezione realistica del reato v. C. FIORE, *Il reato impossibile*, Napoli 1959, 1 ss.; ID, *Il principio di offensività*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali*, Milano 1996, 61 ss.; G. NEPPI MODONA, *Il reato impossibile*, Milano 1965, 1 ss.

<sup>6</sup> Cfr. F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale, parte generale*, Padova 2023, 205.

<sup>7</sup> Così S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343.

prevalere<sup>8</sup> sul diritto nazionale, come riconosciuto dalla nostra Corte costituzionale a partire dalla sentenza Granital del 1984<sup>9</sup>. L'unico limite al principio di primazia è rappresentato dal possibile conflitto tra le disposizioni dell'Unione europea ed il c.d. nucleo duro della Costituzione, cioè quell'insieme di disposizioni costituzionali che rappresentano i principi identitari del nostro ordinamento giuridico. In questo caso, il controllo sulla compatibilità torna ad essere accentrato; pertanto, spetterà alla Corte costituzionale accertare, innanzitutto, l'effettivo contrasto e, successivamente, dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale di ratifica dei Trattati, nella parte in cui ha consentito l'ingresso nel nostro ordinamento di disposizioni in contrasto con i principi supremi dell'ordine costituzionale<sup>10</sup>. Si tratta della c.d. teoria dei controlimiti, che troverà per la prima volta concretizzazione nella nota vicenda Taricco<sup>11</sup>.

Come accennato, la sempre crescente influenza delle fonti sovranazionali sul diritto nazionale ha finito per coinvolgere anche il diritto penale nel processo di costruzione europea. Tuttavia, il processo di europeizzazione del potere punitivo ha seguito un *iter* evolutivo particolarmente lungo e, ancora oggi, persistono numerosi dubbi sul legittimo esercizio di competenze penali da parte dell'Unione europea. Essi sono motivati tanto dal c.d. *deficit* democratico<sup>12</sup> che, da sempre, caratterizza gli atti legislativi delle istituzioni dell'Unione, quanto dalle rilevanti frizioni che intercorrono tra il diritto dell'Unione e le garanzie che ruotano attorno alla materia penale.

Ancora agli inizi degli anni Quaranta del secolo scorso, il diritto penale presentava un carattere fortemente autarchico, asserragliato attorno all'*agorà* del parlamento nazionale e poco incline ai condizionamenti provenienti dalle fonti giuridiche sovranazionali<sup>13</sup>. Del resto, la stessa riserva di legge prevista dall'art. 25, co. 2 Cost., era considerata come una *conventio ad*

---

<sup>8</sup> Si tratta del c.d. principio del primato del diritto dell'Unione europea sui diritti nazionali. Tale principio non era contenuto nei Trattati istitutivi delle Comunità europee, né è stato successivamente inserito nel TUE e nel TFUE, così come riformati dal Trattato di Lisbona. Tuttavia, esso risulta espressamente menzionato nelle dichiarazioni allegate all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona (n. 17). Il diritto adottato dall'Unione europea sulla base dei Trattati prevale sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Sul punto cfr. G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. I, ed. III, a cura di P. DE PASQUALE – F. FERRARO, Napoli 2021, 247 ss.

<sup>9</sup> Il principio del primato è stato al centro di un importante scontro tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia, terminato con il riconoscimento, in caso di contrasto, della prevalenza del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale. A tal proposito, si segnalano le principali sentenze che hanno segnato le tappe più significative della disputa tra Corti: sent. Corte cost., 7 marzo 1964, n. 14; sent. CGUE, 15 luglio 1964, C- 6/64, *Costa c. ENEL*; sent. Corte cost., 30 ottobre 1975, n. 232; sent. CGUE, 9 marzo 1976, C- 106/77, *Simmenthal*; sent. Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170. Per la consultazione delle sentenze della Corte costituzionale si rinvia al sito [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>10</sup> Cfr. sent. Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170.

<sup>11</sup> Per alcuni riferimenti bibliografici sul tema v. *infra*, nota n. 120.

<sup>12</sup> Il procedimento legislativo dell'Unione europea ha costantemente visto come protagonista principale il Consiglio dell'Unione europea, organo composto dai ministri competenti per materia dei singoli Stati membri e, pertanto, rappresentante dei poteri esecutivi nazionali; mentre il Parlamento europeo, quale organo rappresentativo dei popoli europei, soprattutto nell'assetto antecedente al Trattato di Lisbona, è apparso confinato in un ruolo secondario. Questo ha fatto sì che il trasferimento di poteri dagli Stati all'Unione europea si traducesse, per il tramite del Consiglio dell'Unione europea, in un trasferimento di poteri dai Parlamenti nazionali ai Governi nazionali. Sul punto v. U. VILLANI, *Il deficit democratico nella formazione delle norme comunitarie*, in *Dir. com. scambi intern.*, 1992, 599 ss.; A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, cit., 29 ss.

<sup>13</sup> Cfr. V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle interazioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012, 6.

*excludendum*<sup>14</sup> che riservava la materia penale alla sola legge nazionale, relegando le influenze sovranazionali a mere eccezioni<sup>15</sup>.

La refrattarietà del diritto penale a superare i confini dello Stato-nazione è dovuta, principalmente, alla circostanza che il potere punitivo rappresenta una diretta espressione della sovranità nazionale; esso, nel dare attuazione alle opzioni politico-criminali, esprime le scelte di valore che caratterizzano l'identità nazionale e culturale di ciascun Paese<sup>16</sup>. È questa la ragione per la quale, da un lato, il diritto penale, più degli altri settori del diritto, soffre i condizionamenti che gli derivano dalle fonti giuridiche sovranazionali, dall'altro, fino a non molti decenni fa, si riteneva esistesse una netta incompatibilità tra il diritto penale e l'aggettivo 'europeo'<sup>17</sup>.

Tuttavia, sebbene le peculiari caratteristiche del diritto penale ne abbiano reso più lenta e difficoltosa l'apertura nei confronti delle fonti europee, non l'hanno impedita. Anche il diritto penale, pertanto, è stato coinvolto in quel processo di metamorfosi del sistema delle fonti che ha segnato la crisi del modello kelseniano, verticale e chiuso, caratterizzato da norme in rapporto gerarchico e dotate di un'efficacia limitata al singolo ordinamento giuridico nazionale, a vantaggio di un sistema di tipo reticolare, orizzontale e aperto, che abbandona la prospettiva autarchica per privilegiare il dialogo tra fonti nazionali e sovranazionali<sup>18</sup>.

In questo contesto di fonti fluide<sup>19</sup>, un ruolo di indubbio rilievo è stato svolto dall'Unione europea che, in quanto organizzazione internazionale tendente a divenire uno Stato federale<sup>20</sup>, è orientata a conseguire sempre maggiori cessioni di sovranità da parte degli Stati membri. Ciò ha portato l'Unione ad ottenere, gradualmente, competenze, sia pure indirette, per l'impiego di sanzioni penali, al fine di tutelare beni ed interessi europei; è stato, così, superato il tradizionale dogma dell'assoluta incompetenza dell'ente sovranazionale in materia penale<sup>21</sup>.

Gli atti dell'Unione europea esercitano, ormai da tempo, significative influenze sul diritto penale nazionale. Tuttavia, è solo con il Trattato di Lisbona che, per la prima volta, si è attribuito un espresso riconoscimento formale alle competenze penali dell'Unione, attraverso la predisposizione di un'apposita base giuridica – di cui tanto si era lamentata l'assenza – che, in modo chiaro ed univoco, assegna agli organi europei il potere di predisporre obblighi di criminalizzazione.

Il riferimento è all'art. 83 TFUE, che ha attribuito all'Unione europea una competenza penale indiretta, funzionale a stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle

---

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> L'apertura al diritto sovranazionale è riscontrabile nelle clausole contenute negli artt. 10, 11 e 117, co. 1, Cost.

<sup>16</sup> Cfr. A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, Torino 2020, 2 e 3.

<sup>17</sup> Cfr. A. BERNARDI, *L'europeizzazione del diritto penale e della scienza penale*, cit., 84 ss.

<sup>18</sup> Cfr. B. PASTORE, *Le fonti e la rete: il principio di legalità rivisitato*, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, a cura di G. BRUNELLI, A. PUGLIOTTO, P. VERONESI, 2009, 33 ss. Sul tema del superamento della tesi tradizionale di un unico sistema chiuso, a favore di un sistema 'a rete' v. anche G. FIANDACA – E. MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 27 ss.

<sup>19</sup> Le mutazioni genetiche del tessuto normativo hanno fatto assumere una posizione di primaria importanza al ruolo del giudice, "ponendolo al cospetto di uno strumentario giuridico originale, sempre *in progress*". Ad oggi, infatti, il giudice nazionale, a differenza del passato, è quotidianamente chiamato a fare applicazione dei Trattati e del diritto derivato dell'Unione europea (regolamenti, direttive, decisioni quadro), nonché del diritto internazionale pattizio, peraltro, costantemente aggiornati dalle decisioni delle Corti competenti. Sul punto v. V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 14 ss.

<sup>20</sup> Cfr. A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 4.

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

sanzioni, per il tramite di direttive adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio mediante la procedura legislativa ordinaria (di codecisione)<sup>22</sup>.

Ed è proprio in riferimento a questi obblighi di criminalizzazione europei che si rende necessario verificare la loro rispondenza alle garanzie che, in sede nazionale, sono sottese al principio di offensività, poiché, sebbene, anche dopo il Trattato di Lisbona, la competenza penale dell'Unione europea sia solo indiretta<sup>23</sup>, le influenze che essa è in grado di esercitare sulle scelte di politica criminale dei legislatori nazionali risultano particolarmente significative. Infatti, in presenza di direttive di armonizzazione, i legislatori nazionali, se non vogliono incorrere in una procedura di infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia, sono obbligati a fare proprie le valutazioni di necessità della sanzione penale compiute dall'Unione europea.

Se ne deduce come, in presenza di direttive europee in materia penale, le scelte circa i possibili oggetti di tutela penale e la meritevolezza della pena si spostino dal piano nazionale a quello sovranazionale, segnando un'importante erosione della discrezionalità delle autorità nazionali, sempre più spesso chiamate solo a tradurre in fattispecie incriminatrici le indicazioni provenienti dall'ente sovranazionale. L'erosione è ancora più evidente se si considera che, una volta che il legislatore nazionale abbia adempiuto agli obblighi di incriminazione provenienti dall'Unione europea, non sarà più libero, in futuro, di tornare sui propri passi, poiché, un'eventuale legge di depenalizzazione si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione, il quale, in forza del principio di primazia, è destinato a prevalere su quello nazionale<sup>24</sup>.

Questa particolare incisività degli atti legislativi europei sul diritto penale nazionale rende indispensabile per l'odierno penalista sottoporre ad analisi critica tali atti, al fine di accertarne la rispondenza ai fondamentali canoni garantistici che ruotano attorno alla materia penale, il cui rispetto rappresenta *condicio sine qua non* per un legittimo utilizzo del potere punitivo<sup>25</sup>.

Infatti, qualora dovesse constatarsi che gli atti di derivazione europea non risultino rispettosi delle garanzie sottese al principio di offensività, il legislatore nazionale si troverebbe di fronte alla scelta se disattendere il diritto dell'Unione europea o i principi normativi costituzionali del nostro

---

<sup>22</sup> L'art. 83 TFUE ha riconosciuto all'Unione europea una competenza penale c.d. autonoma ed una competenza penale c.d. accessoria. La prima è disciplinata dal par. 1 dell'articolo in esame ed attribuisce all'Unione il potere di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità caratterizzate dalla particolare gravità e dal rilievo transnazionale. Il medesimo articolo fornisce un elenco di sfere di criminalità da considerarsi non tassativo, in quanto suscettibile di ampliamento mediante decisione adottata dal Consiglio all'unanimità, previa approvazione da parte del Parlamento europeo. La competenza penale accessoria, invece, è disciplinata dal par. 2 del medesimo articolo e prevede la possibilità per l'Unione europea di emanare direttive di armonizzazione in materia penale «allorché il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri in materia penale si riveli indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione». Quest'ultima competenza è stata ampiamente criticata in dottrina, poiché, non essendo limitata *ratione materiae*, rischia di estendere in modo incontrollato la competenza penale dell'Unione europea, fino a ricomprendervi ogni settore che sia stato oggetto di un precedente intervento da parte dell'ente sovranazionale.

<sup>23</sup> Gli atti dell'Unione europea in materia penale non contemplano il momento della concreta irrogazione ed esecuzione della pena e, pertanto, non hanno quali diretti destinatari i singoli individui, bensì i legislatori nazionali. Le direttive europee di armonizzazione, infatti, per poter avere efficacia nei confronti dei singoli, necessitano di una legge di attuazione interna. Cfr. R. SICURELLA, *Questioni di metodo nella costruzione di una teoria delle competenze dell'Unione europea in materia penale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, vol. IV, Napoli 2011, 2570 ss.

<sup>24</sup> Cfr. V. MASARONE, *Il "diritto penale europeo" al vaglio dell'offensività: fondamento ed esiti*, in *Arch. pen.*, 1/2019, 12.

<sup>25</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche: tra fonti europee e Costituzione italiana*, in *Dir. pen. e processo*, 8/2012, 927.

ordinamento giuridico. Il rischio, in questo caso, è che dal diritto sovranazionale, in nome dell'armonizzazione, giungano gli impulsi per un appiattimento delle garanzie costituzionali del nostro sistema penale.

1.2. L'assenza di una base giuridica idonea non ha impedito all'Unione europea, già prima del Trattato di Lisbona, di esercitare diverse forme di influenza sul diritto penale nazionale, predisponendo obblighi di incriminazione, al fine di garantire omogeneità nella risposta sanzionatoria apprestata dai singoli Stati membri per la tutela degli interessi europei avvertiti come maggiormente rilevanti<sup>26</sup>.

Questa fase iniziale del processo di europeizzazione del diritto penale è stata resa possibile grazie al ruolo propulsivo esercitato dalla Corte di Giustizia nell'interpretazione di alcuni importanti principi presenti nei Trattati. Il riferimento è, in particolare, al principio di leale cooperazione, in origine denominato di fedeltà comunitaria, attualmente contenuto nell'art. 4, par. 3 TUE, che, in ragione del rispetto e dell'assistenza reciproca cui sono tenuti l'Unione e gli Stati membri nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati, impone a questi ultimi di «adottare ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione». Ebbene, proprio in riferimento a questo dovere di adottare ogni misura di carattere tanto generale quanto particolare, per garantire la corretta esecuzione degli obblighi sovranazionali, si è avuto un mutamento giurisprudenziale che ha segnato un passaggio di primaria importanza per l'acquisizione di competenze in materia penale da parte, prima, delle Comunità e, poi, dell'Unione europea.

Infatti, fino alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, la Corte di Giustizia ha sempre ritenuto che i c.d. obblighi di tutela avessero natura generica: gli Stati membri erano tenuti a garantire l'utile raggiungimento degli obiettivi dell'Unione, ma restavano liberi di scegliere le modalità di intervento e, quindi, anche la tipologia di sanzione, la quale poteva avere tanto natura amministrativa quanto natura penale<sup>27</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale è mutato a partire dalla c.d. sentenza del mais greco del 1989, nella quale la Corte di Giustizia ebbe modo di precisare, secondo un orientamento ancora oggi vigente, che dal principio di leale cooperazione possono derivare per gli Stati membri anche obblighi sanzionatori di carattere necessariamente penale, in quanto le più gravi violazioni degli interessi comunitari devono essere punite con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive<sup>28</sup>; orientamento successivamente ribadito anche nell'importante sentenza del 13 settembre 2005 in materia di tutela dell'ambiente<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Cfr. V. MASARONE, *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, cit., 15 ss.

<sup>27</sup> Cfr. V. MANES – M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo: fonti, metodi, istituti, casi*, Torino 2020, 31 ss.

<sup>28</sup> Cfr. sent. CGUE, 21 settembre 1989, C- 68/88, *Commissione c. Repubblica ellenica*. La Corte di Giustizia giunge a sancire la possibilità di obblighi sanzionatori di carattere necessariamente penale mediante la scomposizione del principio di leale cooperazione nei due sotto-principi di assimilazione e di proporzionalità.

<sup>29</sup> Sent. CGUE, Grande Sezione, 13 settembre 2005, C – 176/03, *Commissione c. Consiglio dell'Unione europea*.

Si transita, così, per il tramite della giurisprudenza della Corte di Giustizia, dai meri obblighi di tutela ‘generica’ a dei veri e propri obblighi di tutela penale che gli Stati membri sono tenuti a rispettare per non incorrere nella procedura di infrazione<sup>30</sup>.

Il percorso appena delineato, che ha portato all’affermazione degli obblighi di criminalizzazione di fonte europea, ha conosciuto una nuova ed importante fase con l’adozione del Trattato di Lisbona. Quest’ultimo, infatti, ha segnato una svolta epocale nei rapporti tra Stati membri ed Unione europea in riferimento all’esercizio delle competenze in materia penale da parte delle istituzioni europee.

In particolare, l’art. 83 TFUE, sancendo il primo espresso riconoscimento formale di una competenza penale indiretta dell’Unione europea, ha consentito di superare quel carattere di eccezionalità che aveva caratterizzato gli interventi in materia penale della precedente Unione divisa in pilastri, ed ha assegnato, in questo modo, alla politica criminale una propria collocazione ordinaria nel processo di costruzione europea<sup>31</sup>. Nel fare ciò, il Trattato di Lisbona ha completato la c.d. comunitarizzazione del terzo pilastro, affidando alle direttive, adottate dal Parlamento europeo e dal Consiglio mediante la procedura legislativa ordinaria (di codecisione), il compito di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni<sup>32</sup>.

2. Il perno su cui ruota un diritto penale dell’offesa è l’oggetto giuridico della tutela penale, cioè il bene o l’interesse tutelato dalla norma incriminatrice, che rappresenta il presupposto logico del principio di offensività, poiché in tanto è possibile costruire un diritto penale orientato all’offensività, in quanto risulti anzitutto chiaro quali siano gli interessi meritevoli di tutela penale<sup>33</sup>.

Dal momento che la sanzione penale rappresenta la più grave limitazione che lo Stato esercita sulla libertà personale dell’individuo, bene al quale la nostra Costituzione attribuisce un valore primario e che trova garanzia costituzionale nell’art. 13 Cost., è fondamentale, al fine di un corretto esercizio del potere punitivo, che il diritto penale circoscriva il proprio intervento alla tutela di quei beni giuridici che sono avvertiti come particolarmente significativi<sup>34</sup>. Si tratta del c.d. *argumentum libertatis*: dal ruolo preminente che la Costituzione attribuisce alla libertà personale all’interno della scala di valori, discende il carattere di *extrema ratio* che la sanzione penale deve necessariamente avere per poter essere legittima. In altri termini, la sanzione penale non può essere utilizzata per tutelare qualunque bene o interesse, ma, poiché essa incide negativamente sul bene posto al vertice dei valori tutelati dalla nostra Carta dei diritti fondamentali, deve essere circoscritta alla tutela di quei beni che risultino comparabili alla libertà personale, cioè,

---

<sup>30</sup> Cfr. A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 74 e 75.

<sup>31</sup> Cfr. G. M. GIACOMINI, *Il diritto europeo e la sua rilevanza politico-sociale: la fiducia reciproca e l’evoluzione dei rapporti tra il diritto europeo e il diritto penale nazionale. Dalla sentenza della Corte di Giustizia 11/06/87, Pretore di Salò (C-14/86), al Regolamento (UE) 2017/1939 che ha istituito la Procura europea (EPPO)*, in *Politica del diritto*, 1/2022, 53 ss.; R. SICURELLA, *Il diritto penale europeo dopo Lisbona. Dall’”ossimoro polisenso” al diritto penale di un sistema di ordinamenti integrati. Ancora a metà del guado*, in *Arch. pen.*, 1/2021, 2 ss.

<sup>32</sup> Cfr. V. MASARONE, *Rapporti tra diritto penale e fonti europee*, cit., 9 ss.

<sup>33</sup> Cfr. F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale, parte generale*, cit., 194.

<sup>34</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343.

unicamente quei beni che trovino, anch'essi, un riconoscimento esplicito o implicito nella Costituzione<sup>35</sup>.

Proprio la necessità di circoscrivere i possibili oggetti di tutela penale ha fatto sì che la categoria del bene giuridico, nel corso del tempo, assumesse un ruolo di “pietra angolare”<sup>36</sup> nella formulazione dell'illecito penale, in quanto, accanto alla tradizionale funzione dommatico-interpretativa, si è venuta a delineare la c.d. funzione critica del bene giuridico, che ha elevato la categoria in esame a criterio di politica criminale, preesistente rispetto alle scelte del legislatore e, pertanto, in grado di limitarne la potestà nella creazione di fattispecie incriminatrici<sup>37</sup>.

La funzione critica del bene giuridico è stata oggetto di numerose interpretazioni che, in alcuni casi, hanno cercato di limitarne la spiccata funzione di garanzia, fornendo una ‘lettura debole’ della categoria e, di conseguenza, del principio di offensività: si pensi, ad esempio, all'opinione di chi ha ritenuto che la Costituzione dovesse rappresentare per il legislatore un mero limite negativo<sup>38</sup>; oppure, a quella di chi ha obiettato che considerare la categoria del bene giuridico come *numerus clausus*, avrebbe dato vita ad una categoria statica, storicamente datata ed incapace di soddisfare le nuove esigenze di tutela provenienti dall'evoluzione della realtà sociale<sup>39</sup>.

Del resto, il moderno legislatore penale sembra sempre più orientato verso logiche di pan-penalizzazione e di eccessiva anticipazione della tutela penale, nell'illusoria convinzione che la minaccia della sanzione penale basti per poter garantire una maggiore sicurezza ed una maggiore fiducia nelle istituzioni, mostrando, al contrario, poca sensibilità ed interesse per la tutela dei diritti fondamentali nei confronti del potere punitivo. Più precisamente, l'attuale diritto penale sembrerebbe prediligere l'esigenza, tutta pragmatica, dell'efficienza del controllo, sacrificando una rigida difesa dei fondamentali principi di garanzia, i quali, trascendendo dal periodo storico e politico di riferimento, assicurano la coerenza dell'intero sistema penale<sup>40</sup>.

Dunque, non deve sorprendere se, di fronte ad un diritto penale sempre più emergenziale, alcuni dei più illustri esponenti dell'ala maggiormente garantista della dottrina penalistica italiana, abbiano iniziato ad interrogarsi sul possibile superamento della categoria del bene giuridico, quantomeno nella sua funzione di limite per il legislatore nelle scelte di politica criminale<sup>41</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, vol. XIX, Torino 1973, 16 ss.

<sup>36</sup> L'espressione è di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, 5.

<sup>37</sup> S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 344.

<sup>38</sup> V. in particolare P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, Padova 1982, 49 ss. Secondo i fautori di questa teoria, pur essendo indubbio che i beni tutelati dalla Costituzione individuino gli ‘interessi primari’ di una determinata società, tuttavia, deve considerarsi legittima anche l'incriminazione di altri interessi che, pur non essendo garantiti dalla Costituzione, siano avvertiti come rilevanti. Dunque, il legislatore è libero di servirsi della sanzione penale per la tutela di qualsiasi interesse, purché – ed è qui che si evince la funzione negativa della Costituzione – l'incriminazione di questi interessi non risulti in contrasto con i diritti sanciti nella Carta dei diritti fondamentali.

<sup>39</sup> Cfr. F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale, parte generale*, cit., 199 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino 2016, 70 ss.; G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino 2014, 1 ss.

<sup>40</sup> S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 345 e 346.

<sup>41</sup> V. in particolare G. FIANDACA, *Sul bene giuridico*, cit., 64. Secondo l'Autore, imporre al legislatore delle concezioni precostituite del bene giuridico, al fine di vincolarne ed orientarne la discrezionalità, contrasterebbe con il principio democratico. Tuttavia, l'illustre Autore, pur evidenziando i limiti della categoria del bene giuridico, finisce con il riconoscere che risulta difficile superare il bene giuridico come criterio dogmatico-interpretativo, a causa dell'assenza di “validi strumenti concettuali” con i quali poterlo sostituire. G. FIANDACA, *op. ult. cit.*, 151. Per un'autorevole proposta dottrinale orientata a sostituire la tutela penale dei beni giuridici con la tutela penale dei diritti v. F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritti della persona*, in *Sistema penale*, 13 marzo 2023, 1 ss.

In proposito, è possibile osservare che sono proprio le maggiori difficoltà che il diritto penale moderno riscontra nel garantire i canoni fondamentali di un diritto penale da Stato sociale di diritto ad imporre la necessità di recuperare, mediante il richiamo ai principi costituzionali, una funzione critica del bene giuridico che risulti effettiva e piena, così da poter agevolare anche la valorizzazione di una ‘lettura forte’ del principio di offensività<sup>42</sup>.

Infatti, per poter garantire un diritto penale orientato all’*extrema ratio*, è imprescindibile riportare al centro del sistema il bene giuridico nella sua funzione di limite ‘effettivo’ alle scelte di criminalizzazione del legislatore. L’oggetto della tutela penale deve essere limitato ad un catalogo chiuso di beni e interessi, il cui criterio di individuazione deve essere rinvenuto nella Costituzione, che, secondo l’insegnamento di Franco Bricola, rappresenta fondamento e limite del potere punitivo. Viceversa, qualora, in nome di una maggiore democraticità del sistema, si lasciasse alla piena discrezionalità del legislatore la scelta dei beni giuridici tutelabili, si spalancherebbe la strada ad un’espansione incontrollata dell’area del penalmente rilevante, preferendo alla Costituzione – espressione dei valori fondanti e condivisi del nostro Stato – la mutevole maggioranza parlamentare<sup>43</sup>.

Del resto, la necessità di circoscrivere l’oggetto di tutela penale ai soli beni giuridici di rilevanza costituzionale (diretta o indiretta), lungi dall’essere mera ostinazione teorica della dottrina maggiormente attenta ai principi fondamentali, è imposta non solo dall’art. 13 Cost., ma anche dalla funzione rieducativa della pena ex art. 27, co. 3 Cost. Come osservato da autorevole dottrina, l’indiscutibile dannosità sociale della condotta è il presupposto affinché, “da un lato, la generalità dei consociati possa approvare la criminalizzazione di un fatto e, d’altro canto, il singolo possa legittimamente, nonché, eventualmente, con proficuità essere avviato al recupero sociale”<sup>44</sup>. La risocializzazione richiede che il soggetto percepisca l’antisocialità della propria condotta; in caso contrario, se si continua ad utilizzare il diritto penale in chiave di pura deterrenza, come strumento per garantire l’ordine sociale ed il consenso politico, la sanzione penale diventa strumento di ulteriore desocializzazione<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> In realtà, l’eccessiva rigidità contestata alla teoria di Bricola, colpevole di restringere eccessivamente l’area dei legittimi oggetti di tutela penale, era stata affrontata dallo stesso Autore, il quale non escludeva che la tutela penale fosse estensibile anche a quei beni che trovino nella Costituzione un riconoscimento implicito: “l’illecito penale può ledere un valore privo di rilievo costituzionale, ma legato ad un valore costituzionale da un rapporto di presupposizione necessaria; talché, cioè, la lesione del primo sia necessariamente ed inequivocabilmente idonea a mettere in pericolo il secondo”. (F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 16) La possibilità di estendere la tutela penale anche ai beni di rilevanza costituzionale implicita, renderebbe meno rigida la teoria di Bricola, proiettandola in una dimensione non assoluta.

<sup>43</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell’offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, in *Costituzione, diritto e processo penale*, a cura di G. GIOSTRA – G. INSOLERA, Milano 1998, 151 ss.

<sup>44</sup> S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela delle funzioni*, cit., 343 e 344.

<sup>45</sup> S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli 1992, 112 ss. Come sottolineato dall’Autore, la tendenza all’ipertrofia finisce per svilire lo stesso diritto penale in termini di efficacia e credibilità. Infatti, a meno che non si voglia incorrere in ulteriori forme di illegittimità, derivanti dalla violazione dei principi di ragionevolezza e personalità della responsabilità penale, deve sempre esserci proporzione tra illecito e sanzione. Pertanto, tutte le volte in cui il legislatore si serve del diritto penale per punire condotte che non risultino caratterizzate da una dannosità sociale particolarmente significativa, la sanzione penale applicata non potrà che essere ‘mite’ – è il caso della sanzione pecuniaria – legittimando, così, un utilizzo puramente simbolico del diritto penale. Al contrario, uno Stato sociale di diritto dovrebbe, innanzitutto, preoccuparsi di garantire i diritti fondamentali dei propri cittadini dal potere punitivo, ricorrendo alla sanzione penale come *extrema ratio*.

2.1. Il tema delle garanzie che devono presidiare l'esercizio del potere punitivo è fortemente collegato al tema dei valori che una determinata comunità decide di riconoscere e tutelare. Questi valori, sul piano nazionale, trovano piena espressione e tutela nella nostra Costituzione, che, in quanto fonte sovraordinata, limita il potere discrezionale del legislatore, garantendo che l'intero ordinamento giuridico risulti coerente con i principi in essa sanciti. Il legislatore, pertanto, è libero di esercitare la propria discrezionalità, purché non travalichi il perimetro segnato dai principi fondamentali<sup>46</sup>.

Il sistema così delineato trova la sua principale garanzia nella Corte costituzionale, chiamata a vigilare sul rispetto dei principi fondamentali e ad espungere dall'ordinamento quegli atti legislativi che, pur rappresentando legittimo esercizio del potere legislativo, risultino in contrasto con le garanzie costituzionali.

Ebbene, il principale motivo in ragione del quale non è possibile rinvenire, anche in sede europea, un catalogo chiuso di beni giuridici e, di conseguenza, una loro funzione critica, è rappresentato proprio dall'assenza di un contesto costituzionale 'forte'<sup>47</sup> che sia in grado di vincolare il legislatore europeo al rispetto dei principi fondamentali in essa garantiti<sup>48</sup>. La presenza di una Costituzione, quale fonte sovraordinata e vincolante, rappresenta, infatti, una condizione indispensabile per limitare l'area di intervento del diritto penale ad un catalogo chiuso di beni giuridici, il cui criterio di individuazione sia rappresentato dalla rilevanza costituzionale del bene o interesse tutelato.

Infatti, sebbene anche l'Unione europea, con l'adozione della c.d. Carta di Nizza, abbia avvertito, ormai da tempo, l'esigenza di affermare un proprio contesto valoriale caratterizzato dal rilievo centrale attribuito alla persona<sup>49</sup>, tuttavia, i principi in essa sanciti non sono mai stati elevati a valori di 'rango costituzionale', in quanto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea non è stata riconosciuta la qualifica di fonte sovraordinata; al contrario, essa ha lo stesso valore giuridico dei Trattati<sup>50</sup>. Inoltre, non appare risolutivo neppure l'art. 6, par. 3 TUE, che qualifica come principi generali del diritto dell'Unione le «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri». Il riferimento è, infatti, alle tradizioni 'comuni', con la conseguente esclusione di tutti quei principi fondamentali – tra i quali rientra certamente il principio di offensività – che appartengono alle tradizioni solo di taluni Stati membri<sup>51</sup>.

Se ne deduce che, nell'ordinamento giuridico dell'Unione, il bene giuridico non rappresenta un limite al potere punitivo, ma, al contrario, purché lo voglia il legislatore europeo, qualunque bene o interesse può costituire legittimo oggetto di tutela penale e, se in linea con la necessità di

---

<sup>46</sup> Cfr. G. PANEBIANCO, *La variabile consistenza delle garanzie penali nella politica criminale europea*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4/2016, 1727 ss.

<sup>47</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano 2005, 458. Sul punto v. anche M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, in *Verso un codice penale modello per l'Europa. Offensività e colpevolezza*, a cura di A. CADOPPI, Padova 2002, 110 ss.

<sup>48</sup> Cfr. V. MASARONE, *Il "diritto penale europeo" al vaglio dell'offensività*, cit., 8 ss.

<sup>49</sup> A seguito dell'adozione del Trattato di Lisbona, la tutela della persona ha trovato pieno riconoscimento anche nell'art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze (...).»

<sup>50</sup> V. art. 6, par. 1 TUE.

<sup>51</sup> Cfr. V. MASARONE, *Il "diritto penale europeo" al vaglio dell'offensività*, cit., 13.

conseguire gli obiettivi dei Trattati, si potrà ricorrere alla sanzione penale anche in funzione meramente sanzionatoria o simbolica<sup>52</sup>.

2.2. L'assenza di un catalogo chiuso di beni giuridici europei non può che riflettersi negativamente sul sistema penale nazionale.

Come già accennato, il Trattato di Lisbona ha conferito all'Unione europea una duplice competenza in materia penale: una competenza di natura autonoma ed una competenza di natura accessoria.

La c.d. competenza penale autonoma, disciplinata dall'art. 83, par. 1 TFUE<sup>53</sup>, consente al Parlamento europeo ed al Consiglio di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in sfere di criminalità che risultino caratterizzate dalla particolare gravità delle condotte e dalla dimensione transnazionale<sup>54</sup>. Si tratta, dunque, di una competenza penale individuata *ratione materiae*, la quale non può dirsi esente da critiche sotto il profilo delle garanzie che dovrebbero presidiare la materia penale.

Se si considera, infatti, da un lato, l'eccessiva vaghezza delle materie che la disposizione riserva all'Unione europea, dall'altro, l'assenza di un catalogo chiuso di beni giuridici europei, si può agevolmente constatare come la citata disposizione rischi di ricondurre nella sfera di competenza penale dell'Unione una serie illimitata di possibili incriminazioni; si pensi, ad esempio, alle materie del terrorismo e della criminalità informatica che, a seconda di come vengano interpretate, possono ricomprendere anche condotte prive di ogni attitudine offensiva di beni giuridici.

L'elenco fornito dalla disposizione in esame non risulta idoneo a circoscrivere l'intervento penale e ciò è ancora più evidente se si considera che il principio di sussidiarietà europea<sup>55</sup>, disciplinato dall'art. 5, par. 3 TUE, impone che, nei settori che non sono di competenza esclusiva dell'Unione, quest'ultima intervenga esclusivamente per conseguire quegli obiettivi che non potrebbero essere utilmente raggiunti autonomamente dagli Stati membri; pertanto, l'intervento dell'Unione dovrebbe rappresentare l'eccezione e non la regola<sup>56</sup>. Al contrario, il legislatore europeo, in riferimento alle materie elencate dall'art. 83, par. 1, co. 2 TFUE e sempre che ricorrano i presupposti della particolare gravità e del rilievo transnazionale, sembrerebbe aver operato a monte, in sede di redazione del Trattato, la valutazione concernente l'opportunità di riservare tali materie alla competenza dell'Unione, rendendo, pertanto, i presupposti summenzionati veri e propri criteri di legittimazione dell'intervento sovranazionale<sup>57</sup>.

Ancora più problematica risulta essere la c.d. competenza penale accessoria, di cui all'art. 83, par. 2 TFUE<sup>58</sup>, che consente all'Unione europea di emanare direttive in materia penale in tutti

---

<sup>52</sup> *Ivi*, 10 ss.

<sup>53</sup> V. *supra*, nota n. 22.

<sup>54</sup> Come stabilito dallo stesso art. 83 TFUE, la dimensione transnazionale può essere desunta dal carattere o dalle implicazioni di tali reati, oppure da una particolare necessità di combatterli su base comune.

<sup>55</sup> Sul possibile contrasto tra il 'principio di sussidiarietà comunitaria' ed il principio interno di sussidiarietà penale v. M. DONINI, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 118 ss.

<sup>56</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Questioni di metodo*, cit., 2605 ss.

<sup>57</sup> Cfr. V. MASARONE, *Politica criminale e diritto penale nel contrasto al terrorismo internazionale. Tra normativa interna, europea ed internazionale*, Napoli 2013, 158 ss.

<sup>58</sup> V. *supra*, nota n. 22.

quei settori che sono già stati oggetto di misure di armonizzazione, purché il ravvicinamento delle disposizioni legislative degli Stati membri in materia penale si riveli «indispensabile» per garantire l'attuazione efficace delle politiche europee<sup>59</sup>. In altri termini, in virtù di questa competenza, l'Unione può imporre agli Stati l'utilizzo di sanzioni penali al fine di garantire l'utile raggiungimento degli obiettivi europei individuati con precedenti disposizioni di natura extra-penale.

Questa seconda tipologia di competenza penale mette in luce, chiaramente, come l'Unione europea si serva della sanzione penale, secondo una prospettiva di pura deterrenza, al fine di tutelare i precetti, piuttosto che i beni giuridici. Infatti, il giudizio di 'indispensabilità' della sanzione penale, unico concreto limite all'espansione di tale competenza, non deve essere orientato alla tutela dei beni giuridici, bensì all'utile raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalle disposizioni europee precedentemente emanate, dando luogo, così, ad un ingiustificato utilizzo promozionale della sanzione penale<sup>60</sup>.

Dalle considerazioni svolte, emerge come la normativa dell'Unione europea “non parte dal bene giuridico quale criterio di legittimazione negativa e di selezione del penalmente rilevante, non impiega cioè il bene giuridico in chiave ideologica o critica”<sup>61</sup>. Senza alcun limite al potere discrezionale del legislatore europeo, il rischio è che le direttive penali europee impongano ai legislatori nazionali l'utilizzo della sanzione penale anche per la tutela di materie, quali, ad esempio, la concorrenza nel mercato, la protezione dei consumatori, gli interessi fiscali dell'Unione, che, ancora oggi, costituiscono il nucleo essenziale delle politiche europee, ma che, al contrario, possono non essere ritenute legittimi oggetti di tutela penale dai singoli ordinamenti giuridici<sup>62</sup>.

È innegabile che il concetto di bene giuridico, soprattutto nella funzione di limite al potere punitivo, sia attualmente messo in discussione da più parti, anche nel contesto dottrinale italiano. Tuttavia, il totale svilimento della funzione critica del bene giuridico che si registra nella dimensione giuridica europea, sembrerebbe riportarci indietro di oltre cento anni, quando, anche nel nostro ordinamento giuridico, imperavano le c.d. concezioni metodologiche. In seno a queste ultime, il bene giuridico veniva spogliato di qualunque funzione critica e, quindi, di limite al potere punitivo, finendo per essere identificato con lo scopo della norma, ovvero con la *ratio legis*.

Purché il legislatore lo volesse, qualunque bene o interesse poteva essere identificato come un legittimo oggetto di tutela penale, in quanto si riteneva fossero le stesse fattispecie incriminatrici a creare *ex se* il proprio oggetto giuridico. Servendoci delle parole di uno dei massimi esponenti delle concezioni in esame, possiamo così sintetizzare: “accertare quale è il bene e l'interesse leso

---

<sup>59</sup> Cfr. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont.*, 1/2012, 46 ss.

<sup>60</sup> Cfr. C. SOTIS, *Il Trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 3/2010, 1155; A. MASSARO, *Appunti di diritto penale europeo*, cit., 78 ss.

<sup>61</sup> A. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme degli orientamenti politico-criminali emergenti dalla normativa europea in materia penale*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. CAVALIERE – V. MASARONE, cit., 404 ss.

<sup>62</sup> Cfr. C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa 2009, 272 ss.

o minacciato da un dato reato, significa null'altro che accertare lo scopo che la legge penale si propone di raggiungere vietando sotto minaccia di pena una determinata azione o omissione"<sup>63</sup>.

Tali concezioni sono state ormai ampiamente superate a causa, soprattutto, del loro "positivismo senza limiti"<sup>64</sup>, capace di dare vita ad un diritto penale manipolabile e suscettibile di essere riempito dei contenuti più disparati, con la possibilità di estendere indefinitamente l'area del penalmente rilevante<sup>65</sup>.

Ribadita, dunque, l'importanza della funzione critica del bene giuridico, al fine di impedire un effetto di pan-penalizzazione proveniente dalla realtà sovranazionale, asservendo la tutela della persona ad esigenze di sicurezza, si rende necessario, anche in sede europea, individuare solidi e precisi interessi giuridici, concretamente aggredibili e meritevoli di tutela, che siano preesistenti alle scelte del legislatore europeo e capaci di vincolare quest'ultimo nelle opzioni di politica criminale.

I valori dello Stato sociale di diritto impongono l'adozione di provvedimenti normativi ispirati ai parametri di razionalità, garanzia ed efficienza: ciò vuol dire preoccuparsi, innanzitutto, di tutelare la libertà e la personalità dei singoli nei confronti del potere punitivo, evitando di strumentalizzare l'individuo per finalità di prevenzione generale. La sanzione penale è solo uno dei possibili strumenti di tutela dei beni giuridici e, coerentemente con il principio di sussidiarietà dell'intervento penale, va utilizzata come *extrema ratio*<sup>66</sup>.

3. Possiamo definire l'offensività come quel principio che induce a ravvisare il nucleo centrale del reato nella lesione o messa in pericolo di uno o più beni giuridici<sup>67</sup>. In forza del principio di offensività, l'offesa di un bene giuridico assurge a elemento costitutivo del fatto penalmente rilevante; l'applicazione della sanzione penale deve essere limitata a quei soli fatti idonei a comportare, per i beni protetti dall'ordinamento giuridico, un'effettiva minaccia, che si sostanzia nella lesione o, almeno, nella messa in pericolo concreto dello specifico interesse tutelato dalla fattispecie incriminatrice. Ne consegue, dunque, che la punibilità non può ritenersi estesa a quei fatti che, pur essendo, in astratto, conformi alla fattispecie incriminatrice, risultino, tuttavia, privi di ogni attitudine offensiva<sup>68</sup>.

Si tratta di un principio indissolubilmente legato al concetto di bene giuridico, che ne costituisce il presupposto sia logico che giuridico. Infatti, il giudizio di necessaria lesività del fatto deve avere come termini di riferimento due elementi: da un lato, il bene, l'interesse tutelato dalla disposizione; dall'altro, il fatto astrattamente sussumibile nella fattispecie incriminatrice<sup>69</sup>.

Si registra una vera e propria osmosi tra bene giuridico e principio di offensività<sup>70</sup>. Per cui, sminuire il ruolo del bene giuridico, privilegiando categorie di beni mutevoli e vaghi come, ad

---

<sup>63</sup> A. ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino 1913, 444.

<sup>64</sup> L'espressione è di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit., 29.

<sup>65</sup> Cfr. *ivi*, 30 ss.

<sup>66</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., 921 ss.

<sup>67</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Bologna 2019, 165 ss.

<sup>68</sup> Cfr. C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, Milano 2020, 322 ss.

<sup>69</sup> Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., 62.

<sup>70</sup> Cfr. F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale, parte generale*, cit., 205.

esempio, l'ordine pubblico e la sicurezza<sup>71</sup>, oppure, addirittura, invocando un superamento dell'intera categoria, in nome di una maggiore democraticità nelle scelte di politica criminale, equivale a svilire lo stesso principio di offensività, spalancando le porte ad un diritto penale di natura sempre più soggettivistica<sup>72</sup>.

Nell'ordinamento giuridico italiano, al principio di offensività, che non trova un espresso riferimento in Costituzione, è ormai unanimemente riconosciuto fondamento costituzionale implicito<sup>73</sup> da parte della dottrina<sup>74</sup>. L'appiglio testuale, seguendo una visione di tipo sistematico, è stato individuato non solo nell'art. 25, co. 2 Cost., ma anche negli artt. 2, 3, 27, co. 1 e 3, 13, Cost. Infatti, incidere negativamente sulla libertà personale dell'individuo, al fine di tutelare condotte che non offendano beni giuridici particolarmente significativi, si pone in evidente contrasto anche con i principi di proporzionalità, di tutela della dignità e dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>75</sup> e, soprattutto, con la funzione rieducativa della pena. Un soggetto che, con la propria condotta, non abbia arrecato alcuna minaccia agli interessi protetti dall'ordinamento, non necessita di rieducazione; pertanto, la sanzione verrebbe applicata in funzione di mera retribuzione<sup>76</sup>.

Come già accennato, dal riconoscimento del rilievo costituzionale del principio di offensività discende la duplice funzione<sup>77</sup> che quest'ultimo è idoneo a svolgere nel nostro ordinamento. In primo luogo, il parametro costituzionale di offensività, in quanto proveniente, sia pure implicitamente, da fonte sovraordinata, costituisce un canone di politica criminale del quale il

---

<sup>71</sup> Sulla sicurezza, quale controverso oggetto di tutela penale, v. F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno fra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli 2020, *passim*; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, *passim*. Inoltre, v. S. MOCCIA, *Alcune riflessioni su sicurezza e controllo penale*, in *Questione meridionale e questione criminale*, a cura di A. BEVERE, Napoli 2007, 117 ss.; A. CAVALIERE, *Può la 'sicurezza' costituire un bene giuridico o una funzione del diritto penale?*, in *Crit. dir.*, 2009, 43 ss.

<sup>72</sup> Cfr. M. DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, n. 4/2013, 4 ss.

<sup>73</sup> Sul punto v. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 81 ss. Nello stesso senso v. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, cit., 61 ss.; G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 164 ss.; C. FIORE – S. FIORE, *Diritto penale, parte generale*, cit., 322 ss.; F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale, parte generale*, cit., 186 ss.; A. CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., 133 ss.; M. DONINI, *Il principio di offensività*, cit., 1 ss. Per la giurisprudenza costituzionale si segnalano: sent. Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360, sent. Corte cost., 11 luglio 2000, n. 263, sent. Corte cost., 20 giugno 2008, n. 225.

<sup>74</sup> Al riconoscimento unanime del fondamento costituzionale implicito non segue, però, in dottrina unanimità di vedute circa il ruolo che il principio costituzionale di offensività debba ricoprire nel nostro sistema giuridico. Autorevole dottrina ne ammette la derogabilità per la prevenzione di offese a beni primari, in un'ottica, non condivisibile, di bilanciamento tra rispetto dei principi del diritto penale ed esigenze di prevenzione. Sul punto v. F. MANTOVANI – G. FLORA, *Diritto penale, parte generale*, cit., 187 e 188. Altra parte della dottrina respinge una lettura forte dell'offensività, poiché, limitando notevolmente le scelte di politica criminale operate dal legislatore ed aumentando, di riflesso, il potere politico-discrezionale della Corte costituzionale, rischierebbe di pregiudicare la separazione dei poteri. Cfr. G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?* in *Il Foro it.*, Roma 2001, 3 e 4. In una prospettiva favorevole ad un ridimensionamento del principio di offensività anche F. VIGANÒ, *Diritto penale e diritto della persona*, cit., 20 ss.

<sup>75</sup> Sul punto v. sent. Corte cost., 11 luglio 2000, n. 263, ove si precisa che l'offensività è desumibile dall'art. 25, co. 2 Cost., in una «lettura sistemica a cui fanno da sfondo (...) l'insieme dei valori connessi alla dignità umana». Tale prospettiva è stata successivamente ribadita in sent. Corte cost., 20 giugno 2008, n. 225.

<sup>76</sup> Cfr. C. FIORE, *Il principio di offensività*, cit., 63 ss.; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 173 ss.

<sup>77</sup> Per il riconoscimento, da parte della giurisprudenza costituzionale, della duplice dimensione sulla quale opera l'offensività v. sent. Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360; sent. Corte cost., 11 luglio 2000, n. 263; sent. Corte cost., 7 luglio 2005, n. 265; sent. Corte cost., 7 giugno 2019, n. 141; sent. Corte cost., 17 ottobre 2022, n. 211; sent. Corte cost., 10 luglio 2023, n. 139. Per la giurisprudenza di legittimità v. Cass., SS.UU., 25 febbraio 2016, n. 13681 e Cass., SS.UU., 19 dicembre 2019, n. 12348, in *Dejure*.

legislatore deve tenere conto già nella fase di costruzione degli illeciti penali. Infatti, qualora il legislatore dovesse incriminare condotte che, già in astratto, risultino inoffensive di beni giuridici significativi, sarà possibile adire la Corte costituzionale per far dichiarare l'illegittimità della disposizione contrastante con una fonte ad essa superiore. Si tratta della c.d. offensività in astratto, che svolge una funzione di limite delle scelte di incriminazione operate dal legislatore<sup>78</sup>.

In secondo luogo, il principio di offensività, come criterio ermeneutico, opera anche nei confronti del giudice, imponendo a quest'ultimo di verificare che la condotta incriminata, nel caso concreto, abbia effettivamente minacciato il bene giuridico tutelato dalla norma. Si tratta della c.d. offensività in concreto, funzionale ad evitare un'applicazione meramente formalistica e meccanica delle norme incriminatrici, tipica di un diritto penale a sfondo soggettivistico<sup>79</sup>.

Del resto, non bisogna dimenticare che, nell'eterna disputa tra concezioni soggettivistiche ed oggettivistiche del diritto penale, il *nullum crimen sine iniuria* ha, da sempre, rappresentato un fondamentale baluardo garantista per un diritto penale liberale, poiché, ravvisando in quest'ultimo uno strumento per la tutela di beni giuridici, esclude che possano configurare reato le mere violazioni di precetti, i meri propositi criminosi, le condotte deplorevoli, ma inoffensive<sup>80</sup>. La necessaria offensività dei fatti costituenti reato è ideologicamente in funzione di un diritto penale del fatto e, unitamente agli altri principi tipici di un diritto penale liberale, quali, i principi di legalità, di materialità<sup>81</sup>, della personalità della responsabilità penale ed alla funzione rieducativa della pena, contribuisce a determinare fondamento e limite del potere punitivo, garantendo un diritto penale oggettivo ed orientato all'*extrema ratio*.

3.1. Nonostante l'offensività, intesa come principio di rango costituzionale idoneo a vincolare il legislatore nelle scelte di politica criminale, svolga una funzione imprescindibile per garantire un diritto penale del fatto, scevro da inclinazioni soggettivistiche, non è rinvenibile, in sede europea, un principio ad essa assimilabile.

Si tratta di una constatazione che non deve sorprendere. L'assenza nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea di un catalogo chiuso di beni giuridici, fa venir meno il presupposto logico per una 'lettura forte' del principio di offensività. Come già precisato, il principio, infatti, per poter esprimere a pieno la propria funzione di garanzia per il sistema, necessita che, preliminarmente, si individuino, in modo chiaro e ben determinato, i possibili oggetti di tutela penale, i quali, per evidenti ragioni di garanzia, non dovrebbero essere rimessi all'arbitrio del legislatore.

La valorizzazione della stretta relazione che intercorre tra offensività e funzione critica del bene giuridico è funzionale a garantire un principio idoneo a fungere da fondamento e limite

---

<sup>78</sup> Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, cit., 167 ss.

<sup>79</sup> Cfr. F. PALAZZO, *Corso di diritto penale, parte generale*, cit., 61 e 62; per un'accurata analisi sulla duplice dimensione del principio di offensività v. anche V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale*, cit., 242 ss.

<sup>80</sup> Cfr. G. FIANDACA, *L'offensività è un principio codificabile?* cit., 1 ss.

<sup>81</sup> Principio di offensività e principio di materialità si integrano vicendevolmente al fine di garantire un diritto penale del fatto. Mentre il principio di materialità impedisce che la sanzione penale possa intervenire per incriminare idee, stati d'animo o meri atteggiamenti interiori, richiedendo che la volontà criminosa si materializzi necessariamente in comportamenti esteriori, il principio di offensività impedisce, altresì, l'incriminazione di fatti che risultino sì materiali, ma inoffensivi.

dell'area del penalmente rilevante, in quanto capace di vincolare il legislatore tanto nella selezione degli oggetti di tutela penale, quanto nella scelta delle tecniche legislative per tutelarli<sup>82</sup>. Solo in questo modo sarà possibile assicurare un diritto penale che dia attuazione all'esigenza di limitare la sanzione penale ai soli comportamenti contrassegnati da una reale dannosità sociale, in quanto offensivi di beni giuridici particolarmente significativi<sup>83</sup>.

Del resto, l'assenza di un catalogo chiuso di beni è la ragione principale per cui non appare condivisibile la tesi di una parte della dottrina che ha cercato di individuare nei Trattati istitutivi dell'Unione europea un riconoscimento implicito delle garanzie sottese al principio di offensività, in particolare, riconducendo queste ultime all'interno del principio di proporzionalità europea<sup>84</sup>.

I due termini presi in considerazione sono, da un lato, la libertà personale che, ad oggi, trova espresso riconoscimento nei Trattati<sup>85</sup> e, dall'altro, il principio di proporzionalità. Quest'ultimo, in particolare, secondo la formulazione dell'art. 52, par. 1 CDFUE, richiede che eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla c.d. Carta di Nizza possano essere apportate «solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione (...)». Il giudizio di offensività-proporzione, inoltre, sarebbe anche munito di una propria 'giustiziabilità' per il tramite dell'art. 263 TFUE, che affida alla Corte di Giustizia il controllo sulla legittimità degli atti posti in essere dal legislatore europeo<sup>86</sup>.

Tuttavia, il tentativo di servirsi anche in sede europea, analogamente a quanto fatto per l'ordinamento interno, del c.d. *argumentum libertatis* non può essere condiviso. Infatti, l'assenza di una fonte sovraordinata rispetto ai Trattati che contenga un catalogo chiuso di beni e valori, non consentirebbe al principio di offensività-proporzione, da solo, di scongiurare un utilizzo indiscriminato della sanzione penale da parte del legislatore europeo, in particolare, per la tutela di settori come, ad esempio, quelli economici e concorrenziali, che, pur rappresentando il fulcro delle politiche europee, non costituiscono, certamente, i principali interessi che dovrebbero essere tutelati da un diritto penale orientato all'*extrema ratio*.

In altri termini, l'assenza di una fonte sovraordinata che realmente sia in grado di vincolare il legislatore europeo nelle scelte di politica criminale, renderebbe il principio di offensività una scatola vuota, riempibile di qualsivoglia significato e, pertanto, incapace di costituire realmente un limite al potere punitivo<sup>87</sup>.

3.2. Lo scenario fin qui delineato trova piena rispondenza – e non potrebbe essere altrimenti – nella legislazione europea in materia penale, dalla cui analisi emerge una preoccupante logica securitaria. Il legislatore europeo, infatti, lungi dal considerare la sanzione penale come *extrema ratio*, si serve di quest'ultima per finalità puramente repressive e di deterrenza<sup>88</sup>.

In estrema sintesi, per quel che riguarda le frizioni con il principio di offensività, possiamo distinguere le disposizioni europee in due gruppi: da un lato, le disposizioni che impongono una

---

<sup>82</sup> Cfr. V. MASARONE, *Il "diritto penale europeo" al vaglio dell'offensività*, cit., 4.

<sup>83</sup> Così S. MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343 ss.

<sup>84</sup> V. in particolare G. STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, Pisa 2014, 153 ss.

<sup>85</sup> Ai sensi dell'art. 6 CDFUE: «Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza».

<sup>86</sup> Cfr. G. STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, cit., 153 ss.

<sup>87</sup> Cfr. V. MASARONE, *Il "diritto penale europeo" al vaglio dell'offensività*, cit., 10 ss.

<sup>88</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., 921 ss.

drastica anticipazione della tutela penale, incriminando comportamenti meramente sintomatici, ben lontani dalla realizzazione di un fatto offensivo; dall'altro, disposizioni totalmente prive di un bene giuridico di riferimento, ovvero funzionali a tutelare beni estremamente vaghi e che, pertanto, aprono la strada ad un utilizzo indiscriminato del diritto penale da parte del legislatore europeo.

Nella categoria delle disposizioni che anticipano eccessivamente la soglia di punibilità, si collocano, senz'altro, le disposizioni in materia di terrorismo: materia, quest'ultima, che il Trattato di Lisbona, all'art. 83, par. 1 TFUE, ha espressamente attribuito alle competenze penali dell'Unione europea.

Per quanto qui d'interesse, viene significativamente in rilievo la fattispecie di pubblica provocazione per commettere reati di terrorismo, disciplinata dall'art. 5 della direttiva 2017/541/UE, in particolare al titolo III, tra i reati connessi ad attività terroristiche<sup>89</sup>. Per il tramite della disposizione in esame, si impone agli Stati membri di punire, con sanzione penale, l'istigazione, compiuta con qualunque mezzo di pubblica divulgazione, sia *online* che *offline*, alla commissione di uno dei reati di terrorismo previsti dalla medesima direttiva, sempre che tale istigazione venga compiuta 'intenzionalmente' e sia idonea a cagionare il pericolo che un reato terroristico venga commesso<sup>90</sup>.

Tale disposizione va letta in collegamento con l'art. 13 della medesima direttiva, clausola generale che dispone che, ai fini della punibilità, non sia necessario né che un reato di terrorismo sia stato effettivamente commesso, né che venga stabilito un collegamento tra il summenzionato reato ed un altro reato di terrorismo. Ciò implica che, per la realizzazione del reato in questione, sarà sufficiente anche la mera esaltazione di attentatori mediante, ad esempio, l'utilizzo di *social network*, purché questo sia ritenuto idoneo, secondo parametri non ben definiti, a cagionare il pericolo della commissione di uno o più reati terroristici<sup>91</sup>.

Viene, poi, in rilievo l'art. 8 della direttiva 2017/541/UE, che impone agli Stati membri di punire con sanzione penale chi, volontariamente, riceva un addestramento per finalità terroristiche. Anche in questo caso, trova applicazione la clausola generale di cui all'art. 13; pertanto, la condotta sarà punibile indipendentemente dall'effettiva commissione di un reato di terrorismo. Si tratta di una disposizione idonea a provocare più di qualche frizione con tutti i principi posti a presidio di un diritto penale del fatto. Infatti, l'undicesimo considerando della direttiva, include nel concetto di addestramento anche l'autoapprendimento posto in essere attraverso *internet* o qualunque altro materiale didattico. Ne deriva che, purché sussista una specifica finalità terroristica, sarà possibile incriminare anche condotte di per sé lecite come seguire un corso di chimica all'università, oppure, prendere lezioni di volo<sup>92</sup>.

---

<sup>89</sup> Cfr. V. MASARONE, *La «lotta» al terrorismo*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. CAVALIERE – V. MASARONE, cit., 33 ss.

<sup>90</sup> Al fine di valutare la sussistenza di tale pericolo, il considerando n. 10 precisa che si dovrà tenere conto delle particolari circostanze del caso concreto, quali, ad esempio, l'identità dell'autore e del destinatario del messaggio, nonché il contesto nel quale l'atto è stato commesso.

<sup>91</sup> Cfr. S. SANTINI, *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8/2017, 16 ss.

<sup>92</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d. l. antiterrorismo n. 7 del 18 febbraio 2015*, in *Dir. pen. cont.*, *Riv. trim.* 2/2015, 228.

Nella medesima direzione si pone l'art. 9 della direttiva che incrimina i viaggi a fini terroristici. Si tratta di una disposizione introdotta per fronteggiare il crescente fenomeno dei c.d. *foreign fighters*, cioè coloro che si recano a combattere presso un Paese straniero per motivi ideologici, politici o religiosi e che rappresentano una grave minaccia per la sicurezza nazionale quando ritornano in patria. Anche in questo caso, trovando applicazione la clausola generale di cui all'art. 13, per integrare il reato in esame sarà necessario il semplice recarsi presso un Paese con lo specifico intento di commettere o contribuire a commettere un reato terroristico, indipendentemente dalla sua effettiva commissione<sup>93</sup>.

Quanto detto ci consente di evidenziare come la legislazione dell'Unione europea in materia di terrorismo si presenti costellata di incriminazioni di comportamenti puramente sintomatici del fenomeno terroristico e ciò corrisponde “ad un accentuato arretramento della punibilità, che supera la legittima soglia del tentativo punibile, per investire remoti atti preparatori, in evidente, grave contrasto con il principio di offensività”<sup>94</sup>.

Parimenti preoccupante appare l'elevato soggettivismo che pervade le disposizioni sovranazionali, secondo schemi che sembrano richiamare i caratteri tipici del diritto penale d'autore<sup>95</sup>. La direttiva 2017/541/UE, infatti, pone al centro dell'intera disciplina la ‘finalità di terrorismo’ perseguita dal soggetto agente, che funge da discriminante tra ciò che è lecito e ciò che costituisce reato. Tuttavia, sono note le difficoltà che, in sede processuale, caratterizzano la prova dell'elemento soggettivo di una condotta. Questo renderà necessario ricorrere ad una serie di presunzioni, basate su elementi di fatto, che potrebbero tradursi in fattori di discriminazione, basati sull'appartenenza del soggetto ad una determinata religione, etnia o alla frequentazione di determinati luoghi o persone<sup>96</sup>.

Nella seconda categoria, cioè quella relativa alle disposizioni penali dell'Unione europea prive di un bene giuridico esattamente individuato, si colloca, invece, la fattispecie di pedopornografia virtuale. Si tratta di una figura che trova la propria fonte nella direttiva 2011/92/UE, la quale, nell'ambito della più generale tutela sessuale del minore, impone l'incriminazione, mediante pena detentiva, delle condotte pornografiche relative a materiale avente ad oggetto minori che, però, risulti essere *ab origine* virtuale.

L'Italia, al fine di adeguarsi agli obblighi di incriminazione provenienti dall'Unione europea, ha introdotto la fattispecie in esame all'art. 600-*quater*.1 c.p.<sup>97</sup>, tra i delitti contro la personalità individuale, estendendo anche alla pornografia virtuale la disciplina prevista per la pornografia minorile, con l'unica differenza che, nel caso di pedopornografia virtuale, la pena è diminuita di un terzo<sup>98</sup>.

---

<sup>93</sup> Cfr. F. MANFREDINI, *Con la direttiva 2017/541/UE le istituzioni europee rafforzano la lotta contro il terrorismo internazionale*, in *Cass. pen.*, 9/2017, 3389.

<sup>94</sup> V. MASARONE, *La «lotta» al terrorismo*, cit., 49.

<sup>95</sup> Cfr. G. MARINUCCI, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, 16 ss.

<sup>96</sup> Cfr. V. MASARONE, *La «lotta» al terrorismo*, cit., 42 e 43.

<sup>97</sup> Il legislatore italiano precisa che per immagini virtuali debbano intendersi «immagini realizzate con tecniche di elaborazione grafica non associate in tutto o in parte a situazioni reali, la cui qualità di rappresentazione fa apparire come vere situazioni non reali».

<sup>98</sup> Cfr. R. ENNA, *Abuso e sfruttamento sessuale di minori in L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. CAVALIERE – V. MASARONE, cit., 262 ss.

Si tratta di una disposizione che solleva sgomento, soprattutto se si considera che la direttiva in esame, seguendo un *modus operandi* tipico del legislatore europeo, rende assoggettabili a pena detentiva tutte le condotte che ruotano attorno alla pedopornografia virtuale; dunque, non solo la realizzazione, ma anche la detenzione, fino a giungere al mero accesso a tale materiale.

Come messo in luce da autorevole dottrina, ci troviamo di fronte ad un reato senza offesa e senza vittima, come tale idoneo a far sorgere gravissimi problemi di compatibilità, non solo con il principio di offensività, ma anche con tutti i capisaldi di un diritto penale di stampo liberale<sup>99</sup>.

Infatti, il bene giuridico tutelato dalle disposizioni che incriminano le condotte relative a materiale pedopornografico è rappresentato dalla tutela della personalità individuale e, in particolare, dalla tutela dello sviluppo psico-fisico del minore, in rapporto alla sfera sessuale. Nel caso della pedopornografia virtuale, però, la totale assenza di un minore 'reale' non consente di affermare che anche questa fattispecie risulti funzionale alla tutela di tale bene<sup>100</sup>.

Al contrario, la disciplina di matrice europea, celandosi dietro una generica volontà di tutela sessuale del minore, sembrerebbe, piuttosto, punire la mera perversione che, per quanto possa avere ad oggetto condotte deplorevoli sul piano morale, non può, certamente, costituire un legittimo oggetto di tutela penale, non rientrando tra i compiti di un diritto penale liberale l'indirizzo della morale comune.

La breve analisi svolta lascia emergere pericolose assonanze tra il diritto penale europeo ed il c.d. diritto penale d'autore, che, portato alle sue estreme conseguenze, è anche noto come diritto penale del nemico<sup>101</sup>. Si tratta di un diritto dall'impostazione marcatamente soggettivistica, il quale, non punisce il reo per aver commesso un 'fatto' illecito, ma lo punisce per la sua sfera interiore, per la sua personalità, per la sua presunta pericolosità soggettiva. In questo contesto, i principi garantistici tipici di un diritto penale liberale risultano gravemente derogati per perseguire esigenze di sicurezza pubblica<sup>102</sup>.

4. Il legislatore europeo, nella costruzione delle direttive in materia penale, non parte dal bene giuridico come limite al potere punitivo. Al contrario, le direttive europee tendono, spesso, a giustificare il proprio intervento sul presupposto di proteggere interessi estremamente vaghi come, ad esempio, l'ordine pubblico e la sicurezza che, essendo privi dell'afferrabilità necessaria ad individuare l'oggetto giuridico del reato, sostituiscono il bene giuridico con una *ratio* di tutela, come testimoniato dai numerosi illeciti di mera disobbedienza presenti nelle disposizioni

---

<sup>99</sup> Cfr. S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., 924.

<sup>100</sup> Risulta condivisibile l'opinione di una parte della dottrina che, secondo un'interpretazione teleologicamente orientata a Costituzione, ritiene che la fattispecie di pedopornografia virtuale possa incriminare solo quelle condotte che abbiano ad oggetto fotomontaggi e cioè le alterazioni virtuali, con finalità pornografiche, poste in essere partendo da immagini reali di minori, di per sé non pornografiche. Sul punto v. C. SOTIS, *Diritto penale della rete e prospettiva europea: il caso della pedopornografia virtuale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, n. 4-5/2011, 568 ss.

<sup>101</sup> Sul c.d. diritto penale del nemico, nell'ambito di una vastissima letteratura, v. *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, a cura di M. DONINI, M. PAPA, Milano 2007, *passim*; *Delitto politico e diritto penale del nemico*, a cura di A. GAMBERINI, R. ORLANDI Bologna 2007, *passim*.

<sup>102</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d. l. antiterrorismo*, cit., 227 ss.

sovranzionali<sup>103</sup>. Purché lo voglia il legislatore europeo, qualsiasi interesse può essere legittimamente tutelato con la sanzione penale.

È evidente come l'Unione europea, anziché orientare i propri interventi ai principi di ragionevolezza, proporzionalità, sussidiarietà, offensività e frammentarietà del diritto penale, volga verso una pan-penalizzazione, scevra da ogni preoccupazione riguardo ai limiti dell'intervento penale, facendo emergere "la netta prevalenza degli scopi di difesa sociale sulla tutela delle garanzie e dei diritti fondamentali dell'individuo"<sup>104</sup>. Il legislatore europeo, infatti, lungi dal fare propri i principi di una politica criminale di stampo liberale, sembrerebbe, piuttosto, ossessionato dal principio di ascendenza inquisitorio/medievale del *ne crimina remaneant impunita*<sup>105</sup>. Basti, ad esempio, riflettere sul dato per cui le direttive europee in materia penale, non si preoccupano quasi mai di definire i presupposti minimi della punibilità, qualificando come penalmente rilevanti anche comportamenti meramente sintomatici delle sfere di criminalità che si intendono reprimere, al fine di perseguire una logica della 'tolleranza zero', più volte ribadita nei considerando di numerose direttive<sup>106</sup>.

A tutto ciò, si aggiunge la totale assenza, nei Trattati istitutivi dell'Unione europea e nella CDFUE, di una previsione che ancori la funzione della pena alla rieducazione. Anzi, il legislatore europeo sembrerebbe concepire la massima restrizione alla libertà personale in chiave di mera deterrenza, tale da legittimare un utilizzo indiscriminato della sanzione penale, fino a ricomprendere l'incriminazione di condotte ben lontane dal ledere o porre in pericolo concreto beni giuridici<sup>107</sup>.

Tutto ciò non può che riflettersi negativamente sulle legislazioni penali di quegli Stati che hanno maggiormente a cuore la tutela dei diritti fondamentali rispetto all'esercizio del potere punitivo e rende, pertanto, necessaria la ricerca di valide ed immediate soluzioni, al fine di evitare che dal diritto sovranazionale giungano impulsi per un appiattimento delle summenzionate garanzie.

A ben vedere, una prima soluzione potrebbe avere ad oggetto la tecnica di redazione delle direttive europee in materia penale. Queste ultime, a partire dal Trattato di Lisbona, hanno conosciuto un'importante proliferazione e sono divenute, con il passare del tempo, sempre più dettagliate, vincolando i legislatori nazionali, non solo in riferimento alle sfere di criminalità da punire, ma anche con riguardo al trattamento sanzionatorio da applicare, alle possibili circostanze attenuanti ed aggravanti del reato, fino a giungere ad elencare, in modo minuzioso, tutte le possibili condotte, più o meno offensive, sussumibili nella sfera di criminalità presa in considerazione.

Questo *modus operandi*, che sembra tipico di una competenza penale diretta, ha fatto sì che, sempre più spesso, i legislatori nazionali si limitassero a recepire le direttive sovranazionali in modo passivo, senza svolgere quella funzione di filtro che, invece, risulta necessaria per poter

---

<sup>103</sup> Cfr. V. MASARONE, *La «lotta» al terrorismo*, cit., 34 e 35.

<sup>104</sup> *Ivi*, 36.

<sup>105</sup> Cfr. R. ENNA, *Abuso e sfruttamento sessuale dei minori*, cit., 258.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

<sup>107</sup> Sul punto v. S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., 921 ss. Come più volte ribadito dalla Corte di Giustizia, le pene devono essere effettive, proporzionate e dissuasive.

garantire l'attuazione delle prescrizioni sovranazionali nel pieno rispetto delle peculiarità di ogni ordinamento giuridico.

Ebbene, non bisogna dimenticare che, anche dopo il Trattato di Lisbona, l'Unione europea non gode di una competenza penale diretta, bensì di una competenza penale indiretta. Quest'ultima espressione sta ad intendere che l'Unione è legittimata ad emanare solo norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni, cioè 'disposizioni di indirizzo', funzionali ad armonizzare le legislazioni penali nazionali, che, pertanto, necessiteranno pur sempre dell'intervento da parte del legislatore nazionale, e non a creare *ex novo* nuove fattispecie incriminatrici. La competenza penale diretta, infatti, resta prerogativa esclusiva dei Parlamenti nazionali.

In ragione di ciò, l'auspicio è che il legislatore europeo costruisca le future direttive in materia penale dando prevalenza alle disposizioni di carattere definitorio, le uniche realmente necessarie per garantire che determinati fatti risultino penalmente rilevanti per tutti gli Stati membri. Quanto, invece, al trattamento sanzionatorio, alle circostanze del reato ed ai presupposti per la punibilità di condotte che si pongono al limite tra la sfera del lecito e dell'illecito, è bene che ciò venga lasciato alla discrezionalità degli Stati membri. Solo in questo modo, sarà possibile salvaguardare le peculiarità di tutti gli ordinamenti giuridici, assicurando, da un lato, l'armonizzazione in materia penale e, dall'altro, che dal diritto sovranazionale non derivi un appiattimento delle garanzie per gli ordinamenti più attenti ai diritti fondamentali.

Non bisogna dimenticare, infatti, che, in ragione del principio di sussidiarietà europea, di cui all'art. 5, par. 3 TUE, nei settori che non sono di competenza esclusiva dell'Unione europea – tra i quali rientra lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia – quest'ultima può intervenire soltanto «se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri».

Ebbene, è proprio alla luce del principio di sussidiarietà europea che deve essere ricostruita la *ratio* dell'art. 83 TFUE. Quest'ultimo, infatti, ha riconosciuto all'Unione una competenza penale indiretta, al fine di fronteggiare sfere di criminalità caratterizzate dalla particolare gravità e dal rilievo transnazionale, che, incidendo in modo significativo sui diritti fondamentali, siano tali da rendere indispensabile la cooperazione tra gli Stati in materia penale. Se ne deduce, dunque, il carattere eccezionale che l'intervento dell'Unione in materia penale deve necessariamente avere. Detto altrimenti, il giudizio di 'necessarietà', che il principio di sussidiarietà europea richiede per legittimare l'intervento dell'Unione europea in materie che non siano di sua competenza esclusiva, dovrebbe avere ad oggetto, in materia penale, la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione – e non i generici obiettivi dell'ente sovranazionale – relegando, in questo modo, la competenza penale di quest'ultima a quelle sole ipotesi, eccezionali, in cui i diritti inviolabili della persona siano minacciati da sfere di criminalità così gravi da non consentire una sufficiente tutela di questi ultimi, se non con un intervento congiunto in materia penale<sup>108</sup>.

Basti un esempio a chiarire ulteriormente quanto detto. La decisione quadro 2004/757/GAI, così come modificata dalla direttiva 2017/2103/UE, disciplina il traffico illecito di stupefacenti. Si

---

<sup>108</sup> Vale la pena ricordare che, ai sensi dell'art. 5 TUE, il compito di vigilare sul rispetto, da parte dell'Unione europea, del principio di sussidiarietà, spetta ai Parlamenti nazionali.

tratta di una disposizione funzionale ad incriminare le condotte di produzione, traffico e consumo di sostanze stupefacenti, tanto in riferimento alle c.d. droghe leggere, quanto alle c.d. droghe pesanti.

Ebbene, proprio in riferimento alle droghe leggere, sono ormai numerosi gli studi scientifici che, da tempo, fanno dubitare dell'opportunità di incriminarne la produzione ed il consumo, visti, da un lato, i minori effetti deleteri che esse producono sulla salute, dall'altro, gli esiti positivi riscontrati nell'utilizzo di tali droghe per la cura di talune patologie. A tal proposito, dunque, non sussiste alcuna ragione per la quale l'Unione europea si occupi di produzione, distribuzione e consumo delle droghe leggere, vista la assoluta impossibilità, per tali condotte, di rientrare nelle gravissime sfere di criminalità che dovrebbero rappresentare – è bene ribadirlo ulteriormente – l'unico reale oggetto di tutela penale sovranazionale.

Al contrario, gli obblighi di criminalizzazione, in questo specifico settore, rischiano di avere importanti ricadute negative sul dibattito politico nazionale, circa l'opportunità di continuare ad incriminare tali condotte<sup>109</sup>. Com'è noto, infatti, in riferimento alle droghe leggere, vengono in rilievo anche numerosi aspetti extragiuridici, quali, ad esempio, concezioni morali, sociologiche e culturali<sup>110</sup>; questioni che non appartengono – e non devono appartenere – alla competenza dell'ente sovranazionale.

Pertanto, al fine di assicurare coerenza all'intero sistema giuridico, tanto nazionale, quanto sovranazionale, l'Unione europea dovrebbe esercitare una competenza penale 'realmente' sussidiaria ed indiretta, limitando i propri interventi a quelle gravissime sfere di criminalità che rendono indispensabile la cooperazione europea per la tutela dei diritti fondamentali. Al di fuori di queste ipotesi eccezionali, l'Unione potrà tutelare i propri interessi servendosi delle sanzioni amministrative in suo possesso<sup>111</sup>.

4.1. Dall'analisi della normativa europea in materia penale emerge un dato difficilmente confutabile: gli obblighi di tutela penale provenienti dall'Unione europea contribuiscono significativamente "all'espansione ed all'inasprimento del diritto penale"<sup>112</sup>. Come se non bastasse, gli obblighi di incriminazione europei giungono da fonti di problematica legittimazione democratica, che, in prima battuta, obbligano il legislatore nazionale ad adeguarsi e, successivamente, gli impediscono di modificare la disciplina interna, in quanto, un'eventuale legge di depenalizzazione si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione e, pertanto, lo Stato membro incorrerebbe in una procedura di infrazione dinanzi alla Corte di Giustizia.

Al fine di evitare la deriva securitaria, è necessario fare un passo indietro, ritornando alla stretta correlazione che lega il diritto penale all'impianto costituzionale di ciascuno Stato, caratteristica che, come si è detto, ha reso, da sempre, questo settore del diritto tendenzialmente autarchico rispetto al processo di costruzione europea<sup>113</sup>. Infatti, è proprio questa stretta relazione

---

<sup>109</sup> Cfr. F. FORTE, *Il traffico illecito di stupefacenti*, in *L'incidenza di decisioni quadro, direttive e convenzioni europee sul diritto penale italiano*, a cura di A. CAVALIERE – V. MASARONE, cit., 87 ss.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> Per la valorizzazione della sanzione amministrativa in luogo di quella penale, al fine di tutelare gli interessi europei, v. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria*, cit., 75 ss.

<sup>112</sup> A. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme*, cit., 389.

<sup>113</sup> Cfr. V. MASARONE, *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali*, in *L'indice penale*, 2/2017, 603.

che ci impone di valutare anche la produzione normativa europea in materia penale, alla luce dei principi costituzionali del nostro ordinamento, che, dall'angolo visuale dell'Unione europea, appaiono come meri argini e barriere che rischiano di ostacolare una tutela efficiente degli interessi sovranazionali<sup>114</sup>.

A tal proposito, non risulta assolutamente condivisibile l'idea secondo la quale il 'diritto penale europeo' dovrebbe essere valutato esclusivamente alla stregua dei principi accolti nei Trattati e nelle Carte europee dei diritti. Tantomeno può essere avallata la posizione per cui i principi costituzionali degli Stati membri vengono riconosciuti dall'Unione europea sulla base di criteri come quello dell'orientamento prevalente, che comporta l'elisione di numerosi principi garantistici – si pensi ai principi di determinatezza, *extrema ratio*, offensività, riserva di legge, finalismo rieducativo della pena – i quali, pur essendo fondamentali per un diritto penale di stampo liberale, non appartengono alle tradizioni costituzionali comuni a tutti degli Stati membri<sup>115</sup>. Pertanto, in assenza di un contesto costituzionale europeo forte<sup>116</sup>, che garantisca, anche a livello sovranazionale, i medesimi *standards* di tutela validi a livello interno, il diritto penale dell'Unione europea, con riferimento alla sua incidenza nel diritto penale nazionale, dovrà essere valutato alla luce dei nostri principi normativi costituzionali<sup>117</sup>.

In questo contesto si collocano i c.d. controlimiti. La teoria dei controlimiti si basa su una concezione formalmente dualistica dei rapporti tra l'ordinamento europeo e quello nazionale, mai totalmente abbandonata dalla Corte costituzionale italiana. Essa indentifica nel c.d. nucleo duro della Costituzione, costituito dai principi fondanti del nostro ordinamento giuridico e dai diritti inalienabili della persona, un limite all'ingresso delle fonti internazionali e dell'Unione europea<sup>118</sup>.

I controlimiti rappresentano un diretto limite al principio del primato del diritto dell'Unione europea e, più in generale, alle restrizioni di sovranità per gli Stati aderenti all'Unione, poiché, in caso di contrasto tra una disposizione europea ed uno degli elementi identificativi ed irrinunciabili del nostro ordinamento costituzionale, il giudice *a quo* non potrà, come di regola, disapplicare la norma interna contrastante con quella europea, ma dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale, affinché sia la stessa Corte costituzionale a verificare la compatibilità tra le disposizioni; il controllo, in questo caso, torna ad essere accentrato<sup>119</sup>.

Ebbene, la teoria dei controlimiti, così intesa, è stata utilizzata dalle Corti costituzionali nazionali come uno strumento solo minacciato e mai concretamente applicato, funzionale ad aprire un dialogo con la Corte di Giustizia. Ciò è principalmente dovuto al fatto che, per lungo tempo, si sono considerati i controlimiti per lo più come uno strumento di ultima istanza, funzionale a revocare l'adesione all'Unione europea.

---

<sup>114</sup> Cfr. A. CAVALIERE, *Un tentativo di visione d'insieme*, cit., 391 ss.

<sup>115</sup> *Ivi*, 392 ss. Le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione europea, come espressamente riconosciuto dall'art. 6, par. 3 TUE.

<sup>116</sup> Cfr. R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea*, cit., 458.

<sup>117</sup> Sull'assenza di una 'europeizzazione' dei controlimiti, v. V. MASARONE, *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 606 ss.

<sup>118</sup> Nella giurisprudenza italiana, la teoria dei controlimiti trova uno dei suoi primi riferimenti nella famosa sentenza Granital (sent. Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170). La medesima teoria è stata più recentemente ribadita in sent. Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238.

<sup>119</sup> Cfr. V. MASARONE, *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 603 e 604.

Al contrario, andrebbe maggiormente valorizzata quella prospettiva ‘più mite’, emersa nella nota vicenda Taricco<sup>120</sup>, che, per il tramite della teoria dei controlimiti, attribuisce alla Corte costituzionale nazionale un potere di controllo diretto sugli effetti prodotti nell’ordinamento giuridico interno dagli atti di derivazione europea. Tale potere, al pari del sindacato di legittimità interno, consente alla Corte, in caso di contrasto tra una disposizione europea ed i principi identitari del nostro sistema costituzionale, di dichiarare l’illegittimità costituzionale della legge nazionale di ratifica dei Trattati, nella parte in cui essa dà ingresso nel nostro ordinamento di tale disposizione<sup>121</sup>.

Nondimeno, è doveroso segnalare che la nostra Corte costituzionale ha sempre mostrato un certo *self restraint* quando si è trattato di valutare la conformità a Costituzione delle scelte di politica criminale adottate tanto dal legislatore europeo, quanto da quello nazionale. Si tratta di una posizione censurabile, proprio in ragione del ruolo di garanzia che essa è chiamata a svolgere per l’intero sistema penale.

Chiaramente, non si intende, in questo modo, sollevare il legislatore nazionale dalle proprie responsabilità. Al contrario, in prima battuta, il ruolo di filtro nei confronti delle direttive europee spetterebbe proprio al nostro legislatore, chiamato, da un lato, a vigilare sul rispetto, da parte delle istituzioni europee, del principio di sussidiarietà europea e, dall’altro, a recepire le disposizioni sovranazionali in modo quanto più conforme alle peculiarità del nostro sistema.

Tuttavia, è nota la deriva securitaria che, da tempo, caratterizza anche la legislazione penale nazionale, a tal punto da indurre, in modo condivisibile, una parte della dottrina a qualificare l’attuale politica criminale come espressione di un ‘diritto penale emergenziale’<sup>122</sup>. Sempre più spesso, infatti, le maggioranze parlamentari si servono del diritto penale come strumento politico, al fine di accaparrarsi il consenso sociale. In nome di una maggiore sicurezza, si abbandona totalmente la prospettiva sistematica che, al contrario, dovrebbe sempre caratterizzare gli interventi legislativi, con inevitabili conseguenze negative per l’intero diritto.

In questo contesto di perenne emergenza legislativa, non può che spettare ai tecnici del diritto e, dunque, all’intero potere giudiziario, unitamente alla dottrina, il compito di frenare la deriva securitaria, attraverso la valorizzazione della prospettiva sistematica e delle garanzie sottese a quei principi, per così dire, più politici del diritto penale, tra i quali figura, senza dubbio, l’offensività.

In caso contrario, la deriva securitaria, tanto sovranazionale quanto nazionale, potrebbe irrimediabilmente alterare la fisionomia del nostro sistema penale, inoculandovi, attraverso la

---

<sup>120</sup> All’interno della sterminata bibliografia sul tema, si segnalano: S. MANACORDA, *Le garanzie penalistiche nei rapporti con il diritto dell’Unione e il problematico ricorso al rinvio pregiudiziale: una lettura contestualizzata del caso Taricco*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. BERNARDI, Napoli 2017, 177 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione del sistema”: le ragioni dei controlimiti*, in *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, ivi, 203 ss.; C. PAONESSA, *“Lo strano caso Taricco”, ovvero le garanzie del tempore cedere alla mercè di una “eccentrica” decisione europea?* In *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie. I nuovi scenari della soggezione al diritto dell’Unione europea: a proposito della sentenza della Corte di Giustizia Taricco*, a cura di C. PAONESSA – L. ZILLETI, Pisa 2016, 101 ss.

<sup>121</sup> Cfr. V. MASARONE, *Controlimiti e tutela dei diritti fondamentali*, cit., 622.

<sup>122</sup> V. in particolare: A. CAVALIERE, *Considerazioni critiche intorno al d. l. antiterrorismo*, cit., 227 ss.; R. BARTOLI, *Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?* In *Dir. pen. cont.*, 3/2017, 234 ss.

modifica dei presupposti per la punibilità, i germi del disfacimento “dell’ossatura costituzionale del sistema”<sup>123</sup>.

In conclusione, non possiamo che fare nostri gli insegnamenti provenienti dalla dottrina più garantista, in ragione dei quali, in caso di conflitto tra una norma di derivazione europea ed i principi normativi costituzionali, dovrà sempre prevalere la norma interna. Non bisogna dimenticare, infatti, che quando ci si allontana dall’indiscutibile dannosità sociale, come condizione per legittimare l’uso della sanzione penale, diviene illegittimo lo stesso esercizio della pretesa punitiva, “dal momento che vengono ad essere poste in discussione le libertà fondamentali e, con esse, gli stessi principi su cui si fonda lo stato sociale di diritto”<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> G. FLORA, *Il “diritto penale europeo” nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in Discrimen*, 2017, 49.

<sup>124</sup> Così S. MOCCIA, *Funzione della pena ed implicazioni sistematiche*, cit., 927.

# La “nuova” revisione europea

ANDREA ESPOSITO

## ABSTRACT

*The article analyses the still unresolved critical issues of the European revision considering the Knox case and some jurisprudential interventions.*

SOMMARIO: 1. La revisione europea alla luce della riforma Cartabia: profili critici e prospettive applicative. – 2. Il lento cammino verso la soluzione normativa attuale. – 3. Le ragioni e le proiezioni della “revisione europea”. – 4. La vicenda Knox: la pronuncia della Corte di cassazione e i risvolti sull'applicazione dell'art. 628-*bis*. – 5. I confini applicativi della nuova normativa.

1. Come è noto, la riforma Cartabia ha dato attuazione al dettato della Corte Costituzionale<sup>1</sup> introducendo, con l'art. 628-*bis* c.p.p., la revisione di una sentenza definitiva qualora sia stata accertata, attraverso una pronuncia della Corte di Strasburgo, una violazione di un diritto garantito dalla CEDU. L'innovazione normativa, volta a garantire un maggiore allineamento dell'ordinamento italiano agli obblighi derivanti dall'art. 46 CEDU, impone, a valle delle prime applicazioni, una riflessione critica sui limiti processuali e strutturali.

Vi sono, infatti, in via preliminare significative incertezze sul piano della legittimazione attiva che sollevano dubbi interpretativi che potrebbero incidere sull'accessibilità al rimedio. Inoltre, dalla lettura del comma 5 dell'art. 628-*bis* c.p.p., qualche dubbio riguarda il limite entro cui deve spingersi il controllo della Corte, se ad esempio possa estendersi alle possibili ambiguità nella decisione della Corte EDU. Ciò conseguentemente potrebbe ridurre il margine di discrezionalità del giudice nazionale, vincolandolo rigidamente all'applicazione della pronuncia europea anche in presenza di potenziali criticità interpretative. Emerge, anche, un ulteriore elemento di incertezza sulla eventuale estensione della revisione europea a provvedimenti diversi dalle sentenze e dai decreti penali di condanna, già oggetto di una decisione della Corte di Cassazione<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup>Corte Cost., sent. 07 aprile 2011, n. 113 “Si dovrebbe, pertanto, ritenere che solo attraverso l'intervento del legislatore possa essere introdotta una riapertura del processo specificamente modulata sugli effetti delle sentenze della Corte europea.” (...) “Tutto ciò conforterebbe la convinzione che spetti unicamente al legislatore introdurre forme di riapertura del processo a seguito di sentenze della Corte europea, calibrandole sulla specificità delle diverse situazioni, nell'ottica di contemperare le esigenze della certezza del diritto e quelle di tutela dei diritti (anche) processuali dei soggetti che hanno subito una condanna.” (...)

<sup>2</sup>Cass. pen., sez. V, sent. 13 luglio 2023, n. 39801.

2. La complessità del nuovo istituto rende opportuno, una volta chiarito lo scenario nel suo insieme, soffermarsi sull'analisi del dato testuale dell'art. 628-*bis* c.p.p. e sulle prime applicazioni giurisprudenziali dell'istituto<sup>3</sup>, seguendo l'*iter* evolutivo della disciplina.

Le c.d. sentenze gemelle n. 348 e 349 del 2007<sup>4</sup> hanno chiarito che l'art. 117, comma 1 Cost. vincola la potestà legislativa di Stato e Regioni al rispetto dell'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali, tra cui la Convenzione europea dei diritti dell'Uomo<sup>5</sup>.

In particolare, l'art. 46 CEDU prevede l'obbligo per gli Stati contraenti di "conformarsi alle sentenze definitive della Corte". Se altri Stati già disciplinavano all'interno del proprio codice di rito uno strumento volto a riesaminare una decisione irrevocabile, il sistema normativo italiano non prevedeva un tale strumento, lacuna colmata dagli orientamenti giurisprudenziali<sup>6</sup>, a partire dal caso Dorigo<sup>7</sup>, in cui la Corte di Strasburgo<sup>8</sup> ha rilevato la violazione del diritto a un equo processo, richiedendo la riapertura del processo. A seguito della constatazione del Comitato dei ministri - secondo cui l'Italia non aveva adempiuto all'obbligo di eseguire la decisione - la Corte di Cassazione ha affermato che, in caso di violazione dei diritti accertata dalla Corte EDU, il giudice dell'esecuzione avrebbe potuto dichiarare l'ineseguitabilità del giudicato e disporre la rinnovazione del processo, anche in assenza di una normativa esplicita.

---

<sup>3</sup>Con particolare riferimento alla vicenda Knox (Cass. pen., sez. V., sent. 12 ottobre 2023, n. 47183; Corte di Assise di Appello di Firenze, sent. 05 giugno 2024, n. 5).

<sup>4</sup>In particolare, le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte Costituzionale chiariscono la portata e gli effetti del limite imposto dall'art. 117 comma 1 Cost., il quale prevede che la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario dagli obblighi internazionali, ricomprendendo anche la CEDU. In primo luogo, chiarisce che in caso di contrasto tra norme interne e norme della CEDU, il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa interna, poiché la loro incompatibilità si manifesta come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117 comma 1 Cost. Le norme della CEDU vengono così considerate "parametro costituzionale", rimanendo pur sempre ad un livello sub-costituzionale e per questo non possono non essere conformi alla Costituzione. Infatti, l'art. 117 comma 1 Cost. non consente di attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, ma determina l'obbligo in capo al legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che una loro eventuale violazione comporta una violazione degli obblighi internazionali, il cui rispetto è garantito dall'art. 117 comma 1 Cost. Le disposizioni della CEDU diventano, dunque, "norme interposte" nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali.

<sup>5</sup>Le disposizioni della Convenzione, pur non rivestendo lo *status* di norme costituzionali, costituiscono "parametro costituzionale", obbligando il legislatore ordinario al loro rispetto.

<sup>6</sup>Cass., sez. V, sent. 11 febbraio 2010, n. 16507, Scoppola; Cass., sez. V, sent. 15 novembre 2006, n. 4395, Cat Berro; Cass., sez. I, sent. 12 luglio 2006, n. 32678, Somogyi; Cass., sez. I, sent. 1 dicembre 2006, n. 2800 Dorigo; Cass., sez. IV, sent. 12 novembre 2008, n. 45807 Drassich.

<sup>7</sup>O. MAZZA, *L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna ineseguitabile per accertata violazione della Cedu*, in *Giur. it.*, 2007, fasc. 11, 2637.

<sup>8</sup>Corte Edu, sent. 9 settembre 1998, Dorigo c. Italia.

L'approccio adottato dalla Corte di Cassazione<sup>9</sup> è stato oggetto di critiche, in quanto l'interpretazione estensiva dell'art. 670 c.p.p.<sup>10</sup> equiparava l'omissione di un provvedimento esecutivo o della sua esecutività<sup>11</sup> alla violazione dei principi stabiliti dall'art. 6 della CEDU<sup>12</sup>.

Come è noto, con la vicenda Drassich<sup>13</sup> la Corte di Strasburgo<sup>14</sup> ha condannato l'Italia<sup>15</sup> per la riqualificazione giuridica del fatto in Cassazione<sup>16</sup>, da cui deriva la compromissione del diritto dell'imputato di essere informato in modo completo sulla natura e sulle ragioni dell'accusa.

La Corte EDU ha indicato la riapertura del processo<sup>17</sup>, individuando nel ricorso straordinario per Cassazione *ex art. 625-bis* c.p.p. lo strumento adeguato per rimediare alla violazione. Questo principio interpretativo, confermato dalla Corte di Cassazione<sup>18</sup> investita in via straordinaria, si basava sull'idea che il contraddittorio argomentativo sul *nomen iuris* fosse sufficiente per garantire l'equità del processo. Ma l'applicazione analogica<sup>19</sup> del mezzo di impugnazione previsto dall'art. 625-bis c.p.p. veniva esclusa<sup>20</sup> sia per la natura eccezionale della norma stessa - in quanto disciplina uno strumento processuale finalizzato a rimuovere un giudicato - sia per la diversità di scopo tra le due situazioni<sup>21</sup>.

---

<sup>9</sup>Cass., sez. I, sent. 1 dicembre 2006, n. 2800. Nella quale afferma "il diritto alla rinnovazione del giudizio, sorto per effetto di quella sentenza, è concettualmente incompatibile con la persistente efficacia del giudicato, che resta, dunque, neutralizzato sino a quando non si forma un'altra decisione irrevocabile a conclusione del nuovo processo".

<sup>10</sup>L'istituto di cui all'art. 670 c.p.p. si colloca nell'ambito dell'esecuzione, senza coinvolgere una revisione delle questioni relative alla validità del giudizio di colpevolezza del condannato, né alla determinazione della pena, né alla correzione di eventuali irregolarità procedurali riscontrate prima che la sentenza di condanna divenisse definitiva.

<sup>11</sup>Ciò comporta, ai sensi dell'art. 670 c.p.p. la sospensione dell'esecuzione della condanna, a cui segue nell'eventualità la liberazione dell'interessato.

<sup>12</sup>Tale forzatura interpretativa non ha risolto il problema della piena attuazione delle decisioni della Corte di Strasburgo. Nonostante il giudicato sia "congelato" (così definito da G. CANZIO, *Giudicato "europeo" e giudicato penale italiano: la svolta della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2011, fasc. 2, 3.) ai fini dell'esecuzione, rimane in una sorta di "limbo" processuale, impedendo di annullare la sentenza di condanna e di far valere i vizi procedurali che hanno compromesso il processo interno.

<sup>13</sup>Per una disamina sul caso Drassich F. ZACCHÈ, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, fasc. 6, 782-784.

<sup>14</sup>Corte Edu, sent. 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia.

<sup>15</sup>Per violazione dell'art. 6 CEDU.

<sup>16</sup>R.E. KOSTORIS, *Diversa qualificazione giuridica del fatto in Cassazione e obbligo di conformarsi alle decisioni della Corte europea dei diritti umani: considerazioni sul caso Drassich*, in *Giur. it.*, 2009, fasc. 11, 2514; A. BIGIARINI, *Il caso Drassich dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, fasc. 7, 847.

<sup>17</sup>"Un nuovo processo o una riapertura del procedimento a richiesta dell'interessato, rappresenta, in linea di principio, un modo appropriato di rimediare alla violazione rilevata" (Corte Edu, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia).

<sup>18</sup>Cass., sez. IV, sent. 12 novembre 2008, n. 45807.

<sup>19</sup>Piuttosto che di interpretazione analogica, si fa riferimento a un'interpretazione espansa, come evidenziato da F. M. PALOMBINO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e integrazione analogica dell'art. 625-bis c.p.p. (in margine al caso Drassich)*, in *Giur. it.*, 2009, fasc. 10, 2299.

<sup>20</sup>L'errore di fatto che legittima il ricorso straordinario si configura come un errore di percezione, mentre l'errore oggetto della vicenda Drassich concerneva una diversa qualificazione giuridica del fatto, configurandosi pertanto come un errore di diritto. Invero, si rileva un'assenza dei presupposti di esperibilità dello strumento *ex art. 625-bis* c.p.p., in mancanza di errori materiali o di fatto nei provvedimenti impugnati. Per una disamina approfondita delle critiche avanzate dalla dottrina riguardo l'applicazione del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto si veda G. BIONDI, *Il ricorso straordinario per Cassazione per errore materiale o di fatto quale possibile rimedio alle violazioni della CEDU.*, in *Giust. pen.*, 2009, 330 e ss.

<sup>21</sup>Del medesimo avviso M. G. AIMONETTO, *Condanna "europea" e soluzioni interne al sistema processuale penale: alcune riflessioni e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, fasc. 3, 1510. L'autrice afferma "Quanto poi alla ratio, i motivi che stanno alla base della regolamentazione giuridica del caso già disciplinato non possono certamente fondare un'analogia regolamentazione per l'ipotesi non normata. Come si sa, l'inserimento nel codice dell'art. 625-bis c.p.p. si ricollega ad una sollecitazione della Corte costituzionale, che, nella sentenza n. 395 del 2000,

Dunque, in merito la Corte costituzionale ha segnato un deciso passo in avanti<sup>22</sup> con sentenza n. 113/2011<sup>23</sup>, con cui ha sollecitato il legislatore a provvedere con una disciplina dettagliata per costruire una base normativa adeguata alla revisione europea, mettendo in evidenza la necessità di un intervento normativo più chiaro e preciso in materia.

La Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva una diversa possibilità di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di ottenere la riapertura del processo in conformità all'art. 46 della CEDU, per adeguarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

La sentenza additiva<sup>24</sup> della Corte costituzionale ha in tal modo introdotto una ulteriore ipotesi di ricorso al mezzo straordinario di impugnazione delle sentenze penali passate in giudicato, passata alle cronache come revisione europea. Tuttavia, aldilà del rilievo semantico si trattava di un caso di revisione che presentava poche similitudini con l'impugnazione straordinaria già regolamentata all'interno del sistema giuridico dagli artt. 629 e ss. c.p.p.<sup>25</sup>

La differenza tra i rimedi era attribuibile sia alle ragioni che possono motivare la necessità di riaprire il processo, sia agli effetti che questa riapertura può comportare.

Del resto, il ricorso alla revisione europea non poteva contemplare il medesimo regime previsto per la revisione ordinaria, poiché si trattava di rimedi distinti che perseguivano

---

aveva affermato come l'errore percettivo in cui fosse incorso il giudice di legittimità, e dal quale fosse conseguita l'indebita declaratoria di inammissibilità del ricorso, avrebbe dovuto trovare rimedio, poiché una tale evenienza avrebbe leso il diritto al processo in cassazione desumibile dal combinato disposto degli artt. 24 e 111 Cost. L'intervento del legislatore mira, dunque, ad assicurare al condannato il diritto a fruire del controllo di legittimità, giustificazione che non può essere addotta a fondamento del caso in esame. Infine, osta alla tesi dell'interpretazione analogica prospettata dal S.C. il rilievo che il ricorso per errore di fatto costituisce, secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalente, un mezzo straordinario di impugnazione, come tale insuscettibile applicazione analogica.”

<sup>22</sup>R. CASIRAGHI, *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, fasc. 1, 195-199; M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sistema penale*, 2022, 1 ss.; G. ESPOSITO, *Verso un celere riconoscimento del dictum della Corte EDU*, in *Archivio penale*, 2022, fasc. 3, 2.

<sup>23</sup>A. RUGGERI, *La cedevolezza della cosa giudicata all'impatto con la Convenzione europea dei diritti umani... overosia quando la certezza del diritto è obbligata a cedere il passo alla certezza dei diritti*, in *Leg. pen.*, 2011, fasc. 2, 481; S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all'obbligo di conformarsi alle condanne europee: l'inserimento delle sentenze della Corte europea tra i casi di revisione*, in *Dir. pen. cont.*, 2011, 1; G. CIVITA, *Il giusto processo tra garanzie convenzionali, rimedi interni ed esecuzione delle pronunce della Corte Edu*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, fasc. 12, 1649.

<sup>24</sup>In dottrina si fa riferimento ad una sentenza additiva di “istituto” e non additiva di “principio”, in quanto la Consulta, infatti, non si limita a dichiarare l'incostituzionalità di una norma o a interpretarla in modo conforme, ma introduce direttamente un nuovo strumento giuridico per adempiere agli obblighi derivanti dall'art. 46 CEDU: una revisione “atipica”. M. GIALUZ, *Una sentenza “additiva di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”*, in *Cass. pen.*, 2011, fasc. 10, 3308 e ss.; G. GRSSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle sentenze della Corte Europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 12.

<sup>25</sup>La revisione, disciplinata dal codice agli artt. 629 e ss. c.p.p., è invocabile: a) in caso di conflitto teorico tra giudicati, ossia quando esiste una oggettiva incompatibilità tra i fatti posti a fondamento di una sentenza irrevocabile e i fatti su cui si regge un'altra sentenza irrevocabile, adottata da un giudice ordinario o speciale; b) quando la sentenza o il decreto penale di condanna hanno ritenuto la sussistenza del reato in conseguenza di una sentenza del giudice civile o amministrativo, successivamente revocata, che abbia statuito su una questione pregiudiziale sullo stato di famiglia o di cittadinanza, o questioni civili o amministrative di particolare complessità; c) nel caso in cui sopravvengono o vengono scoperte nuove prove che, sole o congiunte a quelle già valutate, dimostrino che il condannato deve essere prosciolto a norma dell'art. 631 c.p.p.; d) nell'ipotesi in cui la sentenza di condanna sia stata pronunciata in conseguenza di una falsità che è stata accertata in una successiva sentenza irrevocabile, o è stata pronunciata in conseguenza di un altro fatto previsto dalla legge come reato.

obiettivi differenti. La Corte ha chiarito di aver utilizzato il concetto di revisione per la propria pronuncia additiva unicamente per la mancanza di una disciplina più idonea<sup>26</sup>.

Lo strumento riparatorio, inoltre, deve essere configurato con un grado di flessibilità e adattabilità tali da consentire un'adeguata considerazione delle specificità del caso concreto<sup>27</sup>. Non a caso, i giudici hanno evidenziato che la riapertura del processo dovrebbe essere concepita come un concetto generale, vale a dire un meccanismo suscettibile di assumere diverse declinazioni applicative in relazione alle peculiarità della situazione esaminata<sup>28</sup>.

Inoltre, va sottolineato che trattandosi di un "rimedio di un rimedio"<sup>29</sup>, peraltro di natura straordinaria, quale è il ricorso alla Corte di Strasburgo, risulta difficoltoso il consolidamento di prassi giurisprudenziali stabili e uniformi all'interno dell'ordinamento nazionale. Tuttavia, il vuoto normativo ha alimentato dubbi, che si è tentato di superare con il ricorso all'incidente di esecuzione<sup>30</sup>.

3. In tale articolato e complesso scenario il legislatore, con l'art. 628-bis c.p.p., ex art. 36 D.lgs. 150/2022, ha introdotto uno strumento idoneo a garantire la conformità delle decisioni interne agli *standard* sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali, prevedendo un rimedio impugnatorio di natura polivalente che offre diverse soluzioni adattabili in modo flessibile alle specificità di ciascun caso<sup>31</sup>. Da un lato, è un mezzo unitario che consente di applicare una serie di misure in base alle circostanze particolari del caso. Dall'altro lato, attribuisce esclusivamente alla Corte di Cassazione il compito preliminare di valutare qualsiasi tipo di vizio, sia sostanziale che procedurale.

La prima innovazione è rilevante anche sotto il profilo testuale. All'espressione ideata dalla Consulta - "revisione europea" -, il legislatore ha preferito una diversa definizione - "Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli addizionali" -. Seppur in estrema sintesi, l'esegesi della norma risulta interessante,

---

<sup>26</sup>G. CIVITA, *Il giusto processo tra garanzie convenzionali, rimedi interni ed esecuzione delle pronunce della Corte Edu*, cit., 1659. L'autore afferma che la Corte di Cassazione abbia utilizzato la "casa" della revisione, solo per l'assenza "di un'altra e più idonea sede".

<sup>27</sup>L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, fasc. 7, 844.

<sup>28</sup>R.E. KOSTORIS, *Revisione del giudicato iniquo e invalidità processuali*, in *Leg. pen.*, 2011, n. 2, 473 e ss.

<sup>29</sup>G. CIVITA, *Il giusto processo tra garanzie convenzionali, rimedi interni ed esecuzione delle pronunce della Corte Edu*, cit., 1659

<sup>30</sup>Il concetto di incidente di esecuzione è regolamentato dagli artt. 666 e ss. c.p.p. La dottrina e la giurisprudenza lo definiscono come un "modello procedurale generale, da applicare in tutte le questioni che emergono nella fase di esecuzione di una sentenza o di un'ordinanza diventata definitiva".

L'incidente di esecuzione viene utilizzato per contestare l'attuazione delle decisioni giurisdizionali. Il pubblico ministero o le parti coinvolte, sempre durante la fase di esecuzione delle decisioni del tribunale, hanno la facoltà di rivolgersi al giudice dell'esecuzione per ottenere determinate decisioni, come ad esempio l'applicazione di indulto, amnistia, il riconoscimento di reati continuati, la fusione delle pene concorrenti, la verifica dell'inesistenza o dell'inadeguatezza del presunto titolo esecutivo e qualsiasi altra misura prevista dal codice di procedura penale.

<sup>31</sup>Così definito da G. DE AMICIS, *Giudicato interno e sentenze definitive della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un nuovo strumento di governo della cedevolezza del giudicato nazionale*, in *Sist. pen.*, 2023, 2.

laddove il primo comma dell'art. 628-*bis* c.p.p.<sup>32</sup> introduce un primo elemento innovativo, attribuendo la competenza funzionale alla Corte di Cassazione. In base alle specificità del caso e alla decisione della Corte Europea, la Suprema Corte potrà decidere di rimuovere direttamente la violazione oppure assegnare tale compito al giudice di cognizione – nello stato e nel grado in cui la violazione è avvenuta – o anche al giudice dell'esecuzione. Quanto alla legittimazione attiva spetta al ricorrente che nel procedimento interno sia risultato condannato<sup>33</sup> o sottoposto a misura di sicurezza<sup>34</sup>. Ne consegue che non è ammessa la legittimazione dell'imputato prosciolti con una formula non completamente liberatoria, né del soggetto che ha ricoperto la veste di parte civile o di persona offesa<sup>35</sup>.

Invero, si è detto, in tema di legittimazione emerge una questione di particolare rilevanza, derivante da un'ambiguità normativa nel secondo comma dell'art. 628-*bis* c.p.p. La disposizione prevede che la richiesta “è presentata personalmente dall'interessato o, in caso di morte, da un suo congiunto, a mezzo di difensore munito di procura speciale”. Tuttavia, non è chiaro se l'intervento del procuratore speciale sia consentito esclusivamente in caso di decesso dell'interessato o se, al contrario, anche quest'ultimo possa conferire mandato al proprio difensore per la presentazione della richiesta.

Il dubbio nasce dalla mancata previsione, nell'art. 628-*bis* c.p.p., di un riferimento esplicito alla possibilità di proporre l'impugnazione tramite procuratore speciale, a differenza di quanto espressamente previsto dall'art. 633, comma 1, c.p.p. Non si può, però, sostenere che esista un principio di tassatività assoluta per la rappresentanza volontaria: è vero che alcuni atti processuali sono strettamente personali e quindi non delegabili, ma questo non significa che ogni forma di rappresentanza debba essere espressamente prevista dalla legge. Non può, quindi, negarsi che un'interpretazione così rigida andrebbe contro lo stesso sistema delle impugnazioni, che in genere permette la delega degli atti, come dimostrano gli articoli 571<sup>36</sup> e 633 c.p.p., oltre alla normativa sulla rinuncia all'impugnazione prevista dall'art. 589, comma 2, c.p.p.<sup>37</sup>.

---

<sup>32</sup>G. DIOTALLEVI, *Il nuovo istituto della c.d. revisione europea*, in *Freedom security Justice*, 2023, fasc. 2, 173-186; L. RAPISARDA, *Il nuovo art. 628-bis c.p.p.: l'ordinamento italiano dispone finalmente di un istituto per l'esecuzione dei provvedimenti della Corte di Strasburgo*, in *Giur. pen. web*, 2023, fasc. 1, 13-17.

<sup>33</sup>Colui nei cui confronti il giudice ha pronunciato una sentenza di condanna, se risulta colpevole del reato “al di là di ogni ragionevole dubbio” ai sensi dell'art. 533 c.p.p.

<sup>34</sup>Sono disciplinate dagli artt. 199 e ss. c.p. e rappresentano misure preventive volte a impedire al soggetto di commettere ulteriori reati. Vengono adottate nei confronti degli autori di reato, indipendentemente dalla loro capacità di intendere e volere, previa valutazione della loro pericolosità sociale, con l'obiettivo di prevenire il rischio di recidiva. Ciò che le distingue dalla pena è che non hanno lo scopo di infliggere una punizione, ma servono esclusivamente a rieducare il colpevole. Pertanto, queste misure possono essere applicate anche ai soggetti non imputabili (a differenza delle pene, che sono riservate solo agli imputabili), ma la loro applicazione richiede una valutazione concreta della pericolosità sociale del soggetto coinvolto.

<sup>35</sup>La decisione di escludere la parte civile o la persona offesa dai soggetti legittimati non era in realtà una scelta obbligata dalla delega, ma deriva da un'interpretazione restrittiva dell'art. 1, comma 13, lettera o), l. n. 134 del 2021, che fa riferimento esclusivamente al “soggetto che ha presentato il ricorso”.

<sup>36</sup>L. RAPISARDA, *Il primo banco di prova per l'art. 628-bis c.p.p.: la Cassazione saggia l'elasticità del dettato normativo*, in *Cass. pen.*, 2024, fasc. 6, 1871.

<sup>37</sup>S. LONATI, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte Europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 2023, 13-14. L'autore afferma che “una soluzione esegetica restrittiva, intesa a

In riferimento al contenuto del ricorso la norma resta piuttosto generica, considerato che tra gli elementi previsti a pena di inammissibilità sussiste l'obbligo di indicare chiaramente le ragioni a sostegno dell'istanza, facendo riferimento a "ragioni che giustificano la richiesta" senza specificare nel dettaglio il contenuto di tale motivazione. Questa formulazione lascia spazio a un'ampia interpretazione, comprendendo qualsiasi elemento ritenuto utile per ottenere la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna, la riapertura del procedimento ovvero altre misure volte a rimuovere gli effetti della violazione accertata. Un aspetto centrale è l'indicazione delle violazioni delle garanzie convenzionali riscontrate dalla Corte europea, facilitata dall'obbligo di allegare la decisione della Corte EDU<sup>38</sup>, come previsto dall'art. 628-*bis*, comma 2, c.p.p.

Dalla valutazione della Corte – ai sensi del comma 5 – si ricava la necessità, da parte del ricorrente di dimostrare "l'incidenza effettiva" delle violazioni sulla decisione impugnata, valutandone la natura e la gravità. Non basta una generica contestazione dell'esito del processo: la Corte di Cassazione esamina la richiesta ponendo particolare attenzione alla prova del danno effettivo che la violazione ha provocato sulla sentenza o sul decreto penale di condanna. Tale elemento deve dunque essere illustrato in modo chiaro e dettagliato, fornendo una motivazione articolata.

L'interessato deve presentare il ricorso presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento contestato, entro novanta giorni dalla definitività della decisione della Corte europea o dalla data in cui è stata disposta la cancellazione del ricorso dal ruolo, a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato. Sebbene questo termine perentorio possa sembrare poco coerente con la natura straordinaria del rimedio, esso risponde all'esigenza di trovare un equilibrio tra due principi fondamentali: da un lato, la tutela dei diritti della persona e, dall'altro, la necessità di garantire la certezza delle situazioni giuridiche<sup>39</sup>.

La Corte può valutare violazioni sia sostanziali che procedurali, ma esse devono sempre essere rilevanti. Va sottolineato che la Corte di Cassazione non può stabilire se vi sia stata o meno una violazione, ma deve limitarsi a valutare l'impatto che questa ha avuto sull'esito del processo, seguendo le indicazioni della Corte europea<sup>40</sup>.

L'eventuale prosecuzione del ricorso dipende dalla gravità della violazione accertata e dal rimedio più adatto per correggere i pregiudizi subiti dal ricorrente. In particolare, l'art. 628-*bis*, comma 5 c.p.p. indica tre possibili approcci: se non sono necessarie ulteriori indagini

---

negare la possibilità di investire un procurator per esercitare il diritto di adire la Suprema Corte, potrebbe esporsi a fondati rilievi di legittimità costituzionale in relazione al canone di ragionevolezza".

<sup>38</sup>"L'*arrêt* europeo non è autosufficiente, anche se va depositato in formato digitale insieme alla richiesta e al provvedimento interno impugnato." H. BELLUTA, *Ritocchi al rito in cassazione e rimedi per le condanne della Corte europea*, in *Giur. it.*, 2023, 1214.

<sup>39</sup>R.M. GERACI, *Un'attesa lunga vent'anni: il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, fasc. 1, 194.

<sup>40</sup>Analisi condivisa dalla dottrina, in particolare R.M. GERACI, *Un'attesa lunga vent'anni: il ricorso straordinario per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, cit., 196. L'autrice afferma "parrebbe essersi voluta escludere l'attribuzione di un potere di sindacato sull'*an* dell'incidenza della violazione sull'esito del processo in capo alla Corte di legittimità, il cui compito, quale organo investito della richiesta di *restitutio in integrum*, parrebbe invece circoscritto – nei limiti del margine di apprezzamento spettante alle autorità nazionali – alla sola valutazione del *quomodo* attraverso cui attuare la stessa."

dei fatti<sup>41</sup> o se il rinvio è superfluo, spetta al giudice di legittimità prendere le misure necessarie per eliminare gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione, incluso la revoca della pronuncia. In alternativa, la Corte di Cassazione può trasmettere gli atti al giudice dell'esecuzione ovvero, infine, disporre l'apertura del processo nel grado e nella fase in cui si è verificata la violazione.

In caso di riapertura del processo, la Corte di Cassazione determina se e in quale misura gli atti precedenti del procedimento mantengano la loro validità.

In assenza di una norma specifica, rimane da determinare se operi il divieto di *reformatio in pejus*<sup>42</sup>. In generale, dopo la cancellazione del giudicato tramite un nuovo mezzo di impugnazione straordinario, sembra che il divieto di aggravare la pena non si applichi, almeno nei casi in cui il vizio rilevato in sede europea abbia compromesso l'equità dell'intero procedimento fino alla sua conclusione, rendendo impossibile per l'imputato ottenere alcun beneficio da una sentenza emessa in un processo viziato sin dall'inizio da violazioni dei diritti convenzionali.

Tuttavia, è importante considerare che il divieto, oltre a essere confermato dalla Corte costituzionale quando ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 630 c.p.p. introducendo la revisione europea, costituisce un complemento logico di un meccanismo riparatorio che può essere attivato solo dall'imputato o dalla persona soggetta a misure di sicurezza<sup>43</sup>.

4. La vicenda Knox<sup>44</sup> offre l'occasione per osservare le ricadute nella prassi del nuovo istituto.

La Suprema Corte si è occupata della condanna per calunnia<sup>45</sup> di Amanda Knox, vicenda collaterale rispetto a quella principale, invero, ben nota per aver suscitato a lungo l'interesse dell'opinione pubblica e per aver avuto una rilevanza mediatica significativa.

Dunque, e in estrema sintesi, la condanna per calunnia si è basata sulle dichiarazioni rese nel corso dell'interrogatorio condotto, durante le indagini preliminari. Tali dichiarazioni

---

<sup>41</sup> In linea con quanto già previsto i per i casi di annullamento della sentenza senza rinvio. Bisogna richiamare l'art. 620 comma 1 lett. l) il quale prevede che la Corte di Cassazione possa annullare la sentenza senza rinvio al giudice di merito "se ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio."

<sup>42</sup> Si richiama l'art. 597 c.p.p. comma 3 secondo cui il giudice "non può irrogare una pena più grave per specie o quantità, applicare una misura di sicurezza nuova o più grave, prosciogliere l'imputato per una causa meno favorevole di quella enunciata nella sentenza appellata né revocare benefici".

<sup>43</sup> G. DE AMICIS, *Giudicato interno e sentenze definitive della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un nuovo strumento di governo della cedevolezza del giudicato nazionale*, cit., 21.

<sup>44</sup> Cass. pen., sez. V., sent. 12 ottobre 2023, n. 47183.

<sup>45</sup> In relazione al rapporto tra reato di calunnia e di diritto di difesa, è interessante la disamina di I. SCORDAMAGLIA, *Osservatorio Contrasti giurisprudenziali – Calunnia*, in *Dir. pen. proc.*, 2024, fasc. 6, 767. L'autrice mette in evidenza un orientamento interpretativo che sostiene che, in casi eccezionali, l'imputato potrebbe accusare falsamente altre persone innocenti, purché tale dichiarazione sia l'unico mezzo indispensabile per difendersi efficacemente e negare l'accusa. In questo caso, la menzogna deve essere strettamente necessaria per confutare l'addebito e non deve eccedere l'utilità difensiva. La calunnia sarebbe giustificata solo se non vi sono altre alternative ragionevoli per la difesa, e deve essere valutata con estrema attenzione nel caso concreto. Questo orientamento pone l'accento sul nesso funzionale tra la difesa dell'imputato e l'accusa falsa, stabilendo che la calunnia difensiva può essere giustificata solo se strettamente essenziale per respingere l'accusa (A. SPENA, *La calunnia difensiva ai confini del diritto di difesa*, in *Leg. pen.*, 2020, fasc. 3, 18).

venivano successivamente rese per iscritto attraverso la redazione di un memoriale, risultato determinante per la sentenza di condanna.

La Corte di Strasburgo - a seguito del ricorso presentato dai difensori dell'imputata - pur riscontrando molteplici violazioni dei diritti umani nei confronti di Amanda Knox durante il processo<sup>46</sup>, tra cui – come sostenuto dalla difesa - il trattamento subito durante le audizioni notturne e la mancanza di un'indagine ufficiale sulle sue denunce, accertava la violazione soltanto procedurale, e non anche sostanziale, dell'art. 3. In particolare, si evidenziava il mancato adempimento da parte del PM di verificare la fondatezza di quanto affermato dall'imputata.

La Corte EDU, inoltre, riconosceva, ai sensi dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. c) della Convenzione, una violazione del diritto all'assistenza legale durante le dichiarazioni rilasciate nel corso dell'interrogatorio condotto dalla pubblica accusa.<sup>47</sup>

Dopo la sentenza del 24 gennaio 2019 della Corte EDU<sup>48</sup>, i difensori di Amanda Knox hanno presentato – a norma dell'art. 628-bis c.p.p. – un ricorso per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>49</sup>. Con l'accoglimento del ricorso la Corte ha finalmente chiarito che, come previsto dall'art. 571, comma 1, c.p.p., l'imputato può proporre impugnazione sia personalmente sia attraverso un procuratore speciale<sup>50</sup>. Dalle motivazioni della pronuncia emerge che l'espressione "personalmente dall'interessato" va letta congiuntamente a quella finale "a mezzo di difensore munito di procura speciale", ipotizzando che "in caso di morte, da un suo congiunto" sia solo un inciso.

La riprova di questo *throwback*<sup>51</sup> non emerge dalla Relazione illustrativa, né dal testo del decreto, ma si fonda sulla necessità di avvalersi di un difensore - in particolare iscritto all'albo dei cassazionisti - per ogni richiesta rivolta alla Corte di Cassazione, come stabilito

---

<sup>46</sup>G. TODARO, *In tema di richieste ai sensi dell'art. 628-bis c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2024, fasc. 4, 1166; M. GIALUZ, *La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, fasc. 2, 155.

<sup>47</sup>Infine, la Corte ha riscontrato una violazione dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. e) della Convenzione relativa l'assistenza di un interprete. Si è ritenuto che l'interprete, stabilendo un legame empatico con la propria assistita, abbia oltrepassato le proprie funzioni, compromettendo così l'equità del procedimento.

<sup>48</sup>Per una disamina sulla decisione della Corte EDU si veda G. DE MARZO, *Indagini preliminari e violazione delle garanzie difensive: La Corte di Strasburgo condanna l'Italia nel caso "Knox"*, in *Cass. pen.*, 2019, fasc. 5-6, 2314.

<sup>49</sup>Interessante è analizzare la memoria difensiva presentata dai legali della Knox il 26 settembre, nella quale veniva richiesta trattazione orale o, in alternativa, si chiedeva di sollevare un incidente di costituzionalità dell'art. 628-bis c.p.p., comma 4, in relazione agli articoli 3, 111 e 117 della Costituzione. La richiesta era stata precedentemente respinta il 6 settembre, in quanto l'art. 628-bis comma 4, richiama sì il testo dell'art. 611 c.p.p., ma l'art. 23, comma 8, d.l. 137 del 2020 prevede la possibilità di richiedere la trattazione orale solo i procedimenti di cui agli artt. 614 (udienza pubblica) e 127 c.p.p. (camera di consiglio partecipata). Il Collegio ha considerato corretto il rigetto della richiesta di trattazione orale poiché il comma 1-bis e comma 1-quater dell'art. 611, richiamati dalla difesa, non erano ancora in vigore al momento dell'istanza. Inoltre, ha ritenuto infondata l'eccezione di incostituzionalità, sostenendo che la disparità di trattamento – inerente al profilo dell'accesso all'oralità, per quanto riguardava precedentemente la revisione europea, la procedura ex art. 625-bis c.p.p. e quella riservata ai c.d. fratelli minori - non esisteva, dato che riguardava rimedi giudiziali anziché strumenti legislativi per l'esecuzione delle sentenze europee. L'eccezione di incostituzionalità relativa all'art. 111 Cost. è stata giudicata generica e non in conflitto con la norma costituzionale.

<sup>50</sup>Cass. pen., sez. V., sent. 12 ottobre 2023, n. 47183.

<sup>51</sup>In effetti, la l. 103/2017 ha previsto che i ricorsi per Cassazione devono essere sottoscritti da difensori abilitati al patrocinio dinanzi le giurisdizioni superiori, escludendo la possibilità per l'imputato di provvedervi personalmente.

dalla l. 103/2017. Di conseguenza, l'istanza prevista dall'art. 628-bis c.p.p. può essere presentata da un difensore munito di procura speciale, in quanto non si tratta di un atto personalissimo non delegabile dall'imputato, ma di una richiesta di natura processuale finalizzata all'avvio di un nuovo giudizio o di una nuova fase processuale<sup>52</sup>.

La Corte di Cassazione ha riconosciuto la rilevanza delle affermazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>53</sup>, ritenendo che il contenuto del *dictum europeo*<sup>54</sup> sia sufficientemente chiaro e privo di ambiguità tali da ostacolarne l'attuazione. Secondo la Corte di legittimità, la violazione del diritto a un processo equo garantito dall'art. 6 CEDU rende inutilizzabili, nel processo per calunnia, le dichiarazioni rese in sede di interrogatorio e quindi quest'ultime devono essere espunte dal materiale probatorio<sup>55</sup>.

Quanto alle modalità di esecuzione delle decisioni della Corte EDU, la Corte di Cassazione non ritiene possibile né la trasmissione degli atti al giudice dell'esecuzione, né la riapertura del processo al grado e alla fase in cui si è verificata la violazione, circostanza che imporrebbe una regressione del processo al momento stesso della commissione del reato.

Resta sullo sfondo ancora una perplessità relativa alla possibilità di revocare la sentenza o il decreto penale di condanna. L'interpretazione letterale dell'art. 628-bis c.p.p. non fornisce un quadro chiaro, poiché sembra limitare la revoca della sentenza o del decreto penale di condanna solo ai casi in cui non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto o comunque risulta superfluo il rinvio<sup>56</sup>. Tuttavia, la caducazione del giudicato di condanna - dichiarato

---

<sup>52</sup>Alle medesime conclusioni approda anche la dottrina, in particolare L. RAPISARDA, *Il primo banco di prova per l'art. 628-bis c.p.p.: la Cassazione saggia l'elasticità del dettato normativo*, cit., 1868B, che evidenzia come l'art. 628-bis c.p.p. contenga una disciplina flessibile, idonea a legittimare la proposizione della richiesta sia da parte dell'interessato personalmente che a mezzo di difensore munito di procura speciale. Anche l'autore, pur seguendo un diverso iter argomentativo, raggiunge una conclusione analoga a quella della Corte di Cassazione. Quest'ultima fonda la propria posizione su una lettura sistematica dell'art. 628-bis c.p.p., confrontandolo con istituti straordinari simili, come la rescissione del giudicato, che ammettono il ricorso al procuratore speciale. L'autore, invece, partendo dal dato che la questione sottoposta ai giudici di legittimità era in termini inversi (non era la proponibilità del ricorso personalmente dall'interessato, ma la possibilità di delegare l'atto al difensore), mette in rilievo la peculiarità di tale disposizione rispetto al sistema delle impugnazioni ordinarie, sottolineando l'intento derogatorio del legislatore rispetto all'art. 613 c.p.p., così da consentire all'interessato di agire direttamente.

<sup>53</sup>S. LONATI, *Il primo banco di prova per l'art. 628-bis: La Cassazione saggia l'elasticità del dettato normativo*, in *Cass. pen.*, 2024, fasc. 5, 1868.

<sup>54</sup>S. NOVANI, *Alcune riflessioni sulla prima applicazione dell'art. 628-bis c.p.p.: i giudici di legittimità godono di un reale margine di apprezzamento oppure sono semplici passacarte al servizio della Corte europea?*, 2024, in *Cass. pen.*, fasc. 10, 3220.

<sup>55</sup>Invero, le dichiarazioni erano già state dichiarate inutilizzabili nel corso dei processi per l'accertamento dei fatti inerenti al reato di omicidio, ma lo stesso non vale per il reato di calunnia per il quale costituiscono il corpo del reato e quindi pienamente utilizzabili. La Corte di Cassazione, nonostante la censura della Corte EDU, non muta il suo orientamento, ma limita il suo *focus* al caso concreto. L. RAPISARDA, *Il primo banco di prova per l'art. 628-bis c.p.p.: la Cassazione saggia l'elasticità del dettato normativo*, in *Cass. pen.*, 2024, fasc. 6, 1868B.

<sup>56</sup>L'art. 620 c.p.p. prevede i casi in cui la Cassazione annulla la sentenza senza rinvio, in particolare "a) se il fatto non è previsto dalla legge come reato, se il reato è estinto o se l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita; b) se il reato non appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario; c) se il provvedimento impugnato contiene disposizioni che eccedono i poteri della giurisdizione, limitatamente alle medesime; d) se la decisione impugnata consiste in un provvedimento non consentito dalla legge; e) se la sentenza è nulla a norma e nei limiti dell'articolo 522 in relazione a un reato concorrente; f) se la sentenza è nulla a norma e nei limiti dell'articolo 522 in relazione a un fatto nuovo; g) se la condanna è stata pronunciata per errore di persona; h) se vi è contraddizione fra la sentenza o l'ordinanza impugnata e un'altra anteriore concernente la stessa persona e il medesimo oggetto, pronunciata dallo stesso o da un altro giudice penale; i) se la sentenza impugnata ha deciso in secondo grado su materia per la quale non è ammesso l'appello; l) se la corte ritiene di poter decidere, non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto,

iniquo dalla Corte di Strasburgo - deve essere disposta dalla Cassazione anche qualora, viceversa, siano richiesti ulteriori accertamenti di fatto e sia necessario un rinvio. La revoca della sentenza, in effetti, rappresenta un passaggio necessario anche per la riapertura del processo.

Di conseguenza, una lettura coerente con la struttura del rimedio suggerisce che la riapertura del procedimento ai sensi dell'art. 628-*bis* c.p.p. implichi necessariamente la revoca della sentenza definitiva. Al tempo stesso si tratta, però, di un annullamento con rinvio "atipico"<sup>57</sup>, poiché la disciplina dell'istituto non richiama espressamente il modello procedurale dell'art. 627 c.p.p.

Secondo la Corte, questa lettura è coerente con il sistema delle impugnazioni, il quale prevede il rinvio come conseguenza dell'annullamento della sentenza impugnata ai sensi dell'art. 623 c.p.p., consentendo così un nuovo esame da parte del giudice di merito.

Infine, la Corte ha affermato che la revoca può riguardare sia pronunce di merito, che di legittimità<sup>58</sup>. Ciò è giustificato dalla formulazione ampia dell'art. 628-*bis*, comma 5, c.p.p., che non limita l'oggetto della revoca a un solo tipo di decisione. Questa soluzione si allinea con la necessità di garantire strumenti flessibili per affrontare le diverse tipologie di violazioni accertabili dalla Corte EDU e i rimedi conseguenti<sup>59</sup>.

Il giudice del rinvio è chiamato a valutare se, considerando l'intero quadro probatorio, il memoriale contenga affermazioni accusatorie formulate nella consapevolezza dell'innocenza della persona offesa, tali da supportare il giudizio di colpevolezza espresso nei gradi precedenti<sup>60</sup>.

Nel giudizio di rinvio la Corte di Assise di Appello ha confermato la precedente decisione. Il memoriale rappresenta un vero e proprio atto di accusa, "è stato redatto spontaneamente e liberamente come confermato dall'imputata", è dunque utilizzabile, ai sensi dell'art. 237 c.p.p., trattandosi di un documento proveniente dall'imputata, che ne è stata spontanea autrice materiale. Inoltre, la Corte ritiene che "la ripetuta rappresentazione del dubbio tra la realtà e l'irrealtà è un *escamotage* irrilevante"<sup>61</sup>. Secondo la Corte di Assise di Appello non sussistono dubbi circa la presenza di Amanda Knox sul luogo del delitto, poiché la stessa riferisce in più occasioni di aver udito un "urlo straziante" attribuito alla vittima, descritto dettagliatamente nel memoriale. Tale circostanza è ritenuta un "fatto realmente accaduto", suffragando così la sua presenza sulla scena del crimine e la consapevolezza che

---

o di rideterminare la pena sulla base delle statuizioni del giudice di merito o di adottare i provvedimenti necessari, e in ogni altro caso in cui ritiene superfluo il rinvio.

<sup>57</sup> Così denominato da G. DE AMICIS, *Giudicato interno e sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo strumento di governo della cedevolezza del giudicato nazionale*, cit., 19.

<sup>58</sup> Questo profilo è analizzato da L. PALMIERI, *Processo Amanda Knox: revocata la sentenza di condanna per calunnia*, in *dirittoegiustizia.it*, 2023, 3.

<sup>59</sup> M. BRUNETTI PIERRI, *Prime applicazioni da parte della Suprema Corte del nuovo rimedio di cui all'art. 628-bis c.p.p.*, in *Sistema penale*, 2024, fasc. 6, 29 - 32.

<sup>60</sup> S. NOVANI, *Alcune riflessioni sulla prima applicazione dell'art. 628-bis c.p.p.: i giudici di legittimità godono di un reale margine di apprezzamento oppure sono semplici passacarte al servizio della Corte europea?*, 2024, cit., 3220.

<sup>61</sup> Corte di Assise di Appello di Firenze, sent. 05 giugno 2024, n. 5, punto 2.2.

la persona offesa non si trovava in quel luogo<sup>62</sup>. La Corte, dunque, ha condannato Amanda Knox a tre anni di reclusione.

Secondo i difensori di Amanda Knox, la pronuncia ridimensionerebbe l'incidenza delle pronunce della Corte di Strasburgo, attribuendo prevalenza alle decisioni dei tribunali italiani rispetto alle disposizioni di natura sovranazionale. Proprio in ragione di tali considerazioni, i legali hanno ritenuto necessario proporre ricorso dinanzi alla Corte di Cassazione, contestando la motivazione fornita dalla Corte d'Appello. Secondo la difesa, l'assenza di una coerenza argomentativa e la mancata valutazione adeguata del memoriale costituiscono i principali punti critici.

L'udienza tenutasi il 23 gennaio 2025 dinanzi alla Corte di Cassazione ha segnato un momento decisivo nella risoluzione, quantomeno sotto il profilo giuridico, di una vicenda giudiziaria che si iscrive tra i casi più complessi e dibattuti degli ultimi anni. Le argomentazioni presentate dalla difesa di Amanda Knox non sono state accolte dalla Suprema Corte che, rigettando il ricorso, ha confermato in via definitiva la condanna pronunciata lo scorso giugno dalla Corte di Assise d'Appello di Firenze.

5. Non è eccentrico interrogarsi sui limiti e sulle potenzialità applicative del nuovo istituto introdotto dalla riforma Cartabia, valutando la sua eventuale estensione ad altri provvedimenti, rispetto a quelli enunciati espressamente dalla norma<sup>63</sup>.

Risulta particolarmente interessante, quindi, esaminare la pronuncia della Suprema Corte<sup>64</sup> che, adita per la prima volta ai sensi dell'art. 628-*bis* c.p.p., è stata chiamata a pronunciarsi sulla possibilità di impugnare un provvedimento emesso dal magistrato di sorveglianza.

La vicenda nasce da una decisione della Corte di Strasburgo<sup>65</sup>, la quale ha constatato una violazione dell'art. 3 CEDU, poiché la condanna all'ergastolo, nelle circostanze subite dal condannato, è stata ritenuta inumana<sup>66</sup>. La fattispecie riguardava, in particolare, la dichiarazione di inammissibilità da parte del magistrato di sorveglianza della richiesta di un

---

<sup>62</sup>La tesi sostenuta dalla difesa della Knox, relativa all'assenza del dolo nel muovere le accuse nei confronti di Lumumba risulta priva di fondamento alla luce di consolidati orientamenti giurisprudenziali. La Suprema Corte (Cass., sez. VI, sent. 3 aprile 2013, n. 21204; Cass., sez. VI, sent. 12 settembre 2014, n. 37654; Cass., sez. VI, sent. 18 febbraio 2020, n. 12209; Cass., sez. VI, sent. 27 aprile 2022, n. 21632) ha stabilito che il dolo nel reato di calunnia si configura allorché l'autore della falsa accusa agisca con la piena consapevolezza dell'innocenza della persona accusata. Pertanto, ciò che rileva ai fini della configurazione del dolo non è soltanto la falsità delle accuse mosse, ma anche la chiara e inequivocabile consapevolezza, da parte dell'agente, che l'accusato non ha commesso il reato attribuitogli.

<sup>63</sup> L'art. 628-*bis* co. 1 c.p.p. prevede che si possa richiedere la revoca della "sentenza penale o il decreto penale di condanna".

<sup>64</sup> Cass. pen., sez. V, sent. 13 luglio 2023, n. 39801.

<sup>65</sup>Corte Europea Diritti dell'Uomo, sent. 13 giugno 2019, n. 77633-16.

<sup>66</sup>Di diverso avviso il giudice Wojtyczek che, trovandosi in minoranza nella votazione, manifesta il proprio disappunto riguardo alle motivazioni degli altri membri della Corte, afferma "Il ricorrente, che è stato condannato all'ergastolo, dirigeva un'organizzazione criminale. Si tratta di una organizzazione che continua a rappresentare una minaccia per la vita e la sicurezza delle persone in Italia. Il ricorrente detiene delle informazioni che potrebbero aiutare le autorità a perseguire altre persone attive all'interno di quest'organizzazione e contribuire così a ridurre considerevolmente la minaccia che pesa sulla vita delle persone e impedire nuovi crimini. Rifiuta, tuttavia, di comunicare le informazioni rilevanti alle autorità, protestando la sua innocenza e invocando il timore per la sua vita e quella dei membri della sua famiglia." Interessante sul punto è la disamina di S. ROMICE, *L'opinione del giudice Wojtyczek nel caso Viola c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 11, 1 e ss.

condannato di accedere alla libertà condizionale, in quanto il delitto per il quale egli era stato condannato era ostativo ai sensi dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. pen. Per questo la Corte di Strasburgo ha ritenuto che la pena dell'ergastolo ostativo riduce in maniera eccessiva le prospettive di rilascio della persona coinvolta<sup>67</sup> e limita la possibilità di rivalutare la pena<sup>68</sup>.

Sulla base di questa pronuncia, il ricorrente vittorioso dinanzi alla Corte EDU ha presentato ricorso alla Suprema Corte ai sensi dell'art. 628-*bis* c.p.p.

La previsione normativa fa specifico riferimento a "sentenze di condanna e decreti penali di condanna", categorie alle quali certamente non appartengono i provvedimenti del magistrato di sorveglianza.

Indubbiamente, il ricorso contemplato dall'art. 628-*bis* c.p.p. è categoricamente identificato come un mezzo di impugnazione straordinario, questo lo si desume dal fatto che la Corte di cassazione rimuove gli effetti di una sentenza di condanna o di un decreto penale di condanna che sarebbero altrimenti intangibili.

Proprio sulla base delle argomentazioni che precedono, la Corte di cassazione, sull'assunto che i provvedimenti adottati dalla magistratura di sorveglianza si caratterizzano per il fatto di essere adottati *rebus sic stantibus*, così da dare luogo al c.d. "giudicato aperto", ha affermato il principio secondo cui il rimedio *ex art. 628-bis* c.p.p. è una disposizione che consente il riesame di un giudicato penale, ma è inapplicabile ad un provvedimento di competenza del Tribunale di sorveglianza. Ciò è dovuto al fatto che un provvedimento di questo genere non si configura esattamente come un giudicato nel senso stretto del termine, bensì come una decisione che regola la supervisione e l'esecuzione di misure alternative alla detenzione o di altre misure cautelari.

Si ritiene che il Tribunale di sorveglianza prenda decisioni sulla base di valutazioni specifiche e circoscritte, spesso in risposta a situazioni emergenti o cambiamenti nelle circostanze del soggetto coinvolto. In altre parole, non si tratta di una sentenza conclusiva sulla responsabilità penale ma di una valutazione dinamica della situazione. La stessa Corte afferma che "il rimedio è inapplicabile con riferimento ad un provvedimento di competenza del Tribunale di sorveglianza, cui l'interessato può sottoporre la questione, con nuova domanda".

In questo contesto, quindi, non trova applicazione la possibilità di rivedere una pronuncia alla luce di violazioni della CEDU, poichè non si tratta di una sentenza. Il Tribunale di sorveglianza può, infatti, valutare eventuali nuovi elementi che emergono dopo la sua decisione originaria nel contesto di una richiesta di riesame o revisione del provvedimento stesso.

In sostanza, mentre il rimedio *ex art. 628-bis* c.p.p. è concepito per affrontare specificamente situazioni in cui il giudicato penale potrebbe essere compromesso da lesioni di diritti garantiti dalla Convenzione, nel caso dei provvedimenti del Tribunale di sorveglianza, l'attenzione dovrebbe essere rivolta piuttosto alla possibilità di riesaminare o

---

<sup>67</sup>S. SANTINI, *Anche gli ergastolani hanno diritto a una concreta "via di scampo": dalla Corte di Strasburgo un monito al rispetto della dignità umana*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1 ss.

<sup>68</sup>G. PICARO, *La Corte E.D.U. dichiara l'ergastolo ostativo incompatibile con l'art. 3 della Convenzione. Brevi riflessioni a margine della sentenza "Viola"*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2, 1 e ss.

modificare tali provvedimenti alla luce di sviluppi successivi o nuove informazioni pertinenti<sup>69</sup>.

Al tempo stesso se la Corte di cassazione ha il potere di annullare una sentenza definitiva per eliminare gli effetti negativi di una violazione riconosciuta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, le condizioni per esercitare tale potere non dovrebbero basarsi sulla denominazione giuridica del provvedimento dannoso.

Non sarebbe stato quindi inappropriato se la Corte di Cassazione avesse cercato un'interpretazione in linea con la Costituzione e la Convenzione europea, considerando la possibile disparità di trattamento sofferta dal ricorrente rispetto a una persona ufficialmente condannata. Qualora questo tentativo non avesse fornito una soluzione adeguata, si sarebbe potuta esaminare la costituzionalità di una normativa che sembra limitare eccessivamente le condizioni per accedere al meccanismo di riparazione.

In una prospettiva *de iure concedendo* si potrebbe estendere, al tempo stesso, l'intervento della Suprema Corte anche in relazione ai provvedimenti non definitivi, al fine di garantire un'effettiva tutela dei diritti dei soggetti coinvolti. L'anticipazione del controllo giurisdizionale su atti che non abbiano ancora assunto carattere definitivo consentirebbe di prevenire il consolidarsi di situazioni pregiudizievoli, evitando che la protezione giuridica sia concessa solo a posteriori, una volta che le conseguenze dannose si siano già prodotte.

In questa prospettiva, una revisione tempestiva di provvedimenti non definitivi potrebbe costituire un efficace strumento per assicurare la conformità delle decisioni giurisdizionali ai principi espressi dalla Corte di Strasburgo.

Inoltre, un simile approccio ermeneutico risponderebbe a un principio di economia processuale, in quanto consentirebbe di correggere eventuali profili di illegittimità prima che si cristallizzino in un giudicato.

Per rendere effettivo un intervento preventivo delle Corti interne e garantire una tutela tempestiva dei diritti fondamentali, sarebbe necessario prevedere un meccanismo procedurale più snello per adire la Corte EDU. Attualmente, il principio del previo esaurimento dei ricorsi interni rappresenta un requisito imprescindibile per accedere alla Corte di Strasburgo, imponendo al ricorrente di percorrere tutti i gradi di giudizio nazionali prima di poter presentare il proprio caso dinanzi agli organi europei.

Tuttavia, tale requisito, sebbene fondato sull'esigenza di rispettare la sovranità giurisdizionale degli Stati membri e di consentire alle autorità nazionali di porre rimedio a eventuali violazioni, può comportare un allungamento significativo dei tempi di giustizia e, di conseguenza, un ritardo nella tutela effettiva dei diritti del ricorrente. In alcuni casi, tale dilatazione temporale può rendere vano l'accertamento della violazione, soprattutto quando il danno subito risulta irreparabile o quando il ritardo stesso costituisce una forma di ulteriore pregiudizio.

Per questa ragione, si potrebbe ipotizzare una riforma che, pur mantenendo un adeguato bilanciamento tra la competenza delle Corti interne e quella della Corte EDU, consenta al

---

<sup>69</sup>G. TESSITORE, *L'ambito applicativo del nuovo rimedio interno alle violazioni convenzionali in decisioni non più revocabili*, in *questionegiustizia.it*, 2024.

ricorrente di adire direttamente la giurisdizione europea nei casi in cui il sistema nazionale non offra strumenti di tutela rapidi ed efficaci. In particolare, laddove si tratti di violazioni palesi dei diritti sanciti dalla Convenzione e il rimedio interno risulti eccessivamente lungo o inefficace, si potrebbe prevedere un accesso più agevole alla Corte EDU.

# Il ruolo della vittima nella negozialità penale tra fonti interne e sovranazionali

DOMENICO MASTRO

## ABSTRACT

*This article, adopting a comparative perspective and considering the prospect of a harmonized legal framework, explores the role of the victim within negotiated criminal justice mechanisms. It proposes potential solutions aimed at ensuring a fair balance between the protection of fundamental rights and the procedural efficiency inherent in plea bargaining. The Author also examines recent reform proposals regarding the protection of victims of crime.*

SOMMARIO: 1. Alla ricerca di un nuovo equilibrio: l'inclusione della vittima nella contrattazione penale. - 2. Uno sguardo oltre confine. - 3. Accordi penali e tutela della vittima nella giurisprudenza della Corte edu. - 4. Il diritto al rimborso delle spese legali sostenute dalla parte civile. - 5. Il riferimento diretto alle vittime in Costituzione. - 6. Brevi osservazioni conclusive.

1. La progressiva estensione delle prerogative accordate alla vittima nell'ambito del procedimento penale, soprattutto a partire dalle numerose sollecitazioni europee e internazionali, induce a riflettere sull'effettivo ruolo di quest'ultima all'interno del fenomeno della negozialità penale. In via preliminare occorre ricordare che con la riforma della giustizia penale (c.d. riforma *Cartabia*)<sup>1</sup> si è inteso riconoscere alla persona offesa una posizione di maggiore rilievo all'interno del processo e, con l'obiettivo principale di limitare il più possibile i danni da vittimizzazione, si è cercato di costruire un meccanismo teso a favorire e a incoraggiare sempre di più un incontro tra offensore e vittima<sup>2</sup>. Si è dato vita, così, a un modello di giustizia in cui chi subisce il fatto criminoso, generalmente con l'aiuto di un mediatore esperto, può richiedere all'autore del reato una riparazione, cioè un complessivo riequilibrio ai vari livelli - e non solo in termini economici - del danno nella sua

---

<sup>1</sup> Il D.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari) ha proposto un nuovo modello di giustizia rispetto ai precedenti basati esclusivamente sulla punizione/trattamento dell'autore del reato e quale percorso integrativo e/o parallelo a quello penale tradizionale definito da taluni un «antidoto di natura sostanziale alla esemplarità delle pene», così, L. EUSEBI, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 5, 2013, 527 e ss.; M. BORTOLATO, *La riforma Cartabia: la disciplina organica della giustizia riparativa. Un primo sguardo al nuovo decreto legislativo*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 10 ottobre 2022, 1 e ss.

<sup>2</sup> Un elemento particolarmente rilevante della riforma è che può partecipare al processo riparativo anche la persona offesa di un «reato diverso» da quello per cui si procede o per cui si avvia il programma. Questa scelta, si legge nella relazione, costituisce un valore aggiunto della giustizia riparativa rispetto alla giustizia penale convenzionale. Tale soggetto nella relazione è definito come «vittima aspecifica» o «vittima surrogata», sul punto, v., A. ZAMPAGLIONE, *Alcune rilevanti innovazioni del D.lgs. n. 150 del 2022 sull'imputato, sulla parte civile e sulla persona offesa*, in *Penale Diritto e procedura*, 14 febbraio 2024.

dimensione globale, anche in un'ottica di prevenzione dei danni futuri<sup>3</sup>. Tale approccio, incentrato sul rapporto reo-vittima-comunità, oltre che un utile strumento per la persona offesa, la quale si vede, in qualche modo, riparato il torto subito, costituisce un importante meccanismo a favore del colpevole, in quanto ne facilita il percorso di reinserimento sociale e ne riduce il rischio di recidiva<sup>4</sup>. La partecipazione a un programma riparativo, infatti, offre agli autori di reato l'opportunità di comprendere in modo concreto - e non solo teorico - il valore della norma violata. Attraverso l'ascolto diretto della vittima e del suo vissuto, il reo si confronta con le conseguenze reali della propria condotta, sviluppando una consapevolezza più profonda del danno arrecato. Questo percorso facilita una rielaborazione del conflitto e dei motivi che lo hanno causato, favorendo la maturazione di un concetto di responsabilità non solo formale, ma orientata alla relazione con l'altro<sup>5</sup>.

Spostando l'attenzione sul rapporto esistente tra giustizia penale negoziata e giustizia riparativa, ci si rende conto che esso risulta alquanto complesso e caratterizzato da una tensione tra due diverse concezioni di risposta al reato. Invero, da un lato, la giustizia penale negoziata si basa su un principio di efficienza processuale, essendo rivolta a ridurre i tempi e i costi del procedimento penale attraverso la semplificazione e la contrattazione tra le parti. In questo modello, la ricerca della verità e la valutazione delle responsabilità vengono subordinate alla necessità di giungere rapidamente a una definizione del procedimento, spesso con vantaggi per l'imputato. Tuttavia, in questo sistema, specie per quello italiano, la vittima tende a rimanere in una posizione marginale, senza rivestire un ruolo attivo all'interno dei negoziati o, in generale, nell'arco di tutto il rito premiale.

Dall'altro lato, la giustizia riparativa si fonda su un paradigma differente, finalizzato a incoraggiare, come si è detto, il confronto tra reo e vittima attraverso la promozione di percorsi di riconciliazione, responsabilizzazione e riparazione del danno. Infatti, piuttosto che limitarsi a stabilire una sanzione, la giustizia riparativa punta a ricostruire il legame sociale spezzato dal reato, offrendo all'autore dell'illecito la possibilità di comprendere le conseguenze delle proprie azioni e alla vittima l'opportunità di essere ascoltata e riacquisire il senso di fiducia negli altri.

---

<sup>3</sup> Si fa riferimento alla c.d. giustizia riparativa entrata in vigore dal 30 giugno 2023 che rappresenta un nuovo modello di composizione dei conflitti sociali. «La giustizia riparativa è qualunque procedimento in cui la vittima e il reo e, laddove appropriato, ogni altro soggetto o comunità lesi da un reato, partecipano attivamente insieme alla risoluzione delle questioni emerse dall'illecito. I procedimenti di giustizia riparativa possono includere la mediazione, la conciliazione, il dialogo esteso ai gruppi parentali [*conferencing*] e i consigli commisurativi [*sentencing circles*]», v., *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* adottati dalle Nazioni Unite il 24 luglio 2002, § 1 (2). Per un esame completo della disciplina introdotta dalla riforma, v., P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, N. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 27 febbraio 2023, 1 e ss.

<sup>4</sup> Gruppo di lavoro istituito in seno al Ministero della Giustizia per allineare le esperienze di *Restorative Justice* (RJ) sviluppate in Italia a quelle di altri Paesi europei ed extraeuropei, *La Giustizia Riparativa. Profili definitivi; tipologia e caratteristiche dei programmi di giustizia riparativa*, allegato 3 - *Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime*, in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it).

<sup>5</sup> La giustizia riparativa, quindi, si fonda sull'inclusione, sulla fiducia e sulla speranza ponendosi in netta contrapposizione a quella punitiva, che invece è diretta a marcare e incrementare divisione e conflittualità, in questi termini, R. BARTOLI, *Complementarità, innesto e rientro nella disciplina della giustizia riparativa. Ovvero una replica alle critiche mosse alla giustizia riparativa*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 12 marzo 2025, 1 ss.

Tra i due modelli, quindi, il principale punto di frizione risiede nel diverso ruolo ricoperto dal soggetto che subisce il crimine: più centrale nella giustizia riparativa e meno significativo in quella negoziata.

Quanto affermato trova diretto riscontro nella disposizione di cui all'art. 447 c.p.p. che disciplina il c.d. patteggiamento anticipato. Tale norma, infatti, impone al giudice, qualora sia avanzata una richiesta di pena negoziata nel corso delle indagini preliminari, di fissare un'udienza della quale soltanto l'imputato e il pubblico ministero devono essere resi edotti. Con il decreto che fissa l'udienza, l'indagato deve essere altresì avvertito della possibilità di accedere ai programmi di giustizia riparativa<sup>6</sup>. Per contro, nessuna forma di tutela è riconosciuta alla vittima, in quanto la legge non le riconosce alcun diritto informativo ostacolando di fatto la sua partecipazione all'udienza di patteggiamento; ciò esclude, di conseguenza, qualsiasi possibilità di accesso ad un percorso riparativo<sup>7</sup>, che invece presuppone un confronto tra le parti coinvolte. In un simile contesto, dunque, l'utilità dei programmi di *restorative justice* potrebbe notevolmente sbiadirsi, poiché verrebbero meno quelle condizioni necessarie per la creazione di un reale spazio per la ricostruzione del rapporto tra autore e vittima<sup>8</sup>.

Tuttavia, nonostante le differenze evidenti tra i due sistemi, si ritiene possibile la costruzione di un modello in cui giustizia negoziata e giustizia riparativa possano coesistere. Si potrebbe prevedere, ad esempio, che l'accesso a un programma riparativo diventi una condizione per la concessione di benefici premiali ulteriori nel patteggiamento<sup>9</sup>, incentivando il reo a confrontarsi con la vittima. In tal caso, il giudice, nella valutazione dell'accordo raggiunto tra le parti, potrebbe tenere conto dell'eventuale disponibilità dell'indagato a partecipare a un percorso riparativo, subordinando la decisione al suo effettivo svolgimento. Quanto alla posizione della vittima, è auspicabile un intervento legislativo che le riconosca maggiori poteri partecipativi da cui scaturisca un'attrazione nell'orbita negoziale pure del soggetto portatore di interessi civilistici<sup>10</sup>. Invero, se alla vittima fosse riconosciuta la possibilità di presenziare all'udienza di cui all'art. 447 c.p.p., permettendole di esprimere il proprio punto di vista o di fornire una ricostruzione oggettiva dei fatti oggetto

---

<sup>6</sup> La riforma *Cartabia* ha aggiunto al comma 1 dell'art. 447 c.p.p. un ulteriore avviso da inserire nel decreto di fissazione dell'udienza. In particolare, a seguito della richiesta di patteggiamento formulata nel corso delle indagini preliminari, il decreto di fissazione dell'udienza deve contenere l'avvertimento per il richiedente "che ha facoltà di accedere ai programmi di giustizia riparativa", cfr., P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, N. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, cit., 30; A. PRESUTTI, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, cit.

<sup>7</sup> Nello stesso senso, cfr., A. PRESUTTI, *Aspettative e ambizioni del paradigma riparativo codificato*, in *www.sistemapenale.it*, 14 novembre 2022.

<sup>8</sup> Oltretutto, nella fase investigativa risulta altamente improbabile che l'indagato sia disposto a rinunciare a un accordo sulla pena, presumibilmente conveniente in tema di riduzione sanzionatoria, in vista di un programma riparativo eventuale e dall'incerto esito. Per di più, la giustizia negoziata incentiva la chiusura rapida del procedimento, rendendo meno plausibile che il reo scelga di affrontare un percorso più lungo e impegnativo come quello riparativo.

<sup>9</sup> In questo senso si è mossa la decisione assunta dal G.u.p. presso il Tribunale di Milano, sent. 25.03.2024 che ha valorizzato la partecipazione da parte dell'imputato a programmi di giustizia riparativa con la vittima al fine di riconoscere l'attenuante di cui all'art 62, n. 6 ultima parte c.p.

<sup>10</sup> In effetti, il combinato disposto degli artt. 6 e 10 della direttiva 2012/29/UE – recante uno statuto minimo dei diritti della vittima nel procedimento penale – attribuisce un diritto all'adeguata informazione sullo stato del procedimento, nonché a rendere una deposizione valutabile come prova.

dell'imputazione, vi sarebbe un vaglio giudiziale più rigoroso sull'accordo<sup>11</sup>. Non solo. L'ascolto della vittima favorirebbe l'incontro tra i principali protagonisti della vicenda criminosa e, dunque, si realizzerebbe quella condizione necessaria per l'avvio di un percorso riparativo/mediativo<sup>12</sup>. Per di più, l'eventuale rigetto dell'accordo da parte del giudice potrebbe incentivare l'imputato ad accettare con maggiore adesione una via alternativa per la risoluzione di tutte le conseguenze, penali e civili, derivanti dal reato. Dalle considerazioni svolte, quindi, si può sostenere che mentre la giustizia negoziata e la giustizia riparativa partono da logiche differenti, un loro bilanciamento potrebbe contribuire a un sistema penale più equo, in cui l'efficienza processuale non precluda il riconoscimento di una maggiore considerazione della vittima e la possibilità di un'autentica responsabilizzazione del reo.

Sul punto, invero, deve essere accolta con favore la nuova proposta di legge recante *“Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime”* (D.d.l. S. 1433) che, nel prevedere una integrazione dei diritti informativi previsti dagli artt. 90-bis e 90-ter c.p.p., introduce il comma 1-*quater* all'interno dell'art. 444 c.p.p. prevedendo un obbligo di interlocuzione con la persona offesa quando si procede per uno dei delitti inclusi del cosiddetto “codice rosso”<sup>13</sup>. La riforma, infatti, si propone di garantire alla persona offesa il diritto di essere informata della presentazione di una richiesta di patteggiamento. Se l'istanza è formulata fuori udienza, sarà compito della parte richiedente, a pena di inammissibilità, effettuare la notifica al difensore della persona offesa o, in sua assenza, direttamente alla persona offesa affinché quest'ultima possa presentare memorie e osservazioni in merito. La stessa facoltà è riconosciuta quando il patteggiamento è chiesto nel corso dell'udienza *ex art* 446, comma 2, c.p.p. ovvero nelle ipotesi in cui si proceda con udienza predibattimentale per reati a citazione diretta a giudizio (art 554-ter, comma 2, c.p.p.). In questi casi, infatti, la vittima, che avrà facoltà di intervenire, potrà esporre le proprie deduzioni direttamente in quella sede.

La novella interviene altresì sull'art. 447 c.p.p., stabilendo che, nei casi di reati di violenza di genere, qualora la richiesta di pena concordata sia avanzata nel corso delle indagini preliminari, il decreto di fissazione dell'udienza debba essere notificato al difensore della persona offesa o, in mancanza, alla stessa persona offesa. In questo modo, quest'ultima avrà la possibilità di partecipare al contraddittorio ed esprimere il proprio parere che, pur non essendo vincolante, imporrà all'organo giudicante un ulteriore onere di motivazione. Nella sentenza che recepisce l'accordo, infatti, il giudice sarà obbligato a illustrare le ragioni per cui ha ritenuto infondate le osservazioni formulate dalla vittima concernenti la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione o la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, la congruità della pena nonché la concessione della sospensione condizionale.

---

<sup>11</sup> Tale proposta è inserita nel **testo del disegno di legge** di iniziativa governativa recante *“Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime”* (d.d.l. S. 1433), cfr., *infra*.

<sup>12</sup> Negli stessi termini, B. MONZILLO, *La sopravvivenza nel processo della vittima dopo l'accordo sulla pena: un interesse di fatto?*, in *Sist. pen.*, 10, 2023, 102.

<sup>13</sup> L'intervento si inserisce anche nel quadro degli obblighi assunti dall'Italia con la ratifica della Convenzione di Istanbul e nel solco delle linee operative disegnate dalla nuova direttiva UE/1385/2024 in materia di violenza contro le donne, nonché delle direttive in materia di tutela delle vittime di reato.

L'analisi che precede, induce a ritenere che la riforma, almeno sotto il profilo processuale, contribuirà certamente a rafforzare la tutela delle vittime di violenza di genere, garantendo loro un ruolo più attivo nel procedimento e proteggendole dal rischio di sentirsi escluse o ignorate. Inoltre, il maggiore rigore nella valutazione delle richieste di patteggiamento aiuterà a prevenire accordi che potrebbero risultare sproporzionati rispetto alla gravità del reato, assicurando così una giustizia più equa e rispettosa dei diritti fondamentali della persona<sup>14</sup>.

2. L'analisi della contrattazione penale in alcuni ordinamenti europei evidenzia come il ruolo della vittima e i suoi diritti di intervento varino significativamente a seconda della sensibilità del legislatore nazionale. In alcuni Paesi, la persona offesa è marginalizzata e privata di qualsiasi forza decisionale, mentre in altri le vengono riconosciuti maggiori poteri partecipativi, fino al punto di condizionare l'accesso stesso agli istituti di giustizia negoziata<sup>15</sup>. Nel sistema italiano, come accennato in precedenza, la vittima è completamente estromessa dai meccanismi negoziali e non partecipa in alcun modo alla formazione dell'intesa; anzi, nella maggior parte dei casi - soprattutto quando l'accordo viene raggiunto nel corso delle indagini preliminari - non ne viene nemmeno a conoscenza<sup>16</sup>. L'ordinamento, infatti, non prevede che il danneggiato debba essere informato della trattativa in corso né gli riconosce il diritto di far valere le proprie pretese in quella sede. Il patteggiamento, dunque, si riduce ad una "partita a due" chiudendosi rigidamente a qualsiasi forma di contributo proveniente dalla vittima, indipendentemente dal fatto che le sue pretese siano espressive dell'interesse penale alla repressione del reato o di quello civile al risarcimento del danno<sup>17</sup>. Questa marginalizzazione si traduce in una duplice conseguenza negativa. Da un lato, la vittima, non potendo concorrere alla determinazione del contenuto dell'accordo, tenderà a percepire il sistema giudiziario come ingiusto e poco attento alle sue esigenze; dall'altro, invece, si troverà costretta a sostenere ulteriori costi per attivare un nuovo e diverso procedimento nel quale far valere i suoi diritti. Il nostro ordinamento, infatti, considera la quantificazione del danno una questione da far valere dinanzi al giudice civile essendo costui più preparato, sotto il profilo tecnico-giuridico, a definire questioni che richiedono una quantificazione monetaria del danno *ex delicto*. Questa rigidità determina, inoltre, una compressione del diritto all'ascolto della vittima, inteso non solo come strumento di tutela individuale, ma anche come mezzo in grado di attribuire alla sofferenza personale un riconoscimento pubblico in modo che il danno subito non venga ignorato o minimizzato.

Diversi ordinamenti europei hanno, invece, adottato soluzioni che riconoscono a chi subisce il reato un ruolo più significativo nell'ambito della negozialità penale. Le forme di partecipazione si possono distinguere in due modelli principali: quello c.d. inclusivo, nel quale si attribuisce alla vittima

---

<sup>14</sup> Cfr., Dossier Ufficio Studi di Camera e Senato dell'8/04/2025 "**Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime**" (d.d.l. S. 1433), 23 ss.

<sup>15</sup> Si fa riferimento alla *Conformidad* spagnola, al *Verständigung* tedesco, alla *Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (CRPC) francese e alla *Procédure simplifiée* svizzera. Sulle differenti procedure negoziate disciplinate negli Stati europei, si rinvia a L. MOREILLON, M. VON WURSTEMBERGER (éds.), *Procédure pénale comparée*, Basilea 2024.

<sup>16</sup> H. BELLUTA, *Per piccoli passi: la vittima di reato cerca spazio nel procedimento penale*, in *Dir. pen. cont.*, 3 marzo 2014, 2.

<sup>17</sup> A. SANNA, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, Padova 2018, 45.

un ruolo attivo nella definizione dell'accordo, e quello c.d. consultivo che, invece, affida al soggetto passivo del reato il potere di intervenire successivamente alla stipula dell'accordo al fine di esprimere la propria posizione in merito, manifestando consenso o sollevando obiezioni rispetto ai termini pattuiti<sup>18</sup>.

Nel primo caso, la persona offesa partecipa alla fase di negoziazione e contribuisce direttamente alla definizione del contenuto del patto. Questo modello, accolto in alcuni sistemi di *common law*, si basa sul c.d. "victim impact statement"<sup>19</sup> permettendo alla vittima di influenzare la pena concordata tra il pubblico ministero e l'imputato. In altri ordinamenti di *civil law*, come quello tedesco, il consenso della vittima può essere addirittura richiesto per la validità di alcuni accordi penali, specialmente se questi vengono raggiunti per reati contro il patrimonio.

A differenza del modello inclusivo, quello consultivo non prevede il coinvolgimento della vittima nella fase di negoziazione; tuttavia, le viene riconosciuta la possibilità di opporsi all'accordo in presenza di determinate condizioni, in particolare quando queste influenzano i suoi diritti risarcitori. In Francia, ad esempio, nei casi di *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)* - l'equivalente francese del patteggiamento - la vittima viene informata dell'intesa prima che il giudice la omologhi e ha facoltà di esprimere le proprie obiezioni in merito, oltre alla possibilità di costituirsi parte civile<sup>20</sup>. Quest'ultima, può, ad esempio, eccepire che l'accordo nulla prevede in ordine al risarcimento o che l'importo stabilito sia insufficiente rispetto al danno subito. In questi casi, dunque, il suo potere è limitato al tentativo di impedire che la regiodicanda sia definita con una sentenza contrattata<sup>21</sup>.

Altri sistemi ancora prevedono persino un approccio misto, nel quale la vittima ha la possibilità di partecipare attivamente alle trattative oppure, in caso di esclusione, di intervenire successivamente nella procedura semplificata, ma prima che il giudice si pronunci sull'accordo<sup>22</sup>.

Questo modello, adottato in alcuni Paesi scandinavi, mira a riconoscere un fascio di diritti e garanzie pure al soggetto leso al fine di realizzare un giusto equilibrio tra l'autonomia delle parti e la tutela della persona offesa<sup>23</sup>.

I legislatori di questi Paesi, dunque, nel dimostrare una maggiore sensibilità verso la persona offesa, anche quando l'imputato decide di patteggiare con l'accusa, finiscono col riconoscere a chi

---

<sup>18</sup> È il caso, ad esempio della procedura abbreviata svizzera della procedura negoziata croata, in cui la vittima ha la possibilità di manifestare il proprio consenso circa l'accesso al rito, al pari dell'imputato e del pubblico ministero. Ma, l'ordinamento europeo che più di ogni altro valorizza il ruolo della vittima è quello spagnolo. In tale Stato, infatti, l'offeso dal reato che si costituisce come accusatore privato non solo può partecipare alle trattative, ma gode di un vero e proprio diritto di veto avendo la possibilità di precludere all'imputato di avvalersi della *conformidad*.

<sup>19</sup> Il *Victim Impact Statement (VIS)* è una dichiarazione formale attraverso la quale la vittima di un reato esprime, davanti al giudice, l'impatto che l'illecito ha avuto sulla sua vita, sia a livello emotivo che materiale. Non incide direttamente sulla colpevolezza dell'imputato, ma può influenzare la decisione del giudice sulla pena o sulle misure alternative.

<sup>20</sup> P. LE FÈVRE, *La procédure simplifiée (Plea Bargaining)*, in L. Moreillon, M. von Wursterberger (éds.), *Procédure pénale comparée*, cit., 63.

<sup>21</sup> Negli stessi termini, v., J. DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, Milano 2019, 430, secondo il quale «È più semplice influenzare le scelte di quello che è il vero e proprio *dominus* delle contrattazioni, piuttosto che interferire con i poteri giudiziari di controllo sul concordato».

<sup>22</sup> In materia di tutela delle vittime nei procedimenti penali, con uno sguardo alle pratiche nei Paesi scandinavi, v., P. SECHI, *Vittime di reato e processo penale*, Napoli 2024, 7 ss.

<sup>23</sup> Questo approccio è adottato in alcuni Paesi scandinavi, come Svezia e Norvegia, in cui la vittima, pur non avendo un potere assoluto di veto sull'accordo, ha strumenti per far valere i propri diritti e influenzare il giudizio finale.

abbia subito un reato una corresponsabilità nell'epilogo negoziale, che in alcuni casi resta subordinato al suo assenso<sup>24</sup>. In questo senso, però, il ruolo attivo riconosciuto alla vittima non significa che essa abbia un potere decisionale assoluto, ma che il suo coinvolgimento è determinante per l'esito della procedura negoziata e per la legittimità dell'accordo raggiunto.

In realtà, le ragioni sottese alla maggiore o minore intensità di coinvolgimento delle vittime nell'ambito della giustizia negoziata sono diverse. Innanzitutto, la chiusura drastica alle istanze provenienti dal soggetto portatore di un interesse privato comporta irrimediabilmente uno svuotamento del suo diritto all'ascolto, inteso quale «strumento per così dire terapeutico, perché diretto a favorire, tramite il diritto della vittima a partecipare alle udienze, il *trasfert* della sofferenza dall'individuo alla collettività»<sup>25</sup>. La totale esclusione del danneggiato dalla *negotiated justice* inciderebbe, secondo alcuni, anche sulla funzione cicatriziale del processo, riducendola; funzione che risulta ormai cristallizzata in diverse Carte internazionali<sup>26</sup>. Secondo questi studiosi, infatti, un ampliamento dello spazio partecipativo all'attività negoziale produrrebbe diversi vantaggi, tanto a livello endoprocessuale che extraprocessuale. Prima di tutto, il riconoscimento di maggiori facoltà a favore della persona cui l'offesa è riferita - per esempio attraverso l'attribuzione di un diritto all'ascolto e di interlocuzione con l'organo giudicante - non solo aumenterebbe la trasparenza dell'accordo e il senso di fiducia dell'intera collettività, ma consentirebbe alla parte lesa di contrastare un epilogo comunque dannoso per gli interessi di cui essa si fa portatrice<sup>27</sup>. Dall'altro lato, ed è questo l'aspetto più importante, l'attribuzione di veri e propri diritti risarcitori e restitutori contribuirebbe a massimizzare gli effetti deflattivi sui sistemi giudiziari<sup>28</sup>. Infatti, obbligare il danneggiato a tutelarsi dinanzi al giudice civile permette di realizzare un risparmio temporale unicamente sul versante penale e non sulla amministrazione della giustizia generalmente intesa; per converso, allargare l'area del concordato alle questioni civilistiche, consentirebbe di evitare la celebrazione del giudizio civile con effetti positivi in chiave di macroeconomia giudiziaria<sup>29</sup>.

Dunque, l'analisi comparata circa il ruolo della vittima nell'ambito della giustizia penale negoziata dimostra che la posizione rivestita da quest'ultima è stata interpretata in modi differenti, oscillando tra la totale esclusione e il riconoscimento di un potere significativo nella definizione degli

---

<sup>24</sup> F. PERONI, *Le peripezie del patteggiamento in un trentennio di sperimentazione*, in *Arch. pen.*, 3, 2019, 19.

<sup>25</sup> A. SANNA, *op. cit.*, 51.

<sup>26</sup> M. BARGIS, H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, in M. Bargis, H. Belluta, *Vittime di reato e sistema penale. la ricerca di nuovi equilibri*, Torino 2017, 52.

<sup>27</sup> M. BARGIS, H. BELLUTA, *La direttiva 2012/29/UE: diritti minimi della vittima nel processo penale*, cit., 52.

<sup>28</sup> Con ciò non si intende far sì che le restituzioni o il risarcimento del danno derivante dal delitto rientrino tra i presupposti di accesso al rito o che gli interessi civili siano inglobati tra i contenuti dell'accordo, condivisibile è la tesi sostenuta da A. SANNA, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., 52; per una possibile soluzione, cfr. *infra* § IV.

<sup>29</sup> La possibilità offerta alla vittima di attivare un nuovo procedimento giudiziario per vedersi soddisfare le proprie pretese genera ulteriori effetti negativi sui tempi di risposta alla domanda di giustizia, sul punto, volendo, D. MASTRO, *Quale futuro per il patteggiamento dopo la riforma Cartabia?*, in G. Colaiacovo, F. Del Vecchio, W. Nocerino, *Gli snodi problematici della riforma Cartabia con uno sguardo al futuro. Giovani studiosi a confronto. Foggia 22 ottobre 2022*, Bari 2023, 99; negli stessi termini, M. GIALUZ, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Enc. Dir., Annali II*, 1, 2008, 37, secondo il quale «Se è vero che una sua estromissione dall'accordo consente di definire la reg Giudicanda in tempi più rapidi, è pur vero che alla conclusione del procedimento penale segue l'attivazione di uno nuovo, dinanzi al giudice civile», in tal caso non vi è alcuna violazione dei principi costituzionali perché esiste un altro luogo per la riparazione del danno e cioè, appunto, il giudizio civile, cfr. E. AMODIO, *Giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.*, 10, 2006, 3407.

accordi. Mentre alcuni Paesi, come l'Italia, mantengono una netta separazione tra giustizia penale e tutela degli interessi della vittima, altri hanno sviluppato meccanismi diretti a garantire un maggiore bilanciamento tra le esigenze dello Stato e quelle della persona offesa. Alla luce di queste considerazioni, potrebbe essere opportuno interrogarsi su possibili riforme che, pur senza stravolgere la funzione tipica della procedura negoziata, valorizzino maggiormente il diritto della vittima all'ascolto e alla partecipazione, contribuendo così a rendere il sistema giudiziario più attento alla protezione dei diritti fondamentali della persona.

3. La giurisprudenza di Strasburgo è ferma nello stabilire che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo non attribuisce alla vittima di reato il diritto alla vendetta privata, né quello di far perseguire penalmente terze persone, attraverso il riconoscimento della titolarità dell'esercizio dell'azione penale<sup>30</sup>. Tuttavia, la Corte EDU ha ribadito, in svariate pronunce, che gli Stati membri hanno l'obbligo positivo di fornire alle vittime strumenti adeguati per assicurare loro un accesso effettivo alla giustizia<sup>31</sup>. Ciò significa garantire alle vittime di reati - in particolare a quelle vulnerabili, come le vittime di violenza domestica o di genere - non solo il diritto formale di rivolgersi alle autorità, ma anche la possibilità concreta di ottenere tutela, giustizia e un adeguato risarcimento. Questo principio si riflette in alcune decisioni in cui la Corte, esaminando le discipline nazionali relative agli accordi penali, ha sviluppato una giurisprudenza che, secondo alcuni, non si segnala per coerenza e sistematicità complessiva<sup>32</sup>.

Un esempio significativo è rappresentato dalla valutazione di conformità della normativa italiana (artt. 444 ss. c.p.p.) rispetto ai principi sanciti dagli artt. 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>33</sup>. Tale valutazione è stata affrontata nella causa *Mihova c. Italia.*, in cui la parte lesa aveva presentato ricorso alla Corte edu lamentandosi di non essere stata informata, nel corso di due procedimenti penali, delle date delle udienze di patteggiamento e di non essersi potuta opporre in modo efficace alla negoziazione delle pene applicate nei confronti di un uomo accusato di aver abusato sessualmente della propria figlia<sup>34</sup>. In particolare, la ricorrente sottolineava che, a causa della normativa processuale italiana, le era stato precluso sia il coinvolgimento nei negoziati, sia la possibilità di essere informata dell'udienza prevista dall'art. 447 c.p.p. Di conseguenza, non aveva potuto esercitare i propri diritti nel procedimento penale, né esprimere il proprio punto di vista e incidere sull'esito dello stesso. Ciò nonostante, quest'ultima aveva comunque attivato un giudizio

---

<sup>30</sup> Cfr., Corte edu, sez. I, 7 dicembre 2017, *Arnoldi c. Italia*, § 32.

<sup>31</sup> *Ex multis*, Corte edu, 4 dicembre 2003, *M.C. c. Bulgaria*; Corte edu, 9 settembre 2009, *Opuz c. Turchia*, Corte edu, 2 marzo 2017, *Talpis c. Italia*.

<sup>32</sup> J. DELLA TORRE, *op. cit.*, 499.

<sup>33</sup> Cfr., Corte edu, sez. II, 30 marzo 2010, *Mihova c. Italia*.

<sup>34</sup> La ricorrente deplora in particolare di non essere stata informata delle date di udienza in camera di consiglio dinanzi al giudice per le indagini preliminari e di non aver potuto opporsi in maniera efficace al patteggiamento ed all'applicazione delle pene (pene detentive rispettivamente pari a tre anni e ad un mese) che la medesima ritiene eccessivamente lievi – se non irrisorie – rispetto alla gravità dei reati commessi dall'accusato. Ella ricorda che, nel diritto italiano, quando il patteggiamento tra l'accusato e la procura ha luogo durante le indagini preliminari non viene fissata nessuna udienza preliminare, il che impedisce alla parte lesa di costituirsi parte civile. Essa è dunque privata del diritto di partecipare alle udienze relative alla richiesta di applicazione della pena, nonché di impugnare la sentenza del giudice per le indagini preliminari.

civile per vedersi riconoscere una somma di denaro più alta di quella già offerta in precedenza dall'imputato a titolo di risarcimento<sup>35</sup>.

La Corte europea dei diritti dell'uomo dichiarava il ricorso irricevibile ribadendo che l'art. 6 CEDU non conferisce alla vittima il diritto di interferire nel procedimento penale per scopi punitivi<sup>36</sup>. Nel caso di specie, infatti, la ricorrente sosteneva di non aver potuto contestare la misura della pena concordata tra le parti, censura che, ad avviso della Corte, non poteva accogliersi perché diversamente ragionando si sarebbe attribuito alla persona offesa un diritto alla «vendetta privata», diritto assolutamente non previsto all'interno della Convenzione<sup>37</sup>. Di conseguenza, ad avviso dei giudici, la disciplina del patteggiamento italiano, che non permette alla vittima di intervenire nel flusso dei negoziati per sollecitare l'applicazione di una sanzione più afflittiva, non si pone in contrasto con i principi convenzionali<sup>38</sup>. Nel caso in esame, dunque, nessuna lesione del «diritto alla giurisdizione»<sup>39</sup> sarebbe stato compromesso poiché l'ordinamento giuridico italiano, in simili circostanze, riconosce alla vittima, quale strumento di tutela, il diritto di agire in sede civile per ottenere il risarcimento del danno e la soddisfazione del proprio interesse.

È importante notare che, nonostante la dichiarazione di inammissibilità del ricorso, la questione sollevata ha contribuito al dibattito sulla necessità di riforme legislative volte a rafforzare la posizione processuale delle vittime nel sistema giudiziario italiano. In particolare, la decisione in commento ha messo in luce alcune criticità del sistema penale italiano riguardo al ruolo e ai diritti della parte offesa all'interno del rito negoziale. La sentenza, inoltre, ha evidenziato la necessità di garantire alle vittime un ruolo più attivo e maggiori diritti informativi durante le fasi cruciali del processo penale, con l'obiettivo di rafforzare l'equilibrio esistente tra efficienza processuale e protezione dei diritti fondamentali della persona<sup>40</sup>.

Una problematica ulteriore è emersa nel caso *Nikolov c. Bulgaria* in cui la persona offesa si doleva di aver subito una lesione del diritto di accesso a un giudice in ragione del fatto che un tribunale

---

<sup>35</sup> Nel caso in esame, l'imputato dopo aver concluso un patteggiamento con il pubblico ministero, successivamente accolto dal giudice per le indagini preliminari, versava alla vittima una somma di danaro a titolo di risarcimento. La ricorrente non accettava la somma e dichiarava di riservarsi la facoltà di contestarne l'importo.

<sup>36</sup> Cfr., Corte edu, sez. II, 30 marzo 2010, *Mihova c. Italia*, § 1.

<sup>37</sup> La Corte ricorda che l'interpretazione dell'art. 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo non implica la necessità di un ricorso interno per ogni doglianza, anche ingiustificata, che un individuo può presentare ai sensi della Convenzione: deve trattarsi di un motivo di ricorso difendibile rispetto alla medesima, principio già affermato in *Boyle e Rice c. Regno Unito*, serie A n° 131, § 52, 24 aprile 1988. Più di recente, nel caso *Arnoldi c. Italia*, si è affermato che nel caso in cui la persona offesa presenti denuncia per scopi puramente repressivi, l'art. 6 della Cedu non trova applicazione (Corte edu, sez. I, 7 dicembre 2017, *Arnoldi c. Italia* § 32).

<sup>38</sup> Cfr., Corte edu, sez. II, 30 marzo 2010, *Mihova c. Italia*, § 1.

<sup>39</sup> Per un esame approfondito sui diritti e sul ruolo processuale della persona offesa dal reato nel codice di procedura penale del 1988, v., T. BENE, *La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione*, in *Arch. pen.*, 2, 2013, 487 - 507.

<sup>40</sup> Secondo una parte della dottrina, con la pronuncia in esame si è posto un primo punto fermo: quei modelli di giustizia negoziata, come quello italiano, che non consentono alla vittima di partecipare alle trattative e di contestare davanti al giudice, per scopi prettamente penalistici, il *quantum* di sanzione su cui l'individuo e l'autorità hanno previamente trovato un'intesa, non violano i diritti fondamentali riconosciuti dalla legislazione sovranazionale, cfr., J. DELLA TORRE, *La giustizia penale negoziata in Europa. Miti, realtà e prospettive*, cit., 501.

nazionale, nell'approvare un accordo sulla pena, non aveva esaminato nel merito la sua domanda di risarcimento del danno<sup>41</sup>.

Premesso che il diritto di accesso a un giudice non è assoluto, ma può essere soggetto a limitazioni, la Corte ha affermato che una legislazione nazionale che imponga ai giudici di non statuire sulle domande risarcitorie, qualora venga scelta una procedura negoziata, consentendo, però, al danneggiato di avviare un autonomo procedimento civile, non sarebbe affetta da irragionevolezza, né violerebbe le garanzie di cui all'art. 6 CEDU. In tal caso, i meccanismi negoziati *«presentano innegabili vantaggi per l'imputato, per l'amministrazione della giustizia e per la vittima - se a questa è attribuita la possibilità di presentare una istanza risarcitoria in sede civile -, e in linea di principio non violano la Convenzione»*<sup>42</sup>. Inoltre, proseguono i giudici, la negoziabilità *«porta a una rapida determinazione della colpevolezza e della responsabilità penale dell'imputato, che semplifica anche l'accertamento della sua responsabilità civile»*<sup>43</sup>. Pertanto, secondo i giudici europei, un concordato sulla pena non può mai comprimere irrimediabilmente gli interessi civilistici della vittima, purché quest'ultima abbia la facoltà di agire avvalendosi di un'altra strada consentita dal sistema<sup>44</sup>.

Orbene, se è vero che i meccanismi alternativi offerti dal diritto domestico giovano all'amministrazione della giustizia, almeno sul piano penalistico, non può negarsi che una disciplina nazionale che vieti al giudice di esaminare nel merito una domanda risarcitoria, anche solo per il ristoro dei danni morali, possa in un certo qual modo limitare i diritti del danneggiato provocando un serio oscuramento del suo ruolo nelle procedure concordate. È vero che quest'ultimo potrà rivolgersi al giudice civile, ma ciò determina non solo un allungamento dei tempi di risposta alla sua domanda di giustizia, ma impone l'accollamento di ulteriori oneri che lo stesso sarà costretto a sostenere per vedersi soddisfare il proprio interesse privato<sup>45</sup>. Invero, nell'applicazione della pena su richiesta delle parti non opera l'art. 75, comma 3 c.p.p. e ciò spinge a riconoscere in capo alla parte lesa il diritto al pagamento delle spese processuali. A ciò, si aggiunge l'inefficacia della decisione concordata nell'istaurando procedimento civile in virtù della nuova formulazione dell'art. 445 comma 1-bis, primo periodo c.p.p., con il quale il legislatore ha inteso sancire l'irrelevanza probatoria della sentenza di patteggiamento in ogni procedimento giurisdizionale diverso da quello penale e, quindi, nei giudizi instaurati innanzi al giudice civile, a quello amministrativo, a quello tributario e a quello della responsabilità erariale, quando il fatto storico oggetto della sentenza di patteggiamento possa avere una qualche rilevanza in quelle sedi<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Giova sottolineare che nel patteggiamento bulgaro, ai fini della sua attivazione, è necessario che l'imputato risarcisca i danni materiali alla vittima. Tuttavia, quest'ultima è costretta ad attivare un nuovo procedimento civile, dopo la conclusione negoziata di quello penale, se intende ottenere la soddisfazione anche dei danni morali, posto che i giudici non possono liquidarli in sede di ratifica del patto, sul punto, cfr. J. TURNER, *Plea Bargaining Across Borders*, Aspen Publishers, Stati Uniti, 2009, 149.

<sup>42</sup> Corte edu, sez. V, 28 settembre 2010, *Nikolov c. Bulgaria*, § 1.

<sup>43</sup> Corte edu, sez. V, 28 settembre 2010, *Nikolov c. Bulgaria*, § 1.

<sup>44</sup> La legge estone, dopo che il procedimento penale viene definito in forma contratta, consente alla vittima di adire al giudice civile per l'ottenimento del risarcimento del danno patrimoniale e morale.

<sup>45</sup> Si pensi per esempio ai contributi da pagare per l'avvio di un processo civile o alle spese legali per la nomina di un nuovo avvocato, sul punto, cfr., A. SANNA, *Il "patteggiamento" tra prassi e novelle legislative*, cit., 46; D. MASTRO, *Quale futuro per il patteggiamento dopo la riforma Cartabia?*, cit., 99.

<sup>46</sup> Sul punto la giurisprudenza ha affermato che «In tema di rapporti tra giudizio civile e giudizio penale, mentre il giudice può assumere a fondamento del proprio libero convincimento la sentenza di non doversi procedere per estinzione del

Un cambio di prospettiva - e una prima apertura verso le istanze civilistiche formulate nei riti negoziati - si è avuto nel caso *Leuska e altri c. Estonia*. La vicenda concreta prende le mosse da un procedimento penale in cui le vittime prestavano il loro consenso alla procedura concertata - come richiesto dalla legge estone - con contestuale rinuncia al risarcimento del danno, ma non al rimborso delle spese legali da loro sostenute nel corso del procedimento<sup>47</sup>. Una volta fissata l'udienza per la ratifica dell'accordo, il giudice del patteggiamento ometteva di sentire le persone offese e di decidere sulla istanza di rimborso da costoro avanzata. Esperiti tutti i mezzi di impugnazione interni, le vittime presentavano ricorso a Strasburgo lamentando la violazione del loro diritto di accesso a un giudice e del diritto all'ascolto<sup>48</sup>. Accogliendo la censura dei ricorrenti, la Corte europea ha affermato che i danneggiati da reato godono dei diritti riconosciuti dal ramo civile dell'art. 6 CEDU anche nel contesto dei riti negoziati, disposizione che assicurerebbe non solo il diritto di agire in giudizio, ma anche il diritto di ottenere una decisione da parte di un tribunale<sup>49</sup>. Su tali premesse, si è affermato che l'accesso a un giudice ingloba in sé sia il diritto di instaurare, eventualmente anche in sede penale, un procedimento al fine di ottenere la soddisfazione di un proprio interesse civilistico, sia quello di ottenere una decisione definitiva sulla propria domanda<sup>50</sup>. Sarebbe, infatti, inconcepibile che l'art. 6 CEDU proclami una serie di garanzie, stabilendo che il processo deve essere equo, pubblico e rapido, senza riconoscere al danneggiato il diritto a che la controversia civile sia definitivamente risolta. In tale arresto, dunque, si è riconosciuto alla vittima il diritto di ottenere una decisione sulla domanda intentata all'interno della procedura negoziata, nonostante la presenza nell'ordinamento interno di strumenti extra-penali diretti a soddisfare il suo interesse civilistico. Questo implica che le vittime dovrebbero poter costituirsi parte civile nel processo penale, evitando la necessità di avviare un separato procedimento civile per ottenere giustizia. La decisione in commento, quindi, rappresenta un timido passo in avanti verso il riconoscimento di una maggiore protezione e partecipazione delle vittime all'interno delle procedure negoziate. È peraltro ovvio, però, che se la giurisprudenza della Corte EDU dovesse consolidare il principio per cui l'automatica esclusione della parte civile dal patteggiamento viola il diritto di accesso alla giustizia, l'ordinamento italiano sarebbe costretto a cambiare approccio nel modo in cui è regolata la questione degli interessi civili all'interno del patteggiamento. Un adeguamento normativo potrebbe avvenire in diverse forme - per esempio,

---

reato, la sentenza di patteggiamento - della quale l'art. 445, comma 1-bis, c.p.p. sancisce l'inefficacia agli effetti civili - può essere assunta semplicemente come elemento di prova, che può essere considerato in ragione dell'assenza di un principio di tipicità della prova nel giudizio civile e della possibilità delle parti di contestare, in detto giudizio, i fatti accertati in sede penale», Cass. civ., sez. III, 31 gennaio 2024, n. 2897.

<sup>47</sup> Corte edu, sez. II, 7 novembre 2017, *Leuska e altri c. Estonia*, § 10.

<sup>48</sup> Il ricorso si fondava sul fatto che la loro domanda di rimborso delle spese legali non era stata esaminata dal giudice e che non erano stati ascoltati nel corso dell'udienza per la ratifica dell'accordo, cfr. Corte edu, sez. II, 7 novembre 2017, *Leuska e altri c. Estonia*, § 14.

<sup>49</sup> Corte edu, sez. II, 7 novembre 2017, *Leuska e altri c. Estonia*, § 67. Di recente, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che alla vittima del reato «devono essere assicurate tutte le garanzie di cui all'art. 6 CEDU; e questo anche nell'ipotesi in cui la persona lesa avrebbe comunque la facoltà di agire avvalendosi di un'altra strada consentita dal sistema», Corte edu, sez. I, 18 marzo 2021, *Petrella c. Italia*; Corte edu, sez. I, 7 dicembre 2017, *Arnoldi c. Italia*, § 42, in cui si è stabilito che una volta che l'ordinamento permette all'interessato di agire in sede giudiziaria per la tutela di un suo interesse, devono essergli riconosciute tutte le garanzie previste dall'art. 6 CEDU, a prescindere se costui avrebbe comunque la facoltà di agire avvalendosi di un'altra strada consentita dal sistema.

<sup>50</sup> Cfr., J. DELLA TORRE, *op. cit.*, 505 e s.

prevedendo che l'ammissione al patteggiamento sia subordinata a un accordo tra imputato e vittima in merito al risarcimento del danno<sup>51</sup> - ma il fine ultimo dovrebbe essere quello di garantire alla vittima un'effettiva possibilità di tutela senza dover affrontare un ulteriore e costoso giudizio civile.

4. Un isolato orientamento giurisprudenziale interno, in linea con quanto affermato dai giudici di Strasburgo nella pronuncia poc'anzi esaminata, ponendosi al di fuori dei limiti testuali e sistematici dell'art. 447 c.p.p., ha ritenuto ammissibile la costituzione di parte civile nell'udienza fissata nel corso delle indagini preliminari. Muovendo dalla premessa che anche nel patteggiamento vengono adottati provvedimenti che possono essere pregiudizievoli per la parte lesa, si è affermato che «risulta irragionevole la preclusione della possibilità di costituzione di parte civile»<sup>52</sup>. Sarebbe arbitrario, infatti, differenziare l'udienza fissata *ex art. 447 c.p.p.* rispetto all'udienza preliminare, atteso che la persona offesa, a fronte di una richiesta di applicazione di pena, ha interesse a interloquire su ogni aspetto affidato alla valutazione giudiziale dal quale possa derivare un pregiudizio al diritto al risarcimento del danno, sia pure da fare valere in altra sede. Secondo i giudici di legittimità, il legislatore non ha inteso differenziare sostanzialmente le due ipotesi, ma ha voluto soltanto dettare modalità diverse per la fissazione dell'udienza; pertanto, è assolutamente legittima la costituzione di parte civile nella fase investigativa, come pure risulta legittima la liquidazione delle spese in favore del danneggiato<sup>53</sup>.

Di contro, però, un opposto orientamento giurisprudenziale, ritenendo che l'udienza fissata ai sensi dell'art. 447 c.p.p. abbia delle peculiarità sue proprie poiché geneticamente riservata al rito negoziale, ha escluso la possibilità di coltivare interessi civili in tale sede, perché l'udienza camerale fissata nel corso delle indagini preliminari è destinata esclusivamente ad una conclusione processuale incompatibile con l'esercizio dell'azione civile<sup>54</sup>. Dunque, essa non sarebbe idonea al soddisfacimento della pretesa vantata dal soggetto passivo del reato<sup>55</sup>. In tale udienza, l'oggetto della decisione riguarda solo l'accogliibilità della richiesta di pena patteggiata, prospettiva che, comunque risoltasi, non interferisce con le ragioni del danneggiato, che le può coltivare in sede civile ovvero nel prosieguo dello stesso procedimento penale, qualora l'istanza di patteggiamento sia rigettata.

---

<sup>51</sup> Sul punto, v., *infra*, § 5.

<sup>52</sup> Cass. pen., sez. V, 28 maggio 2008, n. 37671, in *Guida al diritto*, 2008, 45, 84; Cass. pen., sez. III, 26 marzo 2008, n. 19188, in CED, *Cass. pen.*, 2008; Cass. pen., sez. V, 8 maggio 2007, n. 20660, in *Cass. pen.*, 2008, 3781. Nella fattispecie, relativa ad opposizione a decreto penale di condanna e congiunta richiesta di patteggiamento, la Corte ha specificato che soprattutto in tale caso - in cui con l'emissione del decreto penale l'azione penale viene esercitata - deve ritenersi l'ammissibilità della costituzione di parte civile. Ancora, conformi alla massima, nel senso di ritenere ammissibile la costituzione di parte civile all'udienza per la decisione sulla richiesta di applicazione della pena, proposta nel corso delle indagini preliminari, v. Cass. pen., sez. II, 28 settembre 2006, n. 41263, in *Cass. pen.*, 2008, 1, 296; Cass. pen., sez. V, 7 maggio 2004, Merighi, in *Cass. pen.*, 2005, 3048.

<sup>53</sup> Giustificherebbe quest'ultimo indirizzo quanto affermato da Corte Cost. con sentenza n. 443 del 1990. Secondo i giudici, la costituzione di parte civile prima dell'udienza preliminare si ricaverebbe anche dalla lettera dell'art. 79 c.p.p., comma 1, che non individuerrebbe affatto un termine *ante quem* la costituzione non sia consentita.

<sup>54</sup> Cass. pen., sez. V, 22 aprile 2005, n. 19925, in *Cass. pen.*, 2006, 11, 3735; Cass. pen., sez. III, 13 febbraio 2004, n. 5872; Cass. pen., sez. V, 11 gennaio 2002, n. 7802.

<sup>55</sup> Diversamente argomentando, potrebbe verificarsi una lesione del principio del contraddittorio, ciò in quanto l'esercizio dell'azione civile e le relative richieste potrebbero non giungere a conoscenza dell'indagato, se questi fosse assente alla speciale udienza fissata per la decisione sulla richiesta di applicazione della pena, Cass., sez. III, 13 febbraio 2004, n. 5872.

L'esistenza di questo contrasto giurisprudenziale in materia ha spinto la Quarta sezione della Corte di cassazione, a norma dell'art. 618 c.p.p.<sup>56</sup>, a rimettere la questione alle Sezioni Unite che, aderendo all'orientamento maggioritario, hanno ritenuto vietata la costituzione di parte civile nel contesto della speciale udienza fissata ex art. 447 c.p.p., perché circoscritta all'esame dell'accordo finalizzato al patteggiamento<sup>57</sup>. Pertanto, risulta illegittima la condanna dell'imputato al rimborso delle spese sostenute dal danneggiato, la cui costituzione quale parte civile sia stata erroneamente ammessa dal giudice.

Del resto, secondo il massimo Consesso, in tale udienza la stessa presenza delle parti necessarie del rapporto processuale penale è meramente eventuale (art. 447, comma 2 c.p.p.<sup>58</sup>) diversamente, appunto, da quanto previsto per l'udienza preliminare (art. 420, comma 1 c.p.p.). Di conseguenza, pur ammettendo in via di mera ipotesi la possibilità del danneggiato di costituirsi parte civile direttamente in udienza la sua domanda potrebbe non essere nemmeno conoscibile dall'imputato, e cioè dal soggetto nei cui confronti essa unicamente si rivolge. Ciò che rileva maggiormente è che, nella speciale udienza fissata a seguito delle attività investigative il danneggiato è pienamente consapevole che il giudice dovrà limitarsi a valutare l'accordo, perciò non può rilevarsi alcuna ragione giuridica che giustifichi la sua costituzione in giudizio, con l'obiettivo di ottenere la condanna dell'imputato al risarcimento del danno<sup>59</sup>.

Nulla *quaestio*, invece, se la costituzione di parte civile avviene all'interno dell'udienza preliminare, giacché la possibilità che quest'ultima si concluda con la formalizzazione dell'accordo è meramente eventuale e il contesto procedimentale ha anche finalità ulteriori rispetto alla verifica della sua accoglibilità. Pertanto, nella sentenza di applicazione della pena pronunciata a seguito dell'udienza preliminare, devono essere liquidate in favore della persona cui l'offesa è riferita le spese

---

<sup>56</sup> Con decreto in data 16 agosto 2005 il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere fissava udienza camerale ai sensi dell'art. 447 c.p.p. per decidere sulla richiesta di applicazione della pena presentata dall'imputato successivamente alla notifica al medesimo dell'avviso di conclusioni delle indagini nel procedimento in cui era indagato per i reati di omicidio colposo, lesioni colpose e omissione di soccorso alle vittime di incidente stradale. Il Giudice avvisava della fissazione dell'udienza, oltre all'imputato e ai suoi difensori, anche le persone offese, le quali, comparse in udienza, presentavano atto di costituzione di parte civile. La difesa dell'imputato eccepiva l'irritualità della richiesta, osservando non essere consentita la costituzione di parte civile nella udienza ex art. 447 c.p.p., e chiedeva quindi l'esclusione delle suddette parti. Il Giudice respingeva con ordinanza detta eccezione, ritenendo l'ammissibilità della costituzione di parte civile "nel procedimento di richiesta di applicazione della pena anche ai soli fini del riconoscimento delle spese". Quindi, con la sentenza in epigrafe, il Giudice applicava la pena concordata tra le parti, ponendo a carico dell'imputato "le spese sostenute per il giudizio dalle parti civili" liquidate come da nota. Avverso la sentenza e l'ordinanza di cui sopra i difensori dell'imputato hanno proposto appello. Successivamente la Corte di appello di Napoli ha trasmesso gli atti alla Corte di Cassazione, rilevando che la sentenza impugnata non era appellabile. A sostegno delle proprie richieste il ricorrente denuncia l'illegittimità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di esclusione delle parti civili, ricordando come numerose pronunce di legittimità abbiano affermato l'inammissibilità della costituzione di parte civile nell'udienza camerale fissata ex art. 447 c.p.p. per l'instaurazione del contraddittorio sulla richiesta di patteggiamento presentata nel corso delle indagini preliminari. Il ricorso veniva assegnato per la trattazione alla Quarta Sezione penale.

<sup>57</sup> Cass. pen., sez. un., 27 novembre 2008, n. 47803, in *Cass pen.*, 2009, 2313, secondo cui «nell'udienza fissata ex art. 447 c.p.p., è illegittima la condanna dell'imputato al pagamento delle spese sostenute dal danneggiato dal reato la cui costituzione di parte civile sia stata ammessa dal giudice». Tale principio è esteso, per la stessa ratio, alle udienze fissate per l'applicazione della pena ai sensi dell'art. 464 (a seguito di opposizione al decreto penale di condanna) e dall'art. 446, comma 1 c.p.p. e 458, comma 1 c.p.p. (a seguito di decreto di giudizio immediato).

<sup>58</sup> Tale disposizione, infatti, non prevede che il decreto di fissazione dell'udienza sia notificato anche alla persona offesa.

<sup>59</sup> Cfr., Cass. pen., sez. un., 27 novembre 2008, n. 47803.

sostenute per la costituzione in giudizio<sup>60</sup>. Si badi che in tal caso la condanna alle spese prescinde dalla condanna al risarcimento del danno. Infatti, la parte civile non potrà ottenere “le restituzioni o il risarcimento *ex delicto*”, ma esclusivamente il “rimborso di quanto versato” per costituirsi in giudizio. Invero, tale possibilità era già stata ammessa dalla Corte costituzionale che, con sentenza n. 443 del 1990, ha dichiarato l’illegittimità dell’art. 444 c.p.p., comma 2, secondo periodo, nella parte in cui non prevedeva che il giudice potesse condannare l’imputato al pagamento delle spese di costituzione, salvo eventualmente disporre, per giusti motivi, la compensazione totale o parziale<sup>61</sup>.

In un simile contesto, è emersa una ulteriore problematica relativa non alla possibilità di costituirsi parte civile nel patteggiamento, ma concernente gli effetti della conoscenza dell’accordo da parte della vittima in relazione alla legittimità della condanna dell’imputato al pagamento delle spese processuali. In altre parole, ci si è chiesti se il danneggiato possa ottenere il rimborso delle spese legali anche quando la sua costituzione sia avvenuta in un momento successivo al raggiungimento dell’accordo<sup>62</sup>. Su tale questione, sono intervenute le Sezioni Unite che, nel risolvere un contrasto giurisprudenziale in materia<sup>63</sup>, hanno affermato che in presenza di una richiesta di patteggiamento formulata in epoca precedente alla fissata udienza preliminare, vanno esclusi i dubbi sullo scrutinio di ammissibilità della costituzione di parte civile. Ammissibilità che non è suscettibile di variabili in relazione al fatto che la parte civile abbia avuto conoscenza o meno in anticipo dell’esistenza di un patteggiamento<sup>64</sup>. Questa procedura, prosegue la Corte, potrebbe essere vanificata da un rigetto o da una dichiarazione di inammissibilità dell’istanza di patteggiamento ed implicare necessariamente la prosecuzione dell’udienza preliminare o la celebrazione di altro rito alternativo. Situazioni che, in ogni caso, non consentirebbero di ritornare alla fase, già perentoria, degli accertamenti relativi alla costituzione delle parti<sup>65</sup>. Da qui, l’affermazione secondo cui, pur dopo l’accordo delle parti, va

---

<sup>60</sup> Cass. pen., sez. V, 13 gennaio 2023, n. 11257, in *Cass. pen.*, 2024, 1, 293, in tal senso già Sez. III, 6 luglio 2022, n. 32768, in CED, *Cass. pen.*, n. 283518.

<sup>61</sup> La sentenza della Corte costituzionale non aveva mancato di sollevare perplessità in alcuni commentatori, i quali avevano osservato che essa, ponendo a carico dell’imputato patteggiante le spese sopportate dalla parte civile, postulava una “soccumbenza virtuale” sulla responsabilità civile, suscettibile anche di essere ribaltata all’esito dell’eventuale giudizio di danno, che non poteva considerarsi neppure fondata su imprescindibili esigenze di giustizia sostanziale. A prescindere da ciò, resta fermo che la decisione in esame si fondava sulla esigenza, meramente equitativa, di tenere indenne dalle spese già sostenute il danneggiato dal reato che avesse legittimamente esercitato l’azione civile nel processo penale in vista del risarcimento del danno, costituendosi “per l’udienza preliminare [...]” e cioè in una situazione processuale che legittimasse la sua aspettativa a che il processo potesse concludersi, appunto, con la condanna dell’imputato al risarcimento del danno, dato che ciò la costituzione di parte civile necessariamente implica, così, *Cass. pen.*, sez. un., 27 novembre 2008, n. 47803, in *Cass. pen.*, 2009, 2314 ss.

<sup>62</sup> Sul punto, ampiamente, B. MONZILLO, *La sopravvivenza nel processo della vittima dopo l’accordo sulla pena: un interesse di fatto?*, cit., 93 e ss.

<sup>63</sup> Cass. pen., sez. II, 5 aprile 2022, n. 13915, Anastasio, Rv. 283081; Cass. pen., sez. V, 28 giugno 2018, n. 48342, Rv. 274141; Cass. pen., sez. IV, 6 luglio 2016, n. 39527, Sigolo, Rv. 267896, secondo cui il giudice deve condannare l’imputato al pagamento delle spese sostenute dall’offeso solo nelle ipotesi in cui la costituzione di quest’ultimo sia avvenuta in una fase precedente alla formalizzazione della richiesta di definizione del giudizio ai sensi dell’art. 444 c.p.p. Una volta conosciuta l’esistenza dell’accordo, non vi sarebbe alcun affidamento incolpevole da tutelare perché l’offeso non risulta portatore di ragioni giuridiche che giustificano la sua costituzione in giudizio agendo, in tal caso, nella piena consapevolezza che l’attività processuale da lui realizzata potrebbe essere carente di utilità ai suoi fini, in questi termini, cfr., *Cass. pen.*, sez. VI, Ordinanza 15 giugno 2023, n. 1139, 6.

<sup>64</sup> Cass. pen., sez. un., 19 aprile 2024, n. 16403. Per una analisi della questione sottoposta alla Sezioni Unite, v., F. PERONI, *Parte civile e patteggiamento: riconosciuto al danneggiato il contraddittorio sul concordato*, in *Arch. pen.*, 2, 2024, 5 e ss.

<sup>65</sup> Cass. pen., sez. un., 19 aprile 2024, n. 16403.

considerato illegittimo il provvedimento che dichiara inammissibile la costituzione di parte civile perché, anche se in tale procedura non sia apprezzabile la fondatezza della domanda risarcitoria o restitutoria, sussiste tuttavia il potere-dovere del giudice di valutare la legittimazione alla costituzione medesima, anche ai fini della condanna dell'imputato al pagamento delle spese processuali a favore di questa<sup>66</sup>. Invero, la domanda della parte civile tesa a ottenere la rifusione delle spese sostenute nel processo svoltosi in forma negoziata, pur inserendosi in uno schema di giustizia contrattata, esula dall'accordo, che riguarda esclusivamente aspetti penalistico-sanzionatori, formando oggetto di una decisione che, pur se introdotta nel rito alternativo, si connota per la sua autonomia e per la maggior ampiezza dello spazio decisorio attribuito al giudice rispetto a quello inerente ai profili squisitamente penali<sup>67</sup>.

Sulla base delle considerazioni svolte, le Sezioni Unite, assumendo un atteggiamento di maggior *favor* nei confronti del soggetto leso<sup>68</sup>, hanno riconosciuto al danneggiato la legittimazione a costituirsi parte civile in udienza preliminare anche laddove l'imputato abbia precedentemente depositato in cancelleria la richiesta di applicazione della pena munita del consenso del pubblico ministero; sì che, in tale evenienza, il giudice deve provvedere sulla regolamentazione delle relative spese di costituzione<sup>69</sup>. Pertanto, nel procedimento che si conclude con sentenza di applicazione della pena su richiesta, la parte civile ritualmente costituita può avanzare istanza di liquidazione delle spese e il giudice, ai sensi dell'art. 444, comma 2, c.p.p., qualora ritenga di non compensarle, è tenuto a condannare l'imputato alla loro refusione.

5. Se «un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime»<sup>70</sup> e se il processo penale, quale luogo dedicato all'accertamento del fatto di reato e della responsabilità del suo autore, pone al centro l'imputato assicurandogli una serie di garanzie irrinunciabili, non può non riconoscersi, anche nei riti a prova contratta, un fascio di garanzie e uno spazio di tutela pure al soggetto leso. In quest'ottica, seppur sinteticamente, occorre effettuare qualche

---

<sup>66</sup> Le Sezioni Unite condividono l'opinione di quella parte della dottrina che ritiene, nell'ambito del patteggiamento, non ridimensionabile il ruolo della parte civile a quello meramente petitorio della rifusione delle spese, bensì compartecipe al contraddittorio, sebbene limitato alla valutazione dell'accordo *ex art. 444 c.p.p.*, cfr., Cass. pen., sez. un., 19 aprile 2024, n. 16403, p. 22.

<sup>67</sup> Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2011, n. 40288.

<sup>68</sup> Immaginare di limitare la voce del danneggiato, citato per costituirsi parte civile, ovvero escludere il suo diritto alla liquidazione delle spese quale conseguenza dell'inopinato divieto di costituzione di parte civile si pone in insanabile contrasto con l'attività partecipativa spiegabile nello stesso contesto dalla parte». Su queste premesse - si aggiunge ancora - la mera prospettiva di una definizione patteggiata del rito non fa certo venir meno l'interesse all'esercizio dell'azione civile, versandosi ancora in una fase fluida del processo, di per sé suscettibile di esiti alternativi, in questi termini, F. PERONI, *op. cit.*, 8.

<sup>69</sup> Cass. pen., sez. un., 19 aprile 2024, n. 16403, § 8. Con riguardo alla liquidazione delle spese sostenute, la giurisprudenza ha riconosciuto che la domanda della parte civile tesa ad ottenere la rifusione delle spese sostenute nel processo svoltosi nelle forme di cui all'art. 444 c.p.p., pur inserendosi in uno schema di giustizia contrattata, esula dall'accordo, pertinente esclusivamente agli aspetti penalistico-sanzionatori, intercorso tra il pubblico ministero e l'imputato circa la pena da applicare in ordine ad un determinato reato. Pertanto, l'entità della somma da liquidare a titolo di rifusione delle spese sostenute dalla parte civile non è compresa nei termini del patteggiamento e forma oggetto di una decisione che, pur se inserita nel rito alternativo, si connota per la sua autonomia (in quanto prescinde dalla pronuncia sul merito) e per la maggiore ampiezza dello spazio decisorio attribuito al giudice rispetto a quello inerente ai profili squisitamente penali, sul punto, v., Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2001, n. 40288.

<sup>70</sup> Considerando nr. 9 della direttiva 2012/29/UE.

considerazione sulla proposta di legge che puntava a modificare l'art. 111 della Costituzione in modo da fornire una tutela costituzionale alle persone offese dal reato, di fatto equiparandole alla figura dell'imputato già ampiamente protetto dalla più alta fonte di diritto<sup>71</sup>. Una parte della dottrina, infatti, sosteneva che un innalzamento della vittima a livello costituzionale - in particolare nelle regole sul "giusto processo" - non avrebbe portato alcun vantaggio concreto per tale figura ma, al contrario, avrebbe ristretto grandemente i diritti dell'accusato<sup>72</sup>. Tale previsione, avrebbe provocato un mutamento della fisionomia del processo penale rendendo necessaria, per la sua corretta celebrazione, l'instaurazione di un rapporto triadico tra accusa, imputato e vittima. In questo caso, infatti, il coinvolgimento doveroso del danneggiato nella dinamica repressiva avrebbe comportato, di fatto, il riconoscimento di un obbligo di intervento - e non più di una facoltà - per il soggetto titolare di interessi civilistici all'interno di un contesto prettamente pubblicistico che vede come protagonista attivo lo Stato e come soggetto passivo l'autore del reato<sup>73</sup>. Lo scopo del processo penale, infatti, non è l'attuazione della legge, o la difesa di un diritto, o la punizione del reo, e nemmeno la giustizia o la ricerca della verità<sup>74</sup>; lo scopo del processo è quello di ricostruire un fatto sulla base dell'ipotesi accusatoria al fine di pervenire a un *giudizio*<sup>75</sup>. Dunque, la funzione fondamentale del processo, basato su un attento equilibrio di regole e garanzie, è l'accertamento giudiziario non di un fatto, ma dell'ipotesi di una determinata ricostruzione del fatto<sup>76</sup>, non di certo quello di giungere ad una decisione assecondando le aspettative di condanna del soggetto più debole e meno garantito<sup>77</sup>. Tutto ciò, apparentemente, non risulta smentito dall'art. 111 della Cost. che pone in evidenza l'idea ben chiara del legislatore di cristallizzare nella Carta costituzionale le garanzie giurisdizionali

---

<sup>71</sup> Disegno di legge Costituzionale S. 888 "Modifica dell'articolo 111 della Costituzione, in materia di tutela delle vittime di un reato" attraverso il quale si mirava a introdurre un ulteriore comma nell'art. 111 Cost. del seguente tenore: «La legge garantisce i diritti e le facoltà delle vittime del reato». Altre proposte di legge costituzionali, pressoché identiche nel contenuto, sono state di nuovo presentate nella XV e nella XVI legislatura. In diverse legislature, così come in quella corrente, sono stati depositati progetti di legge in questo senso in entrambi i rami del Parlamento, segno evidente del fatto che il tema è avvertito con urgenza e che è necessario intervenire sul punto, specie alla luce del dato normativo interno e soprattutto sopranazionale.

<sup>72</sup> In tal senso, E. AMODIO, *Stesse garanzie per vittime e imputati. L'asse destra-sinistra*, in <https://www.ildubbio.news/giustizia/stesse-garanzie-per-vittime-e-imputati-lasse-destra-sinistra-s50vcydv>, 28 dicembre 2023, 1 e ss., il quale sostiene che «è quindi evidente che chi vuole elevare a rango costituzionale i diritti delle persone che hanno subito le conseguenze del reato non mira certo ad estendere e irrobustire il ruolo delle vittime ma soltanto a restringere il campo di azione del garantismo per privilegiare il furore repressivo con il pretesto di soddisfare le esigenze delle persone offese».

<sup>73</sup> E. AMODIO, *Stesse garanzie per vittime e imputati. L'asse destra-sinistra*, cit., 1 ss.

<sup>74</sup> «Se ciò fosse vero sarebbe assolutamente incomprensibile la sentenza ingiusta, e la stessa forza del giudicato, che copre, assai più che la terra, gli errori dei giudici. Tutti questi possono essere e sono gli scopi del legislatore che organizza il processo, della parte o del pubblico ministero che in concreto lo promuove, non lo scopo del processo», in questi termini, S. SATTA, *Il mistero del processo*, IV ed., Milano 1994, 14.

<sup>75</sup> *Pocessus iudicii* infatti era l'antica formula, contrattasi poi, quasi per antonomasia, in processo, perché il processo non è altro che formazione del giudizio: esso, dunque, se ha uno scopo, lo ha in sé stesso, il che è come dire che non ne ha alcuno. Processo e giudizio sono atti senza scopo, i soli atti della vita che non hanno uno scopo. Ed è questo il mistero del processo, in questi termini, S. SATTA, *op. cit.*, 14 e s.

<sup>76</sup> Il processo è, dunque, un percorso cognitivo - *un ponte tibetano* - che consente di transitare dalla *res iudicanda* alla *res iudicata*, G. GIOSTRA, *Prima lezione sulla giustizia penale*, Bari 2020, 6 e ss.

<sup>77</sup> Se nel processo penale a prevalere fossero le emozioni e il sentimento di vendetta dell'offeso, si correrebbe il rischio di ritenere come "giusti" soltanto quei processi che si concludono con la condanna dell'imputato. A quel punto, "giustizia è fatta!", così un autorevole studioso, G. GIOSTRA, *Giustizia e verità (Relazione tenuta al Festival della giustizia penale di Modena il 18 maggio 2023)*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 19 luglio 2023, 1 e ss.

focalizzandosi sulla figura dell'imputato<sup>78</sup>. Tuttavia, se si confronta l'esperienza nazionale di tutela del "giusto processo" con le fonti internazionali emerge una diversa impostazione. Invero, mentre nei trattati i connotati del *fair trial* si atteggiano a diritti soggettivi riconosciuti alla persona accusata di un reato, nell'art. 111 della Carta fondamentale la prospettiva del diritto del singolo appare "assorbita" da quella "oggettiva" del rapporto di strumentalità all'esercizio della giurisdizione<sup>79</sup>. In quest'ottica, le componenti del giusto processo<sup>80</sup> si atteggiano alla stregua di garanzie oggettive che, oltre ad essere sottratte alla disponibilità delle parti processuali, consentono di dare spazio «ad un più ampio spettro di esigenze di tutela, anche diverse da quelle aventi come punto di riferimento la persona che debba difendersi da un'accusa: così, in particolare, quelle facenti capo alla vittima del reato»<sup>81</sup>. Per la verità, anche nella giurisprudenza europea, come si è visto, si segnalano percorsi non molto lineari, ma comunque indicativi di una certa inclinazione a considerare le istanze della vittima, a condizione che quest'ultima sia interessata alla risoluzione di una controversia civilistica implicata dalla commissione di un'infrazione penale.

Dal canto proprio, i sostenitori della riforma costituzionale ritenevano che il riconoscimento, nel testo dell'art. 111 Cost., della cittadinanza processuale alla vittima del reato avrebbe consentito, da un lato, la concreta attuazione dei fondamentali principi di solidarietà e giustizia consacrati dalla prima parte della Carta fondamentale<sup>82</sup> e, dall'altro, il soddisfacimento di interessi di natura pubblica o collettiva di cui la parte danneggiata, la parte offesa e la parte civile costituita si fanno portatrici<sup>83</sup>. Si assumeva, inoltre, che l'inserimento di un quinto comma nel testo della norma avrebbe consentito al legislatore, in ogni successivo intervento di riforma in materia, di indirizzarsi verso la piena considerazione della persona offesa fino a riconoscerle un ruolo centrale nella dinamica repressiva<sup>84</sup>.

Tale approccio, in realtà, rischiava di produrre effetti perversi sul sistema delle garanzie e sulle logiche punitive, legittimando il passaggio da un processo a garanzia dell'accusato a un processo in cui l'esito fosse indirizzato a soddisfare le aspettative della parte lesa<sup>85</sup>. La pur doverosa tutela

<sup>78</sup> A. PAGLIARO, *Tutela della vittima nel sistema penale delle garanzie*, in *Cass. pen.*, vol. 53, 1, 2010, 41.

<sup>79</sup> R. MASTROTOTARO, *Il ruolo dell'offeso nel cerimoniale della pena*, in *Arch. pen.*, 3, 2020, 2 e ss.

<sup>80</sup> È possibile definire come "giusto" un processo caratterizzato da una ragionevole durata e celebrato nel rispetto del contraddittorio tra le parti, ove si formano le prove e l'imputato è posto in condizione di difendersi dalle accuse mosse a suo carico. Il tutto dinanzi ad un giudice equidistante, terzo ed imparziale. Per una analisi storica e sull'influenza, nel processo penale italiano, della categoria concettuale del giusto processo, v., G. DI CHIARA, *Fair trial e "giusto processo" italiano*, in A. Gaito, (a cura di), *I principi europei del processo penale*, Roma 2016, 73 e ss.

<sup>81</sup> M. CHIAVARIO, voce *Giusto processo II) Processo penale*, in *Enc. giur.*, Roma, 2001, vol. XV, 3.

<sup>82</sup> Come è ben noto, mentre le norme concernenti un'altra parte fondamentale e necessaria del processo, il pubblico ministero (e l'esercizio dell'azione penale), si trovano sia nella sezione I, sia nella sezione II del titolo IV della Costituzione, continuano invece a mancare dalla Carta costituzionale norme specifiche a tutela di un'altra parte ancora del processo, la vittima dei reati, nonostante, fin dalla parte iniziale del testo costituzionale, quella sui «Principi fondamentali», si faccia continuo riferimento a principi ed esigenze di «solidarietà politica, economica e sociale». È evidente quindi che, soprattutto dopo aver costituzionalizzato il principio della parità delle parti, per potersi avere un «giusto processo», diviene inevitabile la previsione dell'inserimento nella Costituzione anche della tutela della rimanente parte, per di più quella di sovente più debole e meno protetta, sotto molti punti di vista: la vittima di un reato, cfr. Relazione illustrativa D.D.L. S. 888, "Modifica dell'articolo 111 della Costituzione, in materia di tutela delle vittime di un reato", in *www.senato.it*, 4.

<sup>83</sup> Tanto si legge nella relazione illustrativa perdendo di vista la reale funzione e l'effettivo ruolo che il pubblico ministero assume all'interno del processo penale.

<sup>84</sup> cfr. Relazione illustrativa D.D.L. S. 888, "Modifica dell'articolo 111 della Costituzione, in materia di tutela delle vittime di un reato", in *www.senato.it*, 7.

<sup>85</sup> M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano 2024, 457 e s.

degli interessi della vittima, infatti, non poteva giustificare l'approvazione di una riforma tanto intensa che avrebbe generato una inevitabilmente distorsione dei principi fondamentali su cui si poggia l'intero impianto processuale. Né ci si poteva muovere in una simile direzione per giustificare i ritardi del legislatore ordinario nell'attuazione di strumenti, che la normativa sovranazionale ci impone, volti a riempire i vuoti di tutela fortemente pregiudizievoli per l'offeso. Proprio per tale ragione, è stato elaborato un nuovo disegno di legge<sup>86</sup>, già approvato in prima deliberazione al Senato il 15 gennaio 2025, che racchiude i precedenti disegni di legge in materia con i relativi emendamenti, attraverso il quale si è deciso di collocare la vittima non più nelle regole sul "giusto processo", ma all'interno dell'art. 24 della Costituzione attraverso l'introduzione, dopo il secondo comma, della seguente disposizione: «*La Repubblica tutela le vittime di reato*».

In tal modo, la tutela riconosciuta a tale soggetto riceve copertura costituzionale nella parte prima, titolo I, della Carta fondamentale, dove sono disciplinati i «Rapporti civili» anziché nella parte seconda, titolo IV, relativo alla Magistratura. Tale proposta risulta maggiormente condivisibile rispetto alla precedente dal momento che essa non introduce una norma di carattere processuale, non altera le prerogative dell'imputato, ma si limita a riconoscere un diritto senza condizionare gli equilibri delle parti processuali. La riforma, così come strutturata, sembra porsi in piena coerenza con l'ordinamento europeo, che considera i diritti delle vittime un aspetto importante da tutelare. Pertanto, un loro riconoscimento nella più alta fonte del diritto rappresenterebbe, da un lato, un apprezzabile passo in avanti nella modernizzazione del nostro sistema giuridico e, dall'altro, un'opportunità per garantire una tutela più solida alle persone offese, assicurando loro un ruolo più attivo nel processo penale.

6. Dalle considerazioni che precedono emerge un dato certo e cioè che la posizione della vittima all'interno della giustizia penale negoziata rappresenta un punto nevralgico, perché le garanzie partecipative di cui essa gode si adattano alle logiche e al funzionamento peculiare degli istituti in esame. Ciò nonostante, a prescindere se essa si sia costituita o meno parte civile, deve essergli riconosciuto quantomeno il diritto di essere avvisata della scelta effettuata dall'imputato – come previsto dalla recente D.d.l. S. 1433<sup>87</sup> - in modo da poter presenziare all'udienza fissata per la decisione di patteggiamento e convincere il giudice a non concederlo<sup>88</sup> in linea con quanto stabilito dall'art. 10 della direttiva 2012/29/UE<sup>89</sup>.

Ancor prima, per non lasciare insoddisfatto quel bisogno implicito di partecipazione al processo, potrebbe riconoscersi all'offeso il diritto di interloquire con il pubblico ministero affinché

---

<sup>86</sup> Si fa riferimento ai Disegni di legge nn. 427, 731, 888 e 891-A. il cui testo unificato ha assunto il nuovo titolo "Modifica all'art. 24 della Costituzione in materia di tutela delle vittime di reato".

<sup>87</sup> Sul punto, cfr. *supra* § 1.

<sup>88</sup> Cass. pen., sez. un., 14 luglio 2011, n. 40288; *contra* Cass. pen., sez. III, 26 febbraio 2014, n. 29963; Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 2007, n. 39122.

<sup>89</sup> L'art. 10 della direttiva stabilisce che, attraverso strumenti di diritto interno, gli Stati sono obbligati ad assicurare che la vittima possa essere ascoltata nel corso del procedimento penale «al fine di poter rendere una deposizione che possa considerarsi quale elemento di prova», cfr. anche Corte giust., sez. IV, 15 settembre 2011, C-483/09 e C-1/10, § 58.

costui, facendo proprie le argomentazioni prospettategli, sia indotto a negare il proprio consenso alla conclusione del patto<sup>90</sup>.

In questo contesto, come si è accennato, i legislatori degli Stati europei hanno optato per scelte diametralmente opposte, nessuna delle quali può fungere da paradigma di riferimento per la creazione di una eventuale disciplina comune. Dunque, per la realizzazione di un sistema negoziale che non trascuri i diritti spettanti al soggetto passivo del reato e che al tempo stesso non ostacoli l'accesso al rito, potrebbe immaginarsi la previsione di un ulteriore "premio" a favore dell'imputato che decida di versare, anche attraverso un "patto accessorio", un congruo risarcimento al soggetto leso, in modo da riconoscere piena tutela giurisdizionale al «diritto di carattere civile» di cui quest'ultimo si fa portatore<sup>91</sup>. In realtà, l'idea di rafforzare l'effetto premiale del patteggiamento era già contenuta nel progetto di riforma della giustizia penale italiana elaborato dalla Commissione Lattanzi<sup>92</sup>, tale proposta poteva essere sfruttata per innalzare il livello di protezione delle vittime attraverso l'introduzione di una norma *ad hoc* dal seguente tenore: «qualora nel corso dei negoziati, l'imputato provvede alle restituzioni ovvero versa al danneggiato un adeguato risarcimento del danno, la pena è diminuita della metà»<sup>93</sup>. In tal modo si sarebbe introdotto un meccanismo in grado di rendere la giustizia negoziata più equa e protettiva degli interessi della vittima<sup>94</sup>. Previsione che si sarebbe posta perfettamente in linea non solo con le fonti sovranazionali, ma soprattutto con lo spirito della riforma basata, tra l'altro, su una dimensione riparativa e compositiva del processo penale<sup>95</sup>. Come è noto, la legge 134/2021<sup>96</sup>, nel recepire soltanto parte delle proposte delineate dalla Commissione ministeriale, si è limitata ad allargare i profili negoziali del trattamento sanzionatorio - estendendoli alle sanzioni accessorie e alla confisca facoltativa - nonché a ridurre gli effetti extra-penali della sentenza di

---

<sup>90</sup> H. BELLUTA, *Per piccoli passi: la vittima di reato cerca spazio nel procedimento penale*, cit., 2, secondo il quale «l'ascolto della vittima rischia di essere poco più che un *agrément*, dal momento che neppure il giudice può modificare i termini dell'accordo sulla pena concluso tra pubblico ministero e imputato».

<sup>91</sup> R. MASTROTOTARO, *Il ruolo dell'offeso nel cerimoniale della pena*, cit., 2.

<sup>92</sup> Relazione conclusiva e proposte di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435 (Relazione Commissione Lattanzi), 24 maggio 2021, 25.

<sup>93</sup> Secondo alcuni studiosi ci si trova ancora lontani dall'ipotesi di un coinvolgimento del danneggiato all'interno del patteggiamento, traguardo a cui si approderà difficilmente almeno finché permarrà l'interesse del legislatore a mantenere il rito speciale allettante agli occhi dell'imputato, G. CECANESE, *Le "aporie" del patteggiamento*, Napoli 2017, 220.

<sup>94</sup> Per un breve esame delle tappe fondamentali che hanno portato alla modifica delle norme in materia di applicazione della pena su richiesta delle parti, volendo, D. MASTRO, *Quale futuro per il patteggiamento dopo la riforma Cartabia?*, cit., 93 e ss.

<sup>95</sup> In una prospettiva d'insieme l'intervento organico offre nuove parole di giustizia, esalta il protagonismo parallelo della persona offesa e della vittima, coinvolge la comunità, rigetta logiche confessorie, riafferma la presunzione di non colpevolezza, disegna intersezioni di luoghi e scandisce tempi per "riparare". Emerge una dimensione di "costruzione" della giustizia, intesa come rispetto dei limiti e come tessitura delle relazioni, protesa ad arricchire il senso costituzionale della pena, e ad affermare la «giustizia dell'essere», accanto alla prevalente giustizia «dell'avere», sulla giustizia riparativa si rinvia a P. MAGGIO, *Giustizia riparativa e sistema penale nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, N. 150. Parte II. «Disciplina organica» e aspetti di diritto processuale*, cit., 1 e ss.

<sup>96</sup> «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari».

patteggiamento<sup>97</sup>, sottovalutando l'importanza di intensificare la protezione della vittima e di riconoscere a quest'ultima una posizione di maggior rilievo nel contesto della negoziabilità penale<sup>98</sup>.

Dalle riflessioni sin qui svolte, dunque, risulta evidente la necessità, sempre più marcata, di prestare maggiore attenzione al tema della negoziabilità penale attraverso un approccio che dia vita a un mutamento culturale e giuridico rispetto al fenomeno di cui si tratta. Se anche le istituzioni sovranazionali, tramite plurime iniziative, hanno avvertito l'esigenza, seppur per la tutela di interessi specifici, di ricorrere ai meccanismi negoziati, allora sono maturi i tempi per l'approvazione di una direttiva, ex art. 82, par. 2, lett. b)<sup>99</sup>, TFUE, volta a rafforzare i diritti fondamentali della persona all'interno delle procedure concordate. Con l'intervento che si auspica potrebbe essere fissato un nucleo duro di salvaguardie in tema di patteggiamenti che, nel determinare una armonizzazione delle legislazioni nazionali, aumenterebbe la fiducia reciproca tra gli Stati membri rendendo così più agevole la circolazione delle decisioni contrattate nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia che l'Unione europea mira a realizzare.

In quest'ottica, il legislatore europeo potrebbe dedicare maggiore attenzione alla vittima perché la sua estromissione dal procedimento penale, conseguente alla stipula di un patteggiamento, non può avere quale conseguenza quella di comprimere il diritto della stessa a un processo rapido, pena altrimenti l'insorgere di una incompatibilità convenzionale<sup>100</sup>.

Si può sostenere, dunque, che un modello europeo di giustizia penale negoziata, equo e rispettoso dei diritti fondamentali, potrebbe essere realizzato soltanto attraverso un intervento incisivo a livello sovranazionale che chiarisca, una volta per tutte, quali garanzie processuali possano essere sacrificate in vista di una rapida definizione del processo e quali, invece, debbano necessariamente operare nella *negotiated justice*, senza perdere di vista il più importante obiettivo: proteggere i diritti fondamentali della persona.

---

<sup>97</sup> Per approfondimenti, v., M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 2 novembre 2022, 54 e s; cfr. *supra*, § 2.

<sup>98</sup> Infatti, l'introduzione della inefficacia della sentenza di patteggiamento (art. 445, comma 1-*bis* c.p.p.), ai fini di prova, nei giudizi civili, disciplinari, tributari o amministrativi, compreso il giudizio per l'accertamento della responsabilità contabile, non rappresenta un *favor* per la vittima, F. PERONI, *Parte civile e patteggiamento: riconosciuto al danneggiato il contraddittorio sul concordato*, cit., 12 e s.

<sup>99</sup> Si ricordi che tale disposizione consente all'Unione di stabilire norme minime in materia penale aventi dimensione sovranazionale.

<sup>100</sup> È auspicabile che nella giurisprudenza CEDU si radichi qual filone giurisprudenziale inaugurato con la sentenza *Leuska c. Estonia*, perché un coinvolgimento della vittima nei patteggiamenti, senza che ad essa sia attribuita la qualifica di "parte", non incide in maniera negativa sulla capacità deflattiva dei concordati.

# La “nuova” disciplina delle intercettazioni telefoniche e la tutela del diritto alla riservatezza alla luce della c.e.d.u.

DOMENICO ZENZOLA

## ABSTRACT

*Among the fundamental rights and freedoms established by the EHCR, as pillars of any democratic society, the privacy of the individual is particularly important. Given the objective of prosecuting crimes, national legislators must face the age-old problem of balancing the use of investigative tools, as effective as intrusive like wiretapping, and safeguarding the privacy of each person. In the wake of compliance with the ECHR's principles, it is desirable that the regulatory approach aims to set the limits of intrusion into the private sphere as strictly related to achieve investigative purposes.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il contesto di riferimento: lo scenario internazionale. – 3. L'approccio del legislatore italiano. – 4. L'universo captativo: i limiti del ricorso alle intercettazioni. – 4.1. Le intercettazioni informatiche: vantaggi e pregiudizi del *trojan horse*. – 4.2. La capacità elusiva dei criptofonini. – 5. Diritto alla libertà di espressione: il giornalismo responsabile quale baluardo della riservatezza del singolo. – 6. Osservazioni conclusive.

1. La genesi del complesso di norme permeanti la tutela dei diritti fondamentali riconosciuti a garanzia di ogni individuo risiede nella stipulazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, promossa dal Consiglio d'Europa nel 1950 ed elevata al rango di fonte di diritto primario nell'ordinamento Ue dal Trattato di Lisbona. Contestualmente alla relativa adozione, il Consiglio d'Europa, istituito nel maggio 1949, quale massima organizzazione internazionale volta a perseguire nel secondo dopoguerra la salvaguardia dei diritti umani, della democrazia e dello stato di diritto, implementò l'instaurazione della Corte europea dei diritti dell'uomo in qualità di organo permanente dotato di potere giurisdizionale, finalizzato ad assicurare la tutela dei diritti individuali di cui alla Convenzione.

2. La presente trattazione intende far luce sull'approccio normativo progressivamente tenuto dai legislatori e dalle organizzazioni internazionali rispetto alle esigenze di riconoscimento e concreta attuazione del diritto alla vita privata e familiare, sancito dall'art. 8 C.E.D.U., ponendo altresì l'accento sui più noti casi integranti presupposti di violazione del principio *de quo*.

Quanto disposto in tale articolo costituisce il riferimento normativo in ordine alla tutela del diritto alla riservatezza.

In ogni ordinamento giuridico improntato sui principi di democrazia e libertà, il riconoscimento della necessità di una garanzia di riservatezza riveste un ruolo centrale al fine di assicurare all'individuo uno schermo invalicabile contro qualsiasi indebito tentativo intrusivo nella propria sfera privata. In tale quadro, rileva analizzare il *modus operandi* adottato dal legislatore nei diversi ordinamenti dei Paesi occidentali in ordine al preminente obiettivo di garantire il contemperamento tra la tutela del diritto in esame e il perseguimento delle finalità investigative.

In primo luogo, occorre sottolineare come in molte realtà politiche e giuridiche internazionali la natura repressiva degli interventi legislativi abbia sovrastato i propositi di salvaguardia del rispetto delle libertà fondamentali. In particolar modo, limitazioni del diritto alla riservatezza hanno contraddistinto il tentativo di contrastare, a distanza di due lustri gli uni dagli altri, il fenomeno del terrorismo internazionale in USA e Francia. Nonostante si tratti di due tra i Paesi perno del costituzionalismo occidentale, in ambo i casi si è assistito ad una imponente ed indiscriminata raccolta di dati personali di cittadini di tutto il mondo con reiterata ed arbitraria violazione della *privacy* dei soggetti coinvolti. Il pugno duro impiegato dai governi ha determinato l'insorgere di un complesso fenomeno socio-politico contrassegnato dalle rigide misure messe in campo contro il terrorismo, da un lato, e dalle relative esigenze di controllo su tali misure in funzione della tutela delle garanzie costituzionali, dall'altro. L'azione politica in tali contesti ha preso origine dalla proclamazione dello stato d'emergenza facente seguito ad attacchi di matrice terroristica, come ad esempio l'attentato al *World Trade Center* di New York dell'11 settembre 2001. Di fatto, ogni dichiarazione dello stato d'emergenza porta in dote la rivendicazione e l'assunzione di poteri speciali da parte delle autorità politiche deroganti non solo a limiti istituzionali e procedurali di tipo democratico, ma anche a fondamentali garanzie di stampo liberale in capo al singolo<sup>1</sup>, scaturendone una condizione di progressivo squilibrio a svantaggio del sistema giuridico.

Nello specifico, considerando quella del 2001 come data spartiacque, rileva analizzare, in particolar modo, l'approccio legislativo tenuto dal governo USA a guida repubblicana. Il primo passo sul fronte interno fu rappresentato dall'approvazione, datata ottobre 2001, del *Patriot Act* quale nuova legge antiterrorismo<sup>2</sup>. Tra i numerosi provvedimenti previsti da tale intervento normativo ricorreva la sostanziale modifica dell'ambito di applicazione del previgente FISA ( *Foreign Intelligence Surveillance Act* ), originariamente diretto a disciplinare le modalità di raccolta delle informazioni di intelligence messe in atto da potenze straniere, consentendo agli organi di intelligence statunitensi, *FBI* in primis, di promuovere la ricerca e l'acquisizione di informazioni sensibili riconducibili ad una massa indiscriminata di cittadini, statunitensi e non, in nome di una generalizzata lotta al terrorismo ed in assenza di elementi che destassero concreti sospetti in ordine alla tenuta di comportamenti di matrice terroristica. Un simile intervento a gamba tesa rifletteva la volontà da parte del Congresso USA di promuovere un controllo tanto capillare quanto indiscriminato sull'elaborazione e trasmissione di informazioni per via telematica<sup>3</sup>. Di conseguenza, come anticipato, il rischio socio-

---

<sup>1</sup> D. TOSINI, *Terrorismo e antiterrorismo nel XXI secolo; Sociologia dell'antiterrorismo: la struttura della lotta al terrorismo nelle democrazie liberali*, in *OpenEdition Journals*, 2005, n. 39, par. 3, 11.

<sup>2</sup> R. ALCARO, *La lotta al terrorismo dopo l'11 settembre: principali iniziative dell'Usa e dell'Ue e prospettive per la cooperazione transatlantica*, Istituto Affari Internazionali (a cura di), in *Contributi di Istituti di ricerca specializzati*, 2005, 7 ss.

<sup>3</sup> D. TOSINI, op. cit., par. 4, 23.

politico derivante dal terrorismo, quale minaccia alla sicurezza dei cittadini e alla sovranità dello Stato, risulta affrontato ricorrendo a misure straordinarie tali da comportare la sospensione di certe garanzie giuridiche costituzionalmente tutelate, desumendosi la necessità di fronteggiare la violenza, tratto endemico del terrorismo, mediante il ricorso a strumenti di difesa dell'ordine pubblico e della sovranità politica tali da porre il valore dell'efficienza dell'antiterrorismo in posizione preminente rispetto alla salvaguardia delle libertà civili. Nella scala dei valori delle società colpite dal terrorismo viene, quindi, a crearsi un *mismatch* tra la tutela della sicurezza e della libertà con una propensione a favore della prima.

Sempre in nome dell'esigenza di prevenzione contro il terrorismo, episodi di palese compressione dei diritti fondamentali si sono registrati anche in altri Paesi in cui l'azione politica attuata dagli esecutivi ha determinato un progressivo deficit democratico. Un caso emblematico è stato costituito da una delle prime misure di matrice antiterroristica adottate nel 2011 dal governo Orban, appena insediatosi in Ungheria. La maggioranza nazional-conservatrice presentò un disegno di legge, culminato nella successiva approvazione parlamentare del c.d. *Police Act* ("Legge antiterrorismo"), volto a promuovere l'instaurazione di un sistema di sorveglianza indiscriminato, contrassegnato da continue violazioni della riservatezza senza soluzione di continuità. Avverso tale legge fu presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo da parte di Mate Szabò e Beatrix Vissy, membri della HLCU (*The Hungarian Civil Liberties Union*), una ONG tuttora attiva per la tutela dei diritti umani. Le loro istanze fondavano sull'opportunità di arrestare il processo di lesione dei diritti fondamentali, lamentando nello specifico un'indebita intromissione nelle loro abitazioni nonché nello scambio di comunicazioni con terzi e denunciando di essere a rischio di intercettazione illegittima in quanto impegnati attivamente presso un'organizzazione i cui dogmi, di fatto, si ponevano in posizione antigovernativa. La Corte adita, ponendo al vaglio gli scopi innervanti il *Police Act*, riconobbe come l'affiliazione ad un'organizzazione non legittimasse l'applicazione della nuova normativa diretta al contrasto del terrorismo. Inoltre, considerando come la normativa interna non prevedesse la possibilità di adire un organo giudiziario indipendente nel caso di riconosciuta illegittimità delle intercettazioni, i giudici di Strasburgo pervennero all'accoglimento del ricorso ritenendo che i due attivisti fossero vittime di una violazione dei diritti sanciti dalla Convenzione.

3. Il nostro ordinamento, dal canto suo, tutela il diritto alla riservatezza statuendo l'inviolabilità del domicilio nonché la libertà e segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione (artt. 14 e 15 Cost.)<sup>4</sup>.

L'opera dei nostri padri costituenti non si è arrestata al mero inquadramento del diritto *de quo*, ponendo, in aggiunta, l'accento sulle ipotesi in cui ricorre la legittimazione ad una relativa contrazione. Nello specifico, dall'art. 15, comma 2, Cost. emerge una chiara esplicitazione di come la riservatezza non possa che essere sacrificata in seguito ad atto motivato dell'autorità giudiziaria con le garanzie stabilite dalla legge. Dal dettato della disposizione sopra richiamata appare evidente la lungimiranza nel prendere contezza di quella che sarebbe emersa quale sempre più urgente necessità di contemperare due contrapposte esigenze: da un lato, il ricorso a strumenti, come le

---

<sup>4</sup> A. LOIODICE - G. SANTANIELLO (a cura di), *La tutela della riservatezza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. 26, 2000, 198 ss.

intercettazioni, in grado di assicurare massima efficienza in termini di accertamento della verità processuale, dall'altro, l'obiettivo di evitare una indiscriminata e ingiustificata soppressione di un diritto fondamentale. Di fatto, la nostra Costituzione ha lanciato un monito, recepito in maniera più o meno stringente dagli esecutivi insediatasi nel corso dei decenni, volto a sottolineare come qualsiasi iniziativa giudiziaria suscettibile di invadere la sfera più intima dell'individuo avrebbe dovuto fondarsi su solide basi giustificative idonee a contemperare la violazione subita dai soggetti coinvolti<sup>5</sup>.

Riconoscendo le intercettazioni quale strumento investigativo dotato di maggiore capacità invasiva nonché potenzialmente lesivo del singolo individuo, il legislatore italiano ha tenuto un diverso approccio sul tema concernente le modalità di impiego del mezzo di ricerca della prova in esame, in ragione del contesto storico-politico in costante evoluzione. Procedendo con ordine, alla riconosciuta opportunità di approntare norme puntuali in tema di presupposti, termini e modalità di relativa esecuzione, ha fatto seguito, a partire dalla fine degli anni settanta del secolo scorso, il frequente e spesso incontrollato ricorso alle tecniche di intercettazione, al fine precipuo di contrastare il terrorismo politico e l'ascesa delle organizzazioni criminali. Da qui l'affermazione di una legislazione restrittiva fondata su una marcata predilezione per la tutela delle finalità probatorie sui diritti individuali. Tale approccio mutò con la progressiva attenuazione degli atti eversivi di matrice terroristica, contrastati attraverso l'istituzione di fattispecie di reato ad hoc, quali il delitto di Attentato per finalità terroristiche o di eversione (art. 280 c.p.), il Sequestro a scopo di terrorismo (art. 289-bis c.p.), l'Attentato ad impianti di pubblica utilità (art. 420 c.p.) nonché da un maggiore coordinamento delle indagini promosso con l'introduzione della Direzione Nazionale Antimafia (DNA) e la ramificazione sul territorio delle Direzioni Distrettuali Antimafia (DDA). Ne ha fatto seguito un evidente cambio di rotta nel *modus operandi* del legislatore<sup>6</sup> con la riconosciuta necessità di promuovere una disciplina di stampo garantista<sup>7</sup>, il cui acme è identificabile prima con l'approvazione della c.d. Riforma Orlando (d.lgs. n. 216/2017), recante "Nuove disposizioni in materia di intercettazioni", poi con le significative variazioni apportate dalla c.d. Controriforma Bonafede (d.l. n. 161/2019 oggetto di conversione con l. n. 7/2020) in ordine a "Modifiche urgenti alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni". Innanzitutto, preme sottolineare come, quale manifesto programmatico di ambedue le riforme, ricorresse l'obiettivo di promuovere la piena attuazione delle prescrizioni ex artt. 14 e 15 Cost., garantendo la tutela della riservatezza senza che ciò pregiudicasse l'accertamento della verità processuale. Concentrandoci sul contenuto degli interventi normativi, giova specificare la *ratio* della novella del 2019, ascrivibile all'opportunità di modificare le prerogative del pubblico ministero in ordine all'attività di selezione del materiale intercettato, sempre più affidata alla polizia giudiziaria, nonché al concreto esercizio del diritto di difesa<sup>8</sup>. Con il proposito di rendere più snella e funzionale la disciplina della conservazione delle

---

<sup>5</sup> C. BASSU, *Tutela delle indagini processuali: il fine non sempre giustifica i mezzi*, in *Rass. parl.*, 2019, vol. 61, n. 2, 350.

<sup>6</sup> A. SPATARO, *Il contrasto al terrorismo: le esperienze ed il metodo di contrasto al terrorismo di sinistra*, in *Sist. pen.*, 2023, 23.

<sup>7</sup> S. LONATI, *I criteri direttivi contenuti nella delega in materia di intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino 2018, 13 ss.

<sup>8</sup> F. DINACCI, *Intercettazioni e riservatezza tra ampliamenti di disciplina, inconcludenze operative e restrizioni difensive*, in O. MAZZA (a cura di), *Le nuove intercettazioni*, Torino 2018, 32.

intercettazioni, il legislatore ha promosso l'inquadramento delle disposizioni ex art. 114 c.p.p., in ordine al divieto di pubblicazione, come riferimento in tema di tutela della riservatezza sia con riguardo ai dati sensibili degli indagati che ai terzi coinvolti nelle captazioni. In tale ottica, si è affermato un nuovo concetto di riservatezza. La stessa avrebbe dovuto identificarsi non già con l'introduzione di limiti stringenti all'acquisizione di dati personali, bensì con l'esigenza di garantire un'idonea conservazione delle informazioni sensibili afferenti alla sfera privata del singolo individuo<sup>9</sup>. In particolar modo, nella Controriforma si ravvisa il superamento dell'integrale divieto di trascrizione delle intercettazioni irrilevanti, connotante il punto focale del precedente innesto normativo, limitando, ai sensi dell'art. 268, comma 2-bis, c.p.p., il divieto di riproduzione alle sole espressioni ritenute lesive della reputazione ed ai dati personali ritenuti sensibili dalla legge nonché alle conversazioni o comunicazioni con i difensori e gli altri soggetti di cui all'art. 103, comma 5, c.p.p. L'approccio più estensivo e il conseguente ampliamento dell'ambito operativo delle trascrizioni si denota in un duplice senso: da un lato, si è optato per l'estromissione dal verbale di espressioni in grado di integrare lesione della reputazione delle persone o che involgano dati sensibili, non imponendosi, tra l'altro, un generale ed indistinto divieto di trascrizione dell'intera intercettazione, bensì l'espunzione delle sole espressioni dotate di portata lesiva e irrilevanti ai fini investigativi; dall'altro, investendo l'organo inquirente di un maggiore potere di direttiva e vigilanza sulla redazione dei verbali. Ciò detto, permane l'assoluto divieto di trascrizione, con la sola indicazione degli estremi formali dell'intercettazione, nel caso di captazione delle conversazioni col difensore, trattandosi di colloqui radicalmente inutilizzabili in nome della tutela delle prerogative relative al diritto di difesa.

Un ulteriore elemento di discontinuità rispetto alla Riforma Orlando concerne la disciplina della c.d. udienza stralcio. Nello specifico, si stabilisce che, nel caso di avvenuta *discovery* degli atti, stante l'insussistenza di un grave pregiudizio alle indagini, una volta scaduto il termine fissato dal pubblico ministero entro cui i difensori dell'indagato possono esaminare per via telematica gli stessi atti e ascoltare le registrazioni, il giudice *dispone* "l'acquisizione delle conversazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche indicate dalle parti, che non appaiono irrilevanti, procedendo anche d'ufficio allo stralcio delle registrazioni e dei verbali di cui è vietata l'utilizzazione e di quelli che riguardano particolari categorie di dati personali, sempre che non ne sia dimostrata la rilevanza". Nonostante nella prassi vi si ricorra di rado, il legislatore ha, così, obliterato la previgente disciplina che rendeva soltanto eventuale l'udienza stralcio. Le parti hanno diritto di essere avvisate almeno 24 ore prima dell'udienza per potervi partecipare, gravando su di esse l'onere di indicare le conversazioni o i flussi di comunicazioni telematiche da acquisire. Occorre precisare come, nel caso di udienza stralcio instauratasi nel corso delle indagini preliminari, le sole parti legittimate a parteciparvi sono la pubblica accusa e i difensori dell'indagato, non essendo in tale fase la persona offesa parte processuale in senso stretto<sup>10</sup>. Inoltre, va considerata l'ipotesi di udienza-stralcio differita. Quest'ultima potrebbe aver luogo dopo la chiusura delle indagini preliminari, laddove, emesso l'avviso ex art. 415 bis c.p.p. con contestuale avvertimento all'indagato della facoltà di esaminare gli atti relativi alle intercettazioni ed ascoltare le registrazioni, il pubblico ministero, che abbia depositato

---

<sup>9</sup> C. CONTI, *Le nuove norme sulla riservatezza delle intercettazioni: anatomia di una riforma discussa*, in *Giur.it.*, 2018, n. 7, 1755.

<sup>10</sup> F.A. MAISANO, C.M. PIAZZA, *Nota a commento sulla nuova disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2020, n. 10, par. 3, 7.

in segreteria l'elenco contenente indicazione degli atti dotati di rilevanza probatoria, rigetti l'istanza della difesa volta ad ottenere l'indicazione di ulteriori brani di cui chiedi estrazione di copia. Nel caso prospettato, su iniziativa della difesa, la c.d. udienza stralcio si svolgerebbe tardivamente innanzi al giudice per le indagini preliminari.

Oltre a quanto sinora rilevato, il d.l. n. 161/2019 ha promosso l'ampliamento delle ipotesi di reato in ordine alle quali poter disporre intercettazioni tra presenti anche nei luoghi di privata dimora attraverso i c.d. *trojan*, di cui parleremo di seguito, nonché la riconosciuta possibilità di utilizzare quanto intercettato anche in procedimenti diversi rispetto a quello in cui ne sia stato disposto il ricorso, qualora si tratti di materiale "rilevante" ed "indispensabile" nell'ambito di attività investigative aventi ad oggetto l'accertamento di delitti per cui sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza.

Il quadro normativo appena descritto è stato reso oggetto di parziali modifiche in sede di stesura del c.d. d.d.l. Nordio (n. S. 808) divenuto legge in data 10 luglio 2024. Il nucleo di tale intervento ha riguardato la rilevanza delle comunicazioni intercettate e l'individuazione di limiti alla relativa pubblicazione da un lato, e la tutela del terzo intercettato ma estraneo alle indagini, dall'altro<sup>11</sup>. Per quanto afferisce alla nozione di rilevanza, il legislatore è intervenuto sulla disciplina dell'attività di verbalizzazione delle intercettazioni, ossia della stesura dei c.d. brogliacci, affidata alla polizia giudiziaria preposta all'ascolto delle conversazioni. Nello specifico, nel progetto di riforma il presupposto per la selezione del materiale intercettato si intreccia con la nozione di rilevanza intesa nel senso di acquisizione di elementi che *prima facie* siano in grado di confermare o disattendere l'iniziale tesi accusatoria avallata dal g.i.p. in sede di decreto autorizzativo<sup>12</sup>. Con riferimento al divieto di pubblicazione, il d.d.l. Nordio riconosce l'opportunità di impedire l'indiscriminata divulgazione del materiale captativo confluito nel fascicolo del pubblico ministero. In concreto, nelle intenzioni del legislatore ricorre l'instaurazione di una rigida limitazione alla pubblicazione delle intercettazioni statuendo che "è sempre vietata la pubblicazione, anche parziale, del contenuto delle intercettazioni se non è riprodotto dal giudice nella motivazione di un provvedimento o utilizzato nel corso del dibattimento". In questo modo, si è manifestata la volontà di pervenire ad un sovvertimento della natura del divieto: non più il pubblico ministero, bensì solo il giudice sarebbe in predicato di valutare la rilevanza delle conversazioni captate ai fini di una successiva ostensione<sup>13</sup>. Tale avvertita esigenza si ricollega alla necessità di assicurare la salvaguardia del terzo intercettato ed estraneo alle indagini. In questo senso, l'orientamento legislativo sembra orientarsi lungo due direttive: nei verbali della polizia giudiziaria non devono essere indicate le generalità degli interlocutori né essere inserite espressioni che "consentano di identificare soggetti diversi dalle parti", ossia qualsivoglia soggetto intercettato nei cui confronti non si proceda. Al netto di quanto possa giustificarsi sotto il profilo teorico, ergo in relazione all'obiettivo di salvaguardare la *privacy* di coloro che siano soltanto di passaggio nelle conversazioni captate, risulta palese come potrebbe scaturirne un deficit sotto il profilo di accertamento della verità processuale. Di fatto, con la definitiva attuazione di tale impianto

---

<sup>11</sup> M. GIALUZ, *Le novità "nella manovra Nordio" in materia processuale: quando l'ideologia rischia di provocare un'eterogenesi dei fini*, in *Sist. pen.*, 22 luglio 2024, par. 3.

<sup>12</sup> A. APOLLONIO, *D.D.L. Nordio in materia di intercettazioni: l'ennesima ombra gettata sull'operato del pubblico ministero (e l'ennesimo passo verso la separazione delle carriere)*, in *Giustizia Insieme*, 2024, par. 2.

<sup>13</sup> *Ibidem*, par. 5.

normativo e con la mancata identificazione di tutti i soggetti intercettati si assiste all'impossibilità di avvalersi di elementi probatori non più recuperabili nelle successive fasi processuali.

4. Nell'ambito della copiosa normativa in tema di necessario contemperamento tra finalità investigative e tutela della riservatezza si incastona la disciplina ex art. 270 c.p.p. ("Utilizzazione in altri procedimenti"). La norma in esame rappresenta la pietra angolare in ordine all'utilizzabilità del materiale captato nell'ambito di procedimenti diversi da quello nel quale sia stato richiesto e successivamente emesso il decreto autorizzativo del giudice. Esaminando nel merito la disposizione *de quo*, il fulcro dell'approccio legislativo risiede nel comma 1, ai sensi del quale "i risultati delle intercettazioni non possono essere utilizzati in procedimenti diversi da quelli nei quali sono stati disposti, salvo che risultino rilevanti ed indispensabili per l'accertamento dei delitti per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza". Tale norma risente della recente espunzione, operata dal d.l. n. 105/2023, convertito con l. n. 137/2023, del richiamo al novero di reati di cui all'art. 266, comma 1, c.p.p. quale ulteriore presupposto legittimante il ricorso all'eccezione. In generale, gli interventi progressivamente adottati dal legislatore hanno determinato il superamento di una dimensione assoluta del divieto di utilizzazione<sup>14</sup>.

In questo quadro, con riguardo all'ambito applicativo del divieto, si è inserita una vasta serie di pronunce giurisprudenziali<sup>15</sup>, il cui apice si identifica con la sentenza n. 51/2019, comunemente nota come sentenza Cavallo, emessa dalla Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

La questione vagliata dagli ermellini verteva sull'esplicazione della nozione di "procedimento diverso", la cui determinazione risulta fondamentale nel superamento del difetto di tassatività di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p. allo scopo di evitare il rischio dell'impiego dei risultati captativi *aliunde*<sup>16</sup>.

Nello specifico, le Sezioni Unite hanno dovuto dare risposta al quesito posto dalla sesta Sezione Penale della Corte di Cassazione, ossia se la disciplina di cui all'art. 270 c.p.p. si riferisse soltanto alle ipotesi di procedimento *ab origine* diverso e non anche ad altre ipotesi di reato dedotte dalle stesse operazioni di intercettazione, ma prive di collegamento strutturale, probatorio e finalistico con il reato o i reati per i quali si procede.

Anteriormente al deposito dell'ordinanza di rimessione alle SS.UU. emergeva la sussistenza di due diversi orientamenti sul punto. Secondo un primo filone giurisprudenziale "la nozione di diverso procedimento [...] non equivale a quello di diverso reato ed in esso non rientrano, pertanto, le indagini strettamente connesse e collegate sotto il profilo oggettivo, probatorio e finalistico al reato in ordine al quale il mezzo di ricerca della prova è stato disposto". Di fatto, tale corrente di pensiero riteneva che il procedimento dovesse considerarsi diverso in relazione a fatti privi di qualsivoglia nesso con quelli oggetto dell'attività di captazione e contrassegnati dall'alterità o non uguaglianza del procedimento instauratosi in relazione ad una notizia di reato che derivasse da un fatto storicamente

---

<sup>14</sup> A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, in *Pubblicazioni del Seminario Giuridico dell'Università di Bologna*, Vol. CLXVIII, Milano 1996, 271.

<sup>15</sup> M. GRIFFO, *Non c'è pace per l'articolo 270 c.p.p.: un recente contrasto in ordine ai presupposti di applicabilità della "nuova" disciplina*, in *archiviopenale.it*, 2023, n. 2.

<sup>16</sup> F. ALVINO, *La circolazione probatoria delle intercettazioni e la riformulazione dell'art. 270 c.p.p.: l'incerto pendolarismo tra regola ed eccezione*, in *Sist. pen.*, 2020, n. 5, 233 ss.

diverso da quello oggetto delle indagini<sup>17</sup>. Si poneva, quindi, quale criterio di valutazione il contenuto della notizia di reato e la sua potenzialità espansiva.

Un secondo orientamento giurisprudenziale considerava, invece, i risultati dell'attività di captazione, legittimamente disposta per taluno dei reati di cui all'art. 266 c.p.p., utilizzabili ai fini della decisione di tutti i reati che emergessero dal procedimento base sulla scorta di una ritenuta applicabilità dell'art. 270 c.p.p. ai casi di procedimento diverso ab origine. Questo filone promuoveva l'identificazione della diversità del procedimento in relazione a dati meramente formali quali la materiale distinzione degli incartamenti relativi ai due procedimenti o il loro diverso numero di iscrizione nel registro delle notizie di reato.

Dal canto loro, le SS.UU. hanno affermato il principio di diritto sulla scorta del quale la normativa *de quo* non sarebbe stata suscettibile di applicazione in relazione a reati connessi ex art. 12 c.p.p. al procedimento in cui l'autorizzazione era stata ab origine disposta, mantenendosi, al contempo, il richiamo ai presupposti di ammissibilità di cui all'art. 266 c.p.p. quale norma cardine in tema di intercettazioni.

Secondo tale indirizzo, il procedimento avrebbe dovuto considerarsi diverso in relazione a fatti privi di qualsivoglia nesso con quello originariamente oggetto di captazione, rivelandosi decisivo il riferimento al contenuto della *notitia criminis*. Orbene, in tema di legame sostanziale tra il reato per il quale la captazione è stata autorizzata e quello emerso a seguito di intercettazione, l'unico criterio meritevole di valutazione demanderebbe alle ipotesi disciplinate dall'art. 12 c.p.p.<sup>18</sup>. In seguito a tale approccio, la connessione processuale sarebbe conseguenza della connessione sostanziale. Nello specifico, la connessione teleologica di cui all'art. 12 lett. c), c.p.p. – se dei reati per i quali si procede gli uni sono stati commessi per eseguire o per occultare gli altri – si fonda su di un “legame oggettivo tra due o più reati”. Per quanto concerne la connessione monosoggettiva di cui all'art. 12 lett. b), c.p.p. – ipotesi di concorso formale e reato continuato – la connessione sostanziale è data dalla programmazione - quantomeno rispetto agli elementi essenziali – posta in essere dal reo in ordine ai successivi fatti reato al momento della consumazione del primo della serie. Invece, nei casi di connessione plurisoggettiva ex art. 12 lett. a), c.p.p. – reati commessi da più soggetti concorrenti o condotte indipendenti di per sé idonee a determinare il fatto – la *regiudicanda* oggetto di uno dei procedimenti coincide, inevitabilmente, con quella oggetto degli altri<sup>19</sup>.

Tutto ciò analizzato, si rivela opportuno rimarcare come l'approdo delle SS.UU. Cavallo non abbia riscosso particolari consensi, ricevendo numerose critiche in dottrina e giurisprudenza. I dubbi concernenti il principio di diritto veicolato dalla pronuncia in oggetto sono stati sottoposti dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione alla quinta Sezione penale, la quale, con sentenza n. 1757 del 17 dicembre 2020, ha ribadito e difeso le asserzioni del massimo Consesso. I punti controversi riguardavano, innanzitutto, il ritenuto contrasto tra le statuizioni della Corte e le prescrizioni relative al principio di non dispersione della prova e al principio di uguaglianza. La Procura generale osservava come, differenziandosi il regime di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni nell'ambito del medesimo procedimento, si sarebbe venuta a creare una disparità di

<sup>17</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 28 febbraio 2018, n. 28516.

<sup>18</sup> Sul punto A. MALACARNE, *L'art. 270 comma 1 c.p.p. fra interpretazioni giurisprudenziali ed interventi normativi*, in *Leg. pen.*, 2020, n. 3.

<sup>19</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 24 novembre 2017, n. 53390.

trattamento tra diversi indagati con una contraddizione di carattere logico giuridico in ragione del fatto che “una medesima base probatoria sarebbe al contempo utilizzabile e inutilizzabile così da rendere il sistema auto-contraddittorio”. Un altro aspetto critico posto in evidenza concerneva la modifica del dettato normativo introdotta dalla Controriforma Bonafede e la relativa lettura alla luce della pronuncia *de quo*. Nello specifico, si sottolineava come il riferimento al requisito di “rilevanza ed indispensabilità” esteso al novero dei reati di cui all’art. 266 c.p.p. avrebbe condotto ad un’interpretazione dell’intervento delle SS.UU. alla stregua di *interpretatio abrogans* del precetto ex art. 270 c.p.p. in quanto “la portata della regola di piena utilizzabilità dei risultati all’interno del medesimo procedimento avrebbe la medesima estensione dell’eccezione posta al divieto di utilizzazione in procedimenti diversi, e quest’ultimo risulterebbe privo di portata precettiva”. In questo modo, il limite della riconducibilità dei reati di cui all’art. 266 c.p.p. opererebbe “sia per i reati rientranti nel medesimo procedimento, sia per i reati afferenti a procedimenti diversi, con una inammissibile equiparazione di situazioni tra loro differenti”. Da ultimo, si muoveva la critica in base alla quale l’intervento in oggetto avesse ecceduto rispetto all’individuazione dei criteri di identificazione del procedimento diverso, esprimendosi ben oltre i limiti tracciati dall’ordinanza di remissione.

Come anticipato, la quinta Sezione penale della Corte di Cassazione, investita *sub specie* dalla Procura generale, ha ribadito con fermezza l’autorevolezza del *dictum* delle SS.UU.<sup>20</sup>. Nel merito, si è sostenuto come il limite di utilizzabilità indicato nella sentenza *de quo*, volto a definire gli esatti confini del principio di diritto affermato, non possa dirsi frutto di una creazione giurisprudenziale *praeter o contra legem*. Al netto delle successive modifiche legislative apportate al dettato dell’art. 270 c.p.p. in ordine all’esclusione del riferimento al novero dei delitti ex art. 266 c.p.p., si rimarcava come escludere l’utilizzabilità dei risultati dell’attività di captazione per i reati non compresi nell’elenco di cui sopra rappresentasse “una piana applicazione della legge considerata la natura dell’art. 266 c.p.p. il quale vieta l’impiego delle intercettazioni per i reati che non superino una soglia minima di gravità”. In caso contrario si sarebbe consentito un “surrettizio, inevitabile aggiramento” dei limiti normativi. Per quanto concerne il principio di non dispersione della prova e i relativi dubbi di inosservanza da parte delle SS.UU., i giudici di legittimità ritenevano che la sentenza Cavallo avesse puntualmente aderito al bilanciamento tra valori costituzionali contrastanti, ossia da un lato la finalità repressiva dei reati, dall’altro la libertà e la segretezza delle comunicazioni. In merito, invece, al principio di uguaglianza ne è stata sottolineata la correlazione col principio di ragionevolezza, in base al quale “la legge deve regolare in maniera uguale situazioni uguali ed in maniera razionalmente diversa situazioni diverse”, evidenziandosi come la relativa applicazione non fosse stata inficiata dal *dictum* affermatosi, in quanto, nello stesso codice di rito, si assiste a regimi di utilizzabilità diversi del materiale probatorio all’interno del medesimo procedimento nonché in relazione allo stesso reato, senza che si configuri un’irragionevole disparità di trattamento.

4.1 In ordine al ricorso all’attività d’intercettazione, il relativo peso specifico in fase investigativa risulta essersi acuito in ragione della crescente natura invasiva delle nuove tecnologie

---

<sup>20</sup> D. ALBANESE, *La Cassazione ritorna sui limiti all’utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni nell’ambito del “medesimo procedimento”: una parola definitiva, ma non per il futuro*, in *Sist. pen.*, 27 gennaio 2021.

informatiche. Tra di esse spicca il c.d. captatore informatico, o *trojan horse*, ossia un *malware* ad accesso remoto che, inoculato in un *device*, ne consente il pieno controllo con acquisizione di tutti i file presenti nelle memorie del dispositivo elettronico. Se *ab origine* l'utilizzo del *trojan* era limitato alle sole ipotesi di reato *ex art.* 51, commi 3-bis e 3-quater, c.p.p., in materia di reati di particolare rilevanza sociale come quelli associativi o di terrorismo, il legislatore, *ex art.* 266, comma 2, c.p.p., ne ha progressivamente esteso l'applicazione anche ai reati di criminalità comune, statuendosi come, nel caso di adozione nei luoghi di cui all'*art.* 614 c.p., il presupposto avrebbe dovuto essere fondato sul ritenuto svolgimento negli stessi di attività criminosa<sup>21</sup>. Difformemente da quanto previsto per la generalità delle fattispecie, per cui si richiede la sussistenza dei gravi indizi di reato e l'indispensabilità del ricorso all'intercettazione ai fini della prosecuzione delle indagini, per i delitti *ex art.* 416 c.p. e 416 bis c.p. il captatore può essere utilizzato in caso di sufficienti indizi di reato e di necessità ai fini investigativi.

Come anticipato, quale strumento più invasivo mai utilizzato in ambito investigativo, l'inoculazione del virus *trojan* consente l'accesso alla pluralità di dati presenti sul dispositivo nonché a qualsiasi conversazione tra presenti, a patto che la persona intercettata tenga il dispositivo ad una distanza tale da consentire al microfono di registrare. Di solito, si procede all'installazione mediante il *download* di un'app dal *play store*, l'aggiornamento di un'app già installata oppure l'invio di un messaggio contenente lo *spyware*, rivelandosi fondamentale che lo stesso utente intercettato scarichi inconsapevolmente i programmi che incorporano il virus. Occorre precisare come, ai fini dell'attivazione del microfono e della conseguente registrazione, compete all'operatore della polizia giudiziaria avviare l'intercettazione con apposito comando inviato da remoto a seguito dell'inserimento del captatore. Tramite tali modalità operative è possibile ottenere file audio che riproducono conversazioni tra presenti, foto istantanee scattate mediante attivazione della fotocamera interna ed esterna, codici digitati sulla tastiera collegata al sistema (*keylogger*), *screenshot* del dispositivo bersaglio, la posizione in tempo reale e l'accesso alle applicazioni installate<sup>22</sup>.

La capacità invasiva abbinata alla progressiva applicabilità ad un ampio ventaglio di ipotesi delittuose ha inevitabilmente reso il *trojan* oggetto di pubblico dibattito in ordine alla sua conformità rispetto alle vigenti norme di legge. Nello specifico, con la Suprema Corte di Cassazione nel suo massimo Consesso<sup>23</sup> manifestava la propria contrarietà rispetto ad un indiscriminato ricorso ad intercettazioni al buio con particolare riguardo ai luoghi di privata dimora oggetto di tutela ai sensi dell'*art.* 14 Cost. Stante la peculiarità del captatore informatico in ordine all'impossibilità di prevedere *ex ante* il luogo in cui avverranno le conversazioni captate e i soggetti che parteciperanno alla conversazione, l'obiettivo degli ermellini era quello di impedire la sistematica violazione dei luoghi di cui all'*art.* 614 c.p. Difatti, secondo la pronuncia *de quo*, in tema di intercettazione tra presenti, il ricorso al virus *trojan* anche nei luoghi di privata dimora, "pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo attività criminosa", avrebbe dovuto limitarsi ai soli procedimenti per i delitti *ex artt.* 416 e 416 bis c.p. Negli anni successivi, però, il legislatore, con la Riforma Orlando e la Controriforma Bonafede, adottò un approccio più repressivo, statuendo

<sup>21</sup> Sul punto F. CENTORAME, *Le indagini tecnologiche ad alto potenziale intrusivo fra esigenze di accertamento e sacrale inviolabilità dei diritti della persona*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, n. 2, 499 ss.

<sup>22</sup> M. TORRE, *Il captatore informatico. Nuove tecnologie investigative e rispetto delle regole processuali*, Milano 2017.

<sup>23</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 28 aprile 2016, n. 26889.

l'estensione dell'utilizzo del captatore informatico alla generalità dei reati ex art. 266, comma 1, c.p.p., ponendo, al contempo, la fondata sussistenza di un'attività criminosa *in fieri* quale vincolo applicativo in materia di intercettazioni tra presenti nei luoghi di privata dimora con riguardo ai delitti non rientranti nel novero di quelli ex art. 51, commi 3 bis e 3 quater, c.p.p.<sup>24</sup>.

4.2 Nonostante l'indiscussa proficuità in sede investigativa, l'efficacia delle intercettazioni rischia di subire un'attenuazione per effetto della non trascurabile proliferazione di contromisure spesso adottate dai soggetti che agiscono in fase di ideazione, esecuzione o consumazione di un'attività delittuosa. Trattasi dell'impiego dei c.d. criptofonini, comunemente noti come smartphone anti-intercettazione, disponibili su determinate piattaforme (Encrochat, Sky ECC, Anom, No1bc etc) e dotati di particolari sistemi di cifratura finalizzati a rendere inviolabili il contenuto delle comunicazioni. La peculiarità di tali strumenti consiste nel ricorso a sofisticati metodi crittografici a più livelli di sicurezza, attivi sia sui dispositivi mobili che sui server intermediari per resistere ai tentativi di captazione. Rispetto ai *device* tradizionali, la loro struttura si connota per l'installazione di un'apposita scheda SIM e di un sistema operativo dedicato in grado di disabilitare i servizi di localizzazione (GPS, Bluetooth, fotocamera, scheda SD e porta USB)<sup>25</sup>. Le chiamate rimangono attive solo in modalità Voice over IP, non avvalendosi della rete GSM ed impiegando applicazioni di cui sono proprietarie le piattaforme stesse che permettono lo scambio di dati crittografati con una cifratura a più livelli. Per assicurare la riservatezza delle comunicazioni, i criptofonini devono dotarsi di server messi a disposizione dalla compagnia che gestisce il servizio in abbonamento e che abilita gli utenti a scambiare messaggistica o chat, archiviando, per effetto di un'architettura *peer to peer* in grado di eludere il passaggio da un server centrale, i relativi dati protetti da algoritmi ad elevata sicurezza.

La questione concernente l'utilizzo dei criptofonini è diventata oggetto di dibattito giurisprudenziale alla luce delle esigenze connesse allo svolgimento dell'attività investigativa e alle difficoltà che l'organo inquirente e gli investigatori sovente fronteggiano nell'aggirare gli ostacoli derivanti dal ricorso, come nel caso di specie, a tecniche idonee ad eludere il controllo dell'autorità giudiziaria. La Corte di Cassazione si è pronunciata lo scorso febbraio nel suo massimo Consesso<sup>26</sup> a seguito di due ordinanze di rimessione della terza e sesta Sezione Penale, statuendo in ordine alla trasmissione, successiva ad ordine europeo di indagine emesso dall'autorità giudiziaria italiana, di conversazioni tenutesi mediante criptofonini attivi sulla piattaforma Sky ECC, originariamente acquisite, mediante attività di intercettazione, dall'autorità giudiziaria francese. In particolar modo, sulla base delle istanze formulate dai giudici rimettenti, le pronunce in esame hanno fatto luce sulla natura e sulle garanzie procedurali applicabili all'acquisizione delle suddette conversazioni. Per quanto afferisce ai principi di diritto enunciati, le due sentenze "gemelle" non possono che leggersi congiuntamente alla decisione "cugina" del 30 aprile 2024 con cui la Grande Sezione della Corte di

---

<sup>24</sup> Sul punto G. SPANGHER - M. ANTINUCCI, *Possibili le intercettazioni "a strascico" attraverso l'uso del captatore informatico per i reati comuni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 16 marzo 2020.

<sup>25</sup> C. MORELLI, *Criptofonini, chat acquisite all'estero (in Ue) prove in Italia. Decisione delle Sezioni Unite della Cassazione. La motivazione*, in *Altalex*, 2024.

<sup>26</sup> Corte di Cassazione, sentenza del 29 febbraio 2024, n. 23755.

Giustizia dell'Unione Europea si è pronunciata in merito all'analoga vicenda dei messaggi criptati scambiati attraverso la piattaforma Encrochat.

I casi affrontati dalle SS.UU. concernevano le comunicazioni che le autorità giudiziarie francesi erano riuscite ad acquisire dai server della piattaforma Sky ECC attraverso il ricorso ad un'accurata attività di *hacking* condotta mediante operazioni di intercettazione e di acquisizione dei tabulati nonché di raccolta di comunicazioni conservate nei server (“dati freddi”) attraverso atti di perquisizione e di sequestro<sup>27</sup>. Al fine di ottenere la trasmissione delle conversazioni, l'autorità giudiziaria italiana aveva promosso l'emissione dell'Ordine europeo di indagine (OEI) regolamentato dalla direttiva n. 41/2014, recepita a livello nazionale dal d.lgs. n. 108/2017.

In questo caso, la peculiarità dell'OEI risiedeva nell'aver ad oggetto comunicazioni già autonomamente acquisite dalle autorità francesi nell'ambito di propri procedimenti nazionali. Di conseguenza, le SS.UU. hanno dovuto pronunciarsi sul tema relativo all'impiego dell'OEI ai fini della raccolta di prove già in possesso dell'autorità di esecuzione.

Un primo rilevante approdo raggiunto dagli ermellini concerne l'inquadramento delle operazioni istruttorie *de quo* nell'ambito della disciplina di cui all'art. 238 c.p.p., riconducendosi l'identificazione delle regole probatorie rilevanti ai fini dell'acquisizione in Italia delle prove già raccolte all'estero alle disposizioni in tema di “Verbali di prove di altri procedimenti”. Innanzitutto, le SS.UU. hanno fondato le proprie statuizioni in materia sul richiamo alle garanzie che è necessario assistano la raccolta di prove tramite OEI. In particolare, si considerano il principio di equivalenza, ai sensi del quale l'atto investigativo richiesto nello stesso OEI dovrebbe poter essere emesso alle stesse condizioni in un caso interno analogo, e il principio di proporzionalità, sulla scorta del quale le eventuali compressioni dei diritti fondamentali scaturenti dall'indagine non debbono intaccare i nuclei essenziali dei medesimi. Mancando una normativa chiarificatrice rispetto all'applicabilità di tali principi ai casi di prove raccolte dalle autorità straniere sulla base della *lex loci*, a prescindere dai dettami della *lex fori*, la Suprema Corte prende le mosse dall'art. 78 disp. att. c.p.p., relativo all'acquisizione della “documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera”, il cui comma 1 dispone che nei procedimenti nazionali la documentazione in questione “può essere acquisita a norma dell'art. 238 del codice”, il quale, come anticipato, regola la circolazione delle prove da un procedimento all'altro. Tutto ciò considerato, gli ermellini ne hanno tratto un criterio generale in grado di plasmare l'intero loro ragionamento: trattandosi di prove già autonomamente raccolte dalle autorità straniere prima dell'emissione dell'OEI, l'equivalenza con i casi interni analoghi deve essere parametrata in rapporto non alla disciplina nazionale della formazione, ma a quella della circolazione delle prove tra procedimenti diversi.

A tale statuizione si ricollega la risposta delle SS.UU. in ordine alle modalità di formulazione dell'Ordine europeo di indagine con particolare riguardo al quesito posto dalle Sezioni ordinarie rispetto alla necessità di una preventiva autorizzazione da parte del giudice. Di fatto, stante la riconducibilità dell'attività di acquisizione di conversazioni già autonomamente raccolte nell'ambito di un procedimento penale all'estero alle prescrizioni che regolano ex art. 238 c.p.p. la circolazione di prove da un procedimento all'altro, la Suprema Corte ha fornito parere negativo circa la necessità di un'autorizzazione preventiva del giudice. In applicazione del principio di equivalenza, pertanto, la

---

<sup>27</sup> M. DANIELE, *Le sentenze “gemelle” delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in *Sist. pen.*, 2024.

Cassazione ritiene che l'OEI possa essere emesso direttamente dal pubblico ministero in quanto se la circolazione di prove di tale natura avvenisse in un caso interno analogo l'autorizzazione dell'organo giurisdizionale non sarebbe richiesta<sup>28</sup>. Ciò anche nell'ipotesi in cui le prove derivino da attività di intercettazione o acquisizione di tabulati, ossia nell'ambito di operazioni istruttorie che, laddove compiute in un procedimento nazionale, richiederebbero il decreto motivato del giudice. Di conseguenza, un OEI volto ad ottenere prove raccolte dalle competenti autorità dello Stato di esecuzione non dovrebbe "essere adottato necessariamente da un giudice quando, in forza del diritto dello stato di emissione, in un procedimento interno a tale Stato, la raccolta iniziale di prove avrebbe dovuto essere ordinata da un giudice, ma competente ad ordinare l'acquisizione di dette prove è il pubblico ministero". Al contempo, si rivela opportuno osservare come l'assenza di un atto preventivo del giudice non equivalga ad un'esclusione *tout court* di un controllo sul contenuto degli atti probatori acquisiti nello Stato di emissione. Il vaglio giurisdizionale c.d. posticipato assurge, infatti, al rango di prerequisito essenziale in ordine alla finalità di garantire l'osservanza dell'obbligo del rispetto dei diritti fondamentali in conformità al principio di proporzionalità. Non va trascurata l'esigenza di assicurare che agli atti istruttori richiesti per mezzo dell'OEI siano applicabili "mezzi d'impugnazione equivalenti a quelli disponibili in un caso interno analogo", tali da permettere di contestare le ragioni di merito dell'emissione dell'OEI. Le SS.UU. ritengono di attribuire tale potere al giudice nazionale chiamato ad utilizzare le prove raccolte nello Stato di esecuzione. Nello specifico, nello Stato di emissione tale legittimazione è riconosciuta al giudice di merito o al giudice investito della richiesta di applicazione di una misura cautelare deputati a verificare la sussistenza dei presupposti per ammettere ed utilizzare tali prove nelle decisioni di loro spettanza. Di conseguenza, la Corte di Cassazione ha ritenuto che "l'utilizzabilità del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini, già acquisite e decrittate dall'autorità giudiziaria estera in un procedimento penale davanti ad essa, e trasmesse sulla base di ordine europeo di indagine, deve essere esclusa se il giudice italiano rileva che il loro impiego determinerebbe una violazione dei diritti fondamentali, fermo restando che l'onere di allegare e provare i fatti da cui inferire tale violazione grava sulla parte interessata"<sup>29</sup>.

Il controllo in questione equivale, di fatto, ad assicurare il diritto all'impugnazione nello Stato di emissione. Inoltre, la sentenza *Gavanozov II* emessa dalla Corte di giustizia dell'Unione Europea in conformità al diritto ad un ricorso effettivo previsto dall'art. 47 della Carta europea dei diritti fondamentali (c.d. Carta di Nizza) recava la statuizione in ordine alla quale il mezzo di impugnazione sopracitato avrebbe dovuto essere parimenti garantito anche quando questo non fosse contemplato in un caso interno analogo, al fine di assicurare uno standard di tutela unitario indipendente dalle caratteristiche degli ordinamenti dei singoli Stati. In tale ottica potrebbe osservarsi, però, come tale diritto e le modalità per la relativa applicazione non siano identificate in modo così netto e tassativo nella stessa sentenza della Corte di giustizia, non escludendosi, nell'ambito della pronuncia *de quo*, l'ipotesi di equiparare i mezzi di impugnazione al controllo di ammissibilità operato dal giudice dello stato di emissione chiamato a valutare le prove. Per quanto concerne, invece, i limiti del vaglio

---

<sup>28</sup> *Ibidem*

<sup>29</sup> *Ordine europeo di indagine e trasmissione del contenuto di comunicazioni scambiate mediante criptofonini: nello stesso giorno, due pronunce delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 2024.

giurisdizionale, piuttosto laconica appare la direttiva n. 42/2014. Quest'ultima, infatti, dispone che in tema di valutazione di prove acquisite tramite l'OEI debbano osservarsi il rispetto dei "diritti della difesa" e "le garanzie del giusto processo". In ambito nazionale, la questione sollevata dalle Sezioni ordinarie rimettenti poneva in risalto l'opportunità di individuare quali tra le regole probatorie di matrice nazionale integrassero il diritto di difesa e le garanzie del giusto processo, affermandosi come presupposto per l'utilizzabilità delle prove raccolte all'estero. In tal senso, le SS.UU. hanno definito due specifici requisiti di utilizzabilità. In primis, rispetto ad atti che, alla stregua delle intercettazioni o l'acquisizione di tabulati, a livello nazionale richiedano l'autorizzazione preventiva del giudice, gli ermellini sembrano orientati a considerare come relativa condizione l'avvenuta autorizzazione del giudice dello Stato di esecuzione. In secondo luogo, nel caso di comunicazioni acquisite all'estero con la forma delle intercettazioni, sarebbe necessaria la loro riconducibilità all'accertamento di delitti per cui sia richiesto l'arresto obbligatorio in flagranza ex art. 270, comma 1, c.p.p. Deve aggiungersi, inoltre, che nell'ipotesi di captazione disposta all'estero in rapporto ad indirizzi di comunicazione situati in Italia, opererebbe l'obbligo di notifica alle competenti autorità italiane, ricorrendo, in conformità alla legge nazionale, i profili dell'inutilizzabilità qualora abbiano ad oggetto reati per i quali le intercettazioni non siano consentite. Al di là di queste considerazioni di carattere generale, al momento di delineare gli ulteriori contenuti del vaglio operato dal giudice dello Stato di emissione, le indicazioni della Suprema Corte risultano più evanescenti. In particolar modo, gli ermellini, allineandosi al criterio del *no inquiry* si limitano a puntualizzare come il sistema dell'OEI sia ispirato al principio di presunzione relativa di conformità ai diritti fondamentali delle attività istruttorie svolte dalle autorità giudiziarie degli altri Stati dell'Unione. Non molto diverse risultano le risoluzioni della Corte di giustizia dell'Unione Europea la quale, con riguardo alla trasmissione di prove già in possesso delle autorità dello Stato di esecuzione, stabilisce che l'autorità di emissione "non è autorizzata a controllare la regolarità del distinto procedimento con il quale lo Stato di esecuzione ha raccolto le prove di cui essa chiedi la trasmissione"<sup>30</sup> in conformità con i principi del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca connotanti il sistema della cooperazione giudiziaria nell'ambito dell'Unione Europea<sup>31</sup>. Al netto di ciò, in nome del principio di proporzionalità, il giudice dello Stato di emissione è comunque tenuto a valutare la corrispondenza tra gli atti probatori oggetto di acquisizione e i presupposti di merito stabiliti dalla *lex fori* rispetto alla formulazione dell'OEI. La stessa Corte di giustizia dell'Unione Europea nella sentenza Encrochat afferma che "il carattere necessario e proporzionato" dell'emissione dell'OEI deve essere "valutato unicamente" alla luce del diritto dello Stato di emissione, riconoscendo la necessità di evitare che l'impiego dell'OEI per la trasmissione di prove raccolte all'estero funga da strumento di elusione delle condizioni stabilite dalla *lex fori*.

Da ultimo, viene in rilievo la questione relativa al controllo sulle modalità con cui vengono raccolte le prove all'estero soprattutto rispetto ad attività istruttorie che richiedono, parimenti a quelle ivi esaminate, l'impiego di idonee tecniche informatiche e specifici algoritmi, essendo, quindi, esposte al pericolo di esiti falsati laddove non dovessero rappresentare fedelmente il contenuto delle

---

<sup>30</sup> *Ibidem*

<sup>31</sup> Similmente S. RAGAZZI - F. SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo, in attesa del count-down italiano*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2024, 223 ss.

comunicazioni. Per la difesa sarebbe ideale poter venire a conoscenza degli algoritmi utilizzati per decriptare le conversazioni, al fine di affidare a consulenti tecnici di parte la corretta analisi del peso probatorio degli elementi acquisiti. Nella prassi, però, tale opportunità non ha modo di concretizzarsi in quanto spesso confliggente con l'esigenza di garantire la segretezza dei metodi d'indagine impiegati. Pur non derivandone un'inutilizzabilità delle prove, stante la mancata previsione nel nostro ordinamento di una sanzione per casi simili ne discenderebbe un rischio di depotenziamento del contraddittorio, potendo conseguire una distorsione dell'accertamento dei fatti. Le SS.UU. definiscono la questione con evidente disinvoltura stabilendo come l'impossibilità per la difesa di accedere all'algoritmo utilizzato nell'ambito di un sistema di comunicazioni per decriptare il testo delle stesse non determini una violazione dei diritti fondamentali, dovendo escludersi, salvo specifiche allegazioni di segno contrario, il pericolo di alterazione dei dati in quanto il contenuto di ciascun messaggio è inscindibilmente abbinato alla sua chiave di cifratura ed una chiave errata non ha alcuna possibilità di decriptarlo anche solo parzialmente. Preme sottolineare come la Suprema Corte e i giudici di Lussemburgo manifestino due orientamenti diversi sul punto. Considerando come non sia affatto scontato che l'intelligibilità delle comunicazioni decriptate si riveli garanzia di adeguatezza delle tecniche informatiche adoperate, la Corte di giustizia dell'Unione Europea richiede, ai fini del rispetto del diritto di difesa e delle garanzie del giusto processo, la possibilità per le parti, *in primis* per l'imputato, di "svolgere efficacemente le proprie osservazioni" in merito alle prove così ottenute laddove appaiano idonee "ad influire in modo preponderante sulla valutazione dei fatti", elevando tale condizione alla stregua di requisito di utilizzabilità. Tale massima, però, potrebbe essere depotenziata qualora il giudice nazionale, nel nostro caso quello italiano, si conformi ai dettami, enunciati dalla stessa Corte di Cassazione, in linea con il preconconcetto secondo cui le comunicazioni, solo perché comprensibili, non possano per definizione subire alcuna alterazione.

5. Nell'orbita della vasta schiera di diritti fondamentali, in rapporto di connessione con la tutela della riservatezza, si rivela doveroso attribuire un ruolo di primo piano al diritto alla libertà di espressione ex art. 10 C.E.D.U., anch'esso manifesto imprescindibile di ogni democrazia incentrata sul concetto di pluralismo. Nel solco di quanto affermato in seno alla Convenzione riguardo alla libertà di opinione e di ricevere e comunicare informazioni, rileva considerare l'importanza che investe l'operato dei giornalisti in ordine alla divulgazione di notizie di pubblico interesse rispetto alle quali ricorra l'opportunità di informare i consociati senza comprimere oltremisura la riservatezza del singolo individuo. A tal proposito, la Corte europea dei diritti dell'uomo, da sempre prodigatasi nell'intento di definire la libertà dei giornalisti nella più ampia tutela del diritto alla libertà di espressione, ha individuato i presupposti indefettibili su cui fondare il riconoscimento dei requisiti di un giornalismo responsabile, tale di manifestarsi in un esercizio del diritto di cronaca e di critica

fondati sulla rilevanza della notizia fornita, sulla verità<sup>32</sup> dei fatti narrati e sulla contenenza delle espressioni utilizzate<sup>33</sup>.

Nonostante sinora la nostra trattazione si sia concentrata sul difficile, ma al contempo necessario, equilibrio tra le spesso antitetiche esigenze di perseguimento dei reati e di tutela dei diritti fondamentali, rileva rimarcare come non siano affatto mancati casi in cui il conflitto concernesse proprio la concreta attuazione dei diritti convenzionali, rappresentando essi poli opposti tra loro confliggenti. Emblematica in tal senso è la vicenda che ha investito la nota virologa di fama mondiale Ilaria Capua. Si tratta di una vicenda in cui il *modus operandi* degli organi inquirenti viene ad intrecciarsi con un'attività d'informazione difforme dai presupposti del giornalismo responsabile, in quanto culminante in un'indebita diffusione di quanto emerso dall'attività di captazione. Procedendo con ordine, la dott.ssa Capua è stata coinvolta in una maxi-inchiesta condotta dai Nas e dalla procura di Roma emersa nell'aprile del 2014 a seguito di un articolo pubblicato sul settimanale "l'Espresso", a firma del giornalista Lirio Abbate. L'accusa, rivolta tra gli altri a Richard John William Currie marito della Capua e manager in un'azienda di produzione veterinaria, era quella di essere parte di un'associazione per delinquere il cui obiettivo sarebbe stato quello di diffondere il virus dell'aviazione in allevamenti del nord-est per poi trarre profitto, con la collaborazione di funzionari del Ministero della Salute e di aziende farmaceutiche, dalla commercializzazione dei vaccini. Le indagini della magistratura italiana ebbero origine dalle dichiarazioni rilasciate da un informatore, secondo le ricostruzioni identificantesi in Paolo Candoli manager dell'azienda farmaceutica Merial, nell'ambito di un'inchiesta apertasi negli USA dopo gli attentati del 2001 per il timore di attacchi con agenti biologici. Le carte su Candoli giunsero in Italia nel 2005 ed indussero il titolare delle indagini, il sostituto procuratore presso la Procura della Repubblica di Roma Giancarlo Capaldo, a richiedere l'autorizzazione al ricorso ad intercettazioni telefoniche. L'attività investigativa, tanto complessa quanto nebulosa stante l'intrecciarsi con l'inchiesta statunitense, si protrasse per anni con la determinazione della Procura, solo nel 2015, a formulare richiesta di rinvio a giudizio per i diversi soggetti iscritti nel registro degli indagati. Preme considerare, tra l'altro, come, al netto della divulgazione del materiale intercettato in favore dei giornalisti e la successiva pubblicazione su "l'Espresso", al momento della rivelazione della notizia la dott.ssa Capua non avesse ricevuto alcun avviso di garanzia, affermando, in interviste successive, di non essere mai stata ascoltata dai magistrati. L'inchiesta si concluse con l'emissione di una sentenza di non doversi procedere in quanto "il fatto non sussiste". L'analisi di tale vicenda giudiziaria ha portato alla luce rilevanti criticità che investono la sfera privata del singolo e il ruolo dell'informazione giudiziaria nella divulgazione di atti che afferiscono a procedimenti ancora in corso. *In primis*, preme sottolineare l'importanza del mantenimento del segreto investigativo sancito ex art. 329 c.p.p. nonché del divieto di pubblicazione di cui all'art. 114 c.p.p., stante non solo i pregiudizi che potrebbero derivare dalla diffusione, anche per estratto, del materiale acquisito dall'autorità procedente, ma anche la proliferazione in seno

---

<sup>32</sup> Con riguardo alla verità dei fatti narrati la giurisprudenza riconosce l'applicabilità dell'esimente del diritto di cronaca in tutte le ipotesi in cui il giornalista sia vittima di un errore involontario, nonostante abbia posto in essere la massima diligenza professionale, adoperando tutte le necessarie cautele sia in relazione alla notizia che all'affidabilità della fonte dell'informazione (Corte di Cassazione, sentenza del 19 maggio 2004, n. 231002).

<sup>33</sup> R. SAPIENZA, *La libertà dei giornalisti nell'ambito della tutela del diritto alla libertà d'espressione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in A. DI STASI (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2016-2020)*, 767 ss.

all'opinione pubblica di convincimenti disancorati dalla realtà processuale. I riflessi sulla presunzione di non colpevolezza e sulla riservatezza tendono, pertanto, ad intersecarsi con il tema dell'informazione giudiziaria e con la necessità di arginare i rischi connessi ad una prematura diffusione giornalistica di notizie in grado di diffondere elementi rilevanti delle indagini penali. La situazione d'incertezza risulta favorita dalla disposizione di cui all'art. 116, comma 1, c.p.p. la quale reca indicazione di come, con riferimento al momento successivo alla caduta del segreto interno, "durante il procedimento e la sua definizione" gli stessi atti siano acquisibili "da parte di chiunque vi abbia interesse". Partendo dal presupposto che ai fini della relativa acquisizione non si riveli imprescindibile un interesse giuridicamente radicato nel procedimento *in itinere*, anche il giornalista può chiedere ed ottenere l'accesso ad atti non più coperti da segreto interno ma su cui persista un divieto di pubblicazione in nome del c.d. segreto esterno. L'ampiezza della previsione legislativa, di fatto, lascia margini di discrezionalità ai soggetti della giurisdizione legittimati ad acconsentire in ordine al rilascio. Con ciò si aprono concreti spiragli fondati su di una pericolosa logica dello scambio in cui non esita ad inserirsi, come osservato proprio nel caso Capua, il giornalista a caccia di notizie non solo mediante esplicita istanza indirizzata al magistrato bensì anche mediante la capziosa indiretta acquisizione di documenti in possesso degli investigatori. Emerge, quindi, il serio rischio di compromissione della sfera privata del singolo in conseguenza di una non trascurabile antinomia tra il diritto di cronaca giudiziaria e quello alla riservatezza dell'indagato nonché delle persone coinvolte a vario titolo nel procedimento penale. Tra l'altro, non può ignorarsi il complesso di effetti derivanti dal clamore mediatico generato dalla fuga di notizie, con conseguente affermazioni di sentimenti di "punizione collettiva" da parte del "tribunale sociale" in grado di sovrastare il costituzionalmente tutelato principio della presunzione di non colpevolezza<sup>34</sup>. Da qui, l'importanza della previsione legislativa ex art. 116, comma 3-bis, c.p.p. concernente la legittimazione riconosciuta ai magistrati, a seguito della valutazione in ordine al caso concreto, di ricorrere, in aggiunta al diniego opponibile alle richieste ex art. 116 c.p.p., alla conservazione del divieto di pubblicazione di quegli atti che possano ledere alla reputazione privando, *in primis*, l'indagato della tutela della propria persona sino ad un accertamento definitivo della responsabilità penale.

Proprio in questo solco si inserisce l'ultimo intervento normativo, formalmente rivolto all'adempimento degli obblighi derivanti dagli artt. 3 e 4 dir. 2016/343/UE e finalizzato a rafforzare la presunzione d'innocenza di cui all'art. 75, comma 2, Cost. Nello specifico, con la presentazione alle Camere del disegno di legge di delegazione europea n. 15/2024, recante mandato al governo di "modificare l'art. 114 c.p.p. prevedendo il divieto di pubblicazione dell'ordinanza di custodia cautelare finché non siano concluse le indagini preliminari ovvero sino all'udienza preliminare"<sup>35</sup>, ha avuto inizio l'iter di modifica della disposizione cardine di cui sopra in tema di limiti alla pubblicazione degli atti di un procedimento penale. L'iniziativa in esame, culminata lo scorso 9 dicembre nell'approvazione del conseguente decreto legislativo da parte del Consiglio dei Ministri, ha suscitato non poche perplessità in ordine all'effettivo rafforzamento del principio costituzionale

---

<sup>34</sup> F.R. MITTICA, *Influenza sul giudizio penale di notizie sui contenuti investigativi diffuse dai media*, in *Proc. pen. gius.*, 2023 n. 2, par. 11.

<sup>35</sup> Su cui v. C. GABRIELLI, *È la stampa, bellezza. Note critiche al cd. "emendamento Costa"*, in *Ques.Gius.*, 29 febbraio 2024.

oggetto della nostra trattazione<sup>36</sup>. In tale ottica, preliminarmente all'analisi delle critiche mosse nei confronti dell'esecutivo, giova partire dall'interpretazione letterale della novella. Il nuovo art. 114, comma 6 ter, c.p.p., disponendo l'abrogazione dell'ultima parte del comma 2, stabilisce che “fermo quanto disposto dal comma 7, è vietata la pubblicazione delle misure cautelari personali fino a che non siano concluse le indagini preliminari ovvero fino al termine dell'udienza preliminare”. In tal guisa, consentendosi la pubblicazione del contenuto, proprio ai sensi del comma 7, ne scaturisce non un divieto assoluto alla conoscibilità dell'atto, costituzionalmente indifendibile, bensì un limite alle relative modalità di divulgazione. Non va trascurato come il testo inizialmente approntato prevedesse l'applicazione del divieto alle sole ordinanze di custodia cautelare, escludendo dal novero dei provvedimenti da non pubblicare anche le altre ordinanze cautelari, come ad esempio quelle applicative di una misura interdittiva, la cui motivazione può risultare di ben maggiore pregiudizio per l'onorabilità del destinatario. A tal proposito, la Commissione Giustizia della Camera, nonostante il suo parere favorevole sulla nuova disciplina, aveva osservato l'opportunità che il legislatore delegato valutasse l'estensione del divieto a tutte le misure cautelari personali, ovvero ad altri analoghi provvedimenti che comportassero una valutazione circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza e la cui pubblicazione, dunque, fosse suscettibile di produrre analoghi effetti sovrapponibili a quelli della sola ordinanza di custodia cautelare. L'interpolazione successivamente operata, al netto della mancanza nella legge delega di una legittimazione attribuita al legislatore delegato rispetto alla modifica del novero degli atti di cui vietare la pubblicazione, restituisce in parte coerenza ad una scelta inizialmente censurabile. Ciò considerato, prescindendo dall'eccesso di delega “volto di una politica irresistibilmente portata a debordare da ogni argine previamente fissato”<sup>37</sup>, non sembra che il governo abbia risolto tutti i problemi all'orizzonte. Di fatto, pur impedendo la pubblicazione di tutte le ordinanze cautelari, perdurerebbe l'inerzia legislativa nei confronti di altri provvedimenti in grado di ledere la presunzione di innocenza, a cominciare dalla richiesta del pubblico ministero assai simile per contenuti alla decisione che la accoglie. E non solo. Appare poco plausibile che la sintesi operata dal giornalista sia meno pregiudizievole della pubblicazione del testo del provvedimento considerando come le parole del giudice, soppesate ex art. 115 bis c.p.p. ed inserite in un contesto in cui emerge come la colpevolezza dell'indagato sia ritenuta provvisoriamente, non possano che avere una portata meno lesiva di quelle riassuntive del cronista giudiziario<sup>38</sup>. Un ulteriore aspetto degno di nota risiede nel fatto che il divieto di pubblicazione testuale, destinato ad operare fino alla conclusione delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare, esclude le ordinanze cautelari, e le relative richieste, emesse durante il dibattimento o nei gradi di impugnazione. Pur trattandosi di casi infrequenti, rileva notare l'illogicità della conclusione. Infatti, individuandosi quale scopo dichiarato del legislatore la tutela della presunzione di innocenza sino alla sentenza irrevocabile di condanna non si comprende la mancata estensione del divieto alle ordinanze cautelari applicate nel corso del giudizio. Alle criticità sinora esaminate, si aggiunge il mancato inserimento nella disciplina

---

<sup>36</sup> A. ZAMPINI, *Divieto di pubblicazione delle ordinanze che applicano misure cautelari personali: una scelta politica censurabile e costituzionalmente repressibile*, in *Ques. Gius.*, 13 dicembre 2024.

<sup>37</sup> Così A. RUGGERI, *A proposito di deleghe, delegificazioni (ed altro) e dei possibili rimedi volti a porre ordini nel sistema delle fonti*, in *Le deleghe legislative. Riflessioni sulla recente esperienza normativa e giurisprudenziale*, Milano 2002, 2.

<sup>38</sup> A. ZAMPINI, op. cit.

*de quo* di sanzioni dotate di oggettiva portata deterrente con cui rispondere alla violazione del precetto. La stessa Commissione Giustizia della Camera aveva osservato la necessità di ripensare il complessivo sistema sanzionatorio al fine di conferire effettività al divieto di pubblicazione al netto dell'attuale disciplina rappresentata dalla fattispecie contravvenzionale ex art. 684 c.p., che prevede la possibilità di estinguere il reato facendo ricorso alla corresponsione di una somma irrisoria tramite oblazione, e dall'illecito disciplinare di cui all'art. 115 c.p.p. raramente perseguito. Le osservazioni provenienti dall'organo legislativo non sono state accolte, mantenendosi salda la blanda disciplina in materia di "Pubblicazione arbitraria di atti di un procedimento penale" di cui al summenzionato art. 684 c.p. Rileva precisare come, da più parti, non si invochi una mera intensificazione della risposta penale in termini di *quantum* della pena da comminare, bensì la predisposizione di un rigido meccanismo di reazione disciplinare per il giornalista da calibrare sul piano deontologico. Fonte d'ispirazione potrebbe essere il c.d. progetto di riforma Gratteri in punto d'intercettazioni, col quale l'attuale Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Napoli proponeva l'inserimento di una nuova fattispecie di reato da rubricarsi "Pubblicazione arbitraria di intercettazioni" (art. 595 bis c.p.) che avrebbe punito con la reclusione da anni due ad anni sei e con la multa da euro 2.000 a euro 10.000 chiunque, fuori dei casi consentiti, avesse pubblicato o diffuso il testo d'intercettazioni di conversazioni telefoniche o altra forma di comunicazione dal contenuto diffamatorio nonché manifestamente irrilevante ai fini di prova. Più conforme alla materia in esame, per quanto di non facile ed immediata attuazione, si configurerebbe la proposta avanzata in dottrina fondata sull'opportunità di istituire un'Autorità di garanzia a struttura composita in grado di tutelare l'indagato ingiustamente esposto ad un processo mediatico mediante la legittimazione a promuovere l'instaurazione di procedimenti disciplinari nei confronti di coloro che fra giornalisti, magistrati o avvocati abbiano oltraggiato la reputazione di soggetti coinvolti nel procedimento penale<sup>39</sup>. In definitiva, la risposta legislativa alla tutela della presunzione di innocenza sembrerebbe configurare una sorta di "inerzia attiva" contrassegnata da un progressivo pregiudizio del diritto all'informazione finendo così per "guarire un male con la medicina sbagliata, che rischia di generare un effetto collaterale più nefasto della patologia"<sup>40</sup>.

6. Alla luce di quanto analizzato nella presente trattazione, in merito alla valutazione del conflitto tra il ricorso all'attività d'intercettazione di conversazioni o comunicazioni e la tutela del diritto alla riservatezza, occorre sottolineare come, nonostante la consapevole ed indiscriminata violazione della sfera privata del singolo a cui si è progressivamente assistito in alcuni ordinamenti nazionali, il legislatore sia chiamato a fronteggiare l'atavico problema della coperta troppo corta rispetto ad un effettivo contemperamento tra le due opposte esigenze. Di conseguenza, appare utopistico che si possa addivenire all'approntamento di leggi in grado di garantire un perfetto equilibrio tra i due interessi in gioco, anche alla luce delle nuove tecniche investigative dotate di maggiore invasività. In quest'ottica, riconoscendo l'intervento legislativo come inevitabilmente

<sup>39</sup> Sul punto L. FERRARELLA, "Il "giro della morte": il giornalismo giudiziario tra prassi e norme, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 4, 15 ss.

<sup>40</sup> C. MELZI d'ERIL, G.E. VIGEVANI, *Stop alla pubblicazione delle ordinanze di custodia cautelare, ovvero come guarire un male con la medicina sbagliata*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 dicembre 2023.

rivolto al perseguimento dell'interesse collettivo di accertamento delle fattispecie di reato, si rivela imprescindibile inquadrate il relativo limite con l'insinuazione nella sfera privata del singolo quale strettamente funzionale al raggiungimento degli obiettivi investigativi.

# La pericolosità sociale minorile tra sicurezza, prevenzione e (ri)educazione

ILARIA PICCOLO

## ABSTRACT

*The concept of juvenile social dangerousness has been shaped by theoretical compromises and regulatory interventions that have progressively redefined its meaning and implications. This paper aims to trace its evolution and analyze the current and complex framework of security, preventive, and re-educational measures targeting young people.*

*The legislator's approach—heavily focused on a (para)penal reaction at the expense of robust social policies—appears inadequate to safeguard the right to education and ultimately undermines the very notion of (non) imputability.*

SOMMARIO: 1. Foucault e le origini della pericolosità sociale. – 2. Dal Codice Rocco all'art. 37 del d.P.R. n. 448/1988. – 2.1. Le misure di sicurezza e il primo *vulnus* alla (non) imputabilità. – 3. Il triplo binario delle misure di prevenzione. – 3.1. L'incursione simbolica del Decreto Caivano. – 4. Il quarto binario delle misure rieducative a seguito della L. 70 del 2024. – 5. Lineamenti di uno Stato penale di diritto.

. In “Storia della follia nell'età classica”, Michel Foucault riconduce le radici del concetto di pericolosità sociale al fenomeno della lebbra<sup>1</sup>.

Difatti, nell'XIII secolo d.C., si registrò la massima diffusione della malattia in Europa, probabilmente introdotta dall'Oriente a seguito delle Crociate. L'esigenza di contenere l'elevato rischio di contagio condusse, in Europa e altre parti del mondo, all'istituzione e costruzione dei cc.dd. lebbrosari, ossia strutture ospedaliere esterne alle aree urbane, finalizzate all'isolamento e al controllo dei soggetti infetti.

Tuttavia, anche una volta debellata la malattia, nel tessuto sociale rimasero gli stessi meccanismi di esclusione e stigmatizzazione, i quali, nel tempo, avrebbero assunto nuove configurazioni. «Spesso negli stessi luoghi, due o tre secoli più tardi, si ritroveranno stranamente simili gli stessi meccanismi di esclusione. Poveri, vagabondi, corrigendi e “teste pazze” riassumeranno la parte abbandonata dal lebbroso e vedremo quale salvezza ci si aspetta da questa esclusione, per essi e per quelli stessi che li escludono. Con un senso tutto nuovo e in una cultura molto differente, le forme resisteranno: soprattutto quella importante di una separazione rigorosa che è esclusione sociale ma reintegrazione spirituale»<sup>2</sup>.

In altri termini, il soggetto etichettato come “lebbroso” è stato sostituito, a seconda del momento storico e del contesto sociopolitico, da altre categorie individuate come potenzialmente pericolose dal corpo sociale: non solo poveri o vagabondi, ma anche ebrei, critici del regime, migranti, etc.

<sup>1</sup> M. FOUCAULT, *Storia della follia nell'età classica*, Milano 2011.

<sup>2</sup> M. FOUCAULT, *op. ult. cit.*, 27.

È il turno dei minori, sempre più spesso disconosciuti come soggetti di diritti – *in primis*, quello all'educazione<sup>3</sup> – e considerati come potenziali fonti di pericolo per «la sicurezza dei cittadini»<sup>4</sup> da salvaguardare a ogni costo<sup>5</sup>. E nella cd. società del rischio<sup>6</sup>, le misure di *welfare* e il diritto penale minimo soccombono alla «logica della prevenzione»<sup>7</sup>, intesa come strategia normativa di espressione di una più ampia dinamica di controllo sociale.

2. La nozione di “pericolosità sociale” trova consacrazione normativa con il Codice Rocco del 1930, a seguito di uno “storico” compromesso tra la Scuola classica e quella Positiva del diritto penale<sup>8</sup>.

Nella Relazione al Codice penale, si legge come nell'ambito della delinquenza minorile, a causa della non imputabilità, la pena «sarebbe [stata] per sé medesima insufficiente strumento di difesa sociale»<sup>9</sup>.

Da qui l'innesto del doppio binario<sup>10</sup>: da un lato, le pene, applicabili esclusivamente ai soggetti imputabili e responsabili del reato; dall'altro, le misure di sicurezza, destinate ai soggetti socialmente

---

<sup>3</sup> Si rinvia a C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, Napoli 2012, *passim*.

<sup>4</sup> Testualmente, l'art. 1 T.U.L.P.S. recita: «L'autorità di pubblica sicurezza veglia al mantenimento dell'ordine pubblico, alla sicurezza dei cittadini, alla loro incolumità e alla tutela della proprietà; cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle province e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità; presta soccorso nel caso di pubblici e privati infortuni». Si v. altresì A. CRAWFORD – K. EVANS, *Crime prevention and community safety*, in Maguire-Morgan-Reiner (edited by), *The Oxford Handbook of Criminology*, 5th ed., Oxford, UK 2012, 769-805.

<sup>5</sup> Cfr. C. IASEVOLI, *Presupposti, sequenze e forme delle misure preventive personali su proposta dell'autorità giudiziaria*, in *Arch. pen.*, 2019, 2, 1-2, secondo cui «Nelle varie accezioni di sicurezza sociale è possibile rintracciare una pregnante connotazione comune: essa ha a che fare con i contenuti limitativi di una situazione di libertà. Il concetto, ricostruito in termini normativi come complesso di principi fondamentali, si presta ad accrescere il consenso intorno alla legittimità della risposta legislativa 'richiesta' dalla eccezionalità di talune situazioni. In tal modo, si perviene a giustificare anche l'uso del processo come mezzo di neutralizzazione della pericolosità di una persona in relazione a quella storicità del fatto, che non assurge a tipicità offensiva e, quindi, non costituisce reato. L'effetto è lo spostamento dell'asse di interesse dalla tutela del bene giuridico alla difesa dal tipo di autore, accentuando la contrapposizione tra tutela della collettività e diritti inviolabili dell'individuo».

<sup>6</sup> S. MOCCIA, *La perenne emergenza, Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 2000, *passim*. Si v. anche AA.VV., *Diritto penale del nemico, Un dibattito internazionale*, in *Quaderni di diritto penale comparato internazionale ed europeo "diritto penale e comparato"*, a cura di M. Donini- M. Papa, Milano 2007, *passim*.

<sup>7</sup> La riflessione è di M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, Torino 2008, 7 ss., secondo cui «La società del rischio ha inoltre impresso una anticipazione all'intervento penale. Se in alcuni casi è possibile correre il rischio che il pericolo si tramuti in danno e che il diritto penale intervenga in funzione meramente repressiva rispetto ad un danno verificatosi, l'attuale proliferazione dei rischi e la loro accresciuta intensità non permettono di accontentarsi di mere fattispecie di evento, in quanto la richiesta di sicurezza di fronte alle situazioni di rischio non sarebbe soddisfatta da un diritto penale che intervenisse ex post a danno avvenuto». In maniera conforme, A. MARTINI, *Essere pericolosi, Giudizi soggettivi e misure personali*, Torino 2018, 5 ss.

<sup>8</sup> Si v. S. RICCIO, *Responsabilità e pericolosità nella dottrina e nel nuovo Codice penale*, Napoli 1931, *passim*. Per una disamina concernente l'origine storica del concetto e la sua evoluzione, si rinvia a F. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, *passim*.

<sup>9</sup> Cfr. *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale, vol. V, Progetto definitivo di un nuovo Codice penale con la relazione del Guardasigilli on. Alfredo Rocco, Parte I, Relazione sul Libro I del Progetto*, Roma 1929, 266-267, in cui può leggersi «quanto ai minori, il Progetto disciplina organicamente opportune misure di prevenzione, applicabili non solo nei casi di non imputabilità, secondo criteri che furono precedentemente illustrati, ma anche quando al minore sia inflitta una pena: poiché la medesima, se risponde a concrete esigenze repressive, non può, in questo come in altri campi di attività criminosa, essere considerata idonea e sufficiente anche in ordine agli scopi della prevenzione individuale».

<sup>10</sup> Per una critica serrata, cfr. S. MOCCIA, *Ancora e sempre contro il doppio binario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 65, 1, 451-454.

pericolosi, indipendentemente dalla loro imputabilità e finalizzate non alla *punizione*, bensì al *controllo*.

In questa prospettiva, l'art. 203 c.p. definisce la pericolosità sociale, in senso generale<sup>11</sup>, come la condizione del soggetto «anche non imputabile o non punibile» che abbia commesso un reato o un quasi-reato<sup>12</sup> ed è probabile che commetta nuovi fatti previsti dalla legge come reati. In sostanza, nella logica del Codice Rocco, essa coincide con la probabilità di reiterazione del reato.

Sul versante dell'accertamento, l'art. 203, co. 2, c.p., afferma che esso deve fondarsi sugli elementi indicati nell'art. 133 c.p. È proprio in questo rinvio normativo che si annida la fragilità concettuale della pericolosità sociale, la quale finisce per sovrapporsi alla capacità a delinquere<sup>13</sup>.

L'art. 133 c.p., infatti, è originariamente concepito per la determinazione della pena e non per la valutazione propedeutica all'apposizione delle misure di sicurezza<sup>14</sup>.

L'accertamento di pericolosità – prendendo in considerazione elementi come la condotta di vita, i precedenti, le condizioni familiari e sociali – finisce per agganciarsi a una potenzialità offensiva meramente ipotetica del soggetto.

Stando così le cose, il “doppio binario” si rivela, in realtà, come un'unica rotaia, che si muove in direzione repressivo-deterrente<sup>15</sup>.

Fatte queste premesse, va posto il *focus* sulla nozione di pericolosità sociale minorile. A tal riguardo, il Codice Rocco del 1930 operava una distinzione emergente dal combinato disposto degli artt. 203, 222 e 224 c.p.

In particolare, quando i minori non erano ritenuti imputabili per ragioni di età, l'art. 224 c.p. imponeva al giudice di valutare, ai fini della pericolosità, la gravità del fatto e le «condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto», in vista dell'eventuale applicazione delle misure di sicurezza.

Tuttavia, questa specificazione si esauriva sostanzialmente nella considerazione delle «condizioni morali della famiglia», elemento che aggiungeva ben poco ai criteri generali già previsti dall'art. 133 c.p. Quest'ultimo, infatti, già richiede la stima della gravità del reato (al comma 1) e include le condizioni di vita familiare tra i fattori rilevanti per valutare la capacità a delinquere del reo (al comma 2, n. 4)<sup>16</sup>.

---

<sup>11</sup> Invero, il nostro legislatore ha individuato due forme di pericolosità: generica, di cui all'art. 203 c.p., e specifica o qualificata, contenute nel Tit. IV Capo II, e riguardano l'abitudine, la professionalità nel reato, nonché la tendenza a delinquere. Si v. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di P. Nuvolone, G.D. Pisapia, III, Torino 1981, 249 ss.

<sup>12</sup> Per quasi-reato si intende il reato impossibile ex art. 49 c.p. e l'accordo criminoso non eseguito o istigazione a commettere un delitto se l'istigazione non viene accolta ex art. 115 c.p. Si descrivono come quasi reato a significare che si è in presenza di un'azione che, pur non avendo carattere di reato, si manifesta in modo talmente prossimo al reato da permettere di riconoscere in essa un indizio sicuro di pericolosità sociale. Cfr. G. FIANDACA, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna 2023, 874.

<sup>13</sup> G. GUARNERI, voce *Pericolosità sociale*, in *Noviss.mo Dig.*, XII, Torino, 1965, 956.

<sup>14</sup> Sia S. MOCCIA, *Da Kant al binario unico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 2, 534, che C. IASEVOLI, *Presupposti, sequenze e forme delle misure preventive personali su proposta dell'autorità giudiziaria*, cit., 2, parlano di un «guazzabuglio» che unifica, inaffidabilmente, presupposti teoretici opposti.

<sup>15</sup> Ancora S. MOCCIA, *Da Kant al binario unico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1, 2, *passim*.

<sup>16</sup> Cfr. P. NUVOLONE, *L'accertamento della pericolosità nel processo ordinario di cognizione*, in AA.Vv., *Pene e misure di sicurezza. Modificabilità e suoi limiti (Atti del convegno di studio “Enrico De Nicola”)*, Milano 1962, 17. *Contra*, E. RUSSO PARRINO, *Diritto penale minorile*, cit., 167 ss., per il quale le condizioni di vita familiare del reo di cui all'art. 133, co. 2, n. 4 differiscono dalle condizioni morali della famiglia in cui il minore è vissuto indicate nell'art. 224 c.p.: le prime

Nel caso in cui il minore, pur non imputabile per età, fosse anche affetto da una causa di infermità, l'art. 222 c.p. disponeva in modo automatico il ricovero in un manicomio giudiziario.

Si delineava così un distinguo tra i minori non imputabili ma socialmente pericolosi – per i quali si prevedevano misure come il riformatorio giudiziario o la libertà vigilata – e i minori non imputabili e infermi, per i quali era sempre previsto il ricovero obbligatorio.

A quest'assetto, faceva da *pendant* la previsione di alcune ipotesi di pericolosità presunta<sup>17</sup>.

Difatti, proprio il sistema minorile ha rappresentato il punto di partenza per una inversione di rotta maggiormente ispirata ai principi costituzionali, nell'ambito dell'accertamento di pericolosità.

Con la Sent. n. 1 del 1971, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 224, co. 2, c.p., nella parte in cui imponeva il ricovero obbligatorio per almeno tre anni agli infra-quattordicenni autori di delitti di particolare gravità.

Da quel momento ha preso avvio un percorso ermeneutico e normativo di progressiva erosione degli automatismi, culminato con la Legge Gozzini del 1986.

Quest'ultima ha abolito ogni meccanismo presuntivo, stabilendo che le misure di sicurezza possono essere applicate solo previa verifica effettiva della pericolosità sociale del soggetto.

Il superamento del sistema presuntivo ha così spostato il baricentro sul piano metodologico, che, ancora oggi, risulta privo di paradigmi certi e condivisi. L'assenza di criteri scientifici univoci per formulare prognosi affidabili di recidiva espone il sistema al rischio di decisioni discrezionali e poco omogenee<sup>18</sup>.

2.1. Fino al 1988, l'accertamento della pericolosità sociale minorile discendeva, dunque, dal combinato disposto degli artt. 203, 222 e 224 c.p. Con l'entrata in vigore del d.P.R. n. 448/1988, tuttavia, il legislatore ha cercato di delineare una nozione più specifica e articolata.

Nello specifico, l'art. 37 d.P.R. n. 448/1988 subordina l'applicazione delle misure di sicurezza ai minori, alla ricorrenza delle «condizioni previste dall'art. 224 c.p. e quando, per le specifiche modalità e circostanze del fatto e per la personalità dell'imputato, sussiste il concreto pericolo che

---

si riferiscono al reo, le seconde alla sua famiglia. Ne consegue che mentre queste ultime indirizzano il giudizio sulla famiglia del minore, che ha provveduto alla sua educazione, nelle prime la valutazione investe la personalità del reo «attraverso le sue manifestazioni di vita in seno alla famiglia».

<sup>17</sup> Cfr. G. PANEBIANCO, *Il sistema penale minorile: Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino 2012, 171 ss., secondo cui le ipotesi presuntive di pericolosità erano raggruppabili in due categorie, contraddistinte (soprattutto) dalla peculiare condizione del reo, di per sé decisiva per l'individuazione del tipo di misura da applicargli: talune forme presuntive di pericolosità erano infatti derivate (oltre che dalla gravità del fatto commesso) «dalle condizioni patologiche o di immaturità intellettuale dell'agente»; altre, invece, «dalle particolari condizioni psicologiche e di corruzione morale del reo», ravvisate nei delinquenti abituali, professionali o per tendenza, nei contravventori abituali o professionali oltre che negli ubriachi abituali. La disciplina delle figure qualificate di pericolosità da ultimo menzionate, peraltro, non risparmiava i minorenni, che sarebbero andati incontro alla sicura applicazione della misura del riformatorio giudiziario, laddove fossero stati dichiarati delinquenti abituali professionali o per tendenza.

<sup>18</sup> In questi termini, M. PELLISERO, *Pericolosità sociale e doppio binario*, cit., 110, secondo cui «con l'abbandono delle presunzioni legali di pericolosità i nodi delle difficoltà di accertamento si sono ripresentati in tutta la loro complessità, investendo sia i soggetti imputabili che i non imputabili. Ad essere messa in discussione è la stessa scientificità della nozione di pericolosità sociale, ossia la possibilità di individuare metodi predittivi attendibili e falsificabili». Ancora attuale, seppur risalente a quasi cent'anni fa, è l'affermazione di S. RICCIO, *Responsabilità e pericolosità nella dottrina e nel nuovo Codice penale*, cit., 90, per cui «Se noi scorriamo tutti i volumi scritti sulla pericolosità non troviamo ancora una esatta definizione del concetto di essa, né criteri precisi, donde essa si debba commisurare».

*questi commetta delitti con uso di armi o altri mezzi di violenza personale o diretti contro la sicurezza collettiva o l'ordine costituzionale ovvero gravi delitti di criminalità organizzata».*

Il ricorso alla congiunzione “e”, anziché alla disgiuntiva “o”, non è privo di rilievo. Esso indica la volontà del legislatore di richiedere la coesistenza di entrambi i presupposti – le condizioni dell’art. 224 c.p. e il concreto pericolo di commissione di reati particolarmente gravi – i quali necessitano di un accertamento cumulativo.

Con l’art. 37, il legislatore inteso rendere più determinata la nozione di pericolosità sociale per i minori<sup>19</sup>, spostando l’attenzione dalla mera «probabilità di reiterazione del reato» al «concreto pericolo», ancorato alle modalità del fatto e alla personalità del soggetto.

Tuttavia, la riformulazione non è esente da criticità.

In primo luogo, la formulazione della norma risulta analoga a quella dell’art. 23, co. 2, lett. c), d.P.R. n. 448/1988, che disciplina una delle esigenze giustificative della custodia cautelare.

Questa corrispondenza evidenzia una sovrapposizione concettuale tra misure di sicurezza e misure cautelari minorili, ulteriormente rafforzata dal rinvio operato dall’art. 36 d.p.r. n. 448/1988 a favore delle “forme” degli artt. 20 e 21. L’esemplificazione è offerta dall’accoglimento, nel contesto delle misure di sicurezza, del “criterio di scalarità” tipico dell’ambito cautelare: un meccanismo di progressivo inasprimento delle misure in caso di gravi e reiterate violazioni<sup>20</sup>.

Questa contaminazione si rivela problematica, poiché finisce per confondere istituti destinati a «compiti del tutto distinti, e che nessuna ottimistica connotazione “educativa” può avvicinare se non stravolgendone i caratteri»<sup>21</sup>.

Le problematicità, però, si estendono al piano più generale. La nozione di pericolosità sociale minorile mostra una scarsa attenzione agli aspetti personali dell’individuo, privilegiando l’analisi di elementi oggettivi, quali la gravità del fatto, le modalità e le circostanze in cui si è verificato. Ne consegue un accertamento giudiziale che grava su un soggetto che, per esplicita opzione di politica giudiziaria, non dovrebbe neppure essere sottoposto a processo.

Inoltre, come accade anche per gli adulti, l’accertamento prognostico resta esposto a margini di ambiguità e incertezza, legati alla difficoltà di individuare modelli predittivi affidabili<sup>22</sup>.

Tali contraddizioni emergono, con particolare evidenza, dal combinato degli artt. 37 e 26 del d.P.R. n. 448 del 1988<sup>23</sup>, con l’effetto di arrecare un irrimediabile *vulnus* alla categoria della (non) imputabilità.

Il meccanismo previsto induce il giudice a pronunciarsi con sentenza di non luogo a procedere sulla sola base dell’accertamento anagrafico<sup>24</sup>, presupposto imprescindibile per la legittimità del

---

<sup>19</sup> M.G. COPPETTA, *Le misure di sicurezza per il minore non imputabile*, in *Il difetto d'imputabilità del minorenne*, a cura di Vigoni, Torino 2016, 127.

<sup>20</sup> M.G. COPPETTA, *op. ult. cit.*, 119.

<sup>21</sup> L. FORNARI, *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 634.

<sup>22</sup> In maniera conforme S. BUZZELLI, *Misure di sicurezza e sistema penitenziario*, in *Procedura penale minorile*, a cura di M. Bargis, Torino 2024, 228, secondo cui permangono «incertezze e ambiguità connesse alla scelta dei possibili modelli di accertamento da adottare nel giudizio prognostico: prevedere il comportamento di un minorenne si rivela un'autentica scommessa sul futuro, da vincere grazie all'osservazione, ai fattori di predittività, al metodo c.d. intuitivo».

<sup>23</sup> Secondo S. BUZZELLI, *op. ult. cit.*, 229, si tratta di una categoria che travolge, nel complesso, la gamma delle misure di sicurezza, presentandosi stigmatizzante e troppo legata, nel suo nascere, alle dottrine ottocentesche fonte di non poca ispirazione per le ideologie intolleranti e razziste del “secolo breve”, cioè del Novecento.

<sup>24</sup> In giurisprudenza si rinviene un contrasto quanto alla necessità che il proscioglimento ex art. 26 d.P.R. n. 448/1988 postuli un accertamento nel merito della vicenda. Secondo un primo filone, tra cui Cass. pen., sez. IV, n. 11541 del 31

processo<sup>25</sup>. Tuttavia, al contempo, lo stesso giudice è chiamato a valutare l'eventuale applicazione di misure di sicurezza, operando un giudizio sul merito della vicenda che, di fatto, si configura come un surrogato dell'accertamento di responsabilità penale.

In tal modo, si legittima l'applicazione, anche in via provvisoria, di misure restrittive «anche nei confronti di minori infraquattordicenni e persino di fanciulli molto giovani senza previsione di alcun limite minimo di età»<sup>26</sup>.

*Rebus sic stantibus*, il doppio binario delineato dall'art. 37 d.P.R. n. 448/1988 ha, di fatto, tradito gli obiettivi originari della giustizia minorile, finendo per consolidare un sistema incompatibile con i valori, costituzionali e sovranazionali, posti a tutela dei soggetti in età evolutiva.

3. Il sistema mostra le più profonde aporie con l'introduzione delle strategie di prevenzione minorile. Si tratta di misure prescrittive che, pur in assenza di condotte penalmente rilevanti, incidono sulla libertà personale o patrimoniale di soggetti ritenuti “pericolosi” per la collettività. In altre parole: misure di polizia<sup>27</sup>.

Si assiste così alla creazione di un terzo binario<sup>28</sup>, che si muove in una terra di mezzo, in cui lo Stato di diritto assume i grigiastri toni dello “Stato del sospetto” e dove il criterio della prova rigorosa cede il passo a mere presunzioni e giudizi ipotetici.

Invero, se l'art. 37 d.P.R. n. 448/1988 definisce il paradigma di pericolosità minorile funzionale ai fini dell'adozione delle misure di sicurezza, viceversa, nell'ambito della prevenzione, manca una definizione generale di riferimento<sup>29</sup>.

---

gennaio 2020, il giudice è tenuto a garantire la realizzazione del pieno contraddittorio, assicurando al minore, ancorché infraquattordicenne e come tale non imputabile, la più ampia partecipazione al processo, al fine di scongiurare qualsiasi effetto pregiudizievole derivante dal suo coinvolgimento in un procedimento penale, ivi compresa, al di là della irrogazione della sanzione penale, l'applicazione di una misura di sicurezza o la mera annotazione della sentenza di proscioglimento sul certificato del casellario penale. *Contra*, Cass. pen., sez. V, n. 3029 del 27/11/2019; Cass. pen., sez. I, n. 16118 del 14/02/2019. In questi casi, si è affermata l'inammissibilità, per carenza d'interesse, del ricorso per cassazione avverso la sentenza di non luogo a procedere per difetto di imputabilità proposto dall'esercente la potestà genitoriale nell'interesse di minore infra-quattordicenne per erronea applicazione della legge e vizio di motivazione in ordine all'omesso proscioglimento nel merito. Sul punto, la Corte di cassazione, con Ord., Sez. II, 12 aprile 2022, n. 13993, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite.

<sup>25</sup> Le condanne erranee di minori infraquattordicenni sono per giurisprudenza consolidata considerate inesistenti. Diversamente, non sono state considerate tali le sentenze applicate dal giudice ordinario nei confronti di imputati che, invece, avrebbero dovuto essere sottoposti alla giurisdizione minorile. In argomento, si v. Corte cost., 13 gennaio 2022, n. 2, con cui la Corte ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 670 del codice di procedura penale in riferimento agli artt. 3, 13, 10, 25, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 5, paragrafi 1, lettera a), e 4, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), «nella parte in cui non consente al giudice dell'esecuzione di rilevare la nullità della sentenza di merito passata in giudicato derivante dalla violazione della competenza funzionale del Tribunale per i Minorenni». In argomento, cfr. M. CAIANIELLO – E. AL MUREDEN, *In nome di una ingiustizia non (ancora) riparata*, in *Sist. pen. web*, 26 aprile 2022; nonché CENTORAME, *Declaratoria di nullità processuali e questioni sul titolo esecutivo: il veto della Consulta*, in *www.sistemapenale.it*, 9 febbraio 2022.

<sup>26</sup> Cfr. Corte cost., 24 aprile 2009, n. 117.

<sup>27</sup> F. CARRARA, *Sul nuovo progetto (1867) del Codice penale italiano*, in *Opuscoli di diritto penale*, 3<sup>a</sup>, Prato 1878, II, 336 ss.

<sup>28</sup> Cfr. A. MANNA, *I rapporti tra misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Arch. pen.*, 2021, 1, 2, secondo cui nella terra del terzo binario “transitano” treni super-veloci, molto più veloci rispetto agli altri due, perché evidentemente non c'è da accertare un reato, basta un sospetto.

<sup>29</sup> F. BASILE, *Esiste una nozione ontologicamente unitaria di pericolosità sociale? spunti di riflessione, con particolare riguardo alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1° giugno 2018, 644.

L'assenza di un perimetro ben circoscritto, la vaghezza ontologica del concetto e la sua carica evocativa implicano un utilizzo disinvolto e talvolta strumentale delle misure preventive<sup>30</sup>.

Emblematico è il recente Decreto Caivano che, estendendo ai minori alcune misure di prevenzione già previste per gli adulti, ha tralasciato la riflessione circa la tipizzazione di una nozione di pericolosità sociale specificamente calibrata sull'età evolutiva.

A tal riguardo, l'art. 1 Cod. antimafia<sup>31</sup> – ridefinito dopo la vicenda De Tommaso e le sentenze della Corte costituzionale nn. 24 e 25 del 2019 – individua due categorie di pericolosità generica<sup>32</sup>: quella di cui alla lett. b), relativa a «*coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose*»; e quella di cui alla lett. c), riferita a «*coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, comprese le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2, nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica*».

Stando così le cose, l'art. 1 Cod. Antimafia non può costituire un riferimento normativo appropriato per il sottosistema minorile. Le condotte, gli indicatori economici e gli stili di vita sui quali si fonda risultano costruiti su modelli adulti e non tengono conto della complessità delle dinamiche familiari, sociali e individuali che caratterizzano il comportamento degli adolescenti.

Da qui un'applicazione inevitabilmente indeterminata e diseguale, poiché spesso fondata su un simbolismo repressivo che compromette il principio cardine del diritto minorile secondo cui l'educazione e il recupero sono prioritari e il contatto del minore con il sistema penale deve configurarsi come *extrema ratio*. Tali coordinate ermeneutiche dovrebbero orientare non solo il processo penale e l'irrogazione della pena “in senso stretto”, ma anche l'operatività dei surrogati funzionali costruiti secondo le logiche della sicurezza e della prevenzione.

Per comprendere la portata regressiva di questa tendenza, è utile richiamare due riferimenti normativi del passato. Questi evidenziano come il nostro ordinamento, anziché evolversi verso una maggiore tutela dei diritti, stia progressivamente retrocedendo.

Un primo riferimento è offerto dal Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza del 1931 (TULPS), il cui Capo IV disciplinava i “Provvedimenti relativi ai minori di anni 18”. In particolare, l'art. 177 T.U.L.P.S. stabiliva che un minore ozioso, vagabondo, mendicante o dedito alla prostituzione dovesse essere denunciato dal questore al presidente del tribunale, che poteva disporre l'affidamento al “padre, ascendente o tutore” con l'obbligo di vigilanza, pena sanzioni economiche. Se i genitori fossero risultati inadempienti, la potestà genitoriale sarebbe stata a rischio.

Colpisce, in questo contesto, il riferimento esclusivo alla figura del “padre”, espressione tipica di un impianto normativo patriarcale e fascista. Eppure, tracce di una simile impostazione sono rinvenibili ancora oggi, in normative vigenti e di recente riformulazione.

---

<sup>30</sup> F. BASILE, *op. ult. cit.*, 645.

<sup>31</sup> D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159. *Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136.*

<sup>32</sup> Sul tema si rinvia a F. BASILE, E. ZUFFADA, *La “valutazione autonoma” della pericolosità nel sistema delle misure di prevenzione*, in *Sist. pen.*, 11 novembre 2024; A. MANNA, *I rapporti tra misure di prevenzione e misure di sicurezza*, *cit.*, 5.

L'art. 178 del medesimo T.U.L.P.S. prevedeva che i minori privi di un contesto familiare adeguato fossero affidati a famiglie oneste o a istituti di correzione, con obbligo di contribuzione economica da parte dei genitori.

Una siffatta impostazione, repressiva e paternalistica, trovava ulteriore conferma nel R.D.L. n. 1404/1934, di recente modificato dalla L. 70 del 2024.

Infatti, l'art. 25, nella sua versione originale, disponeva l'internamento in riformatorio per corrigendi per i minori che, «per abitudini contratte», davano «manifeste prove di traviamiento» o che apparivano «bisognevole di correzione morale»; in alternativa, si poneva l'affidamento a persone o istituti di assistenza sociale che si dichiarano disposti a provvedere all'educazione o all'assistenza dei minori. Ciò significava che un minore poteva essere privato della libertà personale senza aver commesso alcun fatto penalmente rilevante, ma solo sulla base di un giudizio arbitrario sulla sua condotta o moralità.

Inoltre, il riformatorio poteva essere disposto anche nei confronti del minore prosciolto per non imputabilità, o nei casi di perdono giudiziale o sospensione condizionale della pena<sup>33</sup>.

Tale sistema è stato ben presto strumentalizzato per logiche estranee alla “prevenzione”, contribuendo direttamente alla risposta punitiva statale, soprattutto nei confronti dei minori non imputabili e non pericolosi, per i quali non era possibile disporre un provvedimento sostanzialmente affittivo<sup>34</sup>.

Con l'entrata in vigore della Costituzione, quest'impianto ha cominciato a incrinarsi. Nel 1956, il legislatore ha modificato l'art. 25 R.D.L. 1404/1934, introducendo l'affidamento ai servizi sociali o il collocamento in case di rieducazione per i minori che davano «manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere».

Il passaggio terminologico da «traviamiento» a «irregolarità della condotta» ha segnato un primo, timido passo verso il superamento di una visione moralistica e stigmatizzante.

---

<sup>33</sup> Sul punto, G. MARTIELLO, *La recente ed inedita implementazione del sistema di prevenzione minorile*, in *disCrimen*, 16 dicembre 2024, 6, pone in evidenza «la svolta in senso “scientista” dell'approccio alla questione minorile intrapresa dal r.d.l. n. 1404/1934, e testimoniata, in specie, dall'introduzione di una sorta di “osservazione scientifica” dei minori in attesa di un provvedimento giudiziario operata dal «Centro di osservazione per minorenni», il quale avrebbe dovuto «fare l'esame scientifico del minore, stabilirne la vera personalità, e segnalare i mezzi più idonei per assicurarne il ricupero alla vita sociale», mentre, da parte propria, l'autorità giudiziaria avrebbe dovuto condurre «speciali ricerche [...] rivolte ad accertare i precedenti personali e familiari dell'imputato, sotto l'aspetto fisico, psichico, morale e ambientale», che si sarebbero potute svolgere anche «senza alcuna formalità di procedura» ove si fosse trattato di «determinare la personalità del minore e le cause della sua irregolare condotta» (v. spec. gli artt. 1, 8 e 11 r.d.l. n. 1404/1934). E tanto è che la durata della misura custodiale non era predeterminata dalla legge tra un minimo ed un massimo, salvo il limite del raggiungimento della maggiore età, bensì rimessa alla valutazione periodica del Tribunale, che ne avrebbe dovuto dichiarare la cessazione solo nel momento in cui i giudici avessero ritenuto il minore “non [...] più bisognoso di correzione” (artt. 28 e 29 r.d.l. n. 1404/1934)».

<sup>34</sup> Cfr. G. MARTIELLO, *ibidem*, pone in risalto come la “rieducazione” fosse intesa secondo la cultura correzionalista del tempo, e cioè prevalentemente in chiave segregativo-neutralizzante. E invero l'A. richiama la disciplina contenuta nel r.d. 4.4.1939, in cui emergeva come il processo rieducativo iniziasse, sì, con «l'accertamento della personalità del minore», ma poi si «attua[va] con le cure fisiche, con la saggia disciplina, con la scuola, con la religione, col lavoro, con la partecipazione alle organizzazioni giovanili del Regime [...]» (art. 5), nell'intento di fornire al minore una «educazione morale, religiosa, scolastica, tecnica e artistica, [nonché] l'educazione politica», tale da formarne «la coscienza fascista al lume dell'ideale della patria e della sua grandezza imperiale» (art. 7): completata formazione, questa, che segnava l'unico limite di durata della misura, oltre a quello della maggiore età (art. 10).

Inoltre, con la sentenza n. 287 del 1987, la Corte costituzionale ha affermato come simili misure dovessero essere slegate da logiche punitive e di prevenzione criminale, orientandosi alla tutela del minore e del suo effettivo recupero sociale<sup>35</sup>.

In buona sostanza, pur nella sua indeterminatezza, l'art. 25 doveva essere interpretato come strumento per affrontare situazioni di disagio, e non per reprimerle anticipatamente. Tuttavia, le più recenti politiche di contrasto al disagio giovanile sembrano muoversi in direzione opposta, giacché il legislatore, nell'ottica emergenziale e securitaria, ha esteso alcune misure di prevenzione pensate per adulti.

In questo scenario si collocano: da un lato, il Decreto Caivano, che rafforza l'apparato restrittivo nei confronti dei minori, trascurando completamente gli aspetti socioeducativi; dall'altro, il rimaneggiamento delle "misure rieducative" di cui agli artt. 25 ss. del citato R.D.L. n. 1404/1934.

Tali riforme devono essere lette con una visione d'insieme, poiché sono sintomatiche di una preoccupante tendenza, che riporta il sistema a logiche del passato. Il minore torna ad essere percepito, prima di tutto, come una minaccia da neutralizzare, piuttosto che come un soggetto da proteggere e accompagnare nel percorso di crescita.

### 3.1. *L'incursione simbolica del Decreto Caivano.*

Le modifiche introdotte dal Decreto Caivano<sup>36</sup> si inseriscono nel solco della legislazione penale emergenziale, sempre più orientata a normalizzare forme di sorveglianza sociale anche nei confronti dei minori<sup>37</sup>.

Si pensi al Capo II della normativa, che è dedicato alle «*Disposizioni in materia di sicurezza e di prevenzione della criminalità minorile*». Già la rubrica conferma la persistente commistione tra categorie dogmatiche eterogenee, che, soprattutto nell'ambito minorile, avrebbero richiesto autonoma considerazione<sup>38</sup>.

Il metodo seguito è quello dell'estensione ai minori di strumenti già afflittivi per gli adulti. L'obiettivo dichiarato è il contrasto alla devianza giovanile, ma l'analisi della riforma solleva

---

<sup>35</sup> In questi termini, F. GIACCHI, *Il "Decreto Caivano": le misure di prevenzione per il minorenne "pericoloso"*, in *Federalismi.it*, 21 febbraio 2024, 97.

<sup>36</sup> Per una lettura sistematica della Riforma, si rinvia a S. BERNARDI, *Convertito in legge il d.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in *Sist. pen.*, 15 novembre 2023; A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, in *penaledp.it*, 9 febbraio 2024; L. BARTOLI, *Il processo al minore nel decreto "Caivano"*, in *lalegislazionepenale.eu*, 21 maggio 2024; G. PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1554 ss.; P. GRILLO, *Il "decreto Caivano" diventa legge: parecchie le modifiche apportate in sede di conversione*, in *dirittoegiustizia.it*, 15 novembre 2023; A. MASSARO, *La risposta "punitiva" a disagio giovanile, povertà educativa e criminalità minorile: profili penalistici del c.d. decreto Caivano*, in *Proc. pen. e giust.*, 2024, n. 2, 488; G. MARTIELLO, *Gli interventi del c.d. «decreto Caivano» sul diritto penale minorile, tra salvaguardia della società dal minore delinquente e tutela del fanciullo dalla società indifferente*, in *lalegislazionepenale.eu*, 12 febbraio 2024; G. MASTRANGELO, *Il D.L. 15 settembre 2023, n. 123 e la rinnovata estensione delle misure di prevenzione, anche tipiche, ai minorenni, tra amministrazione e giurisdizione*, in *Cass. pen.*, 2, 1° febbraio 2024, 422; F. TRIBISONNA, *Interventi in materia processuale penale: da Caivano alla deriva dei principi sul "giusto processo minorile" il passo è breve*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2023, pp. 1568 ss.

<sup>37</sup> Per il concetto di sorveglianza normalizzatrice, si rinvia a M. FOUCAULT, *Alternative alla prigione*, Vicenza 2022, 6 ss.

<sup>38</sup> Così G. PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del cd. decreto "Caivano"*, in *Dir. Pen. proc.*, 2023, 1555.

molteplici dubbi, tanto sul piano dell'efficacia, quanto su quello della compatibilità con i principi costituzionali posti a presidio della gioventù.

Emblematico, in tal senso, è l'art. 3 del Decreto Caivano che, intervenendo nell'ordito del Decreto Minniti<sup>39</sup>, ha esteso agli infraquattordicenni il Da.Cur. (impropriamente definito "Daspo urbano")<sup>40</sup>. Si tratta di una misura che limita la libertà di circolazione, vietando al destinatario l'accesso a determinate aree considerate sensibili per motivi di sicurezza pubblica<sup>41</sup>.

Si è scelto così di estendere, ai minori di almeno quattordici anni, sia l'ordine di allontanamento che il divieto di accesso.

Inoltre, con specifico riguardo alle misure di contrasto dello spaccio di sostanze stupefacenti o psicotrope, si è ampliata la possibilità di disporre il divieto di accesso e avvicinamento a locali pubblici, scuole e sedi universitarie, per uno qualsiasi dei reati elencati nell'art. 73 del d.P.R. n. 309/1990 e non più solo in relazione alle condotte di vendita o cessione.

Un'ulteriore modifica concerne il divieto di cui all'art. 13-*bis* del D.L. n. 14/2017 (meglio noto come "Daspo Willy"), che consente al Questore di disporre il divieto di accesso a specifici esercizi pubblici o locali di pubblico trattenimento, qualora un minore, in un arco temporale di tre anni, venga condannato o anche solo denunciato (!) per reati connessi a gravi disordini o ad altre fattispecie previste (come il reato di cui all'art. 4 della legge n. 110/1975 o i reati di violenza, minaccia e resistenza a pubblico ufficiale)<sup>42</sup>.

La seconda misura di prevenzione estesa anche ai minori attiene al Foglio di Via obbligatorio di cui all'art. 2 del D.L. n. 123/2023<sup>43</sup>. Con detta disposizione, il questore può imporre a un soggetto ritenuto pericoloso di lasciare un determinato comune e di non farvi ritorno per un periodo compreso tra sei mesi e quattro anni.

L'ampliamento solleva dubbi non solo sulla sua efficacia nel contrastare la devianza, ma anche sulla sua compatibilità con il diritto del minore alla continuità educativa e relazionale. Allontanare un giovane dal suo contesto sociale e familiare, senza un adeguato supporto, potrebbe alimentare un senso di emarginazione e favorire, paradossalmente, percorsi di devianza più radicali.

---

<sup>39</sup> **D.L. 20 febbraio 2017, n. 14, conv. con modif. in L. 18 aprile 2017, n. 48** e recante "*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza delle città*".

<sup>40</sup> Detta misura trovava un antecedente nel "Da.spo. sportivo" previsto dalla Legge 13 dicembre 1989, n. 401, già esteso ai minori con la L. 4 aprile 2007, n. 41. In particolare, il D.L. 8 febbraio 2007, n. 8, conv. con mod. in L. 4 aprile 2007, n. 41, ha disposto l'introduzione del comma 1-*bis* all'art. 6, prevedendo espressamente che il divieto di cui al comma 1 può essere disposto anche nei confronti di soggetti minori di diciotto anni che abbiano compiuto il quattordicesimo anno di età. Il provvedimento è notificato a coloro che esercitano la potestà genitoriale. In particolare, il c.d. Da.spo. consiste nel divieto imposto dal Questore di accedere ai luoghi in cui si svolgono manifestazioni sportive specificamente individuate ovvero ai luoghi, sempre indicati, che risultino interessati alla sosta, al transito o al trasporto di coloro che partecipano o assistono alle medesime manifestazioni, oltre che l'eventuale obbligo di presentarsi all'Autorità di P.S. durante lo svolgimento di tali manifestazioni.

<sup>41</sup> Si v. M.F. ERRICO, *Per "fare" una città ci vuole un albero? Note in tema di città e verde urbano*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.4, 1° agosto 2024, 301 ss.

<sup>42</sup> Per un approfondimento si rinvia a F. GIACCHI, *Il "Decreto Caivano": le misure di prevenzione per il minorenne "pericoloso"*, cit., 100 ss.; G. PANEBIANCO, *Sicurezza, criminalità minorile e urgenza a fronte del c.d. decreto "Caivano"*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1554 ss.

<sup>43</sup> La misura è stata per lo più utilizzata per contrastare il fenomeno della prostituzione. A tal riguardo, osserva A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Arch. pen.*, 2018, 3, 5, come sul Foglio di Via obbligatorio abbia giustamente ironizzato il grande cantautore, purtroppo scomparso, del calibro di Fabrizio De André, con la famosa canzone "Bocca di rosa".

Analoga questione si riscontra nell'avviso orale, previsto dall'art. 3 del Codice Antimafia e anch'essa "copiato e incollato" per gli ultraquattordicenni, senza alcun adattamento sostanziale. Si tratta di un'esortazione formale da parte del questore al soggetto, richiamandolo a tenere una condotta conforme alla legge. Tuttavia, i presupposti per l'adozione della misura restano generici e indeterminati, ancorati a presunzioni di pericolosità che si prestano ad applicazioni discrezionali e arbitrarie.

Sorge inoltre un dubbio di efficacia: è realistico ritenere che un mero ammonimento di polizia possa sortire effetti educativi su un adolescente cresciuto in un contesto di grave disagio familiare e sociale? Più che offrire un percorso di recupero, la strategia rischia di aggravare il problema della stigmatizzazione.

Il *punctum dolens*, però, riguarda l'ammonimento.

Nel video di presentazione del cd. D.L. Caivano del 7 settembre 2023, il Ministro della Giustizia Nordio ha dichiarato: «*colgo l'occasione per specificare che non si è minimamente intervenuti sulla imputabilità del minore. Avevamo letto degli articoli che dicevano che la responsabilità penale, che oggi trova il limite nei quattordici anni di età, sarebbe stata abbassata a dodici. Tutto questo sarebbe stato contrario alla razionalità, all'etica e anche all'utilità e non è stato fatto. Sono stati, invece, previsti dei criteri preventivi di ammonimento che nulla hanno a che vedere con la repressione penale e l'irrogazione di una pena*»<sup>44</sup>.

Difatti, il legislatore ha ampliato l'operatività dell'ammonimento anche ai minori infraquattordicenni, articolando la disciplina in due fasce d'età.

Per i minori di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, la misura è limitata ad alcuni reati (percosse, lesioni, minacce, violenza privata, danneggiamento); per quelli tra i dodici e i quattordici anni, invece, può essere applicata per qualsiasi reato la cui pena edittale massima superi i cinque anni.

Stando così le cose, si è giustamente osservato come il raggio d'azione sia più ampio per i minori non imputabili, palesando così la *voluntas legis* di "intimidire" proprio chi, per età e scelta politica, non può essere assoggettato a pena.

L'ammonimento assume così i tratti di una controfigura, chiamata a operare in via suppletiva rispetto alla sanzione penale.

D'altronde, tra i presupposti compare l'ambiguo riferimento al "fatto commesso"; ma, nella maggior parte dei casi, un procedimento penale non è nemmeno iniziato, e l'affermazione del "fatto" si riduce a una valutazione puramente soggettiva dell'autorità di pubblica sicurezza. Così facendo, il confine tra sospetto di polizia e accertamento giudiziale diviene pericolosamente labile, con effetti problematici in termini di legittimità costituzionale<sup>45</sup>.

La criticità si annida nella negazione implicita della categoria della (non) imputabilità. Quest'ultima si fonda sul riconoscimento giuridico dell'incapacità, nei soggetti infraquattordicenni, di comprendere pienamente il significato delle proprie azioni e, di conseguenza, valutare le conseguenze delle proprie condotte.

---

<sup>44</sup> Il video di presentazione del Ministro Nordio può essere visualizzato al seguente *link*: <https://stream24.ilssole24ore.com/video/italia/ministro-nordio-non-si-e-intervenuto-eta-imputabilita-minore/AF9LVDm>

<sup>45</sup> La riflessione è di A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit., 9.

Estendere l'ammonimento agli infraquattordicenni significa, di fatto, disconoscere questo fondamento, poiché, pur trattandosi di un provvedimento formalmente amministrativo, esso può risultare fortemente repressivo e stigmatizzante.

Il rischio, allora, è quello di adottare strumenti più dannosi che utili. Il Decreto Caivano, infatti, si allontana dalla prospettiva che guarda al minore come soggetto in formazione, le cui condotte devianti sono spesso espressione di fragilità personali, ambientali e familiari, e non di una deliberata volontà trasgressiva. Trattare questi comportamenti con strumenti afflittivi, scollegati da percorsi educativi mirati, equivale sostanzialmente a punire l'immaturità.

4. La Legge n. 70/2024<sup>46</sup>, rappresenta l'ultimo tentativo di contrasto al disagio giovanile, con particolare riferimento ai fenomeni del bullismo e del cyberbullismo<sup>47</sup>.

Al di là delle modifiche apportate alla Legge "Ferrara" n. 71/2017, di particolare rilievo risultano quelle introdotte dall'art. 2 al R.D.L. n. 1404/1934, con l'obiettivo di ridefinire il sistema delle "misure rieducative" per i minori.

Si tratta di strumenti di natura amministrativa, ma comunque ricadenti nelle competenze del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie<sup>48</sup>, e che si differenziano nettamente dalle misure di prevenzione già analizzate, in quanto non fondate su una valutazione (seppur astratta) di *pericolosità*, bensì di *personalità* del minore, condotta in chiave psicologica, biologica e sociologica<sup>49</sup>.

Il sistema novellato, di cui agli artt. 25 ss., si articola come segue.

---

<sup>46</sup> Legge 17 maggio 2024 n. 70, recante "Disposizioni e delega al Governo in materia di prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo". Per un commento si rinvia a L. MANTOVANI, *Le nuove strategie di prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo, nonché le modifiche alle misure rieducative e ai provvedimenti amministrativi di competenza del giudice minorile contenute nella L. 17 maggio 2024, n. 70*, in *Cass. pen.*, 1, 1° gennaio 2025, 257.

<sup>47</sup> Volendo passare brevemente in rassegna le modifiche della L. 17 maggio 2024, n. 70. La novella consta di 6 articoli e va a toccare vari ambiti, esordendo – all'art. 1 – proprio con una serie di modifiche alla l. n. 71/2017 il cui perimetro applicativo è stato esteso, dalla prevenzione e contrasto del solo cyberbullismo, alla prevenzione e contrasto del bullismo. L'art. 2 modifica le misure rieducative di cui all'art. 25, r.d. n. 1404/1934. L'art. 3, l. n. 70 del 2024 prevede poi una delega al Governo per l'adozione di disposizioni in materia di prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo; l'art. 4 istituisce la Giornata del rispetto, quale momento di approfondimento e sensibilizzazione sulle tematiche del rispetto degli altri e del contrasto di ogni forma di discriminazione; l'art. 5 statuisce l'aggiornamento del Regolamento recante lo Statuto delle studentesse e degli studenti della scuola secondaria (di cui al d.p.r. 24 giugno 1998, n. 249), al fine di assicurare (anche attraverso l'integrazione del Patto educativo di corresponsabilità) l'impegno della scuola ad implementare le condizioni per assicurare l'emersione di episodi di bullismo e cyberbullismo, di situazioni di uso o abuso di alcool o di sostanze stupefacenti e di forme di dipendenza. La nuova legge si chiude – all'art. 6 – con la clausola di invarianza finanziaria. Si rinvia a F. ZANOVELLO, *Prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo. Tra novità e criticità della l. n. 70/24*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n. 4, 1° luglio 2024, 826.

<sup>48</sup> L. MANTOVANI, *Le nuove strategie di prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo, nonché le modifiche alle misure rieducative e ai provvedimenti amministrativi di competenza del giudice minorile contenute nella L. 17 maggio 2024, n. 70*, cit., 254. La competenza a decidere sull'applicabilità delle misure amministrative è attribuita, alla luce di quanto prevede l'art. 50.5, comma 2, r.d.l. 30 gennaio 1941, n. 12, così come introdotto dall'art. 30 d.lgs. n. 149/2022, alla sezione distrettuale del Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie, che, in forza di quanto dispone l'art. 50.4, comma 2, r.d. n. 12/1941, giudica in composizione collegiale mista, con un collegio costituito da due magistrati togati e due giudici onorari esperti.

<sup>49</sup> Con riguardo alla formulazione *ante* riforma dell'art. 25 r.d.l. n. 1404/1934, P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1977, 648, affermava come la situazione soggettiva descritta con le parole «irregolarità della condotta e del carattere» ha precisi riscontri negli studi sull'evoluzione della personalità del minorenne e identifica indubbiamente una fattispecie di pericolosità. Evidentemente, ci si riferisce, per il giudizio, ad uno schema di evoluzione e di adattamento sociale considerato normale; ma questa normalità non rappresenta un a priori, bensì un dato naturalistico e di esperienza, nel senso che certe deviazioni comportamentali e caratterologiche sono un indice di personalità abnormi sotto il riflesso biologico e sociale.

Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie, una volta acquisita la notizia che un minore di età inferiore ai diciotto anni manifesta «*prove di irregolarità della condotta o del carattere ovvero tiene condotte aggressive, anche in gruppo, anche per via telematica, nei confronti di persone, animali o cose ovvero lesive della dignità altrui*», può promuovere alternativamente un percorso di mediazione o richiedere l'attivazione di un "progetto di intervento educativo" con finalità rieducativa e riparativa. Quest'ultimo può includere attività di volontariato sociale, laboratori teatrali, esperienze di scrittura creativa, percorsi musicali, nonché attività sportive e artistiche, coinvolgendo possibilmente anche la famiglia del minore.

La norma, inoltre, prevede un monitoraggio costante del percorso intrapreso dal minore attraverso relazioni periodiche dei servizi sociali, consentendo al Tribunale di dichiarare concluso il procedimento, optare per la prosecuzione del progetto, modificarne le condizioni, disporre l'affidamento temporaneo del minore ai servizi sociali ovvero, nei casi più gravi, il collocamento in una comunità educativa.

L'art. 26 amplia ulteriormente il campo di applicazione di tali misure, stabilendo che esse possano essere adottate anche in pendenza di un procedimento penale, persino qualora non sussistano i presupposti per una misura cautelare detentiva, e finanche nei confronti di minori prosciolti per incapacità di intendere e di volere, purché non sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva<sup>50</sup>.

Si conferma, in tal modo, una tendenza a piegare le misure di prevenzione a un'impropria funzione cautelare, con effetti incisivi sulle libertà personali in assenza di una condanna e sulla base di valutazioni prognostiche e incerte sulla futura devianza.

Inoltre, nel caso in cui venga disposto l'affidamento temporaneo del minore ai servizi sociali, si redige un verbale contenente specifiche prescrizioni a carico del minore, incluso – se necessario – l'allontanamento dalla residenza familiare, ancora definita come "casa paterna". In tale ipotesi, deve essere indicato il luogo in cui il minore deve vivere e la persona o l'ente che si prende cura del suo mantenimento e della sua educazione.

Il controllo del rispetto delle prescrizioni è affidato all'Ufficio dei servizi sociali minorili, con il compito di supportare il minore nella reintegrazione sociale e di favorire la sua interazione con la famiglia e gli altri ambienti di riferimento.

Il Tribunale, sulla base delle relazioni redatte circa l'andamento del percorso educativo, può confermare, modificare o revocare periodicamente le misure adottate. Nel caso in cui queste non sortiscano gli effetti auspicati, si è prevista la possibilità di collocare il minore in comunità.

La normativa così descritta impone una riflessione critica, che si muove su più livelli.

A) *Questioni terminologiche e di genere (queste sconosciute).*

---

<sup>50</sup> In particolare, l'art. 26 r.d.l. n. 1404/1934 dispone che: Le misure prevedute dall'art. 25 possono essere promosse dal pubblico ministero, se è in corso un procedimento penale a carico del minore, quando costui non può essere o non è assoggettato a detenzione preventiva e se il minore è stato prosciolto per difetto di capacità di intendere e di volere, senza che sia stata applicata una misura di sicurezza detentiva. Quando è stato concesso il perdono giudiziale o la sospensione condizionale della pena, il tribunale deve esaminare se al minore sia necessaria una delle misure previste dall'art. 25. La misura di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'articolo 25 o la misura di cui al numero 3) del comma 4 del medesimo articolo 25, può altresì essere disposta quando il minore si trovi nella condizione prevista dall'art. 333 del Codice civile.

In primo luogo, la scelta lessicale di richiamare concetti come rieducazione, riadattamento e reinserimento rappresenta un passo indietro.

Questa proliferazione di prefissi “ri” e “re” dimostrano la totale disattenzione al fatto che un minore non può essere rieducato, risocializzato, reinserito, giacché non ha affatto terminato il proprio sviluppo psico-fisico e di costruzione della personalità.

A tal proposito, appare utile ricordare come, viceversa, l’art. 1, co. 2, del d.lgs. 121/2018, nel disciplinare le finalità dell’esecuzione penale minorile, aveva utilizzato formule come educazione, inserimento, socializzazione<sup>51</sup>.

La L. 70/2024 segna, dunque, un’inversione di marcia sul versante delle scelte terminologiche nelle norme destinate ai minori. Una tendenza regressiva che si pone in coerenza con lo spirito che anima le recenti opzioni di politica criminale e giudiziaria nel settore della criminalità minorile<sup>52</sup>.

Inoltre, nell’art. 27 R.D.L. n. 1404/1934, seppur recentemente rimaneggiato, permangono locuzioni desuete come quello di “casa paterna”, confermando la scarsa attenzione rispetto alla necessità di adottare un linguaggio più inclusivo e rappresentativo della realtà sociale attuale.

#### B) *L’insostenibile indeterminatezza della devianza.*

La problematicità non attiene alla sola forma, ma investe la sostanza, in quanto i presupposti applicativi delle misure rieducative appaiono formulati in termini eccessivamente vaghi, tali da compromettere i principi fondamentali di legalità, prevedibilità e determinatezza dell’intervento pubblico sul minore.

I riferimenti alle «manifeste prove di irregolarità della condotta o del carattere» o alle «condotte aggressive, anche in gruppo, anche per via telematica, nei confronti di persone, animali o cose ovvero lesive della dignità altrui» lasciano indiscriminato potere di scelta agli operatori sul territorio, con il serio pericolo di decisioni arbitrarie e di un’applicazione selettiva e sperequata delle misure.

Non essendo tipizzate le condotte né le misure adottabili, due minori che abbiano tenuto comportamenti simili potrebbero ricevere trattamenti molto diversi in base alla discrezionalità del Tribunale o dei servizi sociali.

Il problema è che non si comprende nemmeno se tali condotte debbano integrare gli estremi di fatti penalmente rilevanti<sup>53</sup>, ovvero siano sufficienti comportamenti meramente sconvenienti o riprovevoli.

---

<sup>51</sup> L’art. 1, co. 2, d.lgs. 121 del 2018 recita: *L’esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità deve favorire i programmi di giustizia riparativa di cui al titolo IV del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150. Tende altresì a favorire la responsabilizzazione, l’educazione e il pieno sviluppo psico-fisico del minorenne, la preparazione alla vita libera, l’inclusione sociale e a prevenire la commissione di ulteriori reati, anche mediante il ricorso ai percorsi di istruzione, di formazione professionale, di istruzione e formazione professionale, di educazione alla cittadinanza attiva e responsabile, e ad attività di utilità sociale, culturali, sportive e di tempo libero.*

<sup>52</sup> Per una parabola della giustizia minorile recente letta da un occhio “interno” al sistema giudiziario, si consiglia M. BOUCHARD, *La giustizia minorile italiana per i minorenni salva i bambini e, in caso positivo, come li salva?*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, fasc. 2, dicembre 2023.

<sup>53</sup> G. MARTIELLO, *La recente ed inedita implementazione del sistema di prevenzione minorile*, cit., 16, afferma come le condotte inserite dalla novella nell’art. 25 r.d.l. n. 1404/1934, evidentemente ritenute dal legislatore idonee ad esprimere la necessità di un intervento rieducativo preventivo sul minore, il più delle volte costituiranno ancor prima reato. Ed invero, da tempo la dottrina segnala l’inutilità di un futuribile “delitto di bullismo” proprio perché la più parte delle pur varieguate condotte bullizzanti riveste già de iure condito rilievo penale nelle possibili forme, ad esempio, delle percosse, delle lesioni personali, della violenza privata, del sequestro di persona, della minaccia, della violenza sessuale, del furto,

Nel primo caso, vi sarebbe un serio problema in punto di tenuta della legalità, in quanto si fatto si **anticipa la sanzione** rispetto alla soglia del penalmente rilevante, creando un sistema di giustizia parallelo, ma che non garantisce le stesse garanzie del processo penale. Si pensi alla contrazione della prevedibilità, giacché il minore non è posto nella condizione di sapere esattamente quali comportamenti possono portare all'adozione di tali misure<sup>54</sup>.

Nel secondo caso, invece, non si comprende quali possano essere gli effetti favorevoli delle misure rieducative. L'assenza di determinatezza/prevedibilità/precisione porta alla deriva – che riteniamo assolutamente intenzionale – di poter adottare tali strumenti sulla base di una mera valutazione della personalità del minore e dei suoi comportamenti, a prescindere dal compimento di azioni concrete<sup>55</sup>. Ma così facendo, il sistema finisce per assolvere a una funzione di disciplinamento sociale, più che di tutela educativa.

### C) *Un procedimento privo di forme e di sostanza.*

Pur qualificandosi formalmente come misure amministrative, gli interventi previsti dalla Legge n. 70/2024 incidono in maniera significativa sulla libertà personale e familiare del minore, comportando, nei casi più gravi, l'allontanamento dalla propria abitazione e il collocamento in comunità.

Tuttavia, il procedimento previsto per la loro applicazione risulta completamente privo di forme legali e non offre un adeguato sistema di garanzie procedurali<sup>56</sup>.

*In primis*, il legislatore pone al Procuratore della Repubblica un'alternativa tra il percorso di mediazione o lo svolgimento di un progetto di intervento educativo, senza, tuttavia, chiarire i criteri in base ai quali si possa/debba optare per l'uno o l'altro percorso. Nello specifico, l'art. 25 stabilisce che una tale scelta consegua alla “verifica delle condizioni”. Verrebbe da chiedersi quali siano queste condizioni, visto che non sono affatto sancite a livello normativo, ma evidentemente lasciate alla “bontà” del singolo operatore.

Nel caso in cui si scelga la strada dell'intervento educativo, il provvedimento da adottare segue le forme del “decreto motivato”. Il *focus* appare sbilanciato sulle possibili attività da prescrivere, mentre nessuno spazio è dedicato né a criteri di gradualità, né al contenuto legale della motivazione.

---

delle molestie, dell'istigazione al suicidio, e via dicendo. L'A. afferma poi come attualmente, non solo sono presenti nel sistema misure di prevenzione espressamente applicabili *post delictum*, come del resto testimonia, tra le altre, quella prevista dall'art. 26 r.d.l. n. 1404/1934, ma è altresì noto come svariate altre, più che applicabili *ante delictum*, risultano casomai adottabili *praeter probationem delicti*, ossia a prescindere dall'accertamento, svolto nelle forme proprie del processo penale, della commissione del fatto di reato, il cui riscontro è rimesso alla fase cognitiva del procedimento di prevenzione.

<sup>54</sup> P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1977, 631 ss. secondo cui quando si tratta di applicare una misura di prevenzione, invece, i fatti da accertare sono i ‘sintomi’ di un pericolo e, come tali, essendo riferibili al caso concreto, difficilmente possono essere indicati, se non genericamente, in una norma legislativa; e la correlazione tra questi fatti e il futuribile è oggetto di un giudizio che non può essere, se non in via di discutibili presunzioni, proprio del legislatore. Il tema della certezza del diritto si pone, perciò, in quanto concerne la prevenzione, in termini assai diversi da quelli tradizionali del diritto penale. La certezza del diritto è qui certezza di premesse legislative generali, di criteri di giudizio validi per l'ordinamento giuridico, di finalità che l'ordinamento giuridico riconosce.

<sup>55</sup> Conformemente F. ZANOVELLO, *Prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo. Tra novità e criticità della l. n. 70/24*, cit., 826.

<sup>56</sup> F. ZANOVELLO, *Prevenzione e contrasto del bullismo e del cyberbullismo. Tra novità e criticità della l. n. 70/24*, cit., 830.

Questa, invece, dovrebbe ricoprire un ruolo centrale, giacché, in assenza di condotte ben determinate, dovrebbe permettere al destinatario minorenni di comprendere le ragioni sottese al provvedimento scelto.

Parimenti, non è previsto alcun mezzo di impugnazione. Trattandosi, tuttavia, di provvedimenti di natura (formalmente) amministrativa, essi possono essere impugnati con ricorso al Tar nell'ordinario termine di sessanta giorni dalla notifica del provvedimento.

*Rebus sic stantibus*, l'unica garanzia si esaurisce nel «previo ascolto del minore e dei genitori ovvero degli altri esercenti la responsabilità genitoriale»<sup>57</sup>. Una previsione che risulta però scoperta da una sanzione processuale e che finisce, dunque, per assurgere a un mero suggerimento di metodo privo di conseguenze.

#### D) *Il finalismo rieducativo delle pene dissimulate.*

Sebbene le misure rieducative siano presentate come strumenti di natura amministrativa, la loro struttura operativa e la possibilità di adottarle anche in contesti penali le avvicina pericolosamente a misure di natura afflittiva e sostanzialmente sanzionatoria.

L'inserimento in comunità, l'allontanamento dalla famiglia e la sottoposizione a prescrizioni rigide, se non accompagnati da un'effettiva progettualità educativa condivisa e da un controllo giudiziario pienamente garantito, rischiano di assumere la funzione di una pena dissimulata.

Si assiste all'innesto di un vero e proprio "quarto binario" di controllo sociale, che si muove in parallelo rispetto alle pene, alle misure di sicurezza e alle misure di prevenzione e con una *escalation* progressiva di diminuzione delle garanzie.

Per comprendere il problema, occorre calarsi per un momento nella prospettiva del minore stesso, il quale, privo di strumenti giuridici adeguati, non riesce di certo a distinguere tra una misura formalmente amministrativa in chiave (ri)educativa e una sanzione vera e propria<sup>58</sup>.

Il risultato è che la percezione che ne deriva è *sempre* quella di una punizione, che incide sul suo senso di giustizia e sulla sua costruzione identitaria, a prescindere che assuma i contorni di un "volontariato imposto" o di una reclusione vera e propria.

D'altronde, la stessa previsione di un "progetto di intervento educativo" segue la falsariga dell'art. 14 d.lgs. n. 121 del 2018<sup>59</sup>, che, tuttavia, è norma dedicata all'esecuzione di una pena, dunque previo accertamento della responsabilità penale del minore imputabile!

La commistione dei "progetti" implica il rischio di una stigmatizzazione precoce e di una selezione sociale discriminatoria, dal momento che tali misure colpiscono in misura sproporzionata i minori provenienti da contesti socioeconomici svantaggiati.

---

<sup>57</sup> Cfr. F. ZANOVELLO, *op. ult. cit.*, 830, pone in evidenza il rischio per cui il Tribunale nel definire gli obiettivi e la durata del progetto di intervento educativo finisce così per sostituirsi ai genitori nell'esercizio del loro diritto-dovere di educare i figli, pur in mancanza di un provvedimento limitativo/abdicativo della responsabilità genitoriale.

<sup>58</sup> S. MOCCIA, *Ancora e sempre contro il doppio binario*, cit., 451, secondo cui in diritto penale c'è bisogno di certezze. Questo è un dato indiscutibile per uno stato di diritto. In materia *de libertate* occorrono regole, concetti chiari, semplici, dimostrabili, accessibili. Le norme dovrebbero essere comprensibili, al punto da consentire ai consociati di avere certezze senza la mediazione del tecnico; questa è forse un'illusione illuministica, ma da tener sempre in considerazione.

<sup>59</sup> In argomento, si rinvia ad AA.VV., *La nuova disciplina penitenziaria*, a cura di M. Colamussi, Torino 2020.

Difatti, l'adozione di strumenti di controllo, anziché di politiche sociali strutturali, favorisce il processo di etichettamento precoce, che impatta negativamente sul percorso di crescita del minore, esponendolo a un rischio maggiore di recidiva e di esclusione sociale.

Del resto, il concetto stesso di (ri)educazione appare problematico se imposto in maniera coercitiva: affinché un processo educativo sia efficace, dovrebbe basarsi sull'adesione volontaria del minore, mentre l'imposizione di un percorso formativo attraverso un provvedimento giudiziario si avvicina di fatto a una sanzione mascherata, svuotando il concetto stesso del suo autentico significato<sup>60</sup> e riducendosi a una mera esecuzione di prescrizioni stabilite dall'autorità giudiziaria.

La conferma sta anche nel possibile epilogo del percorso (ri)educativo che, qualora non produca i suoi effetti desiderati, può condurre all'affidamento temporaneo del minore ai servizi sociali o addirittura al collocamento temporaneo in una comunità.

In sostanza: un provvedimento formalmente amministrativo che comporta una sostanziale privazione della libertà personale. Niente di nuovo.

Di particolare rilievo è anche la previsione secondo cui le spese del collocamento, da anticiparsi dall'erario, sono a carico dei genitori. In questa norma viene in evidenza il cortocircuito degli artt. 29, 30 e 31, da leggere in chiave sistematica con l'art. 3 Cost., che sanciscono l'intreccio tra la dimensione privatistico-familiare e quella pubblicistico-sociale a presidio del diritto all'educazione.

Nella Costituzione, l'ambiente familiare è luogo privilegiato di sviluppo del minore<sup>61</sup> e, qualora questo non si riveli tale, lo Stato deve intervenire, agevolando con misure economiche e favorendo tutti gli istituti necessari a proteggere la maternità, l'infanzia e la gioventù<sup>62</sup>.

Infine, sul versante temporale, va posto in debito risalto come la normativa non preveda alcun termine di durata massima del trattamento.

L'art. 25, co. 5, R.D.L. n. 1404/1934 si limita ad etichettare come "temporanei" gli istituti dell'affidamento ai servizi sociali e del collocamento in comunità, ma senza sancire alcun limite.

In tal senso, il successivo art. 29 dispone che la cessazione delle misure rieducative sia ordinata in ogni tempo dal Tribunale, allorché il minore appaia interamente riadattato o quando, per le sue condizioni fisiche o psichiche, nessuna misura possa considerarsi idonea alla sua rieducazione e, in ogni caso, al compimento del ventunesimo anno di età.

---

<sup>60</sup> Sul punto, cfr. J. DEWEY, *Democracy and Education*, New York 1916 (trad. it. *Democrazia e educazione*, Firenze, varie edizioni).

<sup>61</sup> C. IASEVOLI, *Diritto all'educazione e processo penale minorile*, cit., 22, mette in evidenza come, nell'art. 30 Cost., l'endiadi tra "dovere e diritto" sia capovolta. «Non è un caso, meno che mai un dittongo neutro; non lo è in virtù del rilievo che i genitori decadono dal diritto di educare e di istituire i figli, se non adempiono a tale dovere».

<sup>62</sup> *Contra*, seppur con riguardo alla versione ante riforma, P. NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, cit., 648, secondo cui il tribunale per i minorenni, nei casi di cui agli art. 25 ss. della legge, non svolge un'attività in contrapposizione a diritti soggettivi dell'individuo, ma per realizzare quella «protezione» della gioventù, che viene inquadrata tra i fini istituzionali dello Stato dall'art. 31 cost. Non vi è, quindi, un rapporto di alterità tra una pretesa pubblica e un diritto di libertà dell'individuo, ma solo l'attuazione dell'interesse stesso dell'individuo in una prospettiva assistenziale.

Ancora una volta si ricorre, dunque, alla consueta prassi della delega in bianco ai servizi sociali, con la deriva patologica paradossale per cui se il minore avesse fatto un reato, avrebbe forse ottenuto un trattamento migliore<sup>63</sup>.

E) *La (non) imputabilità ridotta a un vano simulacro.*

Le misure rieducative, in quanto provvedimenti amministrativi, possono essere destinate anche ai minori di quattordici anni.

L'art. 25, co. 5, r.d.l. n. 1404/1934 stabilisce che «*i provvedimenti previsti nel presente articolo sono deliberati in camera di consiglio, previo ascolto del minore che abbia compiuto gli anni dodici, o anche di età inferiore ove capace di discernimento, e sentiti i genitori ovvero gli altri esercenti la responsabilità genitoriale e il pubblico ministero*».

La possibilità di applicare queste misure anche ai minori di dodici anni, purché ritenuti capaci di discernimento, rappresenta un ulteriore elemento di criticità.

Il concetto normativo di discernimento – peraltro rinvenibile all'epoca del Codice Zanardelli – dovrebbe tenere necessariamente conto del sistema delineato dagli artt. 97 e 98 del Codice penale del 1930. Tra i dodici e i quattordici anni non può essere effettuata una valutazione certa della capacità di intendere e di volere, dal momento che la legge prevede una presunzione assoluta di incapacità ai fini dell'imputabilità penale.

Se un soggetto è ritenuto incapace di intendere e di volere ai fini dell'applicazione della pena, come può, invece, essere considerato capace ai fini di una misura che, nella sostanza, finisce per esserne il surrogato?

La contraddizione pone in evidenza la pericolosa tendenza a commutare le misure di prevenzione in strumenti sostitutivi della pena per i minori infra-quattordicenni, riproponendo una concezione paternalistica del diritto minorile che sembra ripercorrere modelli ormai superati della prima metà del Novecento.

##### *5. Lineamenti di uno Stato penale di diritto.*

La logica che anima l'intervento statale continua a muoversi lungo un'unica direttrice: gestire il disagio sociale attraverso il diritto penale<sup>64</sup>.

---

<sup>63</sup> In argomento, S. MOCCIA, *Da Kant al binario unico*, cit., 536. «Un piccolo esempio criminologico. Nel lavorare con una meritoria associazione Stop Opg, che si è battuta per la chiusura degli ospedali psichiatrici giudiziari — dei veri e propri *lager*, come è noto — trovai a Barcellona Pozzo di Gotto un soggetto interessante, vivace, che era lì da una quindicina d'anni e, essendo entrato un po' in confidenza con lui, mi venne da chiedergli: ma lei che cosa ha combinato per stare qui dentro da tanto tempo? Egli aveva — mi racconto - una ludopatia, spendeva tutti i soldi nelle *slot machines*. Un bel giorno in un accesso d'ira frantumò una di quelle macchinette, realizzando, quindi, una ipotesi di danneggiamento. Immediatamente qualcuno scrisse una perizia secondo cui si trattava di un soggetto pericoloso socialmente e, pertanto, egli risultava rinchiuso in o.p.g. da sedici anni dal momento che veniva sempre reiterata quella valutazione di pericolosità sociale. Bene, se egli fosse stato condannato, se la decisione relativa al fatto commesso fosse stata fondata sulla proporzione, egli non sarebbe stato mai privato della libertà personale, essendo un delinquente primario, ovvero un soggetto che non aveva mai delinquito: gli sarebbe stata applicata la sospensione condizionale della pena, anche al fine di curare la ludopatia».

<sup>64</sup> Si rinvia alle condivise riflessioni di A. CAVALIERE, *Il c.d. decreto Caivano: tra securitarismo e simbolicità*, cit., 5-6, secondo cui «negli ultimi tempi, non solo nella comunicazione politico-mediatica, ma anche nella dottrina penalistica ed in giurisprudenza, si ripropone periodicamente un pernicioso e risalente equivoco: quello secondo cui le misure di prevenzione e gli analoghi istituti menzionati non sarebbero misure penali, perché mirano alla prevenzione dei reati, mentre il diritto penale avrebbe una diversa funzione, quella della repressione dei reati. Quando, dunque, si sostiene

Queste misure rieducative rappresentano l'ultima espressione di un processo di progressiva deresponsabilizzazione dell'apparato pubblico, che, preso atto del fallimento sul piano sociale, si rifugia in un modello repressivo, assumendo i tratti di uno Stato "penale" di diritto.

L'efficacia concreta di tali strategie solleva non poche perplessità.

Basta poco per immaginare la scena. In qualche contesto segnato dal disagio, un minore compie una condotta vagamente qualificata come "deviante" e, in breve tempo, viene ascoltato in vista di una misura che si presenta come ri-educativa, ma che, nella sostanza, ha il sapore della sanzione. «Mi viene in mente un bambino di sette anni a cui chiedono: "senti, visto che tanto sarai punito, cosa preferisci: la frusta o saltare il dolce?"»<sup>65</sup>.

Una truffa delle etichette che inganna proprio i minori: "prima" abbandonati a sé stessi per l'assenza di un sistema di *welfare* realmente efficace; e "poi", quando le conseguenze di tale carenza si manifestano in comportamenti problematici, vengono immessi in circuiti processuali destinati ad amplificare stigma e marginalizzazione.

La deriva patologica è che per i minori si realizza un sistema preventivo/rieducativo anche più gravoso di quello degli adulti, perché oramai sganciato anche da qualsiasi requisito oggettivo di pericolosità sociale.

Da qui emerge con chiarezza l'urgenza di un ripensamento complessivo dell'architettura normativa relativa alla gestione del disagio e della devianza minorile.

Il tentativo di piegare le strutture penali e processuali in chiave (ri)educativa e pedagogica ha finito per dissolvere il confine tra politiche sociali e interventi repressivi. Invero, le strategie criminali minorili, nel loro duplice volto di repressione della devianza e supposto accompagnamento (ri)educativo, si sono trasformate nell'unico ambito operativo in cui si concentrano le pratiche legate al *welfare* e al mondo della cura<sup>66</sup>.

Questa sovrapposizione è rischiosa, poiché porta a diffondere *fuori* della prigione le medesime funzioni di sorveglianza, che adesso non si esercitano più solo sull'individuo rinchiuso nella sua cella

---

l'importanza di prevenire i reati anziché punirli, si finisce per intendere che sia necessario intervenire mediante misure di prevenzione *ante o praeter delictum* o di polizia. L'equivoco è duplice. Per un verso, il diritto penale della Costituzione italiana, di altre Costituzioni da stato sociale di diritto e delle stesse Carte europee dei diritti, non è un diritto penale orientato alla mera retribuzione, ma la finalità di prevenzione, generale e speciale; dunque, la sanzione penale (pena o misura) si legittima nei limiti in cui sia necessaria ed utile per finalità di prevenzione – dovendo tendere *in primis* alla rieducazione, art. 27 co.3 Cost. - e non di mera e sterile 'repressione'. La contrapposizione tra prevenzione e repressione penale è fuorviante, nel senso che serve a nascondere altro: e cioè a definire alcune misure, che incidono notevolmente sulla libertà personale o su altri diritti fondamentali della persona, quali 'non penali', e neppure *lato sensu* 'punitive', in quanto orientate non alla repressione, ma alla prevenzione. E quella contrapposizione serve pure a sostenere che la prevenzione, diversamente dalla 'repressione' penale, potrebbe legittimamente intervenire *ante o praeter delictum*, ovvero a prescindere dalla (prova in un giusto processo penale della) commissione di un reato. Dunque, ben vengano, secondo tale orientamento, nuove misure di prevenzione, il DACUR, l'ammonimento e così via: sono tutti strumenti di una prevenzione intesa nel senso dell'anticipazione della soglia di tutela e di intervento in funzione di polizia. Il diritto penale richiede la commissione – e la prova – di un reato; il diritto di polizia interviene prima e a prescindere da ciò. Con un preoccupante corollario: perché le misure di prevenzione/polizia siano efficaci, si ritiene necessario che la mera disobbedienza alle prescrizioni imposte con tali misure costituisca reato e sia sanzionata più severamente che in passato. [...] L'equivoco è duplice, perché riguarda pure un ulteriore aspetto. Assegnare il compito di 'prevenire i reati' alle misure di prevenzione *ante o praeter delictum* significa incentrare la prevenzione su misure sanzionatorie di polizia, dal contenuto più o meno afflittivo, anziché su una diversa specie di prevenzione, ben più di ampio respiro, inclusiva ed efficace, oltre che non invasiva: quella primaria, di ordine sociale, economico, culturale».

<sup>65</sup> M. FOUCAULT, *Alternative alla prigione*, cit., 2022, p. 6.

<sup>66</sup> Si rinvia a F. RICCIARDI, *Valutare, progettare, implementare. I percorsi punitivo-rieducativi del sistema penale minorile tra giustizia riparativa e terzo settore*, in *Archivio antropologico mediterraneo*, Anno XXVII, n. 26 (1), 2024.

o nella sua prigione, ma che si riversano nella sua vita apparentemente libera. «Si tratta della demoltiplicazione delle vecchie funzioni carcerarie, che la prigione aveva cercato di assicurare in modo brutale e rozzo e che si cerca ora di far funzionare in modo molto più morbido, molto più libero, ma anche in modo molto più esteso»<sup>67</sup>.

Una tale constatazione smentisce anche l'autorevole opinione di chi ravvisava un'ispirazione marxista negli orientamenti volti a spostare l'epicentro del diritto criminale dalla colpevolezza alla pericolosità del soggetto, alla luce della funzione di difesa sociale<sup>68</sup>.

Al contrario, le misure di sicurezza, prevenzione o rieducative, replicano gli stessi meccanismi della sanzione e perseguono le medesime finalità repressive, ma con una drastica riduzione delle garanzie.

In conclusione, questo percorso di sorveglianza normalizzatrice rivolto ai minori impone con urgenza un'inversione di rotta: solo mediante un concreto investimento in politiche educative e sociali è possibile agire sulle condizioni di vulnerabilità alla radice, senza ridursi a gestire il disagio esclusivamente *post delictum*.

---

<sup>67</sup> M. FOUCAULT, *Alternative alla prigione*, cit., p. 14.

<sup>68</sup> Il riferimento è a G. BETTIOL, *Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza*, in *Scritti giuridici*, I, Padova 1966, 517 ss., richiamato anche da M. TAGLIARINI, voce *Pericolosità*, cit., p. 8, cui si rinvia per le considerazioni sulle funzioni attribuibili al concetto di pericolosità.

# Il minore straniero non accompagnato tra logiche securitarie e tutela dei diritti umani

SERENA UCCI

## ABSTRACT

*The article offers a quick overview of the legal status of the unaccompanied foreign minor between security logics and protection of human rights in light of D.L. n. 133/2023, which is one of the most recent legislative measures in the field.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La tutela internazionale dei diritti del minore migrante. - 3. La tutela del minore straniero in ambito europeo. - 4. Il minore straniero non accompagnato nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo. - 5. I diritti del minore straniero nell'ordinamento italiano alla luce della logica securitaria delle politiche migratorie. 6 La normativa italiana a tutela del minore straniero non accompagnato: la c.d. legge Zampa del 2017 e l'apparente superamento delle logiche securitarie. - 7. Un ulteriore passo indietro: la disciplina derogatoria contenuta nel D.L. n. 133 del 2023. - 8. Considerazioni conclusive. L'irrazionalità delle logiche securitarie e la necessità di un ripensamento delle politiche migratorie.

I minori stranieri non accompagnati (MSNA) – vasta componente dei flussi migratori contemporanei<sup>1</sup> – sono una categoria particolarmente sensibile di migranti depositari di istanze di tutela rafforzata in ragione della loro vulnerabilità poiché, oltre ad avere meno di diciotto anni, giungono nello Stato ospitante privi dell'assistenza e rappresentanza dei genitori o di un adulto legalmente responsabile e, di conseguenza, risultano maggiormente esposti a pericoli e rischi. La categoria dei minori stranieri non accompagnati è, infatti, estremamente eterogenea, comprendendo al suo interno, a titolo esemplificativo, richiedenti asilo, vittime di tratta, migranti economici ed individui che aspirano a ricongiungersi con i propri familiari<sup>2</sup>. Da tale diversità discende la

---

<sup>1</sup> In tema si veda, tra gli altri, A. ANNONI, (a cura di), *La protezione dei minori non accompagnati*, Napoli 2018; C. FRATEA- I. QUADRANTI, (a cura di), *Minori e immigrazione: quali diritti?*, Napoli 2015; E. MAIORCA, *Storie e testimonianze di vita: il racconto di due minori stranieri non accompagnati tratti in salvo dalla "Sea Watch" 3 e accolti nella città di Catania*, in *Minorigiustizia*, 1, 2019, 148-150; G. SCIORTINO, *Le caratteristiche del processo migratorio italiano e la posizione dei minori stranieri*, in *Minorigiustizia*, 1, 2019, 115-119; A. L. SCIACOVELLI, *Minori stranieri non accompagnati: criticità e nuovi sviluppi giurisprudenziali*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2, 2018, 499-518; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Luci e ombre della nuova disciplina sui minori stranieri non accompagnati*, in *Politica del diritto*, 4/2017, 581 ss. Tra i contributi più recenti si veda G. PETTI, *La gabbia d'acciaio dei giovani migranti. I diritti dei minori stranieri non accompagnati*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2022, 74 ss.; E. CUKANI, *Minori stranieri non accompagnati (diritti dei)*, in C. Panzera-A. Rauti, (a cura di), *Dizionario dei diritti degli stranieri*, Napoli 2020, 454 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I diritti di soggiorno dei minori non accompagnati durante e dopo la minore età*, in *Famiglia e diritto*, 2/2023, 170 ss.; A. RAUTI, *I diritti dei minori stranieri non accompagnati e la logica dell'emergenza*, in *La Rivista "Gruppo Pisa"*, 1/2024, 256 ss.; C. ATZENI, *I minori stranieri non accompagnati fra tutela delle vulnerabilità e gestione emergenziale del fenomeno*, in *Democrazia e Diritti Sociali*, 2/2024, 101 ss.

<sup>2</sup> Cfr. A.L. SCIACOVELLI, *La protezione dei minori stranieri non accompagnati in europa alla Luce delle criticità rilevate dalla Corte di Strasburgo: fra Asylum Acquis, Proposte di Riforma dell'Ue e Legge Zampa*, in G. NESI, (a cura di), *Migrazioni e Diritto Internazionale: Verso il Superamento dell'Emergenza? XXII Convegno Trento 8-9 giugno 2017* (collana Società Italiana di Diritto Internazionale), Napoli 2018, 551.

complessità delle sfide che gli Stati di destinazione e di transito dei flussi migratori si trovano ad affrontare per poter rispondere alle specifiche necessità di tutela di ciascun minore non accompagnato<sup>3</sup>.

Ma è soprattutto riguardo le misure di accoglimento e trattenimento nei centri di prima accoglienza che si registrano le maggiori violazioni dei diritti dei minori stranieri – segnalata anche in diverse pronunce della Corte EDU<sup>4</sup>-, data l'assenza, in questo settore, di garanzie sostanziali e procedurali che disciplinino la privazione della libertà personale<sup>5</sup>, a conferma di quell'approccio emergenziale che da sempre caratterizza gli interventi in materia di immigrazione<sup>6</sup>.

Invero, le politiche migratorie che si sono succedute nel corso del tempo sono sempre state caratterizzate da una logica securitaria di fondo in quanto ispirate al soddisfacimento di esigenze di tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nazionale attraverso la predisposizione di un apparato normativo-repressivo di contrasto dei flussi migratori e della posizione di irregolarità dello straniero<sup>7</sup>. Ciò ha contribuito ad alimentare quell'idea di «costruzione sociale del migrante come deviante»<sup>8</sup>, traducendosi in una richiesta di maggior controllo, tanto nelle forme del respingimento quanto in quelle del trattenimento<sup>9</sup>. Il risultato che ne è derivato è una disciplina caotica e frammentaria<sup>10</sup> che sfugge a ogni criterio razionale per rientrare nell'ambito di una logica in cui le abilità affabulatorie e di persuasione prevalgono sull'effettiva capacità di affrontare i problemi attraverso l'adozione di misure e strategie solide che consentano di giungere a soluzioni la cui efficacia sia verificabile<sup>11</sup>.

---

<sup>3</sup> Così, Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo, *General Comment No. 6*, GE.1806662, pubblicato in data 26 aprile 2018, paragrafo 1, ove si parla di “*multifaceted challenges faced by States and other actors in ensuring that such children are able to access and enjoy their rights*” e si precisa che il Comitato delle Nazioni Unite sui Diritti del Fanciullo ha prodotto il Commento Generale No. 6 proprio al fine di assistere e guidare gli Stati parte della Convenzione nell'approntare una tutela adeguata a favore dei minori non accompagnati.

<sup>4</sup> Si veda *infra* § 4.

<sup>5</sup> Cfr. C. PARISI, *Hotspot e minori stranieri non accompagnati: la Corte EDU condanna l'Italia per il loro illegittimo trattenimento*, in *Sistema penale*, 1/2024, 41.

<sup>6</sup> In merito all'approccio emergenziale al fenomeno migratorio si veda, a titolo esemplificativo, A. CAVALIERE, *La vita dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sistema penale*, 4/2022, 43 ss.; ID., *Diritto penale e politica dell'immigrazione*, in *Crit. dir.*, 1/2013, 17 ss.; G. ALESCI, (In-) *Sicurezza e immigrazione. La “colpevolizzazione” dello straniero del diritto dell'emergenza*, in *Arch. pen.*, 3/2018, 1 ss.; V. MAISTO, *Il diritto penale dell'immigrazione. Profili socio-criminologici, esegetici, dommatici e di politica criminale*, Saarbrücken 2013, *passim*, spec. 319 ss. A. MANNA, *Il diritto penale dell'immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d'autore*, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 446.

<sup>7</sup> Cfr. G. ALESCI, (In-) *Sicurezza e immigrazione. La “colpevolizzazione” dello straniero del diritto dell'emergenza*, cit., 2.

<sup>8</sup> Testualmente E. SANTORO, *Diritti umani, lavoro, soggetti migranti: procedure e forme del “neo-schiavismo”*, in Th. Casa-Dei (a cura di), *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie*, Torino 2012, 231.

<sup>9</sup> Cfr. C. ATZENI, *I minori stranieri non accompagnati fra tutela delle vulnerabilità e gestione emergenziale del fenomeno*, cit., 103.

<sup>10</sup> *Ibidem*, 102.

<sup>11</sup> Sul punto, cfr. M. PAVARINI, *Insicurezza da criminalità, riforma del sistema di giustizia criminale e scienza penale*, in *Ius17@unibo.it*, 1/2008, 24. Per stimolanti riflessioni sul punto, cfr. D. PULITANO, *Tensioni vecchie e nuove sul sistema penale*, in *Dir. pen. proc.*, 9/2008, 1081.

Le preoccupazioni securitarie<sup>12</sup>, oltre ad aver determinato una legislazione di carattere emergenziale<sup>13</sup>, sono prevalse anche rispetto alla condizione di particolare vulnerabilità dei minori migranti, rivolgendosi, in egual maniera, a tutti gli stranieri irregolarmente presenti sul territorio nazionale, siano essi adulti o minori, in spregio sia al regime di favore adottato nel nostro ordinamento riguardo i minori, sia in relazione agli *standards* da tempo elaborati a livello internazionale -e ribaditi in diversi atti del Consiglio d'Europa<sup>14</sup>-, che espressamente riconoscono in capo ai minori, *a fortiori* laddove stranieri o “non accompagnati”<sup>15</sup>, una serie di diritti fondamentali. A riguardo, se un passo in avanti sembrava essere stato fatto prima con il decreto accoglienza del 2015<sup>16</sup> e poi con la c.d. legge Zampa del 2017<sup>17</sup> attraverso le quali è stato messo a sistema la disciplina dei minori stranieri non accompagnati, di recente, con l'entrata in vigore del d.l. 5 ottobre 2023, n. 133<sup>18</sup>, convertito con modificazioni dalla legge 1° dicembre 2023, n. 176, sembra si sia tornati a quella logica emergenziale che rischia di vanificare l'effettività della tutela precedentemente accordata dal nostro ordinamento ai MSNA in ossequio alla disciplina internazionale e sovranazionale in cui, da tempo, si proclama il *best interest of child* come principio da far prevalere in qualsiasi decisione che riguardi un minore<sup>19</sup>.

2. Invero nell'ordinamento internazionale la protezione del minore straniero è costituita dall'importante costruzione dei diritti fondamentali dell'essere umano, anche privo dello *status civitatis*<sup>20</sup> a cui si aggiungono i diritti specificamente riconosciuti ai minori e ai fanciulli così come consolidati in ambito internazionale.

---

<sup>12</sup> Per un inquadramento della sicurezza come categoria fondativa del diritto penale contemporaneo si veda, tra gli altri, F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo. Genesi e fenomenologia dell'illecito securitario postmoderno tra involuzioni potestative e regressioni al premoderno*, Napoli 2020, 230; ID., *La sicurezza penale tra assicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in *Arch. pen.*, 3/2018, *passim*; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino 2019, 73 ss.; M. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *Cass. pen.*, 2008, 3558 ss.; ID., *La sicurezza come orizzonte totalizzante del discorso penalistico. Documento introduttivo del Convegno “Sicurezza e Diritto Penale”*, Modena 2009, 2 ss.

<sup>13</sup> Sul rapporto fra sicurezza, ordine pubblico ed emergenza cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli 1995, 9 ss., 39 ss., 123 ss.

<sup>14</sup> Cfr. Risoluzione 1810 e la Raccomandazione 1969 del 15 aprile 2011 del Consiglio d'Europa contenenti un richiamo agli Stati membri circa la necessità di dare maggiore attenzione ai minori non accompagnati. In particolare, il punto 5.1 della Risoluzione ribadisce che tali minori devono essere trattati «*first and foremost as children, not as migrants*».

<sup>15</sup> In questi termini cfr. A. LUCIFORA, *Il minore straniero tra ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo*, in *I quaderni europei*, n. 47/2012, 4.

<sup>16</sup> Cfr. D.lgs. 19 agosto 2015, n. 142: “Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale”, in G.U. n. 214 del 15.09.2015.

<sup>17</sup> Legge 17 aprile 2017, n. 47: “Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati”, in G.U. n. 93 del 21.04.2017. Sulla tutela dei minorenni stranieri non accompagnati a seguito della l. n. 47/2017, cfr. C. CASCONI, *Brevi riflessioni in merito alla legge n. 47/17 (Disposizioni in materia di misure di protezione dei minori stranieri non accompagnati): luci ed ombre*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2017, *passim*; A. GIANGRECO, *Il traffico di minori stranieri non accompagnati (MSNA) e il sistema di accoglienza dopo la l. 4 aprile 2017, n. 47*, in *Cass. pen.*, 2019, 3101 ss.

<sup>18</sup> D.L. 5 ottobre 2023, n. 133 recante “Disposizioni urgenti in materia di immigrazione e protezione internazionale, nonché per il supporto alle politiche di sicurezza e la funzionalità del Ministero dell'interno”, convertito con modificazioni dalla legge 1° dicembre 2023, n. 176, in G.U. n. 283 del 04.12. 2023.

<sup>19</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 29 gennaio 1981, n. 11, in materia di adozioni, a cui si deve il primo formale espresso riconoscimento, nella giurisprudenza costituzionale, del principio della necessità di «far prevalere, nella maggiore misura possibile, la tutela degli interessi fondamentali del minore» (§ 6).

<sup>20</sup> Sui diritti degli stranieri, nella vasta letteratura, si veda A. PATRONI GRIFFI, *Stranieri non per la Costituzione*, in *I diritti dell'uomo*, n. 3/2009, 5 ss.; G. BASCHERINI, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Napoli 2007; G. SIRIANNI, *Il diritto degli stranieri alla unità familiare*, Milano 2006; *La condizione degli stranieri in Italia*, a cura di E. Pfösl, Roma 2006;

A partire dal primo dopoguerra la comunità internazionale ha manifestato la propria attenzione al minore in quanto soggetto in formazione, principio che si è tradotto nel riconoscimento dei diritti che spettano al cittadino minore di età nonché nella previsione di strumenti giuridici indispensabili per la loro effettiva tutela e realizzazione. Una tappa fondamentale in tal senso è rappresentata dalla *Dichiarazione di Ginevra per i Diritti del Fanciullo*, approvata nel 1924 dalla Società delle Nazioni, con cui per la prima volta è stato riconosciuto il diritto del minore a una normale crescita psicofisica e spirituale<sup>21</sup>, a cui ha fatto seguito la *Dichiarazione dei Diritti del Fanciullo* approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite nel 1959 in cui compare sommariamente tratteggiato il principio del *best interests of the child* nel diritto internazionale<sup>22</sup>.

Nonostante si tratti di atti di *soft law*, dunque, privi di qualsiasi portata giuridica obbligatoria, le richiamate dichiarazioni si sono poste come modello base per l'elaborazione della *Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo* del 1989<sup>23</sup>, che rappresenta un punto di riferimento imprescindibile circa il riconoscimento, questa volta con valore vincolante<sup>24</sup>, del *best interest of the child* quale diritto sostanziale in capo al fanciullo e dal quale discendono precisi obblighi giuridici per gli Stati contraenti<sup>25</sup>. Il merito della Convenzione di New York è stato quello di aver contribuito a diffondere una nuova visione del soggetto in formazione che, in quanto tale, è beneficiario di una serie di situazioni giuridiche soggettive, tra cui il diritto alla vita, alla sopravvivenza e allo sviluppo (art. 6); il diritto all'ascolto (art. 12); il diritto allo sviluppo ad un livello di vita sufficiente, all'istruzione, alla formazione umana e professionale, alla sicurezza sociale; il diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione, oltre alla considerazione preminente del *best interests of the child* in tutte le decisioni che lo riguardano (art. 3, par. 1)<sup>26</sup>. Si tratta di diritti umani fondamentali che

---

E. ROSSI, *I diritti fondamentali degli stranieri irregolari*, in *I problemi costituzionali dell'immigrazione in Italia e in Spagna*, a cura di M. Ravenga Sanchez, Milano-Valencia 2005, 109 ss.; M. CUNIBERTI, *Espulsione dello straniero e libertà costituzionali*, in *Dir. pubblico*, 2000, 830. Con riferimento alla giurisprudenza, A. DI FRANCIA, *La condizione giuridica dello straniero in Italia nella giurisprudenza*, Milano 2006.

<sup>21</sup> Tale Dichiarazione si limita ad enucleare cinque principi fondamentali volti a garantire un'equilibrata crescita psicofisica, quali il diritto a godere di un sereno sviluppo, all'attenzione, all'aiuto morale e materiale e il diritto all'educazione e formazione. Per ulteriori approfondimenti si veda A. LUCIFORA, *Il minore straniero tra ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo*, cit., 6.

<sup>22</sup> Tale principio sarà poi richiamato da numerose altre fonti internazionali tra cui, oltre alla Convenzione di New York del 20 novembre 1989, la Convenzione dell'Aja sugli aspetti civili della sottrazione internazionale di minori del 25 ottobre 1980; la Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale del 29 maggio 1993; il regolamento CE n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale del 27 novembre 2003.

<sup>23</sup> Convenzione adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, entrata in vigore il 2 settembre 1990, ratificata dall'Italia con la legge n. 176 del 27 maggio 1991, pubblicata in GU n. 135 dell'11 giugno 1991, entrata in vigore il 5 ottobre 1991. A riguardo si veda, tra gli altri, A. BERGHÈ LORETI, (a cura di), *La tutela internazionale dei diritti del fanciullo*, Padova 1995, 4; A.M. DEL VECCHIO, *La protezione dei minori nell'evoluzione delle convenzioni internazionali in materia*, in *RIDU*, 3/2000, 655; M. R. SAULLE, *La convenzione dei diritti del minore e l'ordinamento italiano*, Napoli 1994; ID., *La Convenzione di New York sulla tutela del fanciullo*, in *DUCB*, 1/1999, 20.

<sup>24</sup> Ai sensi dell'art. 4 della Convenzione di New York, gli Stati aderenti sono tenuti ad adottare tutti i provvedimenti legislativi, amministrativi e di altra natura per dare attuazione al dettato pattizio.

<sup>25</sup> Cfr. A. LUCIFORA, *Il minore straniero tra ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo*, cit., 7. Si veda anche M. TOMASI, *Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità*, in *Riv. AIC*, n. 1/2020, 523; L. PILNIK, *The United Nations Convention on the Rights of the Child and its Implementation in Japan and Sweden*, in *Journal of International Law & Policy*, 2006, Vol. 3, 5.

<sup>26</sup> In argomento C. FOCARELLI, *La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di "best interests of the child"*, in *Riv. dir. int.*, 2010, 981 ss.

la Convenzione riconosce al minore in generale, sia esso migrante o meno, accompagnato o non, pur in assenza di un meccanismo sanzionatorio in caso di violazione dei diritti in essa affermati<sup>27</sup>.

3. Volgendo lo sguardo in ambito regionale è d'uopo sottolineare che il principio del *superiore interesse del fanciullo* è espressamente previsto all'art. 24, par. 2, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea<sup>28</sup> - proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000- che coniuga le istanze di tutela del minore con la dimensione di soggetto attivo della società, ponendo il principio del *best interest of child* quale principale criterio di valutazione non solo con riguardo alle questioni familiari, ma in tutte le decisioni che concernono il minore al fine di garantire una sostanziale uguaglianza di trattamento rispetto agli adulti. In più il Trattato di Lisbona - in vigore dal 1° dicembre del 2009 - oltre ad attribuire valore vincolante alla Carta di Nizza, pone la promozione della tutela dei diritti del minore tra gli obiettivi dell'Unione (art. 3 par. 2 TUE)<sup>29</sup> nonché tra i principi fondamentali della sua azione esterna (art. 5 TUE), attribuendo al Parlamento europeo e al Consiglio il potere di stabilire, mediante direttive adottate secondo la procedura legislativa ordinaria, norme minime in materia di tratta degli esseri umani, sfruttamento sessuale delle donne e dei minori (art. 83 TFUE)<sup>30</sup>.

Con specifico riferimento ai minori stranieri non accompagnati, la Risoluzione del Consiglio dell'UE del 1997 prevede per la prima volta un complesso di tutele. All'art. 1 i minori stranieri non accompagnati vengono definiti come «cittadini di paesi terzi di età inferiore ai 18 anni che giungono nel territorio degli Stati membri non accompagnati da un adulto per essi responsabile in base alla legge o alla consuetudine e fino a quando non ne assuma effettivamente la custodia un adulto per essi responsabile» e i «minori, cittadini di paesi terzi, rimasti senza accompagnamento successivamente al loro ingresso nel territorio degli Stati membri»<sup>31</sup>. Anche la Risoluzione n. 1810 dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa del 2011 richiama gli Stati membri alla necessità di dare maggiore attenzione ai minori non accompagnati, nei cui confronti sussistono, in virtù della Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti del fanciullo, speciali doveri di protezione e assistenza, indipendentemente dalla loro nazionalità o dal loro *status*; in particolare, il punto 5.1 della Risoluzione ribadisce che tali minori devono essere trattati «*first and foremost as children, not as migrants*»<sup>32</sup>.

---

<sup>27</sup> A. SACCUCCI, *Profili di tutela dei diritti umani tra Nazioni Unite e Consiglio d'Europa*, Padova 2005.

<sup>28</sup> Si veda l'art. 24 comma 2 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea, ai sensi del quale "in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente".

<sup>29</sup> Cfr. N. LAZZERINI, *Con il Trattato di Lisbona la tutela dei diritti del fanciullo entra tra gli obiettivi dell'Unione*, in *Famiglia e migrazione*, 2/2010, 7.

<sup>30</sup> A riguardo si rinvia ad A. LUCIFORA, *Il minore straniero tra ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo*, cit., 8.

<sup>31</sup> Cfr. Risoluzione del Consiglio del 26 giugno 1997 sui minori non accompagnati, cittadini di paesi terzi in G.U. n. C 221 del 19.07.1997.

<sup>32</sup> Risoluzione del Consiglio d'Europa n.1810/2011 sull'arrivo, soggiorno e il ritorno dei minori non accompagnati in Europa, in G.U. l. 101 del 15.4.2011, 1.

Ad oggi diverse direttive (direttiva 2001/55/CE<sup>33</sup>; direttiva 2003/9/CE<sup>34</sup>; direttiva 2011/95/UE<sup>35</sup>; direttiva 2013/33/UE<sup>36</sup>) e atti normativi europei (Regolamento UE n. 604/2013 del Parlamento Europeo e del Consiglio<sup>37</sup>) contengono una molteplicità di disposizioni a tutela del minore straniero non accompagnato da cui si ricava indubbiamente una definizione comune di MSNA che fa riferimento al «*minore che giunga nel territorio dello Stato membro senza essere accompagnato da un adulto che ne sia responsabile in base alla normativa o alla prassi dello Stato membro interessato, e fino a quando non sia effettivamente affidato a un tale adulto*». Il termine, inoltre, «*include il minore che venga abbandonato dopo essere entrato nel territorio degli Stati membri*»<sup>38</sup>.

In particolare, la c.d. direttiva “accoglienza” 2013/33/UE ha dato conto per la prima volta della peculiarità della figura del minore straniero non accompagnato come una categoria di soggetti *vulnerabili* obbligando gli Stati a tenere in considerazione le specificità della loro condizione (art. 24 direttiva)<sup>39</sup>. In egual modo il Regolamento di Dublino (Recital 13)<sup>40</sup> richiama, in generale, l’opportunità di introdurre specifiche garanzie procedurali a favore dei MSNA dovute, in virtù della loro condizione di particolare vulnerabilità<sup>41</sup>, nonché eventuali decisioni di rimpatrio, salvo lo Stato fornire appropriata assistenza, potranno essere adottate solo tenendo in considerazione il superiore interesse del minore (artt. 5 e 10 c.d. direttiva rimpatri)<sup>42</sup>.

4. Al contrario delle normative richiamate, la Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, nonostante rappresenti il più efficace strumento di protezione dei diritti umani nonché la più importante fonte del diritto di famiglia, non contempla al suo interno una protezione specifica del minore, se non in via indiretta per il tramite degli artt. 3, 5 e 8 CEDU. Malgrado l’assenza dell’esplicita previsione di un preciso diritto di tutela rafforzata per i

---

<sup>33</sup> Direttiva 2001/55/CE del Consiglio, del 20 luglio 2001, sulle norme minime per la concessione della protezione temporanea in caso di afflusso massiccio di sfollati e sulla promozione dell’equilibrio degli sforzi tra gli Stati membri che ricevono gli sfollati e subiscono le conseguenze dell’accoglienza degli stessi, in G.U. L. 212 del 7.8.2001, 12–23.

<sup>34</sup> Direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all’accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, in G.U. L. 31 del 6.2.2003, 18–25.

<sup>35</sup> Direttiva 2011/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 dicembre 2011 recante norme sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, su uno status uniforme per i rifugiati o per le persone aventi titolo a beneficiare della protezione sussidiaria, nonché sul contenuto della protezione riconosciuta, in G.U. L. 337/ del 20.12.2011.

<sup>36</sup> Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale (rifusione), in G.U. L. 180 del 29.6.2013, 96–116.

<sup>37</sup> Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, che stabilisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un paese terzo o da un apolide (rifusione), GU L 180 del 29.6.2013, 31–59.

<sup>38</sup> Così, ad es., l’art. 2, lett. 1), direttiva 2011/95/UE, cit.

<sup>39</sup> Si veda art. 24 Direttiva 2013/33/UE, cit.

<sup>40</sup> Cfr. Regolamento del Parlamento e del Consiglio europeo del 26 giugno 2013, n. 604 entrato in vigore il 1° gennaio 2014 che definisce i criteri e i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l’esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o da un apolide.

<sup>41</sup> Cfr. M. TOMASI, *Verso la definizione di uno statuto giuridico dei minori stranieri non accompagnati in Europa? Modelli astratti e concreti di tutela della vulnerabilità*, cit., 526.

<sup>42</sup> Direttiva 2008/115/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 dicembre 2008, in G.U. L. 348/98 del 24.12.2008 recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare.

minori, la Corte EDU, attraverso un'imponente opera interpretativa, ha sviluppato il concetto del *best interests of the child* secondo uno "*human rights based approach*"<sup>43</sup>, definendone progressivamente i contorni e attribuendo allo stesso nuovi significati<sup>44</sup>.

Come è noto con sempre maggior frequenza la Corte EDU è stata chiamata a confrontarsi con questioni attinenti la compatibilità con i principi di cui agli artt. 3 (divieto di tortura e di trattamenti inumani e degradanti), 5 (diritto alla libertà ed alla sicurezza) e 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) CEDU, di misure quali l'espulsione o il diniego del permesso di soggiorno adottati dagli Stati nell'esercizio delle relative competenze di controllo dei flussi migratori, di allontanamento degli stranieri dal loro territorio e di trattenimento degli stessi<sup>45</sup>. Tali tematiche assumono drammatica rilevanza e delicatezza soprattutto se coinvolgenti la tutela dei diritti dei minori stranieri spesso soggetti a vere e proprie forme di lunga privazione della libertà personale in luoghi dalla multiforme natura e originaria destinazione<sup>46</sup>.

Con particolare riferimento al trattenimento dei minori migranti nella fase di prima accoglienza, in diverse pronunce i giudici di Strasburgo hanno condannato gli Stati parte per le condizioni inumani e degradanti a cui sono stati sottoposti i minori stranieri non accompagnati giunti nel territorio straniero così sancendo, per via interpretativa, il principio dell'*extema ratio* della detenzione, valevole per ogni essere umano ma dall'indubbio più accentuato valore per i minorenni in condizioni soggettive di particolare vulnerabilità<sup>47</sup>.

A titolo meramente esemplificativo, nell'ambito delle più recenti prese di posizione, apparentemente non sempre uniformi -per via dei condizionamenti nelle statuizioni frutto delle specifiche peculiarità dei casi concreti<sup>48</sup> di volta in volta all'attenzione della Corte EDU-, si ricorda il caso *Mubilanzila e altri c. Belgio*<sup>49</sup> del 12 ottobre 2006. In quell'occasione la Corte EDU ha condannato il Belgio per trattamento inumano e degradante di una bambina congolese di cinque anni che, data l'assenza di documenti comprovanti l'identità, era stata trattenuta per più di due mesi in una struttura detentiva per adulti. I giudici di Strasburgo, sottolineando l'estrema vulnerabilità dei minori stranieri non accompagnati e richiamando proprio l'art. 3 della Convenzione di New York del 1989 sul principio del superiore interesse del minore, hanno affermato come «*la permanenza di una minore di cinque anni per due mesi in un centro di detenzione amministrativa per adulti irregolari, senza*

---

<sup>43</sup> J. LONG, *Il Principio dei Best Interests e la Tutela dei Minori*, in F. BUFFA, M. G. CIVININI, (a cura di), *La Corte di Strasburgo* (Gli Speciali di Questione Giustizia), Milano 2019, 413.

<sup>44</sup> Per un'analisi della 'tutela concreta' dei *best interests of the child* nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, vedi L. MARI, *L'interesse superiore del minore nel quadro dello spazio giuridico europeo (A proposito di recenti casi di sottrazione internazionale di minori)*, in *Studi Urbinati di Scienze Giuridiche Politiche ed Economiche*, 2012, Vol. 63, 114 ss.

<sup>45</sup> Cfr. A. LUCIFORA, *Il minore straniero tra ordine pubblico e superiore interesse del fanciullo*, cit., 9 che rinvia a N. PARISI, *I limiti posti dal diritto internazionale alle scelte di penalizzazione del legislatore interno in materia di immigrazione irregolare*, in R. Sicurella (a cura di), *Il controllo penale dell'immigrazione clandestina: esigenze di tutela, tentazioni simboliche, imperativi garantistici*, Torino 2012, 57.

<sup>46</sup> Cfr. A. ZUPPALÀ, *Il trattenimento di minorenni stranieri non accompagnati e la logica complessa della Corte EDU*, in *Arch. pen.*, n. 1/2020, 1.

<sup>47</sup> *Ibidem*, 16.

<sup>48</sup> *Ib.*, 4. Per una attenta analisi delle sentenze della Corte Edu in tema di trattenimento illegittimo di persone straniere si veda il contributo di R. CHERCHI, *L'approccio hotspot e i diritti umani: le condanne dell'Italia nella sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo J.A. e altri c/Italia e nelle successive A.E. e altri c/ Italia*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 1/2024.

<sup>49</sup> Corte eur. dir. uomo, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Belgio*, 12 ottobre 2006, ricorso n. 13178/03.

*alcun tipo di assistenza, configura un trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU». Anche nel caso *Rahimi c. Grecia*, del 5 aprile 2011<sup>50</sup>, i giudici di Strasburgo hanno condannato, questa volta la Grecia, per violazione degli artt. 3 e 5, par. 1-4, CEDU in merito al trattenimento di un minore afgano in un centro di detenzione per adulti in condizioni di accoglienza “abominevoli” senza tener conto della sua condizione di minore non accompagnato e senza prendere in considerazione il suo *superiore interesse*. Secondo la Corte l'art. 3 CEDU, letto alla luce delle norme della Convenzione sui diritti del fanciullo, conferisce concretezza al criterio, altrimenti astratto, del *best interests* del minore, ponendo obblighi positivi piuttosto stringenti in capo agli Stati e richiedendo loro interventi pratici ed effettivi ritagliati sulla realtà che intendono affrontare<sup>51</sup>. Ancora, nel caso *Khan c. Francia*, con sentenza pubblicata il 28 febbraio 2019<sup>52</sup>, la Corte ha condannato la Francia per trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU per non avere le autorità francesi fatto quanto necessario per proteggere il minore che, in quanto straniero non accompagnato, si trovava in una particolare situazione di vulnerabilità. La Corte, nel caso in esame, pur tenendo conto della complessità della situazione, delle difficoltà relative all'accertamento dell'età e di alcune dichiarazioni del minore, rileva come lo Stato francese sia venuto meno ai suoi obblighi positivi consistenti nel predisporre misure idonee ad evitare il verificarsi di episodi di tortura e/o di trattamenti inumani e degradanti.*

Non esente da condanne anche lo Stato italiano<sup>53</sup>. Nella sentenza *Darboe c. Italia*, del 21 luglio 2022<sup>54</sup>, la Corte EDU ha condannato l'Italia a risarcire i danni non patrimoniali sofferti da un ragazzo gambiano minore straniero non accompagnato giunto sulle coste italiane nel giugno del 2016. Le autorità italiane, tramite esami medici anacronistici e non affidabili, hanno erroneamente determinato l'età del ricorrente con la conseguente collocazione per più di quattro mesi nel centro di accoglienza per adulti di Cona, noto per la condizione di sovraffollamento estremo, di violenza diffusa e per le gravi carenze igienico-sanitarie. Alla luce di tali accertamenti, la Corte ha valutato che fossero stati violati il diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 8 CEDU) ed il divieto di sottoposizione a trattamenti inumani e degradanti (art. 3 CEDU) precisando che «*l'estrema vulnerabilità dei minori è un elemento decisivo da considerare attentamente unitamente alla loro condizione di richiedenti asilo che deve essere garantita con tutti i mezzi appropriati*».

Anche nel caso *M.A. c. Italia*<sup>55</sup> del 31 agosto 2023, la Corte ha condannato l'Italia per trattamento inumano e degradante in violazione dell'art. 3 CEDU per non aver garantito adeguata accoglienza e tutela ad una ragazza minorenni originaria del Ghana, vittima di precedenti violenze nel paese di origine ed in Libia, che, giunta via mare, era successivamente arrivata a Como e collocata per 8 mesi in un centro di accoglienza prefettizio insieme a persone adulte. Anche in questo caso, i

<sup>50</sup> Corte eur. dir. uomo, *Rahimi c. Grecia*, 5 aprile 2011, ricorso n. 8687/08.

<sup>51</sup> In questi termini M. TOMASI, *Se i diritti dei più vulnerabili scompaiono nel cuore dell'Europa: la Corte EDU e la tutela “sostanziale” dei best interests del minore straniero non accompagnato*, in *DPCE on line*, n. 2/2019, 1806.

<sup>52</sup> Corte eur. dir. uomo, sez. V, *Khan v. Francia*, 28 febbraio 2019, ricorso n. 12267/16.

<sup>53</sup> Per una attenta ricostruzione delle sentenze si veda R. CHERCHI, *L'approccio hotspot e i diritti umani: le condanne dell'Italia nella sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo J.A. e altri c/Italia e nelle successive A.E. e altri c/Italia*, cit.

<sup>54</sup> Corte eur. dir. uomo, *Darboe e Camara c. Italia*, n. 5797/17, 21 luglio 2022.

<sup>55</sup> Corte eur. dir. uomo, *M.A. c. Italia*, n. 70583/17, 31 agosto 2023, ricorso n. 21329/18.

giudici di Strasburgo hanno, accertato la violazione dell'art. 3 della CEDU e condannato l'Italia a un risarcimento dei danni non patrimoniali per quanto sofferto dalla cittadina straniera. Secondo i giudici di Strasburgo «*la permanenza della ricorrente nel centro Osvaldo Cappelletti, che apparentemente non era attrezzato per fornirle un'adeguata assistenza psicologica, insieme alla prolungata inerzia delle autorità nazionali riguardo alla sua situazione e ai suoi bisogni di minore particolarmente vulnerabile, ha costituito una violazione del suo diritto a non essere sottoposta a trattamenti inumani, come tutelato dall'articolo 3 della Convenzione*»<sup>56</sup>. Con questa sentenza la Corte ha confermato la propria giurisprudenza in base alla quale il livello minimo di gravità perché l'art. 3 CEDU possa dirsi violato dipende dalle circostanze del caso, in particolare dalla durata del trattenimento, dai suoi effetti fisici o mentali e, in alcuni casi, dal sesso, dall'età e dallo stato di salute della vittima<sup>57</sup>.

Di recente i giudici di Strasburgo con la sentenza del 23 novembre 2023, *A.T. e altri c. Italia*<sup>58</sup>, sono tornati a condannare l'Italia per violazione dell'art. 3 CEDU<sup>59</sup>. La sentenza è di particolare importanza in quanto reca ancora una volta una condanna per trattamenti inumani e degradanti in relazione all'accoglienza di minori non accompagnati in Centri per adulti<sup>60</sup>. Invero, nel caso di specie, i ricorrenti, giunti via mare sulle coste italiane il 22 maggio 2017, venivano trasferiti presso il Centro di Soccorso e Prima Accoglienza di Taranto, per le operazioni di rilevamento anagrafico e, contestualmente, chiedevano protezione internazionale. Invocando gli artt. 3 e 8 della CEDU, i ricorrenti avevano lamentato le pessime condizioni igieniche del centro di accoglienza, insalubre e sovraffollato, oltre ad essere destinato per adulti. I ricorrenti sostenevano, inoltre, di essere stati privati della libertà durante il loro soggiorno nell'*hotspot* di Taranto in assenza di un provvedimento motivato che ne disponesse il trattenimento. In base a tali evidenze, peraltro testimoniate attraverso riproduzioni fotografiche, la Corte ha ritenuto che i ricorrenti fossero stati sottoposti a trattamenti inumani e degradanti durante il loro soggiorno nell'*hotspot* di Taranto in violazione dell'articolo 3 CEDU nonché arbitrariamente privati della libertà, in violazione dell'articolo 5 §§ 1, 2 e 4 CEDU. Per tali ragioni la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia a risarcire i danni non pecuniari subiti dai ricorrenti e a versare le spese legali da essi sostenute<sup>61</sup>.

Le decisioni richiamate in materia di trattenimento di minori stranieri non accompagnati sono un chiaro esempio della presa di posizione da parte dei giudici di Strasburgo della soglia minima di gravità richiesta perché possa considerarsi integrata una violazione degli artt. 3, 5 par. 1, e 8 CEDU per trattenimento di minorenni stranieri non accompagnati in luoghi non destinati all'esclusiva permanenza finalizzata al tempo strettamente necessario all'espletamento degli accertamenti relativi alla minore età<sup>62</sup>. Invero, dalla giurisprudenza della Corte EDU si ricava il principio secondo cui la

---

<sup>56</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, *M.A. c. Italia*, n. 70583/17, 31 agosto 2023, cit.

<sup>57</sup> Sul punto la Corte ha citato il caso *Bouyid c. Belgio, Muršić c. Croazia, Tarakhel c. Svizzera, e Khlaifia e altri c. Italia*.

<sup>58</sup> Corte eur. dir. uomo, *A.T. e altri c. Italia*, 23 novembre 2023, ricorso 47287/17.

<sup>59</sup> Per un commento in merito alla sentenza Corte eur. dir. uomo, *A.T. e altri c. Italia*, 23 novembre 2023, ricorso 47287/17, si veda C. PARISI, *Hotspot e minori stranieri non accompagnati: la Corte EDU condanna l'Italia per il loro illegittimo trattenimento*, cit.

<sup>60</sup> Cfr. R. CHERCHI, *L'approccio hotspot e i diritti umani: le condanne dell'Italia nella sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo J.A. e altri c/Italia e nelle successive A.E. e altri c/ Italia*, cit., 15.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> Cfr. A. ZUPPALÀ, *Il trattenimento di minorenni stranieri non accompagnati e la logica complessa della Corte EDU*, cit., 17.

detenzione può considerarsi legittima solo quale «soluzione provvisoria»<sup>63</sup>, di breve durata e in strutture *ad hoc* diverse da quelle funzionali alla repressione dei reati<sup>64</sup> attesa la particolare condizione di vulnerabilità di tale categoria di minori migranti<sup>65</sup>. È evidente come il principio guida per la Corte sia quello per cui le esigenze di controllo del territorio anche rispetto all'eccezionalità di flussi migratori dalla straordinaria consistenza<sup>66</sup>, non possono privare i minori, specie se “non accompagnati”, della libertà personale oltre il tempo strettamente necessario per compiere gli accertamenti finalizzati al vaglio della sussistenza dei presupposti per l'accoglimento di eventuali istanze di protezione avanzate dal minorenne<sup>67</sup>, salvo palesarsi una grave violazione dei diritti umani così come sanciti nella CEDU.

5. Per quanto attiene il nostro ordinamento, la materia relativa ai minori stranieri va a collocarsi al confine tra due legislazioni speciali, rette da logiche antitetiche, quella sugli stranieri e quella sui minori<sup>68</sup>. Da qui la difficoltà dell'interprete nella scelta delle norme da applicare quando ad essere coinvolto è un bambino o un adolescente straniero<sup>69</sup>. Al di là dello statuto costituzionale dei diritti del minore garantito per il tramite degli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 Cost., da cui emerge una considerazione del minore tutelato *in primis* come soggetto debole e rispetto al quale si sottolineano non tanto i suoi diritti quanto i doveri nei confronti dello stesso<sup>70</sup>, è solo con il D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (d'ora in poi TU) che la condizione dei minori stranieri riceve autonoma considerazione da parte del legislatore italiano.

All'art. 28, co. 3, del TU immigrazione viene ribadito il principio del *superiore interesse del fanciullo* – conformemente a quanto previsto dall'art. 3, co. 1, Convenzione di New York- da prendere in considerazione con carattere di priorità in tutti i procedimenti amministrativi e giurisdizionali finalizzati a dare attuazione al diritto all'unità familiare riguardanti il minore<sup>71</sup>. Inoltre, l'art. 31, co. 3, TU riconosce ai familiari del minore, per un periodo di tempo determinato, la possibilità di entrare e permanere nel territorio dello Stato, anche in deroga alle disposizioni del TU, qualora vi siano gravi

---

<sup>63</sup> Così, F. DELLA CASA, *L'esecuzione penitenziaria: il trattamento intramurario*, in *L'esecuzione penitenziaria a carico del minorenne*, cit., 70.

<sup>64</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, sez. III, *D.G. v. Irlanda*, 16 maggio 2002, cit.; Corte eur. dir. uomo, *Bouamar v. Belgio*, 29 febbraio 1988.

<sup>65</sup> Corte eur. dir. uomo, *Darboe e Camara c. Italia*, cit., § 169.

<sup>66</sup> Tale principio è stato più volte espresso dalla Corte Edu in diverse sentenze. Cfr., tra le altre, Corte eur. dir. uomo, sez. I, *Kaak et autres v. Grèce*, 3 ottobre 2019, § 63; Corte eur. dir. uomo, Grande camera, *Khlaifia e altri v. Italia*, 15 dicembre 2016, § 184; Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, *M.S.S. v. Grecia e Belgio*, 21 gennaio 2011, ric. n. 30696/09, § 224, in *Dir. pen. cont.*, 9 maggio 2011, con nota di L. BEDUSCHI, *Immigrazione e diritto di asilo: un'importante pronuncia della Corte di Strasburgo mette in discussione le politiche dell'Unione europea*. Corte EDU, Grande camera, *Khlaifia e altri v. Italia*, 15 dicembre 2016, § 184.

<sup>67</sup> Cfr. Corte eur. dir. uomo, V sez., *Mahamed Jama v. Malta*, 26 novembre 2015, ric. n. 10290/13, § 150, che ha ritenuto la non incompatibilità con l'art. 5 CEDU di una detenzione finalizzata a impedire ingressi non autorizzati e la cui durata fosse stata in parte condizionata dalla condotta della ricorrente, che aveva mentito circa la propria minore età. Si rinvia a riguardo a A. ZUPPALÀ, *Il trattenimento di minorenni stranieri non accompagnati e la logica complessa della Corte EDU*, cit., 12.

<sup>68</sup> L. MIAZZI, *Minori o stranieri: leggi e istituzioni a confronto con una presenza scomoda*, in *Minorigiustizia*, 2/2010, 8.

<sup>69</sup> Cfr. A DEL GUERCIO, *La tutela dei minori stranieri tra diritti consolidati e politiche di chiusura verso l'“Altro”*, in *Identità in dialogo*, 2012, 167.

<sup>70</sup> Così, A. PATRONI GRIFFI, *Lineamenti della tutela costituzionale dei minori stranieri*, in *Diritti umani degli immigrati: tutela della famiglia e dei minori*, R. Pisillo, P. Posturino, A. Viviani (a cura di), Napoli 2010, 141.

<sup>71</sup> Cfr. L. MIAZZI, *La tutela dei minori stranieri nel quadro normativo e costituzionale*, in *Minorigiustizia*, 4/2006, 160; Id., *Il minore è straniero, ma il suo interesse non cambia*, in *Minorigiustizia*, 3/2011, 104.

motivi connessi allo sviluppo psicofisico del minore e tenuto conto dell'età e delle condizioni di salute di quest'ultimo<sup>72</sup>.

Particolarmente rilevante in tema di minori e flussi migratori è l'art. 19, co. 2, del TU immigrazione che prevede il divieto di espulsione del minore salvo il diritto a seguire il genitore o l'affidatario espulsi e tranne che per motivi di ordine pubblico e sicurezza nazionale -atteso il chiaro rinvio della norma all'art. 13 TU completamente riscritto ad opera della legge n. 94 del 2009<sup>73</sup>- così sancendo la chiara prevalenza dei diritti del minore rispetto all'interesse dello Stato al controllo del territorio. Coerentemente l'art. 28 D.p.r. 394/1999<sup>74</sup> prevede l'automaticità del rilascio del permesso di soggiorno per i minori migranti e per tutte le categorie di stranieri per i quali sono vietati l'espulsione o il respingimento. Inoltre, sempre in attuazione della Convenzione ONU<sup>75</sup>, ai minori presenti sul territorio, a prescindere dal carattere regolare o meno del loro soggiorno, sono assicurati il diritto all'assistenza sanitaria e all'istruzione scolastica obbligatoria (artt. 35 - 38 TU); significativo, in tal senso, l'art. 45 del regolamento di attuazione del TU immigrazione, in cui si precisa che i minori stranieri presenti sul territorio nazionale hanno diritto all'istruzione indipendentemente dalla regolarità o meno della loro posizione, nelle forme e nei modi previsti per i cittadini italiani<sup>76</sup>.

Se da un lato non si può negare che il TU immigrazione abbia preso in considerazione la particolare condizione di vulnerabilità dei minori stranieri prevedendo, a loro favore, una serie di diritti e tutele in coerenza con i principi sanciti a livello sovranazionale, dall'altro è d'uopo evidenziare che le logiche securitarie in risposta ad esigenze di sicurezza e difesa sono comunque apparse preminenti anche rispetto la gestione del fenomeno migratorio minorile.

Invero il TU immigrazione ha cambiato più volte fisionomia in conseguenza di interventi di emergenza, di molteplici "pacchetti sicurezza", di svariati cicli di aperture e chiusure a fisarmonica, senza respiro<sup>77</sup> che hanno inciso in negativo, seppur indirettamente, sulla condizione giuridica dei

---

<sup>72</sup> La *ratio* dell'art. 31 TU risulta oggi di particolare evidenza alla luce della sentenza del 25 ottobre 2010, n. 21799 con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto un vivace contrasto giurisprudenziale affermando che l'autorizzazione ex art. 31 TU non postula necessariamente, come ritenuto secondo l'interpretazione più restrittiva, l'esistenza di situazioni d'emergenza o di circostanze contingenti ed eccezionali collegate alla salute del minore, potendo di contro comprendere qualsiasi danno effettivo, concreto, percepibile e obiettivamente grave che, in relazione a tutte le circostanze del caso, deriva o deriverà al minore dall'allontanamento del familiare. Sul punto, cfr. D. DI GIOVANNI, *Immigrazione e diritti dei minori: contrasto giurisprudenziale e una sentenza "salomonica" delle SS.UU.*, in *Fam. ir.*, 4/2011, 425; A. LIUZZI, *Espulsione dello straniero e pregiudizio per il minore*, in *Fam. Dir.*, 5/2004, 493; G. TUCCI, *I diritti fondamentali del minore extracomunitario*, in *Fam. ir.*, 2/2002, 549. Si veda anche L. MIAZZI, *Interesse del minore straniero e controllo delle frontiere: la visione politica dell'autorizzazione ex art. 31 co. 3 TU n. 286/1998 da parte della Cassazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2/2010, 110.

<sup>73</sup> Legge 15 luglio 2009, n. 94 contenente Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, in G.U. n. 170 del 24.07.2009, Suppl. Ord. n. 128.

<sup>74</sup> D.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, in G.U. n. 258 del 3.11.1999, Suppl. Ord. n. 190.

<sup>75</sup> Si veda *retro* § 2.

<sup>76</sup> Ai sensi dell'art. 45, co. 1, del D.p.r. 31 agosto 1999, n. 394: *«I minori stranieri presenti sul territorio nazionale hanno diritto all'istruzione indipendentemente dalla regolarità della posizione in ordine al loro soggiorno, nelle forme e nei modi previsti per i cittadini italiani. Essi sono soggetti all'obbligo scolastico secondo le disposizioni vigenti in materia. L'iscrizione dei minori stranieri nelle scuole italiane di ogni ordine e grado avviene nei modi e alle condizioni previsti per i minori italiani. Essa può essere richiesta in qualunque periodo dell'anno scolastico. I minori stranieri privi di documentazione anagrafica ovvero in possesso di documentazione irregolare o incompleta sono iscritti con riserva».*

<sup>77</sup> Cfr. A. RAUTI, *I diritti dei minori stranieri non accompagnati e la logica dell'emergenza*, in *La Rivista "Gruppo Pisa"*, 1/2024, p. 256.

minori stranieri. Il riferimento è soprattutto all'indiscriminata penalizzazione realizzata ad opera della legge n. 94 del 2009<sup>78</sup> che ha di fatto comportato significative restrizioni alla piena attuazione del principio del *superiore interesse del minore*<sup>79</sup>.

Al netto dei numerosi profili problematici sollevati dal suddetto intervento legislativo<sup>80</sup>, è innegabile, ad esempio, che l'introduzione del reato di ingresso e soggiorno irregolare di cui all'art. 10bis TU immigrazione è risultato sin da subito incompatibile con la necessità di garantire al minore straniero l'esercizio effettivo dei diritti che l'ordinamento internazionale e quello interno gli riconoscono indipendentemente dalla cittadinanza e dallo *status* giuridico<sup>81</sup>. Tale incompatibilità deriva dal fatto che il legislatore dell'epoca non ha previsto nessuna esclusione per il minore straniero: e se da un lato la questione non si pone per il minore straniero infraquattordicenne in relazione al quale risulta operante la presunzione assoluta di imputabilità ex art. 97 c.p., dall'altro l'accertamento dell'imputabilità per i minori migranti ultraquattordicenni è più problematica attese la particolare vulnerabilità di tali soggetti, dovuta, oltre che all'età adolescenziale, al diverso ambiente culturale di provenienza e, alle volte, dalla mancanza di figure adulte di riferimento; ciò comporta l'alterazione della loro capacità di percezione del disvalore sociale dell'atto commesso<sup>82</sup>.

Tanto è vero che in dottrina è stato sottolineato come la conseguenza dell'introduzione del reato di ingresso e soggiorno irregolare è stata la creazione di due "sistemi paralleli", uno per minori regolari, il cui principio è quello dell'eguaglianza con i minori italiani, un altro per i minori irregolari, in cui conta la condizione di irregolare o il rischio di denuncia che da essa consegue<sup>83</sup>. Senza considerare che la scelta legislativa di sanzionare penalmente il mero *status* di immigrato irregolare e la costante prevalenza della logica espulsiva risulta assolutamente inconciliabile rispetto alle previsioni del divieto di espulsione del minore di cui all'art. 19 TU immigrazione e del diritto al

---

<sup>78</sup> A titolo meramente esemplificativo sugli effetti negativi delle novità penali del pacchetto sicurezza 2009 cfr. L. FERRAJOLI, *La criminalizzazione degli immigrati* (note a margine della legge n. 94/2009), in *Questione giustizia*, 2009, 5, 11; G. L. GATTA, *Il reato di clandestinità e la riformata disciplina penale dell'immigrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1327; L. MASERA, "Terra bruciata" attorno al clandestino: tra misure penali simboliche e negazione reale dei diritti, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino 2009, 37; A. CAPUTO, *Nuovi reati di ingresso e di soggiorno illegale dello straniero nello Stato*, in *AA.VV., Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, 237; A. CAVALIERE, *La criminalizzazione degli immigrati* (note a margine della legge n. 94/2009), in *Quest. Giust.*, 2009, 14 ss.; L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, 4, 15 ss.; P. PISA, (Commento al) *le nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2011, 804. Più di recente, F. FORZATI, *La sicurezza penale tra assicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, in *Arch. pen.*, 3/2018, *passim.*; ID., *Il penale dell'immigrazione oltre i diritti e le garanzie della persona. Il D.L. 14 giugno 2019, n. 53 e le nuove frontiere della disuguaglianza sanzionatoria*, in *Arch. pen.*, 3/2019, 7 ss.

<sup>79</sup> L. MIAZZI-G. PERIN, *Legge n. 94/2009: peggiora anche la condizione dei minori stranieri*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4/2009, 178.

<sup>80</sup> Sulle conseguenze del Pacchetto sicurezza sulla condizione degli stranieri soggiornanti in Italia si rinvia a L. PEPINO, *Le migrazioni, il diritto, il nemico. Considerazioni a margine della legge n. 94/2009*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4/2009, 10; G. SAVIO, *Stranieri e diritto penale: non solo il reato di presenza illegale. Le altre modifiche introdotte dalla l. 94/2009*, 4/2009, 59; M. PAGGI, *Osservazioni "a caldo" su alcune modifiche essenziali apportate dalla l. 94/2009 sulla condizione di soggiorno degli immigrati extracomunitari*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 4/2009, 143.

<sup>81</sup> A DEL GUERCIO, *La tutela dei minori stranieri tra diritti consolidati e politiche di chiusura verso l' "Altro"*, cit., 168.

<sup>82</sup> Di tale avviso L. MIAZZI, *La tutela dei minori stranieri nel quadro normativo e costituzionale*, cit., 23.

<sup>83</sup> *Ibidem.*

permesso di soggiorno per “minore età” ex art. 28 del d.p.r. n. 394/1999<sup>84</sup>. Ed a simili conclusioni si perveniva anche in relazione alla c.d. aggravante della clandestinità introdotta all’ art. 61, n. 11bis, c.p. poi dichiarata costituzionalmente illegittima dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 249 del 2010<sup>85</sup>.

La breve disamina prova come le esigenze di controllo delle frontiere e gestione dei flussi migratori - definito dalla Corte Cost. come bene strumentale dalla titolarità chiaramente diffusa<sup>86</sup>- sono prevalse anche rispetto ad una logica di coerenza interna del sistema di tutela del minore straniero, segno indiscutibile di una legislazione irrazionale retta da una indubbia logica securitaria che ha confutato le tradizionali garanzie del diritto penale in favore di un controllo sociale<sup>87</sup> modulato sullo stigma dello straniero come nemico “immaginario” della società.

6. Un’ apparente inversione di tendenza rispetto alle descritte logiche securitarie sembrava si fosse registrata riguardo la disciplina dei minori stranieri non accompagnati, la cui condizione, inizialmente oggetto di un complesso di diverse disposizioni normative, è stata poi puntualmente disciplinata dapprima con il D.lgs. n. 142 del 2015<sup>88</sup> attraverso cui per la prima volta il nostro ordinamento ha adottato specifiche disposizioni sull’accoglienza dei minori non accompagnati, ed, in seguito, con la c.d. “legge Zampa” del 2017, n. 47 che, oltre a contenere all’art. 2 una tassativa definizione di MSNA<sup>89</sup>, è stata promulgata proprio con lo scopo di rafforzare le garanzie a favore di tale categoria di minori migranti. L’organicità della legge in questione è stata poi confermata dall’approvazione, cinque anni più tardi, del regolamento di attuazione della legge, il d.P.R. n. 191 del 2022, che, fra l’altro, offre anche indicazioni opportune per alcune questioni non regolate dalla disciplina di rango primario<sup>90</sup>.

---

<sup>84</sup> Cfr. art. 28 D.p.r. 31 agosto 1999, n. 394, Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell’articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, in G.U. n. 258 del 3.11.1999, in Suppl. ord. n. 190.

<sup>85</sup> Corte Cost., sentenza del 5 luglio 2010, n. 249. In argomento, cfr. L. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 3/2010, 1373; M. PELISSERO, *Lo straniero irregolare tra diritto penale d’autore e diritto penale del fatto: coraggio e self restraint della Corte Costituzionale*, in *Questione giustizia*, 4/2010, 147; D. PERRONE, *L’aggravante della clandestinità: un ritorno alle presunzioni di pericolosità sociale scongiurato dalla Corte Costituzionale*, in *La legislazione penale*, 3/2010, 317; G. Riccardi, *La doppia percezione della clandestinità nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: l’aggravante “illegittima” ed il reato “ragionevole” nella rapsodica affermazione dei diritti umani in materia di immigrazione*, in *Crit. dir.*, 1-3/2010, 81.

<sup>86</sup> Corte Cost., sentenza 8 luglio 2010, n. 250. Per comprendere meglio la portata della sentenza, cfr. con varietà di accenti A. CAPUTO, *La contravvenzione di ingresso e soggiorno illegale davanti alla Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, n. 10, 1187; A. MANNA, *Il diritto penale dell’immigrazione clandestina, tra simbolismo penale e colpa d’autore*, in *Cass. pen.*, 2/2011, 454; L. MASERA, *Corte costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*, cit. SI veda anche A. CAVALIERE, *Diritto penale e politica dell’immigrazione*, in E. Rosi-F. Rocchi (a cura di), *Immigrazione illegale e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli 2013, 219 ss.

<sup>87</sup> Così A. CERRETTI, *La cultura del controllo. Un saggio sul pensiero di D. Garland*, in *Pena, controllo sociale e modernità nel pensiero di D. Garland*, Milano 2005, 35; si veda anche MAROTTA, *Straniero e devianza. Saggio di sociologia criminale*, Padova 2003; E. CALVANESE, *La reazione sociale alla devianza. Adolescenza tra droga e sessualità, immigrazione e giustizialismo*, Milano 2005.

<sup>88</sup> Cfr. D.lgs. n. 142 del 2015, cit.

<sup>89</sup> La legge 7 aprile 2017, n. 47, cit., definisce all’art. 2 Minore straniero non accompagnato: “il minore non avente cittadinanza italiana o dell’Unione europea che si trova per qualsiasi causa nel territorio dello Stato o che è altrimenti sottoposto alla giurisdizione italiana, privo di assistenza e di rappresentanza da parte dei genitori o di altri adulti per lui legalmente responsabili in base alle leggi vigenti nell’ordinamento italiano”.

<sup>90</sup> Sul punto si veda P. MOROZZO DELLA ROCCA, *I diritti di soggiorno dei minori non accompagnati durante e dopo la minore età*, in *Famiglia e diritto*, 2/2023, 170 ss.

Ancorché non perfetta, la legge Zampa ha innanzitutto promosso un cambio di paradigma che vede nel minore straniero non accompagnato non più un soggetto temporaneamente presente da rimpatriare<sup>91</sup>, ma, al contrario, un minore non espellibile (ai sensi dell'art. 19, co. 1 *bis*, TU immigrazione) in quanto persona particolarmente vulnerabile, salvo casi eccezionali e, comunque, tenuto conto del suo superiore interesse<sup>92</sup>. Un'ulteriore garanzia prevista dalla legge Zampa riguarda il diritto ad un permesso di soggiorno per minori (art. 10 l. 47/2017)<sup>93</sup> che si converte con il raggiungimento della maggiore età previa verifica dei presupposti di cui all'art. 14, co. 1 *bis*, del d.P.R. 394/1999 così come modificato dal d.P.R. 4 ottobre 2022, n. 191<sup>94</sup>. Inoltre, è previsto che con tali tipologie di permessi di soggiorno possa essere consentito al minore, nel rispetto delle previsioni in materia di lavoro minorile, lo svolgimento di attività lavorativa e formativa finalizzata all'accesso al lavoro. L'automatismo rispetto alla possibilità di ottenere un titolo di soggiorno rappresenta una tutela molto significativa in capo al minore straniero non accompagnato in quanto finalizzato al suo inserimento ed alla sua integrazione in un contesto territorialmente dato<sup>95</sup>.

Altri strumenti di tutela previsti dalla legge Zampa riguardano la nomina di un tutore legale per il minore straniero non accompagnato, oltre ad un articolato sistema di accoglienza e assistenza all'interno di strutture per minori. In merito a quest'ultimo aspetto, il riferimento normativo principale è rappresentato dal riformato art. 19 del D.lgs. n. 142 del 2015<sup>96</sup>, che prevede un sistema di accoglienza articolato principalmente in due fasi: la prima nei c.d. C.P.A. (Centri di prima accoglienza per minori), strutture governative temporanee destinate alle esigenze di soccorso e di protezione immediata dei minori stranieri non accompagnati; la seconda realizzata attraverso i c.d. S.A.I. (Sistema di accoglienza e integrazione) che dovrebbe rappresentare la fase più duratura e stabile durante la quale il minore straniero è supportato nello sviluppo della propria progettualità di integrazione. Inoltre, viene inserita un'ulteriore procedura che consiste nell'attivazione del Comune di residenza per la temporanea accoglienza del minore, o, in presenza di arrivi massicci e ravvicinati di minori stranieri non accompagnati, è disposta dal prefetto l'istituzione di strutture ricettive temporanee esclusivamente dedicate a tali minori (c.d. CAS minori), purché di età non inferiore a

---

<sup>91</sup> Cfr. G. PETTI, *La gabbia d'acciaio dei giovani migranti. I diritti dei minori stranieri non accompagnati*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1/2022, spec. 74 ss.

<sup>92</sup> A riguardo, si veda A. RAUTI, *I diritti dei minori stranieri non accompagnati e la logica dell'emergenza*, cit., 258.

<sup>93</sup> L'art. 10 della legge Zampa al suo comma 1, lett. a), prevede che «quando la legge disponga il divieto di respingimento o di espulsione, il questore rilascia il permesso di soggiorno: a) per minore età. In caso di minore straniero non accompagnato, rintracciato nel territorio nazionale e segnalato alle autorità competenti, il permesso di soggiorno per minore età è rilasciato, su richiesta dello stesso minore, direttamente o attraverso l'esercente la responsabilità genitoriale, anche prima della nomina del tutore ai sensi dell'articolo 346 del Codice civile, ed è valido fino al compimento della maggiore età».

<sup>94</sup> Il D.p.r. 4 ottobre 2022, n. 191, introducendo il comma 1 *bis* nell'art. 14 del D.p.r. 394/1999, ha previsto una significativa e positiva novità in merito alla possibilità di conversione dei permessi di soggiorno per richiesta asilo rilasciati ai minori stranieri non accompagnati, in caso di diniego della protezione internazionale, anche dopo il raggiungimento della maggiore età.

<sup>95</sup> Cfr. L. CERROCCI-E. PORCARO, *Minori stranieri non accompagnati. Orientamenti e materiali, strumenti e strategie per potenziare i processi di inclusione nel sistema scolastico*, Milano 2023.

<sup>96</sup> L'art. 19 del D.lgs. n. 142 del 2015 è stato riformato dalla c.d. legge Zampa a cui è seguita, da parte del Ministero dell'Interno, l'adozione del decreto 1° settembre 2016. In seguito, il legislatore è nuovamente intervenuto in merito con il d.l. 04 ottobre 2018, n. 113 (c.d. "decreto Salvini") e, da ultimo, con il d.l. n. 133 del 2023.

quattordici anni e comunque per il tempo strettamente necessario al trasferimento nei CPA minori o nel SAI<sup>97</sup>.

Per quanto riguarda l'accertamento dell'età, aspetto fondamentale del percorso migratorio da cui derivano i diritti e le garanzie di cui sopra, l'art. 19bis, co. 3, del d.lgs. n. 142 del 2015 dispone che l'identità del minore straniero non accompagnato vada accertata dalle autorità di pubblica sicurezza – coadiuvata dal mediatore culturale alla presenza del tutore legale – soltanto dopo che al minore sia stata data immediata assistenza umanitaria. Nel caso di dubbi in merito all'età dichiarata dal minore, questa è accertata in via principale attraverso un documento anagrafico, o, se permangono i dubbi, può essere disposto l'accertamento socio-sanitario dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minori<sup>98</sup>, pur sempre «utilizzando modalità meno invasive possibili e rispettose dell'età presunta, del sesso e dell'integrità fisica e psichica della persona»<sup>99</sup>. Dunque, nel sistema delineato dalla c.d. legge Zampa le procedure mediche di accertamento dell'età devono essere utilizzate solo come *extrema ratio* e previo consenso del minore.

Seppur brevemente tratteggiato, appare evidente il quadro di tutela ridisegnato dalla legge Zampa che si basa, tra l'altro, esclusivamente su un articolato apparato preventivo costruito solo con norme *extrapenali*, innescando, in tal senso, quella inversione di tendenza rispetto agli strumenti sino ad allora previsti che rispondevano ad una logica securitaria di prevenzione e repressione del fenomeno migratorio.

7. A fronte di tale assetto di tutela apparentemente attento al riconoscimento di una serie di garanzie specifiche in considerazione della vulnerabilità intrinsecamente connessa alla condizione di minore migrante<sup>100</sup>, si inserisce il D.L. 5 ottobre 2023, n. 133 le cui modifiche, ispirate nuovamente alla logica dell'emergenza nella gestione dei flussi migratori, hanno scompaginato il sistema di tutela precedentemente accordato dalla legge Zampa ai minori stranieri non accompagnati<sup>101</sup>. Le principali novità riguardano il sistema accoglienza<sup>102</sup> nonché le procedure connesse all'accertamento dell'età<sup>103</sup> e quelle proprie alla conversione del permesso di soggiorno ottenuto da minorenni in permesso di soggiorno per lavoro<sup>104</sup>.

---

<sup>97</sup> Per ulteriori approfondimenti sul sistema accoglienza previsto dalla c.d. legge Zampa si rinvia a M. GIOVANNETTI-M. ACCORINTI, *I minori stranieri non accompagnati tra accoglienza ed integrazione*, in *Minori Giustizia*, 3/2017. Si veda anche C. ATZENI, *I minori stranieri non accompagnati fra tutela delle vulnerabilità e gestione emergenziale del fenomeno*, cit., 107; A. RAUTI, *I diritti dei minori stranieri non accompagnati e la logica dell'emergenza*, cit., 260 ss.

<sup>98</sup> L'art. 19bis, comma 4, d.lgs. 142/2015 dispone che «qualora permangano dubbi fondati in merito all'età dichiarata da un minore straniero non accompagnato, la Procura della Repubblica presso il tribunale per i minorenni può disporre esami socio-sanitari volti all'accertamento della stessa».

<sup>99</sup> Sulla base di quanto previsto dai commi 6 e 6bis dell'art. 19bis, d.lgs. 142/201543 che rimandano al Protocollo multidisciplinare per la determinazione dell'età dei minori stranieri non accompagnati.

<sup>100</sup> Sulla condizione di particolare vulnerabilità dei minori stranieri non accompagnati si vedano l'art. 1, comma 2 della legge 7 aprile 2017, n. 47 (c.d. "legge Zampa") e l'art. 17 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 (c.d. "decreto Accoglienza"). Si rinvia inoltre al contributo di M.G. BERNARDINI-V. LORUBBIO, *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità: a mo' di introduzione*, in ID., *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento 2023, 45-68.

<sup>101</sup> Cfr. O. FIORE, *Minori stranieri non accompagnati: dalla tutela alla diffidenza. Il cambiamento di prospettiva nelle riforme contenute nel d.l. 133/2023*, in *Diritto, immigrazione, cittadinanza*, 1, 2024, 2.

<sup>102</sup> L'art. 5, comma 1, lett. a) del d.l. n. 133/2023 ha modificato l'art. 19 D.lgs. n. 142/2015.

<sup>103</sup> L'art. 5, comma 1, lett. b) del d.l. n. 133/2023 ha modificato l'art. 19bis D.lgs. n. 142/2015.

<sup>104</sup> A riguardo, l'art. 6 del d.l. n. 133/2023 ha inserito il comma 1bis all'art. 32 al D.lgs. n. 286 del 1998.

A titolo meramente esemplificativo, riguardo l'accoglienza l'art. 5 del D.L. n. 133 del 2023 apporta modifiche all'art. 19, co. 3*bis*, d.lgs. 142/2015 consentendo, «in presenza di arrivi consistenti e ravvicinati di minori non accompagnati», l'attivazione di strutture ricettive temporanee e, in caso di indisponibilità di quest'ultime, prevede l'accoglienza temporanea del minore di età non inferiore ai sedici anni in strutture per adulti per un significativo lasso di tempo: novanta giorni prorogabile per ulteriori sessanta<sup>105</sup>. A ben vedere la novità introdotta rappresenta un vero passo indietro nella garanzia del superiore interesse del minore in quanto non tiene in debito conto i principi sanciti a livello sovranazionale, così come consolidati anche attraverso la giurisprudenza della Corte EDU, con l'evidente rischio, al contrario, della trasposizione in legge di una prassi ormai largamente diffusa in Italia con conseguenze che si risolvono spesso nella lesione di diritti umani fondamentali<sup>106</sup>.

Per quanto invece riguarda l'accertamento dell'età che, come visto, consiste nell'articolata procedura *ex art. 19bis*, co. 7, 8 e 9, del d.lgs. n. 142 del 2015 caratterizzata da elementi estremamente garantisti nell'interesse del minore<sup>107</sup>, con il D.L. 133/2023 viene introdotta una disciplina derogatoria di cui al nuovo comma 6*bis* del menzionato articolo<sup>108</sup>; si prevede che, in caso di arrivi consistenti, multipli e ravvicinati sul territorio nazionale e quando si ritiene necessario rintracciare sul territorio nazionale una persona immigrata che non riesca a dare dimostrazione di come sia entrata nel territorio italiano, l'autorità di pubblica sicurezza può seguire una *procedura speciale* di accertamento dell'età disponendo, nell'immediatezza, lo svolgimento di rilievi antropometrici o altri accertamenti sanitari volti all'accertamento dell'età, salvo poi darne in un secondo momento comunicazione alla Procura della Repubblica presso il Tribunale per i minorenni per la prescritta autorizzazione. È stato osservato come, in realtà, tale procedura speciale sembra implicare, allora, un accertamento di tipo esclusivamente sanitario «votata alla rapidità dell'esito a discapito delle garanzie per la persona»<sup>109</sup> e si presta, dunque, a questioni rilevanti che impattano sulla piena fruibilità dei diritti fondamentali dei minori stranieri non accompagnati<sup>110</sup>.

Il D.L. 133/2023 oltre ad intervenire sui temi dell'accoglienza e dell'accertamento dell'età, ha altresì modificato le regole con riferimento alla conversione del permesso di soggiorno, rilasciato alla minore età, in permesso di soggiorno per lavoro subordinato o autonomo. A riguardo viene inserito il comma 1*bis* all'art. 32 del TU immigrazione prevedendo che la verifica dei requisiti per il rilascio del permesso di soggiorno ai minori stranieri non accompagnati al compimento del loro diciottesimo anno di età, per motivi di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, è demandata ai professionisti di

---

<sup>105</sup> Art. 5 del d.l. 5 ottobre 2023, n. 133, come modificato dalla l. 1° dicembre 2023, n. 176, che interviene sull'art. 19 del d.lgs. 18 agosto 2015, n. 142 rubricato "Accoglienza dei minori non accompagnati". Sempre in tema di minori stranieri non accompagnati lo stesso art. 5 del decreto introduce la misura dell'espulsione dal territorio nazionale come sanzione sostitutiva alla pena detentiva ai sensi dell'art. 16 TU immigrazione nel caso di condanna per il reato di cui all'art. 495 c.p.

<sup>106</sup> A riguardo si rinvia *retro* § 4.

<sup>107</sup> Cfr. C. ATZENI, *I minori stranieri non accompagnati fra tutela delle vulnerabilità e gestione emergenziale del fenomeno*, cit., 112.

<sup>108</sup> *ara* prevista al comma 6*ter* dell'art. 19*bis* del D.lgs. n. 142 del 2015.

<sup>109</sup> In questi termini O. FIORE, *Minori stranieri non accompagnati: dalla tutela alla diffidenza. Il cambiamento di prospettiva nelle riforme contenute nel d.l. 133/2023*, cit., 2.

<sup>110</sup> C. ATZENI, *I minori stranieri non accompagnati fra tutela delle vulnerabilità e gestione emergenziale del fenomeno*, cit., 113.

cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12<sup>111</sup>, ovvero alle organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale alle quali il datore di lavoro aderisce o conferisce mandato. Al sopravvenuto accertamento dell'assenza dei requisiti di cui al primo periodo, consegue la revoca del permesso di soggiorno e di ciò viene data notizia al pubblico ministero competente. Seppur «la disposizione intende assicurare l'effettività della sussistenza dei requisiti previsti dalla normativa vigente per il minore straniero non accompagnato che ha raggiunto la maggiore età, ai fini del rilascio del permesso di soggiorno previsto, a seconda dei casi, per motivi di lavoro subordinato o per lavoro autonomo»<sup>112</sup>, in realtà tale modifica, oltre a formalizzare alcune prassi già esistenti, produce un effetto di potenziale precarizzazione introducendo una evidente discriminazione per i MSNA, rispetto sia agli altri stranieri neo-maggiorenni residenti in Italia sin dalla minore età, che agli stranieri giunti in Italia in età adulta, palesandosi una violazione degli artt. 3 e 117, comma 1, della Costituzione nonché dell'art. 8 Cedu<sup>113</sup>.

Nel complesso, dunque, pare che le novità introdotte dal D.L. n. 133 del 2023 incidano negativamente sulla condizione dei minori stranieri non accompagnati depotenziando quel sistema di tutela accordato dalla disciplina di rango primario, riproponendo, al contrario, l'ennesima «drammatizzazione del fenomeno migratorio»<sup>114</sup>. Invero le modifiche del 2023 sembrano reintrodurre la logica della frammentarietà<sup>115</sup> finendo per precarizzare la condizione dei MSNA rendendo più difficile quell'adeguato “accompagnamento” verso la maggiore età secondo quanto invece richiesto dal principio del *superiore interesse del minore*.

8. A ben vedere ciò che emerge è un quadro fortemente ambiguo e contraddittorio in cui fa da sfondo il tema dell'urgenza che reperisce nella estemporaneità la propria cifra normativa<sup>116</sup>. Il succedersi frenetico di interventi normativi in materia -soprattutto nella forma della decretazione d'urgenza- rispecchia quell'approccio emergenziale votato a forme di “manipolazione” dei confini in funzione del controllo dei flussi migratori<sup>117</sup> con la conseguente compromissione dei diritti dei migranti. La gravità dell'approccio securitario al fenomeno migratorio si accentua quando a pagarne le conseguenze sono soggetti particolarmente vulnerabili, come i minori stranieri non accompagnati. A riguardo, se da un lato appaiono apprezzabili gli sforzi del legislatore del 2017 che ha tentato di porre rimedio alle carenze disfunzionali in merito all'accoglienza ed alla protezione di tale categoria di minori -tanto è vero che in dottrina la legge n. 47 del 2017 è stata definita come la canonizzazione della vulnerabilità del giovane migrante in vista della promozione dei suoi diritti<sup>118</sup>-, dall'altro lato, l'irrazionalità delle logiche securitarie hanno soppiantato la razionalità nelle scelte di fondo che

---

<sup>111</sup> Legge 11 gennaio 1979, n. 12 recante “Norme per l'ordinamento della professione di consulente del lavoro”, in G.U. n. 20 del 20.01.1979.

<sup>112</sup> Cfr. Relazione illustrativa del disegno di legge C. 1458.

<sup>113</sup> Così A. RAUTI, *I diritti dei minori stranieri non accompagnati e la logica dell'emergenza*, cit., 275.

<sup>114</sup> Cfr. M. AMBROSINI, *Il decreto Cutro e le tre politiche dell'immigrazione in Italia*, in *Politiche sociali*, 3/2013, 507.

<sup>115</sup> A. RAUTI, *I diritti dei minori stranieri non accompagnati e la logica dell'emergenza*, cit., 281.

<sup>116</sup> C. ATZENI, *I minori stranieri non accompagnati fra tutela delle vulnerabilità e gestione emergenziale del fenomeno*, cit., 102.

<sup>117</sup> In questi termini R. CHERCHI, *L'approccio hotspot e i diritti umani: le condanne dell'Italia nella sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo J.A. e altri c/Italia e nelle successive A.E. e altri c/ Italia*, cit. 24.

<sup>118</sup> Testualmente G. PETTI, *La gabbia d'acciaio dei giovani migranti. I diritti dei minori stranieri non accompagnati*, cit., 87.

dovrebbero essere improntate alla tutela dei diritti umani, traducendosi, al contrario, in un'opzione di maggior controllo.

Ed in tale ottica si pone il D.L. 133 del 2023 che ha riproposto, in ragione dell' "eccezionalità ed urgenza", una strisciante manipolazione di quelle garanzie sostanziali riconosciute al minore in ambito internazionale ed europeo. Invero, la previsione del raddoppio del tempo di trattenimento e permanenza dei minori stranieri non accompagnati nei centri di prima accoglienza per giunta in una situazione di promiscuità con gli adulti, la disciplina derogatoria di accertamento dell'età quasi esclusivamente condotta attraverso strumenti sanitari nonché le nuove norme riguardo la conversione del permesso di soggiorno, sono indubbi indici di quel populismo penale<sup>119</sup> osannato da una collettività incattivita da un panico securitario<sup>120</sup> di lotta contro i migranti. Nondimeno, il recente legislatore pare non tenere in debito conto le ripetute condanne da parte della Corte EDU che, come in precedenza visto, suggeriscono di limitare il trattenimento minorile a ipotesi del tutto eccezionali e straordinarie atteso che la privazione della libertà personale per i minori stranieri deve rappresentare una *extrema ratio* e avere durata più breve possibile. Al contrario, dall'ultimo intervento normativo del 2023 sembra emergere una propensione all'utilizzo dello strumento del trattenimento con frequenza sempre maggiore<sup>121</sup>. È d'obbligo, infine, segnalare che di recente il Consiglio d'Europa ha invitato le autorità italiane ad adottare le misure necessarie all'attuazione della sentenza della Corte Europea dei Diritti umani *Darboe e Camara c. Italia*, tenuto conto che il sistema di accoglienza italiano dedicato ai minori stranieri non accompagnati si dimostra «largamente insufficiente»<sup>122</sup>.

Pertanto, alla luce del descritto scenario normativo, a tratti discontinuo e discordante, di gran lunga a vari livelli discriminatorio e che non tiene sempre in debito conto la condizione di eccezionale fragilità dei minori migranti<sup>123</sup>, sarebbe opportuno un concreto e generale ripensamento delle politiche migratorie, quantomeno in ambito minorile, prendendo seriamente in considerazione le specifiche necessità di tutela dei minori stranieri non accompagnati nell'ottica del pieno rispetto del principio del *superiore interesse del fanciullo*.

---

<sup>119</sup> Riguardo al populismo penale in rapporto alla sicurezza si veda, tra gli altri, L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, cit., 73 ss. Sulla logica del consenso ispiratrice di un populismo penale si veda M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena 2019, 11 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen.*, 2018, 1 ss.; F. FORZATI, *La sicurezza penale fra rassicurazione sociale, conservatio ordinum e criminalizzazione del corpo estraneo*, cit., 1 ss., 22 ss., 41 ss.; A. CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla "cultura del penale"*, in *Arch. pen.*, 3/2018, 3; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.; G. BALBI, *Società paranoiche e diritto penale*, in *Critica del diritto*, 3/4, 2012, 435 e ss.; L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. Bovero-V. Panzè (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, Roma-Bari 2010, 115.

<sup>120</sup> Cfr. G. ALESCI, *(In-) Sicurezza e immigrazione. La "colpevolizzazione" dello straniero del diritto dell'emergenza*, cit., 1.

<sup>121</sup> Anticipando addirittura il trattenimento a un momento precedente all'arrivo sul territorio italiano, come prevede il protocollo d'intesa tra Italia e Albania fatto a Roma il 6 novembre 2023 e ratificato con la pubblicata la legge n. 14 del 21 febbraio 2024, "Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno", in G.U. n. 44 del 22.02.2024.

<sup>122</sup> Si veda quanto contenuto nel dossier ASGI, *Minori stranieri non accompagnati: Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa richiama l'Italia ad attuare le sentenze della Corte Europea dei Diritti umani*, 18 marzo 2024.

<sup>123</sup> Cfr. F. LENZERINI, *La Protezione dei Minori Non Accompagnati nel Diritto Internazionale*, in A. Annoni (a cura di), *La Protezione dei Minori Non Accompagnati al Centro del Dibattito Europeo ed Italiano*, Napoli 2018, 4.