

**ISSN 2974-7503**

**1/2025 Gennaio - Aprile**

# **NULLUM CRIMEN**

**Rivista quadrimestrale di scienze penali**

**Direttore Scientifico: Ali Abukar Hayo**

**Direttore Responsabile: Antonio Ricca**

**DIRETTORE SCIENTIFICO E EDITORE:** Ali Abukar Hayo

**DIRETTORE RESPONSABILE:** Antonio Ricca

**COMITATO SCIENTIFICO EDITORIALE:** Abdulqawi Ahmed Yusuf (Università di Ginevra), Luigi Cornacchia (Università di Bergamo), Giulio De Simone (Università del Salento), Andrea Rocco Di Landro (Università di Enna "Kore"), Stefano Fiore (Università del Molise), Marco Gambardella (Università di Roma "La Sapienza"), Filippo Giunchedi (Università di Roma "Unicusano"), Carlo Longobardo (Università di Napoli Federico II), Giuseppe Losappio (Università di Bari), Vittorio Manes (Università di Bologna), Antonella Marandola (Università del Sannio di Benevento), Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II), Tullio Padovani (Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa), Giuseppina Panebianco (Università di Messina), Francesco Petrelli (Presidente delle Unioni delle Camere Penali italiane), Giandomenico Salcuni (Università di Foggia), Antonino Sessa (Università di Salerno), Giorgio Spangher (Università di Roma "La Sapienza"), Mario Trapani (Università di Roma tre).

**COMITATO SCIENTIFICO (Revisori):** Alberto Aimi (Università e-Campus), Fabio Alonzi (Università e-Campus), Maristella Amisano (Università della Calabria), Sergio Bonini (Università di Trento), Ersi Bozheku (Università e-Campus), Pasquale Bronzo (Università di Roma "La Sapienza", Marco Cecchi (Università di e-Campus), Gabriele Civello (Università di Cagliari), Francesca Consorte (Università di Parma), Eleonora Anna Alexandra Dei-Cas (Università di Modena e di Reggio Emilia), Massimo Luigi Ferrante (Università di Cassino) Gianluca Gentile (Università di Napoli "Suor Orsola Benincasa"), Ciro Grandi (Università di Ferrara), Luigi Ludovici (Università di Roma Guglielmo Marconi), Nicola Madia (Università di Roma "Tor Vergata"), Domenico Notaro (Università di Pisa), Ylenia Parziale (Università di Roma "Unicusano"), Gianluca Ruggiero (Università del Piemonte Orientale), Gaetano Stea (Università di Bergamo), Ludovica Tavassi (Università di Milano "Bicocca"), Francesco Trapella (Università di Chieti-Pescara).

**COMITATO DI REDAZIONE:** Lavinia Cervellati, Stefano Di Pinto, Sarah Fresu, Natale Fusaro, Alessandro Gerardi Virgili, Andrea Pantanella, Serena Scippa, Elisa Tognana Cecchetti.

**Nullum Crimen** ([www.nullumcrimen.it](http://www.nullumcrimen.it)) è una Rivista online aggiornata quotidianamente e fascicolata ogni quattro mesi, ad accesso libero. La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committe on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I contributi pubblicati sulla rivista potranno essere riprodotti dall'Editore su altre, proprie pubblicazioni, in qualunque forma.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di **Nullum crimen**, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: iniziale del nome dell'Autore, cognome per esteso (in maiuscolo), titolo del contributo in corsivo, in *Null. crim.* (o NC), 1/2022, pp. 4 ss.

**Peer review:** **Nullum crimen** è una rivista scientifica *peer-reviewed*. Tutti i contributi, ad eccezione di quelli a firma del Direttore, sono sottoposti in forma anonima a revisione paritaria a doppio cieco (*double blind review*). La *peer review* è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista. I contributi che il Direttore ritiene di destinare alla pubblicazione sulla Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a due revisori, individuati secondo criteri di rotazione, tra i membri del

Comitato scientifico (Revisori) tenendo conto delle loro competenze specifiche. Il referaggio può anche essere affidato a valutatori esterni, scelti dal Direttore, tra Professori di prima e seconda fascia, e/o equiparati – o a queste funzioni abilitati – di Diritto penale e di Diritto processuale penale, italiani e stranieri, tenendo conto delle competenze specifiche. Il Direttore, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se, invece, i referee raccomandano modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti e verifica del loro accoglimento da parte della Direzione. In caso di discordanza di giudizio il Direttore valuta se pubblicare il contributo.

La documentazione relativa alla procedura di revisione svolta per ciascun contributo è conservata dal coordinamento di redazione.

Le regole di condotta adottate dalla Direzione, dai Revisori, nonché dalle Autrici e dagli Autori, sono contenute nel Codice Etico, reperibile nella homepage della Rivista.

Iscrizione nel pubblico registro della stampa n. 148/2022 del 15.12.2022 - Tribunale di Roma.

**ISSN 2974-7503**



indirizzo e-mail: [redazione@nullumcrimen.it](mailto:redazione@nullumcrimen.it)



sede: Corso Trieste, 106 - 00198 Roma (RM)

## INDICE DEI CONTRIBUTI

### ARTICOLI

A. ABUKAR HAYO, <i>Obblighi e limiti della tutela penale dei diritti soggettivi nel dialogo tra le Corti</i> .....	5
F. GIUNCHEDI, <i>Autorità e libertà. Frammenti di storia e prospettive nuove</i> .....	34
M. CECCHI, <i>Errare humanum est. Le “sensibili” incrinature del sillogismo giudiziale</i> .....	42
A. ABUKAR HAYO, <i>La procedura di attuazione delle decisioni della Corte penale internazionale differisce da quella di estradizione. Il caso Al-Masri</i> .....	55
S. VALERIO, <i>Il delitto di tortura: analisi critica e comparativa dell’art. 613-bis c.p. e problematiche irrisolte</i> .....	69
E. TOGNANA CECCHETTI, <i>Il “nuovo” tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie</i> .....	97
P. MARASCIULO, <i>Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui ex art. 314 bis c.p.</i> .....	110
M. TRAPANI, <i>La dinamica del diritto penale: il senso della pena e la critica del perdono</i> .....	124

\* Tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo sono stati sottoposti in forma anonima, con esito favorevole, alla valutazione di due revisori esperti.

OBBLIGHI E LIMITI DELLA TUTELA PENALE  
DEI DIRITTI SOGGETTIVI NEL DIALOGO TRA LE CORTI

*The obligations and limits of the criminal-law protection of  
subjective rights in the dialogue between Courts*

di

Ali Abukar Hayo \*

La legge dello Stato non è più la fonte esclusiva del diritto penale: i limiti territoriali di validità vengono progressivamente superati per tre vie: internazionale, transnazionale e sovranazionale. La prima tipologia ha per oggetto i reati *juris gentium*; la seconda trae origine dalle convenzioni tra gli Stati, dirette a reprimere la criminalità transnazionale; la terza ha vigore nell'ordinamento europeo, le cui norme sono sovraordinate a quelle di diritto interno. In questo quadro, sorgono nuove forme di tutela dei diritti soggettivi, le quali talvolta hanno l'effetto di limitare la potestà punitiva dello Stato, talvolta creano obblighi di incriminazione delle condotte lesive. La doppia tutela (nazionale ed europea) crea non pochi problemi di coordinamento e compatibilità; sotto questo profilo è emblematica la vicenda *Taricco*, della quale si ripercorrono le tappe salienti e da cui si traggono indicazioni per un più proficuo dialogo tra le Corti. In questa logica, devono leggersi i quattro rinvii pregiudiziali alla CGUE adottati dalla Corte costituzionale italiana, esaminati in questa sede. L'Autore ravvisa un possibile criterio di opportunità, basato sulla natura (prevalentemente nazionale o extranazionale) dell'interesse coinvolto.

\*\*\*

*National law is no longer the sole source of criminal law: the territorial limits of validity are being progressively removed by way of a three-pronged pathway, at the international, transnational and supranational levels. The first prong addresses juris gentium crimes,*

---

\* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

*the second originates from conventions between states, aimed at repressing transnational crime, while the third is applied within the European Union, with higher-ranking legal norms. New forms of protection of subjective rights may therefore arise within this framework, which at times have the effect of limiting the punitive power of the state, and, at others, of creating the obligation to pursue persons who engage in criminal conduct. This dual – national and European – protection, however, can create a number of problems regarding coordination and compatibility, and the so-called Taricco case is emblematic of this state of affairs. The four references for a preliminary ruling to the CJEU by the Italian Constitutional Court examined herein should be viewed against this backdrop. The article, in fact, examines the key stages of the case, from which indications for a more efficacious dialogue between the Courts may be drawn, and identifies a possible criterion of expediency based on the predominantly national or supranational nature of the interest involved.*

Sommario: 1. Il progressivo superamento dei limiti territoriali del diritto penale - 2. I controlimiti di diritto interno non opposti, ma adombrati nel caso *Taricco* - 3. I primi rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale italiana alla Corte di Giustizia dell'Unione europea - 4. I successivi rinvii pregiudiziali in materia di mandato di arresto europeo - 5. La ricerca di un criterio di opportunità nel dialogo *inter pares* tra la Consulta e la CGUE.

*Summary: 1. The progressive removal of the territorial limits of criminal law - 2. The counter-limits of domestic law not opposed but overshadowed in the Taricco case - 3. The Italian Constitutional Court's first references for a preliminary ruling to Court of Justice of the European Union - 4. Subsequent references for a preliminary ruling on the European arrest warrant - 5. The search for a criterion of expediency in the inter pares dialogue between the Constitutional Court and the CJEU.*

## **1. Il progressivo superamento dei limiti territoriali del diritto penale**

Fra tutte le branche dell'ordinamento giuridico, il diritto penale è stato tradizionalmente quello meno aperto alle "contaminazioni" internazionali, essendo trincerato dentro i confini nazionali e avendo la sua fonte solo nella legge dello Stato. Oggi i caratteri esclusivamente "territoriali" si stemperano e l'immagine odierna è

quella di un diritto permeato di influssi, connessioni e interdipendenze esterne alla sovranità nazionale, che si sviluppano lungo due direttrici: una internazionale, propriamente detta, e una sovranazionale.

Nell'ambito del diritto penale internazionale, dobbiamo distinguere quello cogente per vigore proprio e imperativo, da quello pattizio. Nel cogente si annoverano le fattispecie dei crimini, riconosciuti dall'intera comunità civile e ritenuti meritevoli di pena irrogata da corti *juris gentium* internazionali<sup>2</sup>. Si può ravvisare nell'istituzione dei Tribunali di guerra alla fine del secondo conflitto mondiale, di Norimberga e Tokyo, l'atto di nascita del diritto penale internazionale<sup>3</sup>. Lo sviluppo e il consolidamento successivi si ebbero con l'istituzione di tribunali *ad hoc* per l'ex Jugoslavia e il Ruanda. Ma si dovette attendere fino al 1998 perché vedesse la luce, con lo statuto di Roma, entrato in vigore nel 2002, la Corte internazionale permanente con sede all'Aja, la quale giudica sulle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario, sui crimini di guerra e contro l'umanità, nonché, dopo gli emendamenti dello Statuto di Roma apportati dalla Conferenza di Kampala, sul crimine di aggressione<sup>4</sup>. Si è dunque superata la fase dei tribunali internazionali, transeunti ed occasionali, istituiti sulla base di contingenze storiche irripetibili, e il diritto penale *juris gentium*, imperativo e gerarchicamente superiore al diritto interno, trova oggi un assetto istituzionale compiuto. Anche sul versante procedurale, si è giunti alla compiutezza e stabilità istituzionale con la contestuale nascita della Procura internazionale, avente sede nella medesima città dell'Aja<sup>5</sup>. Ad essa compete l'esercizio dell'azione penale e la gestione della fase delle indagini preliminari; tuttavia, è fin troppo evidente che, in assenza di un apparato investigativo e coercitivo autosufficiente, la Procura internazionale si avvale della collaborazione delle amministrazioni governative dei

---

<sup>2</sup> F. FRANCONI, *Voce Crimini internazionali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, Torino, 1989, vol. IV, p. 467. Cfr. inoltre N. RONZITTI, *Crimini internazionali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Napoli 1999, U. PIOLETTI, *Diritto penale internazionale e diritto interno. Crimini di guerra, crimini contro l'umanità e responsabilità apicale*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino – Studi* – n. 9/2020.

<sup>3</sup> Cfr. M. CHERIF BASSIOUNI, *Introduction in international Criminal Law*, Leiden-Boston, 2013, 535 ss..

<sup>4</sup> Sui vari meccanismi di repressione dei crimini internazionali e, in particolare sul ruolo della Corte penale internazionale cfr. Y. PARZIALE, *La responsabilità penale degli Stati per i crimini internazionali e il ruolo dei singoli individui*, in questa rivista, 3/2024 e bibliografia ivi citata.

<sup>5</sup> Sul punto M. CHERIF BASSIOUNI, *op. cit.*, 721 ss.

singoli Stati. Se dunque, da un lato, le norme di siffatto diritto internazionale hanno vigore proprio e si pongono su un piano gerarchico superiore a quello delle norme di diritto interno, posto che il legislatore nazionale non può sottrarre i propri cittadini al vincolo giuridico internazionale e alle sue conseguenze sanzionatorie; dall'altro, l'effettività concreta di tali norme è, in grande misura, ancora legata alla collaborazione politica degli organi di Stato, in mancanza della quale il vincolo giuridico perde la sua forza coattiva. Semplificando al massimo, potremmo dire che tale diritto è tuttora rappresentabile come un Giano bifronte, per certi versi sovrastatale, quanto alla validità, e per altri substatale, quanto all'efficacia concreta.

A questo diritto internazionale primario si affianca, come accennato, quello di origine convenzionale, dal quale discendono obblighi reciproci per gli Stati parte<sup>6</sup>. L'oggetto precipuo di questa branca del diritto, che potremmo chiamare transnazionale, è costituito dai reati commessi nel territorio di più Stati o comunque al di fuori del territorio dello Stato di appartenenza. Le convenzioni riguardano fondamentalmente obblighi di criminalizzazione, di collaborazione di polizia e giudiziaria. Sono chiamate, nel linguaggio del diritto internazionale, *suppression conventions*, in quanto dirette a "sopprimere" determinati fenomeni criminosi che destano particolare allarme sociale. Il primo esempio della tipologia in considerazione si può rinvenire nella Convenzione del 1926 sulla schiavitù, adottata in seno alla Lega delle Nazioni, cui fece seguito la Convenzione complementare di Ginevra del 1956. Tra le convenzioni più recenti, particolare rilevanza assume quella delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope del 1988, la quale ha conferito completezza e sistematicità alle precedenti del 1961 (con protocollo aggiuntivo del 1972) e del 1971, imponendo fra l'altro agli Stati parte l'obbligo di criminalizzazione relativo al reimpiego dei proventi illeciti. Non meno significativa è la Convenzione di Palermo del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale, i cui protocolli prendono in considerazione anche il traffico di esseri umani e il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Nel 2003 ha visto la luce la Convenzione di Merida contro la corruzione; si devono citare inoltre le convenzioni delle Nazioni unite,

---

<sup>6</sup> Sul punto cfr. F. VIGANO', *Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'*, in *Sistema penale*, 10 ottobre 2024, già edito in M. DONINI, L. GARLATI, M.N. MILETTI, R. ORLANDI, *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, Romatre Press, 2024, 97 ss.

sempre più numerose, aventi ad oggetto svariate materie, dalla regolazione della pesca, al traffico di specie animali protette, all'inquinamento dei mari. E infine è doveroso sottolineare che anche in seno all'OCSE si è sviluppata questa tipologia di diritto, con la stipula nel 1997 di apposita Convenzione contro la corruzione dei pubblici ufficiali nelle transazioni commerciali internazionali, alla quale hanno fatto seguito numerosi protocolli<sup>7</sup>.

Come si è detto, lo strumento convenzionale crea obblighi in capo agli Stati firmatari, ma non ha effetti diretti negli ordinamenti interni; è adoperato, in linea di massima, per implementare l'efficienza dell'amministrazione di polizia e di giustizia, assicurare maggiore efficacia deterrente alle norme penali di diritto interno e conferire effettività alle misure sanzionatorie ivi previste. All'uopo, le più recenti Convenzioni istituiscono meccanismi di autovalutazione, più o meno stabilmente strutturati, che hanno la funzione di controllare con periodicità il rispetto degli obblighi contratti dagli Stati parte. Si possono citare il *Working Group on Bribery*, istituito dalla Convenzione OCSE del 1997, il similare GRECO, che vigila sulla lotta alla corruzione nell'ambito del Consiglio d'Europa, e il Gruppo di esperti GRETA previsto dalla Convenzione sul traffico di esseri umani (Convenzione del 2005 del Consiglio d'Europa)<sup>8</sup>.

Inoltre, la dimensione esclusivamente nazionale del diritto penale finisce con l'essere ridimensionata in relazione alla tutela dei diritti universali dell'uomo. Il paradigma tradizionale configura il diritto soggettivo come limite alla potestà punitiva dello Stato; oggi, la tutela del diritto è declinata anche sotto il diverso profilo dell'obbligo di criminalizzazione delle condotte lesive. Il diritto, preso in considerazione nella prima guisa, ossia come limite sovranazionale alla criminalizzazione, è demandato all'interpretazione della Corte EDU, la quale, com'è noto, ha posto dei precisi paletti all'esercizio della potestà punitiva statale: sul versante

---

<sup>7</sup> Tale convenzione ha tracciato la strada per la Convenzione di Merida delle Nazioni Unite, nonché per altre convenzioni dell'Organizzazione degli Stati Americani e del Consiglio d'Europa. In quest'ultimo quadro giuridico, sono stati stipulati numerosi protocolli, dei quali si citano, a titolo esemplificativo, quelli contro il terrorismo (2002, 2005 e 2015), in materia di possesso di armi (1978), di tutela della proprietà culturale (1985), di tutela penale dell'ambiente (1998), di incriminazione dei fatti illeciti commessi mediante internet (2001 e 2003).

<sup>8</sup> N. BOSTER, *An Introduction in Transnational Criminal Law*, Oxford University Press, 2012, 60 ss.

dell'incriminazione, in virtù del principio di legalità e suoi corollari (sotto il profilo della prevedibilità della condanna), nonché in tema di retroattività *in melius* e divieto *in peius*; sul versante sanzionatorio, per il divieto di ergastolo senza possibilità di libertà anticipata. Ai nostri fini, tuttavia, rileva soprattutto la seconda guisa della tutela, che amplia la sfera dell'illecito penale. La sentenza della Corte EDU, che si pronunciò sui fatti accaduti nel G7 di Genova del 2001 (sentenza *Cestaro*), può considerarsi la pietra miliare *in subjecta materia*<sup>9</sup>. Furono qualificate come tortura le violenze inflitte alle persone in stato di fermo di polizia e fu inoltre affermato il principio di diritto, secondo il quale la Corte riserva a sé la facoltà di dichiarare la pena inflitta dal Giudice nazionale manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato. In ragione della giurisprudenza della Corte europea, il legislatore italiano ritenne di dover adeguare l'ordinamento interno con l'introduzione del reato di tortura nel 2017; il che costituisce la prova più evidente della permeabilità del diritto penale interno ai condizionamenti e alle incidenze esercitate dal principio della tutela penale dei diritti dell'uomo in funzione incriminatrice delle condotte lesive.

Il settore di gran lunga più rilevante della fenomenologia in esame è senza dubbio quello del diritto sovranazionale europeo<sup>10</sup>, sia in chiave limitativa, sia in chiave espansiva, quest'ultima avente rilievo prioritario ai fini del presente lavoro. Innanzitutto, vengono in considerazione le norme europee che contemplano obblighi di criminalizzazione<sup>11</sup> delle condotte lesive degli interessi finanziari dell'Unione,

---

<sup>9</sup> C. eur. dir. uomo, sez. IV, sent. 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*. Sul tema, F. VIGANÒ, *La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura: la sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano*, in *Dir. Pen. cont.*, 9 aprile 2015.

<sup>10</sup> Il carattere sovranazionale è emerso progressivamente, per tappe non del tutto preordinate. Di queste, una delle più importanti può scorgersi nella sentenza della Corte di Giustizia, *Van Gend en Loos* del 1963, che qualifica l'ordinamento europeo come *tertium genus* tra l'ordinamento nazionale e quello internazionale: "In considerazione di tutte queste circostanze si deve concludere che la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini" (punto 23). Cfr. M.C. ACCARDO, *Il rapporto tra Corte di giustizia europea e Corti costituzionali nazionali: note a margine delle sentenze 177 e 178/2023 della Corte costituzionale*, in *Quaderni AIDUE*, 1/2024.

<sup>11</sup> Sugli obblighi di tutela penale cfr. F. VIGANO', *L'arbitrio di punire: sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, vol. IV, 2011, 2640 ss.; L. GROSSI, *I 'nuovi' obblighi costituzionali di tutela penale: dall'an al quomodo dell'incriminazione*, LP, 9,1,2024; C. LARINNI,

in applicazione del *principio di equivalenza*, in virtù del quale ciascuno Stato membro è tenuto ad assicurare a tali interessi la medesima protezione assicurata ai propri interessi finanziari<sup>12</sup>.

Ancor prima del Trattato di *Maastricht*, le due convenzioni di *Schengen* del 1985 e del 1990 contemplavano obblighi conformativi dei sistemi penali interni a carico degli Stati aderenti, secondo lo schema tradizionale del diritto convenzionale che vincola orizzontalmente i soggetti-parte; ma vi era già contenuta la radice del successivo vigore sovranazionale, poiché si riconosceva alla Corte di Giustizia dell'Unione europea il potere di pronunciarsi sull'interpretazione delle clausole. Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam del 1999, lo strumento tradizionale della convenzione fu gradualmente sostituito da quello della *decisione quadro*, approvata all'unanimità dal Consiglio con parere del Parlamento, e ancora facente parte del terzo pilastro dell'Unione, ma produttivo di obblighi a carico degli Stati, a partire dall'adozione senza necessità di ratifica da parte dei parlamenti nazionali. Con decisione quadro 2002/584/GAI fu introdotto il mandato di arresto europeo (MAE), fondato sul mutuo riconoscimento della decisione giudiziaria e sul presupposto della fiducia reciproca tra gli Stati in ordine al rispetto dei diritti fondamentali<sup>13</sup>. Con il medesimo strumento furono introdotti, nel primo decennio del terzo millennio, importanti obblighi di criminalizzazione in materia di traffico di esseri umani, favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, terrorismo, stupefacenti, falsificazione di monete, xenofobia e negazionismo.

Con il trattato di Lisbona, il diritto penale e processuale penale sono entrati a pieno titolo tra le competenze dell'Unione. L'art. 82 del Trattato sul funzionamento dell'Unione (TFUE) fonda la competenza in materia processuale, in base alla quale sono state emanate varie direttive che sanciscono diritti dell'imputato e delle

---

*Obblighi europei di incriminazione e responsabilità colposa*, in *Riv. Pen., disCrimen* del 15.4.2020; C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

<sup>12</sup> Si vedano: la direttiva 2017/1371/UE, relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione (direttiva PIF); il decreto legislativo 14 luglio 2020, n. 75 (in G.U. n. 177 del 15 luglio 2020), di attuazione della direttiva. Sul punto cfr. M. SCHIAVO, *La lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione Europea a seguito della direttiva PIF*, in *PenaleDP*, 13 settembre 2022.

<sup>13</sup> Sul MAE cfr. nota n. 32.

vittime<sup>14</sup>. Inoltre, sulla base dell'art. 86 TFUE è stato approvato il Regolamento 2017/1939/UE che ha dato vita all'istituzione della Procura europea, divenuta operativa nel 2021<sup>15</sup>.

Il diritto penale (sostanziale), emanato sulla base dell'art. 183 TFUE per il contrasto alla criminalità transnazionale, ha ripreso, in buona misura, il contenuto delle precedenti decisioni quadro, trasponendolo in direttive. Muta tuttavia il meccanismo di *enforcement*, dal momento che gli obblighi di conformazione, disposti dalle direttive, hanno vigore anche contro la volontà dello Stato, al quale rimane solo la facoltà di attivare il c.d. freno di emergenza, di cui agli artt. 82, paragrafo 3 e 83, paragrafo 3 del TFUE, quando ritenga che la norma della direttiva sia contraria ai principi fondamentali dell'ordinamento giuridico interno<sup>16</sup>. Il trattato di Lisbona ha

---

<sup>14</sup> A titolo esemplificativo: la direttiva 2014/41/UE stabilisce i criteri per adottare misure di cooperazione giudiziaria; la n. 2014/04/UE dispone in ordine al diritto all'interpretazione degli atti nei procedimenti penali; la direttiva 2013/48/UE indica i criteri vincolanti in ordine al diritto di difesa; la direttiva 2016/343/UE rafforza la presunzione di innocenza.

<sup>15</sup> G. DE AMICIS, *Competenza e funzionamento della Procura Europea nella cognizione del Giudice*, in LP, 31.1.2022; Funzioni e poteri della Procura Europea sono disciplinati dal Regolamento 2017/1939/UE, pubblicato in G.U.U.E., 31 ottobre 2017, n. L 283. Per un quadro generale sull'EPPO e sulla sua istituzione, *The Establishment of the European Public Prosecutor's Office: Steps Forward Versus National Resistances*, in T. Rafaraci - R. Belfiore (a cura di), *EU Criminal Justice. Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, 2019, p. 157 ss.; L. SALAZAR, *Definitivamente approvato il regolamento istitutivo della procura europea*, in *Dir. pen. cont.*, 10/2017, p. 328 ss.; M. PELISSERO, *I reati lesivi degli interessi finanziari dell'Unione europea di competenza del pubblico ministero europeo*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2019, p. 1120 ss.; E. TRAVERSA, *I tre principali aspetti istituzionali dell'attività della Procura europea (EPPO): legge applicabile, rimedi giurisdizionali e conflitti di competenza*, in *Arch. pen.*, 2019/3, p. 23 ss.; D. VILAS ÁLVAREZ, *The Material Competence of the European Public Prosecutor's Office*, in L. Bachmaier (a cura di), *The European Public Prosecutor's Office. The Challenges Ahead*, a cura di Winter, Springer, 2018, p. 29 ss.; R. BELFIORE, *L'adeguamento della normativa nazionale al regolamento sulla Procura Europea: il punto della situazione*, in *Sistema penale*, 7/2020; A. CASTALDO, *La Corte di Giustizia dell'Unione Europea si pronuncia, per la prima volta, sul regolamento istitutivo della Procura Europea, chiarendo limiti e integrazioni all'attività di indagini transfrontaliere tra Procuratori Europei delegati e Corti nazionali*, in *Giurisprudenza penale web*, 2024/3 (Grande Sezione, 21 dicembre 2023, causa C-281/22 G.K., B.O. D. GMBH, S.L.).

<sup>16</sup> Lo strumento non è mai stato adoperato. Cfr. F. VIGANO', *Dal diritto penale dello Stato*, cit., 27. Tuttavia, a prescindere dallo strumento di cui agli artt. 82 e 83 TFUE, la relazione "paritaria" tra le Costituzioni nazionali e i Trattati europei è stata assicurata dai c.d. controlimiti di diritto interno, i quali sono stati teorizzati, per la prima volta in Italia, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 183/73, del 27 dicembre 1973, Frontini, in *Giur. Cost.*, n. 18, 1974, 2401 ss.. Sul punto cfr. C. AQUINO, *La Corte*

attribuito alla *Carta dei diritti fondamentali* la medesima forza giuridica dei trattati; ciò comporta che le norme della Carta, così come interpretate dalla Corte di Giustizia, sono direttamente vincolanti negli Stati membri, in virtù della natura di norme primarie di diritto europeo.

## **2. I controlimiti di diritto interno non opposti, ma adombrati nel caso Taricco**

Nella disamina delle questioni derivanti dalla coesistenza dell'ordinamento interno e sovranazionale, non si possono eludere alcuni cenni al caso Taricco, che gettano luce, da un lato, sui rischi della doppia tutela dei diritti e, dall'altro, sulla necessità del dialogo tra le Corti, proprio al fine di evitarli<sup>17</sup>. Quella vicenda può dirsi emblematica, perché una sentenza della CGUE aveva aperto una crepa nell'ordinamento italiano, il cui possibile approfondimento avrebbe comportato uno stravolgimento delle garanzie dell'imputato nei processi per frode fiscale, con effetti potenzialmente discriminatori, secondo che risultassero offesi gli interessi finanziari dello Stato italiano o quelli dell'Unione Europea. Il provvidenziale intervento della Corte costituzionale italiana - la quale ha ommesso di opporre i controlimiti di diritto interno, ma non di sottolineare l'irrinunciabile principio di legalità in materia penale, a tutela dell'imputato, che comporta il decorrere del termine di prescrizione del reato nei tempi previsti dalla legge dello Stato - ha introdotto il metodo del dialogo fra le Corti, le cui successive tappe saranno esposte tra breve. Si rivela dunque conducente ripercorrere i passi salienti della vicenda Taricco, che funge da premessa necessaria degli sviluppi successivi, che ci occupano, caratterizzati dai rinvii pregiudiziali della Corte interna a quella europea.

Il GUP presso il Tribunale di Cuneo, avviando il procedimento di rinvio pregiudiziale previsto dall'art. 267 TFUE, investiva la CGUE della questione se le disposizioni nazionali in materia di interruzione della prescrizione, ex art. 160 ultimo comma e 161 del codice penale, fossero in contrasto con gli artt. 101, 107, e 119 TFUE, nonché l'art. 158 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006,

---

*di Giustizia della Comunità Europea e le Corti Costituzionali italiana e tedesca: un dialogo esistente ma incompleto*, in *Civitas Europa*, 20 giugno 2008, 217 ss.

<sup>17</sup> In argomento, sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *Sulla linea di confine tra politica e diritto e sul principio di legalità, penale e processuale, a margine del "caso Taricco"*, in *Arch. Pen.*, 2/2018.

relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (GU L 347, pag. 1). Si ipotizzava la lesione del diritto europeo, in quanto il prolungamento del termine di prescrizione di solo un quarto della sua durata iniziale, in conseguenza di un atto interruttivo, non avrebbe consentito di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave a danno degli interessi finanziari dell'Unione Europea. In sintesi, il Giudice opinava che il termine di prescrizione relativo al delitto previsto dall'art. 2 della legge 74/2000, risultasse troppo breve in caso di atto interruttivo, tanto da non potersi procedere alla condanna dell'imputato Taricco, ritenuto responsabile di una frode grave (c.d. "frode carosello"), in materia di IVA all'esportazione, a somiglianza di molti altri casi; e concludeva che «la durata del procedimento rende [...] l'impunità in Italia non un caso ma la norma»<sup>18</sup>.

La grande sezione della CGUE, con la sentenza Taricco, dell'8 settembre 2015, nella causa C-105/14, ha parzialmente accolto la tesi del giudice rimettente<sup>19</sup>, mostrando tuttavia di nutrire qualche dubbio sui suoi presupposti. La declaratoria della Corte dispensava il giudice penale italiano dall'osservare il termine di prescrizione previsto dalla legge nazionale, al verificarsi di una delle seguenti condizioni: a) che il rispetto del termine impedisse la condanna dell'imputato in un numero considerevole di casi, sì da far scemare grandemente la forza dissuasiva della norma penale; b) che il termine di prescrizione per l'analogia evasione fiscale riguardante un tributo

---

<sup>18</sup> GUP Cuneo, 17.1.2014, 13, ultimo rigo. *Amplius* P. DAVIGO, *Una prescrizione vi salverà*, in *Micromega*, fasc. 7/2014. Dell'assunta impunità generalizzata degli evasori può senz'altro dubitarsi, di questo avviso, S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1/2016, 363. L'Autore si duole che l'eccessiva durata dei processi italiani, in mancanza della quale nessun problema di "impunità" sarebbe emerso, venga data per "scontata".

<sup>19</sup> Cfr. F. GIUNCHEDI, *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, in libri di *Archivio penale*, Pisa University Press, 2018, 15 ss.; A. VENEGONI, *La sentenza Taricco: una ulteriore lettura sotto il profilo dei riflessi sulla potestà legislativa dell'Unione in diritto penale nell'area della lotta alle frodi*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 29 ottobre 2015; O. MAZZA, *Scelte politiche "europee"*, cit.; G. CIVELLO, *Il dialogo fra le quattro corti: dalla sentenza "Varvara" (2013) della CEDU alla sentenza "taricco" (2015) della CGUE*, in *Arch. pen.*, 2015, 783 ss.; S. RECCHIONE, *Dal dialogo tra le Corti alla resa dei conti*, in *Arch. pen.* 2015, 807 ss.; G. SALCUNI, *Il dialogo fra le Corti: dalla "giurisprudenza forte" alla "giurisprudenza argomento"*, in *Arch. pen.* 2015, 818 ss.; A. MANNA (a cura di), *Il principio di stretta legalità tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, Pisa, 2016.

nazionale (diverso dall’IVA) fosse più lungo, sì da far ritenere meno tutelato l’interesse dell’Unione Europea rispetto all’interesse dello Stato italiano<sup>20</sup>.

Nel diritto interno, questa pronuncia ha avuto riflessi contenuti, ma non irrilevanti; non si è giunti alla disapplicazione generalizzata del termine di prescrizione e tuttavia se ne è corso il rischio<sup>21</sup>. La Corte d’Appello di Milano ha ritenuto che l’applicazione della sentenza Taricco determinasse retroattivamente una modifica *in malam partem* della situazione giuridica dell’imputato, sicché ha sollevato questione di legittimità costituzionale della norma di legge nazionale di recepimento del Trattato di Lisbona, in riferimento al contrasto tra l’art. 325 TFUE e l’art. 25 2° comma della Costituzione; in sintesi, ha chiesto alla Corte costituzionale se fosse il caso di azionare i controlimiti di diritto interno. Al contempo, la Corte ha espresso dubbi sulla conformità dell’ordinamento italiano al principio di cui all’art. 325 § 2 TFUE, in relazione al reato – oggetto della sua cognizione - di associazione per delinquere finalizzato al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, previsto dall’art. 291 *quater* DPR 23 gennaio 1973, n. 43. Osservava la Corte che tale reato, benché assimilabile ai reati puniti dal decreto n. 74/2000, non è soggetto alle medesime regole sul limite del termine di prescrizione; riteneva dunque di essere tenuta a disapplicare il termine di prescrizione previsto dalle disposizioni del codice penale (nonché a pronunciarsi sul merito). La Corte di cassazione, inizialmente orientata a disapplicare la norma recante l’aumento di un quarto del termine di prescrizione, in caso di atto interruttivo, ha poi ritenuto di dover investire la Corte costituzionale della questione se fossero opponibili i controlimiti al dispositivo della sentenza Taricco.

---

<sup>20</sup> La genericità e indeterminatezza dei parametri indicati dalla Corte di Giustizia (numero considerevole dei casi e gravità della frode), prima che si pronunciasse la Corte costituzionale, erano tati evidenziati da gran parte della dottrina; cfr. per tutti M. GAMBARDELLA, *Il persistente dubbio interpretativo sul diritto dell’Unione e la necessità di un nuovo chiarimento da parte della Corte di Giustizia*, in *Cass. pen.*, n. 04/2017, 1343 ss.

<sup>21</sup> Sugli ulteriori sviluppi del caso *Taricco* cfr. AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, in A. BERNARDI - C. CUPELLI (a cura di), Napoli, 2017; A. MANNA, *Il difficile dialogo fra corti europee e corti nazionali nel diritto penale: analisi di due casi problematici*, in *Il Diritto penale della globalizzazione*, settembre 2018 *online*. Emblematica dell’orientamento giurisprudenziale a disapplicare la normativa nazionale sulla prescrizione, la sentenza Cass. Pen., sez. III, 17 sett. 2015 – 20 gen. 2016, n. 2210, commentata da F. ROSSI, *La Cassazione disapplica gli artt. 160 e 161 c.p. dopo la sentenza Taricco*, in *Giur. It.*, 2016, n. 4, 965 ss.

Innanzitutto alla CGUE è approdata, dunque, per la seconda volta la vecchia questione del caso Taricco, ma in versione assolutamente nuova, arricchita dalle osservazioni della Corte costituzionale; sicché il cono d'osservazione è stato spostato sul versante dei controlimiti di diritto interno<sup>22</sup>. La Corte costituzionale, investita della questione, avrebbe potuto opporre alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea i controlimiti di diritto interno e per questa via sarebbe stata esclusa qualsiasi ipotesi, quand'anche condizionata, di disapplicazione giudiziale delle norme interne riguardante la prescrizione del delitto di frode fiscale ai danni degli interessi europei. La Consulta ha scelto tuttavia la strada del dialogo, rinunciando a far valere i controlimiti interni. Con l'ordinanza n. 24/2017, ha sottolineato che, nell'ordinamento italiano, il regime della prescrizione in materia penale riveste natura sostanziale e, pertanto, rientra nell'ambito di applicazione del principio di legalità, previsto dall'art. 25 Cost.<sup>23</sup>. Si tratta ovviamente di un punto chiave, giacché la prima sentenza Taricco aveva asserito la possibilità del giudice nazionale di disattendere la legge italiana, proprio sul presupposto che l'istituto della prescrizione appartenesse all'ambito del diritto processuale e pertanto fosse applicabile il principio *tempus regit actum*, piuttosto che il principio di irretroattività.

La grande sezione della Corte Europea, con la sentenza del 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, ha sostanzialmente preso atto delle cristalline deduzioni della Corte costituzionale italiana e ha arricchito il *dictum* della prima sentenza Taricco di un'ulteriore condizione: il giudice italiano ha la facoltà di non rispettare il termine di prescrizione previsto dalla legge italiana *a condizione di non violare il principio di*

---

<sup>22</sup> Sugli sviluppi della vicenda, a seguito della sentenza *Taricco*, cfr. per tutti M. GAMBARDELLA, *Il persistente dubbio interpretativo*, cit.

<sup>23</sup> A. MANNA, *Il difficile dialogo*, cit., 170 ss.; A. RUGGERI, *Ultimatum della Consulta alla Corte di Giustizia su Taricco, in una pronunzia che espone, ma non oppone, i controlimiti (a margine di Corte cost. n. 24 del 2017)*, in AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, a cura di A. BERNARDI - C. CUPELLI, Napoli, 2017, 393 ss. La strada *soft* del dialogo, scelta dalla Corte costituzionale, non ha compromesso la chiarezza; secondo D. NEGRI, *Dallo 'scandalo' della vicenda Taricco risorge il principio di legalità processuale, in Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, cit., 297, "con tono paziente ma fermo la Corte costituzionale impartisce ai giudici di Lussemburgo una lezione esemplare di grammatica penale nello Stato di diritto".

*legalità*<sup>24</sup>. Questa ulteriore condizione, a nostro avviso, non rientrava nel novero delle “pressoché impossibili”, bensì in quello delle “assolutamente impossibili”, la cui impossibilità era già stata dichiarata *apertis verbis* e “certificata” (con l’ordinanza n. 24/2017) dalla Corte costituzionale, unico giudice delle leggi e interprete dei principi costituzionali. A nostro avviso, dunque, il nuovo *dictum* della Corte Europea, con il complemento delle considerazioni della Corte costituzionale italiana, ammetteva una sola chiave di lettura: “in nessun caso il giudice può disapplicare la legge italiana che regola il termine di prescrizione”. Sicché, con la seconda sentenza Taricco, di fatto erano già venuti meno I presupposti della *querelle*, ancorché si attendesse ancora, dopo la sentenza della CGUE, l’ulteriore pronuncia della Corte costituzionale italiana. Comunque, la parola finale è stata pronunciata con la sentenza n. 115/2018 della Corte costituzionale italiana, investita della questione – sollevata dalla Corte d’Appello di Milano e dalla Corte di cassazione - se fosse costituzionalmente illegittimo l’art. 2 della legge di autorizzazione alla ratifica del Trattato di Lisbona (n. 130/2008), a riguardo del recepimento nel nostro ordinamento dell’art. 325 TFUE, come interpretato dalla Corte di Giustizia dell’Unione europea. La Consulta ha osservato che il presupposto della questione è venuto meno, giacché con la seconda sentenza Taricco la Corte europea ha riconosciuto che l’art. 325 TFUE non impone al giudice nazionale di disattendere la legislazione italiana (in tema di prescrizione) quando sia ravvisabile un contrasto con il principio di legalità. Orbene, a giudizio della Corte costituzionale, la “regola Taricco” (ossia la disapplicazione della legge italiana in tema di prescrizione) “è in contrasto con il principio di determinatezza in materia penale, consacrato dall’art. 25, secondo comma, Cost.”.

---

<sup>24</sup> La Corte di Giustizia dichiara: «L’articolo 325, paragrafi 1 e 2, TFUE deve essere interpretato nel senso che esso impone al giudice nazionale di disapplicare, nell’ambito di un procedimento penale riguardante reati in materia di imposta sul valore aggiunto, disposizioni interne sulla prescrizione, rientranti nel *diritto sostanziale nazionale*, che ostino all’inflizione di sanzioni penali effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono tali interessi, termini di prescrizione più brevi di quelli previsti per i casi che ledono gli interessi finanziari dello Stato membro interessato, a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell’insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell’applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato».

### 3. I primi rinvii pregiudiziali della Corte costituzionale italiana alla Corte di Giustizia dell'Unione europea

Come abbiamo visto, il metodo dialogico introdotto dalla Corte costituzionale, nei rapporti con la Corte di Giustizia, diede i suoi frutti nel caso *Taricco*, impedendo un potenziale *vulnus* al sistema delle garanzie dell'imputato. Sulla scorta di quell'esperienza, la Consulta preferì, in seguito, utilizzare lo strumento del rinvio pregiudiziale, in modo che non si manifestassero divergenze giurisprudenziali in materie sottoposte alla doppia tutela, della Costituzione italiana, da un lato, e della Carta dei diritti fondamentali di Nizza (CFDUE), dall'altro.

In proposito, è opportuno sottolineare, che sulla questione della doppia tutela la Consulta, in tempi antecedenti all'adozione dello strumento del rinvio pregiudiziale, si era già espressa con la sentenza n. 269 del 14 dicembre 2017<sup>25</sup>, la quale aveva parzialmente modificato la c.d. dottrina *Granital* (sentenza n. 170 del 1984), stabilendo che, in presenza di dubbi di compatibilità delle norme di legge sia coi principi della Costituzione sia con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, "debba essere sollevata la questione di legittimità costituzionale, fatto salvo il ricorso al rinvio pregiudiziale". Successivamente la Corte costituzionale ha avuto modo di

---

<sup>25</sup> Cfr. A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, 1 ss; M. CARTABIA, *Convergenze e divergenze nell'interpretazione delle clausole finali della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, 3, 2017, 1 ss; A. RUGGERI, *Svolta della Consulta sulle questioni di diritto europolitico assiologicamente pregnanti, attratte nell'orbita del sindacato accentrato di costituzionalità, pur se riguardanti norme dell'Unione selfexecuting (a margine di Corte cost. n. 269 del 2017)*, in *Riv. diritti comparati*, n. 3, 2017, 234 ss; G. REPETTO, *Concorso di questioni pregiudiziali, etc.*, in *Giur. Cost.*, 2017, 2955; A. GUZZAROTTI, *La sentenza n. 269 del 2017: un «atto interruttivo dell'usucapione» delle attribuzioni della Corte costituzionale?*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2018, 194 ss; D. TEGA, *La sentenza n. 269 del 2017: il concorso di rimedi giurisdizionali costituzionali ed europei*, *ibidem*, 197 ss; ID., *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in *www.questionegiustizia.it*, 12 marzo 2018; G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in *Osservatorio AIC*, 2/2018; M. MASSA, *La prima parola e l'ultima. Il posto della Corte costituzionale nella tutela integrata dei diritti*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, 2019, 737 ss; D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto Ue, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, 1, 2019, 220 ss; A. RUGGERI, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017, ora in ID., "Itinerari" di una ricerca sul sistema delle fonti*, vol. XXII, "Studi dell'anno 2018", Torino 2019, 133 ss.

pronunciarsi nuovamente sulla doppia pregiudizialità<sup>26</sup>, chiarendo che sollevare la questione di costituzionalità non è necessariamente prioritario rispetto al rinvio pregiudiziale, bensì una mera “opportunità”. Dunque, nel concorso dei rimedi giurisdizionali, nessuno dei quali prioritario rispetto all’altro, la via preferibile era quella del “dialogo fra Le Corti”, laddove la “materia del contendere” avesse una particolare proiezione esterna all’ordinamento domestico, incidente sulla prospettiva di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati europei.

Nella logica di tale collaborazione dialogica, la Corte costituzionale italiana, con ordinanza n. 117 del 2019 sospese il giudizio di legittimità costituzionale, promosso dalla Corte di cassazione<sup>27</sup>, che verteva sull’art. 187-*quinquiesdecies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58<sup>28</sup>, nella parte in cui sanzionava la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), «anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB,

---

<sup>26</sup> S. MANACORDA, *Doppia pregiudizialità’ e Carta dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 72 ss.

<sup>27</sup> D. TEGA, *Il seguito in Cassazione della pronuncia della Corte costituzionale n. 269 del 2017: prove pratiche di applicazione*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it); G. COMAZZETTO, *Cronaca di una svolta annunciata: doppia pregiudizialità e dialogo tra Corti, a un anno dalla sentenza n. 269/2017*, cit., p. 32; A. COSENTINO, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017*, in [www.osservatoriosullefonti.it](http://www.osservatoriosullefonti.it), n. 3 del 2018, p. 9; A. RUGGERI, *Dopo la sent. 269 del 2017 della Consulta sarà il legislatore a fare da paciere fra le Corti?*, in *Consulta online*, 2018, n. 1, p. 156 SS.; e s. (nota 8); ID, *Una prima, cauta ed interlocutoria risposta della Cassazione a Corte cost. n. 269/2017 (a prima lettura di Cass. II sez. civ. 16 febbraio 2018, n. 3831, Bolognesi c. Consob)*, ivi, p. 82; S. VERNUCCIO, *La sentenza 269/2017: la Corte costituzionale di fronte alla questione dell’efficacia diretta della Carta di Nizza e la prima risposta del giudice comune (Cass. Ord. 3831/2018)*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2018, 16.

<sup>28</sup> Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), come introdotto dall’art. 9, comma 2, lettera b), della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004). Cfr. La sentenza della Corte costituzionale 13 - 30 aprile 2021, n. 84, (in G.U. 1<sup>a</sup> s.s. 05/05/2021, n. 18), che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 187-*quinquiesdecies* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), nel testo originariamente introdotto dall’art. 9, comma 2, lettera b), della legge 18 aprile 2005, n. 62 «nella parte in cui si applica anche alla persona fisica che si sia rifiutata di fornire alla CONSOB risposte che possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative di carattere punitivo, ovvero per un reato».

nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate». In proposito il Giudice rimettente osservava che «il dovere di collaborare [...] in capo a colui che dalla stessa CONSOB venga sanzionato per l'illecito amministrativo di cui all'art. 187-bis [del d.lgs. n. 58 del 1998] non sembra [...] compatibile con la posizione di parità che tale soggetto e la CONSOB debbono rivestire nella fase giurisdizionale di impugnativa del provvedimento sanzionatorio»; pertanto ravvisava il possibile contrasto con gli artt. 24, 111 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), e all'art. 14, comma 3, lettera g), del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, nonché con gli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE).

Premesso che l'art. 187-*quinquiesdecies*, e, più in generale, l'intera disciplina del d.lgs. n. 58 del 1998, ricadono nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ai sensi dell'art. 51 CDFUE, la Corte di cassazione osservava che la formulazione dell'art. 47, paragrafo 2, CDFUE, sostanzialmente sovrapponibile a quella dell'art. 6, paragrafo 1, CEDU, deve essere interpretata – secondo quanto previsto dall'art. 52, paragrafo 3, CDFUE – in conformità all'interpretazione della corrispondente previsione convenzionale, fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, in materia di tutela della concorrenza, si evince il principio secondo cui la Commissione non può imporre all'impresa l'obbligo di fornire risposte, attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione. In sintesi, sia la giurisprudenza della CEDU, sia quella CGUE richiamano il principio generale *nemo tenetur se detegere*, sicché la Corte di cassazione ne ravvisava la possibile violazione e conseguentemente invocava la pronuncia della Corte costituzionale.

La citata ordinanza della Consulta ha ulteriormente avvalorato le considerazioni della Corte di cassazione, arricchendole del riferimento alla propria consolidata giurisprudenza, secondo la quale «le sanzioni amministrative previste nell'ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in

ragione della loro particolare afflittività, misure di natura “punitiva”»<sup>29</sup>. Ne deriva che, anche in questo campo, bisogna riconoscere il diritto della persona a non contribuire alla propria incolpazione e non rendere dichiarazioni di natura confessoria (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Dunque, la Consulta ha sostanzialmente recepito le osservazioni del Giudice rimettente; ciò nonostante, non ha dichiarato *sic et simpliciter* l’illegittimità costituzionale delle norme, in considerazione del fatto che «la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera [...] un concorso di rimedi giurisdizionali»<sup>30</sup>. In questo quadro, la Corte costituzionale ha il compito di «contribuire a rendere effettiva la possibilità che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri»; da qui l’esigenza di una «costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia», in ragione della quale «le Corti costituzionali sono chiamate a valorizzare il dialogo con la Corte di Giustizia». E tale dialogo, nel caso di specie, si rendeva necessario, posto che l’art. 187-*quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998 era stato introdotto nell’ordinamento italiano in esecuzione di uno specifico obbligo posto dalla direttiva 2003/6/CE<sup>31</sup>; sicché la dichiarazione di illegittimità costituzionale avrebbe potuto incidere sull’adempimento dell’obbligo. Pertanto, la

---

<sup>29</sup> Si legge nell’ordinanza: «Questa Corte ha già più volte affermato che le sanzioni amministrative previste nell’ordinamento italiano in materia di abuso di informazioni privilegiate costituiscono, in ragione della loro particolare afflittività, misure di natura “punitiva” (sentenze n. 63 del 2019, n. 223 del 2018 e n. 68 del 2017), così come – peraltro – ritenuto dalla stessa Corte di Giustizia UE (Grande sezione, sentenza 20 marzo 2018, in cause riunite C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Consob, paragrafo 38)».

<sup>30</sup> Nell’ordinanza la Corte richiama la propria sentenza n. 20 del 2019, la quale ha ulteriormente chiarito che «[i]n generale, la sopravvenienza delle garanzie approntate dalla CDFUE rispetto a quelle della Costituzione italiana genera [...] un concorso di rimedi giurisdizionali, arricchisce gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali e, per definizione, esclude ogni preclusione». Tale concorso di rimedi consente in effetti alla Corte costituzionale «di contribuire, per la propria parte, a rendere effettiva la possibilità, di cui ragiona l’art. 6 del Trattato sull’Unione europea (TUE) [...] che i corrispondenti diritti fondamentali garantiti dal diritto europeo, e in particolare dalla CDFUE, siano interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, richiamate anche dall’art. 52, paragrafo 4, della stessa CDFUE come fonti rilevanti».

<sup>31</sup> Tale disposizione costituisce, oggi, la puntuale attuazione di un’analogha disposizione del regolamento (UE) n. 596/2014, che ha abrogato la direttiva medesima.

Corte, al fine di prevenire un potenziale secondo caso Taricco, ritenne di rinviare la questione interpretativa alla cognizione del Giudice di Lussemburgo<sup>32</sup>.

Un secondo rinvio pregiudiziale fu disposto con l'ordinanza n. 182 del 2020. Il Giudice delle leggi, investito della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Cassazione, che verteva sulle disposizioni legislative (dell'art. 1, comma 125, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, e dell'art. 74 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151 - Testo unico in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità), che subordinavano l'erogazione dell'assegno di natalità e maternità alla titolarità di un permesso di soggiorno di lungo periodo, ritenne prioritaria la ricerca della costruttiva e leale cooperazione fra i diversi sistemi di garanzia. Anche in questo caso si era in presenza di un concorso dei rimedi giurisdizionali, posto che era in gioco la tutela di diritti fondamentali, assicurata, sia dalla Costituzione italiana, sia dalla normativa europea. La Corte costituzionale fece riferimento, in particolare, a una sentenza della Corte di Giustizia, la quale dichiarava il contrasto con la direttiva 2011/98 di una normativa nazionale, in base alla quale il cittadino di un paese terzo, titolare di un permesso unico ai sensi dell'articolo 2, lettera c), di tale direttiva, non può beneficiare di una prestazione come l'ANF [assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori], istituito dalla legge n. 448/1998<sup>33</sup>. In sostanza era

---

<sup>32</sup> Cfr. S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell'opportuna scelta compiuta con l'ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, 4/2019. La risposta ai quesiti formulati dalla Consulta con l'ordinanza 117 del 2019 si è avuta con la sentenza della CGUE, *D.B. contro Consob*, del 2 febbraio 2021, la quale ha condiviso le osservazioni della Corte italiana. In seguito, la Consulta ha pronunciato la sentenza n. 84 del 2021, la quale ha dichiarato incostituzionale sanzionare la condotta delle persone fisiche che si siano rifiutate di fornire alla Consob risposte che possano far emergere la propria responsabilità per illeciti idonei a condurre all'irrogazione di sanzioni amministrative a carattere punitivo ovvero la propria responsabilità penale. Sul punto cfr. B. SBORA, *Il lieto epilogo del dialogo tra Corti sul diritto al silenzio: note minime a margine della sentenza n. 84 del 2021*, in *Diritti comparati*, 5 Luglio 2021.

<sup>33</sup> La Corte di Giustizia ha affrontato il tema della compatibilità del diritto nazionale con le prescrizioni dell'art. 12 della direttiva 2011/98/UE con riguardo all'assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori, disciplinato dall'art. 65 della legge del 23 dicembre 1998, n. 448 (sentenza 21 giugno 2017, nella causa C-449/16, Kerly Del Rosario Martinez Silva). Ha ritenuto che «l'articolo 12 della direttiva 2011/98 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale ... in base alla quale il cittadino di un paese terzo, titolare di un permesso unico ai sensi dell'articolo 2, lettera c), di tale direttiva, non può beneficiare di una prestazione come l'ANF [assegno ai nuclei familiari con almeno tre figli minori], istituito dalla legge n. 448/1998».

in gioco l'equiparazione tra il permesso "unico" e il permesso di lungo periodo, pertanto la Corte costituzionale decise di "chiedere" alla Corte di Giustizia se l'art. 34 della Carta debba essere interpretato nel senso che nel suo ambito di applicazione rientrino l'assegno di natalità e l'assegno di maternità, in base all'art. 3, paragrafo 1, lettere b) e j), del regolamento (CE) n. 883/2004, richiamato dall'art. 12, paragrafo 1, lettera e), della direttiva 2011/98/UE, e se, pertanto, il diritto dell'Unione debba essere interpretato nel senso di non consentire una normativa nazionale che non estende agli stranieri titolari del permesso unico di cui alla medesima direttiva le provvidenze sopra citate, già concesse agli stranieri titolari di permesso di soggiorno UE per soggiornanti di lungo periodo. E si è giunti, infine, per questa via - e cioè a mezzo del dialogo tra le Corti, introdotto dal rinvio menzionato - all'equiparazione dei trattamenti assistenziali a beneficio dei titolari dell'uno e dell'altro tipo di permesso di soggiorno.

#### **4. I successivi rinvii pregiudiziali in materia di mandato di arresto europeo**

Il rapporto dialogico, instaurato tra la Corte costituzionale italiana e la Corte di Giustizia dell'Unione europea, è proseguito in virtù delle ordinanze nn. 216 e 217 del 2021, entrambe riguardanti il mandato di arresto europeo<sup>34</sup>.

Con la prima (n. 216), la Corte costituzionale italiana rinviava pregiudizialmente alla CGUE la questione di legittimità degli artt. 18 e 18-*bis* della legge 69/2005, prospettata dalla Corte di appello di Milano<sup>35</sup> in riferimento alla tutela del diritto alla salute, sotto il profilo dell'omessa previsione, quale motivo di rifiuto della consegna, di «ragioni di salute croniche e di durata indeterminabile che comportino il rischio di conseguenze di eccezionale gravità per la persona richiesta». La seconda ordinanza (n. 217) prende in considerazione la legittimità del medesimo art. 18 *bis*

---

<sup>34</sup> Sul MAE cfr. L. CAPPUCCIO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali*, in *Quaderni costituzionali*, 2, 2022, 293 ss; M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2/2017, 177 ss.. A. CELOTTO, *Mandato di arresto europeo e giudici costituzionali*, in R. CALVANO (a cura di), *Legalità costituzionale e mandato d'arresto europeo*, Napoli, 2007.

<sup>35</sup> Corte d'Appello di Milano, sez. V penale, ordinanza 17 settembre 2020, nel corso di un procedimento d'esecuzione di un mandato d'arresto, emesso dal Tribunale comunale di Zara nei confronti di E. D. L., per il reato di detenzione a fine di spaccio di stupefacenti.

della l. 69/2005, sotto il profilo dell'omessa previsione del rifiuto facoltativo della consegna del cittadino di un Paese terzo «che legittimamente ed effettivamente abbia residenza o dimora nel territorio italiano», nel caso in cui la pena o la misura di sicurezza irrogata nei suoi confronti possa comunque essere eseguita in Italia.

Con le ordinanze menzionate<sup>36</sup>, la Corte costituzionale accolse le deduzioni del Giudice territoriale e prese atto della rilevanza non solo nazionale, ma anche europea, delle censure di illegittimità della normativa citata. Pertanto, in linea con la giurisprudenza di cui alle sentenze *Fransson* e *Melloni*<sup>37</sup>, affidò alla Corte di Giustizia il compito di pronunciarsi sullo *standard* di tutela dei diritti dei condannati, in relazione all'esecuzione del mandato di arresto europeo. Infatti, la materia del MAE è regolata dalla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio e il parametro di legittimità è quello «risultante dalla Carta [...] e dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea» (n. 217). E ovviamente la necessità di armonizzare gli ordinamenti nazionali, ai fini di un'omogenea applicazione del nuovo istituto del MAE, suppone il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione, la quale preclude agli Stati Membri di «condizionare l'attuazione del diritto dell'Unione [...] al rispetto di *standard* puramente nazionali di tutela dei diritti fondamentali». In questo quadro, la Corte costituzionale ha disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo.

---

<sup>36</sup> Cfr. S. MONTALDO, S. GIUDICI, *Nuove opportunità di tutela degli individui nel sistema del mandato d'arresto europeo: le ordinanze 216 e 217 del 2021 della Corte costituzionale*, in *La legislazione Penale*, 2022, 1, 323 ss.; S. BARBARESCHI, *Tra scudo e fendente: la Corte costituzionale fa valere il diritto inviolabile alle cure nello spazio giuridico europeo. Considerazioni a margine dell'ord. n. 216 del 2021*, in *Nomos*, 3, 2021, 1 ss.; C. AMALFITANO e M. ARANCI, *Mandato d'arresto europeo e due nuove occasioni di dialogo tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, in *Sist. Pen.*, 1, 2022, 5 ss.; A. DAMATO, *Mandato d'arresto europeo e diritti fondamentali: le ordinanze n. 216/2021 e n. 217/2021 della Corte costituzionale*, in *Quaderni AISDUE*, n. 1, 2022; C. AMALFITANO, *Mandato di arresto europeo e garanzie di risocializzazione del condannato: tutela anche all'extracomunitario radicato nello Stato di esecuzione*, in *Quaderni AISDUE*, 2023; M.C. ACCARDO, *op. cit.*

<sup>37</sup> Nella sentenza del 26 febbraio 2013, nella causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, la Corte di Giustizia, nella composizione della Grande Sezione, ha chiarito l'interpretazione dell'art. 51, par. 1, della Carta, con riferimento alla questione dell'ambito di applicazione della stessa rispetto agli Stati membri. La Corte, inoltre, si è espressa sul ruolo dei giudici nazionali rispetto alla Carta. Con le sentenze, emesse nelle cause C-396/11, *Radu* e C-399/11, *Melloni* (1/2013), la Corte di Giustizia si è espressa sui diritti garantiti dalla Carta UE e dalle Costituzioni nazionali, in ordine al mandato d'arresto europeo.

In entrambe le ordinanze, la Corte costituzionale, nello spirito della “costruttiva e leale cooperazione tra i sistemi di garanzia”, segnalò alcuni profili di incompatibilità della disciplina del MAE rispetto ai diritti fondamentali dei condannati. È opportuno sottolineare, comunque, che la Consulta fondò le sue considerazioni, non già sulla propria giurisprudenza, bensì sull’interpretazione del diritto europeo dovuta alla medesima Corte di Giustizia, alla quale si rivolgeva per giungere alla soluzione più idonea a bilanciare i diversi interessi coinvolti. In questa logica, non mancò di rimarcare il *vulnus* che l’attuale disciplina del MAE determinava nei confronti dei diritti fondamentali dei condannati, sicché auspicava fosse consentito il rifiuto della consegna del condannato, in presenza di determinate condizioni di salute o radicamento territoriale.

Il 18 aprile 2023, la Corte di Giustizia emise la sua sentenza, accogliendo sostanzialmente le indicazioni della Corte costituzionale italiana<sup>38</sup>. In premessa, evidenziò il fondamento dell’istituto del MAE, ravvisato nel principio del mutuo riconoscimento e della fiducia reciproca, dal quale discendono due corollari: lo Stato di esecuzione non ha la facoltà di verificare se lo Stato di emissione abbia effettivamente rispettato i diritti fondamentali garantiti dall’Unione europea; le eccezioni preclusive devono essere interpretate restrittivamente. Fatta questa premessa, asserì che la sola circostanza della patologia grave e irreversibile non è sufficiente a giustificare l’omessa consegna, dovendosi presumere, in ossequio al principio di fiducia reciproca, che le cure possano essere adeguate anche nello Stato di emissione. Al contempo, facendo riferimento al divieto, assoluto e insuperabile, di trattamenti inumani e degradanti, previsto all’art. 4 della Carta (e non sull’art. 35 come proposto dalla Corte costituzionale), la Corte di Giustizia riconobbe la possibilità di differire la consegna per ragioni umanitarie, ai sensi dell’articolo 23, paragrafo 4, della decisione quadro 2002/584/GAI, in lieve difformità rispetto al parere dell’Avvocato generale Campos Sánchez-Bordona. Quest’ultimo puntava sulla *sospensione* del

---

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 18 aprile 2023 n. (2023/C 189/02), in materia di esecuzione di un mandato d’arresto europeo emesso a carico di E.D.L. Per un commento cfr. F. BATTAGLIA, *La Corte di giustizia si pronuncia sulla possibile non esecuzione del mandato d’arresto europeo a causa delle condizioni di salute dell’interessato. Il caso E.D.L.*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2023, pp. 424-428.

provvedimento, mentre giustificava il rifiuto solo all'esito di un eventuale differimento prorogato oltre un termine ragionevole; la Corte, invece, individuò tre fasi del procedimento di esecuzione, nell'ipotesi che la consegna della persona gravemente malata rischi di mettere in pericolo la sua salute. Nella prima fase, l'Autorità giudiziaria deve sospendere temporaneamente la consegna; successivamente deve chiedere all'autorità giudiziaria emittente in quali condizioni si prevede di perseguire o detenere la persona consegnata, e se sia possibile adeguarle al suo stato di salute; infine, solo quando non si può escludere il rischio di danni gravi alla salute entro un termine ragionevole, l'autorità dell'esecuzione può opporre il rifiuto.

Si deve sottolineare che la divergenza tra la sentenza tra la sentenza E.D.L. e l'ordinanza n. 216 è più apparente che reale. La Corte costituzionale italiana, nel caso in cui la persona da consegnare fosse affetta da una patologia cronica e di durata interminabile, riteneva inadeguata la sospensione e perciò immediatamente opponibile il rifiuto; ma quest'avviso si fondava più su ragioni di carattere procedimentale che sostanziale. La citata ordinanza evidenziava, infatti, che la possibilità di differire il trasferimento per ragioni umanitarie, in virtù dell'articolo 23 della l. n. 69/2005, si collocava in una fase successiva alla decisione sulla consegna ed era rimessa al provvedimento di un organo monocratico (presidente della Corte d'Appello o un suo delegato), adottato in assenza di contraddittorio; pertanto, non era garantito appieno il diritto di difesa. Dunque, la Consulta riteneva preferibile l'opzione del rifiuto immediato, piuttosto che quella della sospensione, la quale si risolve in esecuzione differita.

Oggi il problema può dirsi definitivamente superato. La Corte di Giustizia, con la sentenza E.D.L., ha voluto conciliare i diritti fondamentali della persona e il principio della fiducia reciproca tra gli Stati europei, e lo ha fatto con la previsione delle garanzie difensive nelle tre fasi del procedimento di consegna. A seguito della pronuncia del Giudice di Lussemburgo, la Corte costituzionale italiana, accogliendone le indicazioni, emetteva una sentenza interpretativa di rigetto con valenza additiva. Senza dichiarare l'incostituzionalità degli articoli 18 e 18 *bis* della legge n. 69 del 2005, la sentenza n. 177 del 2023 ha scadenato l'iter del procedimento di consegna nelle tre fasi indicate dalla C.G.U.E, incorporandole nel testo della legge n. 69: a) valutazione dei rischi gravi alla salute; b) in caso di sussistenza dei rischi, richiesta

di chiarimenti all'autorità emittente sulle condizioni esecutive della misura restrittiva; c) in caso di chiarimenti soddisfacenti, fase esecutiva della consegna, durante la quale il Presidente della Corte d'appello può sempre decidere di sospendere il procedimento ai sensi dell'articolo 23, comma 3, della legge 69 del 2005. In questo modo sono comunque rispettati i diritti della persona (alla salute e alla difesa) compatibilmente col principio di reciproca fiducia tra gli Stati; il che dimostra ancora una volta la proficuità del "dialogo tra le Corti"<sup>39</sup>.

## 5. La ricerca di un criterio di opportunità nel dialogo *inter pares* tra la Consulta e la CGUE

Da quanto sopra si evince che il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale alla CGUE, da parte della Corte costituzionale italiana, ha assunto nel tempo progressiva rilevanza. Ciò ha consentito una più efficace tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, per via della rapida armonizzazione degli *standard* di protezione, sia a riguardo dei criteri di accesso alle prestazioni assistenziali, sia in chiave limitativa delle potestà sanzionatoria della pubblica Amministrazione. Al contempo, non possiamo trascurare che un eccessivo ricorso al rinvio pregiudiziale potrebbe avere controindicazioni, sicché non pare insensato porsi qualche interrogativo su due versanti: a) se il rinvio sia sempre necessariamente prioritario, in caso di concorso di rimedi; b) se le due forme di tutela (come limite e come obbligo) siano, in proposito, equivalenti<sup>40</sup>.

Sulla questione *sub a)*, possiamo osservare che il concorso di rimedi investe pressoché tutte le possibili "materie del contendere", dal momento che la tutela della Carta e della normativa primaria europea si sovrappongono a quella costituzionale, rafforzando la tutela giuridica dei diritti della persona. Ogni questione di legittimità

---

<sup>39</sup> Di quest'avviso C. TRONCONE, *Diritto alla salute e principio di uguaglianza davanti alla legge dei cittadini di Paesi Terzi nel mandato d'arresto europeo. Nota a Corte cost., sentenze n. 177 e n. 178 del 2023*, in *Osservatorio costituzionale*, 2/2024: «Le sentenze n. 177 e 178 del 28 luglio 2023 rappresentano l'esito di una proficua interazione tra la Corte costituzionale italiana e il giudice di Lussemburgo, interazione che ha arricchito il "mosaico giurisprudenziale del mandato d'arresto" e ha contribuito ad ampliare la tutela dei diritti in Europa».

<sup>40</sup> Sul punto cfr. A. ABUKAR HAYO, *La doppia tutela giuridica dei diritti fondamentali in ambito europeo e il necessario dialogo tra le corti*, in questa rivista, 14 Novembre 2024.

costituzionale deferita alla Corte costituzionale italiana avrebbe dei risvolti extra e sovranazionali, sicché si potrebbe pervenire al paradosso del continuo e, per certi versi, aprioristico rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea<sup>41</sup>. Il paradosso pare, comunque, facilmente evitabile sulla base delle considerazioni che seguono.

In primo luogo, occorre ribadire che la tutela europea dei diritti, apprestata dai Trattati e dalla Carta, è suppletiva e aggiuntiva, giammai sostitutiva, ponendosi su un piano di parità rispetto a quella esercitata dalla Costituzione italiana, cosicché, nel concorso dei rimedi, l'uno non prevale sull'altro e non ha alcuna priorità predefinita e assoluta. D'altronde l'espressa previsione in seno al Trattato europeo (artt. 82-83 TFUE) del c.d. "freno a mano", consistente nella possibilità che lo Stato nazionale dichiari la normativa europea lesiva dei principi fondamentali del diritto interno, esprime molto chiaramente la paritaria forza delle due tutele giuridiche sovrapposte. E ovviamente ci si riferisce al controllo di conformità della legge, non già alla normativa sottoposta al controllo; il primo esercitato dalla Corte costituzionale (nazionale) ha forza giuridica equivalente a quello esercitato dalla CGUE, non vi-  
gendo tra i due sindacati di costituzionalità alcun rapporto gerarchico; al contrario, l'oggetto del controllo (ossia la normativa da applicare al caso concreto) è regolato dal principio della gerarchia delle fonti, in virtù della quale la norma sovranazionale prevale su quella nazionale. Peraltro, il "dialogo tra le Corti", per definizione, presuppone necessariamente la paritaria condizione dei dialoganti, i quali altrimenti entrerebbero in una relazione comunicativa ben diversa (controllore-controllato, Giudice superiore-inferiore, interprete sovrastante-sottostante etc.)<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> Secondo un orientamento dottrinale, il rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale alla CGUE avrebbe l'effetto di formalizzare un rapporto di sovraordinazione tra il Giudice di Lussemburgo e la Corte nazionale; in questo senso S. GAMBINO, *La protección de los derechos fundamentales: el parametro de los principios y los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional, comunitaria y del tribunal europeo de derechos humanos*, in *Rivista de derecho constitucional europeo*, 2007, vol. 8, 189 ss.. Per questa ragione, si sostiene che la Corte costituzionale abbia indotto il Giudice di merito ad attivare il rinvio pregiudiziale prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, in modo da evitare di sottoporsi al vincolo della pronuncia del Giudice europeo; cfr. C. AQUINO, op. cit., 225.

<sup>42</sup> È particolarmente significativa, in questo senso, la posizione più volte ribadita della Corte costituzionale tedesca. Il *Bundesverfassungsgericht*, per un verso, ha affermato la superiorità delle norme europee rispetto a quelle nazionali, limitatamente ad alcuni settori (per esempio con ordinanza 9 giugno

Ebbene, siffatta relazione paritaria potrebbe aprire le porte a un “dialogo”, tanto infinito, quanto sterile e controproducente, con un sovraccarico insostenibile di rinvii pregiudiziali alla Corte di Lussemburgo e un depotenziamento inaccettabile delle Corti costituzionali nazionali. In fondo, la progressiva integrazione dei popoli europei (in tutti i campi: culturale, politico, economico, sociale, giuridico) ha ridotto le residue aree di autarchia e autonomia, cosicché è difficile individuare settori di intervento del legislatore nazionale, irrilevanti per gli interessi degli altri Stati nazionali. E seppure esistono ~~esistono~~ interi settori sottratti al tipo di “armonizzazione” europea giuridicamente *necessaria*, deve riconoscersi molto ridotta l’area nella quale l’armonizzazione non risulterebbe *opportuna*. E poiché il “dialogo”, paritario per necessità logica, è basato su valutazioni di opportunità, si potrebbero avere infiniti rinvii “opportuni”, diretti ad assicurare una tutela “opportunamente” uniforme, in tutti gli Stati nazionali, dei diritti della persona.

Per non giungere a questo paradosso, pare necessario distinguere secondo la normativa sottoposta al sindacato di costituzionalità sia di esclusivo o prevalente interesse nazionale, oppure di interesse sovranazionale, prevalente o almeno concorrente. Nel caso dei rinvii pregiudiziali qui esaminati, nessun dubbio può sorgere sull’opportunità di investire la Corte di Giustizia dell’Unione europea della questione che verteva sulla disciplina del mandato d’arresto europeo. Si tratta di un

---

1971, in *Europarecht* 1972, 51), ma al contempo ha fatto leva sul paragrafo 24 co. 1 del *Grundgesetz* per dichiarare inviolabili i diritti fondamentali intimamente connessi all’identità nazionale tedesca (cfr. I. PERNICE - F.C. MAYER, *La costituzione integrata dell’Europa*, WHI - Paper 7/03, Berlin, 43 ss.). Si deve sottolineare inoltre che il paragrafo 23 co. 1 del *Grundgesetz*, introdotto in occasione della ratifica del Trattato di *Maastricht*, subordina qualsiasi atto sovranazionale alla “clausola d’eternità” prevista dal paragrafo 79, in virtù della quale deve essere preservata l’identità nazionale tedesca. In questa logica, con la sentenza *Solange I* del 28 maggio 1974, la Corte tedesca si è riservata di sindacare la costituzionalità degli atti sovranazionali (cfr. S.P. PANUNZIO, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, 88 ss.). E tuttavia, con la successiva sentenza *Solange II* del 22 ottobre 1986, ha rinunciato al sindacato di costituzionalità sulle norme interne attuative delle direttive europee, riconoscendo l’equivalenza della tutela europea dei diritti rispetto alla tutela offerta dal *Grundgesetz*. Tale orientamento, che ammette la doppia tutela, sospendendo il sindacato del *BverfG* *fi tantoché* la Corte di Lussemburgo garantisce una tutela analoga a quella di diritto interno, è stato poi ribadito con le successive sentenze *Maastricht-Urteil* del 12 ottobre 1993 e *Bonanenmarkt-Beschluss* ([www.bverfg.de](http://www.bverfg.de)). Cfr. C. AQUINO, *op. cit.*, 219 ss.. In tempi più recenti, si è registrato qualche attrito tra le due Corti (cfr. nota successiva), non sfociato tuttavia in insanabile contrasto, a conferma dell’ordine paritario di entrambe le tutele giuridiche dei diritti fondamentali.

istituto di diritto europeo, che regola una materia di interesse sovranazionale, fondato sulla fiducia reciproca degli Stati in ordine al rispetto dei diritti umani da parte dei partners. Ne deriva che l'esecuzione "irregolare" del mandato, che violasse un diritto protetto dalla Carta, incrinerebbe tale fiducia di base e lederebbe per ciò stesso l'interesse sovranazionale, imputabile all'Unione nel suo complesso. Il rinvio pregiudiziale era dunque più che opportuno, nel caso di specie, dal momento che verteva su "materia" intrinsecamente europea. Nel caso del rinvio disposto con ordinanza n. 182/2020, la questione devoluta aveva evidenti riflessi extranazionali e investiva un rilevante interesse comune degli Stati europei all'armonizzazione degli ordinamenti nazionali. Il fenomeno dell'immigrazione degli extracomunitari nei Paesi europei ha una portata vastissima, extranazionale e internazionale per sua natura, che richiede interventi regolatori concordati e omogenei. Si può pensare che i flussi migratori si orientino anche in funzione delle garanzie di *welfare* offerte dai singoli Stati, cosicché un maggiore o minore livello di assistenza sociale potrebbe incidere sul maggiore o minore flusso migratorio nell'uno, piuttosto che nell'altro Stato dell'Unione. Da qui l'interesse ad armonizzare gli istituti giuridici di assistenza sociale, conformandoli a un medesimo *standard* europeo di protezione giuridica dei diritti della persona. E poiché la questione devoluta verteva sull'interesse di tutti i Paesi ad evitare "vantaggi" e "svantaggi", particolaristici e "competitivi", derivanti dalla diversità delle garanzie di *welfare*, il rinvio pregiudiziale si rivelava particolarmente opportuno.

Alla stregua del criterio delineato, è possibile dubitare, invece, dell'opportunità del rinvio pregiudiziale di cui all'ordinanza n. 117/2019<sup>43</sup>. La questione verteva sulla legittimità dell'ingiunzione, diretta dalla CONSOB a una società commerciale iscritta in borsa, in violazione del principio *nemo tenetur se detegere*. È chiaro che la società coinvolta potrebbe essere una multinazionale, con prevalenza di capitale estero, sicché l'interesse leso dall'atto illegittimo, non conforme a un principio

---

<sup>43</sup> Ha ritenuto opportuno (seppure non vincolato in alcun modo) tale rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale S. CATALANO, *Doppia pregiudizialità: una svolta 'opportuna' della Corte costituzionale, in federalismi.it*, n. 10/2019, 24 ss.

universale di civiltà giuridica, appartenendo a un soggetto che non rientra nei confini nazionali, potrebbe latamente riferirsi a una comunità più ampia di quella dei cittadini. Ma ciò potrebbe dirsi di ogni norma dell'ordinamento giuridico nazionale, che vincola tutti i soggetti operanti nel territorio dello Stato a prescindere dalla loro cittadinanza. La "nazionalità" del titolare dell'interesse non equivale alla riferibilità nazionale o extranazionale dell'interesse medesimo. Da questa premessa, ovvia e scontata, si potrebbe inferire che la disciplina degli atti potestativi della CONSOB rientri nella sfera degli interessi giuridici nazionali, non interferenti per via diretta con gli interessi degli altri Stati europei o con uno specifico interesse dell'Unione. Si può pensare che la legittimità di tali atti possa essere valutata alla stregua dei principi della Carta, nonché dei principi della Costituzione italiana, i quali sono sostanzialmente omogenei e coincidenti, ma soprattutto non ordinati gerarchicamente. Sicché, l'equivalenza e l'equipollenza delle garanzie della Costituzione e della Carta ci condurrebbero a dubitare dell'opportunità del rinvio pregiudiziale, per "autosufficienza" dell'ordinamento interno in mancanza di un interesse sovranazionale. Ma è chiaro che storicamente il precedente del "caso Taricco" ha avuto un suo peso, suggerendo alla Corte costituzionale la strada del "dialogo", idoneo comunque a fugare eventuali equivoci, ancorché non fosse strettamente necessario nel caso di specie. Oggi, tuttavia, essendosi proficuamente instaurato già da tempo siffatto dialogo, forse è preferibile dare corso ai rinvii pregiudiziali solo in caso di stretta necessità, giacché altrimenti si rischia, da un lato, di sovraccaricare la cognizione della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, dall'altro, di depotenziare il ruolo della Corte costituzionale italiana e con esso la funzione regolatrice della "Legge fondamentale" dello Stato italiano.

A nostro avviso, nella valutazione dell'opportunità del rinvio dovrebbe tenersi conto anche del criterio enunciato *sub b)*, ossia degli effetti della tutela dei diritti, distinguendo gli effetti che limitano, da quelli che ampliano la sfera della potestà punitiva dello Stato. Se è in discussione un diritto della persona, in funzione limitativa, la garanzia costituzionale non può che essere assoluta e inviolabile. La Corte costituzionale, a difesa della persona dall'esercizio della potestà punitiva dello Stato, non può arretrare perfino di fronte alla prospettiva di compromettere il "dialogo". Se lo facesse, verrebbe messa in crisi la funzione storica della Costituzione.

Fin dai tempi della *Magna Charta libertatum*, le Carte costituzionali nacquero, non già per istituire il potere del sovrano (Re o Parlamento, che fosse), bensì per limitarlo e regolarlo nel rispetto dei diritti di libertà dei *cives*. Allo stesso modo, il moderno Stato di diritto, che arresta l'esercizio delle sue potestà nel punto in cui incontra i diritti della persona, rinviene nella Costituzione (nazionale), più che il fondamento del potere, lo statuto delle libertà dei *cives*, le quali si innalzano come muri invalicabili di fronte a tutti gli atti emanati dall'Autorità pubblica. La libertà della persona e l'esigenza del "dialogo" tra le Corti non si pongono sullo stesso piano, essendo la prima comunque prioritaria, per l'evidente ragione che l'istituzione è a servizio dell'uomo e non viceversa. Ne deriva la natura strumentale di tutte le espressioni del potere e delle norme organizzative della *res publica*, ancorché sovranazionale. Se dunque è in gioco un diritto di libertà, la Corte costituzionale può e deve rischiare un secondo caso Taricco, facendo ricorso, se necessario, al c.d. freno a mano, ben a ragione previsto dall'ordinamento europeo<sup>44</sup>.

Ovviamente la rinuncia al "dialogo" non avrebbe senso nel caso in cui la questione investisse il dovere di incriminazione delle condotte lesive dei diritti. Se la sanzione penale funge da *extrema ratio*, la tutela penale dei diritti è necessariamente sussidiaria rispetto alle altre forme di tutela giuridica, cosicché la (eventuale) scelta del legislatore di sfuggire al dovere di incriminazione non equivale al riconoscimento pieno del diritto in questione. La scelta del legislatore nazionale potrebbe essere rispettosa del diritto in ogni caso, anche nel caso di mancata tutela penale e tuttavia in presenza di altre forme di tutela. Qui il nesso di strumentalità tra l'istituzione giuridica e la persona umana non viene in considerazione, perché non è in gioco la libertà dell'uomo, bensì l'opportunità politica di utilizzare una sanzione,

---

<sup>44</sup> D'altronde il medesimo "dialogo" instaurato tra la CGUE e la Corte costituzionale tedesca non ha impedito a quest'ultima di sottolineare a più riprese l'invalicabile "controlimite" costituito dai principi fondamentali dell'ordinamento interno. Anzi, da ultimo, il *Bundesverfassungsgericht* ha esplicitamente contestato, con sentenza depositata il 6 maggio 2020, non solo l'operato della BCE, ma anche il ruolo di controllo esercitato dalla CGUE; al punto che la Corte Europea ha dovuto sottolineare la propria esclusiva competenza a giudicare la conformità ai Trattati degli atti delle Istituzioni europee; cfr. M. CASTELLANETA, *Bundesverfassungsgericht contro la Corte UE o contro l'Europa? A margine della sentenza della Corte costituzionale tedesca sulle misure di acquisto di titoli di Stato volute dalla Banca centrale europea*, in *Giustizia insieme*, 06.07.2020.

piuttosto che un'altra. Si vede bene dunque che, in assenza del nesso logico e assiologico di strumentalità, l'opzione del "dialogo tra le Corti" sarebbe sempre e comunque la più conducente.

## AUTORITÀ E LIBERTÀ. FRAMMENTI DI STORIA E PROSPETTIVE NUOVE\*

*Authority and freedom: fragments of history and new perspectives*

di  
Filippo Giunchedi \*\*

Il rapporto tra autorità e libertà nel nostro ordinamento è sempre stato al centro del dibattito giuridico e politico, prevalendo, a seconda dei periodi, l'una o l'altra. Il saggio si propone di individuare nuovi equilibri.

\*\*\*

*The relationship between authority and freedom in our legal system has always been at the center of legal and political debate, with one prevailing over the other, depending on the period. The essay aims to identify new balances.*

Sommario: 1. Tensioni eterogenee. – 2. Le “chiavi di volta”: i principi di ragionevolezza e proporzionalità. – 3. L'ombra del “diritto penale del nemico”. – 4. L'aspirazione al garantismo perduto.

### 1. Tensioni eterogenee.

L'instabile rapporto tra autorità e libertà individuali si pone, da sempre, al centro del dibattito in ordine alla prevalenza della ragion di Stato per il perseguimento degli interessi collettivi, sì da giustificare la recessione dell'autonomia dei singoli<sup>2</sup>.

Trovare il punto di equilibrio tra questi due aspetti non è compito agevole. Tralasciando la soluzione adottata in altre realtà giuridiche, è opportuno concentrarsi sul nostro Paese, ove la cultura dei “caminetti domestici” deve necessariamente conformarsi alle indicazioni ad alto valore sintomatico

---

\* Testo, corredato delle note essenziali, della Relazione tenuta al Convegno «Riflessioni su autorità e individuo nel procedimento penale» organizzato dal Dipartimento di Scienze giuridiche e sociali dell'Università degli studi G. D'Annunzio di Chieti-Pescara e dall'Ordine degli Avvocati di Chieti, tenutasi a Chieti il 23 novembre 2023.

\*\* Ordinario di Diritto processuale penale nell'Università degli Studi di Roma “Unicusano”.

<sup>2</sup> L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in *Giur. cost.*, 2010, 2781.

provenienti dalle *Grundnormen* sovranazionali e dall'interpretazione offerta dalla relativa giurisprudenza.

La soluzione sembra che sia da ricercarsi nel principio di proporzionalità da leggersi, però, nelle differenti declinazioni che ha assunto nel corso del tempo a seconda della matrice più o meno autoritaria del contesto in cui si è trovato ad operare, spostandone il baricentro ora verso la mera utilità, quando la compressione delle libertà risulta utile per realizzare la difesa sociale, ora verso la necessità, quando la limitazione della sfera individuale costituisce l'unico strumento per assicurare l'interesse pubblico.

Una simile affermazione potrebbe portare a sostenere, erroneamente, che la maggiore compressione dei diritti del singolo, trovi causa nella maggiore importanza dell'obiettivo perseguito a livello statale. L'ortodossa interpretazione del concetto di proporzionalità implica, però, l'impegno da parte dello Stato di realizzare gli scopi legittimi della giustizia penale con il minore sacrificio possibile per i diritti delle persone ad essa sottoposte<sup>3</sup>.

## 2. Le “chiavi di volta”: i principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Prima di entrare *in medias res* con esempi concreti, può risultare proficuo ricordare come il tracciato giurisprudenziale della Consulta, custode dell'equilibrio tra questi contrapposti valori, non testimoni a favore di una particolare abilità del Giudice delle leggi nel dosarli, diversamente da quanto avviene in altri contesti giuridici come quello tedesco, ove la Corte costituzionale tedesca manifesta sicuramente una maggiore confidenza nel trovare l'equilibrio tra i principi fondamentali.

La nostra Corte costituzionale, infatti, tende a ripiegare verso un ibrido principio di ragionevolezza (arg. *ex art.* 3 Cost.), come nel caso della sentenza che ha eliminato il divieto per i detenuti sottoposti al regime carcerario differenziato *ex art.* 41-*bis* ord. penit. di cuocere cibi<sup>4</sup>. Il divieto anzidetto non risultando

<sup>3</sup> D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità*, in *Diritti della persona e nuove sfide del processo penale (Atti del XXXII Convegno Nazionale dell'Associazione degli studiosi del processo penale. Salerno 25-27 ottobre 2018)*, Milano, 2019, 59.

<sup>4</sup> Corte cost., n. 186 del 2018, ove si legge che il divieto anzidetto risulta «privo di ragionevole giustificazione. In quanto incongruo e inutile alla luce degli obiettivi cui tendono le misure restrittive autorizzate dalla disposizione in questione, esso si pone in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost., configurandosi come un'ingiustificata deroga all'ordinario regime carcerario, dotato di valenza meramente e ulteriormente afflittiva» (§ 4.5 del Considerato in diritto).

strumentale alla finalità di prevenire i contatti con il *clan* di appartenenza del detenuto, si palesava, quindi, come inutilmente afflittivo.

In altre occasioni, invece, la proporzionalità ha assunto i connotati della necessarietà in riferimento a strumenti fortemente incisivi della libertà – garantita dall'*habeas corpus* – come la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nella versione previgente dell'art. 275, comma 3, c.p.p. La norma – lo ricorderanno tutti – non distingueva, come è oggi previsto a seguito della l. 16 aprile 2015, n. 47, tra le ipotesi delittuose più pericolose di associazionismo sovversivo (art. 270 c.p.), terroristico anche internazionale (art. 270-bis c.p.) e di stampo mafioso (art. 416-bis c.p.) e gli altri delitti inclusi nel predetto comma 3. Se ora per quest'ultima e più ampia categoria è ammessa la dimostrazione in ordine alla possibilità che le esigenze cautelari possono essere tutelate anche con misure diverse da quella di massima cattività, lo si deve all'apertura offerta dalla Corte costituzionale che proprio portando a massima espansione il principio di necessarietà, secondo quel concetto di *maximum standard* garantistico, ha spiegato che il sacrificio della libertà personale nelle sue differenti declinazioni può essere compromesso solo a fronte di *pericula libertatis* così elevati da non poter essere fronteggiati se non con strumenti di massima incisività, tali da rendere inoperante il minimo sacrificio necessario imposto, in via generale, dal legislatore<sup>5</sup>.

Proseguiamo con qualche altro esempio, non necessariamente legato ad interventi della Consulta. L'incalzare della tecnologia, che trova applicazione con sempre maggiore frequenza nel processo penale, tende a comprimere la sfera di libertà dell'individuo, soprattutto in fasi meno giurisdizionalizzate come quella delle indagini preliminari, con possibilità di effetti sananti in forza del consenso – il comma 6-bis dell'art. 438 c.p.p. è esemplare – sulla cui legittimità occorre riflettere. In questa fase opera una proporzionalità da leggersi quale

---

<sup>5</sup> Corte cost., n. 265 del 2010 – prima di uno sciame di pronunce garantiste che hanno poi flesso *pro libertate* il legislatore – che spiega come «ciò che rende costituzionalmente inaccettabile la presunzione stessa è per certo il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del “minore sacrificio necessario”, anche quando sussistano – come nei casi oggetto dei procedimenti *a quibus*, secondo quanto riferiscono i giudici rimettenti – specifici elementi da cui desumere, in positivo, la sufficienza di misure diverse e meno rigorose della custodia in carcere» (§ 13 del Considerato in diritto).

ragionevolezza in forza del rapporto sinallagmatico tra cedimento sul piano delle garanzie e benefici in termini sanzionatori<sup>6</sup>.

### **3. L'ombra del "diritto penale del nemico".**

Effettuata una breve disamina sui parametri generali utilizzati per determinare il valore prevalente nel rapporto tra autorità e libertà, spostiamo l'indagine sugli specifici indicatori, propri del rito criminale, ai quali ricorre il legislatore.

Tendenzialmente la gravità del reato rappresenta l'elemento nel cui segno viene regolato il rapporto predetto. Si tratta di requisito oggettivo, non legato alle fluttuazioni della politica, ma fondato su criteri di razionalità giuridica (è il caso delle misure cautelari personali, delle intercettazioni di conversazioni e di dati, etc.).

Sono, però, soluzioni non sempre soddisfacenti in quanto influenzate da elementi che fanno recedere le garanzie corrispondenti all'intrusione in determinati ambiti individuali, come il controllo giurisdizionale in ipotesi di restrizioni della libertà personale o delle comunicazioni, verso sagome modulari assistite da meno rigore. Si pensi, all'originaria possibilità, nella versione previgente dell'art. 132 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, di acquisire i tabulati del traffico telefonico solo mediante decreto del pubblico ministero, oppure, in una prospettiva più ampia, la tendenza ad inquadrare sul piano assiologico strumenti investigativi sempre più invasivi della sfera del singolo nell'ambito dei mezzi probatori atipici, rimettendo al giudice, piuttosto che al legislatore, la ponderazione circa la proporzionalità, con la conseguenza che il primo tende ad operare *legibus solutus*.

Un esempio per tutti. In ordine al captatore informatico, prima che intervenisse il legislatore con d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, le Sezioni unite

---

<sup>6</sup> Cfr. Corte cost., n. 284 del 1990: «Esso costituisce pertanto il frutto di una scelta operata dal Parlamento, diretta, così come per quanto attiene gli altri procedimenti speciali del libro sesto del codice, attraverso la diminuzione dei giudizi da celebrarsi secondo il rito ordinario, al superamento di uno degli inconvenienti più gravi e lamentati della giustizia italiana, quello dei tempi di durata eccessivamente lunghi dei processi. «Indubbiamente l'innovazione del giudizio abbreviato» - si legge nella relazione al progetto preliminare - «crea una commissione tra decisioni processuali e trattamento sanzionatorio dell'imputato responsabile e questa commissione, per il nostro ordinamento, ha caratteri di assoluta originalità. L'innovazione, come si è detto, è determinata dalla finalità pratica di creare un incentivo alla richiesta di giudizi abbreviati da parte degli imputati, ed è certo che l'assenza dell'incentivo renderebbe l'istituto pressoché inutile» (§ 2.1 del Considerato in diritto).

avevano stabilito che il *trojan* di Stato operasse mediante «prescrizioni tecniche di utilizzo e limitazioni di ordine giuridico fissate dal giudice»<sup>7</sup>. Inevitabile constatare come a fronte dell'utilizzo di uno strumento di così micidiale intrusività nella vita privata degli individui la disciplina per un lungo periodo sia stata rimessa al giudice.

Insomma, pare stagiarsi una proporzionalità basata sul disvalore che scommette molto sugli interessi in gioco nel segno di quel "diritto penale del nemico" che può estendersi anche agli strumenti per realizzarlo, rinvenibili all'interno del codice di rito. Con buona pace per le garanzie.

È un aspetto questo che vulnera l'intero sistema, sol che si pensi come la Corte europea dei diritti dell'uomo abbia denunciato come in Italia, nella fase delle indagini, il cursore che si muove lungo la linea che congiunge autorità e diritti individuali scorre verso la prima proporzionalmente alla densità degli indizi a carico in spregio alla presunzione di innocenza, come è emerso nell'*affaire Brazzi*<sup>8</sup>.

Insomma, i criteri posti a base del test di proporzionalità nell'ottica strasburghese destano perplessità per un procedere a *slalom* tra altri valori fondamentali. Prova ne sia l'ipotesi di protezione dell'incolumità pubblica di fronte al timore di potenziali attacchi terroristici, ove la Corte ha derogato rispetto ad altri arresti strasburghesi più rigorosi nel bilanciamento tra autorità e diritto di libertà. In tal caso, ha ammesso l'adozione di misure di sorveglianza elettronica di massa (*bulk interception*) mediante un controllo indiscriminato, senza l'individuazione del "bersaglio" verso il quale indirizzare la ricerca. Un simile procedere, benché in precedenza i giudici europei avessero richiesto quantomeno l'adozione di *best practices*<sup>9</sup>, consente di privilegiare controlli indiscriminati giustificati dal livello di pericolosità del terrorismo con conseguente caduta di tensione garantistica<sup>10</sup>.

Maggiori presidi sono offerti dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea che richiede, nel rispetto della vita privata, la flessione di tutela dei dati personali solo nei limiti dello «stretto necessario»<sup>11</sup>.

---

<sup>7</sup> Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, Scurato.

<sup>8</sup> Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*.

<sup>9</sup> Corte eur. dir. uomo, 13 settembre 2018, *Big Brother Watch e altri c. Regno Unito*.

<sup>10</sup> Corte eur. dir. uomo, 19 giugno 2018, *Centrum för Rättvisa c. Svezia*.

<sup>11</sup> Corte Giust. UE, Gr. Sez., 8 aprile 2014, *Digital Rights Ireland Ltd., C-293/12 e C-594/12*.

Soluzione che, però, in linea generale, consente di affermare che anche a livello sovranazionale nella lotta al crimine prevalga la necessità di tutelare potenziali vittime rispetto al diritto alla libertà del singolo individuo. D'altro canto, la sicurezza della collettività restringe gli spazi occupati da altri valori che sono destinati a soccombere nello scontro con la pretesa punitiva dello Stato, improntata com'è a tutelare la sicurezza dei cittadini.

#### 4. L'aspirazione al garantismo perduto.

In passato, a livello interno, il rapporto tra tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'accusato operava in un contesto più aperto<sup>12</sup> rispetto alla formalizzazione di talune garanzie che verranno recepite nel modello costituzionale di giusto processo. In tale contesto vi era un equilibrato contemperamento di valori e di interessi intorno ai due poli estremi della considerazione di non colpevolezza, da una parte, e il principio di obbligatorietà dell'azione penale, dall'altra. I valori che racchiudeva il principio di cui all'art. 27, comma 2, Cost. potevano ritenersi garanzie idonee a controbilanciare la prevalente impronta inquisitoria che connaturava il precedente ordito codicistico.

Il passaggio verso un modello accusatorio<sup>13</sup> e, successivamente, la proclamazione del principio del giusto processo con l. cost. 23 novembre 1999, n. 2 ha imposto di rivisitare questi equilibri, tanto che, nell'immediatezza, in letteratura, autorevoli voci sostenevano che un processo penale, per essere veramente giusto, non può permettersi di sacrificare sull'altare del garantismo la vittima, ovvero un processo compromesso sul piano dell'efficienza a seguito dell'utilizzo ad opera di una parte delle garanzie, indirizzate «non per contribuire al fisiologico svolgimento dell'attività processuale, ma per “non fare” il processo, mirando ad impedire che giunga ad un accertamento definitivo sui fatti e sulle responsabilità costituenti il *thema decidendum*. Nel qual caso è difficile negare che ci si trovi dinnanzi ad un vero e proprio abuso delle garanzie»<sup>14</sup>.

Sulla scorta di queste considerazioni, infatti, si pensava ad una terminologia che, evocando un garantismo potenzialmente dannoso per il processo, potesse

<sup>12</sup> Secondo l'immagine tracciata da V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, Milano, 2000, XIII.

<sup>13</sup> Fermo restando, secondo l'insegnamento di G. CONSO, *Accusa e sistema accusatorio*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 330 ss., che non possa parlarsi in termini di purezza di un modello che abbia esclusivamente i tratti dell'uno o dell'altro.

<sup>14</sup> V. GREVI, *Alla ricerca di un processo penale «giusto». Itinerari e prospettive*, cit., XX.

mutare in favore di un giudizio consistente in garanzie *pas dosée*, ovvero dando luogo ad un processo criminale che, oltre ad assicurare – com'è doveroso – garanzie all'accusato, allo stesso tempo si preoccupasse del suo funzionamento secondo canoni di efficienza. Si ipotizzava, pertanto, che *in action* potesse realizzarsi un processo giusto<sup>15</sup>.

Questa concezione è da respingere con forza considerato che le garanzie processuali si caratterizzano come garanzie di verità e di libertà<sup>16</sup>. L'imperativo dev'essere il recupero del garantismo che oggi ha il suo vessillo nel comma 1 dell'art. 111 Cost. secondo cui «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge».

Un principio che si è via via offuscato sulla scorta di una legalità stemperata dalla necessità di un efficientismo che, pur con varietà nomenclatorie, ha puntato a tutta prima sulla ragion pratica – quella empirica – del pregiudizio effettivo e dell'equità complessiva fondata sui rimedi compensativi i quali, spesso, soprattutto la prima, impongono una prova diabolica per far rifuggire dalla malevole presunzione di un abuso del diritto spesso frutto del risultato conseguito con l'iniziativa difensiva, come emerge nitidamente dagli snodi motivazionali delle Sezioni unite "Rossi"<sup>17</sup>.

D'altro canto, non è un mistero che negli ultimi decenni il sistema processuale penale abbia subito un'erosione delle garanzie individuali mediante un'involuzione inquisitoria che ne ha snaturato i tratti fondamentali.

Vi è stato un arretramento del baricentro nella fase delle indagini con il recupero/utilizzazione del materiale ivi raccolto, assunto al rango di *materialia iudicii* nel segno di vantaggi in termini sanzionatori, come precedentemente osservato in riferimento al rito abbreviato.

Le nuove sfide legate soprattutto alla giustizia riparativa depongono verso un consolidamento di tali prospettive le quali, oggigiorno, vanno incrementando l'autoritarismo che può avvalersi di strumenti affilati come le intrusioni nella *privacy* a tacer dell'incombere dell'intelligenza artificiale e delle neuroscienze in generale.

---

<sup>15</sup> V., però, le antitetiche considerazioni alle quali pervengono altri autori, raccolte nel volume curato da G. CERQUETTI e C. FIORIO, *Dal principio del giusto processo alla celebrazione di un processo giusto*, Padova, 2002.

<sup>16</sup> L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2004, 550.

<sup>17</sup> Cass., Sez. un., 29 settembre 2011, Rossi ed altro, in *Cass. pen.*, 2012, 2410.

Il punto, però, è se il rapporto tra autorità e libertà possa consentire uno squilibrio a favore delle esigenze generali rispetto a quelle individuali, intese come dignità e identità individuale.

La prima risulta maggiormente tutelata in virtù di richiami tanto alle *Grundnormen* sovranazionali che interne; la seconda, invece, merita riflessioni più approfondite in quanto, in ordine al valore assoluto dell'individuo, non dovrebbero registrarsi cedimenti, assai frequenti quando, invece, non meriterebbero compressione.

**ERRARE HUMANUM EST.  
LE “SENSIBILI” INCRINATURE DEL SILLOGISMO GIUDIZIALE \***

*Errare humanum est.  
‘Sensitive’ Cracks in Judicial Syllogism*

di

**Marco Cecchi \*\***

Il contributo riflette su alcune caratteristiche e su certi vizi dell’attività di giudicare. Dopo aver rilevato determinati tratti (fisiologici e patologici) del modo antropico di decidere, lo scritto ribadisce la necessità di continuare a puntare sul giudizio dell’uomo sull’uomo. Nonostante le complessità, le volubilità e le insufficienze che caratterizzano il *decisum* umano, è in fin dei conti proprio la sua umanità a non rendere estranea a chi ne è destinatario l’amministrazione della giustizia al caso concreto.

\*\*\*

*The paper reflects on certain characteristics and vices of the activity of judging. After noting some traits (physiological and pathological) of the anthropic mode of decision-making, the Author reiterates the need to continue to focus on “man’s judgment on man”. Despite the complexities, ficklenesses and inadequacies that characterize the human *decisum*, it is - after all - precisely its humanity that does not render the administration of justice alien to its recipient.*

Sommario: 1. Un essere perfettibile. – 2. La sensibilità del giudizio umano tra *biases* e fallacie logiche. – 3. Valutare consapevolmente e motivare puntualmente.

---

\* Il contributo riproduce, con alcune rimodulazioni stilistiche dovute alla trasposizione in forma scritta della relazione orale e con l’aggiunta dei riferimenti bibliografici soltanto alle opere richiamate durante l’esposizione, l’intervento tenuto dall’autore nell’ambito del convegno “*Errore e verità processuale*”, svoltosi a Foggia, presso il Dipartimento di Giurisprudenza, in data 31.03.2023 (i cui atti, raccolti in un volume collettaneo, sono in corso di pubblicazione).

\*\* Ricercatore a tempo determinato di Diritto processuale penale presso l’Università eCampus.

## 1. Un essere perfettibile.

Si è tutti sostanzialmente d'accordo sul fatto che l'uomo, la persona umana in quanto tale, è un essere perfettibile – non perfetto – che commette errori.

L'evenienza che l'uomo possa sbagliare – e che, di fatto, sbaglia – è qualcosa che può accadere – e che, in effetti, accade – in qualsiasi ambito... con tutte le conseguenze che ne discendono. Nel mondo della medicina, ad esempio, il medico che commette un errore rischia di mandare o addirittura manda, per dirla brutalmente, il paziente sottoterra. Nel mondo del diritto, il giurista – più in particolare, il giudice (che è la figura che ci interessa attenzionare) – che commette un errore rischia di condannare, o addirittura condanna, un innocente. E qua si apre una sorta di dilemma morale: l'amministrazione della giustizia può tollerare un errore del genere?

Evidentemente, sì.

La giustizia tra gli uomini e degli uomini tollera – è inevitabile che ammetta e che accetti – la possibilità di sbagliare, perché è ontologicamente impossibile raggiungere la perfezione nelle faccende umane. Se non si permettesse ai tribunali di giudicare e di far eseguire le decisioni assunte pur con l'alea dell'errore, guardando a lungo raggio può dirsi che arriverebbe a sfaldarsi la società stessa. Se non ci fosse un comune e generalmente approvato momento di risoluzione dei conflitti, in grado di ristabilire l'ordine collettivo che si assume violato in quel determinato frangente storico-sociale, verrebbe meno la libertà di vivere in comunità. Il caos disordinato che regnerebbe nei rapporti sociali pregiudicherebbe qualunque opportunità di una stabile e pacifica convivenza tra gli individui. Su questo punto vi sarebbero ancora tante cose da dire, ma torniamo al nostro discorso; e riprendiamo il filo dalla constatazione che, con l'avanzamento della civiltà e l'abbellimento dei costumi, si è cercato di trovare il modo di ridurre gli sbagli, o quantomeno le occasioni di sbaglio, nella gestione delle controversie umane giuridicamente rilevanti.

Si sono cercati e continuamente si vanno cercando e affinando strumenti, schemi, istituti e procedure che limitino il margine di errore nello svolgimento e all'esito delle operazioni decisionali; e ciò altresì per attenuare quell'angosciosa sensazione di insoddisfazione provocata dalla sciagurata eventualità di privare della libertà (ieri, finanche della vita) un innocente. Un simile sviluppo lo si riscontra soprattutto in quegli ordinamenti che hanno adottato sistemi di stampo accusatorio, specialmente se hanno altresì privilegiato il valore cognitivo

dell'accertamento giurisdizionale, dove la verità che preme accertare non è una “verità purchessia e a qualunque costo” bensì una “verità processuale”. Lo scopo della procedura giudiziale, in tali contesti, è quello di raggiungere una verità che è il frutto di un percorso metodologico predefinito, per tutti uguale e rispettoso dei diritti dei soggetti che vi sono coinvolti. Interessa il modo, il metodo accertativo; e in quest’ottica viene disegnato un *iter* procedimentale orientato da principi e valori – oggi, in Italia, di rango costituzionale – e segnato da regole che delineano i termini in cui devono essere ricostruiti giuridicamente i fatti (*quaestio facti*) e in cui deve essere applicato il diritto al caso concreto (*quaestio iuris*).

Ebbene: ciononostante, errori e sbagli permangono perché siamo esseri perfettibili – *errare humanum est*. Sono tanti i fattori (fisiologici e patologici) che portano a sviste, malintesi e vizi – persino involontari – di ragionamento e di giudizio; ed è perciò essenziale non dimenticare mai che quotidianamente incombe il pericolo, perenne e ineliminabile, di condannare il non colpevole<sup>3</sup>.

## 2. La sensibilità del giudizio umano tra *biases* e fallacie logiche.

Nella direzione di rendere lo *iudicium* dell’uomo sull’uomo quanto più impeccabile e preciso possibile, negli anni si sono immaginate le soluzioni più disparate. In questa prospettiva, estremamente significativa è senza dubbio l’idea – tutt’oggi persistente e valida (anche se, del modello tradizionale, “qualcosa resta e qualcosa se ne va”<sup>4</sup>) – del sillogismo giudiziale. A livello di struttura, abbiamo una premessa maggiore, in cui inseriamo la *quaestio iuris*/le *quaestiones iuris*, e una premessa minore, in cui inseriamo la *quaestio facti*/le *quaestiones facti*; operiamo poi una valutazione di conformità e traiamo la conclusione. In tal modo, apprezziamo se il fatto storico (contrassegnato dal pubblico ministero tramite l’imputazione, debitamente contestato all’imputato e ricostruito probatoriamente nel contraddittorio tra le parti) configuri o meno – *iura novit curia* – un’ipotesi criminosa punibile.

La trasposizione dello schema sillogistico sull’attività di *ius dicere* è figlia dell’Illuminismo e di una visione culturale secondo la quale il giudicante è/deve essere mera “bocca che pronuncia le parole della legge” (*Lo Spirito delle leggi*, lib. XI, cap. VI) – una *Subsumptionsmaschine*. Non è questa la sede per indulgiare al riguardo (notando, ad esempio, che l’asserzione di Montesquieu è stata un poco

---

<sup>3</sup> AA.VV., *L’errore giudiziario*, (a cura di) L. Lupária Donati, Milano, 2021.

<sup>4</sup> M. CECCHI, *Il sillogismo giudiziale: “quel che resta, quel che se ne va”*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 1525.

esasperata... giacché vi sono certi altri passaggi *De l'Esprit des Lois* in cui si riconosce un ruolo più attivo e partecipe da parte di chi giudica nei confronti della legge – cfr. lib. VI, cap. I e cap. III)<sup>5</sup>.

Quello che vogliamo sottolineare, con questo accenno al ragionare per sillogismi del giudice, è semplicemente che la sua efficacia impeccabile si fonda sull'esistenza di premesse di natura dimostrativa. Viceversa, nelle ipotesi in cui – esattamente come accade nel processo penale – la premessa maggiore o la premessa minore oppure entrambe le premesse si reggono su ragionamenti di tipo induttivo o abduttivo, la tenuta razionale del sillogismo vacilla, fino a sprofondare, nel “crepuscolo delle probabilità” (per utilizzare un'espressione lockiana). Questo è noto ai filosofi (fin dai tempi di Aristotele<sup>6</sup>), ai giuristi (Beccaria<sup>7</sup> compreso) e agli studiosi in genere; e le ricerche più recenti e avanzate sul tema non hanno fatto altro che confermare questo stato di cose.

Esemplificando, dal punto di vista psicologico, si è appurato che, affianco a una modalità prettamente raziocinante di decidere, vi è una modalità gutturale, intuitiva, istintiva di prendere decisioni; e che i due modi di approcciare un fenomeno, quello “pensoso” e quello “spontaneo-immediato”, oltre a convivere, proprio si influenzano reciprocamente tra loro. Rifacendosi al lessico di Kahneman<sup>8</sup>, sappiamo che ci sono un “sistema 1” e un “sistema 2”: il primo è viscerale; il secondo è riflessivo. Il ragionamento sillogistico punta (*recte* punterebbe) tutto sul sistema 2, epperò i meccanismi inconsci del sistema 1 non lo permettono, poiché non sono completamente superabili... e così questa pretesa di un razionalismo assoluto si relativizza e viene notevolmente sfumata.

È sufficiente questo, senza dover aggiungere ulteriori e diverse considerazioni, per affermare che il *decisum* giudiziario – ché si muove per induzioni e abduzioni<sup>9</sup>; ché è orientato e influenzato soggettivisticamente – ha carattere probabilistico ed è, quindi, peccabile.

Il sillogismo giudiziale, e qua impieghiamo tale locuzione per riferirci e ricomprendere l'interezza del momento decisorio del giudice, patisce molteplici

---

<sup>5</sup> C. D. S. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois* (1748), (trad. it.) B. B. Serra, *Lo spirito delle leggi*, I e II, Milano, 2011.

<sup>6</sup> ARISTOTELE, *Organon*, (trad. it.) G. Colli, Milano, 2003.

<sup>7</sup> C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), (a cura di) G. Carnazzi, Milano, 2010.

<sup>8</sup> D. KAHNEMAN, *Thinking, Fast and Slow* (2011), (trad. it.) L. Serra, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012.

<sup>9</sup> G. CANZIO, *Il dubbio e la legge*, in [archivioiodpc.www.dirittopenaleuomo.org](http://archivioiodpc.www.dirittopenaleuomo.org), 20.07.2018.

incrinature. Tra queste, ci preme rammentarne alcune legate alla sensibilità dell'individuo: si tratta di quelle che possiamo definire le sensibili incrinature sillogistiche, poiché dovute a cause endogene ed esogene all'uomo legate alla sua fisicità e al funzionamento delle interazioni vitali corpo-mente.

Anzitutto, le persone – in qualità di mammiferi – «risolvono problemi principalmente in base a ciò che sentono», diversamente dai computer che, “invece [e almeno per ora], li risolvono in tutt'altra maniera” (come attestato, in chiave storico-evolutiva, da Harari<sup>10</sup>). In effetti, «una mente senza emozioni non è per nulla una mente, è soltanto un'anima di ghiaccio: una creatura fredda, inerte, priva di desideri, di paure, di dolori e di piaceri» (per dirla con LeDoux<sup>11</sup>). Sicché, ricaviamo che «in nessuna operazione decisoria umana esiste la razionalità pura, anzi: in realtà, “senza emozioni, non si decide”» (come ci insegnano anche Forza, Menegon e Rumiati<sup>12</sup>; oltreché, più in generale, Smith<sup>13</sup>).

Esemplifichiamo queste affermazioni con una scena, spicciola e banale, di vita quotidiana: la selezione di certi prodotti alimentari. Tre ricercatori americani – Dallas, Liu e Ubel<sup>14</sup> – hanno dimostrato come impressioni emotive positive o negative determinino la scelta di acquistare, oppure no, del cibo ipercalorico. All'interno delle odierne “società della trasparenza” (come le ha definite il filosofo Han<sup>15</sup>), in cui c'è un culto esagerato dell'apparire, si tende a curare narcisisticamente il proprio aspetto fisico. Per questo motivo, si presta tra l'altro parecchia attenzione al numero di kcal degli alimenti che si mangiano, cercando di evitare quelli eccessivamente calorici. A tal proposito, dall'analisi delle vendite di una nota multinazionale di fast-food, sia in paesi dove si legge da sinistra verso destra sia in paesi dove si legge da destra verso sinistra, è emersa una risultanza

---

<sup>10</sup> Y. N. HARARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, (trad. it.) M. Piani, Milano, 2018, 115. Invero, “il cuore animale intende, percepisce e risponde con immediatezza come un tutto unitario” (J. HILLMAN, *L'anima del mondo e il pensiero del cuore* [1974], (trad. it.) A. Bottini, Milano, 2002, 55).

<sup>11</sup> J. LEDOUX, *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni* (1998), (a cura di) S. Coyaud, Milano, 2003, 27. In termini più caustici, ancorché con licenza letteraria, Mann ne *La montagna incantata*: laddove scrive che “un'anima senza corpo è altrettanto disumana e orrenda come un corpo senz'anima” (T. MANN, *La montagna incantata* (1924), (trad. it.) E. Pocar, Milano, 2012, 107).

<sup>12</sup> M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento. Un nuovo modello logico-argomentativo di stilus curiae*, Milano, 2021 (citando, nella parte virgolettata [...]), A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017, 51).

<sup>13</sup> J. E. H. SMITH, *Irrazionalità. Storia del lato oscuro della ragione*, (trad. it.) A. Branchi, Milano, 2020.

<sup>14</sup> S. K. DALLAS – P. J. LIU – P. A. UBEL, *Don't Count Calorie Labeling Out: Calorie Counts on the Left Side of Menu Item Lead to Lower Calorie Food Choices*, in *Journal of Consumer Psychology*, 6 May 2018.

<sup>15</sup> B. HAN, *La società della trasparenza*, (trad. it.) F. Buongiorno, Milano, 2014.

singolare. Per favorire la commerciabilità di un alimento ipercalorico, è utile far leggere al cliente prima la voce “kcal/energy” (che rinvia a un pensiero appagante e fattivo, caldamente felice e promettente: “metterò in corpo un bel po’ di energie che potrò sfruttare per realizzare gli obiettivi che mi propongo”) anziché l’indicazione numerica dell’effettivo quantitativo di calorie contenute in quel prodotto (che rinvia a un pensiero ansioso e apprensivo, freddamente calcolatore e sottrattivo: “ho a disposizione all’incirca 2000kcal giornaliere; dopo questo pasto, me ne resteranno assai meno e dovrò in qualche modo smaltirlo... meglio lascio perdere?!?”).

Anche quando si seleziona razionalmente (o meglio, si crede di selezionare razionalmente) ciò che si mangia, c’è un’influenza che sensibilmente plasma il nostro comportamento. Una reazione emotiva rispetto a un evento che ci coinvolge arriva a co-definire quello che scegliamo di fare concretamente. Qua c’entra anche il c.d. *nudging* (cioè, la spinta gentile – di cui parlano Thaler e Sunstein<sup>16</sup> – che riceviamo dall’ambiente che ci circonda e che ci suggestiona a tenere un certo atteggiamento, suggerendoci – più o meno indirettamente – la decisione che poi finiamo per prendere); ma non è soltanto una questione di *nudging*. Vi sono differenti “rumori” di fondo che danno luogo a “un difetto del ragionamento umano” (come titola un recente lavoro di Kahneman, Sibony e Sunstein<sup>17</sup>). Rumori esterni; rumori interni<sup>18</sup>; rumori che dall’interno influiscono sugli avvenimenti esteriori; rumori che dall’esterno condizionano gli accadimenti interiori, sia consci che inconsci.

Guardando alle consequenziali ricadute sull’attività decisoria del giudice, sono ancora attuali le riflessioni svolte una novantina di anni fa da alcune acute voci della dottrina. È vero, ora come allora, che il giudicante – lo scrive(va) Calogero<sup>19</sup> – «è ben lontano dal possedere l’automatica tranquillità di una macchina calcolatrice. Talune sue decisioni sono facili, altre più difficili, altre così angosciose che egli lungamente combatterà con sé medesimo e non sarà mai sicuro di averle prese secondo giustizia e verità». Che si dirima la *quaestio facti* o

---

<sup>16</sup> R. H. THALER – C. R. SUNSTEIN, *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, (trad. it.) A. Oliveri, Milano, 2009.

<sup>17</sup> D. KAHNEMAN – O. SIBONY – C. R. SUNSTEIN, *Noise. A Flaw in Human Judgment*, London, 2021

<sup>18</sup> “Le disposizioni dell’animo impregnano e contaminano l’intelletto in innumerevoli modi, a volte impercettibili” (F. BACONE, *Nuovo Organo* (1620), (a cura di) M. Marchetto, Milano, 1998, 101).

<sup>19</sup> G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione* (1937), Padova, 1964, 52-53.

la *quaestio iuris*; che si trattino le tematiche più impersonali o quelle che comportano un alto tasso di partecipazione emozionale; che si ritenga di essere interamente o nient' affatto distaccati dalla faccenda che si va giudicando: non è rilevante, la situazione non cambia. Pure durante il complicato e in apparenza prettamente razionalistico atto interpretativo, e qui riprendiamo Calamandrei<sup>20</sup>, «è difficile che il giudice, nell'interpretare la legge (che vuol dire ripensarla e farla rivivere da sé), riesca a distaccarsi da sé, fino al punto di non far entrare nel suo giudizio, anche senza accorgersene, le proprie opinioni politiche, la sua fede religiosa, la sua condizione economica, il suo ceto sociale, le sue tradizioni regionali o familiari, e magari i suoi pregiudizi e le sue fobie». Modernamente parlando, siamo nell'ambito della c.d. precomprensione (per i cui riflessi sul versante giuridico, v. Fiandaca<sup>21</sup>).

In estrema sintesi, «*l'homo cogitans* che si appresta a decidere non è rinchiuso in un recinto impermeabile ai sentimenti» che prova in quel preciso frangente, come ha notato Amodio<sup>22</sup>. Il *mood*, la condizione psico-fisica, la routine dell'abitudine o la novità della giornata, quello che si è mangiato a colazione o a pranzo ecc.: in tutto questo e in molto altro ancora si può riconoscere una variabile non irrisoria ai fini della decisione legale che sarà assunta, una sensibile incrinatura – ecco, di nuovo: una sensibile incrinatura – del sillogismo giudiziale.

L'essersi svegliati di buon umore o dopo un brutto sogno; l'aver litigato con qualcuno prima di andare a lavoro; l'essersi imbattuti in un incidente o l'aver fatto oppure solo sfiorato un sinistro nel tragitto da casa allo studio, all'università, al tribunale; il sentirsi in una certa predisposizione d'animo; ecc. ecc.: «we've all experienced how our own judgments can depend on how we feel – and we are certainly aware that the judgments of other vary with their mood, too. [...] Mood has a measurable influence on what you think [and] it also changes how you think. [...] You are not the same person at all times. As your mood varies (something you are, of course, aware of), some features of your

---

<sup>20</sup> P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (1935-1956/9), Firenze, 2014, 115. Cfr., 'extra-giuridicamente', J. ROTH, *Confessione di un assassino (raccontata in una notte)* [1975], (trad. it.) B. Griffini, Milano, 2015, 55 ("Non dipendevamo dalle leggi, ma dagli umori. Tuttavia, questi umori erano forse più prevedibili delle leggi. E poi anche le leggi dipendono dagli umori. Infatti, si possono interpretare. Eh sì, cari amici, le leggi non proteggono dall'arbitrio, perché è appunto con arbitrio che vengono interpretate").

<sup>21</sup> G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, Napoli, 2018.

<sup>22</sup> E. AMODIO, *Prefazione*, in A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., 9.

cognitive machinery vary with it (something you are not fully aware of). [...] Your judgment depends on what mood you are in»<sup>23</sup>.

La stessa “condizione psico-fisica di chi giudica può assumere un valore determinante. Un giudice riposato produrrà infatti decisioni più meditate di quello stanco e provato dalla routine della giornata. [...] Quanto più si prolunga l’udienza tanto più la decisione finale può essere condizionata dall’affaticamento mentale del giudice e, di converso e di conseguenza, può diminuire la sua propensione a rendere sentenze favorevoli”<sup>24</sup>. Questo, badate bene, non solo per un affievolimento dell’attenzione dovuto alla routine, alla ripetitività del tipo azione da compiere. La stanchezza mentale – e lo stesso vale per la brillantezza mentale – può infatti derivare anche solamente dal tipo di carburante immesso e circolante nel nostro organismo, o dalla sua carenza.

In una ricerca che ha avuto un’ampia risonanza, Danziger, Levav e Avnaim-Pesso<sup>25</sup> – a fronte della domanda «are judicial rulings based solely on laws and facts?» – hanno osservato che «legal formalism holds that judges apply legal reasons to the facts of a case in a rational, mechanical, and deliberative manner. In contrast, legal realists argue that the rational application of legal reasons does not sufficiently explain the decisions of judges and that psychological, political, and social factors influence judicial rulings. We test the common caricature of realism that justice is “what the judge ate for breakfast” in sequential parole decisions made by experienced judges. We record the judges’ two daily food breaks, which result in segmenting the deliberations of the day into three distinct “decision sessions”. We find that the percentage of favorable rulings drops gradually from  $\approx 65\%$  to nearly zero within each decision session and returns abruptly to  $\approx 65\%$  after a break. Our findings suggest that judicial rulings can be swayed by extraneous variables that should have no bearing on legal decisions». Insomma, la percentuale di decisioni favorevoli cala decisamente e arriva a rasentare lo 0% quando il giudice ha fame, quando il livello di glicemia è basso, lo stomaco borboglia e induce a sbrigarci per poter fare finalmente pausa. Dopo il break, dopo che il giudicante si è rifocillato, la percentuale di decisioni favorevoli risale e si stabilizza regolarmente. A stomaco pieno, in buona sostanza,

---

<sup>23</sup> D. KAHNEMAN – O. SIBONY – C. R. SUNSTEIN, *Noise*, cit., 86-93.

<sup>24</sup> A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., 54.

<sup>25</sup> S. DANZIGER – J. LEVAV – L. AVNAIM-PESSO, *Extraneous Factors in Judicial Decisions*, in *PNAS*, 2011, 108 (17), 6889.

si giudica più ponderatamente... «un boccone di buon cibo decide spesso se noi possiamo guardare all'avvenire con sguardo cupo o pieni di speranza», scriveva Nietzsche<sup>26</sup>.

Oltre a ciò, la sensibilità del giudizio umano (che incrina la concezione esclusivamente razionalistica del ragionare sillogistico) è caratterizzata anche dalla presenza di *biases* e fallacie logiche. Di questi errori del pensiero e di ragionamento possiamo rammentarne alcuni tra i più noti.

Con la negazione dell'antecedente si giunge a negare la conclusione semplicemente negando una premessa, senza tenere conto che quella data conclusione può aversi anche in mancanza di quella data premessa. Con l'affermazione del conseguente si ricava l'esistenza di una causa dalla semplice presenza di un effetto, non considerando che quell'effetto può essere l'esito di ben altre cause. Quando si inciampa nella fallacia di composizione si «trasferisce al tutto le proprietà delle singole parti, trascurando la composizione presente nel tutto, e cioè il modo in cui gli elementi si combinano tra di loro: il tutto non prende sempre le proprietà delle sue parti». Mentre quando invece si cade nella fallacia di distribuzione si «trasferisce alle parti le proprietà specifiche del tutto, trascurando il fatto che le totalità hanno proprietà diverse da quelle delle parti»<sup>27</sup>.

In queste fallacie logiche si incappa senza farlo apposta, senza nemmeno accorgersene, se non si conoscono; come, parimenti, se non se ne è consapevoli, non ci se ne rende conto e si resta invischiati in qualche *bias* cognitivo.

Sulla pagina internet di Wikipedia è possibile consultare il *Cognitive Bias Codex*, un progetto di catalogazione dei moltissimi *biases* che sono stati individuati dagli studiosi e sistematizzati in un diagramma circolare (originariamente ideato e descritto da Benson, realizzato da Manoogian III e implementato dalle descrizioni di TilmannR)<sup>28</sup>.

Tra le decine e decine di queste distorsioni cognitive possiamo ricordare il *bias* del senno del poi (*hindsight bias*), per cui si stima la verificabilità di un avvenimento ponendosi *ex post* rispetto al suo realizzarsi e, per il solo fatto che si

---

<sup>26</sup> W. F. NIETZSCHE, *Umano troppo umano* [1879-1780], (trad. it.) S. Giametta, vol. II, Milano, 1981, 212.

<sup>27</sup> C. CONTI, *Il BARD paradigma di metodo: legalizzare il convincimento senza riduzionismi aritmetici*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 839, nt. 47.

<sup>28</sup> [Open access al seguente link: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:The\\_Cognitive\\_Bias\\_Codex\\_-\\_180%2B\\_biases,\\_designed\\_by\\_John\\_Manoogian\\_III\\_\(jm3\).png](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:The_Cognitive_Bias_Codex_-_180%2B_biases,_designed_by_John_Manoogian_III_(jm3).png).

è manifestato, si maggiorano le probabilità del suo accadimento. È «una tendenza sistematica che ci porta a proiettare nel passato le nuove conoscenze acquisite, senza che ci si renda conto dell’influenza delle nuove informazioni sulla nostra primaria percezione su quanto già accaduto»<sup>29</sup>. In questa medesima china distorsiva, si pone anche il *bias* del risultato (*outcome bias*), il quale «si riflette sulla valutazione della qualità della decisione inizialmente presa in relazione alle sue conseguenze. Le persone hanno la tendenza a rileggere il passato sulla base delle conoscenze acquisite in momenti successivi, senza considerare che le nuove conoscenze finiscono per modificare la loro visione di quello stesso passato». E, indubbiamente collegato a questi due *biases*, nonché – con essi – corresponsabile della c.d. *tunnel vision*, troviamo poi il *bias* della conferma (*confirmation bias*), che possiamo spiegare con una citazione letteraria: «l’uomo è talmente attaccato al sistema e alla deduzione astratta che sarebbe pronto ad alterare premeditatamente la verità, e pronto a non vedere vedendo e a non udire udendo, pur di giustificare la propria logica»<sup>30</sup>. Quando elabora un pensiero, l’essere umano è soggetto alla forza della prevenzione e automaticamente portato – ce lo dice(va) già Bacone<sup>31</sup> – a ricercare prove che lo confermino, elementi che corroborino la sua ricostruzione anziché elementi che la contrastino o confutino.

Potremmo stare a parlare per tutto un anno accademico, finanche istituire un corso universitario, di fallacie logiche, *biases* e fattori – sia esterni sia interni all’uomo (es. “l’eventualità, non remota, di essere contraddetto dai giudici dei gradi successivi è un elemento che concorre, per forza di cose, a incidere sul concreto operare della discrezionalità del giudice c.d. ‘inferiore’”<sup>32</sup>) – che influenzano la razionalità decisionale del giudice. Riteniamo però che basti quanto detto finora per riconoscere come le sensibili incrinature che venano il sillogismo giudiziale rendano infondate le aspettative di certezza matematica legate a questo schema decisorio.

---

<sup>29</sup> A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., 162.

<sup>30</sup> F. M. DOSTOEVSKIJ, *Memorie dal sottosuolo* (1864), (a cura di) I. Sibaldi, Milano, 2016, 35.

<sup>31</sup> F. BACONE, *Nuovo Organo*, cit., 97 (“L’intelletto umano, quando abbia adottato una certa concezione (o perché ricevuta da altri e ritenuta vera, o perché soddisfacente), induce anche tutto il resto a convalidarla e ad accordarsi con essa. Anche se la forza e il numero delle istanze contrarie sono maggiori, tuttavia o non le considera o le disprezza o, introducendovi delle distinzioni, le rimuove e le respinge, non senza grave e dannoso pregiudizio, pur di mantenere inviolata l’autorità di quelle prime concezioni”).

<sup>32</sup> D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al “diritto”*. Contributo allo studio dell’articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana, Napoli, 2008, 40.

### 3. Valutare consapevolmente e motivare puntualmente.

Che fare, allora?

Da un lato, abbiamo la legge: quella legge che, stando all'utopia illuminista, contiene in sé la risposta a ogni problema e controversia giuridica. Sappiamo tuttavia, e lo si sapeva già all'epoca dei lumi, che non è così. La *lex* è il punto di partenza e sarà, da ultimo, il punto di arrivo; nondimeno, nell'itinerario che va dall'individuazione della disposizione, alla sua argomentata interpretazione e in seguito all'applicazione della norma al caso concreto, si inserisce inevitabilmente una serie imprevedibile di variabili. Dall'altro lato, quindi, abbiamo una miriade di cose in più rispetto alla legge.

Se questo è il quadro che la realtà ci restituisce, dinanzi all'interrogativo "che fare, allora?" si possono avere due tipi di atteggiamento: o pessimistico-negativo od ottimistico-positivo. Prima ancora, ad ogni modo, occorre essere consapevoli di tutto ciò: di tutti i meccanismi che abbiamo visto e di tutto quello che non abbiamo visto, ma che abbiamo comunque intuito star dietro alle tematiche che si son trattate. Consapevolezza, dunque<sup>33</sup>.

Com'è stato condivisibilmente rilevato, «si tratta di meccanismi che, se conosciuti, possono essere inibiti o contenuti negli effetti, favorendo un maggior auto-controllo e cioè mettendo il giudicante quanto meno *sul chi vive* rispetto a rischi di distorsione che diversamente opererebbero in modo inconscio (com'è chiaro, il discorso potrebbe valere anche per chi non giudica, ma [accusa o] difende)»<sup>34</sup>. Si torna lì, ci si immette in quell'incessante flusso storico – di cui si è già parlato – teso a ricercare strumenti, schemi, istituti e procedure che limitino il margine di errore nello svolgimento e all'esito delle operazioni decisionali umane... giudiziarie, in specie.

È pertanto auspicabile puntare sulla formazione degli operatori giuridici, affinché questi acquisiscano contezza che c'è un universo di fattori che co-determinano, assieme alla legge, l'amministrazione della giustizia. Su questo piano, sono immaginabili seminari di formazione, protocolli, linee guida, criteri e parametri condivisi ecc.: l'istituzione di un metodo, in definitiva, a cui attenersi e in virtù del quale l'emotività/la sensibilità di chi giudica si incanala e convive

---

<sup>33</sup> G. FIANDACA, *Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti*, cit., 17-18.

<sup>34</sup> O. DI GIOVINE, *Dal costruttivismo al naturalismo interpretativo? Spunti di riflessione in materia penale*, in *Criminalia*, 2012, 283.

compatibilmente con la razionalità che è richiesta per l’emanazione di una decisione non meramente arbitraria.

Per esemplificare, avuto riguardo allo strumentario ipotizzabile, si può puntare sull’obbligo di motivazione<sup>35</sup>: un onere, quello di giustificare perché si è deciso in un certo qual modo anziché in un altro, che fa sentire il suo peso già al momento della valutazione della fattispecie in giudizio... perché, in fin dei conti, si decide nei limiti in cui si è in grado di motivare quel *decisum*.

A ben vedere, la motivazione «è garanzia intrinseca di un buon giudicato in quanto che il giudice, enunciando le ragioni per le quali si determina, è costretto a riflettere, decidendo per giusti motivi e non per una momentanea impressione» (Lanza). In questo senso, l’obbligo motivativo frena – o, perlomeno, contiene e modera – la precipitazione del sistema 1 avvalorando la ponderatezza del sistema 2. Viene massimizzata la razionalità del sapere giudiziario e minimizzato il resto<sup>36</sup>.

Se si costruisce bene l’apparato motivazionale, si può ad esempio porre rimedio a svariati *biases* e fallacie logiche. Prendiamo il *confirmation bias* e la visione a tunnel, il cui operare – anche in combinato con l’*hindsight bias* e l’*outcome bias* – può essere stemperato dall’impostazione dialogica della motivazione. Laddove, come per giunta impone l’attuale art. 546, co. 1 lett. e) c.p.p., nel corpo argomentativo-giustificativo del provvedimento si debbano esporre non solo le ragioni a sostegno del proprio convincimento, ma anche le ragioni per le quali non si accoglie una determinata ricostruzione alternativa, pur sostenibile e legittimamente prospettata dalle parti, allora ci si allontana dalla *tunnel vision*. Si è costretti a vagliare altresì le contro-ragioni, le ragioni che vanno in direzione opposta e che si pongono fuori – e che altrimenti resterebbero fuori – dalla visuale ricostruttiva che si è prediletta. Quindi: motivare dialogicamente (esprimendo i motivi a favore e – dopo averli attentamente esaminati – esponendo l’infondatezza dei motivi contrari alla risoluzione adottata) vale a superare i *biases* della conferma, del risultato e del senno del poi, nonché la disattenzione percettiva provocata dalla visione a tunnel.

Valutare consapevolmente, motivare puntualmente; e quanto più si proceduralizza/processualizza, con metodiche epistemologicamente raffinate, il percorso valutativo-motivativo che il giudice è tenuto a seguire in relazione a

---

<sup>35</sup> P. LANZA, *Nullità delle sentenze fondate su motivazioni erronee*, in *Giust. pen.*, 1909, 547.

<sup>36</sup> A. FORZA – G. MENEGON – R. RUMIATI, *Il giudice emotivo*, cit., 21-22.

quella tipologia di fattispecie in giudizio, tanto più si ridimensionano – nei limiti del possibile, s’intende; e comunque lasciando intatta la discrezionalità connaturata allo *ius dicere* – i rischi di errore decisionale. Qui si affaccia la tematica della “motivazione rafforzata”<sup>37</sup>, ma non vi è spazio per soffermarci su questo istituto; piuttosto, dobbiamo chiudere.

Dunque, consapevolezza – delle sensibili incrinature del sillogismo giudiziale – anzitutto. Dopodiché, risolutezza d’approccio: consci delle variabili esistenti, invece che abbandonarsi al pessimismo del “non ne vale la pena” o che porta ad affidarsi a marchingegni tecnologici esterni (v. c.d. intelligenza artificiale), abbracciare l’ottimismo speranzoso che sprona a ‘darsi da fare, pure *spes contra spem*’. Nonostante le complessità, al di là delle difficoltà, malgrado la volubilità e le insufficienze del giudicare umano, non essere scettici né tantomeno rinunciare al giudizio dell’uomo sull’uomo e al suo continuo perfezionamento.

Questo ci potrà costare inquietudine (e bisognerà sempre restare – almeno in parte – inquieti, per non prendere l’impegno alla leggera), ma troveremo infine la quiete di chi è – onorato e felice, d’essere “sinfronicamente”<sup>38</sup> – “indaffarato in qualcosa, con un’aria di lieta determinazione”<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> M. CECCHI, *La motivazione rafforzata del provvedimento*, cit., 263-290 (spec., 283-290).

<sup>38</sup> W. GOETHE, *Gli anni di viaggio di Wilhelm Meister, o i Rinuncianti* [1796], (a cura di) R. Copioli, Milano, 2005, 163.

<sup>39</sup> L. DE WOHL, *La città di Dio. Il romanzo della vita di San Benedetto*, (trad. it.) E. Cantoni, Milano, 2017, 189 (ove metaforicamente si ricorda altresì che “non si sale a Dio senza la costante consapevolezza dell’abisso” [301]. Insomma, *occorre essere quieti, ma restare – ‘serenamente’ – inquieti*).

LA PROCEDURA DI ATTUAZIONE DELLE DECISIONI DELLA CORTE  
PENALE INTERNAZIONALE DIFFERISCE DA QUELLA DI ESTRADIZIONE.  
IL CASO AL-MASRI.

*The procedure for enforcing the decisions of the ICC  
differs from extradition. The Al-Masri case.*

di

Ali Abukar Hayo \*

La decisione della Corte d'Appello di Roma, assentita dal Procuratore generale, di non convalidare l'arresto del generale libico Al-Masri, operato dalla Polizia giudiziaria su mandato della Corte Penale Internazionale, è stata fondata sul presupposto che alla procedura *de qua* non possano applicarsi le norme relative alla procedura di estradizione. Nell'un caso si richiede l'atto di impulso del Ministro della giustizia, nell'altro caso non è necessario; da qui la declaratoria di irritualità dell'arresto operato dalla Polizia giudiziaria di propria iniziativa, senza il previo impulso ministeriale. Non sono mancati alcuni commenti critici della dottrina, che assumono la natura interamente "giurisdizionalizzata" della procedura e la correlativa legittimità dell'iniziativa diretta della Polizia giudiziaria per motivi di urgenza. L'Autore concorda con l'interpretazione della Corte di Appello, ritenendo che le decisioni della CPI abbiano una specifica rilevanza politica, sotto il profilo della potenziale incidenza nelle relazioni tra Stati sovrani, tale da rendere necessario l'atto di impulso dell'organo politico.

\*\*\*

*The decision of the Appeals Court of Rome, supported by the Chief Prosecutor, not to validate the arrest of Libyan General Al-Masri, carried out by the Judicial Police, acting on a warrant issued by the International Criminal Court, was based on the assumption that the rules governing extradition procedures did not apply to the procedure in question. The latter required a "triggering act" of the Minister of Justice, which is unnecessary in the former case.*

---

\* Ordinario di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

*Hence the decision whereby the arrest by the Judicial Police, on its own initiative, without the Minister having first issued a triggering act, was irregular. This led to a spate of critical commentaries by legal theorists, based on the assumption that the procedure is “jurisdictionalised” and that, therefore, the Judicial Police was justified in taking prompt action. The Author agrees with the interpretation of the Court of Appeals, in view of the fact that decisions adopted by the ICC have a specific political relevance, in terms of their potential impact on relations between sovereign states and therefore require a “triggering act” by the political authorities.*

Sommario: 1. La questione oggetto della cognizione della Corte d’Appello di Roma  
2. La motivazione dell’ordine di scarcerazione 3. I commenti critici della dottrina  
4. La rilevanza “politica” delle decisioni della CPI alla base del necessario intervento ministeriale.

*Contents: 1. The matter under consideration by the Court of Appeals of Rome. 2. The reasons for the release order. 3. The critical commentaries of legal theorists. 4. The “political” relevance of the decisions of the ICC at the basis of the action required by the Minister.*

## **1. La questione oggetto della cognizione della Corte d’Appello di Roma**

Il *thema decidendum*, oggetto della cognizione della Corte di Appello di Roma, nel caso Al-Masri<sup>2</sup>, che ha suscitato notevoli polemiche politiche<sup>3</sup>, può essere enunciato in questi termini: se l’arresto di una persona ricercata su mandato della Corte penale internazionale postuli comunque l’atto d’impulso del Ministro della

---

<sup>2</sup> Nella *corrected version of the Warrant of arrest* il ricercato è indicato col nome di *Osama Elmasry/Almasri Njeem*. Per una dettagliata analisi della questione procedurale cfr. V. BOLICI - A. DI MARTINO, *La pagliuzza e la trave: il caso «Almasri»*, su *Questione Giustizia*, 25.01.2025.

<sup>3</sup> Ne danno conto, a titolo esemplificativo, gli interventi dell’associazione *Diritti e Frontiere*, per bocca di F. VASSALLO PALEOLOGO, *Atto di accusa della Corte penale internazionale smentisce le menzogne del governo Meloni sul caso Almasri*, in *www.a-dif.org* 22 febbraio 2025; delle Camere Penali, del 25 gennaio 2025; nonché la risposta del portavoce UE a un’interrogazione, riportata nel comunicato ANSA, 31 gennaio 2025, *L’UE sul caso Almasri: “I Paesi cooperino con la Corte penale internazionale”*. Sul punto cfr. anche P. DE STEFANI, *La Corte penale internazionale richiama l’Italia al dovere di collaborare pienamente dopo il rilascio del generale libico Osama Elmasry Njeem*, in *Corte penale internazionale*, 22 gennaio 2025.

*La procedura di attuazione delle decisioni della Corte penale internazionale differisce da quella di estradizione.*

*Il caso Al-Masri.*

Articolo

A. Abukar Hayo

giustizia oppure possa avvenire per iniziativa della Polizia giudiziaria. La Corte d'Appello, chiamata a convalidare l'arresto e assicurare il ricercato alla giustizia della Corte dell'Aja, ha disposto la scarcerazione, in virtù della prima opzione ermeneutica, mentre parte della dottrina ritiene preferibile la seconda. Entrambe le opzioni si fondano su argomentazioni valide, che proviamo a sintetizzare.

Si assume come indispensabile l'atto d'impulso del Ministro, nella procedura di arresto su mandato della Corte internazionale, perché la legge lo menziona espressamente, mentre tace sulla possibilità che la Polizia giudiziaria possa intervenire sulla base della sola informazione pervenuta per altre vie. L'interpretazione letterale della norma - in virtù del canone *ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit* - postula dunque come indispensabile l'atto d'impulso del Ministro. L'opposta opzione ermeneutica fa leva sulla necessità che la Polizia giudiziaria possa intervenire prontamente e con urgenza, assicurando l'effettività della giustizia internazionale, poiché l'attesa dell'impulso ministeriale potrebbe frustrare la pretesa punitiva internazionale, dando tempo e agio al ricercato di darsi alla fuga. A questa stregua, si ritiene prevalente l'interesse punitivo della Corte internazionale e l'obbligo dello Stato di rispettare gli impegni internazionali, sottoscritti con la Convenzione istitutiva della Corte dell'Aja<sup>4</sup>, piuttosto che il dovere di tutelare il diritto individuale del ricercato, seguendo pedissequamente le procedure di garanzia. Così posta la questione, l'interprete ha innanzi a sé due interrogativi, l'uno l'altro connessi: se, l'argomento letterale (che esclude la necessità dell'impulso ministeriale) possa essere corroborato da una lettura sistematica, che tenga conto della natura "politica" degli interessi in gioco; se il vincolo d'urgenza si imponga alla stessa maniera, in relazione a qualsivoglia tipologia criminale e qualsivoglia autorità requirente. In altri termini, la domanda può essere posta come segue: è ragionevole pensare che possa esserci una differenza sostanziale negli interessi in gioco, secondo che la persona arrestata debba essere estradata in un Paese legato da un patto di estradizione con l'Italia, oppure debba essere ristretta per essere sottoposta al giudizio della Corte penale internazionale? Diciamo subito che, a

---

<sup>4</sup> La nota della giunta delle Camere Penali del 25 gennaio 2025 richiama appunto tali doveri. In questo senso si esprimono anche F. VASSALLO PALEOLOGO, *op. cit.*, e P. DE STEFANI, *op. cit.*.

nostro avviso, i due procedimenti di arresto - l'uno finalizzato all'extradizione, l'altro su mandato della Corte internazionale - seppure assimilabili per molti versi, differiscono tuttavia in un punto fondamentale: che l'interesse sotteso è "politicamente sensibile" in un caso e non nell'altro. Ne potrebbe derivare una diversa incidenza dell'intervento del Ministro nelle due procedure d'arresto, simili per molti aspetti, ma difformi nella rilevanza politica. È questa la nostra ipotesi di partenza, ma è chiaro che la risposta compiuta all'interrogativo suppone almeno una breve ricostruzione della vicenda storica<sup>5</sup>.

## **2. La motivazione dell'ordine di scarcerazione**

I fatti, rilevanti ai nostri fini, ebbero inizio il 2 ottobre 2024, quando il Procuratore della Corte Penale Internazionale richiese alla Prima Camera Preliminare l'emissione di un mandato di arresto, ai sensi dell'art. 58 dello Statuto di Roma<sup>6</sup>, nei confronti del generale Najem Osema Almasri Habish, capo della polizia giudiziaria libica, per fatti commessi nella prigione di Mitiga dal 15 febbraio 2015. La Corte accolse la richiesta e il 18 gennaio dell'anno in corso emise un mandato di arresto

---

<sup>5</sup> Per la puntuale ricostruzione della vicenda, con precisa indicazione della successione temporale degli atti, cfr. C. TARFUSSER, *Il caso di Al-Masri ovvero come distruggere la, già ridotta, credibilità di un Paese*, in [www.lalegislazione.penale](http://www.lalegislazione.penale), 13.2.2025.

<sup>6</sup> Come prevede l'art. 58 della legge 12 luglio 1999, n. 232, la Camera preliminare della Corte penale internazionale può emettere un mandato d'arresto contro una persona, su richiesta dal Procuratore generale presso la stessa Corte, se è convinta che vi siano fondati motivi per ritenere che tale persona abbia commesso un reato di competenza della Corte e che il suo arresto sia necessario. In questo caso, secondo quanto prevede l'art. 2 legge n. 237/2012, la richiesta va inoltrata al Ministro della giustizia, che, secondo quanto prevede l'art. 4 della medesima legge, vi dà corso, trasmettendola al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, il quale, ricevuti gli atti, chiede alla medesima Corte d'appello l'applicazione della misura della custodia cautelare nei confronti della persona della quale è richiesta la consegna (art. 11 legge n. 237/2012). Come prevede l'art. 58 della legge 12 luglio 1999, n. 232, la Camera preliminare della Corte penale internazionale può emettere un mandato d'arresto contro una persona, su richiesta dal Procuratore generale presso la stessa Corte, se è convinta che vi siano fondati motivi per ritenere che tale persona abbia commesso un reato di competenza della Corte e che il suo arresto sia necessario. In questo caso, secondo quanto prevede l'art. 2 legge n. 237/2012, la richiesta va inoltrata al Ministro della giustizia, che, secondo quanto prevede l'art. 4 della medesima legge, vi dà corso, trasmettendola al Procuratore generale presso la Corte d'appello di Roma, il quale, ricevuti gli atti, chiede alla medesima Corte d'appello l'applicazione della misura della custodia cautelare nei confronti della persona della quale è richiesta la consegna (art. 11 legge n. 237/2012).

*La procedura di attuazione delle decisioni della Corte penale internazionale  
differisce da quella di estradizione.*

*Il caso Al-Masri.*

Articolo

A. Abukar Hayo

per crimini di guerra e contro l'umanità. Vi si contestano i seguenti crimini di guerra: oltraggio alla dignità personale, ex art. 8 (2) (c) (ii) dello Statuto della CPI, il trattamento crudele e la tortura, ex art. 8(2) (c) (i), lo stupro e la violenza sessuale ex art. 8 (2) (e) (vi), l'omicidio ex art. 8 (2) (c) (i); nonché i crimini contro l'umanità: omicidio ai sensi dell'art. 7 (1) (a), detenzione illegittima ai sensi dell'art. 7 (1) (e), tortura ai sensi dell'art. 7 (1) (f), stupro e violenza sessuale ai sensi dell'art. 7 (1) (g), persecuzione ai sensi dell'art. 7 (1) (h). Contestualmente il mandato, comunicato a sei Paesi interessati, tra cui l'Italia, veniva corredato da una *red notice* dell'Interpol, che allertava tutte le forze dell'ordine. Il ricercato veniva arrestato il 19 gennaio da agenti della Digos di Torino e il 21 gennaio rimesso in libertà a seguito dell'ordinanza della Corte d'Appello di Roma, per essere trasferito immediatamente in Libia, su un aereo militare italiano.

L'ordinanza della Corte d'Appello muove dall'idea che la legge n. 237 del 2012 conferisce un potere d'impulso al Ministro della Giustizia, non surrogabile dall'iniziativa diretta della Polizia giudiziaria. Poiché, nel caso di specie, l'impulso ministeriale è mancato e il ricercato è stato tratto in arresto dalla Digos, allertata dalla *red notice*, la Corte ha concluso che l'arresto, avvenuto in violazione delle regole procedurali, non poteva essere convalidato. Ripercorriamo brevemente l'*iter* argomentativo dell'ordinanza emessa dalla sezione IV della Corte di Appello di Roma in data 21 gennaio 2025.

Ritenuta la propria competenza, ai sensi dell'art. 4 e 15 della legge 237/2012, la Corte osserva, in primo luogo, che la comunicazione della Polizia giudiziaria operante è stata trasmessa ai sensi degli artt. 11 della legge 237/2012 e 59 della legge 232/1999; e tuttavia la procedura in concreto attuata dagli operanti è stata quella prevista per l'extradizione ex art. 716 c.p.p.<sup>7</sup>. Risiede qui il nocciolo della questione.

---

<sup>7</sup> Sul procedimento di estradizione, cfr. *ex multis* M. CHIAVARIO - A. PERDUCA, *Cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 33 ss.; A. GAITO, *L'accesso ai controlli giurisdizionali sul provvedimento di cattura nell'extradizione suppletiva attiva: un'esigenza non differibile*, *Giur. Ita.*, 1997, II, 621; M.R. MARCHETTI, *L'extradizione*, in M.R. MARCHETTI - E. SELVAGGI (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale*, Wolters Kluwer Cedam, Milano Padova, 2019, p. 23 ss.; G. RANALDI, *Il procedimento di estradizione passiva*, Utet Giuridica, Torino, 2012.; ID., *La clausola di specialità dell'extradizione tra presupposto del processo e cognizione del procedere*, *Giur. Ita.*, 2004, 2217; A. SINAGRA, *La deliberazione dell'Autorità giudiziaria e i poteri del Ministro di Grazia e Giustizia in materia di*

*La procedura di attuazione delle decisioni della Corte penale internazionale  
differisce da quella di estradizione.*

*Il caso Al-Masri.*

Articolo

A. Abukar Hayo

Ad avviso della Corte, le due procedure sono distinte e non sovrapponibili. La legge speciale che regola l'arresto su mandato della Corte penale internazionale<sup>8</sup> postula la "prodromica e irrinunciabile interlocuzione tra il Ministro e la procura generale della Corte d'Appello", in applicazione del principio generale enunciato nell'art. 2, comma 1, della medesima legge 237/2012, a mente del quale "i rapporti tra lo Stato italiano e la Corte penale internazionale sono curati *in via esclusiva* dal Ministro della Giustizia, al quale compete di ricevere le richieste provenienti dalla Corte e di darvi seguito". Ne deriva che l'atto d'impulso del Ministro della giustizia, unico organo titolato a recepire il mandato d'arresto della Corte per darne attuazione nel territorio dello Stato, è indefettibile, al punto da rendere nulla la procedura che avesse inizio prescindendone; al contrario, nella procedura d'extradizione non è escluso l'arresto per diretta iniziativa della Polizia giudiziaria.

La Corte giunge a questa conclusione, non ignorando che l'art. 3 della legge 237/2012 richiama, in via sussidiaria, l'applicabilità delle norme contenute nel libro undicesimo, titoli secondo, terzo e quarto del codice di procedura penale; il che "consente di ritenere la procedura di consegna su mandato della Corte penale internazionale sistematicamente inquadrabile tra quelle estradizionali previste nel titolo secondo". Tuttavia, la procedura estradizionale entra in gioco solo "ove non diversamente disposto dalla presente legge e dallo statuto", dunque a condizione che la legge stessa non abbia provveduto sul punto. In sintesi, l'inquadramento sistematico nell'ambito delle procedure estradizionali non comporta *sic et simpliciter* l'applicabilità delle norme richiamate dall'art. 3, poiché, in punto di applicazione della misura cautelare, la legge speciale ha prescritto analiticamente tutti passaggi del procedimento.

---

*extradizione* (nota a Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza n. 344 dell'11 maggio 1966), in *Rassegna Parlamentare*, 1966, n. 6-8 (giugno-agosto), pp. 481-489; G. VASSALLI, *Specialità dell'extradizione e perseguibilità dell'azione penale*, in *Arch. Pen.*, 1987, 319.

<sup>8</sup> Sull'istituto del mandato d'arresto europeo, cfr. G. COLAIACOVO, *Il sistema delle misure cautelari nel mandato d'arresto europeo*, II ed., Cedam, 2019, p. 116; F. GIUNCHEDI, *Il mandato di arresto europeo tra principio di legalità e semplificazione delle procedure di consegna*, in *Foroeuropa*, 2007; V. RANALDI, *Cooperazione giudiziaria in materia penale. Il mandato di arresto europeo nella giurisprudenza italiana*, Aracne editrice, Roma, 2013.

Invero, sono scandite tre fasi: a) il procedimento prende l'avvio dalla ricezione degli atti della CPI da parte del Ministro della Giustizia, al quale per l'appunto "compete di ricevere le richieste provenienti dalla Corte e di darvi seguito" (art. 2 comma1); b) dopo la ricezione, il Ministro trasmette gli atti alla procura generale presso la Corte di Appello di Roma (art. 11, comma 1); c) ne consegue la richiesta del Procuratore generale per l'applicazione della misura cautelare. Dunque, osserva la Corte d'Appello, la procedura di applicazione della misura cautelare è stata dettagliatamente prevista e scandita in tutti suoi passaggi dalla legge 237/2012, sicché risulta inevitabile ricorrere al canone interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi tacuit noluit* e pertanto "l'arresto d'iniziativa della polizia giudiziaria nella procedura di consegna su mandato della Corte penale internazionale deve ritenersi escluso, in quanto non espressamente previsto dalla normativa speciale"<sup>9</sup>. Sul punto si è espresso conformemente anche il Procuratore generale, il quale ha chiesto che la Corte dichiarasse la irritualità dell'arresto non preceduto dalle interlocuzioni con il Ministro della Giustizia<sup>10</sup>.

### **3. I commenti critici della dottrina**

L'interpretazione della Corte d'Appello di Roma è andata incontro ad aspre critiche dottrinali, fondate sulla lettera dell'art. 11 della legge 237/2012, la quale non prevede affatto alcun potere di impulso o di iniziativa in capo al Ministro della Giustizia. Se

---

<sup>9</sup> A favore della decisione della Corte si pone G. COLAIACOVO, *L'art. 716 c.p.p. non è applicabile alla procedura cautelare per la consegna di una persona ricercata dalla corte penale internazionale. Un appunto in controtendenza sul caso almasri*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 10.02.2025. L'Autore sostiene un'interpretazione restrittiva dell'art. 716 c.p.p., evidenziando come esso costituisca una norma tipica del diritto dell'extradizione e, pertanto, non possa essere applicato ad altri ambiti dell'ordinamento, disciplinati da logiche e principi del tutto differenti. Nell'extradizione, ad esempio, il Ministro della Giustizia esercita poteri, anche in materia cautelare, che non gli sono riconosciuti dalla legge 20 dicembre 2012, n. 237.

<sup>10</sup> Particolarmente critico e *tranchant*, in relazione all'interpretazione della Corte d'Appello e del Procuratore generale, C. TARFUSSE, *op. cit.*: «... è evidente come all'origine del cortocircuito che si è verificato nell'ambito della vicenda Al-Masri si colloca la magistratura, nelle persone del Procuratore generale e dei componenti il collegio della Corte d'appello di Roma, che hanno interpretato le norme in modo né letterale, né ragionevole, certamente non in base alla volontà del legislatore e comunque in senso abrogativo, non solo della legge n. 237/2012, ma della cooperazione con la Corte penale internazionale, essendo evidente che l'interpretazione offerta non permetterà l'esecuzione di nessun mandato di arresto della CPI sul territorio italiano. Né oggi, né mai.»

*La procedura di attuazione delle decisioni della Corte penale internazionale  
differisce da quella di estradizione.*

*Il caso Al-Masri.*

Articolo

A. Abukar Hayo

ne inferisce che la procedura di esecuzione dell'ordine di carcerazione sia completamente "giurisdizionalizzata", non essendo previsto un'autentica facoltà di veto paralizzante o di impulso necessario in capo all'autorità governativa<sup>11</sup>. In questa logica, la prerogativa del Ministro si limita alla "ricezione degli atti" da parte della Procura Generale di Roma, unico organo competente a richiedere la custodia cautelare. Ai fini della suddetta "ricezione" non è indispensabile la previa interlocuzione tra la Procura italiana e il Ministero della Giustizia.

Da un lato si riconosce che l'art. 2 comma 1 della medesima legge 237/2012 menziona un generale diritto-dovere di costante dialogo tra la Procura e il Ministro, dall'altro si esclude che il dialogo debba precedere sempre e comunque l'esecuzione dell'ordine di carcerazione, poiché anche il dialogo *ex post* pare soddisfare l'esigenza di fondo che costituisce la *ratio* della norma. Quanto poi alla "cura esclusiva dei rapporti con La Corte internazionale" affidata al Ministro (dal ridetto art. 2 comma 1) si può ritenere che debba riguardare i casi di rogatoria sia attiva che passiva, di citazioni o assunzione di prove, più in generale "le richieste che non possono essere formulate ovvero ricevute in via immediata e diretta dai giudici domestici"<sup>12</sup>. Insomma, il ruolo del Ministro, alla stregua di questa dottrina, è confinato entro i limiti della "ricezione", nonché dello "smistamento" delle comunicazioni intercorrenti tra gli organi giudiziari (CPI e Procura Generale). A conferma di ciò, si fa osservare che l'art. 11, nel disciplinare la fase esecutiva dell'ordine di carcerazione della CPI, non ripete la dicitura relativa alla "cura esclusiva dei rapporti" di cui all'art. 2; ne deriva che la Procura generale, una volta acquisiti - da qualsiasi fonte - gli atti può chiedere alla Corte d'Appello la custodia del ricercato. In sostanza si tratta di una procedura che coinvolge la Procura generale quale istante

---

<sup>11</sup> M. CAIANELLO - C. MELONI, *Caso Almasri: una discutibile interpretazione della legge di cooperazione dell'Italia con la CPI ha portato alla scarcerazione del primo ricercato arrestato sul suolo europeo nell'ambito delle indagini in Libia*, in *Sistema penale*, 24 gennaio 2025; G. VANACORE, *La scarcerazione del generale libico Elmasry. Nota critica alla interpretazione resa dalla Corte di Appello di Roma sull'art. 11 della legge di cooperazione tra l'Italia e la Corte Penale Internazionale*, in *Sistema penale*, 27 gennaio 2025; C. TARFUSSER, *op. cit.*. Dello stesso avviso F. VASSALLO PALEOLOGO, *op. cit.*, e P. DE STEFANI, *op. cit.*, i quali pongono anche l'accento sui doveri di collaborazione assunti dagli Stati Parte nei confronti della CPI. A questo proposito risulta particolarmente efficace l'immagine offerta dall'illustre giurista Sabino Cassese, il quale descrive la CPI come un corpo senza mani e gambe, che si serve degli arti dei governi nazionali.

<sup>12</sup> G. VANACORE, *ibidem*.

*La procedura di attuazione delle decisioni della Corte penale internazionale  
differisce da quella di estradizione.*

*Il caso Al-Masri.*

Articolo

A. Abukar Hayo

e la Corte d'Appello quale organo decisionale, mentre l'autorità di governo non ha parte attiva in un ambito interamente "giurisdizionalizzato", che non attiene alla sfera politica. L'Autorità di governo, nella persona del Ministro della giustizia, solo nella fase successiva all'esecuzione del provvedimento di custodia, acquista un ruolo attivo, poiché è chiamato ad adottare, ai sensi dell'art. 13 comma7, il decreto di definitiva consegna dell'arrestato in favore dei giudici dell'Aja. Ebbene tale ruolo attivo non sembra contraddire l'assunto di fondo (che trattasi di procedura interamente giurisdizionalizzata, del tutto estranea alla sfera politica e scevra da qualsivoglia "interferenza" politica), poiché non residua alcun margine di discrezionalità del Ministro in ordine all'emissione del decreto finale di consegna.

Così delineati i rapporti tra le due Autorità giudiziarie (internazionale e domestica), unici soggetti attivi del procedimento *de quo*, rimane da lumeggiare il ruolo della Polizia giudiziaria. L'indirizzo dottrinale qui illustrato, opina che la necessità di attendere l'istanza di custodia cautelare della Procura generale di Roma, a sua volta preceduta da un atto di iniziativa del Ministro, contraddice l'esigenza di necessaria speditezza della procedura<sup>13</sup>. In ragione di ciò, viene criticata la decisione della Corte d'Appello di Roma, la quale esclude che non possa applicarsi la normativa codicistica in punto di estradizione anche nel caso in cui il provvedimento di carcerazione sia stato emesso dalla CPI. Nella procedura di estradizione, la polizia giudiziaria può procedere all'arresto, richiesto dall'Autorità giudiziaria straniera, di propria iniziativa, avendo ricevuto una mera comunicazione dall'Interpol, e ciò assicura la necessaria speditezza della procedura. Ebbene, sul punto - alla stregua di tale dottrina - non esiste il silenzio della legge, che giustifica il ricorso al canone ermeneutico *ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit*, giacché l'art. 3 della legge 237/2012 rinvia alla generale disciplina codicistica in tema di estradizione. Si ricorre infine a un argomento di ordine sistematico, facendo osservare che "non esiste, in ambito processuale penale, un meccanismo di custodia

---

<sup>13</sup> In questo senso M. CHIAVARIO, *L'eclissi del diritto. L'amarezza e lo sconcerto*, ne *L'Avvenire*, 23 gennaio 2025, p. 1. L'Autore, considerando incomplete le previsioni della legge n. 237 del 2012, invoca l'applicabilità dell'art. 716 c.p.p.. Dello stesso avviso A. NAPPI, *Fare chiarezza sul caso Almasri*, in *Questione Giustizia*, 03.02.2025; G. VANACORE, *op. cit.*

cautelare che non sia preceduto dalla possibile applicazione di un arresto precautelare”<sup>14</sup>, da sottoporre ovviamente alla convalida dell’Autorità giudiziaria.

#### **4. La rilevanza “politica” delle decisioni della CPI alla base del necessario intervento ministeriale**

Le due opzioni interpretative, qui brevemente illustrate, paiono, a tutta prima, parimenti condivisibili e prendere partito, sulla base di argomentazioni meramente letterali, risulta particolarmente imbarazzante. A nostro avviso, la chiave di lettura preferibile è quella che fa riferimento al contesto storico-politico. Sotto questo profilo, si può osservare, in primo luogo, che sembra particolarmente riduttivo il ruolo di “passacarte” del Ministro della giustizia, competente solo a ricevere e smistare comunicazioni che gli sono estranee e coinvolgono gli unici attori della vicenda, assunta come interamente giurisdizionalizzata. Ci pare che in *subjecta materia* sia arduo espellere la ragion politica, non già intesa nella sua espressione minima, come *ratio* politico criminale rinvenibile in ogni norma giuridica, bensì nella sua massima espressione, di interesse di fondo all’esercizio della sovranità giuridica.

La presenza della ragion di Stato risulta evidente nelle relazioni tra ordinamenti giuridici sovrani, regolate da un diritto di natura pattizio, che vige per mutuo consenso. È fin troppo chiaro che l’accettazione nell’ordinamento interno delle norme di diritto internazionale pattizio risponde a una valutazione politica, di competenza dell’organo politico. Anche la Corte penale internazionale deve la sua giurisdizione sovranazionale a un atto originario pattizio, nel quale si esprime nella sua interezza la ragione politica di fondo. Certamente gli atti della Corte hanno vigore giuridico sovranazionale *ex se*, e non già dipendente da un atto politico ulteriore; tuttavia, hanno fondamento nell’atto costitutivo originario, di natura eminentemente politica. A nostro avviso, questa “politicalità” originaria lascia le sue tracce nella disciplina delle procedure di attuazione delle decisioni giurisdizionali e giustifica l’intervento decisivo (e non di mero “smistamento”) dell’organo di governo. Ciò significa, in altri termini, che la procedura *de qua* non si può ritenere interamente ed esclusivamente “giurisdizionalizzata”.

---

<sup>14</sup> G. VANACORE, *ibidem*.

Per significare l'insufficienza dei criteri meramente giuridici, potrebbe farsi riferimento al "cortocircuito" istituzionale e giuridico, ipotizzabile nel caso in cui la CPI emettesse un ordine di carcerazione nei confronti di un Capo di Stato o di Governo. Da un lato, la norma di diritto interno conferisce al Capo di Stato la più ampia immunità, penale e processuale<sup>15</sup>, dall'altro la decisione della Corte imporrebbe l'applicazione della misura coercitiva (cautelare o sanzionatoria). Dal dilemma non si potrebbe uscire, in base a criteri di mera ermeneutica giuridica, ma solo in riferimento alla "ragion di Stato". L'esemplificazione non è affatto fantasiosa, se si pensa che la Corte ha emesso un provvedimento restrittivo nei confronti del Capo di Governo di Israele, Netanyahu. Ci pare dunque che l'oggetto della giurisdizione della CPI sia politicamente sensibile, molto più che l'interesse coinvolto nella procedura di estradizione, regolata dagli artt. 697 e seguenti del codice. Quest'ultima è un'attività giudiziaria, che comporta la collaborazione delle autorità di due Paesi, diretta all'applicazione di una misura coercitiva (cautelare o sanzionatoria) relativa a un reato "comune"<sup>16</sup>. Non vi è coinvolta alcuna

"ragion di Stato", bensì un interesse generale di ordine pubblico, comune allo Stato richiedente e a quello estradante<sup>17</sup>. Insomma, la rilevanza politica delle due procedure - l'una di estradizione, l'altra di esecuzione della misura disposta dalla CPI - è ben diversa, perché è diversa l'Autorità giurisdizionale che emette l'ordine, nonché la "materia del contendere" sottesa; politicamente molto sensibile in un caso, politicamente poco rilevante o del tutto irrilevante nell'altro.

Questa differenza, non di poco conto, spiega perché il necessario intervento politico propulsivo è richiesto solo quando è in gioco l'attuazione delle disposizioni della CPI. Il legislatore nazionale ne ha avvertito l'intrinseca rilevanza politica, consapevole che possono entrare in gioco le relazioni tra Stati sovrani, e pertanto ha affidato all'organo politico il vaglio iniziale di validità, dal quale dipende l'esercizio

---

<sup>15</sup> Sul punto sia consentito rinviare a A. ABUKAR HAYO, *L'immunità penale come species dell'inesigibilità*, Giappichelli, Torino, 2006, *passim*.

<sup>16</sup> A. GAITO, *L'accesso ai controlli giurisdizionali sul provvedimento di cattura nell'extradizione suppletiva attiva: un'esigenza non differibile*, cit., p. 621; M.R. MARCHETTI, *L'extradizione*, cit., p. 23 ss.

<sup>17</sup> Sulla *ratio* dell'istituto, alla luce della recente giurisprudenza di legittimità, cfr. C. DE LUCA, *Estradizione e diritti fondamentali: due recenti pronunce della Cassazione*, in *Sistema penale*, 13 luglio 2023.

*La procedura di attuazione delle decisioni della Corte penale internazionale differisce da quella di estradizione.*

*Il caso Al-Masri.*

Articolo

A. Abukar Hayo

del potere d'impulso. Ci pare questa la lettura preferibile, la quale traspare, a ben vedere, anche nell'ordinanza della Corte d'Appello, apparentemente basata sulla sola lettera della legge. A nostro avviso, l'argomento letterale (*ubi lex dixit voluit, ubi tacuit noluit*) è corroborato da quello storico-sistematico, che fa riferimento alle finalità istituzionali della Corte internazionale, i cui precedenti storici si rinvergono nei Tribunali di Norimberga, Tokyo, ex Jugoslavia, Ruanda<sup>18</sup>. Il faticoso cammino dell'umanità per instaurare durevoli condizioni di pace è passato attraverso strumenti giurisdizionali, creati all'uopo, all'indomani di aspre guerre. Solo nel 1998, fu sottoscritto lo statuto di Roma, entrato in vigore nel 2002, che istituì la Procura e la Corte penale internazionale, con sede all'Aja, per la persecuzione e la punizione dei crimini di genocidio, delle gravi violazioni del diritto internazionale umanitario (crimini di guerra), dei crimini contro l'umanità, nonché – dopo gli emendamenti dello Statuto di Roma apportati alla conferenza di Kampala, entrati in vigore nel 2018 – del crimine di aggressione<sup>19</sup>. Con la Corte penale internazionale prende vita il primo tentativo di dare un assetto stabile e duraturo alla giurisdizione sovranazionale, diretta a garantire relazioni pacifiche tra gli Stati; essa nasce, dunque, con una vocazione intrinseca di pacificazione internazionale, dalla quale non può espungersi la componente politica. In buona sostanza, uno sguardo alla storia, quand'anche breve e superficiale, ci dice chiaramente che gli atti della CPI, come quelli del tribunale di Norimberga, non possono essere equiparati agli atti giurisdizionali delle Corti domestiche, per la cui attuazione si ricorre all'extradizione.

---

<sup>18</sup> A.L. VALVO, *La Corte penale internazionale tra cooperazione giudiziaria internazionale e diritti dell'uomo*, in *Riv. Coop. Giur. Intern.*, 11/2002; F. VIGANO', *Dal 'diritto penale dello Stato' al 'diritto penale sovranazionale'*, in *Sistema penale*, 10 ottobre 2024, già edito in M. DONINI, L. GARLATI, M.N. MILETTI, R. ORLANDI, *I cardini della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, Romatre Press, 2024, 97 ss.. Sul funzionamento della Corte penale internazionale si veda anche Y. PARZIALE, *International crimes: responsibility of states and role of individuals*, in *From national sovereignty to negotiation sovereignty "Days of Law Rolando Quadri"*, Atti di convegni tematici di rilevanza internazionale, a cura di J. Kostić – V. Ranaldi – A. Sinagra, Birograf Comp d.o.o., Belgrad, 2024, p. 285 ss.

<sup>19</sup> Sul punto C. KREß, *Sull'attivazione della giurisdizione della corte penale internazionale in relazione al crimine di aggressione*, in *Dir. pen. cont.*, 11/2018.

Alla luce di queste premesse, è facile osservare che le argomentazioni poste a base dell'opposta opzione interpretativa, la quale sminuisce il ruolo del Ministro e assume la piena e totale "giurisdizionalizzazione" della procedura *de qua*, possono essere agevolmente superate. In primo luogo, si può osservare, in sintonia con la Corte d'Appello, che il rinvio alle norme del codice in tema di estradizione è limitato a ciò che non è direttamente regolato dalla legge 237/2012. E poiché l'art. 11 prevede espressamente tutti i passaggi della procedura, il rinvio alle norme che hanno funzione sussidiaria non ha ragion d'essere.

In secondo luogo, si osserva che l'art. 2 della legge menzionata designa il Ministro come unico soggetto legittimato al dialogo con la Corte. Il fatto che l'espressione letterale, la quale attribuisce la "cura esclusiva" dei rapporti di cooperazione tra lo Stato italiano e la Corte penale internazionale al Ministro, non sia stata ripetuta in seno all'art. 11, non pare voler significare che la procedura *de qua* sfugga alla "cura esclusiva", per la semplice ragione che essa rientra certamente nei generali "rapporti di cooperazione" affidati dall'art. 2, una volta per tutte, alla ridetta "cura esclusiva".

In terzo luogo, si può osservare che l'esigenza della rapidità esecutiva dell'ordine di carcerazione non può costituire un assoluto, giacché tutto l'ordinamento giuridico si compone di bilanciamenti e compensazioni. Non esistono interessi senza controinteressi, diritti senza doveri, esigenze di una parte senza opposte esigenze di controparte; insomma, nel composito mosaico della convivenza umana, si deve tener conto di molteplici esigenze. Fra queste non è certamente secondaria l'esigenza che le relazioni tra gli Stati sovrani siano guidate da un organo politico; e poiché l'esecuzione delle decisioni della CPI possono incidere sulle suddette relazioni, è ragionevole che il potere d'impulso appartenga al Ministro. In ultima analisi, l'assunto che la procedura *de qua* sia interamente giurisdizionalizzata è un mero postulato; non costituisce una vera argomentazione, bensì il risultato interpretativo cui si giunge con l'utilizzo di altre argomentazioni, superate le quali, entra in crisi anche il postulato.

In ragione di quanto sopra, il ruolo propulsivo del Ministro della Giustizia pare giustificato dalla necessità di un vaglio preliminare, diretto a verificare che la

*La procedura di attuazione delle decisioni della Corte penale internazionale  
differisce da quella di estradizione.  
Il caso Al-Masri.*

*Articolo*

*A. Abukar Hayo*

decisione della CPI sia pienamente valida e non sussistano ragioni ostantive alla sua attuazione.

**IL DELITTO DI TORTURA: ANALISI CRITICA E COMPARATIVA  
DELL'ART. 613-BIS C.P. E PROBLEMATICHE IRRISOLTE.**

*The crime of torture: a critical and comparative analysis of Article 613-bis of  
the Italian Penal Code and unresolved issues.*

di

Sara Valerio \*

La previsione del divieto di tortura all'interno dell'ordinamento italiano con la legge 110/2017 ha rappresentato un vero punto di svolta per quanto riguarda l'effettiva tutela dei diritti fondamentali dell'uomo e ha portato l'Italia ad essere sempre di più un paese democratico. L'introduzione dell'articolo 613-bis del Codice penale però non è stata priva di ostacoli, che hanno portato nonostante tutto all'approvazione di un testo che tutt'ora lascia non pochi punti irrisolti. Il presente contributo si sofferma su un'analisi critica circa l'attualità di tale istituto, esaminando il farraginoso iter di approvazione dell'art. 613-bis c.p. e facendo un confronto con altri Paesi per comprendere al meglio quale fosse in quel momento l'orientamento generale di alcune delle maggiori potenze mondiali sulla criminalizzazione dei fatti di tortura, in modo da valutare in modo più compiuto le scelte operate dal nostro legislatore in sede di redazione dell'art. 613-bis c.p. Ci si soffermerà poi su alcune delle teorie giustificatrici delle pratiche di tortura elaborate della dottrina e sulla moralità o meno del suo utilizzo secondo i diversi orientamenti.

\*\*\*

*The introduction of the prohibition of torture within the Italian legal system through Law 110/2017 marked a real turning point regarding the effective protection of fundamental human rights and led Italy to become an increasingly democratic country. However, the introduction of Article 613-bis of the Penal Code was not without obstacles, which, despite everything, led to the approval of a text that still leaves several unresolved issues. This contribution focuses on a critical analysis of the current relevance of this provision, examining the convoluted approval process of Article 613-bis of the Penal Code and comparing it with other countries to better*

---

\* Dottoressa in Giurisprudenza nell'Università degli Studi Niccolò Cusano

*understand the general stance of some of the world's major powers at the time regarding the criminalization of acts of torture, in order to more fully evaluate the choices made by our legislator in drafting Article 613-bis. The text will then examine some of the justifying theories of torture practices developed by legal scholars and discuss the morality—or lack thereof—of their use according to various perspectives.*

Sommario: 1. Il vuoto normativo e l'iter di approvazione parlamentare della legge n. 110 del 2017: adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi europei – 2. Elementi del reato di tortura – 3. La posizione delle potenze mondiali sul reato di tortura al momento dell'introduzione della fattispecie italiana – 4. L'utilizzo della tortura può considerarsi uno strumento necessitato in caso di gravi crimini? Il dibattito sul «*ticking time bomb*» e le critiche - 5. Considerazioni conclusive.

### **1. Il vuoto normativo e l'iter di approvazione parlamentare della legge n. 110 del 2017: adeguamento dell'ordinamento italiano agli obblighi europei**

L'art. 117 c.1 Cost., disponendo che la potestà legislativa debba essere esercitata «nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e degli obblighi internazionali», vuole qualificare gli obblighi sovranazionali di criminalizzazione come obblighi costituzionali di penalizzazione. Tra questi obblighi sovranazionali ci sono le norme CEDU, che assumono valore di norme interposte e hanno quindi un grado intermedio, nel senso che sono subordinate alla Costituzione e sovraordinate rispetto alla legge ordinaria. Pertanto, a differenza di quanto accade per il diritto comunitario, in caso di contrasto tra una norma interna e una norma CEDU, il giudice deve prima di tutto tentare di dare un'interpretazione costituzionalmente orientata, assegnando alla norma interna il significato che la rende compatibile con la CEDU e la Costituzione. Qualora tale via non sia percorribile, il giudice deve sollevare la questione di legittimità davanti la Corte costituzionale. In tale contesto il divieto di tortura viene in considerazione anzitutto in ragione della sua natura di consuetudine internazionale o, addirittura, di principio costituzionale della comunità internazionale. Nonostante l'insistenza della comunità internazionale circa la salvaguardia di alcuni capisaldi, quali il divieto di tortura e livello ed effettività delle sanzioni, l'Italia per molto tempo non ha

adempito a tali impegni. L'obbligo di criminalizzazione è posto dapprima nell'art. 4 della Convenzione ONU del 1984 che stabilisce che «ogni Stato Parte provvede affinché qualsiasi atto di tortura costituisca un reato a tenore del suo diritto penale. Lo stesso vale per il tentativo di praticare la tortura o per qualunque complicità o partecipazione all'atto di tortura». A tal fine «in ogni Stato Parte tali reati vanno resi passibili di pene adeguate che ne prendano in considerazione la gravità». Analogo obbligo di criminalizzazione è contenuto nel successivo articolo 16 per gli «altri atti che costituiscono pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti che non siano atti di tortura come definito dall'art. 1, allorché questi atti siano compiuti da un pubblico ufficiale o da ogni altra persona che agisca a titolo ufficiale, o su sua istigazione, o con il suo consenso espresso o tacito». L'art. 12 rende poi effettive le citate disposizioni punitive, stabilendo che le autorità interne competenti devono procedere «immediatamente ad un'inchiesta imparziale, ogni volta che vi siano motivi ragionevoli di ritenere che un atto di tortura sia stato commesso su qualsiasi territorio sottoposto alla sua giurisdizione»; a rafforzamento l'art. 13 stabilisce che «ogni Stato Parte garantisce ad ogni persona che pretende essere stata sottoposta alla tortura su qualsiasi territorio soggetto alla sua giurisdizione, il diritto di sporgere denuncia davanti alle autorità competenti di detto Stato, le quali procederanno immediatamente e imparzialmente all'esame della sua causa. Saranno presi provvedimenti per assicurare la protezione del ricorrente e dei testimoni contro qualsiasi maltrattamento o intimidazione a causa della denuncia inoltrata o di qualsiasi deposizione resa». La CAT, approfondendo l'art. 4, ha precisato che al fine del rispetto di detto obbligo positivo, gli Stati membri avrebbero dovuto introdurre nei rispettivi ordinamenti una specifica fattispecie di tortura, distinta da altri reati simili. Infatti, tale nuova fattispecie meritava un trattamento differenziato che ne sottolineasse la riprovevolezza e la maggiore gravità rispetto ai reati cui potrebbero esservi ricondotti (lesioni, percosse, maltrattamenti...). Altri espressi obblighi di criminalizzazione erano stati introdotti dalle Convenzioni di Ginevra del 1906 e del 1949 e dai due Protocolli aggiuntivi del 1977; dalla Convenzione per la prevenzione e la repressione del genocidio del 1948<sup>2</sup>; alla Convenzione supplementare sull'abolizione della

---

<sup>2</sup> L'obbligo era previsto all'art. 3 rispetto alle torture inflitte allo scopo di distruggere un gruppo nazionale, etico, razziale o religioso.

schiavitù del 1956<sup>3</sup>; dalla Convenzione sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1965<sup>4</sup>. L'Italia quindi per lungo tempo ha disatteso a tali obblighi, ricevendo vari richiami da parte delle organizzazioni e autorità nazionali e internazionali. Gli obblighi positivi di fonte CEDU non si risolvono solo con l'introduzione della fattispecie penale specifica per il reato di tortura ma prevedono anche che sia data la garanzia alla vittima di una tutela che sia effettiva ed efficace, attraverso la concreta punizione del responsabile della violazione.

Le argomentazioni avanzate dallo Stato italiano a difesa della protratta omissione sono di due ordini. Si è anzitutto prospettata la tesi per la quale il reato di tortura sarebbe stato introdotto nel nostro ordinamento per il solo effetto della ratifica della Convenzione ONU del 1984: veniva quindi sostenuta l'efficacia *self-executing* dell'art. 1 della Convenzione. Il relatore del Comitato contro la tortura Gil Lavedra sostenne invece la necessità di essere recepito tramite un atto interno, poiché tale tesi contrasterebbe col principio di legalità del reato e delle pene posto agli artt. 25 Cost. e 2 c.p., stante la mancanza di un apparato sanzionatorio a corredo. A sostegno ci fu anche la pronuncia della Corte di Cassazione secondo cui «le norme della Convenzione ONU necessitano di essere adattate e implementate per essere introdotte nell'ordinamento interno, non essendo sufficiente a questi fini la semplice ratifica ed esecuzione: in altri termini è necessario che vengano introdotte specifiche disposizioni legislative al riguardo, trattandosi di materia penale in cui vige il principio costituzionale sancito dall'art. 25 c. 2 Cost., secondo cui *nullum crimen, nullam poenam sine lege*. Nel nostro sistema proprio in base al principio contenuto nel citato art. 25 c. 2 Cost. non è possibile che una nuova norma incriminatrice entri nell'ordinamento penale in via comunitaria, seppure attraverso una orma di *jus cogens* valevole per tutti gli stati della comunità internazionale. È quindi necessaria una legge che traduca il divieto internazionale di tortura in una fattispecie di reato, definendone i contenuti e stabilendo la pena, che potrà determinare anche il regime temporale della prescrizione». Un'altra tesi sosteneva l'inutilità di introdurre una fattispecie

---

<sup>3</sup> L'art. 5 richiede che siano punite specifiche forme di tortura, quali le mutilazioni, le stigmatizzazioni, e le altre marcature di persone in condizione di servitù al fine di infliggere loro un castigo o per qualsiasi altro motivo.

<sup>4</sup> L'art. 5 impone ai Paesi aderenti di criminalizzare la tortura inflitta per motivi di discriminazione razziale.

*ad hoc* per il reato di tortura<sup>5</sup> poiché «questa legge non ha alcun significato in Italia, perché tutti i componenti che potrebbero determinare la fattispecie che questa legge vuole sanzionare sono già sanzionati, come il sequestro di persona, l'abuso in atti d'ufficio, le lesioni e altro»<sup>6</sup>. La dottrina ha fortemente criticato questo orientamento, poiché erano molte le sfumature di cui non si teneva conto applicando le fattispecie comuni di reato: il mancato riferimento alle sofferenze di natura psicologica, requisito presente in tutte le convenzioni internazionali; il regime di procedibilità di molti dei reati indicati che richiede la querela della persona offesa; le difficoltà insite nell'accertamento del rapporto causale, ovvero in particolare rispetto all'art. 572 c.p., la natura abituale del delitto<sup>7</sup>. Inoltre tali fattispecie prevedono pene edittali eccessivamente miti e, conseguentemente «destinate e ricadere entro l'ambito applicativo dei più disparati meccanismi di "fuga" dalla sanzione (in primis la sospensione condizionale della pena)» nonché esposte al favorevole regime della prescrizione.<sup>8</sup> Sul piano processuale il presidio più forte era rappresentato dall'art 188 c.p.p. ai sensi del quale «non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interessata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti», essendo detti atti colpiti da nullità ai sensi dell'art 191 c.p.p. Ma la mancanza di una fattispecie *ad hoc* lasciava con le mani legate il giudice, che si trovava ad applicare una collazione di norme al fine di descrivere un reato che poi non ritrovava un proporzionato corrispettivo sanzionatorio. Così nei fatti del G8 di Genova la Corte per quanto riguarda la

---

<sup>5</sup> La tesi negazionista è stata ripresa anche in tempi più moderni. Si tratta della tesi, adombrata neppure troppo velatamente dai sottoscrittori della proposta di legge n. 623, presentata alla Camera dei deputati il 23 novembre 2022, avente ad oggetto l'abolizione del reato di tortura quale fattispecie autonoma, dove si legge quanto segue: «Le pene previste per il reato [di tortura] sono chiaramente sproporzionate rispetto ai reati che puniscono nel codice attualmente tali condotte (percosse, lesioni, minacce, eccetera) e non giustificate dall'andamento della situazione criminale in Italia; non risulta infatti che ci sia una recrudescenza di reati e di abusi in genere commessi da appartenenti alle forze dell'ordine nell'esercizio della loro funzione tale da giustificare l'introduzione di un nuovo reato». G. M. PAVARIN, *A proposito di carcere, uso della forza e tortura*, [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 6 luglio 2023.

<sup>6</sup> Il Segretario Generale SAP, audito dalla Commissione II Giustizia della Camera, ha così indicato superflua la legge introduttiva del reato di tortura: intervento del Segretario Generale SAP, Resoconto stenografico della seduta del 18 giugno 2014, p.4

<sup>7</sup> E. SCAROINA, *Il delitto di tortura. L'attualità di un crimine antico*, p. 236, Cacucci editore, 2018.

<sup>8</sup> F. CASSIBBA, A. COLELLA, *Proibizione della tortura*, p. 71, in G. UBERTIS, F. VIGANO' (a cura di), *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2016.

disumana gravità dei fatti accaduti affermava «Trattasi di condotta che, per le sue modalità concrete e le sue conseguenze probabili, va di gran lunga al di là del mero dato fenomenologico descritto dalla fattispecie criminosa contestata, del tutto insufficiente a ricomprenderla per darne una qualificazione descrittiva utile ai fini della conoscenza e del Giudizio degli eventi umani»<sup>9</sup>.

La prima disciplina italiana del divieto di tortura viene introdotta nel Codice penale militare di guerra del 1941 all'art 185-*bis*<sup>10</sup>, fattispecie molto criticata poiché metteva sullo stesso piano tortura e maltrattamenti inumani, esperimenti biologici e trattamenti illegali; inoltre era strettamente legata alla qualità del soggetto agente, prevedendo pertanto una pena inadeguata (da due a cinque anni di reclusione militare). Successivamente il 12 gennaio 2007 il nostro Paese adottava il d.lgs. n. 11 sulla Disciplina sanzionatoria per la violazione delle disposizioni del Regolamento CE n. 1236/2005, introducendo sanzioni penali e amministrative a presidio della normativa comunitaria in materia di strumento in commercio di strumenti utilizzabili per praticare la pena di morte, la tortura o trattamenti inumani o degradanti. Nel corso della XV legislatura venivano avanzate altre otto proposte legislative: le quattro presentate alla Camera, ottenuto il parere favorevole delle Commissioni permanenti competenti (bilancio ed esteri), furono unificate in un unico disegno di legge («Introduzione dell'art. 613-*bis* del codice penale in materia di tortura») che fu trasmesso al Senato sotto forma di disegno di legge S.1216, che qualificava il reato<sup>11</sup> come comune anziché speciale, ma il disegno di legge decadeva a seguito dello scioglimento anticipato delle Camere. Ci furono poi altre undici proposte presentate durante la XVI

---

<sup>9</sup> Corte d'appello di Genova, 5 marzo 2010, p. 210.

<sup>10</sup> «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il militare che, per cause non estranee alla guerra, compie atti di tortura o altri trattamenti inumani, trasferimenti illegali, ovvero altre condotte vietategli dalle convenzioni internazionali, inclusi gli esperimenti biologici o i trattamenti medici non giustificati dallo stato di salute, in danno di prigionieri di guerra o di civili o di altre persone protette dalle convenzioni internazionali medesime, è punito con la reclusione militare da due a cinque anni».

<sup>11</sup> Nella formulazione qui proposta si puniva «con la pena della reclusione da 3 a 12 anni chiunque, con violenza o minacce gravi, infligge ad una persona forti sofferenze fisiche o mentali, ovvero trattamenti crudeli, disumani o degradanti, allo scopo di ottenere da essa o da una terza persona informazioni o confessioni su un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di aver compiuto ovvero allo scopo di punire una persona per un atto che essa stessa o una terza persona ha compiuto o è sospettata di avere compiuto ovvero per motivi di discriminazione razziale, politica, religiosa o sessuale».

legislatura, nessuna delle quali è mai giunta in Aula per la discussione. Si arriva così al disegno di legge che ha portato l'introduzione nel Codice penale dell'art 613-bis presentato dal Sen. Luigi Manconi del Partito Democratico nel marzo 2013 (d.d.l. S.10) e poi riunito in altri quattro disegni di legge a firma di Senatori del Popolo della Libertà, del Gruppo Misto e del Movimento 5 Stelle. Il disegno di legge prevedeva l'introduzione del delitto di tortura nei delitti contro la libertà morale<sup>12</sup> e il reato veniva introdotto come reato proprio, motivato sul presupposto che «fuori dal rapporto asimmetrico tra Stato e cittadino non rileva la tortura». L'inserimento del dolo specifico si giustificava con l'intento di dare rilievo a violenze realizzate con una finalità ulteriore di natura giudiziaria o più genericamente punitiva e la condotta poteva consistere anche in un atto unico. Erano previste due circostanze aggravanti in caso di morte o lesioni della vittima. Si puniva con la stessa pena l'istigazione del pubblico ufficiale a commettere tortura. L'esame in Senato che terminava il 5 marzo 2014 approvava un progetto di legge che qualificava il reato come comune e la presenza di una sola aggravante nel caso in cui il fatto fosse commesso da un pubblico ufficiale o un incaricato di pubblico servizio. Questo scatenò critiche molto accese, soprattutto da parte del suo promotore, il Sen. Manconi, che sosteneva che le modifiche apportate sconvolgevano la *ratio* del delitto. A seguito di una successiva analisi da parte della Commissione Giustizia, che comportò un'approfondita attività istruttoria, si approvò un testo che collocava il 613-bis tra i reati a presidio dell'integrità morale, nonché la natura di reato comune, ma si modificava in modo significativo la condotta facendosi ora riferimento a «violenza o minaccia» e dunque attribuendo rilevanza anche a un singolo atto e si arricchiva l'elemento soggettivo, richiedendo che il fatto fosse commesso «intenzionalmente e al fine di ottenere, da essa o da un terzo, informazioni o dichiarazioni o di infliggere una punizione o di vincere una resistenza, ovvero in ragione dell'appartenenza etnica, dell'orientamento sessuale o delle opinioni pubbliche o religiose». Veniva aggiunto un terzo comma che prevedeva che «ai fini dell'applicazione del primo

---

<sup>12</sup> «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che infligge a una persona, con qualsiasi atto, lesioni o sofferenze, fisiche o mentali, al fine di ottenere segnatamente ad essa o da una terza persona informazioni o confessioni, di punirla per un atto che essa o una terza persona ha commesso o è sospettata di aver commesso, di intimidirla o di fare pressione su di lei o su di una terza persona, o per qualsiasi motivo fondato su ragioni di discriminazione è punito con la reclusione da 4 a 10 anni».

e del secondo comma, la sofferenza deve essere ulteriore rispetto a quella che deriva dall'esecuzione di legittime misure privative o limitative di diritti». Anche questa formulazione però lasciò spazio a forti critiche laddove, nel limitare la punibilità ai casi in cui la vittima si trovi «affidata all'agente o comunque sottoposta alla sua autorità, vigilanza o custodia» finiva con l'escludere la punibilità di quei fatti commessi prima che essa sia tratta in arresto (come i fatti avvenuti durante il G8). Tornato al Senato il 13 aprile 2015 il testo veniva di nuovo approvato con modifiche della Commissione Giustizia e trasmesso all'Aula che lo approvava il 17 maggio 2017. Così finalmente si arriva alla l. 110 del 2017 che porta a compimento un iter molto lungo e pieno di ostacoli, che riesce finalmente a dare una tutela concreta ed efficace contro una piaga che è sempre stata presente, sotto varie forme, nella storia dell'uomo e la cui negazione rappresenta uno dei capisaldi dello Stato democratico.

## **2. Elementi del reato di tortura**

Per quanto riguarda l'individuazione del soggetto attivo è stato a lungo dibattuta la qualificazione di reato comune piuttosto che del reato proprio. La fattispecie veniva concepita in coerenza con gli indirizzi internazionali come reato proprio, ma con l'adattamento nell'ordinamento italiano è stata preferita la qualificazione di reato comune. La scelta è stata quella di individuare la fattispecie di cui al primo comma come un reato qualificato dalla particolare posizione in cui si trova il soggetto attivo rispetto al soggetto passivo, laddove si richieda che quest'ultimo sia affidato alla «custodia», «potestà», «vigilanza», «controllo», «cura o assistenza». L'art. 613-bis c.p. assume invece la natura di reato comune rispetto alle ipotesi in cui la vittima sia «privata della libertà personale [...] ovvero si trovi in condizioni di minorata difesa». Le fonti internazionali hanno per lo più prediletto l'inquadramento del reato di tortura tra i reati propri del pubblico agente; la definizione offerta dalla UNCAT che individua la tortura come atto espressione di abuso di potere e di autorità e non di fatti di maltrattamenti e lesioni vale esclusivamente a fornire una tutela minima che può essere rimodulata dal legislatore nazionale al fine di offrire una protezione più

ampia del diritto fondamentale in questione<sup>13</sup>. Non può negarsi il riconoscimento all'interno di numerosi atti internazionali a tutela dei diritti fondamentali e nella giurisprudenza della Corte EDU di previsioni che ricomprendono tra i comportamenti connotati da crudeltà realizzabili da «chiunque» anche fatti di tortura, nonché trattamenti inumani o degradanti a fronte delle più varie situazioni (maltrattamenti in famiglia, tutela della violenza di genere e dalle discriminazioni, protezione dei minori...). Si può convenire inoltre sul fatto che «la tortura non è appannaggio esclusivo della forza pubblica»<sup>14</sup>, poiché nel nostro ordinamento sono stati molti di più gli episodi di tortura riconducibili a violenza domestica particolarmente efferata<sup>15</sup>, piuttosto che episodi riconducibili a fattispecie di abuso di potere. Tuttavia, non può dubitarsi del fatto che il reato di tortura è visto primariamente come manifestazione della prevaricazione statale nei confronti del cittadino inerme e questo si può evincere dal dettato dell'art. 13 della Costituzione che nel nostro ordinamento è espressione del principio dell'*habeas corpus*: la *ratio* della norma pare quella di imporre al legislatore la punizione degli atti compiuti dai pubblici ufficiali nei confronti dei soggetti interrogati, fermati, arrestati o detenuti. Come osservato dal senatore Manconi, nel corso del suo intervento a commento del testo discusso in aula al Senato il 5 marzo 2014, «tra cittadino e Stato democratico è questa l'essenza dell'obbligazione: la certezza che lo Stato garantisce l'incolumità, integrità fisica e psichica, tanto più quando ci si trovi sotto la sua custodia, dà forza al patto di ubbidienza verso lo Stato, e al dovere di lealtà nei suoi confronti. È su questo patto, tra garanzia di incolumità per il cittadino, e lealtà verso lo Stato che si basa

---

<sup>13</sup> F. VIGANO', *Sui progetti di introduzione del delitto di tortura in discussione presso la Camera dei deputati*. Parere reso nel corso dell'audizione svoltasi presso la Commissione di giustizia della Camera dei deputati il 24 settembre 2014, in *www.penalecontemporaneo.it*, p. 7.

<sup>14</sup> F. VIGANO', *Sui progetti*, cit., p. 6-7.

<sup>15</sup> Emblematica in tal senso la pronuncia Cass., Sez. III, sent. 25 maggio 2021 (dep. 31 agosto 2021), n. 32380, Pres. Marini, est. Di Nicola. Con la decisione in esame, la Suprema Corte ha confermato le decisioni di merito tra loro conformi nel riconoscere che la fattispecie di cui all'art. 572 c.p. non esaurisce il disvalore delle condotte violente che talvolta travalicano i confini della violenza domestica per sfociare nella «inflizione brutale di sofferenze corporali» rilevanti ai sensi del più grave reato di tortura privata (art. 613-bis, comma 1, c.p.). F. R. GARISTO, *Quando i maltrattamenti divengono anche tortura: la Cassazione riconosce il concorso tra 572 e 613-bis c.p. in un caso di violenze reiterate ai danni della partner*, in *www.sistemapenale.it*, 28 ottobre 2021.

l'ordinamento dello Stato democratico»<sup>16</sup>. La nuova formulazione del 613-bis c.p. ha introdotto un tipo di fattispecie che si discosta dal paradigma internazionale, che prevedeva una fattispecie di reato proprio del pubblico ufficiale, preferendo garantire uno spazio di punizione dei fatti di tortura all'interno di una norma che concerne una più ampia dimensione di tutela nei confronti di tutti i soggetti che si trovino affidati alla altrui «custodia, potestà, vigilanza, controllo, cura o assistenza» o comunque in stato di «minorata difesa», rispetto a chi si trovi a esercitare su di loro una qualche forma di potestà. L'aspetto della tutela contro gli atti arbitrari del pubblico ufficiale trova tuttavia una speciale previsione in un'apposita disposizione normativa: l'art. 613-ter.<sup>17</sup> Tale fattispecie rappresenta una deroga rispetto alla norma generale art. 115 c.p. sull'istigazione a commettere un reato. Su questo versante, la deroga in astratto contenuta nell'art. 613-ter c.p. si legittima in nome di una offensività concretamente dimostrabile rispetto all'effettiva commissione della tortura da parte di chi istigato, in una ratio complessiva della criminalizzazione che certo non prescinde dalla peculiare diminuzione della fiducia sociale che l'atteggiamento del pubblico ufficiale (istigatore ed istigato) ingenera quanto alla salvaguardia della libertà morale.<sup>18</sup> La nuova disposizione incriminatrice del 613-bis prevede una fattispecie comune

---

<sup>16</sup> Analoga posizione critica veniva assunto sul punto dall'On. Ferraresi, Relatore di minoranza, durante la discussione in assemblea del 23 marzo 2015. In senso opposto, nel corso della stessa seduta, si esprimeva invece l'On. Buttiglione: «devo dire, invece, che a me sembra migliorativa la decisione di iniziare con "chiunque". Diremo che le Brigate Rosse non esercitavano tortura per il fatto che non erano funzionari dello Stato o che non violavano proprio obblighi di protezione cura o assistenza? Direi di no».

<sup>17</sup> La previsione contenuta nell'art. 613-ter c.p. inquadra il comportamento istigatorio del soggetto qualificato nell'ambito dell'esercizio delle funzioni o del servizio: l'istigatore è punito con la pena ivi prevista se si rivolge ad altro pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, istigandolo «in modo concretamente idoneo» a commettere il reato di tortura. La fattispecie di cui all'art. 613-ter c.p. si configura come una eccezione alla regola generale fissata dall'art. 115 c.p., che sancisce la non punibilità della mera istigazione. La deroga contenuta nell'art. 613-ter c.p. si legittima in nome di un'offensività concretamente dimostrabile rispetto all'effettiva commissione della tortura da parte di chi è istigato. Il delitto di cui all'art. 613-ter c.p. configura un reato di pericolo concreto: l'esaltazione di un fatto di reato non è di per sé punibile se per le sue modalità essa non integri un comportamento idoneo a provocare la commissione del delitto. La nuova fattispecie trascura però l'ipotesi di istigazione nei confronti di un soggetto privato a commettere il delitto di tortura: l'art. 613-ter c.p. lascia in tal modo scoperta un'area di impunità incompatibile con l'intento di apprestare rimedi sanzionatori effettivi, in ottemperanza agli obblighi internazionali. S. TUNESI, *Il delitto di tortura. Un'analisi critica*, [www.giurisprudenzapenale.com](http://www.giurisprudenzapenale.com), 5 novembre 2017, p. 13-14.

<sup>18</sup> D. FALCINELLI, *Il delitto di tortura, prove di oggettivismo penale*, p.30, in *Arch. Pen.*, online 2017.

di reato: la qualifica del reo come agente pubblico costituisce una semplice circostanza aggravante, per giunta nemmeno ad effetto speciale. Chiunque può compiere il reato di tortura, infliggendo ad una persona le sofferenze o il trauma indicati dalla norma del 613-*bis* c.p.. La norma, quindi, colpisce anche la cosiddetta tortura tra privati, ma la fattispecie è vincolata, perché esige che siano inferte sofferenze fisiche e psichiche agendo con violenza, minaccia e crudeltà. Ma al fine di assicurare la punibilità è necessario che si agisca nei confronti di una persona che si trovi privata della libertà personale o sotto la custodia, vigilanza, potestà, controllo, cura o assistenza (o che si trovi in uno stato di minorata difesa). Data la sua struttura, il reato si presta a naturali accostamenti con altre fattispecie di delitto quali: maltrattamenti in famiglia ex. art. 572 c.p., minacce persecutorie di cui all'art. 612-*bis* c.p., caporalato art. 603-*bis* c.p., abuso dei mezzi di correzione art 571 c.p.. L'accostamento del reato di tortura con quello di maltrattamenti in famiglia è molto frequente così come il possibile inquadramento in una categoria dogmatica di derivazione dottrinale quale il reato abituale. Questa figura si ravvisa quando vi sia la reiterazione nel tempo da parte dello stesso soggetto agente di più condotte identiche od omogenee. Il reato deve necessariamente consistere nella ripetizione di condotte che, se considerate isolatamente, non costituirebbero reato (c.d. reato abituale proprio). Secondo la dottrina prevalente si riconosce però anche la figura del reato abituale improprio consistente nella ripetizione di condotte che già di per sé costituiscono reato. Accanto al reato abituale parte della dottrina prevede il reato eventualmente abituale in cui la reiterazione è solo una mera eventualità, potendosi il reato manifestare anche con una sola condotta. Quindi la consumazione del reato abituale (almeno per quello necessariamente abituale) richiede un numero minimo di fatti sufficienti a integrare quel sistema di comportamenti che caratterizzano tale fattispecie e la cui valutazione è affidata alla discrezionalità del giudice. La fattispecie di cui all'art. 613-*bis* c.p., prevedendo una pluralità di atti nella loro declinazione di violenze gravi e minacce, può ben essere ricompreso nella categoria dogmatica del reato abituale e, più nello specifico, nel reato abituale improprio atteso che le condotte necessarie costituiscono già di per sé reato; ma la giurisprudenza di legittimità qualifica il reato solo come eventualmente abituale. A tal proposito la Corte di Cassazione con la sentenza 8 luglio 2019 n. 47079 si pronuncia per la prima volta sul delitto di tortura adottando un'interpretazione estensiva della

fattispecie e intervenendo sui punti che creavano maggiore criticità interpretativa. I giudici si sono interrogati circa l'eventuale mancanza del requisito della abitudine dell'azione, quando eventuali condotte contestate fossero connotate da violenza grave ma dovessero essere considerate singolarmente ed isolate l'una dall'altra. Si è stabilito che la fattispecie di cui al 613-bis c.p. ha natura di reato eventualmente abituale, in quanto la reiterazione nel tempo di violenze o minacce gravi non fosse richiesta ove l'agente abbia agito con crudeltà o ove il fatto comportasse un «trattamento disumano e degradante per la dignità della persona». Si ritiene sussistente il reato di tortura tutte le volte che vi sia una pluralità di condotte, ognuna caratterizzata da grande violenza, sia sulle cose che sulla persona, oltre che da crudeltà, in considerazione delle sofferenze patite dalla vittima. La Corte di legittimità ha inoltre esteso la portata della norma applicandola anche a tutte quelle casistiche in cui si vada ad infierire sul profilo psicologico, non potendosi escludere dalla sua definizione quelle ipotesi in cui la tortura non lasci tracce visibili sul corpo. Sarà compito del giudice di merito rilevare la fattispecie secondo un criterio del fatto accertato «al di là di ogni ragionevole dubbio», che identifichi quando ci si trovi dinanzi ad una sofferenza psicologica grave e reiterata tale da poter essere ricompresa in questo ambito. La Suprema Corte sottolinea come il trattamento inumano e degradante possa essere integrato anche in quelle ipotesi in cui si verifica una mortificazione o un annientamento dei diritti fondamentali della persona che costituiscono il nucleo della sua dignità e non anche necessariamente al comportamento dell'agente. Il particolare disvalore della fattispecie deve essere dedotto ogni volta dalle caratteristiche del caso in specie, tenendo conto dello scopo dell'atto, delle sofferenze inflitte e delle condizioni di vulnerabilità e minorata difesa della vittima.

Dal punto di vista soggettivo è richiesto il comunissimo dolo generico; il tentativo pare astrattamente configurabile in quanto si tratta di un reato comune di danno e a evento naturalistico. Il reato è escluso quando le sofferenze derivino unicamente dall'esecuzione di provvedimenti privativi o limitativi di diritti legittimi. Il secondo comma dell'art 613-bis c.p. riconosce invece l'aggravante per il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che ha compiuto gli atti di cui al primo comma con abuso dei poteri o in violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio. Il legislatore ha quindi preferito trattare la spinosa

fattispecie prevista quale reato proprio a livello internazionale, con un'aggravante della fattispecie di reato, sottraendo tale condotta da un'incriminazione diretta in virtù di un'apposita fattispecie di reato.

### **3. La posizione delle potenze mondiali sul reato di tortura al momento dell'introduzione della fattispecie italiana**

Per comprendere la *ratio* che si è voluta perseguire nell'introduzione del reato di tortura ex art. 613-bis c.p. è importante capire in quale contesto internazionale si è sviluppato e quale strada si è deciso di perseguire da alcune delle maggiori potenze mondiali.

In Spagna il divieto di tortura ha fondamento costituzionale. All'art. 15 infatti afferma che «tutti hanno diritto alla vita e all'integrità fisica e morale, senza poter essere in alcun caso sottoposti a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; tuttavia qui non è espressamente previsto il divieto di tortura né la sua criminalizzazione. Nel *Código penal* del 1995 vi è la conformazione dell'ordinamento spagnolo agli obblighi internazionali con l'introduzione del titolo VII del libro II degli articoli 173-177 che trattano la repressione di diversi fatti di tortura. Il Titolo VII rubricato «*De las torturas y otros delitos contra la integridad moral*», prevede all'art. 173 una dettagliata normativa volta a contrastare i fatti rientranti nella categoria di trattamenti degradanti; in particolare l'art. 173 prevede una generica tutela dell'integrità morale nelle vesti di un reato comune, dove il soggetto agente è identificabile in «chiunque» abbia inflitto alla vittima un trattamento degradante, menomandone gravemente, in virtù di un rapporto causale, la sua integrità morale. All'art. 174 si trova invece un espresso riferimento alla tortura, prevedendola come fattispecie autonoma: «commette tortura l'autorità o il funzionario pubblico che, abusando del suo incarico, e con il fine di ottenere una confessione o informazioni da qualsiasi persona o di punirla per qualsiasi fatto che abbia commesso o si sospetti abbia commesso, o per qualsiasi ragione fondata su ogni tipo di discriminazione, la sottopone a condizioni o procedimenti che per la loro natura, durata o altre circostanze, le procurano sofferenze fisiche o mentali, la soppressione o diminuzione delle sue facoltà di cognizione, discernimento o decisione o che, in qualsiasi altro modo, attentino alla sua integrità morale». Per tale reato il codice stabilisce la pena della reclusione da due a sei anni se il fatto è grave, con la

reclusione da uno a tre anni se non è grave. In aggiunta a tali pene, in ogni caso, si applica la sanzione amministrativa dell'inabilitazione assoluta da 8 a 12 anni. Il diritto si prescrive entro 15 anni, nonostante la CAT abbia sollecitato la Spagna a conformarsi alla Convenzione che prevede l'impossibilità di prescrizione per il reato di tortura.<sup>19</sup> Giurisprudenza e dottrina sono d'accordo nel giudicare il reato di tortura come uno dei reati più gravi in un ordinamento democratico; in particolare la dottrina è per la maggior parte orientata a ritenere come bene giuridico tutelato la *integridad moral*, capovolgendo la precedente versione della fattispecie in cui la finalità di tortura rilevava solo come circostanza aggravante di delitti comuni che incidevano sulla effettiva lesione del bene e dell'integrità fisica delle vittime, come ad esempio lesioni personali e omicidio. Un'altra parte della dottrina sostiene che il diritto di tortura abbia natura plurioffensiva, dal momento che, oltre ad offendere l'integrità morale della vittima, tale reato incide anche sul corretto esercizio della funzione pubblica, i diritti fondamentali rispetto a ogni forma di abuso di potere, la libertà personale, nonché l'amministrazione della giustizia.<sup>20</sup> Nell'ordinamento spagnolo il soggetto attivo del reato di tortura è esclusivamente una «*auctoridad o funcionario publico*»; quindi la fattispecie è confinata ad una dimensione pubblicistica, potendo essere punito unicamente il soggetto che abbia agito in «*abuso de cargo*» ossia deviando o eccedendo rispetto ai doveri del proprio ufficio, con la possibilità di mettere in pericolo la libertà morale della vittima, limitatamente ai compiti di attività di indagine e custodia di detenuti o persone sottoposte a restrizioni della loro libertà personale. Inoltre l'art. 174 prevede un reato di evento, in cui la condotta sia volta a costringere la vittima in una condizione che determini sofferenze fisiche e morali o che in qualsiasi altro modo possa ledere la sua integrità morale. Il richiamo normativo alle «*condiciones o procedimientos*» rimanda al concetto di reiterazione, sistematicità, metodo e dunque permanenza<sup>21</sup>, escludendo che abbia rilevanza il singolo atto. È necessario che, oltre al dolo generico di volontà di realizzare la condotta tipica, sia presente anche il dolo specifico che si sostanzia nella finalità di ottenere una confessione, un'informazione o di punire e, dopo la riforma del

---

<sup>19</sup> CAT\C\ESP\CO\5, par.22.

<sup>20</sup> E. SCARONA, *Il delitto di tortura*, cit., p. 173.

<sup>21</sup> V. GRIMA LIZANDRA, *Los delitos de tortura*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1998, cit., p. 129.

2003, nello scopo di discriminazione<sup>22</sup>. L'art. 175 contempla un'ipotesi sussidiaria e residuale in cui si punisce «l'autorità o il funzionario pubblico che, abusando del suo incarico e fuori dei casi compresi nell'articolo precedente, attenta all'integrità morale di una persona», quindi contro quella condotta tesa a generare inflizione fisica o psichica in danno del soggetto passivo o di un altro trattamento degradante o umiliante, ma di entità minore rispetto alla tortura. L'art. 176 punisce la condotta dell'autorità o funzionario pubblico che permettano che altri realizzino le fattispecie degli articoli precedentemente esaminati; è una fattispecie omissiva e dolosa in cui è implicita la posizione di garanzia rivestita dai pubblici agenti.

Nel 2015 la disciplina spagnola è stata fortemente criticata dal Comitato contro la tortura dell'ONU poiché le pene erano ritenute non adeguate al disvalore della fattispecie e non fu appoggiata neanche la differenziazione tra fatti più o meno gravi, non previste dalle convenzioni internazionali poiché ritenute tutte parimenti riprovevoli. Si sostiene inoltre che la tortura non sia debellata da un sistema tanto completo e articolato poiché continua ad essere praticata soprattutto nei confronti di detenuti<sup>23</sup> ed anche in occasione del mantenimento dell'ordine pubblico<sup>24</sup>. Infatti, a seguito della morte di Franco, col decreto Arias Navarro, si autorizzavano le forze di polizia a restringere in più occasioni la libertà personale dei soggetti sospettati di terrorismo, e ciò ha favorito la creazione di zone franche di affermazione del potere di polizia al di fuori del controllo della magistratura, situazione che all'evidenza costituisce terreno fertile per il proliferare di abusi, se non, in taluni casi, di forme di vera e propria tortura<sup>25</sup>.

La storia del regno Unito vede un uso molto esiguo della tortura, se non nel periodo dei regni dei Tudor e degli Stuart. Il divieto di tortura durante le indagini è stato formalizzato nel 1641; veniva poi introdotto il principio del *nemo tenetur se detegere*, con il divieto di deferire l'imputato al giuramento sulle proprie

---

<sup>22</sup> Tribunal Supremo, 25 aprile 2001, n.726, in *Ley Juris*, 736977/2001.

<sup>23</sup> F. REVIRIEGO PICON, *Los derechos de los reclusos en la jurisprudencia constitucional*, Editorial Universitas, S.A., Madrid, 2008, p.55 ss.

<sup>24</sup> M. J. RODRIGUEZ MESA, *Torturas*, Editorial Comares, Andalucía, 2000, cit., p. 11.

<sup>25</sup> C. M. POLIDORI, *Il terrorismo internazionale negli ordinamenti giuridici dei paesi occidentali e i relativi strumenti di cooperazione giudiziaria e di polizia*, *Ricerche CeMiSS 2006* ([www.difesa.it/SMD/CASD/Istituti+militari/CeMISS/Pubblicazioni](http://www.difesa.it/SMD/CASD/Istituti+militari/CeMISS/Pubblicazioni)), Roma, 2006.

dichiarazioni. Un divieto di tortura più formale venne poi sancito dal *Bill of Rights* del 1688 e fu ulteriormente ribadito in Scozia con il *Treasons Act* del 1708. La *House of Lords* ha poi ribadito da tempo che il divieto di tortura è espressione del diritto internazionale con natura di *ius cogens*<sup>26</sup>. L'art. 3 dello *Human Rights Act* 1998 vieta qualsiasi forma di *ill-treatment* recependo nell'ordinamento britannico la CEDU. Il *Criminal Justice Act* 1988 presenta un'apposita sezione della Parte XI (artt.134-135) dedicata alla repressione dei reati di tortura. Visto il particolare disvalore della fattispecie, anche in relazione alla sensibilità maturata nel tempo dall'ordinamento inglese, la pena prevista per questo reato è il carcere a vita. All'art. 134 c.1 viene affermato che «un pubblico ufficiale o una persona che agisce in veste di pubblico ufficiale, quale che sia la sua nazionalità, commette reato di tortura se nel Regno Unito o altrove infligga intenzionalmente grave dolore o sofferenza nell'esercizio, o nel preteso esercizio, delle sue funzioni»; al comma 2 viene ribadito che commette il reato di tortura anche chi causa «intenzionalmente grave dolore o sofferenza su istigazione di un pubblico ufficiale o una persona che agisca in veste di pubblico ufficiale» ove quest'ultimo «abbia istigato o consentito il reato, o non si sia opposto ad esso». Il comma 4 prevede una causa di non punibilità che si sostanzia nella situazione in cui il soggetto agente provi di aver agito avendo una legittima autorità, giustificazione o scusa per la propria condotta, che derivi da fattispecie previste dalla stessa Gran Bretagna o da altro Paese nel caso in cui il fatto sia accaduto all'estero. Altra garanzia prevista sul piano processuale è l'inutilizzabilità delle prove acquisite mediante tortura o trattamenti inumani o degradanti. Nonostante la previsione di questo apparato di norme a tutela della salvaguardia contro i reati di tortura, il Regno Unito è un Paese che presenta tutt'ora forti criticità e contraddizioni, in particolare con la concreta gestione dell'ordine pubblico e della sicurezza. Nell'ultimo *report* di *Amnesty International* del 2016/2017 si condannano comportamenti posti in essere dai militari inglesi in Afghanistan e Iraq; inoltre sono numerosi i casi individuati dalla Corte EDU di violazione dell'art. 3, in particolare per condanne relative alla mancata osservanza del divieto di estradizione verso paesi a rischio di tortura<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Urgate (No. 3) 1998 3 W.I.R. 1456.

<sup>27</sup> Hilal c. Gran Bretagna, 6 giugno 2001; S.H. c. Gran Bretagna, 15 settembre 2010; Suzi e Elmi c. Gran Bretagna, 28 novembre 2011; Aswat c. Gran Bretagna, 9 settembre 2013.

Paesi come la Francia hanno una storia costellata da un largo utilizzo della tortura. Col passare del tempo, l'affermazione del giusnaturalismo e dei diritti naturali, l'egualitarismo, il pensiero di alcuni filosofi illuminati come Locke, Beccaria, Voltaire, Rousseau, Montesquieu, ha portato all'individuazione di un nucleo di diritti naturali che dovevano essere preservati da qualsiasi atto legato all'aggressione della persona, come la schiavitù e la detenzione arbitraria e illegale. Il Codice penale del 1810 ha previsto espressamente all'art. 303 la condanna per il reato di tortura, punendolo con la stessa sanzione prevista per l'omicidio volontario. La previsione odierna del Codice penale del 1994 prevede una disciplina ben più articolata, a seconda che il fatto sia manifestazione di un crimine contro l'umanità ovvero una forma di aggressione ai danni di un singolo. Tra i «crimini contro l'umanità» emerge l'art. 212-1 che prevede l'ergastolo per alcuni atti<sup>28</sup>, tra cui la tortura, ove siano commessi «in esecuzione di un piano concertato nei confronti di un gruppo di popolazione civile nell'ambito di un attacco generalizzato o sistematico». La tortura è poi prevista anche tra i delitti contro la persona contemplati nella prima sezione del capitolo II all'art. 221 che prevede che la sottrazione di una persona alle torture o a degli atti di barbarie è punita con la reclusione fino a 15 anni; la pena è aumentata fino a vent'anni quando il fatto è commesso contro particolari categorie, mentre aumentata fino a trent'anni se ai danni di persone particolarmente vulnerabili; si applica l'ergastolo se alla tortura si affianca lo stupro, l'omicidio o la morte non intenzionale del torturato. La normativa francese prevede una fattispecie di reato comune, non fornendo alcuna dettagliata definizione del concetto di tortura o atto di barbarie nonché quali siano le finalità rilevanti. La carente tipicità della normativa è probabilmente legata alla formulazione dell'articolo 303 del *Code penal* del 1810 che non forniva una compiuta formulazione, per consentire una più larga discrezionalità al giudice per la repressione dei fatti di brigantaggio che la norma mirava a sanzionare. Tale questione è stata definita dalla Cassazione in una sentenza del 10 gennaio 2007 (0487245) che stabiliva che il giudice dovesse fare rimando la definizione dell'art. 1 della Convenzione ONU del 1984 per

---

<sup>28</sup> Tra questi atti elencati nella norma vi è l'attentato volontario alla vita, lo sterminio, la riduzione in schiavitù, la deportazione o il trasferimento forzato della popolazione, la privazione grave della libertà personale in violazione delle leggi fondamentali del diritto internazionale, lo stupro, la prostituzione forzata, la gravidanza forzata, la sterilizzazione forzata e qualunque altra forma di violenza sessuale di pari gravità.

individuare il concetto di tortura e atti di barbarie. La giurisprudenza ha ritenuto integrato il delitto in relazione a particolari fattispecie come la violenza sessuale, l'infibulazione di donne o minori; ciò ha suscitato delle critiche da parte della dottrina poiché attribuendo rilievo anche a comportamenti attinenti alla sfera privatistica si finirebbe per smarrire la dimensione pubblicistica dei fatti di tortura. La previsione francese del reato di tortura ha suscitato molte critiche da parte del Comitato Onu contro la tortura che nel 2008 ha invitato il governo francese a conformarsi maggiormente al dispositivo dell'articolo uno della convenzione di New York e di introdurre una differenziazione tra reato comune e il reato del pubblico ufficiale. A seguito dell'emanazione della legge costituzionale 23 luglio 2008 numero 724 all'articolo 41 è stato previsto che le vittime di tortura possano rivolgersi al cosiddetto difensore dei diritti, autorità indipendente alla quale possono fare riferimento in maniera totalmente gratuita, che ha il potere di instaurare un procedimento richiedendo la collaborazione di altre autorità amministrative per verificare la fondatezza della denuncia. Al termine dell'accertamento il difensore può promuovere un accordo transattivo risolutivo tra la vittima del soggetto agente e condannare quest'ultimo al versamento di un'ammenda. Le vittime hanno diritto a un risarcimento integrale del danno laddove la tortura abbia provocato la morte del soggetto passivo o un'invalità permanente o incapacità di attendere alle proprie obbligazioni professionali per un periodo minimo di tre mesi<sup>29</sup>, così come stabilito all'articolo 706-3 del Codice di procedura penale.

Merita un breve cenno anche l'introduzione del reato di tortura all'interno dell'ordinamento belga. In Belgio è stato molto difficile gestire l'ordine nelle carceri a seguito di un prolungato sciopero del personale che ha determinato molti episodi di violenza e un peggioramento delle condizioni di vita dei detenuti che il CPT ha considerato veri e propri *ill-treatments*. Con l'articolo 5 della legge numero 42 del 14 giugno 2002 il Belgio ha conformato il proprio Codice penale alla convenzione di New York del 1984 introducendo una sezione dedicata alla tortura e i trattamenti inumani e degradanti (artt. 417-*bis* ss.)<sup>30</sup>. Sono di particolare

---

<sup>29</sup> *Response du gouvernement aux questions posées par CAT a propos des 4eme a 6eme rapports de la France*, p.48, Consultabile online sul sito [www.digitallibrary.un.org](http://www.digitallibrary.un.org).

<sup>30</sup> G. SERGES, *L'Introduzione dei reati di tortura*, Università di Pisa, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2015, p.11.

importanza le definizioni fornite dall'articolo 417-bis: per tortura si intende «qualunque trattamento disumano deliberato che provoca un dolore acuto o delle assai gravi e crudeli sofferenze, fisiche o mentali»; per trattamento disumano si intende «qualunque trattamento per il quale delle gravi sofferenze mentali o fisiche sono intenzionalmente inflitte a una persona, allo scopo di ottenere delle informazioni o delle confessioni, di punirle, di fare pressione su di esse o di intimidire la stessa persona o un terzo»; per trattamento degradante si intende «qualunque trattamento che causa, su colui che vi è sottomesso agli occhi propri o altrui, una umiliazione o un avvilito gravi». Nonostante tali previsioni normative anche il Belgio non è esente da alcuni episodi di *police brutality*; inoltre, le legislazioni finalizzate a gestire l'aggressione terroristica ha permesso un allargamento nei poteri di indagine da parte delle istituzioni, favorendo il rischio di comportamenti che integrino fatti di tortura.

In Germania non si trova una normativa a sé stante per quanto riguarda la criminalizzazione della tortura; piuttosto, bisogna guardare all'insieme del *corpus* giuridico per evincere alcune forme di tutela. Prima di tutto, la Legge fondamentale tedesca all'art. 104 afferma che «le persone prese in custodia non possono essere sottoposte a maltrattamenti né fisici né mentali», mentre all'art. 2 «tutti hanno diritto alla vita e all'integrità fisica» e all'art. 1 «la dignità dell'uomo inviolabile. Rispettarla e proteggerla sarà compito di tutte le autorità dello Stato». Nel 2002 la Germania ha introdotto il Codice dei crimini internazionali (*Volkerstrafgesetzbuch*) che ha inserito alcuni crimini contro l'umanità tra cui la tortura. L'argomento è trattato anche all'interno del Codice penale al §343 StGB (*Aussageerpressung*) che punisce l'indebito ottenimento di informazioni nel contesto di un procedimento; in particolare la norma è indirizzata al pubblico ufficiale che, chiamato a collaborare a uno dei procedimenti indicati dalla norma (non solo penali), compie dei maltrattamenti fisici ai danni di taluno o usa violenza nei suoi confronti o ancora minaccia l'uso della violenza o infligge tormenti psichici per costringerlo a rendere dichiarazioni o a ometterle nel corso di un procedimento. Tale disposizione va letta in combinato con il §136 StPO che sancisce il divieto di qualsiasi tipo di costrizione della volontà per le persone sottoposte a procedimento penale e stabilisce l'inutilizzabilità delle informazioni così ottenute. Pur non essendoci una disciplina *ad hoc* per l'istituto generale del delitto di tortura, si può affermare che nell'ordinamento tedesco grazie a queste

norme vi è per lo meno una forma di tutela per quanto riguarda la tortura giudiziaria. Quindi, anche se c'è una tendenza ad applicare un'interpretazione estensiva della norma (ritenendosi ad esempio non necessario l'avvio formale di uno dei procedimenti presi in considerazione ma basta anche solo l'esistenza di un provvedimento finalizzato in tal senso), si è avanzata *de iure condendo* una proposta di riformulazione di siffatta disposizione al fine di ampliare il suo raggio d'azione. Un caso che ha acceso un fervente dibattito è stato quello relativo a Wolfgang Daschner, vicecapo della polizia di Francoforte che venne accusato insieme ad altri agenti di aver ottenuto informazioni da un indagato circa il rapimento di un bambino. La vicenda è relativa al rapimento nel 2002 di Jacob von Meltzer, figlio undicenne di una famosa famiglia di banchieri di Francoforte sul Meno da parte di Magnus Gafgen. Dopo aver ucciso il bambino e occultato il corpo Gafgen chiese un riscatto di un milione di euro e venne catturato dalla polizia dopo la consegna del denaro. La polizia, sulla base delle dichiarazioni dello stesso rapitore aveva modo di ritenere che il bambino fosse ancora vivo, perciò in occasione dell'interrogatorio si verificarono dei maltrattamenti lamentati dallo stesso indagato, a seguito dei quali questi rivelò il luogo in cui era stato nascosto il cadavere. Si dispose l'inutilizzabilità della confessione resa dal Gafgen ai sensi del §136 §3 StPO, ma non delle prove reperite in virtù di questa, che furono ritenute sufficienti per pervenire ad una decisione. A seguito della vicenda si accese un fervente dibattito sia in dottrina che nell'opinione pubblica circa l'ammissibilità della tortura come mezzo per ottenere la confessione del rapitore: i difensori degli imputati invocavano infatti la causa di giustificazione dello stato di necessità previsto dal §34 StGB avendo agito in un forte stato di agitazione e stress al solo scopo di salvare la vita del bambino. La Corte regionale di Francoforte sul Meno, nonostante ciò, condannò gli imputati al pagamento di un'ammenda; si evidenziò che il metodo di indagine non poteva essere giustificato come necessario perché violava la dignità umana riconosciuta come valore fondamentale anche dal §1 *Grundgesetz*, avendo comunque tenuto conto in sede di valutazione le relative circostanze del caso, ritenendo sussistenti «massicce circostanze attenuanti». Nonostante la pronuncia di condanna dei giudici l'opinione pubblica seguiva per lo più un orientamento diverso: il 63% dei cittadini tedeschi riteneva che il vicecapo della polizia di Francoforte non

dovesse essere punito<sup>31</sup>. Le differenti dottrine sono tutte compatte nell'affermare invece la natura assoluta del divieto di tortura ed esclude qualsiasi spazio di legittimazione di azioni che ledano la dignità personale. Infatti, le eccezioni che si vorrebbero introdurre finirebbero per corrodere la regola che la tortura non è mai ammessa: il rinnegare la dignità dell'uomo non può mai essere giustificato e che «è destino delle democrazie e delle Corti non poter accedere a tutti i mezzi di cui possono servirsi i loro nemici»<sup>32</sup>. La protezione dello Stato, afferma il giurista Claus Roxin, può sempre essere assicurata entro i confini in cui si colloca l'agire dello Stato di diritto, e a questi confini appartiene al posto più alto il divieto di tortura.

#### **4. L'utilizzo della tortura può considerarsi uno strumento necessitato in caso di gravi crimini? Il dibattito sul «ticking time bomb» e le critiche**

A seguito dell'affermazione del reato di tortura come uno dei principi fondamentali a tutela di diritti fondamentali dell'uomo, quale diritto all'integrità fisica e morale, alcuni continuano a chiedersi se tale pratica possa essere giustificata a seguito della realizzazione di particolari reati con elevata capacità offensiva. In particolare, il dibattito divenne molto acceso all'indomani dell'attentato dell'11 settembre 2001; l'evento coinvolse fortemente l'opinione pubblica e molti erano a favore della pratica della tortura operata dalle forze di polizia nei confronti dei terroristi. La tortura, nonostante fosse stata ampiamente condannata vista la sua spropositata lesività, sembrava trovare moralmente una sua ragione giustificatrice quando veniva attuata a tutela della sicurezza pubblica e per scongiurare gli attacchi di matrice terroristica. Nonostante la ferma condanna di tale pratica sembrasse oramai una tematica universalmente accettata, anche la dottrina si divideva tra chi continuava a condannarla e chi la giustificava dinanzi a reati gravi come quelli di terrorismo. Lo scenario della bomba a orologeria (*ticking time bomb*) è un esperimento mentale nel quale ci si chiede se la tortura durante gli interrogatori possa mai essere giustificata. L'esperimento può essere formulato come segue: supponiamo che una persona a conoscenza di un imminente attacco terroristico, che ucciderà molte persone, sia

---

<sup>31</sup> Dato ripreso da H.DUX, *Meinungen zur "Folter diskussion"*, in *Zeitschrift fur Rechtspolitik*, 2003, p.180.

<sup>32</sup> J. KINZIG, *Not kennt kein Gebot?*, Gehl G. Editor, 2003, p. 809.

nelle mani delle autorità e che possa rivelare le informazioni necessarie per prevenire l'attacco solo se viene torturata. Dovrebbe essere torturato? Alcuni consequenzialisti<sup>33</sup> sostengono che le nazioni, anche se legalmente condannano la tortura, possano giustificare l'uso se hanno in custodia un terrorista che sia a conoscenza di informazioni di particolare criticità, come la posizione di una bomba a orologeria o di un'arma di distruzione di massa che presto esploderà e ucciderà molte persone. Dopo gli attacchi dell'11 settembre, Alan Dershowitz, un importante avvocato difensore americano, diede un parziale sostegno all'idea che la tortura possa essere giustificata. L'autore sostiene che la natura umana può portare ad abusi non regolamentati, quindi sarebbe meglio se ci fosse una procedura regolamentata da parte dello Stato attraverso la quale chi interroga possa chiedere un «mandato di cattura»; tale mandato costituirebbe una sorta di autorizzazione che renderebbe la tortura legalizzata a seguito di un vaglio fatto dall'autorità sul bilanciamento degli interessi in gioco, qualora si renda necessario derogare al rispetto di tali responsabilità fondamentali in virtù della salvaguardia di un bene ritenuto di superiore importanza. I mandati in questione indicherebbero i limiti delle tecniche che possono essere utilizzate negli interrogatori e la misura in cui possono ridurre i diritti del soggetto. Di questo esperimento si è servito anche W. Brugger per difendere la legalizzazione di ciò che egli chiama *Rettungsfolter* «la tortura di salvezza»: se non fosse utilizzata la tortura verrebbe meno il contratto fondamentale tra cittadino e Stato; per cui esso si assume il compito di proteggere la vita e la dignità dei cittadini, i quali in caso contrario sarebbero esonerati dal dovere di obbedienza nei confronti dello Stato. Brugger ammette la possibilità di utilizzare misure violente di interrogatorio solo a precise condizioni: deve trattarsi di un chiaro, immediato e grave pericolo per la vita di un innocente, provocato da un aggressore indentificato come l'unico in grado di evitare il pericolo. L'utilizzo della violenza deve quindi essere l'unico mezzo per ottenere un'informazione decisiva al fine di evitare il pericolo. Afferma l'autore, che uno Stato di diritto ha potestà di esercitare la coazione,

---

<sup>33</sup> Il consequenzialismo è una teoria etica che valuta le azioni in base ai loro esiti, sia positivi che negativi. Questa prospettiva considera il piacere o il dolore di ogni persona come uguale e pone l'accento sulle conseguenze delle azioni. Per valutare se un'azione sia giusta o meno si dovrà fare una lista dei pro e dei contro e qualora la somma di questi veda una preponderanza degli elementi vantaggiosi allora l'azione sarà da intraprendere, al contrario l'azione non si considera giusta. In altre parole, un comportamento è giusto se produce buone conseguenze.

applicare sanzioni e usare violenza, laddove i cittadini siano posti in pericolo o siano violati i loro diritti. Tale argomentazione fu fortemente criticata poiché dall'assetto qui proposto ne deriverebbe una forma di violenza nettamente superiore, più invasiva e qualitativamente differente rispetto alla forza che si manifesta dalla coazione legittima che accompagna l'esecuzione di una norma giuridica, in quanto la sanzione statale non implica né necessità né crudeltà. Lo stesso Brugger afferma come l'accettazione di tale teoria costituisca il fondamento del «diritto di torturare», di cui lo Stato sarebbe detentore al fine di adempiere ai suoi obblighi di protezione.<sup>34</sup> La tortura diviene così misura di prevenzione generale della commissione di reati contro la vita e l'integrità delle persone fisiche. Alcune organizzazioni a tutela dei diritti umani, esperti, accademici, leader militari e di intelligence hanno fermamente condannato l'idea di un'eventuale accettazione della tortura, anche nella cosiddetta situazione di «bomba a orologeria». Hanno respinto con grave preoccupazione il modo in cui le risposte morali consequenziali al ragionamento semplicistico che l'esperimento della «bomba a orologeria» possano pericolosamente portare alla tortura legalizzata e sistematica. L'esperimento proposto infatti rimane molto lontano dalla realtà, richiedendo delle pre-condizioni ideali che non sono difficilmente riscontrabili in scenari quotidiani. Allo stesso modo la tortura viene criticata come un pessimo strumento per scoprire la verità, poiché le persone che la subiscono sono inclini a inventare qualsiasi cosa per far cessare il dolore e possono diventare incapaci di distinguere tra realtà e finzione sotto un'intensa pressione psicologica. Inoltre, dal momento che il terrorista presumibilmente sa che il timer sta ticchettando, ha un'ottima ragione per mentire e fornire false informazioni sotto tortura al fine di fuorviare i suoi interrogatori; il semplice fatto di dare una risposta convincente, che gli inquirenti perderanno tempo a verificare, rende più probabile che la bomba esploda, e naturalmente una volta che la bomba è esplosa, non solo il terrorista ha vinto, ma non ha più senso torturarlo, se non forse per vendetta. Altri affermano che i sostenitori delle determinazioni di questo esperimento adottano una visione a breve termine non rendendosi conto delle conseguenze a lungo termine. Infatti, autorizzare la tortura renderebbe molti altri gruppi propensi a loro volta ad adottarla; a lungo

---

<sup>34</sup> W. BRUGGER, *Vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter?*, The Mohr Siebeck Publishing Company 2000, pp. 165 e ss.

termine si avrebbe un aumento della violenza, che determinerebbe una situazione così grave che non si potrebbe più fare una stima ragionevole dei suoi risultati. Pertanto, chi prende la decisione di torturare non sarebbe più certo che il valore delle vite salvate dalla bomba a orologeria supererà il valore delle vite perse a causa del disordine che ne è seguito; sarebbe impossibile arrivare a un resoconto efficace delle conseguenze. Chi si pone contro la tortura infatti postula che la conoscenza umana ha dei suoi limiti intrinseci; invece, chi sostiene la teoria della «bomba a orologeria» ha la presunzione errata che il decisore possa conoscere con anticipo l'esito della tortura, sia nel breve periodo (probabilità che impedisca un attacco) sia nel lungo periodo (probabilità che non inneschi un aumento generale della violenza umana). Joe Navarro, uno dei massimi esperti dell'FBI nelle tecniche di interrogatorio, ha dichiarato al *New Yorker*: «*Only a psychopath can torture and be unaffected. You don't want people like that in your organization. They are untrustworthy, and tend to have grotesque other problems*»<sup>35</sup>.

Non sono però finite le argomentazioni che tentano di moralizzare l'utilizzo della tortura, affermando la sua natura legale. Si distinguono svariate strategie:

a) Strategia della ridefinizione: tende a restringere l'ambito delle condotte e degli effetti riconducibili all'ambito della tortura. La definizione di tortura data dall'art. 1 della Convenzione del 1984 viene applicata solo ad atti diretti contro persone in custodia o sotto controllo fisico. Un atto di tortura è da condannare e perseguibile dalla Corte penale internazionale solo se compiuto a danni dei civili (non anche contro i «nemici combattenti»).

b) Strategia dell'analogia: si prende come parametro l'omicidio mirato di criminali aggressori al fine di salvare vite innocenti. Quindi se si ritiene giusto uccidere per salvare vite umane, si dovrebbe ritenere ammessa anche la tortura, essendo anche uno strumento meno lesivo per la vita umana. Il ragionamento per analogia, tuttavia, presuppone un giudizio di valore, considerando la tortura come un'azione di pari (se non minore) gravità morale e giuridica rispetto all'omicidio mirato. Essendo l'analogia vietata all'interno del diritto penale, si potrebbe affermare utilizzando le parole di Dworkin che, se il primo riduce

---

<sup>35</sup> «Solo uno psicopatico può torturare ed essere indifferente. Non vuoi persone del genere nella tua organizzazione. Sono inaffidabili e tendono ad avere altri problemi grotteschi».

l'essere umano ad una cosa inanimata, la seconda lo degrada ad un mero animale.<sup>36</sup>

c) Strategia della lacuna: Brugger parla di lacuna nella regolamentazione giuridica della tortura. Afferma che in casi specifici laddove vi sia pericolo per migliaia di vite innocenti, la proibizione della tortura risulta immorale e persino «mostruosa». Non risulta però configurarsi all'interno dell'ordinamento internazionale una lacuna tecnica, e nondimeno è da escludersi la lacuna morale.

d) Strategia della ponderazione: Per giustificare l'uso della tortura si fa ricorso all'idea della ponderazione tra i diritti fondamentali, in particolar modo tra diritti individuali e beni collettivi. Da ciò si fa derivare l'assunto per il quale i diritti fondamentali, che non sono mai assoluti, devono cedere davanti alla realizzazione di beni collettivi di rilevanza generale<sup>37</sup>. Si potrà bilanciare «dignità contro dignità», *Würde gegen Würden* – come ripete Brügger – la dignità del criminale torturato contro la dignità dell'innocente sequestrato. Obiezione a questo orientamento è che non tutti i diritti fondamentali sono principi e che i principi non sono necessariamente di bilanciamento e di deroga. La dignità umana, intesa come principio dell'eguale rispetto della dignità di ogni essere umano, non è passibile di bilanciamento. Il tormento finisce inevitabilmente per causarne la negazione tanto nella vittima quanto nel carnefice.

## 5. Considerazioni conclusive

Con lo sviluppo della società moderna e il progredire di una nuova sensibilità morale sembra scontato riconoscere e punire tutti quegli atti che possono essere ricondotti alla tortura. Ma abbiamo visto però come è stato tutt'altro che facile adattare gli ordinamenti delle maggiori potenze moderne all'obbligo di criminalizzare la tortura e, nonostante le numerose normative introdotte, queste lasciano ancora numerosi punti irrisolti e zone grigie che permettono il dilagare di comportamenti riconducibili alla fattispecie criminosa. La tortura, ai suoi albori, fu utilizzata in modo indiscriminato, anche per i motivi più futili: prima non era concepito il rispetto dell'essere umano in quanto tale, concetto che si è venuto a delineare soltanto nell'ultimo secolo. Nelle società più antiche, quella che oggi noi chiamiamo tortura, non era altro che espressione di

---

<sup>36</sup> R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, The Belknap Press, 2011, p. 337.

<sup>37</sup> Cfr. W. BRUGGER, *op. cit.*

un libero esercizio del possesso su talune categorie di uomini, concepite come *res* e non come esseri alla pari. Il concetto di tortura come uno strumento utile al mantenimento dell'ordine pubblico è stato quello più condiviso nel corso dei secoli: nonostante il riconoscimento della centralità dell'essere umano in quanto tale e il suo diritto alla vita a seguito dei copiosi studi umanistici, la necessità da parte dello Stato di garantire la sicurezza nazionale e l'ordine pubblico, forte anche di un pregnante controllo della popolazione dato dalla paura dal verificarsi di taluni eventi, rese la tortura giustificabile per tutelare dei fini ritenuti superiori alla mera tutela psicofisica del singolo essere umano. Basti pensare come al giorno d'oggi pratiche di tortura siano ancora presenti in differenti Paesi mondiali e come sia divenuto nuovamente un tema caldo anche alla luce dei conflitti di forte rilevanza mediatica come quello tra Russia e Ucraina e Palestina e Israele, che hanno portato ad una forte risposta di condanna anche da parte dell'opinione pubblica. Uno dei temi più controversi, di cui si discute ormai da anni, è la situazione nei contesti carcerari: qui i detenuti si trovano in uno stato di particolare vulnerabilità vista la condizione di soggezione in cui versano e le garanzie poste all'art. 13 della Costituzione<sup>38</sup> non sono bastate ad arginare i numerosi comportamenti posti in essere da parte degli agenti penitenziari, riconducibili a veri e propri atti di tortura, che sono stati portati all'attenzione dei Tribunali.<sup>39</sup> L'utilizzo di tali condotte lesive nei confronti del detenuto costituisce uno dei tratti patologici dell'esperienza detentiva. Una patologia che si annida nelle strutture istituzionali dello Stato di diritto, distorcendone gravemente le funzioni e precludendo, con la lesione dei diritti fondamentali del detenuto, la realizzazione delle finalità rieducative della pena e la promozione della dignità

---

<sup>38</sup> La nostra Carta fondamentale al comma 4 stabilisce che è punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà. A prescindere delle azioni antiggiuridiche che sono state realizzate dall'individuo non si può non tenere conto in ogni caso del rispetto della dignità umana. La stessa pena dovrebbe essere funzionale a rieducare e predisporre il reo alla risocializzazione, principio enunciato anche all'art 23 c.3 Cost., e questo proposito verrebbe meno laddove la pena fosse percepita dal reo come un'ingiustizia non meritata.

<sup>39</sup> Basti pensare ad alcune delle più rilevanti sentenze in merito: Sulejmanovic c. Italia 16 luglio 2009, Torreggiani e altri c. Italia gennaio 2013, Cirino e Renne c Italia ottobre 2017, 26 dicembre 2017.

umana.<sup>40</sup> Sarebbe quindi auspicabile da parte del legislatore un intervento teso a garantire la tutela dei diritti fondamentali del detenuto, conciliando allo stesso tempo le esigenze tese a garantire una corretta applicazione della pena.

Piero Fiorelli, nella sua monografia sulla tortura giudiziaria, confronta l'opinione di due personaggi storici sull'origine della tortura, Alfonso X il Savio, re di Castiglia, e Voltaire, uno dei padri dell'Illuminismo. Il re ne «*Las Siete Partidas*»<sup>41</sup> asseriva che «*Tormento es manera de pena que fallaron los que fueron amadores de la justicia para manera de pena que fallaron los que fueron amadores de la justicia para escodriñar et saber la verdat por él de los malos fechos que se facen encubiertamente*». Voltaire scriveva invece nel *Dictionnaire Philosophique* che «*la torture avait été inventée par des voleurs, qui étant entrés chez un avare, et ne trouvant point son trésor, lui firent souffrir mille tourmens jusqu'à ce qu'il découvrit*»<sup>42</sup>. Dal primo la tortura viene quindi vista come un metodo creato dagli «amanti della giustizia» per scoprire la verità, dall'altro come un «atto di briganti», un grave crimine contro la persona. Entrambe le opinioni sono fortemente influenzate dall'ambiente sociopolitico che circondava queste figure. Infatti, Alfonso X visse nel XIII secolo quando con la riaffermazione del potere statale e l'abbandono del sistema ordalico si ebbe un ritorno in auge della tortura, ritenuta uno strumento giusto e adeguato alla scoperta della verità e la punizione dei colpevoli; il re di Castiglia sosteneva queste ragioni mirando ad un consolidamento dell'istituto. Voltaire invece scrisse nel Settecento, periodo in cui la tortura entrò in forte crisi ed egli ne auspicava l'abolizione, per cui le sue opinioni sono permeate da una connotazione fortemente negativa, descrivendola come un crimine crudele di cui lo Stato non poteva macchiarsi. L'opinione prima di Alfonso X e poi di Voltaire mostrano chiaramente l'evolvere dell'istituto da mezzo di ricerca della verità a crimine contro l'umanità, come oggi sancisce lo Statuto della Corte Penale Internazionale. Il punto cruciale non è interrogarsi su quando sia nata l'idea di infliggere sofferenze per ottenere informazioni ma, come scrive Fiorelli «in quale

---

<sup>40</sup> V. DI TERLIZZI, *Tortura e contesto carcerario: tra criticità e prospettive di riforma dell'art. 613-bis c.p.*, p.2, in *Arch. pen.*, 2023.

<sup>41</sup> Testo enciclopedico relativo al diritto, all'attività di governo, ai suoi presupposti e obiettivi, agli istituti giuridici. Volute nel 1265 dal re di Castiglia Alfonso X, costituiscono il tentativo da parte del potere monarchico centrale castigliano di superare con una legislazione comune i diritti consuetudinari locali (*fueros*).

<sup>42</sup> P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., p. 2-3.

momento od occasione gli “amatori della giustizia” abbian preso la mano ai “ladri” e abbian tolto loro, per servirsene contro di loro, la prerogativa dell’uso della tortura»<sup>43</sup>.

Punire atti riconducibili alla tortura rappresenta uno dei baluardi della società civile moderna, il risultato di un lungo e travagliato percorso che ha richiesto agli Stati mondiali di prendere una posizione ferma sulla questione, soprattutto alla luce dei tragici eventi riconducibili alle Grandi Guerre e all’affermarsi delle prime carte sui diritti fondamentali dell’uomo. Nonostante il ripudio di tali atti ci sembri al giorno d’oggi una questione scontata, abbiamo visto come dinanzi a particolari situazioni di pericolo si concepisca l’utilizzo di tale pratica per una migliore salvaguardia della collettività. Queste posizioni giustificatrici, nonostante tentino di rispondere al meglio a quelle questioni che riguardano il benessere dei più a scapito del singolo, rischiano però di minare quell’apparato di norme a tutela dei diritti fondamentali dell’uomo e favorirebbero la creazione di zone legali di applicazione della tortura che porterebbe soltanto ad un aumento del disordine sociale a lungo termine, oltre che all’applicazione di pratiche disumane ormai non più giustificate alla luce del progresso sociale avvenuto nell’ultimo secolo.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 2.

## IL “NUOVO” TRIBUNALE PER LE PERSONE, PER I MINORENNI E PER LE FAMIGLIE

*The new Court for Persons, Juveniles and Families*

di

**Elisa Tognana Cecchetti \***

La riforma del processo civile e del processo penale intervenuta nel 2022 ha previsto l’istituzione del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il presente contributo ripercorrendo le tappe della tutela giurisdizionale dei minorenni, fotograferà lo stato dei lavori di attuazione esaminando la novella normativa.

\*\*\*

*The reform of the civil and criminal proceedings that took place in 2022 provided for the establishment of the Court for persons, minors and families. This contribution describes the actual state of implementation of the norm by retracing the steps of the judicial protection of minors.*

Sommario: 1. I minori nel processo – 2. La previsione di riforma – 3. Il rito unificato – 4. Considerazioni sulla riforma e il rinvio al 2025.

### 1. I minori nel processo

Nella storia i minori non hanno sempre goduto di un sistema giurisdizionale che tenesse in considerazione la loro giovane età, e le conseguenti fragilità ad essa correlate.

Il passato conserva, a memoria dei posteri, molti esempi di fanciulli che, trattati alla stregua degli adulti, furono condannati a morte<sup>2</sup>.

---

\* Cultrice di Diritto penale nell’Università degli Studi di Roma “Unicusano”

<sup>2</sup> L. BASILIO, *Minorenne e reato. Cenni storici e realtà attuale, l’altro diritto*, [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it), nel contributo richiamato l’autrice riporta esempi di sentenze emesse nell’Inghilterra ottocentesca «[...] dove si possono trovare sentenze di condanna a morte o ai lavori forzati nei confronti di ragazzi di nove anni, colpevoli di aver sfondato vetrine o porte [...]»; ancora sul punto si richiama E. RUPNIK, *Non uccidere. Breve excursus sull’abolizione della pena di morte in Italia, in Europa e nel mondo*, [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it), 24 luglio 2024, nel quale l’autore riferisce che nel Regno Unito, fino a meno di un secolo fa, la pena di morte fosse applicata ai minorenni: «Restando oltre Manica, l’esecuzione dei minori di 18 anni è rimasta in vigore sino al 1933 [...]».

Nel diritto romano le XII tavole, legge del 451 a.C., rappresentavano un esempio di civiltà; infatti, prevedevano in alternativa alla pena capitale, la composizione pecuniaria. Tale possibilità era legata all'elemento soggettivo: l'aver commesso il fatto con dolo o colpa, oltre che all'età, infatti, la pubertà del soggetto agente, prevedeva la composizione pecuniaria.<sup>3</sup>

Nel periodo classico caratterizzato da giuristi quali Gaio, Ulpiano e Papiniano, si assisteva al consolidamento del diritto romano, e in esso si distinguevano tre categorie di *impuberes*: gli *infans*, sempre esenti da pena, gli *admodus impubes* ed i *pubertati proximus*, che invece erano giudicati capaci di discernimento.<sup>4</sup>

Nel Medioevo per i minori non era prevista una tutela specifica, erano considerati alla stregua degli adulti.

Il cambiamento della società nel corso dei secoli, intervenuto quale conseguenza dello sviluppo che ha interessato l'aspetto socioculturale, i costumi, la scienza, l'economia, la demografia e le condizioni igienico sanitarie generali hanno condotto, altresì, ad una nuova e mutata considerazione dei minorenni, ai quali inizia ad essere riconosciuto un differente trattamento rispetto agli adulti. Tanto che, a partire da metà del XVII sec., sono state istituite delle strutture finalizzate alla correzione di quei soggetti che la stessa società considerava devianti e bisognosi di essere ricondotti sulla direttrice della probità.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> A. BURDESE, *Manuale di diritto pubblico romano*, Utet, 1975, pag. 236; sul punto si richiama L. BASILIO, *cit*, la quale descrive che «[...] distingueva tra puberi e impuberi, prevedendo che questi ultimi potessero essere passibili soltanto di provvedimenti di polizia (*castigatio*)», pag. 1.

<sup>4</sup> L. BASILIO, *cit*, [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it), pag. 1; si rinvia altresì a B. URBANI, *L'imputabilità del minore: il legislatore, il buon senso e le scienze empirico sociali*, 21 gennaio 2009, in [www.filodiritto.it](http://www.filodiritto.it).

<sup>5</sup> *Ibidem*, pag. 3. L'Autrice ripercorrendo questo periodo storico spiega che erano considerati pericolosi, e per tal motivo fosse necessario ricorrere agli istituti richiamati per tutti i soggetti che la società emarginava, fossero essi vagabondi, folli o abbandonati. «Tutti questi soggetti, che all'epoca rientravano nella categoria dei 'poveri', vengono così segregati in istituti, quali ospedali, opifici o case di correzione, caratterizzati dalla disciplina e dal lavoro come imperativi pedagogici attraverso i quali ci si proponeva di regolare la vita dei reclusi». L'Autrice ricorda i primi istituti correzionali: a Firenze, dapprima nel 1650 e successivamente divenuti lo "Spedale di San Filippo Neri" o "Casa pia del rifugio di poveri fanciulli", o, ancora, "Casa dei Monellini" finalizzata, mediante l'istruzione e il lavoro, al recupero dei ragazzi in condizioni di abbandono o vagabondi. Un'altra realtà in tal senso, l'ospizio San Michele in Ripa, istituito in Roma nei primi anni del 1700, «rappresenta il primo tentativo di trattamento differenziato per minorenni, sul piano legislativo e istituzionale». Prevedeva, infatti, che i minorenni condannati per reati penali, fossero internati in tale istituto anziché essere condotti in carcere.

Dalla metà del 1800 si è proceduto ad una sistematizzazione della materia minorile: il codice sardo del 1859 prevedeva che la responsabilità penale fosse riconosciuta solo ai maggiori di anni ventuno. Per i soggetti minori di tale età erano previste riduzioni di pena da scontare nelle carceri comuni, mentre i condannati minori di quattordici anni erano assegnati a Case di custodia.

Nel codice civile del 1865 era prevista, poi, la possibilità di internamento, a discrezione e su istanza anche solo verbale del padre di famiglia, nelle Case di correzione e di educazione di giovani reputati discoli.<sup>6</sup>

Sul tramontare del 1800 l'esigenza di un organo dedicato al giudizio dei minorenni trovava riscontro nell'istituzione, a Chicago, del Primo Tribunale per i minorenni, la *Juvenile Court*<sup>7</sup>, caratterizzata dal giudizio rimesso ad un giudice specializzato. Negli Stati Uniti, dopo l'esperienza di Chicago, nascevano altre corti per i minorenni nelle città di New York e Boston.

In Gran Bretagna la prima *Juvenile Court* veniva inaugurata a Birmingham, nel 1895 e, successivamente, con il *Children Act*, i Tribunali per i minorenni nascevano in Inghilterra, in Scozia ed in Irlanda. Tale documento prevedeva due importanti novità: l'abolizione, quasi totale, della pena di morte per i minorenni e che i minori di sedici anni non potessero essere incarcerati.

Nel resto d'Europa il “Congresso internazionale del Tribunale per i Minorenni” di Parigi del 1913 fungeva da propulsore per lo sviluppo di giurisdizioni speciali per i minorenni in Olanda e Germania.

In Italia il Codice penale del 1859 prevedeva la piena responsabilità penale per i soggetti di età maggiore o uguale a 21 anni; era invece disposta una riduzione di pena da scontare nelle carceri comuni per i rei la cui età fosse stata compresa tra i 14 ed i 21 anni.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup>L. BASILIO, cit., [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it), pag. 6.

<sup>7</sup>C. RUGI, *La nascita e l'evoluzione della giustizia minorile, l'altro diritto*, [www.adir.unifi.it](http://www.adir.unifi.it), pag. 5.

<sup>8</sup>*Ibidem*, l'Autrice ricorda che il Codice penale del 1859 prevedeva la responsabilità penale dei maggiori di anni 21. Per i soggetti di età compresa tra i 14 e i 21 anni era prevista una riduzione della pena da scontare in carcere. I minori di 14 anni, invece, erano inseriti in Case di custodia o in stabilimenti di lavoro. Nel Codice Zanardelli del 1889 i minori tra i 9 ed i 14 anni erano imputabili se il Magistrato ne accertava il discernimento mentre dai 14 ai 18 anni vi era una presunzione di imputabilità. Sul punto si richiama, altresì, V. MURGOLO, *La riforma della giustizia minorile e la soppressione del Tribunale per i Minorenni*, in [diritto.it](http://diritto.it), 31 marzo 2017. L'Autore rappresenta che l'art. 54 del codice Zanardelli del 1889 prevedeva l'imputabilità del fanciullo di età compresa tra i nove e i quattordici anni, qualora il magistrato ne avesse accertato il

In Italia il Tribunale per i Minorenni, dopo un primo progetto del 1908, fu istituito con il R.D. n. 1404 del 1934.<sup>9</sup>

Nel 1909 veniva istituita una prima commissione al fine di approntare una magistratura specializzata per i minorenni: questa idea era particolarmente innovativa per l'epoca. Con Ferri, esponente della Scuola Positiva, nel 1919, si designava una nuova commissione la quale proponeva un progetto di riforma che evidenziava, quali fattori generatori della criminalità minorile, cause sociali, familiari, ereditarie ed evolutive

Con il R.D. n. 1938 del 19 ottobre 1930 veniva approvato il testo definitivo del codice penale italiano conosciuto come Codice Rocco, dal nome del Guardasigilli Alfredo Rocco, e rappresentava una mediazione tra le tesi sostenute dalla Scuola Classica e della Scuola Positiva. Il testo distingue i soggetti in condizione di “normalità biologica e psichica” ai quali si riconosce il libero arbitrio, l'imputabilità e, all'eventuale pena comminata la funzione retributiva, e a coloro che non rientrano in tale “normalità”, si applica una pena nella forma di misura di sicurezza, con funzione terapeutica e di difesa sociale.<sup>10</sup>

Nel 1956 con la legge n. 888 veniva introdotta la figura dell'assistente sociale a cui era riconosciuta una funzione di sostegno e sorveglianza del minore in chiave rieducativa.

Negli anni tra le più importanti e significative riforme sul tema si ricordano il D.P.R. n. 616 del 1977 e soprattutto il D.P.R. n. 448 del 1988<sup>11</sup>, che condusse

---

“discernimento”.

<sup>9</sup> V. MURGOLO, *cit.*, in *diritto.it*, 31 marzo 2017, L'Autore descrive il ruolo attribuito al Tribunale minorile sottolineando la specializzazione dello stesso, la sua competenza territoriale e le strutture *a latere* funzionali alla funzione rieducativa: «[...] venne creato un organo autonomo rispetto agli altri Tribunali penali e civili, [...] venne assegnato un suo organico specifico e che aveva una competenza territoriale differenziata e più ampia rispetto a quella del Tribunale ordinario. [...] organo di decisione specializzato, in relazione alle necessità della condizione minorile. Inoltre, accanto al Tribunale venne previsto un Centro di rieducazione, comprendente una vasta gamma di istituzioni e servizi attraverso i quali si tentava di assicurare ai minori, in un clima di libertà, ma anche di sostegno, un'adeguata socializzazione, facendo loro svolgere un tipo di vita simile a quello familiare.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> *Ibidem*, l'Autore ricorda le novità apportate con il D.P.R. n. 448 del 1988 in termini di propositi prefissati dalla normativa, principi alla base della stessa e tutela del minorenne quale punto focale: «L'obiettivo di questa normativa cercava di coniugare i principi dell'esercizio dell'azione penale con la tutela degli individui in fase evolutiva. Il giovane doveva trovarsi il meno possibile nel sistema della giustizia. Questo per garantire la tutela del minore e perché egli

all’osservazione del minore da un angolo prospettico differente: da soggetto che controllato e punito, a soggetto al quale sono riconosciuti diritti, bisogni degni di essere tutelati e risorse utili al progresso personale, al suo sviluppo.

Nei primi anni 2000, poi, veniva presentato un disegno di legge volto alla soppressione del Tribunale per i minorenni e alla istituzione di sezioni specializzate per la famiglia ed i minori. Altri ne seguirono nel quadriennio 2012– 2016 proposti dai vari schieramenti politici<sup>12</sup>.

## 2. La previsione di riforma

L’art. 49 dell’Ordinamento giudiziario, di recente modificato a opera del decreto-legge 4 luglio 2024, n. 94, prevede l’istituzione del Tribunale per le persone, i minori e le famiglie. Tale storica innovazione è stata introdotta dalla riforma del processo civile contenuta nel D.Lgs. 149/2022, adottato in attuazione della l. n. 206 del 26 novembre 2021, la quale ha previsto, infatti, per il 2024,

---

utilizzasse l’esperienza del confronto con il sistema al fine di diventare consapevole della responsabilità del reato commesso e delle sue complicità sul piano giudiziario. Il carattere innovativo della legge sta nell’aver introdotto modifiche in tutto l’iter giudiziario e nell’aver indicato delle linee d’intervento che, anche prima del giudizio, sappiano svilupparsi in senso trattamentale. Il nuovo processo penale minorile rende il minore protagonista del processo. I concetti alla base di questa centralità sul minore riguardano la protezione (tutela dei diritti del minore) e promozione (il minore è responsabilizzato, può decidere) del suo percorso evolutivo. I principi fondamentali, su cui si basa il processo penale minorile, sono un diritto penale minimo, l’attenzione alla personalità e alle esigenze del minore, l’attitudine responsabilizzante e la restituzione del minore al suo contesto ambientale.» Nel prosieguo della disamina delle funzioni riconosciute al Tribunale per i minorenni l’Autore ricorda che oltre all’ambito penale nel quale le decisioni sono assunte collegialmente da un organo altamente specializzato composto da due Magistrati togati e da due giudici onorari esperti in pedagogia e psicologia, che nel Tribunale per i minorenni in funzione di Tribunale di sorveglianza la competenza si estende fino al 25° anno di età del soggetto che ha commesso il reato quando ancora minorenni. La competenza del Tribunale specializzato attiene altresì alle questioni civili ed amministrative afferenti i minorenni. Tra tutte le situazioni allo stesso attribuite si ricordano il riconoscimento di figlio naturale, l’attribuzione del cognome, l’autorizzazione al matrimonio per i minori di età compresa tra i 16 ed i 18 anni. L’Autore segnala che una delle criticità riscontrabili nella riforma può tradursi nella perdita del «patrimonio di conoscenze in questo particolare campo del diritto accumulato di anni di specializzazione».

<sup>12</sup> S. GALLI, L. SPINA, Associazione Italiana dei Magistrati per i minorenni e per la famiglia, [www.minoriefamiglia.org](http://www.minoriefamiglia.org), 8.07.2012, per le osservazioni presentate sui D.D.L. n. 3323 e 3326 i quali prevedevano rispettivamente «[...] l’istituzione di sezioni specializzate della famiglia e delle persone presso i tribunali e le corti di appello, senza esclusione alcuna, anche tenendo conto della nuova distribuzione degli uffici giudiziari di cui al decreto legge 13 agosto 2011 n. 148 [...] l’istituzione di analoghe sezioni specializzate presso ogni ufficio di procura. [...]» e «[...] dare al diritto di famiglia regole ordinamentali e processuali unitarie, secondo il modello della semplificazione dei diritti. [...]».

l’istituzione di un Tribunale Unico che consenta di superare la dicotomia tra i due attuali organismi giurisdizionali, operando l’unificazione dei procedimenti relativi a persona, minori e famiglie, incidendo sia sul piano ordinamentale che processuale.<sup>13</sup> In particolare il 17.10.2024 doveva essere istituito il nuovo Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.<sup>14</sup> La riforma Cartabia ha comportato cambiamenti sostanziali nella sfera della giustizia minorile, determinando l’abrogazione del Tribunale per i minorenni e l’istituzione, a partire dal 17 ottobre 2024, del Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie. La predetta dicotomia degli organismi giurisdizionali si concretizza in due organi giudicanti di primo grado: il Tribunale ordinario cui è attribuito un perimetro territoriale su base circondariale e il Tribunale per i minorenni che ha base distrettuale. La novella legislativa in primo grado attribuisce la competenza al Tribunale delle persone, minori e famiglia a livello circondariale, mentre per l’appello si ricorre al medesimo organo, ma su base distrettuale. Tale importante novità comporterà una deflazione del carico di lavoro sulle Corti di Appello e la conseguente possibilità, da parte delle medesime, di evadere l’arretrato. La scelta di istituire il Tribunale per le persone, i minori e le famiglie risiede nella necessità di evitare che i medesimi procedimenti siano instaurati dinanzi al Tribunale ordinario e al Tribunale per i minorenni, e per consentire in tal modo una maggiore speditezza nella risoluzione delle controversie e condurre ad una uniformità di orientamenti interpretativi. Le sezioni circondariali sono istituite in ogni sede di Tribunale ordinario del distretto di Corte di Appello. Gli artt. 50 e ss. R.d. 30.01.1941, n. 12, novellati dalla riforma in oggetto, indicano la composizione dell’istituendo Tribunale e le attribuzioni conferite al Presidente, al quale oltre alla direzione, è assegnata la rappresentanza. I giudici inseriti nell’organico sono dotati di specifiche competenze, esercitano tali funzioni in esclusiva e sono esonerati dall’applicazione del limite di permanenza nell’incarico presso lo stesso ufficio.

Proseguendo nella disamina delle disposizioni interessate, nell’art. 50.1 sono state individuate le materie attribuite alla nuova istituzione e le tematiche

---

<sup>13</sup> C. CECHELLA, *Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Questione Giustizia* 3/2021, pag. 224.

<sup>14</sup> M.A. ARCURI, *Favor minoris e giurisdizione “specializzata” nel futuro Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), 13 dicembre 2022.

escluse. Queste ultime ricomprendono i procedimenti aventi ad oggetto la cittadinanza, l’immigrazione ed il riconoscimento della protezione internazionale. La positivizzazione della competenza riguarda la giurisdizione sia in primo che in secondo grado nei procedimenti il cui oggetto siano lo stato e la capacità delle persone, la famiglia, l’unione civile, le convivenze ed i minori.<sup>15</sup>

Al nuovo organo, in sede distrettuale, è attribuita giurisdizione in primo grado in materia penale e sorveglianza, e sono riconosciute le altre funzioni allo stesso rimesse.<sup>16</sup>

In materia penale, invece, il Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie è competente per tutti i reati commessi da coloro che erano minorenni al momento della commissione del fatto e ha giurisdizione anche in materia di sorveglianza. L’importanza della composizione collegiale, con la partecipazione di esperti psicologi o psichiatri, nelle decisioni in materia penale minorile, si rinviene nella giurisprudenza costituzionale la quale in plurime

---

<sup>15</sup> M.A. ARCURI, *Favor minoris e giurisdizione “specializzata” nel futuro Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, in [www.penedp.it](http://www.penedp.it), 13 dicembre 2022. L’Autrice specifica la competenza per materia attribuita alla nuova istituzione «Il nuovo Tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie si occupa, [...] della protezione del minore in situazioni di abbandono o di pregiudizio. [...] accertate tali condizioni, il Tribunale può limitare l’esercizio della responsabilità genitoriale, fino a decretarne la decadenza, può disporre il collocamento del minore fuori dalla famiglia o può dichiararne l’adottabilità. Si occupa anche del riconoscimento di figli naturali, di autorizzazioni al matrimonio dei minorenni, della rimozione di un genitore dall’amministrazione dei beni, dell’autorizzazione ad avere informazioni sulle proprie origini da parte del minore adottato e di tutto ciò che riguarda le adozioni nazionali e internazionali e le procedure di rimpatrio dei minori sottratti. Ancora, questo nuovo Tribunale esercita le funzioni di giudice tutelare e tutte le altre funzioni ad esso deferite, sempre nei modi stabiliti dalla legge.»

<sup>16</sup> M.A. ARCURI, *cit.*

occasioni ha evidenziato tale necessità.<sup>17</sup>

L’obiettivo non deve essere quello del mero accertamento della verità, in quanto deve aver luogo un’evoluzione positiva della personalità dell’imputato, attraverso una serie progressiva di interventi che devono mirare a proporzionare e, a volte, anche ad escludere l’impatto del minore con l’apparato giudiziario.

È disposto che la sezione circondariale giudichi in composizione monocratica mentre è prevista la composizione collegiale per la sezione distrettuale. In particolare, è disposto che il Collegio sia composto da due magistrati e due giudici onorari esperti nelle materie indicate nei titoli II, III e IV della legge 4 maggio 1983, n. 184.

I procedimenti assegnati al Tribunale per le persone, i minorenni e le famiglie saranno definiti da giudici togati in composizione monocratica ovvero collegiale, ad esclusione dei procedimenti penali e quelli concernenti lo stato di adottabilità e l’adozione dei minorenni che vedranno la partecipazione dei giudici onorari.

Si evidenzia che la scelta di assegnare taluni procedimenti ad un giudice monocratico porta allo svilimento delle figure attualmente presenti nel processo minorile, inserite in un recente passato quale frutto di conquista della tutela dei diritti dei più giovani. Per di più tale modifica conduce ad aggravare il ruolo del giudice il quale dovrà pronunciarsi senza l’ausilio di professionisti che, in funzione integrativa, apportano conoscenze multidisciplinari importanti nel perseguire la ricerca della miglior decisione possibile per la tutela del minore.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> M.A. ARCURI, *cit*, sul punto l’Autrice richiama delle pronunce della Corte costituzionale con le quali è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale nella parte in cui si viola il preminente interesse del minore: « La Consulta si è pronunciata con dichiarazioni di incostituzionalità Sono state numerose le censure di incostituzionalità della Corte, che ha con frequenza rilevato come l’automatico rinvio, per la generalità dei condannati, alla disciplina generale impedisse il ricorso a valutazioni tali da garantire esecuzioni della pena e restrizioni della libertà conformi alle esigenze costituzionali di protezione della personalità del minore (v. sent. n. 125 del 1992 e n. 450 del 1998). In particolare, la Corte (sentenza n. 310 del 2008) ha rilevato come la preminenza dell’interesse del minore trovi una tutela adeguata proprio nella composizione particolare del giudice specializzato.» «Il sistema penale minorile, [...], ponendosi come obiettivo il totale recupero del minore, richiede trattamenti che si basino su valutazioni poste in essere da soggetti dotati di elevate competenze scientifiche.»

<sup>18</sup> Per approfondire si rinvia a F. PROVINCIALI, *Riforma dei tribunali per i minorenni: un vulnus alla cultura giuridica ereditata dalla tradizione*, in *dirittopenaleuomo.org*, 03.11.2021.

I giudici onorari<sup>19</sup> sono nominati con decreto del Ministro della Giustizia su proposta del CSM, e prima di assumere l’incarico, prestano giuramento innanzi al Presidente della Corte di Appello. Si tratta di professionisti scelti fra i cultori di materie quali biologia, psichiatria, antropologia criminale, pedagogia, psicologia. Requisito essenziale, oltre alla professionalità, è l’aver compiuto il trentesimo anno di età.

La riforma è intervenuta anche sull’ufficio della Procura della Repubblica presso il Tribunale dei minorenni. Oltre ad una nuova denominazione in ufficio della Procura della Repubblica presso il Tribunale delle persone, dei minorenni e per le famiglie, allo stesso sono assegnate le funzioni civili nelle materie del predetto nuovo Tribunale, che attualmente sono di competenza della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario.

Il d.lgs. 149/2022 ha previsto anche la definizione dei procedimenti pendenti alla data di entrata in funzione dell’istituendo Tribunale. In particolare, all’art. 49 del richiamato testo legislativo si distinguono i procedimenti pendenti dinanzi al Tribunale per i minorenni e i procedimenti dinanzi al Tribunale ordinario civile. Nel primo caso, il comma 2 dell’art. 49 d.lgs. 149/2022, attribuisce la competenza e la prosecuzione davanti alla sezione distrettuale del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie con l’applicazione delle norme anteriormente vigenti.

Il terzo comma del medesimo testo dispone che i procedimenti civili pendenti davanti al tribunale ordinario restino allo stesso mentre i procedimenti civili pendenti alla data del 1° gennaio 2030, proseguano dinanzi alla sezione circondariale del tribunale per le persone, per i minorenni e per le famiglie.

Il nuovo Tribunale si occuperà di tre tipologie di procedimenti: quelli relativi alle azioni di status quali il riconoscimento, disconoscimento e la dichiarazione giudiziale di paternità; quelli inerenti alle nomine di amministratori di sostegno, di curatori e tutori; quelli in ambito di famiglia, per tutto ciò che attiene i procedimenti di separazione, divorzio, scioglimento dell’unione civile, loro eventuali modifiche e i procedimenti de potestate.

---

<sup>19</sup> I giudici onorari saranno assegnati all’Ufficio per il Processo con funzioni di ausiliari del giudice togato.

Altro frangente nel quale si esplicherà la funzione del Tribunale Unico risiede nelle modificazioni degli accordi matrimoniali, nelle cause relative alla responsabilità genitoriale, qualora intervenga una istanza finalizzata alla modificazione delle condizioni di mantenimento ovvero si rinvenga una violazione delle prescrizioni o, ancora, una violazione della responsabilità genitoriale.

La novità apportata dalla nuova istituzione riguarda, in particolare, la figura del Tribunale per i minorenni, infatti, sia la competenza penale che l'esecuzione della condanna verrà assegnata al nuovo Tribunale Unico.

L'organo giudicante del Tribunale per le persone, minori e famiglia in primo grado, avrà competenza circondariale e composizione monocratica mentre in secondo grado sarà collegiale con ambito territoriale distrettuale.

Un'altra rilevante novità riguarda la figura del curatore speciale del minore.

Nella disciplina procedurale tale rappresentazione si rinviene già negli artt. 78 e 80 c.p.c. nell'ipotesi di conflitto di interessi tra minore e genitore. Con la riforma è prevista tale nomina anche nel caso di decadenza dalla responsabilità genitoriale. Si concretizza, pur con una modifica semantica, il disposto dell'art. 336, ult. co. c.c..

La modifica degli artt. 13 e 15 delle disp. att. c.p.c. apporta l'inserimento nell'albo dei consulenti tecnici del Tribunale di neuropsichiatri infantili, di psicologi dell'età evolutiva, di psicologi giuridici o forensi. L'accesso all'albo richiamato è consentito solo ai professionisti iscritti nei rispettivi albi professionali da almeno cinque anni, che dimostrino una comprovata esperienza professionale in materia di violenza domestica e nei confronti di minori, il possesso di adeguati titoli di specializzazione o approfondimento post-universitari in psichiatria, psicoterapia, psicologia dell'età evolutiva o psicologia giuridica o forense e, infine, aver svolto per almeno cinque anni attività clinica con minori presso strutture pubbliche o private.<sup>20</sup>

### **3. Il rito unificato**

La riforma Cartabia ha provveduto ad abrogare gli articoli contenuti nel Libro IV, Titolo II, Capi I, II, III, IV, V, V bis c.p.c., e ha introdotto nel codice di rito il nuovo titolo IV bis che verrà applicato ai procedimenti instaurati

---

<sup>20</sup> Relazione Cassazione Novembre, pag. 4.

successivamente al 28 febbraio 2023. Il nuovo titolo contiene le norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie.

L'art. 473-*bis* c.p.c. individua l'ambito di applicazione prevedendo che le disposizioni ivi contenute «si applicano ai procedimenti relativi allo stato delle persone, ai minorenni e alle famiglie attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni, salvo che la legge disponga diversamente»<sup>21</sup> e indicando i procedimenti esclusi dalla loro applicazione.

La novità introdotta dal d.lgs. 149/2022 consiste nell'abbandono del rito camerale e nell'applicazione delle medesime regole processuali per tutti i rapporti familiari compresi quelli attribuiti al Tribunale per i minorenni.

Una prima modifica del rito si ravvisa nel disposto dell'art. 473-*bis*. 21, co 2, c.p.c., il quale prevede che alla prima udienza di comparizione sia fondamentale la presenza delle parti salvo casi di gravi e comprovati motivi.

Tale scelta è dettata dalla necessità che il giudice con l'audizione delle parti separatamente attesti la volontà delle stesse di non volersi riconciliare. Nel caso in cui il ricorrente non dovesse comparire e il convenuto costituito non chiedesse che si proceda in sua assenza, il procedimento verrà estinto, salvo sia stato instaurato con ricorso del Pubblico Ministero.

Un'ipotesi nella quale si deroga alla comparsa delle parti in prima udienza è disposta nell'art. 473-*bis*. 42 c.p.c., inserito nella Sezione I, del capo III, dedicato alla violenza domestica o di genere. In tal caso specifico le parti non sono tenute a comparire personalmente, e nel caso presenziassero il giudice non si attiverà per il tentativo di conciliazione e si asterrà dall'invito a rivolgersi a un mediatore familiare.

In presenza di figli minori, l'interesse precipuo del legislatore è salvaguardare i minori da situazioni pregiudizievoli per gli stessi. La tutela interviene con l'emissione di provvedimenti urgenti e provvisori con i quali si disciplina l'affidamento della prole: si individua il genitore collocatario. Nel rispetto del diritto alla bigenitorialità e del rapporto equilibrato e continuativo con entrambi i genitori, il giudice di norma dispone l'affidamento condiviso.

In casi particolarmente gravi il giudice potrà disporre limitazioni della

---

<sup>21</sup> E. FAZZALARI, F.P. LUISO, *Codice di procedura civile e norme complementari*, Giuffrè editore, XXVII Edizione aggiornata al 22 luglio 2023.

responsabilità genitoriale di uno o di entrambi i genitori e nominare al minore un curatore speciale o, ancora, disporre l'affidamento del minore ai Servizi Sociali o a figure vicarie inter-familiari o, infine, optare per una soluzione etero-familiare con il collocamento del minore in strutture di accoglienza.<sup>22</sup>

La tutela dei minori si esplica anche attraverso il ruolo dei Servizi Sociali i quali seguono i nuclei familiari nei quali vi è conflittualità. Predispongono su ordine del giudice gli incontri protetti tra genitori e figli, accompagnano la famiglia in difficoltà relazionale con la figura dell'educatore familiare. Può essere interessato della situazione il Consultorio familiare presso le Aziende Socio Sanitarie il quale provvede ad incontrare i protagonisti e a relazionare al giudice. Può essere altresì assegnata alla Neuropsichiatria infantile il compito di seguire il minore in difficoltà.

Il corretto sviluppo del minore, il suo diritto alla bigenitorialità, il suo diritto al mantenimento e la sua tutela in generale sono al centro dell'interesse del legislatore.

#### **4. Considerazioni sulla riforma e il rinvio al 2025**

Lo sviluppo di una coscienza in tema di tutela dei diritti dei minori con un organo agli stessi dedicato richiede un aggiornamento continuo sia in ambito giuridico che extragiuridico. Il nuovo Tribunale della famiglia, quale sezione specializzata, sarà all'interno dei Tribunali ordinari<sup>23</sup>. L'obiettivo perseguito dalla riforma è la razionalizzazione del Sistema Giustizia, ma la soppressione del Tribunale per i minorenni e della relativa Procura della Repubblica confligge con i precetti europei ed internazionali che invece prevedono un sistema con giudici e legali specializzati in diritto dei minori.<sup>24</sup>

Da ultimo si rileva che con il decreto-legge datato 3 luglio 2024 è stato rinviato ad ottobre 2025 l'entrata in vigore del tribunale per le persone, per i

---

<sup>22</sup> Sul punto si rinvia a V. GIACOMETTI, *Riforma Cartabia: cosa prevede il rito unificato in materia di famiglia*, in [www.forensicnews.it](http://www.forensicnews.it), 24 gennaio 2024.

<sup>23</sup> V. MURGOLO, *cit.*, in [diritto.it](http://diritto.it), 31 marzo 2017, l'Autore manifesta le proprie criticità sulla scelta del Legislatore rappresentando il rischio che il lavoro di magistrati che si sono adoperati per porre al centro del procedimento, quali protagonisti, i minorenni, in realtà andrà perduto e le conseguenze saranno sopportate dai minori. «di tanti magistrati che si sono spesi perché i bambini fossero considerati centrali nei procedimenti che li riguardano e che siano proprio i bambini i primi a subirne le conseguenze».

<sup>24</sup> *Ibidem*.

minorenni, per la famiglia.<sup>25</sup>

Il rinvio è stato dettato dalla necessità di risolvere le criticità rilevate sia dai magistrati che dagli avvocati. Oltre ad una carenza di fondi è stata evidenziata la carenza di risorse umane per affrontare efficacemente le novità introdotte dalla riforma Cartabia.

---

<sup>25</sup> G. NEGRI, *Tribunale della famiglia, l'entrata a regime slitta a ottobre 2025*, in <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com>, 3 luglio 2024; A. VILLAFRATE, *Tribunale per le famiglie: slitta a ottobre 2025*, in *ilDiritto.it*, 14 dicembre 2024.

**CONSIDERAZIONI SUL RAPPORTO TRA IL DELITTO DI TRAFFICO  
DI INFLUENZE ILLECITE E IL NUOVO DELITTO DI INDEBITA  
DESTINAZIONE DI DENARO O COSE MOBILI ALTRUI EX ART. 314 BIS  
C.P.**

*Considerations on the connection between the crime of trafficking in illicit  
influences and the new offence of improper use of money or movable property  
ex art. 314 bis c.p.*

di  
**Paola Marasciulo \***

L'elaborato propone l'analisi della disciplina del traffico di influenze illecite ex art. 346 bis c.p., mettendo in luce la ratio della disposizione e le modifiche legislative susseguitesi nel tempo. Nel proseguo, si affrontano, alla luce della giurisprudenza più recente, le questioni di diritto intertemporale intercorrenti tra i reati di traffico di influenze illecite e indebita destinazione di danaro o di cose mobili altrui.

\*\*\*

*The paper analyses the regulation of trafficking in illicit influences ex art. 346 bis c.p., highlighting the purpose of the provision and the subsequent legislative changes over time. In the following, we address, in the light of the most recent case-law, questions of intertemporal law between the offences of trafficking in illicit influences and improper allocation of money or movable property.*

Sommario: 1. La fattispecie del traffico di influenze illecite 2. La distinzione tra mediazione "onerosa" e mediazione "gratuita" 3. L'indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui alla luce della Riforma Nordio 4. Questioni di diritto intertemporale e conclusioni

## **1. La fattispecie del traffico di influenze illecite**

---

\* Dottoranda di ricerca in *Law and Cognitive Neuroscience* presso l'Università degli Studi di Roma "Unicusano"

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

L'art. 346 bis c.p., rubricato "traffico di influenze illecite", è stato oggetto nel tempo di numerose riforme, in ultima dalla legge Nordio –legge del 9 agosto 2024 n.114-. Tale fattispecie incriminatrice, nella formulazione vigente, punisce i comportamenti tenuti dall'intermediario o faccendiere che, in virtù del suo peculiare rapporto con il cd. funzionario bersaglio -ovverosia un soggetto pubblico qualificato-, ottiene dal privato la promessa o la dazione di una somma di denaro o di un altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria opera di intermediazione illecita ovvero quale compenso da destinare al funzionario pubblico<sup>2</sup>.

La punibilità è estesa anche al privato compratore che effettua il pagamento o la promessa di denaro, stante il disposto del secondo comma dell'art. 346 bis c.p. Tale aspetto segna la discontinuità di tale reato con l'abrogato millantato credito, qualificato quale reato monosoggettivo. In assenza di una condotta truffaldina da parte del faccendiere, si è, infatti, ritenuto irragionevole lasciare impunito il privato che conclude l'accordo illecito. Egli deve essere considerato a tutti gli effetti parte di un rapporto di scambio illecito tra due soggetti che si trovano in una condizione di sostanziale equilibrio contrattuale<sup>3</sup>.

Si configura, invece, il delitto di truffa ove la presunta capacità di influenzare del faccendiere si riveli inesistente e, quindi, del tutto inadatta a compromettere l'imparzialità e l'efficienza della pubblica amministrazione. A seguito dell'abrogazione del reato di millantato credito, infatti, il privato

---

<sup>2</sup> Cfr., *ex multis*, G. L. GATTA, *La legge Nordio e il "soffocamento applicativo" del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali*, in *Sistema Penale*, fascicolo 7-8/2024; A. ABUKAR HAYO, *Nuovi argomenti a conferma dell'accezione restrittiva della fattispecie del traffico di influenze illecite*, in *La legislazione penale*, 5/2022; M. GAMBARDELLA, *Considerazioni sulle "ultime" proposte legislative di modifica dei reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite*, in *www.giurisprudenzapenale.com*, 2023, 5A. APOLLONIO E A. BALSAMO, *Abuso d'ufficio, traffico di influenze illecite, intercettazioni: commento alla legge n. 114/2024*, in *Cassazione Penale*, fasc.11, 1 novembre 2024, pag. 3320; B. ROMANO, *L'insostenibile leggerezza del traffico di influenze illecite*, in *Giurisprudenza Penale* 11/201; M. GAMBARDELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal senato nel febbraio 2024)*, in *Sistema Penale*; R. CANTONO E A. MILONE, *Le modifiche al traffico di influenze da parte del ddl Nordio; tutt'altro che mere precisazioni!*, in *Sistema Penale*, fascicolo 1/2024, p.5; A. ABUKAR HAYO, *L'incerta e sfuggente tipicità del traffico di influenze illecite*, in *Archivio Penale*, 2019, n. 3.

<sup>3</sup> G. L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Sistema Penale*, fascicolo 7-8/2024.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

"compratore di fumo" non è parte di un accordo illecito bilaterale, ma torna a essere vittima del reato: lo stesso, difatti, diviene inconsapevole destinatario del raggio del millantatore<sup>4</sup>.

L'art. 346 bis c.p. si apre con una clausola di sussidiarietà volta ad escludere il concorso tra il delitto di traffico di influenze illecite con le varie fattispecie delittuose di corruzione previste dagli artt. 318, 319, 319 ter e 322 bis c.p.<sup>5</sup> Ne deriva che, ove il funzionario bersaglio accetti il denaro o il vantaggio offerto dall'intermediario per compiere un atto conforme o contrario ai suoi doveri d'ufficio, i tre soggetti attivi saranno puniti per il più grave reato di corruzione. In altre parole, se *l'iter criminis* si completa e si giunge alla stipula del *pactum sceleris*, la condotta descritta nell'articolo 346 bis c.p. degrada ad antefatto non punibile, il cui disvalore è completamente assorbito dai reati più gravi richiamati dalla clausola di sussidiarietà<sup>6</sup>.

Gli ultimi due commi del reato di cui all'art. 346 bis c.p. introducono due circostanze aggravanti a effetto comune<sup>7</sup>. La prima si applica ove il soggetto che illecitamente ottiene o si fa promettere denaro o altre utilità economiche sia un pubblico ufficiale, un incaricato di un pubblico servizio o rivesta una delle qualifiche indicate nell'articolo 322 bis c.p.

La seconda si verifica, invece, quando i fatti vengono commessi nell'ambito di procedimenti giudiziari o con l'intento di ricompensare un pubblico ufficiale, un incaricato di pubblico servizio o un altro soggetto indicato nell'articolo 322 bis c.p., per l'esecuzione di un atto contrario ai propri doveri d'ufficio, o per indurlo a omettere o ritardare un atto del suo ufficio.

## 2. La distinzione tra mediazione "onerosa" e mediazione "gratuita"

---

<sup>4</sup> *Ex multis*, M. GAMBARDELLA, *L'abrogatio sine abolitione: l'improvvisa notorietà, a seguito del concorso in magistratura 2023, di un concetto penalistico poco conosciuto*, in questa rivista, 06/2023, p. 8; A. NATALINI, *Vi è discontinuità tra l'abrogato millantato credito corruttivo e il nuovo traffico di influenze illecite*, in *IUS Penale*, fasc., 4 giugno 2024; Cass., sez. VI, 26 febbraio 2016, n. 23355, in Cass. pen. 2016, 3591 ss., con nota di M. GAMBARDELLA, *Corruzione, millantato credito e traffico di influenze nel caso "Tempa Rossa": una debole tutela legislativa*.

<sup>5</sup> M. GAMBARDELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal senato nel febbraio 2024)*, in *Sistema Penale*.

<sup>6</sup> Per una maggiore analisi della questione, si veda A. ABUKAR HAYO, *L'incerta e sfuggente tipicità del traffico di influenze illecite*, in *Archivio Penale*, 2019, n. 3.

<sup>7</sup> R. GAROFOLI, *Compendio Superiore di diritto Penale Parte Speciale 2024-2025*, Nel Diritto Editore, Molfetta, 2024, p.178.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

Il nucleo essenziale del reato risiede nell'accordo tra il cliente e il faccendiere, che si distingue in due diverse sotto-fattispecie: la mediazione "gratuita" e quella "onerosa". L'articolo 346 bis c.p. presenta, infatti, una struttura bifronte, includendo due condotte principali tra loro alternative, che si differenziano in base alla natura della promessa o del pagamento effettuato dal soggetto privato. In base al dettato normativo, tale conferimento può avvenire sia a titolo oneroso sia a titolo gratuito<sup>8</sup>.

La prima ipotesi, detta mediazione "onerosa", si verifica quando il pagamento indebito rappresenta il corrispettivo dell'intercessione esercitata presso il pubblico ufficiale. In tal caso, il cliente paga l'intermediario affinché faciliti il contatto con il funzionario pubblico e il vantaggio promesso o versato dall'acquirente dell'influenza costituisce il prezzo dell'intervento garantito dal faccendiere<sup>9</sup>.

È però necessario stabilire in quali condizioni la mediazione onerosa possa essere considerata "illecita"<sup>10</sup>. Su questo punto, emerge un'incongruenza legata al progressivo ampliamento delle sanzioni contro le distorsioni dell'attività di lobbying, senza che prima sia stato delineato un quadro normativo chiaro sulle modalità legittime di esercizio di tale attività<sup>11</sup>. L'assenza di una disciplina che specifichi i limiti delle mediazioni consentite ha sollevato il dubbio se il reato possa configurarsi ogniqualvolta la mediazione presenti vizi negoziali o sia priva di causa, ovvero se debba essere considerata illecita solo nel caso in cui sia

---

<sup>8</sup> A. APOLLONIO E A. BALSAMO, *op. cit.*, pag. 3320; cfr. G. L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, cit., p.2-4; G. PONTEPRINO, *La nuova "versione" del traffico di influenze illecite: luci e ombre della riforma "spazzacorrotti"*, in *Sistema Penale*, fascicolo 12/2019, p. 91; R. GAROFOLI, *Compendio Superiore di diritto Penale Parte Speciale 2024-2025*, *op. cit.* p.2; F. GIACCHI, *Traffico di influenze: il perimetro applicativo della mediazione onerosa al vaglio della Suprema Corte*, in *Archivio penale web*, 2, 2022, p. 1 ss.

<sup>9</sup> M. GAMBARDELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal senato nel febbraio 2024)*, *op. cit.* p.2.

<sup>10</sup> F. SERRAINO, *Il problema della definizione della "illeceità" della mediazione nel nuovo reato di traffico di influenze illecite*, in *Diritto penale contemporaneo*, rivista trimestrale, 4, 2022, p. 283 ss.; M.C. UBIALI, *L'illeceità della mediazione nel traffico di influenze illecite: le sentenze della Cassazione sui casi Alemanno e Arcuri*, in *Sistema Penale*, 31 gennaio 2022, p. 1 ss.

<sup>11</sup> G. DE NOZZA, *Il delitto di traffico d'influenze illecite ed il confine con il lobbying*, in *Sistema Penale*, 22 settembre 2023; *ex multis*, P.L. PETRILLO, S. GIAVAZZI, V. MONGILLO, *Lobbying e traffico di influenze illecite: regolamentazione amministrativa e tutela penale*, Torino, 2019, p. 93 ss; P. VENEZIANI, *Lobbismo e diritto penale. Il traffico di influenze illecite*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1293 ss.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

finalizzata alla commissione di un reato<sup>12</sup>.

Secondo l'interpretazione consolidata dalla giurisprudenza più recente<sup>13</sup>, devono essere considerate illecite solo le mediazioni volte a facilitare la commissione di reati che procurino vantaggi economici al committente. In questa prospettiva, il termine "illecita" fa riferimento a un'intermediazione penalmente rilevante, ovvero finalizzata alla realizzazione di un illecito, con la conseguenza che, per integrare il reato, deve emergere la volontà di influenzare il comportamento del funzionario pubblico in modo tale da determinare una condotta sanzionata penalmente<sup>14</sup>.

La seconda tipologia di traffico di influenze illecite, invece, si verifica quando il privato consegna o promette un vantaggio al faccendiere affinché quest'ultimo lo trasmetta al funzionario pubblico. Tale forma di traffico di influenze è definita "gratuita" o "corruttiva", poiché le somme ricevute dall'intermediario sono destinate al pubblico agente. Tale dinamica anticipa la realizzazione del reato di corruzione, arretrando ulteriormente la soglia di tutela rispetto all'accordo corruttivo<sup>15</sup>.

In altre parole, il beneficio promesso o versato dal cliente all'intermediario rappresenta la somma che quest'ultimo dovrà trasferire al pubblico agente per ottenere un determinato provvedimento amministrativo, per asservirlo stabilmente o per instaurare un rapporto privilegiato *pro futuro*.

Per quanto riguarda la mediazione gratuita, la sua illiceità è intrinseca, poiché il pagamento effettuato all'intermediario ha come unica finalità la retribuzione del funzionario pubblico in un'ottica corruttiva. In tale ipotesi, la promessa o la dazione effettuata dal cliente è di per sé indebita, in quanto volta a corrompere il pubblico agente<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> G. L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, cit., p.2-4; B. ROMANO, *La Cassazione prova nuovamente a definire l'inafferrabile traffico di influenze illecite*, in *Giurisprudenza penale*, 2022, 2, p. 11 ss.

<sup>13</sup> Cass. pen., Sez. I, 10 gennaio 2025, n.5041.

<sup>14</sup> A. APOLLONIO E A. BALSAMO, *op. cit.*, pag. 3320.

<sup>15</sup> M. GAMBARDELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal senato nel febbraio 2024)*, *op. cit.* p.2.

<sup>16</sup> A. APOLLONIO E A. BALSAMO, *op. cit.*, pag. 3322.

### 3. L'indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui alla luce della Riforma Nordio

L'attuale versione dell'articolo 346-bis del codice penale è il risultato delle modifiche apportate dalla legge n. 114 del 2024, restringendone l'ambito applicativo e determinando, in alcuni casi, una parziale *abolitio criminis*<sup>17</sup>.

Per quanto concerne i fatti tutt'ora sussumibili nella fattispecie di cui all'art. 346 bis c.p., commessi, però, prima dell'entrata in vigore della riforma, trova applicazione la disciplina dell'art. 2, co. 4, c.p., che impone di applicare la norma più favorevole all'imputato nei processi in corso.

Una delle principali esclusioni operate dalla nuova normativa riguarda le condotte dell'intermediario che si limita a millantare relazioni con il pubblico funzionario destinatario dell'intercessione. La nuova formulazione della norma incrimina i comportamenti attinenti alle sole relazioni realmente esistenti e non anche a quelle meramente asserite<sup>18</sup>.

È necessario, ai fini di una maggiore completezza espositiva, rammentare che il legislatore nel 2019, emanando la cd legge "Spazzacorrotti", da una parte abolì il reato di millantato credito ex art. 346 c.p. e, al contempo, ampliò il

---

<sup>17</sup> Si veda sul punto G. L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, cit., p.2-3-5: <<Ricordiamo al lettore che gli effetti favorevoli dipendenti dall'abolitio criminis sono plurimi: la cessazione dell'esecuzione della pena detentiva (se costituisce l'unico titolo di detenzione) o di eventuali misure cautelari personali in corso, il venir meno di eventuali pene accessorie (es., l'interdizione dai pubblici uffici e l'incapacità di contrattare con la p.a.) ed effetti penali della condanna. Chi può far valere l'abolitio criminis può fruire nuovamente della sospensione condizionale della pena in caso di condanna per un altro reato (cfr. Cass. S.U. Catanzaro n. 4687/2005); può evitare la contestazione della recidiva, sempre in caso di commissione di altro delitto non colposo (cfr., da ultimo, Cass. Sez. I, n. 28203/2023); può sottrarsi alle ipotesi di incandidabilità o di incapacità di ricoprire cariche in Parlamento, nel Governo, nelle Regioni, comuni o province, a norma della c.d. legge Severino (d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235). Sia l'abuso d'ufficio, sia il traffico di influenze illecite, infatti, sono annoverati da quella legge tra i reati la condanna definitiva per i quali può determinare, sul piano amministrativo, l'incandidabilità o l'incompatibilità ad assumere cariche pubbliche, ovvero la sospensione delle stesse, in caso di condanna non definitiva. Chi ha riportato una condanna e riesce ora a far valere l'intervenuta abolitio criminis esclude pertanto nei suoi confronti gli effetti della c.d. legge Severino (che il legislatore si è peraltro dimenticato di modificare, eliminando i riferimenti espressi all'art. 323 contenuti negli artt. 7 e 10 e sostituendoli – come sarebbe stato quanto meno opportuno e come ha fatto nel caso dell'art. 322 bis c.p. – con il riferimento al nuovo delitto di cui all'art. 314 bis c.p.). Restano ferme, invece, le obbligazioni civili da reato (cfr. Cass. S.U. Schirru, n. 46688/2016; Cass. Sez V, n. 4266/2006), comprese quelle relative al pagamento delle spese processuali (Cass. Sez. III, n. 1029/1993)>>.

<sup>18</sup> A. APOLLONIO E A. BALSAMO, *op. cit.*, pag. 3323.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

perimetro del traffico di influenze illecite, includendovi anche i casi in cui l'intermediario dichiarava falsamente di avere relazioni con il pubblico ufficiale<sup>19</sup>. Le Sezioni Unite, nella sentenza Mazzarella n. 19357/2024, hanno confermato l'intervenuta *abolitio criminis* per i fatti di millanteria antecedenti alla modifica del 2019, escludendo la continuità normativa tra l'abrogato millantato credito "corruttivo" e il traffico di influenze illecite<sup>20</sup>.

La sentenza ha affrontato anche il tema della possibile riconducibilità delle condotte di millantato credito al reato di truffa aggravata ex art. 640, n. 1, c.p. La Corte ha affermato che tra le due fattispecie non sussiste un rapporto di specialità unilaterale ed in astratto e, pertanto, non è possibile ravvisare continuità normativa ex art 2 co.4 c.p. Non è, dunque, possibile ravvisare tra i due reati in esame un rapporto di genere a specie: il reato di millantato credito "corruttivo" presenta solo alcuni degli elementi costitutivi del reato di truffa; è dotato di alcuni propri elementi specializzanti; è, infine, privo di elementi differenziali del reato di cui all'art. 640 c.p. Non essendovi, dunque, un rapporto di specialità, la Corte ha dichiarato l'*abolitio criminis* del millantato credito "corruttivo"<sup>21</sup>. Tuttavia, ciò non esclude che le condotte precedentemente sanzionate ai sensi dell'art. 346 co.2, c.p. possano rientrare nel reato di truffa, purché ne siano dimostrati tutti gli elementi costitutivi e, se necessario, vi sia la querela di parte.

La legge Nordio, inoltre, ha modificato l'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 346 bis c.p., disponendo che l'utilizzo delle relazioni con il pubblico ufficiale deve avvenire "intenzionalmente" allo scopo di porre in essere le condotte che integrano la fattispecie delittuosa<sup>22</sup>. In tal modo, si è ristretto l'ambito applicativo del delitto, imponendo che il mediatore agisca con il preciso scopo di sfruttare il proprio rapporto con il funzionario per ottenere un

---

<sup>19</sup> G. PONTEPRINO, *La nuova "versione" del traffico di influenze illecite: luci e ombre della riforma "spazzacorrotti"*, in *Sistema Penale*, fascicolo 12/2019, p. 91.

<sup>20</sup> V. MONGILLO, *Splendore e morte del traffico di influenze illecite. Dalle Sezioni Unite alla Riforma Nordio*, in *Sistema Penale*.

<sup>21</sup> A. NATALINI, *Vi è discontinuità tra l'abrogato millantato credito corruttivo e il nuovo traffico di influenze illecite*, op. cit. p.2; M. GAMBARDELLA, *L'incorporazione del delitto di millantato credito in quello di traffico di influenze illecite (l. n. 3 del 2019) ha determinato una limitata discontinuità normativa, facendo riespandere il reato di truffa*, in *Cass. pen.* 4, 2020, p. 1539 ss.

<sup>22</sup> M. GAMBARDELLA, *Abrogazione dell'abuso d'ufficio e rimodulazione del traffico d'influenze illecite nel d.d.l. "Nordio" (la versione approvata dal senato nel febbraio 2024)*, in op. cit. p.2.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

risultato illecito. Tuttavia, questo cambiamento sembra avere un impatto limitato, in quanto si limita a rendere esplicito un elemento che, di fatto, era già implicito nella precedente interpretazione della norma.

Un'ulteriore modifica apportata dalla riforma del 2024 riguarda la natura del vantaggio illecito promesso o corrisposto al mediatore: si prevede, infatti, che debba avere necessariamente una connotazione economica. Ne deriva che non sono più punibili le condotte che mirano ad ottenere utilità di altra natura, come favori personali, rapporti sessuali o vantaggi di tipo politico o sociale. Si è, così, tornati a una formulazione simile a quella originaria dell'art. 346 bis c.p., che faceva riferimento esclusivamente al denaro o ad altri benefici patrimoniali<sup>23</sup>. Essendo, dunque, intervenuta una *abolitio criminis* in relazione a tali condotte, è possibile chiedere la revoca delle condanne basate su promesse o dazioni di utilità non economiche<sup>24</sup>.

La riforma ha, inoltre, ristretto l'ambito della mediazione gratuita, limitandola ai casi in cui il mediatore remunera il pubblico funzionario in relazione alle sue funzioni, escludendo i soli "poteri" dell'agente pubblico. Ne consegue l'applicazione dell'art. 2co.2 c.p. ove il fatto sia commesso in rapporto all'esercizio dei soli poteri del pubblico funzionario e non anche delle sue

---

<sup>23</sup> A. MASSA, *Abolizione del reato di traffico di influenze illecite: sollevata questione di legittimità costituzionale*, in *IUS Penale*, fasc., 24 febbraio 2025, p.3.

<sup>24</sup> Si evidenzia che è stata sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 1, lett. e), legge n. 114/2024 per contrasto con l'art. 117 Cost., per il tramite dell'art. 12 della Convenzione di Strasburgo sulla corruzione (Tribunale Roma, 31 gennaio 2025, sez. uff. indagini prel.). Sul punto si veda A. MASSA, *Abolizione del reato di traffico di influenze illecite: sollevata questione di legittimità costituzionale*, op.cit. p.5.: <<si segnalano, inoltre, le numerose questioni di legittimità sollevate relativamente all'abrogazione del reato di abuso di ufficio. Tribunale di Firenze (ordinanza del 24 settembre 2024) in relazione all'art. 1, comma 1, lett. b) della l. n. 114/2024, (cd. legge Nordio, entrata in vigore il 25 agosto 2024), nella parte in cui abroga l'art. 323 c.p., per violazione degli artt. 11,97 e 117, comma 1, Cost. (in relazione agli obblighi discendenti dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2003 contro la corruzione - cd. Convenzione di Merida - adottata dalla Assemblea Generale dell'ONU nell'ottobre del 2003, ratificata con legge n. 116/2009), sono numerosi altri provvedimenti di rimessione adottati, tra gli altri, dallo stesso Tribunale di Firenze (sez. GIP, 3 ottobre 2024; collegio, 30 settembre 2024), dal Tribunale di Locri, sez. GIP, 30 settembre 2024; dal Tribunale di Busto Arsizio, 21 ottobre 2024; Tribunale di Bolzano, 11 novembre 2024; Tribunale di Catania, 26 novembre 2024)>>. Per una approfondita analisi della questione, si veda C. MINNELLA, *La Suprema Corte solleva dubbi di incostituzionalità sull'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.47, 2025, pag. 3.

funzioni<sup>25</sup>. Tale modifica, però, porta con sé la non agevole distinzione pratica tra funzioni e poteri dei soggetti rivestiti di qualifiche pubblicistiche.

La novità di maggiore rilievo apportata dalla riforma è, però, l'introduzione di una definizione legale di "mediazione onerosa illecita", che tipizza l'orientamento della giurisprudenza più recente<sup>26</sup>. Il nuovo art. 346 bis c.p. dispone che la mediazione è illecita quando è finalizzata alla commissione di un reato che è idoneo a comportare un vantaggio per il privato committente. Più precisamente, la norma stabilisce che il reato si configura ove l'atto richiesto al pubblico funzionario sia contrario ai doveri d'ufficio e costituisca, di per sé, un illecito penale. Ciò comporta l'esclusione dal traffico di influenze delle mediazioni finalizzate al compimento di meri illeciti amministrativi<sup>27</sup>.

Il legislatore della riforma, infine, ha omesso di recepire un importante orientamento giurisprudenziale<sup>28</sup>, secondo cui la "mediazione qualificata" – commessa da un agente pubblico – doveva essere sempre considerata illecita. Con la nuova disciplina, invece, la mediazione onerosa posta in essere da un pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio non è più automaticamente illecita, a meno che non sia finalizzata alla commissione di un reato. Questo rappresenta un ulteriore restringimento dell'area di punibilità dell'art. 346 bis c.p.

#### 4. Questioni di diritto intertemporale e conclusioni

Terminata l'analisi sostanziale della nuova definizione legale della mediazione illecita, è ora necessario compararla e metterla in relazione con il reato di abuso di ufficio ex art. 323 c.p., abrogato dalla stessa Riforma Nordio e con il neo delitto di cui all'art. 314 bis c.p., rubricato "indebita destinazione di denaro o cose mobili". Ci si soffermerà, inoltre, sulle conseguenze di diritto intertemporale.

---

<sup>25</sup> G. L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, cit., p.2-3-4.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. VI, sent. 8 luglio 2021 (dep. 9 novembre 2021), n. 40518, Pres. Fidelbo, Rel. Calvanese, ric. Alemanno, in *Dejure e Cass. pen.*, Sez. VI, sent. 14 ottobre 2021 (dep. 13 gennaio 2022), n. 1182, Pres. Criscuolo, Rel. Silvestri, ric. G.D.R., in *Dejure. Cass. pen.*, sez. V, 18/05/2022, n.30564, in *Dejure*.

<sup>27</sup> R. GAROFOLI, *Compendio Superiore di diritto Penale Parte Speciale 2024-2025*, op. cit. p.2.

<sup>28</sup> *Ex multis*, si veda Cass. pen., sez. VI, 08 luglio 2021 n. 40518.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

Spesso, infatti, un comportamento contrario ai doveri d'ufficio integra proprio una condotta sussumibile nel delitto di abuso d'ufficio. È, dunque, opportuno esaminare se sia possibile revocare *ex art. 673 co.1 c.p.p.* le condanne definitive per il reato di cui all'art. 346 *bis c.p.*, quando questo era finalizzato a indurre un pubblico funzionario a commettere il reato previsto dall'ormai abrogato art. 323 c.p.

A tale domanda si deve rispondere negativamente, soprattutto nei casi in cui la condotta di abuso d'ufficio oggetto dell'accordo sanzionato dall'art. 346 *bis c.p.* possa rientrare nella nuova figura di reato prevista dall'art. 314 *bis c.p.*, introdotto con il d.l. n. 92 del 2024, poco prima della abrogazione dell'art. 323 c.p.

Per quanto concerne il rapporto tra tali due delitti, la giurisprudenza<sup>29</sup> ha chiarito che il reato di cui all'art 314 *bis c.p.* è stato introdotto al fine di adempiere gli obblighi derivanti dalla direttiva PIF (Direttiva UE 2017/1371, art. 4 § 3). La *ratio* di tale intervento era evitare che, con l'abrogazione del reato di abuso d'ufficio<sup>30</sup>, determinate condotte distrattive, pur non implicando appropriazione, perdessero rilevanza penale e potessero arrecare danno anche agli interessi finanziari dell'Unione. Autorevole dottrina, infatti, ha affermato che con questa nuova previsione, introdotta dal cosiddetto decreto carceri, il legislatore, in "Zona Cesarini"<sup>31</sup>, ha evitato che una serie di condotte precedentemente inquadrabili nell'abuso d'ufficio venissero completamente depenalizzate.

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale<sup>32</sup>, tali condotte venivano già da

---

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2024, n. 4520.

<sup>30</sup> A. ABUKAR HAYO, *Abrogata la norma incriminatrice dell'abuso d'ufficio, ma non abolito il reato. Riflessioni a margine della sentenza della Corte Suprema n. 16659/24*, in questa rivista 10/2024, p.1.; Cfr. altresì, R. CAIAZZO, *Rapporti tra la nuova figura dell'abuso d'ufficio e l'abrogato peculato per distrazione*, in *RTrimDPenEc* 1992, 73 ss.; G. IADECOLA, *In tema di continuità tra fattispecie di peculato per distrazione ed abuso d'ufficio a fini patrimoniali*, in *GP* 1991, II, 121 ss; M.G. RUTIGLIANO, *La Cassazione alle prese con il "nuovo" abuso d'ufficio e con la questione dell'abolitio criminis parziale*, in *Archivio Penale*, 2021, 2, 11; A. MERLO, *La felicità di Sisifo: a proposito dell'abrogazione dell'abuso d'ufficio*, in *Diritto Penale e Procura*, 2024, 9, 1113.

<sup>31</sup> G. L. GATTA, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona cesarini del 'peculato per distrazione' (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della direttiva UE 2017/1371, in Sistema Penale fascicolo 7-8/2024.*

<sup>32</sup>Cass. Sez. U., 20 dicembre 2012 n. 19054; Cass. pen. Sez. VI, 19 marzo 2007 n. 17619; Cass. pen. Sez. VI, 24 ottobre 2002 n. 40148.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

tempo ricondotte alla figura dell'abuso d'ufficio nella sua forma "distrattiva", che si configurava ove la destinazione di beni pubblici avveniva in violazione di norme contabili, al fine di ottenere oltre un vantaggio privato illecito, anche il perseguimento di un interesse pubblico concreto. Ove, invece, la distrazione dei beni avveniva per scopi esclusivamente privati e non istituzionali, si configurava il più grave reato di peculato di cui all'art. 314 c.p.<sup>33</sup>.

La giurisprudenza<sup>34</sup> ha, inoltre, evidenziato come il legislatore abbia operato su due fronti. Ha, infatti, mantenuto invariato il campo di applicazione del delitto di peculato, configurandosi in caso di condotte propriamente appropriative, senza sovrapporlo alla nuova incriminazione di cui all'art. 314 bis c.p.<sup>35</sup> E', inoltre, intervenuta sulle condotte non appropriative distrattive, prima confluenti nel delitto di abuso di ufficio, sussumendole, senza soluzione di continuità, nel nuovo delitto di cui all'art. 314 bis c.p. Rispetto a tali ultime condotte, dunque, non si configura una *abolitio criminis* per effetto dell'abrogazione del delitto di cui all'art. 323 c.p.<sup>36</sup>. Inoltre, nei procedimenti in corso, i fatti dovranno essere riqualificati ai sensi dell'art. 314 bis c.p., in quanto norma più favorevole rispetto all'art. 323 c.p., dato che prevede limiti di pena più contenuti sia nel minimo sia nel massimo<sup>37</sup>.

Di conseguenza, ove il reato fine del traffico di influenze sia l'abuso d'ufficio distrattivo, in precedenza sanzionato dall'art. 323 c.p. e oggi rientrante nella fattispecie dell'art. 314 bis c.p., la condotta oggetto dell'accordo resta penalmente rilevante<sup>38</sup>. Pertanto, anche dopo l'entrata in vigore della riforma Nordio, non è possibile ottenere la revoca di una condanna definitiva per il reato di cui all'art. 346 bis c.p., invocando la presunta *abolitio criminis*<sup>39</sup>.

È, però, opportuno precisare che l'abrogazione dell'art. 323 c.p. ha

---

<sup>33</sup> S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in *Sistema Penale*.

<sup>34</sup> Cass. pen., Sez. VI, 23 ottobre 2024, n. 4520.

<sup>35</sup> M. MORRA, *Abrogazione dell'abuso di ufficio e introduzione dell'art. 314-bis cod. pen.: parziale abolitio criminis ed effetti successori che non interessano il peculato*, in *Giurisprudenza Penale web*, 2024, 12.

<sup>36</sup> P. DALLA NOCE, *Mafia capitale: abuso d'ufficio e continuità normativa nell'integrazione dei reati*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.27, 2025, pag. 6.

<sup>37</sup> G. L. GATTA, *La cassazione sul nuovo art. 314 bis c.p.: continuità normativa con l'abuso d'ufficio distrattivo e nessuna interferenza con il peculato*, in *Sistema Penale* fascicolo 2/2025.

<sup>38</sup> P. DALLA NOCE, *Mafia capitale: abuso d'ufficio e continuità normativa nell'integrazione dei reati*, op. cit. p.7.

<sup>39</sup> Cass. pen., Sez. I, 10 gennaio 2025, n. 5041.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

determinato un'abolitio criminis in due ipotesi specifiche<sup>40</sup>. La prima si configura ove la condotta abbia ad oggetto beni immobili<sup>41</sup>, poiché l'art. 314 bis c.p. trova applicazione solo in relazione a denaro e a beni mobili. La seconda, invece, riguarda il caso in cui le condotte di distrazione non siano in contrasto con disposizioni normative dalle quali non residuino margini di discrezionali del pubblico agente. Quest'ultima abolizione, però, era stata in parte anticipata dalla riforma del 2020, prima della totale eliminazione dell'art. 323 c.p.<sup>42</sup>.

È, dunque, necessario domandarsi se sia possibile revocare una condanna definitiva per il reato di cui all'art. 346 bis c.p. nel caso in cui il reato fine della mediazione illecita sia un abuso distrattivo di un bene immobile o un'altra forma di abuso d'ufficio che oggi non è sussumibile nella fattispecie di cui all'art. 314 bis c.p.

Anche in questo caso, la risposta sembra essere negativa. L'abrogazione del reato che costituiva l'obiettivo della mediazione illecita, infatti, non incide su una norma integrativa del precetto<sup>43</sup>, ossia su quelle disposizioni che

---

<sup>40</sup> M. MORRA, *Abrogazione dell'abuso di ufficio e introduzione dell'art. 314-bis cod. pen.: parziale abolitio criminis ed effetti successori che non interessano il peculato*, op. cit. p.7.

<sup>41</sup> Per completezza espositiva, si riportano i dubbi di legittimità costituzionale sollevati da parte della dottrina sul punto (sul punto, si veda G. L. GATTA). <<Relativamente all'abolizione delle condotte relative a beni immobili quando coinvolgono gli interessi finanziari dell'Unione Europea, si potrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, comma 1, della Costituzione. Tale violazione deriverebbe dal contrasto con l'art. 4 della Direttiva UE 2017/1371, che impone la punizione della distrazione di beni lesiva degli interessi dell'UE, senza limitarsi ai soli beni mobili. Tale questione non riguarderebbe direttamente l'art. 314 bis c.p., che risulterebbe inapplicabile, ma piuttosto la norma che ha eliminato l'art. 323 c.p. e il riferimento ad esso nell'art. 322 bis c.p., determinando così il mancato rispetto dell'obbligo di incriminazione imposto dalla normativa europea.

Per quanto riguarda la rilevanza della questione, l'applicazione della norma abrogatrice ha prodotto un'abolitio criminis in contrasto con un obbligo sovranazionale di incriminazione. Sul piano dell'ammissibilità, la giurisprudenza costituzionale (si veda, ad esempio, Corte cost. n. 37 del 2019) ha riconosciuto tra le eccezioni al divieto di sindacato sulle norme penali con effetti in malam partem proprio il caso in cui una disposizione risulti contraria a obblighi derivanti da fonti sovranazionali, rilevanti ai sensi dell'art. 11 o dell'art. 117, primo comma cost.

Prima ancora di adire la Corte costituzionale, tuttavia, il giudice potrebbe rivolgersi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea con una questione pregiudiziale per verificare se una normativa che considera solo la distrazione di beni mobili, escludendo gli immobili, e che compromette la tutela degli interessi finanziari dell'UE, sia conforme alla citata Direttiva>>. Per una maggiore analisi del tema, si veda, G. L. Gatta, *Abuso d'ufficio e traffico di influenze dopo la l. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, cit., p.2.

<sup>42</sup> S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in *Sistema Penale*.

<sup>43</sup> Cass. pen., Sez. I, 10 gennaio 2025, n. 5041.

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

Articolo

P. Marasciulo

definiscono gli elementi essenziali della fattispecie incriminatrice o riempiono di contenuto le cd “norme penali in bianco”.

È, dunque, possibile affermare che la riforma Nordio ha abolito il reato di abuso d’ufficio ma non ha modificato la nozione stessa di “reato”. Di conseguenza, il comportamento punito dall’art. 346 *bis* c.p. – in quanto al momento della sua commissione l’accordo tra il mediatore e il privato riguardava un reato esistente – continua a mantenere rilevanza penale. Di conseguenza, non può ritenersi verificata alcuna *abolitio criminis*.

A sostegno di questa tesi, si può richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>44</sup> in materia di calunnia *ex art. 368 c.p.*: la Corte di cassazione<sup>45</sup> ha, infatti, affermato che la calunnia non viene meno a seguito dell’abrogazione del reato presupposto, in quanto quest’ultimo costituisce solo un elemento fattuale della fattispecie. Il delitto di cui all’art. 368 c.p. consiste nell’accusare falsamente qualcuno di un crimine. Perciò, il requisito dell’esistenza di un reato va valutato al momento della commissione del fatto.

La soluzione innanzi esposta consente di superare i contrasti derivanti della paventata, ma non ancora dichiarata, illegittimità costituzionale dell’art. 346 *bis* c.p.

Parte della dottrina<sup>46</sup>, infatti, ha ritenuto che il giudice dell’esecuzione, ove adito, sarebbe tenuto a sollevare la questione di legittimità costituzionale dell’art. 346 *bis* c.p., per violazione dell’art. 117 co.1 cost., quale parametro interposto in relazione all’art. 12 della Convenzione di Strasburgo<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Si veda, tra molte, Cass. pen., Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 14352; Cass. pen., Sez. VI, 21 maggio 1999 n. 8827 Cass. pen., Sez. VI, 26 settembre 1986 n. 13881.

<sup>45</sup> Cass. pen., Sez. VI, 17 maggio 2018, n. 399.

<sup>46</sup> Si veda sul punto, G. L. GATTA, *la legge Nordio e il “soffocamento applicativo” del traffico di influenze illecite. Tra parziale abolitio criminis e profili di illegittimità costituzionale per violazione di obblighi internazionali*, in *Sistema Penale*, fascicolo 7-8/2024; V. MONGILLO, *Il nuovo traffico di influenze illecite: evoluzione e dilemmi di un nodo irrisolto*, in *Diritto Penale e Processo*, n. 9/2024, p. 1124; G. L. GATTA, *“Asfissia applicativa” e “ineffettività” del riformato reato di traffico di influenze illecite: la procura di roma chiede di sollevare questione di legittimità costituzionale (processo sulle mascherine – covid)*, in *Sistema Penale*, fascicolo 12/2024.

<sup>47</sup> È opportuno, quindi, riepilogare, senza pretesa di esaustività, i dubbi di costituzionalità sollevati dalla dottrina *de quo*. L’art. 117 co. 1 cost. impone al legislatore nazionale il rispetto dei vincoli derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea e dagli obblighi internazionali. Ai fini di nostro interesse, l’Italia ha ratificato la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio

*Considerazioni sul rapporto tra il delitto di traffico di influenze illecite e il nuovo delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui  
ex art. 314 bis c.p.*

*Articolo*

*P. Marasciulo*

È noto che la Corte costituzionale, nel rispetto del principio di legalità, può intervenire per dichiarare l'illegittimità costituzionale di disposizioni che, in violazione di obblighi internazionali, abroghino o riducano la portata di fattispecie incriminatrici precedentemente introdotte per dare attuazione alle stesse.

Nel caso in esame, ove si addivenga a tale auspicato risultato, vi sarebbe una reviviscenza del testo normativo dell'art. 346 *bis* c.p. in vigore dal 2019, così come previsto dalla legge Spazzacorrotti.

Ne deriverebbe, dunque, che i comportamenti oggetto del reato fine dell'art. 346 *bis* c.p. ritornerebbero penalmente rilevanti. A cascata, dunque, sarebbe rigettata la richiesta di revoca *ex art.* 673 c.p.p.

---

d'Europa (Strasburgo, 1999, art. 12) e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (Merida, 2003, art. 18), che prevedono, entrambe, l'incriminazione del traffico di influenze illecite. Tali convenzioni, però, pongono alcuni punti di attrito rispetto alla nuova formulazione dell'art. 346 *bis* c.p. introdotta con la legge Nordio. In particolare, riconoscono rilievo penale anche allo sfruttamento di relazioni soltanto dichiarate o millantate dal mediatore, e non necessariamente reali; considerano rilevante qualsiasi vantaggio indebito ottenuto, non solo quelli di natura economica; non circoscrivono la nozione di mediazione illecita ai casi in cui il pubblico ufficiale commetta un reato in violazione dei propri doveri. Va, però, chiarito che un vero e proprio obbligo di penalizzazione è imposto unicamente dalla Convenzione di Strasburgo.

## LA DINAMICA DEL DIRITTO PENALE: IL SENSO DELLA PENA E LA CRITICA DEL PERDONO\*

*The dynamics of criminal law: the meaning of punishment and the critique of forgiveness*

di

Mario Trapani \*

Il lavoro, muovendo dalla premessa della assoluta distinzione tra diritto e morale, che dovrebbe caratterizzare ogni sistema giuridico punitivo in qualunque modello moderno di democrazia, sottolinea come, in una logica strettamente utilitaristica, nessun rilievo – almeno in via diretta – dovrebbe avere, nella commisurazione della pena in concreto o nella rinuncia, totale o parziale, alla sua applicazione ed esecuzione da parte dello Stato, il perdono da parte della persona offesa dal reato o la sua c.d. riconciliazione con il suo autore.

\*\*\*

*This paper starts from the premise of a strict separation between law and morality – an essential feature of any punitive legal system within a modern democratic model. It emphasizes that, from a strictly utilitarian perspective, the victim's forgiveness or their so-called reconciliation with the offender should have no direct impact on either the concrete determination of the sentence or the State's decision to waive, in whole or in part, the application or execution of the punishment.*

Sommario: 1. Le coppie concettuali pena-perdono e pentimento-perdono. La correlazione tra remissione della pena ed estinzione della punibilità nella prospettiva giuridica. – 2. Il perdono della persona offesa come presupposto necessario della remissione della pena: esclusione. – 3. Il problema dell'implicazione di valori assoluti nel concetto di pena criminale. a) Valori assoluti e "funzione" della pena: critica. – 4. (segue) b) Valori assoluti e "contenuto" della pena. La tutela della dignità umana del detenuto e il divieto di trattamenti inumani e degradanti. – 5. Dignità umana e sistema della giustizia

---

\* Ordinario di Diritto penale f. r. nell'Università "Roma Tre"; già Titolare di Diritto processuale penale nella *Pontificia Universitas Lateranensis* (Città del Vaticano)

penale in Italia. – 6. La crisi della pena detentiva. Sua ineffettività come conseguenza della politica del c.d. “perdonismo”. Il “mito” della “rieducazione” del condannato. – 7. Ambiguità del concetto di “rieducazione” del condannato e tutela della dignità umana. – 8. Il recupero dell’effettività della pena attraverso l’uso distorto e (quindi) illegittimo delle misure cautelari processuali. – 9. Il ruolo razionale del c.d. “perdono” nella dinamica della pena criminale. – 10. Perdono e pentimento. Il fenomeno dei c.d. “pentiti” – 11. Remissione della pena come conseguenza dell’eliminazione delle conseguenze del reato ad opera del suo autore. La sanzione esecutiva come alternativa alla sanzione punitiva attraverso i meccanismi di estinzione della punibilità.

**1. Le coppie concettuali pena-perdono e pentimento-perdono. La correlazione tra remissione della pena ed estinzione della punibilità nella prospettiva giuridica.**

Il binomio pena-perdono evoca, nel linguaggio e nella coscienza morale comune, la correlazione dialettica tra l’idea di “colpa” come “illecito” meritevole di “castigo” (cioè di “pena”, intesa come “male” da infliggere all’autore dell’illecito per il “male” arrecato) e l’idea di “remissione” della pena-castigo come conseguenza del “perdono” della “colpa” commessa.

Binomio concettuale strettamente connesso al precedente è quello di pentimento-perdono, la cui correlazione, anche se in concreto di frequente verifica, non è però logicamente necessaria non costituendone una costante. Non solo infatti al pentimento – anche sincero – dell’autore dell’illecito può non seguire il perdono della vittima, ma, allo stesso modo, all’inverso, il perdono della vittima può non avere come suo normale presupposto il pentimento del colpevole: si pensi, a questo proposito, al – veramente rivoluzionario rispetto all’Antico Testamento – precetto evangelico della morale cristiana «amate i vostri nemici» (Mt 5, 43-44), ossia perdonate coloro che vi fanno torti, anche e soprattutto se non hanno manifestato pentimento per il male che vi hanno arrecato, e quindi come “dono” in quanto tale disinteressato e gratuito (Mt 6, 14-15). Precetto della morale cristiana rivolto alle vittime dell’ingiustizia altrui il cui adempimento non comporta tuttavia di per sé il perdono “assoluto” del peccatore, perdono che spetta viceversa, nella visione cattolica, solo a Dio (Mc 2,

7-10)<sup>2</sup> anche per mezzo dei suoi ministri sulla terra (*Gv* 20, 21-23; *2 Cor* 5, 18)<sup>3</sup> e solo in seguito al sincero pentimento (la “contrizione”) del peccatore per la colpa commessa (perdono per il cui conseguimento è strumento indispensabile, sempre nella visione cristiano-cattolica, il sacramento non a caso denominato della Penitenza e della Riconciliazione)<sup>4</sup>.

---

\* AVVERTENZA. Il presente lavoro costituisce la versione in lingua italiana del contributo, originariamente pubblicato in lingua spagnola, dallo stesso titolo, *La dinámica del derecho penal: el sentido de la pena y la crítica del perdón*, in AA.VV., *Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Libro Homenaje al Profesor Nodier Agudelo Betancur (Fernando Velásquez Velásquez, Ricardo Posada Maya, Alfonso Cadavid Quintero, Ricardo Molina López, Juan Oberto Sotomayor Acosta, coord.), Tomo I, Grupo Editorial Ibañez-Universidad de Los Andes, Bogotá, 2013, pp. 813-842. Testo, a sua volta, integralmente rivisto e ampliato della relazione presentata nel corso del Convegno “«Padre perdona loro perché non sanno quello che fanno». Pena e perdono: diritto penale e primato della coscienza”, tenutosi a L’Aquila il 25 agosto 2007 in occasione delle Celebrazioni per la 713<sup>a</sup> Perdonanza Celestiniana. In questa versione in lingua italiana ho ritenuto opportuno aggiungere alcune note che tengono conto di lavori pubblicati negli anni successivi alla originaria stesura in lingua spagnola o che sviluppano ulteriormente alcuni concetti da me ritenuti fondamentali. È altresì importante sottolineare come, volutamente, non abbia preso in considerazione la c.d. *restorative justice* (formula a mio avviso impropriamente, e ambiguamente, tradotta come “giustizia riparativa”), posto che essa costituisce, come si desume dallo stesso d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 che la ha introdotta e a detta dei suoi stessi sostenitori, un modello di sistema di giustizia penale “alternativo”, o al massimo “complementare”, rispetto alla giurisdizione penale “ordinaria”, che viceversa solo interessa nel presente lavoro. In generale, per alcune considerazioni critiche sulla legge istitutiva della c.d. giustizia riparativa, specie con riferimento al suo alto tasso di “eticizzazione” e al mancato coordinamento col procedimento penale, oltre che per una serie di incongruenze interne, vedi M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, RomaTre-Press, Roma, 2022, pp. 473-486. Ho ritenuto altresì di non modificare alcune espressioni e modalità di citazione usate (ad es., il frequente ricorso all’aggettivo “italiano”, in funzione specificativa anche di atti normativi), oltre all’impostazione e alla struttura generale del lavoro, dovute all’originaria destinazione di questo testo ad una platea di lingua ispanica.

<sup>2</sup> Si ricordi la splendida preghiera del Padre Nostro: «*Et dimitte nobis debita nostra sicut et nos dimittimus debitoribus nostris*»: [Padre] rimetti a noi i nostri debiti (= perdona le nostre colpe) come noi li rimettiamo ai nostri debitori (= perdoniamo coloro che ci hanno offeso). In particolare, lo stesso mistero dell’Incarnazione (col quale Dio ha donato in olocausto il Suo Figlio Unigenito) è finalizzato proprio al perdono dei peccati del mondo (*Gv*. 1, 29; *Mt*. 26, 28).

<sup>3</sup> *Adde Mt* 16, 19: «A te [Pietro] darò le chiavi del Regno dei Cieli, e tutto ciò che legherai sulla terra sarà legato nei cieli, e tutto ciò che scioglierai sulla terra sarà sciolto nei cieli».

<sup>4</sup> Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Parte seconda, Sezione seconda, Cap. I, art. 4, Città del

Muovendo viceversa da una prospettiva strettamente “laica”, la correlazione tra pena e perdono implica a sua volta, logicamente, anzitutto la risposta alla domanda sulla intrinseca corrispondenza a “giustizia” del “perdono” di una “colpa” attraverso la “remissione” della pena, di cui l’autore del torto sarebbe viceversa “meritevole”<sup>5</sup>. Senza minimamente volermi addentrare in questa sede nel controverso e perenne problema – filosofico ma anche giuridico – dei rapporti tra “diritto” e “giustizia” e in quello, altrettanto dibattuto, dei rapporti tra diritto penale e morale<sup>6</sup>, basta qui ricordare come

---

Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1992, p. 368 ss.

<sup>5</sup> Nulla esclude tuttavia, sul piano logico-astratto, che un ordinamento normativo – non necessariamente giuridico – possa ipotizzare una “dissociazione” tra il “perdono”, individuale e privato, da parte della vittima del torto per il male subito (ossia, utilizzando la terminologia giuridico-penale, da parte del titolare dell’interesse offeso con la commissione dell’illecito) e la “pena” che, in quanto “giusta retribuzione” per il male arrecato, continuerebbe ciononostante ad applicarsi. Situazione che presupporrebbe, logicamente, la netta distinzione tra giudizio religioso e/o morale, da un lato, e giudizio giuridico, dall’altro. Ciò è d’altronde, a ben vedere, quanto normalmente si verifica attualmente nei sistemi penali di diritto positivo dove, per la “gravità” dal punto di vista sociale dei fatti penalmente sanzionati, la remissione della pena non è – in genere – lasciata alla libera disponibilità della vittima del torto, salvo nei casi, ancora oggi assolutamente eccezionali, di perseguibilità a querela, nei quali cioè l’ordinamento lascia alla persona offesa il potere di mettere in moto (e eventualmente, almeno di regola, anche di far cessare) il procedimento penale e quindi l’unica possibilità, normativamente prevista, di applicare effettivamente la pena all’autore del reato (sulla giustificazione dell’istituto della perseguibilità a querela vedi *amplius infra*, paragrafo 2 e note 14 e 37. Sulla impossibilità dal punto di vista strettamente normativo – nel sistema punitivo criminale – di esistenza della norma penale “incriminatrice” c.d. “sostanziale” al di fuori del processo penale, e quindi del suo concreto accertamento processuale, processo che dunque appartiene alla “fisiologia” di questo ramo dell’ordinamento giuridico, vedi, da ultimo, M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze. Punibilità, pena, punizione in un sistema criminale integrale e integrato*, RomaTre-Press, Roma, 2022, pp. 85-86 e nota 186; 195-202).

<sup>6</sup> È noto come la netta distinzione e separazione tra diritto penale e morale non solo si sia storicamente manifestata in seguito all’Illuminismo, nei sistemi di *civil law*, con la “laicizzazione” (= “secolarizzazione”) del diritto penale (a differenza di quanto accade ancora oggi nei sistemi giuridici islamici governati dalla *Shari’ah*), ma trovi la sua ragione giustificativa nel fatto che, dovendo un diritto penale laico occuparsi solo di garantire le condizioni “minime” di coesistenza sociale conformemente all’idea del diritto penale come *extrema ratio* di tutela, può benissimo accadere – e normalmente accade – che fatti moralmente riprovevoli non siano considerati reato dalla coscienza sociale incarnata storicamente dal legislatore e, al contrario, siano considerati reati fatti moralmente indifferenti o addirittura moralmente leciti. Vedi anche *infra*, note 12 e 40.

l'ordinamento giuridico italiano (analogamente a quanto avviene, ed è storicamente avvenuto, in altri ordinamenti) conosce delle forme (in senso lato) di "remissione" della pena dal punto di vista del diritto penale positivo.

A questo proposito, si pensi anzitutto a quegli istituti tradizionalmente conosciuti come di c.d. "clemenza sovrana" – amnistia, indulto e grazia (i primi due, atti normativi generali e astratti di competenza politica del Parlamento<sup>7</sup>; la grazia, oggi, dopo una – discutibilissima – sentenza della Corte costituzionale del 2006<sup>8</sup>, espressione di un potere "presidenziale" esclusivo ed assolutamente arbitrario<sup>9</sup>, e quindi, a mio avviso, vero "relicto storico" incompatibile giuridicamente e, prima ancora, politicamente con un sistema costituzionale di tipo democratico-repubblicano<sup>10</sup>) –; ma si pensi altresì al "perdono giudiziale"

---

<sup>7</sup> Art. 79 Cost. it.: «L'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in ogni suo articolo e nella votazione finale. (...)». L'altissima maggioranza oggi richiesta per la concessione dell'amnistia e dell'indulto dopo la modifica dell'art. 79 Cost. ad opera dell'art. 1 l. cost. 6 marzo 1992 n. 1, maggioranza addirittura corrispondente a quella necessaria nella seconda votazione per l'approvazione di una legge costituzionale (che permette di precludere la possibilità del *referendum* confermativo: art. 138 comma 3 Cost. it.), spiega il perché da quella ormai lontana modifica il Parlamento non abbia più approvato leggi di amnistia e di indulto (salvo il provvedimento di indulto del 2006), eliminando così di fatto dall'ordinamento italiano uno strumento fondamentale per il corretto funzionamento di qualunque sistema penale, sia pure da utilizzare in situazioni politicamente eccezionali (e non semplicemente per alleggerire il sovraccarico giudiziario e/o il sovraffollamento delle carceri).

<sup>8</sup> Corte costituzionale, Sent. 3 maggio 2006, n. 200, consultabile in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>9</sup> Art. 87 comma 11 Cost. it.: «[Il Presidente della Repubblica] Può concedere grazia e commutare le pene». Con la richiamata sentenza n. 200 del 2006, la Corte costituzionale ha qualificato il potere di grazia come formalmente e sostanzialmente presidenziale in via esclusiva, sia pure limitandone l'ambito applicativo ai soli casi caratterizzati dalla esistenza di eccezionali e straordinarie esigenze di carattere "umanitario", escludendone quindi la legittimità della concessione per ragioni in tutto o in parte "politiche", queste ultime giudicate incompatibili col sistema costituzionale. Prima di tale pronuncia – oltretutto non seguita *de facto* dalla prassi presidenziale successiva –, data la "irresponsabilità politica" del Presidente della Repubblica (*infra*, nota 9), il potere di grazia era – correttamente a mio avviso – un potere "duale" di "codecisione" ripartito tra il Presidente della Repubblica e il Ministro di Giustizia, che con la controfirma se ne assumeva la responsabilità politica.

<sup>10</sup> A questo proposito, occorre infatti ricordare come, secondo la Costituzione attualmente vigente in Italia, che è di tipo democratico-parlamentare, e non presidenziale, in presenza di una forma di Stato repubblicana e non monarchica, il Presidente della Repubblica, definito dalla dottrina costituzionalistica – impropriamente, a mio avviso – "garante" della Costituzione, sia un organo

dei minori infradiciottenni imputabili, autori di reati punibili in concreto con una pena restrittiva della libertà personale non superiore a due anni (art. 169 c.p. e art. 19 r.d.l. 20 luglio 1934 n. 1404), provvedimento del giudice che comporta l'immediata estinzione del reato<sup>11</sup> e quindi della punibilità; o a quegli altri istituti, come la "sospensione condizionale dell'esecuzione della pena" (art. 163 c.p.), che subordina l'effetto estintivo della punibilità (oltre che all'eventuale adempimento di certi obblighi, *in primis* il risarcimento del danno e le restituzioni ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato) alla non recidiva del beneficiario per un certo lasso di tempo (cinque anni – termine correlato alla recidiva aggravata infraquinquennale: art. 99 comma 2 n. 2 c.p. – per i delitti; due anni per le contravvenzioni: artt. 163 comma 1 e 167 c.p.). Istituti, questi ultimi, strettamente collegati all'idea della "rieducazione" (e "risocializzazione") del reo (fondata su una prognosi di "non recidività" e quindi in funzione di "prevenzione speciale")<sup>12</sup> come condizione di "meritevolezza" del "perdono" dal punto di vista giuridico-penale.

Se dunque, nella prospettiva etico-religiosa, la "remissione" della pena-castigo è, come detto, conseguenza della "remissione" del "peccato" e quindi del "perdono" del peccatore (e a prescindere dalla considerazione che, propriamente, il "perdono" di una "colpa" altrui, appartenendo alla dimensione "etica" e dunque alla sfera più intima dell'uomo, è per sua natura una facoltà squisitamente individuale e personale, in quanto tale nella disponibilità esclusiva di chi ha subito il torto altrui e dunque non trasferibile; per cui, al limite, solo la "vittima" dell'illecito sarebbe eticamente legittimata a "perdonare" la "colpa" altrui); dal punto di vista strettamente giuridico, è allora evidente come, logicamente, non possa essere attribuita allo Stato la "competenza" a (ossia il

---

politicamente "irresponsabile" degli atti compiuti nell'esercizio delle sue funzioni (tranne che per alto tradimento o per attentato alla Costituzione: art. 90 Cost. it.).

<sup>11</sup> Per il significato dommatico del termine "estinzione del reato" vedi *infra*, nota 60.

<sup>12</sup> Art. 164 comma 1 c.p.: «La sospensione condizionale della pena è ammessa soltanto se, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, il giudice *presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati*». Art. 169 commi 1 e 2 c.p.: «[Perdono giudiziale per i minori degli anni diciotto] 1. (...) il giudice può astenersi dal pronunciare il rinvio a giudizio, quando, avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133, *presume che il colpevole si asterrà dal commettere ulteriori reati*. 2. Qualora si proceda al giudizio il giudice può, nella sentenza, per gli stessi motivi, astenersi dal pronunciare condanna».

“potere” di “perdonare”<sup>13</sup> la “colpa” commessa (cioè l’illecito realizzato) da qualunque destinatario delle norme giuridiche, in particolare penali, in danno di appartenenti alla società (si ricordi il brocardo: *quod factum est, infectum fieri nequit*); ma solo, eventualmente, il potere di “rimettere”, in tutto o in parte, gli “effetti” della “colpa”, cioè la “pena”, in conseguenza di evenienze manifestatesi *dopo* la commissione dell’illecito (che dunque, in quanto tale, non può mai essere “cancellato” dal mondo dei fenomeni giuridici)<sup>14</sup>.

Ecco dunque venire in evidenza la correlazione, dal punto di vista giuridico (e in particolare giuridico-penale), tra il fenomeno del c.d. “perdono” – ma che ormai già sappiamo essere definibile, più correttamente, come “remissione” della (cioè “rinuncia” alla) “pena” – e il fenomeno della “estinzione” della “punibilità” (correlazione, la cui importanza emergerà meglio nel prosieguo del discorso: *infra*, paragrafo 11).

## **2. Il perdono della persona offesa come presupposto necessario della remissione della pena: esclusione.**

Anzitutto, occorre a questo punto procedere ad una puntualizzazione della massima importanza per l’esatta comprensione del fenomeno che stiamo analizzando: potrebbe uno Stato che non persegua fini etici, ma laico e pluralista, “subordinare” legittimamente la rimessione della pena (criminale) nei confronti dell’autore dell’illecito al (preventivo) “perdono” – *rectius*: ad una manifestazione di volontà, che può essere anche tacita, nella forma della “non opposizione” – da

---

<sup>13</sup> Competenza a “perdonare” dello Stato che, se esistesse, riporterebbe tra l’altro alla commistione tra diritto penale e morale, ossia ad una “eticizzazione” del sistema penale, ormai definitivamente abbandonata dal periodo dell’Illuminismo, almeno nella tradizione italiana. Vedi anche *retro*, nota 5. Sulla conseguente “disfunzionalità” rispetto al sistema della giustizia penale “ordinaria” della c.d. “giustizia riparativa”, introdotta con il d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, vista dai suoi stessi sostenitori come “alternativa”, o al massimo “complementare”, rispetto al modello penale ordinario, al contrario di quest’ultimo senz’altro eticamente orientata, vedi le mie considerazioni critiche in M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 473-486.

<sup>14</sup> Dal punto di vista della teoria generale del diritto, è noto come di “estinzione”, cioè di “cancellazione”, si possa correttamente parlare con riferimento non agli “atti giuridici” ma agli “effetti giuridici” degli atti. Trasferendo questi concetti alla relazione reato-pena (ossia atto-effetto), il fenomeno del quale ci occupiamo potrebbe allora essere così schematizzato: se A (reato) deve essere B (pena); se A+X (causa estintiva della punibilità) deve essere non-B.

parte della vittima, o, per dirla in termini tecnico-giuridici e non criminologici, della “persona offesa” dal reato? La risposta mi sembra debba essere decisamente negativa. Se infatti gli effetti giuridici previsti da una norma penale incriminatrice (nel nostro caso “sfavorevoli”: la pena) potessero dipendere da una valutazione caso per caso assolutamente insindacabile, e quindi sostanzialmente dall’arbitrio, della singola persona offesa – valutazione oltretutto rimessa ad una opzione che, in quanto espressione della personalità della vittima, non potrebbe non risentire delle sue più profonde e intime convinzioni etico-religiose, e dunque avere esiti diversissimi nei singoli casi concreti –, la medesima norma penale abdicerebbe alla sua funzione (anzitutto logica) di regola generale e astratta, valevole cioè per tutti i destinatari e per una serie indefinita di casi futuri, con conseguente palese violazione del fondamentale principio di uguaglianza (art. 3 Cost.). Di più: la “responsabilità penale” per la commissione del reato non sarebbe più – almeno del tutto – “personale” del suo autore, ossia per un fatto da lui concretamente e *totalmente* “dominabile”, come fra l’altro esplicitamente imposto nell’ordinamento penale italiano dall’art. 27 comma 1 Cost. (secondo cui «La responsabilità penale è personale»), ma finirebbe di fatto per dipendere da una opzione, oltretutto – come visto – sostanzialmente arbitraria, di un terzo *estraneo* alla commissione dell’illecito, non importa se, come nel nostro caso, la stessa vittima del reato. Né, contro questa conclusione, può essere addotta la presenza, in tutti gli ordinamenti giuridici, della categoria dei reati perseguibili a querela della persona offesa: in questi casi infatti è lo stesso ordinamento che, una volta per tutte e – si sottolinea – in via generale e astratta, attribuisce alla persona offesa dal reato la facoltà di scelta se perseguire o meno penalmente certi fatti, e quindi pervenire – in caso di affermazione di responsabilità – alla punibilità del loro autore. Ciò sulla base di considerazioni squisitamente politiche che possono dipendere o dalla (ritenuta dal legislatore) rilevanza esclusivamente individuale dell’interesse tutelato dalla norma penale (e quindi leso dal reato)<sup>15</sup> ovvero dall’ulteriore e irreparabile danno che potrebbe

---

<sup>15</sup> Dal punto di vista della teoria generale del diritto, si potrebbe addirittura sostenere che, quando l’ordinamento attribuisce in via esclusiva al titolare dell’interesse tutelato dalla norma, in caso di sua violazione, il potere di mettere in moto il meccanismo coattivo-sanzionatorio, ciò che precisamente avviene nel sistema penale attraverso la previsione della perseguibilità a querela (istituto della querela, a mio avviso, senz’altro qualificabile come “azione penale privata”), quell’interesse assume, più propriamente, la natura giuridica di un vero e proprio “diritto

derivare alla vittima del reato dal clamore suscitato dalla celebrazione di certi processi (si pensi, storicamente, ai delitti contro la libertà sessuale); tutte esigenze – anche di economia processuale – ragionevolmente meritevoli di tutela in un giudizio di “bilanciamento” tra interessi contrapposti che, in quanto tale, può essere solo generale e astratto e quindi di esclusiva competenza del legislatore.

### **3. Il problema dell’implicazione di valori assoluti nel concetto di pena criminale. a) Valori assoluti e “funzione” della pena: critica.**

A questo punto si impone una domanda: ci sono dei “valori assoluti” che ruotano intorno al – *rectius*: sono logicamente implicati dal – concetto di “pena” (criminale)?

La risposta deve essere senz’altro negativa con riferimento alla c.d. “finalità” (o “funzione”) della pena, in particolare laddove si voglia intendere che di per sé la pena debba necessariamente essere orientata, come sua funzione (tipica), al perseguimento di valori assoluti, più specificamente etico-morali, come tali immodificabili e dunque indisponibili da parte di qualunque legislatore storico. Si pensi, nell’ambito soprattutto delle riflessioni filosofiche, alle c.d. teorie “assolute” della pena, come ad es. quella – che ha avuto la sua massima espressione in Kant – che vede come finalità della pena la “retribuzione morale”, o alla teoria che muove dall’idea della pena come “medicina dell’anima”, la c.d. *poena medicinalis* – che trova la sua origine storica, non a caso, nel diritto canonico che, per sua intrinseca natura, è quello maggiormente permeato di istanze etiche –, in funzione dell’“emenda morale” del reo e/o di “espiazione” per il male commesso.

Ora, una volta esclusa, almeno nei sistemi giuridici di tradizione

---

soggettivo” facente capo al soggetto passivo dell’illecito (ossia, nel nostro caso, alla persona offesa dal reato). Ciò significa allora, a ben vedere, come, nei casi di reati perseguibili a querela della persona offesa, sia la stessa norma penale incriminatrice a creare un nuovo e autonomo “diritto soggettivo”, in quanto tale direttamente e immediatamente tutelabile già in sede civile; e come di conseguenza la “remissione” della querela quale causa di estinzione del reato (art. 152 comma 1 c.p.) e quindi della punibilità sia, a sua volta, correttamente e legittimamente attribuita anch’essa alla piena disponibilità della persona offesa. Sul punto, vedi *amplius* M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice” al pubblico ministero organo amministrativo di giustizia? Gestione della politica criminale e ruolo della pubblica accusa nella riforma del sistema penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Marcello Gallo. Scritti degli allievi*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 294 e nota 47; ID., *Il reato e le sue conseguenze*, cit., nota 357.

occidentale, la compatibilità tra il modello di Stato democratico di diritto (*rectius*: “dei diritti”, nel senso di “garante” dei diritti fondamentali dell’uomo)<sup>16</sup>, per definizione pluralista, e l’idea di Stato “etico”, a tutto concedere l’unico “valore assoluto” di cui potrebbe riconoscersi la “legittimità” come fine della pena (e in genere di qualunque sanzione, esecutiva o punitiva che sia)<sup>17</sup>, in una dimensione laica e pluralista, potrebbe essere solo “interno” allo stesso concetto di “ordinamento giuridico”, in quanto logicamente connesso alla sua stessa esistenza: il valore della “riaffermazione”-“reintegrazione” dell’ordinamento in seguito all’effettiva applicazione ed esecuzione della sanzione-pena (minacciata) come conseguenza della commissione dell’illecito, valore funzionale quindi alla “conservazione” dello stesso ordinamento (vedi *infra*, paragrafi 6 e 7). In questa prospettiva, in particolare, il diritto penale assolve alla funzione di “momento di chiusura” dell’intero sistema giuridico, in grado di garantirne l’“effettività” e dunque la stessa “esistenza” attraverso l’uso “formalizzato” della “forza” (anche fisica sulle persone) in cui si sostanzia la pena criminale<sup>18</sup>.

Con riferimento dunque ai c.d. fini della pena, a parte la “funzione logica”, e pertanto ineliminabile, propria di qualunque sanzione “punitiva”, *in primis* della pena criminale, di “prevenire” la commissione dell’illecito attraverso la “minaccia” della sua applicazione ed esecuzione (c.d. funzione di “prevenzione generale negativa”)<sup>19</sup>, è evidente allora come la previsione di *ulteriori* finalità che la pena criminale dovrebbe specificamente (ed eventualmente) adempiere – retribuzione, emenda, rieducazione-risocializzazione, difesa sociale, ecc. – risponda non al soddisfacimento di valori assoluti, ma solo – molto più laicamente – ad esigenze politiche contingenti, in quanto tali di competenza esclusiva del legislatore storico, trattandosi di opzioni di stretto diritto positivo,

---

<sup>16</sup> Preferisce parlare, anziché di Stato di diritto, di “Stato dei diritti” M. GALLO, *Diritto penale italiano. Appunti di Parte generale*, Vol. I, 3<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2020, p. XX nota 1.

<sup>17</sup> Per la fondamentale distinzione, da una prospettiva di teoria generale del diritto, tra “sanzioni esecutive” e “sanzioni punitive”, anche all’interno del sistema penale-criminale, si rimanda a M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 46-59 e 67-72.

<sup>18</sup> Per ulteriori approfondimenti sul tema si rinvia a M. TRAPANI, *Considerazioni su legittimazione e limiti del diritto penale*, in AA.VV., *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici*, XIV Colloquio Giuridico Internazionale, G. L. Falchi-A. Iaccarino (edd.), Lateran University Press, Città del Vaticano, 2012, p. 789 ss.

<sup>19</sup> Sulla *ratio* della sanzione “punitiva” si rinvia a M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 51-54.

magari anche costituzionalizzate<sup>20</sup>, che di conseguenza possono essere – e in genere sono – diverse da ordinamento a ordinamento, in una prospettiva sia sincronica che diacronica.

#### **4. (segue) b) Valori assoluti e “contenuto” della pena. La tutela della dignità umana del detenuto e il divieto di trattamenti inumani e degradanti.**

Al contrario, valori assoluti sono implicati, e dunque debbono essere adeguatamente tutelati, per quanto concerne il “contenuto” che la pena criminale può (legittimamente) assumere nella concretezza di ciascun ordinamento giuridico storicamente dato: colpendo infatti la sanzione penale l’essere umano nei suoi beni primari che costituiscono oggetto dei suoi diritti “fondamentali” – *in primis*, oggi, la libertà personale (ma in alcuni ordinamenti, anche di tradizione e cultura giuridica occidentale, persino la vita) –, il legislatore deve sempre avere come “bussola” di riferimento, per la “legittimità” di ogni suo intervento, la “dignità” dell’uomo, anche se delinquente (principio oggi ribadito a livello costituzionale, in Italia, dall’art. 2 Cost.<sup>21</sup> e – con specifico riferimento a tutti i casi di privazione della libertà personale – dall’art. 10 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici<sup>22</sup>).

---

<sup>20</sup> A questo proposito si veda ad es. l’“eclettismo” manifestato dal codice penale colombiano del 2000 in tema di funzioni della pena all’art. 4 secondo cui «La pena cumplirá las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial, reinserción social y protección al condenado. La prevención especial y la reinserción social operan en el momento de la ejecución de la pena de prisión». Nell’ordinamento italiano, viceversa, nulla si dice direttamente ed esplicitamente nel codice penale a proposito delle finalità che la pena dovrebbe assolvere. Solo nella Costituzione all’art. 27 comma 3 si afferma che le pene «devono *tendere* alla rieducazione del condannato»; rieducazione che dunque, logicamente, non può costituirne finalità esclusiva (o almeno sempre prevalente, in quanto unica costituzionalmente prevista, come sembra viceversa ritenere la Corte costituzionale in alcune recenti sentenze: si veda *infra*, nota 42; per ulteriori approfondimenti sul punto si veda anche M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato tra “ideologia correzionalistica” del trattamento e “garanzie” costituzionali di legalità e sicurezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3, 2018, p. 1693 ss. *passim*, spec. pp. 1694-1702.

<sup>21</sup> Art. 2 Cost. it.: «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità (...).».

<sup>22</sup> Art. 10 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici: «Qualsiasi individuo privato della propria libertà deve essere trattato con umanità e col rispetto della dignità inerente alla persona umana». Con formula più generale, vedi anche l’art. 1 Carta dei Diritti fondamentali della UE: «La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata».

“Valore assoluto” della “dignità” della persona che, laddove esplicitamente riconosciuto dai singoli ordinamenti positivi – in particolare, dalle loro Leggi fondamentali e dai Trattati internazionali ratificati – costituisce pertanto un vero e proprio “limite” normativo, in quanto tale giuridicamente “vincolante” per il legislatore, al “contenuto” che la “pena” può legittimamente assumere. Più specificamente, ciò si traduce in primo luogo, per l’ordinamento italiano, nel divieto di prevedere pene che consistano in «trattamenti contrari al senso di umanità», ossia inumani o degradanti (come è, fra l’altro, espressamente stabilito dalla Costituzione italiana all’art. 27 comma 3 Cost., e dai Trattati internazionali ratificati dall’Italia, in particolare, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici e la Carta dei Diritti fondamentali della UE<sup>23</sup>, che, si ricordi, costituiscono oggi, al pari delle norme costituzionali, parametro di legittimità di tutta la normativa interna anche di fonte “primaria”: art. 117 comma 1 Cost.<sup>24</sup>). Limite questo – dei trattamenti contrari al senso di umanità – che si riverbera, infine, non solo sulle *concrete modalità esecutive* di qualunque pena legislativamente prevista, ma anche sulla stessa “tipologia” delle “pene”<sup>25</sup>.

Ciò significa, in particolare, il divieto assoluto per il legislatore italiano di prevedere come “tipi” di pene le pene “corporali”, ossia quelle che ledono l’integrità fisica del destinatario<sup>26</sup>, sia in modo definitivo (come ad es. le mutilazioni), sia in modo temporaneo (come ad es. la fustigazione), ma anche, in generale, il divieto della “tortura”, sia come possibile contenuto concreto di pene diversamente denominate, sia come sanzione autonoma<sup>27</sup>, e direi, *a fortiori*, della

---

<sup>23</sup> Art. 3 CEDU: «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»; art. 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici: «Nessuno può essere sottoposto alla tortura né a punizioni o trattamenti crudeli, disumani o degradanti»; art. 4 Carta dei Diritti fondamentali della UE: «Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Vedi anche l’art. 10 comma 1 Patto internazionale sui diritti civili e politici, cit. *retro*, nota 21.

<sup>24</sup> Art. 117 comma 1 Cost. it.: «La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

<sup>25</sup> M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 293-295; 305-307 e note 117 e 604

<sup>26</sup> Art. 3 comma 1 Carta dei Diritti fondamentali della UE: «Ogni persona ha diritto alla propria integrità fisica o psichica».

<sup>27</sup> Vedi l’art. 3 CEDU, l’art. 7 Patto internazionale sui diritti civili e politici e l’art. 4 Carta dei

“morte” come pena<sup>28</sup>. Ancora, debbono ritenersi escluse dal novero delle tipologie sanzionatorie legittime le c.d. pene “infamanti”, ossia quelle che, *direttamente*, hanno ad oggetto l’onore o il decoro del condannato in quanto manifestazioni della sua dignità di uomo, come la berlina e la gogna. Indirettamente, infatti, tutte le sanzioni penali hanno un effetto “secondario”, ineliminabile, di “stigmatizzazione” sociale che discende dalla percezione della “gravità” dell’illecito penale da parte dei membri della società e che già si evidenzia nella semplice sottoposizione al procedimento penale.

### 5. Dignità umana e sistema della giustizia penale in Italia.

Purtroppo però, con riferimento, in particolare, alla “gogna” e alla “tortura”, la realtà del sistema della giustizia penale in Italia – ma non solo – è, come tristemente noto, ben diversa. In primo luogo, ricordando quanto già diversi decenni fa diceva un grande giurista e avvocato, Francesco Carnelutti, non v’è dubbio che il processo penale sia di per sé una “pena” per chi lo subisce<sup>29</sup>, specie se innocente, date le drammatiche, e per lo più irreversibili, conseguenze sul piano personale, sociale, lavorativo e a volte anche familiare che il coinvolgimento nell’ingranaggio del processo penale comunque comporta.

Situazione resa oggi ancora più drammatica, nella società della comunicazione “globale” e “di massa”, dalla c.d. “gogna mediatica”; gogna moderna cui già il semplice indagato – specie se con riferimento a delitti relativamente ai quali la collettività è particolarmente “sensibile” in un certo momento storico (si pensi, per tutti, ai delitti dei c.d. “colletti bianchi”, quali i delitti contro la pubblica amministrazione e i reati societari e ambientali) – è sottoposto dai mass-media, in particolare da giornali, televisioni e oggi da

---

Diritti fondamentali della UE, cit. *retro*, nota 22. Si veda anche l’art. 13 comma 4 Cost. it., secondo cui «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

<sup>28</sup> Anche poi a non volere considerare la pena di morte compresa nel divieto delle pene che consistono in trattamenti inumani o degradanti, essa è comunque oggi autonomamente ed esplicitamente vietata, nell’ordinamento italiano, dall’art. 27 comma 4 Cost. it., dall’art. 1 Protocollo addizionale n. 13 alla CEDU e dall’art. 2 comma 2 Carta dei Diritti fondamentali della UE.

<sup>29</sup> F. CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, Vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Edizioni dell’Ateneo, Roma, 1949, pp. 48-50.

internet, con l'inevitabile effetto di "spettacolarizzazione" e di "massacro" della immagine sociale che ciò comporta. Gogna mediatica che, appunto a causa della sua intrinseca "diffusività", si traduce di per sé, sostanzialmente, in una vera e propria "pena", "informale" e dunque ancora più "odiosa", ma, oltre che tristemente ben radicata nella realtà di quello che viene comunemente definito il circuito (che forse sarebbe meglio qualificare come "circo") mediatico-giudiziario, devastante per chi la subisce in quanto soggetto lasciato dall'ordinamento sostanzialmente privo di qualsiasi effettiva tutela a fronte di un simile abuso<sup>30</sup>.

#### **6. La crisi della pena detentiva. Sua ineffettività come conseguenza della politica del c.d. "perdonismo". Il "mito" della "rieducazione" del condannato.**

Ma la situazione è, se possibile, ancora più grave. La "minaccia" della pena, come già diceva Feuerbach – il primo dei teorici "moderni", insieme a Romagnosi, della "prevenzione generale" c.d. "negativa" (come "funzione logica" della sanzione punitiva: *retro*, paragrafo 3) –, deve essere resa "effettiva" dall'ordinamento in caso di commissione dell'illecito; con la inevitabile conseguenza, pertanto, che la pena minacciata deve essere anche concretamente applicata ed eseguita, a meno che lo stesso ordinamento non voglia perdere di "credibilità"<sup>31</sup>. La pena è dunque intrinsecamente, necessariamente e quindi logicamente, – anzitutto – "riaffermazione" (*rectius*: "reintegrazione") dell'"ordine giuridico" violato dalla commissione dell'illecito (nel che, com'è noto, sta l'essenza della c.d. "retribuzione giuridica")<sup>32</sup>, ossia conferma della

---

<sup>30</sup> Viene a questo proposito senz'altro opportuno il riferimento a quella massima, frutto della saggezza latina – originariamente attribuita a Giovenale, Satira VI –, che si sostanzia nell'interrogativo "*quis custodiet ipsos custodes?*" ("chi vigila gli stessi guardiani?"), massima, nella realtà giuridica e istituzionale di oggi, ben applicabile a tutti gli organi c.d. "di garanzia" privi di qualsiasi legittimazione democratica e non sottoposti sostanzialmente ad alcun controllo sul loro operato in quanto "indipendenti" da ogni altro potere (in particolare, paradossalmente, laddove si tratti di potere discendente, al contrario, da investitura popolare diretta). Per la realtà costituzionale italiana, mi basta fare riferimento all'attuale organizzazione dell'ordine giudiziario, comprensivo di giudici e p.m. (art. 104 comma 1 Cost. it.: «La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere»), e alla Corte costituzionale.

<sup>31</sup> M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., p. 443 ss.

<sup>32</sup> F. CARRARA, *Programma del corso di Diritto criminale. Parte generale*, vol. II, 5<sup>a</sup> ed., Giusti, Lucca, 1877, § 615 ss., che parla di «*ristabilimento dell'ordine esterno nella società*» come «*fine* primario della pena» (corsivi dell'A.). Nel senso che la "reintegrazione dell'ordine giuridico violato" costituisce

“serietà” della volontà politica dello Stato di dare effettiva tutela agli interessi protetti dalle sue norme, a garanzia della tenuta e conservazione della società. Come è stato correttamente detto, in questo senso la pena si muove nella logica della “coesistenza”<sup>33</sup>.

È però altresì noto come, non da oggi, di fronte ad una presunta – più che dimostrata – “crisi della pena detentiva” (pena viceversa ancora attualmente “centrale” nella esperienza della maggioranza dei sistemi penali contemporanei)<sup>34</sup>, crisi evidenziata da una vera e propria “fuga” da questo tipo

---

sempre la “finalità”, quantomeno “mediata”, di qualunque tipo di “risposta sanzionatoria” prevista da un ordinamento giuridico si veda anche M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 463-464 e anche p. 46 ss.

<sup>33</sup> F. D’AGOSTINO, *La sanzione nell’esperienza giuridica*, 4<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 1993, p. 137 (con un ragionamento valevole per ogni tipo di risposta sanzionatoria).

<sup>34</sup> Occorre a questo punto sottolineare come la pena “carceraria”, in quanto senz’altro lo strumento più incisivo di controllo sociale, sia oggi praticamente l’unico – o quantomeno il principale – “tipo” di pena criminale cui può logicamente e legittimamente ricorrere un legislatore che voglia veramente mantenersi coerente con l’istanza politica, ma anche costituzionale, del diritto penale come *extrema ratio* di tutela dell’ordinamento giuridico, rivolto cioè esclusivamente alla garanzia delle “condizioni minime” di esistenza della collettività organizzata a Stato (c.d. diritto penale “minimo”) (M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1703; ID., *Il reato e le sue conseguenze*, cit., note 113, 323 e 355). Disfunzionale rispetto a questa logica appare viceversa la posizione di quella parte della dottrina penalistica che, ancora fortemente impregnata del mito “correzionalista” e quindi dell’aspirazione ad un ruolo assolutamente “residuale” della detenzione carceraria come sanzione penale, *in primis* a favore di misure meno severe che incidano su aspetti della libertà personale diversi dalla libertà di locomozione fisica (c.d. misure “alternative” alla detenzione), continua altresì a proporre un sempre maggior utilizzo, anche in materia criminale, della pena pecuniaria in luogo di quella detentiva, sia come pena principale che come sanzione sostitutiva del carcere. Ciò appare tuttavia con ogni evidenza logicamente incongruo, se non addirittura paradossale, rispetto alle premesse di un diritto penale come *extrema ratio* di tutela, posto – fra l’altro – che, laddove il legislatore dovesse ritenere – secondo la sua insindacabile valutazione politica – sufficiente ai fini della prevenzione generale di certi illeciti la semplice minaccia di applicazione ed esecuzione di una pena pecuniaria, tanto varrebbe, in via generale e astratta con conseguente maggiore certezza del diritto, trasferire direttamente quei comportamenti nel novero degli illeciti amministrativi attraverso una coraggiosa ed efficace politica di “depenalizzazione”, l’unica in grado di garantire effettivamente il ruolo di *extrema ratio* della stessa sanzione penale. A ciò si aggiunga come la libertà fisica di locomozione sia, ancora oggi, l’unico bene di cui tutte le persone dispongono allo stesso modo e quindi, in un certo senso, l’unico bene su cui la pena può incidere in modo “democratico”. Su questi profili, vedi *amplius* M. TRAPANI, *Relazione di accompagnamento a Il progetto di depenalizzazione e abrogazione dei*

di sanzione da parte sia della magistratura giudicante che di sorveglianza – cui non sarebbe estranea altresì l'esigenza, tutta pratica ma drammaticamente sentita in conseguenza della situazione in cui versa il sistema della edilizia carceraria, di fronteggiare adeguatamente il mai risolto problema del sovraffollamento delle carceri –, la prassi giurisprudenziale italiana abbia ritenuto di superare l'esigenza – logica prima che politica – di "effettività" della pena (nel senso della necessità della effettiva applicazione della pena minacciata e della effettiva esecuzione della pena applicata) imboccando decisamente già da alcuni decenni la strada della politica del c.d. "perdonismo" (o "indulgenzialismo"). Politica facilitata da una sostanziale "delega in bianco" che, a partire almeno dalla metà degli anni '70 del secolo scorso, il Parlamento italiano – abdicando al suo primario poterdovere costituzionale, discendente dal principio di "legalità" delle pene (art. 25 comma 2 Cost.), di effettuare direttamente e in via esclusiva le scelte, *politiche*, sul "se", "come" e "quanto" sanzionare penalmente un certo comportamento – ha concesso all'autorità giudiziaria con riferimento ai due momenti, fondamentali nella quotidiana gestione della politica criminale, della commisurazione ed esecuzione della pena in concreto, con violazione dunque del principio democratico della separazione dei poteri<sup>35</sup>.

L'esercizio di tale potere, riconosciuto alla magistratura penale, che costituisce un aspetto, non certo marginale, del più generale fenomeno conosciuto come "supplenza giudiziaria", e che ha portato il giudice penale – ma non solo – ad assumere, specie negli ultimi decenni, una connotazione sempre più marcatamente "politica", è stato reso possibile tecnicamente dalla previsione legislativa di una miriade di c.d. "benefici" (sostanziali ma anche processuali), consistenti in meccanismi di "abbattimento" in concreto della pena detentiva rispetto a quella astrattamente minacciata, di cui l'autore dell'illecito può

---

*reati minori*, in *Diritto penale del XXI secolo*, 2003, pp. 81-83; ID., *Il reato e le sue conseguenze*, cit., p. 440 e note 323 e 592.

<sup>35</sup> Si ricordi come la Costituzione italiana stabilisca altresì espressamente che qualunque forma di limitazione o restrizione della libertà personale possa avvenire «nei soli casi e modi previsti dalla legge» (art. 13 comma 2 Cost.), comprendendo quindi nella sua disciplina con ogni evidenza anche le concrete "modalità di esecuzione" delle singole pene – almeno di quelle detentive – modalità che debbono essere pertanto anch'esse "predeterminate", in via generale e astratta, dalla stessa legge se si vuole veramente salvaguardare il principio di "legalità" anche delle pene. Sul punto, v. *amplius* M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 295-302.

usufruire in sede sia di applicazione che di esecuzione della pena; strumenti che, in quanto rimessi a parametri evanescenti e dunque praticamente incontrollabili<sup>36</sup>, finiscono con l'attribuire una eccessiva discrezionalità al giudice penale tale da sfiorare il vero e proprio arbitrio. Più in particolare, detta politica giudiziaria del perdonismo trova il suo punto massimo di emersione, dal punto di vista teorico, in quel vero e proprio "mito" costituito dalla c.d. "rieducazione" – e "risocializzazione" – del condannato, da perseguire, specie – ma non solo – in sede di esecuzione della pena, attraverso un "trattamento" individualizzato e "progressivo", di cui momento fondamentale sono le misure "alternative" alla detenzione (utilizzate, come accennato – al di fuori di qualunque logica preventiva, generale o speciale –, anche come strumento privilegiato di risposta al sovraffollamento carcerario)<sup>37</sup>. Mito della "rieducazione" del reo, si noti, di cui si riconosce, già dagli anni settanta del secolo scorso, la crisi irreversibile in tutto il mondo, almeno occidentale (da un lato, per il totale fallimento nella prassi di quella che dovrebbe essere la sua ragion d'essere fondamentale, ossia la

---

<sup>36</sup> Si pensi ad es., in sede di commisurazione della pena, alla prognosi – presuntiva – che il colpevole si asterrà dal commettere in futuro ulteriori reati, cui è subordinata la concessione della sospensione condizionale dell'esecuzione della pena (art. 164 comma 1 c.p.) e il perdono giudiziale nei confronti dei minori (art. 169 comma 1 c.p.); ovvero, in sede di esecuzione della pena detentiva, nell'applicazione di misure alternative, all'affidamento in prova al servizio sociale il cui «provvedimento è adottato sulla base dei risultati della osservazione della personalità, condotta collegialmente per almeno un mese in istituto, nei casi in cui si può ritenere che il provvedimento stesso, anche attraverso le prescrizioni di cui al comma 5, contribuisca alla rieducazione del reo e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati» (art. 47 comma 2 ordinamento penitenziario), alla concessione del regime di semilibertà, la cui «ammissione ... è disposta in relazione ai progressi compiuti nel corso del trattamento, quando vi sono le condizioni per un graduale reinserimento del soggetto nella società» (art. 50 comma 4 ord. penit.) e alla liberazione anticipata, che è concessa «al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all'opera di rieducazione ..., quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società» (art. 54 comma 1 ord. penit.). Con ogni evidenza, si tratta di istituti i cui presupposti applicativi sono assolutamente carenti sotto il profilo della tassatività, essendo basati non sull'accertamento di fatti empiricamente verificabili, ma solo su giudizi "prognostici", per loro natura sostanzialmente affidati all'"intuito" del giudice – di merito o di sorveglianza – con quel margine di sconfinamento nel vero e proprio arbitrio che l'opinabilità di tali giudizi inevitabilmente comporta. Sul punto v. *amplius* M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 297-302 e nota 325.

<sup>37</sup> M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1706.

prevenzione della recidiva, dall'altro, per i suoi costi economici socialmente intollerabili rispetto ai risultati effettivamente conseguiti), ma ciononostante pervicacemente e tenacemente ancora (in)seguito da larga parte della dottrina (ma anche della magistratura), italiana e non; il che ne dimostra la sua natura indiscutibilmente "ideologica" – e quindi non scientifica –. Rieducazione del reo il cui presupposto (teorico), a volte inconscio ma spesso ideologicamente condizionato e apertamente manifestato – specie per quanto riguarda alcune categorie di delitti contro il patrimonio<sup>38</sup>, ma non solo: penso altresì a certe ipotesi di reati politici o a sfondo politico o comunque politicamente connotati o motivati; o se si tratta di delitti commessi da alcune categorie di persone spesso socialmente "disadattate", come immigrati e rom –, è dato quasi da una sorta di "giustificazione" dello stesso illecito cui il reo sarebbe "inevitabilmente" spinto da condizioni personali e sociali (l'idea "determinista" del necessario condizionamento alla commissione del reato – da cui discende nella prospettiva, opposta all'"indulgenzialismo", dello Stato "forte" anche la concezione della "pericolosità sociale" del reo da "neutralizzare" in funzione di "difesa sociale" attraverso le c.d. misure di sicurezza –, figlia del positivismo giuridico e criminologico, e di cui la "rieducazione" – o, forse, *rectius*: "correzione" – di un reo, personalmente "irresponsabile", rappresenta l'inevitabile *pendant*, è dura a morire!). Condizioni personali e sociali – in una parola: "ambientali" – del reo

---

<sup>38</sup> Una ragione giustificatrice di questo sostanziale disinteresse della magistratura penale italiana per i reati contro il patrimonio, almeno per quelli la cui condotta non è caratterizzata da violenza o minaccia, non potrebbe poi essere rinvenuta nella circostanza che, nel sistema penale italiano, si tratta di reati per lo più perseguibili a querela della persona offesa. Infatti, la perseguibilità a querela non è per nulla indicativa di un minor disvalore sociale del fatto – se così fosse, la sua incriminazione, non essendo strettamente necessaria, andrebbe contro il principio costituzionale del diritto penale come *ultima ratio* di tutela, secondo cui la sanzione penale sarebbe legittimamente ipotizzabile solo per i fatti socialmente intollerabili in un certo contesto storico –, ma solo della circostanza che la gestione dell'effettiva tutela dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice è, per una valutazione squisitamente politica del legislatore, attribuita all'esclusiva disponibilità del suo privato titolare (sulla querela come "azione penale privata" vedi anche *retro*, nota 14). A sua volta, la frequente "tolleranza" o almeno "indulgenza" per reati che si muovono in un contesto di natura prettamente politica (in senso lato) è spesso dettata dalla "comprensione ideologica" per certi tipi di comportamento da parte almeno di alcuni settori della magistratura politicamente più "sensibili" (si pensi all'occupazione di edifici da parte di c.d. "senza tetto" o all'occupazione di stazioni, binari ferroviari, strade ovvero alle violenze di piazza in occasione di cortei ecc.).

che priverebbero conseguentemente lo Stato di qualunque “legittimazione”, morale e politica (prima ancora che giuridica), alla effettiva “repressione” dell’illecito; posizione “ideologica” il cui unico sbocco “logico” può allora essere dato solo dalla teoria, utopica (ma almeno rigidamente consequenziale rispetto a certe premesse), del c.d. “abolizionismo” penale: si pensi, a questo proposito, alle conclusioni cui perviene la corrente di pensiero facente capo alla c.d. “criminologia critica” di cui massimo esponente è stato Alessandro Baratta (secondo cui l’idea abolizionista trova il suo presupposto logico nella riconosciuta impossibilità di rieducare attraverso il carcere, istituzione per sua natura “totale” e “chiusa” e dunque necessariamente e inevitabilmente “desocializzante”)<sup>39</sup>.

### **7. Ambiguità del concetto di “rieducazione” del condannato e tutela della dignità umana.**

Ora, appare evidente come anche la c.d. rieducazione del reo come finalità accessoria ed eventuale della pena, specie in sede esecutiva, per quanto detto in precedenza, non possa comunque essere disgiunta dalla tutela – in ogni caso! – della “dignità” dell’uomo, anche se “condannato”. Altrimenti ragionando, è infatti facile scivolare verso la pratica dei c.d. “campi di rieducazione”, cioè i *gulag* sovietici o i *lao-gai* cinesi, di cui la storia, anche dei nostri giorni, ci offre purtroppo una drammatica testimonianza. Campi di rieducazione in cui si esercita il dominio non solo sul “corpo” ma anche sulla “mente” del condannato, che si vuole forzatamente orientare – anche attraverso pratiche di “pressione psicologica” che possono giungere fino al vero e proprio “lavaggio del cervello” attraverso l’uso di psicofarmaci – all’accettazione di c.d. “valori”, in realtà espressione dell’ideologia dei detentori del potere politico<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Il Mulino, Bologna, 1982, *passim*. Per una forte critica delle teorie abolizioniste, come dell’ideologia correzionalista in tutte le sue varianti, a favore viceversa di un diritto penale “minimo” – finalizzato alla “minimizzazione della violenza” e alla “tutela del più debole” – vedi L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10<sup>a</sup> ed., Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 233-239; 251-262; 322-332. Nel senso che la prospettiva politico-criminale di un diritto penale minimo sia imposta da una lettura sistematica della Costituzione italiana, vedi M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., p. 1703.

<sup>40</sup> Ed è a questo proposito sintomatico come un illustre filosofo e teorico del diritto di matrice

Ma è altresì noto e abbastanza pacifico che uno Stato realmente “democratico” e dunque, per definizione, “pluralista” non possa pretendere l’adesione dei suoi cittadini ad una determinata *Weltanschauung*, e quindi – a pena di trasformarsi in uno Stato “etico” – non possa loro imporre il perseguimento di “valori” ritenuti “assoluti”. Il che spiega altresì come, in una prospettiva filosofica opposta al determinismo e che vede comunque nel c.d. “libero arbitrio” il presupposto logico della stessa esistenza del “diritto” come insieme di regole di condotta, anche volendo “conciliare” il concetto di rieducazione con l’idea di un soggetto condannato libero nelle sue scelte e quindi eticamente responsabile delle sue azioni, detto concetto di rieducazione sarebbe comunque frutto di una visione “paternalistica” dei rapporti Stato-cittadino, in particolare detenuto, in quanto tale, ancora una volta, non rispettosa della dignità umana e quindi sempre da rifiutare quale espressione di un modello di Stato “autoritario” che vede nei destinatari delle sue norme non persone, portatori di diritti “naturali”, ma solo “sudditi”, da “orientare” al rispetto di regole ritenute di per sé “giuste” in quanto poste dal detentore del potere politico; regole di cui si pretende il rispetto addirittura attraverso una “adesione spirituale” e quindi “interiore” degli stessi destinatari (c.d. “legalismo etico”, di cui mi sembra che la c.d. prevenzione generale “positiva” come finalità della pena, almeno in alcune sue espressioni, costituisca l’inevitabile sbocco)<sup>41</sup>.

---

“illuminista” e fortemente “garantista” come Ferrajoli proponga un parallelo tra il Regolamento – fascista – degli istituti di prevenzione e pena del 1931 e la legge sull’ordinamento penitenziario del 1975 in cui, paradossalmente ma non troppo, è l’ideologia del “trattamento penitenziario individualizzato”, che sta alla base di quest’ultima legge, ad uscire alquanto malconcia! Sul punto vedi le dure ma drammaticamente efficaci parole di L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 748 ss., spec. pp. 750-751, laddove afferma: «È così che il recluso è diventato, da soggetto passivo di repressione, a soggetto attivo di auto-repressione cui si chiede di collaborare alla violenza che su di lui si commette e di guadagnarsi premi e benefici di pena con prove quotidiane del progressivo ravvedimento. Se il vecchio regime carcerario fascista corrispondeva a un modello violento e puramente vessatorio, che infieriva sul fisico più che sullo spirito, il nuovo regime riformato è indubbiamente più umano e meno afflittivo, ma non è meno illiberale e totalizzante. Alla coercizione fisica esso tende a sostituire la coercizione morale; alla durezza delle condizioni di vita, il condizionamento persuasorio delle coscienze; alla sorveglianza e alla disciplina dei corpi, l’osservazione e la sottomissione delle anime».

<sup>41</sup> Risolutamente critico nei confronti di ogni forma di “commistione” (e quindi di “identificazione” e di “sovrapposizione”) tra diritto e morale, sia nella forma del “moralismo

Se si vuole dunque superare l'intrinseca ambiguità del concetto di "rieducazione del reo", appare allora evidente come una "rieducazione" che voglia essere realmente rispettosa della "dignità" dell'uomo (condannato) – anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 27 comma 3 Cost., che non a caso parla di pena che deve solo, e semplicemente, "tendere" alla rieducazione del condannato<sup>42</sup> – possa avere solo il significato "minimo" di "offerta" (da intendersi come oggetto di un vero e proprio "obbligo" costituzionale-istituzionale), da parte dello Stato, al condannato (che rimane comunque libero di accettare) di opportunità "formative" per utilizzare il tempo da trascorrere in carcere per studiare o imparare un mestiere, al fine di favorire un suo effettivo, e auspicabile, "reinserimento" nella società *dopo* l'espiazione della pena, a "garanzia" quindi, quantomeno, della sua "non desocializzazione" ulteriore; pena che, in quanto – per definizione – "detentiva", deve essere però, si ricordi, sempre effettivamente espiaata – almeno in buona parte – nell'istituzione carceraria. Così come, a sua volta, il rispetto, di per sé, della "dignità" dell'uomo condannato impone che il carcere non possa mai comportare lesioni (sotto forma di restrizioni, sospensioni o limitazioni) di diritti fondamentali *ulteriori* rispetto a quelle logicamente implicate dalla privazione della libertà personale, nel che si sostanzia la pena detentiva; diritti fondamentali (come anzitutto, in particolare, il diritto all'integrità fisica e quello alla salute) il cui contenuto non è in contraddizione col contenuto tipico della pena e di cui il condannato deve dunque godere in maniera piena e assoluta; con la conseguenza che qualsiasi sofferenza della persona detenuta che non sia strettamente funzionale a garantire l'espiazione della pena carceraria deve ritenersi costituire un trattamento

---

giuridico", come conformità del diritto positivo ai valori morali e di giustizia, che del "legalismo etico", come assunzione dello stesso diritto positivo a valore etico, L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 203 ss.

<sup>42</sup> Con la logica conseguenza allora che detta rieducazione-risocializzazione non può costituire la ragion d'essere (finalità) primaria o addirittura unica della sanzione criminale, posto fra l'altro che il suo ambito "naturale" di operatività viene sostanzialmente a coincidere con la sola fase dell'esecuzione della pena – in particolare della pena detentiva-carceraria –, ossia quando ci si trova di fronte ad un soggetto condannato in via definitiva. In questo senso, espressamente, si veda l'art. 10 comma 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, secondo cui «Il regime penitenziario deve comportare un trattamento dei detenuti che abbia per fine essenziale il loro ravvedimento e la loro riabilitazione sociale». Sul punto, *amplius*, si veda M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., *passim*, spec. pp. 1694-1702.

inumano o degradante e dunque, alla fine, una vera e propria violazione della dignità umana.

In realtà, come abbiamo visto, il “mito” della “rieducazione” del reo – o di quella sua variante che potremmo definire “laica” costituita dalla “risocializzazione” dello stesso – come finalità primaria, e per molti addirittura esclusiva, della pena resiste pervicacemente in larga parte della dottrina penalistica italiana e nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che, almeno nelle pronunce più recenti<sup>43</sup>, sembrerebbe orientata in tal senso. Considerando però che l’intera legislazione penale positiva rappresenta, in ogni suo aspetto, il punto di equilibrio “politico” – dunque di competenza esclusiva del Parlamento, in un determinato contesto storico – tra le opposte istanze della “difesa della società” dal crimine e della “difesa della libertà individuale” su cui, per lo più, incide la pena, secondo la dialettica evidenziata dal classico “binomio” “autorità-libertà”, non v’è allora dubbio che una “sopravvalutazione” delle istanze connesse alla rieducazione-risocializzazione del reo (con la conseguente –

---

<sup>43</sup> Corte cost., Sent. 26 giugno 1990, n. 313; Corte cost., Sent. 11 giugno 1993, n. 306; Corte cost., Sent. 25 luglio 1994, n. 341; Corte cost., Sent. 21 giugno 2006, n. 257; Corte cost., Sent. 16 marzo 2007, n. 78; Corte cost., Sent. 21 giugno 2018, n. 149; Corte cost. 16 aprile 2024, n. 86; tutte consultabili nel sito ufficiale [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it). Finalità rieducativa della pena ritenuta dalla Corte costituzionale, anche se non esclusiva, quantomeno prevalente in quanto la sola prevista esplicitamente a livello della Carta Fondamentale nell’art. 27 comma 3. In particolare, le ultime pronunce, con consolidata giurisprudenza, evidenziano come, ad avviso della stessa Corte, pene a livello della astratta comminatoria legislativa ritenute “manifestamente sproporzionate per eccesso” rispetto a tutte le possibili modalità di realizzazione in concreto di un certo “fatto di reato” per come “tipizzato”, e quindi in grado di includere anche situazioni di “lieve entità”, sarebbero, oltre che contrastanti col fondamentale principio di “individualizzazione” della pena (ricavato dall’art. 27 comma 1 Cost.), inevitabilmente avvertite come irragionevoli e ingiuste dai destinatari e pertanto “inidonee” già alla stregua della loro previsione legislativa edittale ad adempiere alla primaria e necessaria funzione “rieducativa” e dunque di per sé incompatibili con il precetto dell’art. 27 comma 3 Cost.; finalità di “rieducazione” della pena che, conseguentemente, varrebbe tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell’esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie. In tal senso, v. Corte cost., Sent. 26 giugno 1990, n. 313; Corte cost., Sent. 20 luglio 1993, n. 343; Corte cost., Sent. 19 luglio 1994, n. 341; Corte cost., Sent. 19 marzo 2012, n. 68; Corte cost., Sent. 7 giugno 2017, n. 179; Corte cost., Sent. 25 settembre 2018, n. 222; Corte cost., Sent. 6 marzo 2019, n. 112; Corte cost., Sent. 19 ottobre 2022, n. 244; Corte cost., Sent. 16 aprile 2024, n. 86; anch’esse tutte consultabili nel sito ufficiale [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

e nota – perdita di effettività e quindi di “certezza” della risposta sanzionatoria penale, ormai non più tipica e predeterminata nel suo concreto contenuto e nella sua durata, e dunque non più ragionevolmente prevedibile)<sup>44</sup> porti inevitabilmente ad un correlativo “arretramento” della capacità della pena criminale a soddisfare adeguatamente le esigenze di “difesa sociale”.

Se infatti la “pena” – per scelta “ideologica” – non può più adempiere alla sua intrinseca e naturale funzione, senz’altro “laica”, di semplice “riaffermazione” dell’ordine giuridico violato (dalla commissione dell’illecito attraverso la sua “giusta retribuzione”), è evidente come ciò porti, nella sostanza, ed a causa di una visione tutta “ideologica” dell’idea di “rieducazione”, ad un “perdonismo” – *rectius*: “clemenzialismo” ovvero “indulgenzialismo” o ancora, per usare un’espressione giornalistica, ad un “buonismo” – da parte dei giudici indifferenziato e pertanto ingiustificato, per cui la pena, nella prassi applicativa ed esecutiva, oggi, non è più né certa (nel senso che la sua applicazione ed esecuzione non è più sicura) né di pronta applicazione (nel senso che la sua applicazione ed esecuzione dovrebbe essere quanto più possibile temporalmente vicina alla commissione del fatto antiggiuridico) né giustamente severa (ossia “proporzionata” alla gravità del fatto) secondo le astratte valutazioni della legge, con conseguente e inevitabile perdita della sua funzione generalpreventiva<sup>45</sup> e quindi di difesa sociale. A meno – il che dimostra la “schizofrenia” del sistema “reale” – che non si tratti di particolari reati commessi da particolari categorie di soggetti – oggi in genere i reati dei c.d. colletti bianchi, ma anche i delitti

---

<sup>44</sup> M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., *passim*, spec. pp. 1704-1711.

<sup>45</sup> È noto come, già dai tempi di Beccaria, si affermasse come l’efficacia generalpreventiva della pena dipenda non solo dalla sua severità, ma anche dalla certezza e prontezza della sua applicazione ed esecuzione e dunque dalla combinazione equilibrata di questi tre fattori (C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 6<sup>a</sup> ed., Harlem, Parigi, 1766, §§ XIX e XXVII). Certezza e prontezza della pena che dipendono a loro volta, evidentemente, anche dalla certezza e prontezza del procedimento attraverso cui si accerta l’esistenza del fatto antiggiuridico (o lo si dà per accertato) e si applica ed esegue la relativa sanzione punitiva. Ovvio, ancora, che una maggiore efficacia generalpreventiva della sanzione punitiva attraverso una maggiore certezza e prontezza della sua applicazione/esecuzione può ben essere “bilanciata”, senza toccare il “saldo” finale in termini appunto di efficacia di prevenzione generale della minaccia, da una minore severità della risposta sanzionatoria in termini quantitativi o addirittura qualitativi, come avviene per le diminuzioni di pena previste, come incentivo, per l’accettazione da parte dell’indagato/imputato dei c.d. riti alternativi “premiali” nel corso del procedimento penale.

associativi e i delitti, specie se “di sangue”, commessi da appartenenti alle suddette bande criminali, i delitti di traffico e commercio di sostanze stupefacenti, anche in modica quantità, e i delitti contro la vita e la libertà sessuale – su cui si accendono i riflettori dei mass-media, e verso cui (al contrario di quanto avviene per la c.d. “criminalità di strada”, ossia di quella veramente e quotidianamente “sentita” dalla generalità dei cittadini e da cui dipende la “percezione” della “sicurezza” collettiva<sup>46</sup>, non a caso relegata ai margini dell’interesse giudiziario come evidenziato anche dal ricorso al termine minimizzante e banalizzante, se non senz’altro dispregiativo, di “microcriminalità”) la mano della c.d. “giustizia” è particolarmente dura se non proprio feroce; con evidente disparità di trattamento tra cittadini autori di reato, assolutamente ingiustificata in quanto dipendente non da valutazioni politiche (e quindi generali e astratte) del legislatore, l’unico organo – ripetesì – costituzionalmente abilitato, in qualunque sistema “democratico”, ad effettuare detto tipo di valutazioni, ma ormai, al contrario, frutto di una autonoma, e illegittima politicamente e costituzionalmente – oltre che giuridicamente – , “politica criminale” propria della stessa magistratura, tanto inquirente quanto giudicante.

## **8. Il recupero dell’effettività della pena attraverso l’uso distorto e (quindi) illegittimo delle misure cautelari processuali.**

Ma, allora, per la logica dei “vasi comunicanti”, è altrettanto ovvio che, rotto il punto politico di equilibrio, le incoercibili esigenze di “difesa sociale” – in quanto naturalmente connesse con la stessa esistenza di una “comunità” organizzata a Stato –, non più tutelate attraverso l’effettiva inflizione ed esecuzione della pena legalmente minacciata, finiscano per essere adeguatamente ed efficacemente soddisfatte in altri “luoghi” dell’ordinamento giuridico e

---

<sup>46</sup> A questo proposito, può essere interessante ricordare come alla “sicurezza” come “diritto fondamentale” dell’essere umano facciano espressamente riferimento tanto la CEDU (art. 5 comma 1: “Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza”) quanto il Patto internazionale sui diritti civili e politici (art. 9 comma 1: “Ogni individuo ha diritto alla libertà e alla sicurezza della propria persona”) e la Carta dei Diritti fondamentali della UE (art. 6: «Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza»). Sul punto, *amplius*, M. TRAPANI, *La rieducazione del condannato*, cit., pp. 1711-1714.

attraverso l'utilizzazione di altri strumenti, "eccentrici" rispetto alla sede "naturale" del diritto penale sostanziale.

Ciò avviene, come l'esperienza italiana ha ampiamente dimostrato, spingendo la prassi giurisprudenziale, di fronte al progressivo e impressionante aumento della criminalità (almeno, ma è ciò che politicamente conta, nella percezione collettiva) – quasi in una prospettiva di "compensazione" –, ad un innaturale "recupero" di queste istanze di "allarme sociale" e di prevenzione del crimine trasferendo (*rectius*: anticipando) la funzione di difesa sociale dalla pena allo stesso processo penale. Il che avviene, in particolare, attraverso un uso strumentale ed abnorme, rispetto alle finalità "endoprocessuali" loro proprie, delle misure cautelari coercitive; specie della custodia cautelare in carcere – più realisticamente definita dal precedente codice di procedura penale del 1931 e ancora dall'attuale Costituzione italiana (art. 13 comma 5) "carcerazione preventiva" – che assume sempre più spesso nella prassi giudiziaria, sostanzialmente – in palese contrasto, fra l'altro, con la "presunzione di innocenza" dell'indagato/imputato sino alla condanna definitiva, solennemente sancita dalla stessa Costituzione (art. 27 comma 2 Cost.) e dai Trattati internazionali ratificati dall'Italia<sup>47</sup> –, la natura di una vera e propria "*pena anticipata*", in quanto misura non solo senz'altro "afflittiva", ma anche – essa sì, a differenza della vera pena! – certa, di pronta applicazione ed esecuzione e giustamente severa (oltretutto col paradosso che, non trattandosi formalmente di pena in senso tecnico, non possono ad essa applicarsi le misure "alternative" alla detenzione in carcere – che in realtà sarebbe meglio definire "clemenziali" – previste dall'ordinamento penitenziario)<sup>48</sup>. Il che, com'è evidente, assicura

---

<sup>47</sup> Il principio della "presunzione di innocenza" è espressamente previsto anche dagli artt. 6 comma 2 della CEDU, 14 comma 2 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e 48 comma 1 della Carta dei Diritti fondamentali della UE.

<sup>48</sup> Anche se poi è lo stesso codice di procedura penale italiano a definire la custodia cautelare in carcere come *ultima ratio* fra le misure cautelari processuali (art. 275 comma 3 c.p.p.) e a prevedere, conseguentemente, misure coercitive meno gravi del carcere, purché in concreto adeguate al soddisfacimento delle esigenze cautelari (di cui parla l'art. 274 c.p.p.). Altro vero e proprio paradosso, che ha fatto anche parlare di "schizofrenia" del legislatore, è che oggi in carcere si va, di fatto, prima della condanna definitiva e già in sede di indagini preliminari (magari per pochi giorni!), mentre, quando è stata definitivamente accertata la piena responsabilità del prevenuto attraverso la sua condanna irrevocabile, l'ordinamento penitenziario offre una serie di misure alternative funzionali all'uscita dal – o addirittura alla non entrata nel –

l'effettivo soddisfacimento delle – trascurate dalla pena – esigenze di difesa sociale.

*Rebus sic stantibus*, appare allora di palmare evidenza che è la stessa “dignità” dell'uomo ad essere violata. Non solo, come abbiamo visto, per la c.d. “gogna mediatica”, costituita dalla “risonanza” del processo (*rectius*: di certi processi, che magari assicurano visibilità e fama e, perché no, avanzamenti di carriera, anche in prospettiva politica, ai magistrati) ad opera dei mass-media; ma anche, e soprattutto, per l'uso “distorto” della carcerazione preventiva, spesso – nella pratica – utilizzata non per le finalità endoprocessuali stabilite dal codice di procedura penale<sup>49</sup>, ma in funzione di una vera e propria “estorsione” della “confessione” dell'indagato/imputato, confessione evidentemente ancora vista secondo la logica del modello processuale “inquisitorio” come la “prova regina” (contro il principio costituzionale – e, direi, di civiltà giuridica – del *nemo tenetur se detegere*, per cui nessuno può essere obbligato ad agire contro sé stesso, in particolare autoincriminandosi, espressione, a sua volta, del “diritto fondamentale” di difesa: art. 24 Cost.)<sup>50</sup>, e in funzione di “delazione” (sulla

---

carcere; con la conseguenza pertanto, oltre che della palese illegittimità, anche costituzionale, della misura cautelare in carcere in funzione di “pena anticipata”, anche dell'intrinseca absurdità di un sistema che, di fatto, comporta assai frequentemente il carcere per l'imputato o addirittura per l'indagato in attesa di giudizio, ma non per il condannato (in via definitiva)! L'iniquità del sistema esce poi inequivocabilmente confermata considerando come, da statistiche ufficiali del Ministero di Giustizia, almeno nell'ultimo ventennio circa la metà dei detenuti in carcere in attesa di giudizio venga assolto con formula piena già nel giudizio di primo grado, con la conseguenza fra l'altro di un ingentissimo costo per lo Stato, costretto ad una serie innumerevole di riparazioni per ingiusta detenzione. Tutto ciò senza contare anche l'abnorme ricorso alle misure di prevenzione *ante* e *praeter delictum*, specie di natura patrimoniale.

<sup>49</sup> A ben vedere, poi, solo una delle esigenze cautelari previste dal codice di procedura penale italiano all'art. 274, ossia il c.d. “pericolo di inquinamento delle prove”, risponde realmente a finalità endoprocessuali; non altrettanto il “pericolo di fuga” né tantomeno il “pericolo di reiterazione del reato”, esigenza cautelare, quest'ultima, che dà evidentemente per dimostrato proprio ciò che occorre dimostrare attraverso il processo – per superare la presunzione di innocenza –, ossia la responsabilità dell'imputato. Nel senso che la “misura cautelare” applicata per fronteggiare la c.d. “pericolosità sociale” abbia sostanzialmente natura giuridica di “misura di prevenzione” vedi M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., nota 201.

<sup>50</sup> Come manifestazione essenziale e fondamentale del “diritto di difesa”, il soggetto indagato o imputato ha il diritto, *assoluto e inderogabile*, di *tacere* e, secondo la migliore dottrina processualistica, addirittura, anche quello di *mentire*: O. MAZZA, *I protagonisti del processo*, in O.

responsabilità altrui). Forma “moderna”, dunque, di “tortura”, non fisica ma – il che è forse ancora peggio – “psicologica”. E a questo proposito non è male ricordare come la Costituzione italiana, all’art. 13 comma 4, preveda l’*unico* obbligo costituzionale di incriminazione laddove statuisce solennemente che «È punita ogni violenza fisica e morale sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà».

### 9. Il ruolo razionale del c.d. “perdono” nella dinamica della pena criminale.

Può, allora, il “perdono” svolgere ancora un ruolo “razionale” nella “dinamica” della pena giuridica? Anzitutto, si deve sottolineare come non abbia alcun senso, nella logica dell’ordinamento penale, il ricorso agli strumenti propriamente “clemenziali” (come l’amnistia e l’indulto, ma anche la grazia, senz’altro le cause di estinzione della punibilità più discusse e controverse dal punto di vista politico), non – conformemente alla loro origine e *ratio* – come mezzi straordinari di “pacificazione sociale” in momenti storici per loro natura eccezionali (ad es., alla fine di un grave conflitto politico o sociale che ha coinvolto l’intera società, come nel caso di una guerra civile o comunque un prolungato conflitto armato interno)<sup>51</sup>, ma – come l’esperienza ha purtroppo dimostrato – come meri strumenti di “alleggerimento” del carico giudiziario e/o di “svuotamento” delle carceri (si pensi, come esempio deprecabile, all’ultimo

---

DOMINIONI (ed altri), *Procedura penale*, 7<sup>a</sup> ed., Giappichelli, Torino, 2019, pp. 132-139.

<sup>51</sup> A mio avviso, lo strumento dell’amnistia, nel senso proprio terminologico di “oblio”, ossia come sinonimo di “perdono” (*rectius*: di remissione/rinuncia totale della pena) da parte dello Stato, di natura generale e “tombale” – almeno per i delitti da essa contemplati – è l’unico mezzo logicamente funzionale, dal punto di vista giuridico-penale, per pervenire ad una effettiva “pacificazione nazionale” dopo un avvenimento straordinario o un periodo traumatico per una società come, in particolare, una guerra civile o un prolungato conflitto armato interno. In queste situazioni l’amnistia potrebbe, tecnicamente, essere “assoluta” o meglio, nel caso di conflitto armato interno – che vede coinvolte bande considerate “terroriste” dal governo legittimo dello Stato e in cui vengono, per lo più, commessi da parte di tutti i soggetti partecipanti al conflitto, anche legittimi come le forze armate, atti che sarebbero da considerare “delitti di lesa umanità” – “condizionata” al definitivo abbandono della lotta armata come mezzo di lotta politica. Sul punto, con specifico riferimento al conflitto armato in Colombia, *amplius*, M. TRAPANI, *Derecho penal y postconflicto. Pocas palabras, pero claras, en materia del recurso al derecho y al proceso penal como instrumentos para resolver las problemáticas del postconflicto en Colombia*, in *Cuadernos de Derecho penal*, *Derecho penal y Paz*, n. 18, 2017, p. 142 ss.

provvedimento di indulto approvato in Italia nel 2006)<sup>52</sup>. Così inteso, infatti, lo strumento “clemenziale” (come “rinuncia” alla pena da parte della comunità organizzata a Stato nei confronti di chi ha violato le “regole minime” di convivenza; si ricordi, a questo proposito, anche quella ormai datata dottrina che vedeva nel reato la violazione del “minimo etico” di una società)<sup>53</sup> non ha alcuna giustificazione “razionale”, né da un punto di vista “sociale” né “morale-individuale”, posto che non serve minimamente al “recupero” del condannato alla società non rappresentando la “contropartita” di un suo – anche se presunto – “pentimento” (quale può essere manifestato, fra l’altro, attraverso una risposta positiva al programma individualizzato di trattamento penitenziario).

Ancora più grave, in un’ottica ideologica rigidamente “rieducativa”, è poi quella sorta di amnistia “mascherata” costituita dalla “prescrizione” dei reati per decorso del tempo<sup>54</sup>. Discorso, questo, particolarmente delicato e complesso concernendo il numero elevato e la eccessiva durata dei processi penali in Italia, abnormità la cui responsabilità ricade sia sul legislatore, che non ha mai seriamente intrapreso una vera ed effettiva politica di “depenalizzazione” – l’unica in grado di dare una risposta efficace, e probabilmente definitiva, alla degenerazione del sistema penale determinata dall’“inflazione” di figure criminose (oltre che, non si dimentichi, l’unica realmente coerente con una visione del diritto penale quale *extrema ratio* di tutela, che impone al legislatore di qualificare come reati solo i fatti ritenuti socialmente intollerabili in un dato momento storico in quanto lesivi delle condizioni “minime” di convivenza sociale)<sup>55</sup> –, sia, soprattutto, sulla magistratura, data la sua, di fatto, totale

---

<sup>52</sup> Legge 31 luglio 2006 n. 241. Questo provvedimento di clemenza, frutto di un tormentato *iter* parlamentare che aveva visto cadere la proposta anche di una amnistia per la forte opposizione dell’opinione pubblica, dettato ancora una volta dall’urgenza determinata dal sovraffollamento carcerario, era stato fra l’altro sollecitato da Sua Santità Giovanni Paolo II in occasione di una visita al Parlamento italiano nel 2002. In questa stessa logica di sfolto delle carceri, ancora più di recente, si sono successivamente mossi i – spesso impropriamente definiti dalla dottrina e dalla stampa – c.d. decreti “svuota-carceri”.

<sup>53</sup> V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. I, 4<sup>a</sup> ed., Utet, Torino, 1961, pp. 31 e 38-39. Individuava nell’illecito penale quello che «offende gravemente l’ordine etico-giuridico» G. MAGGIORE, *Diritto penale*. Vol. I: *Parte generale*, Tomo Primo, 5<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bologna, 1961, p. 189 ss.

<sup>54</sup> Sul punto v. *amplius* M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero “giudice”*, cit., pp. 292-293.

<sup>55</sup> M. TRAPANI, *Relazione di accompagnamento a Il progetto di depenalizzazione*, cit., p. 81 ss.

irresponsabilità giuridica e politica, posto che – come è ben noto agli studiosi di scienze politiche – un potere sostanzialmente non limitato sconfinava sempre inevitabilmente nell'arbitrio<sup>56</sup>.

#### 10. Perdono e pentimento. Il fenomeno dei c.d. "pentiti".

Abbiamo già visto come la rinuncia alla pena da parte dello Stato nei confronti di chi ha commesso un reato non possa legittimamente essere "condizionata" al preventivo "perdono" da parte della vittima (*rectius*: persona offesa) (*retro*, paragrafo 2). Ci dobbiamo allora a questo punto chiedere se il "perdono" dal punto di vista "giuridico", ossia la "remissione" della pena attraverso l'estinzione della punibilità, possa (o addirittura, almeno in certi casi, debba) essere subordinato al previo "pentimento" dell'autore dell'illecito. È evidente anzitutto come il vero pentimento, ossia quello che proviene dal profondo dell'anima accompagnato dalla contrizione e dal sincero rimorso per il male commesso, dal fermo proposito di non commetterlo più e dalla volontà di riconciliarsi con la vittima del torto (il che, come noto, sta alla base del sacramento cristiano chiamato appunto della "penitenza" o della "riconciliazione"), può ben essere posto a fondamento della teoria della c.d. "emenda morale" come finalità – comunque necessariamente "accessoria" – della pena criminale (finalità, come già accennato, collegata alla vecchia idea canonistica della *poena medicinalis*). Dal punto di vista in particolare della sua efficacia giuridico-penale, tuttavia, il pentimento "morale" non può avere alcun valore, e dunque nessuna diretta rilevanza sulla applicazione e/o sull'esecuzione della pena per il reato commesso, almeno finché detto pentimento non esca dalla dimensione etica che lo caratterizza, e quindi intima e personale, e non si traduca

---

<sup>56</sup> Senza contare come la prescrizione di più di centomila procedimenti penali l'anno in Italia dipenda, tra l'altro, oltre che dalla diretta responsabilità dei p.m. che, contro il principio costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost. it.), scelgono, di fatto, quali procedimenti privilegiare e quali condannare a sicura estinzione per prescrizione (sul punto v. *amplius* M. TRAPANI, *Dal pubblico ministero "giudice"*, cit., pp. 288-297), anche dalla distinzione, originariamente creata dalla stessa giurisprudenza, tra termini "perentori" e meramente "ordinatori" e dalla mancanza, nell'ordinamento italiano, di un delitto – come quello ben conosciuto ad es. nell'esperienza giuridica ispano-americana – di "*prevaricato por omisión*", commissibile anche da parte dei magistrati, giudici e fiscali (= p.m.), che non rispettano ingiustificatamente i termini processuali.

in un *quid* esteriore giuridicamente apprezzabile in quanto ritenuto dal legislatore “utile” per il perseguimento delle finalità proprie dell’ordinamento penale, nel suo triplice aspetto sostanziale, processuale e penitenziario. Così, il pentimento morale dell’autore del reato può essere – come molte volte accade nella prassi – la ragione ultima della sua “confessione”, oggi non più “prova regina” ma semplice elemento di prova, che comunque, per la sua “evidenza”, condiziona anche la possibilità di ricorrere al rito alternativo del giudizio “direttissimo” (art. 449 comma 5 c.p.p.) (nel quale non si fa luogo all’udienza preliminare). Così come il pentimento morale può essere, anche se molto più raramente, alla base di quella che genericamente viene definita “collaborazione processuale” (o anche “collaborazione con la giustizia”) dell’indagato con l’autorità inquirente, che si articola in vari istituti produttivi di differenti effetti, sia processuali che sostanziali<sup>57</sup> e penitenziari<sup>58</sup>. Ancora, sempre il pentimento morale può manifestarsi esteriormente come sintomo di un “progresso” nel corso del trattamento penitenziario individualizzato tale da poter giustificare la concessione di misure alternative alla detenzione carceraria o, prima ancora, nel corso del giudizio come “condotta susseguente al reato”, magari accompagnata da un serio tentativo di riconciliazione con la vittima, tale da essere presa in considerazione dal giudice ai fini della commisurazione della pena in concreto in senso favorevole all’imputato ai sensi dell’art. 133 comma 2 n. 3 c.p.<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Si pensi ad es. alla notevole diminuzione della pena applicabile dal giudice in sede di condanna al concorrente nel sequestro di persona a scopo di estorsione che, dissociandosi dagli altri, «aiuta concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di prove decisive per l’individuazione o la cattura dei concorrenti» (art. 630 comma 5 c.p.).

<sup>58</sup> Si veda ad es. l’art. 58-ter ordinamento penitenziario, che permette il superamento dei limiti di pena stabiliti per l’ammissione a certi benefici penitenziari per «coloro che, anche dopo la condanna, ... hanno aiutato concretamente l’autorità di polizia o l’autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l’individuazione o la cattura degli autori dei reati».

<sup>59</sup> Con l’art. 1 comma 1 lett. b) d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, che ha introdotto il sistema della c.d. “giustizia riparativa” (*retro*, nota 12 e *infra*, nota 59), alla circostanza attenuante comune prevista dall’art. 62 n. 6 c.p. è stata aggiunta, come ulteriore modalità “alternativa” di “attenuazione” della “gravità” del reato commesso (anche se del tutto “eterogenea” rispetto al contesto generale della disposizione), «l’aver partecipato a un programma di giustizia riparativa con la vittima del reato, concluso con un esito riparativo. Qualora l’esito riparativo comporti l’assunzione da parte dell’imputato di impegni comportamentali, la circostanza è valutata solo quando gli impegni

Quanto fin qui detto, ci consente a questo punto di puntualizzare come col vero e proprio pentimento morale non abbia viceversa nulla a che spartire il fenomeno che oggi, praticamente in tutti gli ordinamenti giuridico-penali, assume impropriamente la denominazione di “pentitismo”. I c.d. “pentiti”, ben conosciuti nella prassi giudiziaria in particolare con riferimento ai più gravi reati associativi (specie di terrorismo, mafia e narcotraffico) ed ai delitti ad essi collegati, sono in realtà dal punto di vista tecnico-processuale solo meri “collaboratori di giustizia”, soggetti senz’altro utili – anzi probabilmente indispensabili – per la scoperta di reati gravissimi e per l’individuazione e la cattura dei colpevoli, di cui nessun ordinamento giuridico può oggi ragionevolmente fare a meno, ma che non sono altro che i vecchi “informatori di polizia” o “delatori”, chiamati anche nel gergo della malavita dispregiativamente “infami”, posto che la loro condotta “collaborativa”, lungi dal fondarsi su un effettivo pentimento nel senso etico-morale del termine, è al contrario esclusivamente finalizzata a lucrare cospicui “benefici” sostanziali, processuali e penitenziari (oltre che finanziari) come “prezzo” che lo Stato è disposto a pagare, in un’ottica “mercantile” di vero e proprio mercimonio, per raggiungere risultati complessivamente vantaggiosi – e spesso non conseguibili in altro modo – per la difesa e la conservazione della società, in una logica di maggiore “efficienza” dal punto di vista politico-criminale. Com’è evidente, si tratta di vicende giuridiche non rispondenti in alcun modo a canoni di “giustizia” e neppure di stretta logica giuridica (nell’ottica della “meritevolezza” o della “necessità” di pena), ma solo alla, più prosaica, “ragion di Stato”.

**11. Remissione della pena come conseguenza dell’eliminazione delle conseguenze del reato ad opera del suo autore. La sanzione esecutiva come alternativa alla sanzione punitiva attraverso i meccanismi di estinzione della punibilità.**

Una volta, dunque, riconosciuto che il “perdono”, dal punto di vista “giuridico” – a parte i casi (che dovrebbero comunque essere statisticamente eccezionali) in cui l’ordinamento ritenesse opportuno prevederne la concessione quale “contropartita” del “pentimento” sincero del reo per il “male” causato con la commissione dell’illecito, magari anche in un’ottica di “(ri)conciliazione” con

---

sono stati rispettati».

la vittima propiziata dallo stesso ordinamento<sup>60</sup> (il che ovviamente potrebbe avvenire al limite solo per gli illeciti meno gravi: si pensi, a questo proposito, alla proposta di introdurre il perdono giudiziale anche per gli imputati maggiorenni o al vecchio istituto della “riprensione giudiziale” prevista dall’art. 26 codice penale Zanardelli, consistente in un “ammonimento” al condannato) –, avendo riflessi non solo individuali, quantomeno sulle persone del reo e della vittima, ma, anzitutto, “sociali”, comportando, sostanzialmente, una “rinuncia” dello Stato all’applicazione e/o all’esecuzione di una pena “meritata” dal “colpevole” (= autore dell’illecito) per la rottura del rapporto di “convivenza”, è un istituto intrinsecamente illogico rispetto alla *ratio* della pena laddove esso sia inteso come mero atto di “clemenza” (a meno, come detto, che non sia funzionale proprio alla “pacificazione sociale”); date queste premesse, esiste tuttavia un’altra strada per dare anche al “perdono” (*rectius*: alla “remissione” della sanzione punitiva criminale) un ruolo compatibile con la “logica istituzionale” della pena in senso giuridico: nel senso che se, *dopo* la commissione dell’illecito, ossia l’inosservanza dell’obbligo di tenere un certo comportamento, ciononostante l’autore del reato, laddove sia ancora possibile (materialmente o giuridicamente), realizza con un nuovo comportamento – non a caso chiamato “antagonista” rispetto a quello costitutivo dell’illecito realizzato – lo stesso risultato o un risultato ritenuto dal legislatore normativamente equivalente a quello che l’ordinamento mirava a perseguire attraverso l’osservanza dell’obbligo primario rimasto inadempito, “eliminando” così le “conseguenze dannose o pericolose” del suo comportamento illecito – in una parola: rimettendo le cose, come suole dirsi, “in pristino” –, lo stesso ordinamento potrebbe legittimamente “rinunciare” all’applicazione o all’esecuzione della pena criminale, ossia “perdonare” il colpevole in quanto – è questo il punto rilevante e direi nevralgico dell’intero

---

<sup>60</sup> Si noti come, anche dopo la recente introduzione nell’ordinamento italiano di un sistema organico di c.d. “giustizia riparativa” ad opera del d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150 – modello di giustizia “alternativo” e “autonomo” rispetto al modello penale classico, tendente a favorire l’incontro tra l’autore del reato e la sua vittima attraverso la partecipazione ad un programma davanti ad un “mediatore”, estraneo alla giurisdizione, nel tentativo di pervenire alla loro “riconciliazione” –, non si sia affatto ancora pervenuti al riconoscimento di un “perdono” del reo da parte dello Stato nel senso di una rinuncia totale alla pena criminale applicabile. Sulla c.d. “giustizia riparativa” e sulla “ideologia eticamente orientata” che ne costituisce la *ratio* ispiratrice, vedi le mie considerazioni critiche in M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 473-486.

ragionamento –, sia pure tardivamente, c'è stata una oggettiva “reintegrazione” dell'ordine giuridico violato; reintegrazione che comporterebbe la sostanziale “inutilità”, dal punto di vista dei fini dell'ordinamento, della sanzione punitiva, e dunque la sua “non necessità” secondo una valutazione *ex post* in concreto.

Tale “riaffermazione” dell'ordine giuridico violato attraverso una figura speciale di “condotta susseguente” al reato (“antagonista” rispetto a quella costituiva dell'illecito: c.d. “ravvedimento operoso *post delictum*”) può avvenire, tecnicamente, prevedendo un procedimento più o meno complesso che, alla fine, ha come esito l'“estinzione” del reato<sup>61</sup> e quindi della “punibilità”.

Numerosi esempi in tal senso sono contenuti nello stesso codice penale oltre che nelle c.d. leggi speciali o complementari; ipotesi che sembrerebbero evidenziare una diversa linea di tendenza politico-criminale, se non nuova almeno perseguita con nuova e più matura consapevolezza critica, nello stesso ricorso agli strumenti del diritto penale e all'applicazione/esecuzione della sanzione punitiva effettivamente – e non solo dal punto di vista “declamatorio” – come *extrema ratio* di tutela rispetto ad altri modelli di risposta sanzionatoria.

Si pensi, anzitutto, all'istituto della sospensione condizionale della pena detentiva non superiore in concreto a due anni, meccanismo che, in mancanza di

---

<sup>61</sup> Occorre qui ricordare come, nell'ordinamento penale italiano, il termine “estinzione del reato” – quando la causa estintiva interviene *prima* della condanna definitiva – sia utilizzato impropriamente non avendo (almeno in via diretta) una valenza giuridica “sostanziale”, come viceversa la espressione “estinzione del reato” potrebbe a prima vista lasciare intendere (posto che il c.d. “reato estinto” continua comunque a produrre effetti discendenti dalla qualificazione del fatto come reato, civili *ma anche penali*: v., ad es., gli artt. 106 comma 1, 182 e 198 c.p.), ma propriamente “processuale”: infatti “oggetto” diretto dell'estinzione è la situazione giuridico-soggettiva processuale di potere-dovere del giudice penale, ritualmente investito dal p.m., di instaurare un processo o di proseguirlo fino al suo esito naturale; detto altrimenti, la esistenza di una causa estintiva del reato (prima della condanna definitiva) costituisce in capo all'organo giudicante il “dovere di non procedere ulteriormente”, risolvendosi quindi dommaticamente in una “causa di improcedibilità sopravvenuta”. Ciò trova definitiva conferma nel fatto che l'accertamento della presenza di una causa estintiva del reato comporta la pronuncia di una sentenza non sul “merito” ma sul “rito”: come stabilisce infatti l'art. 531 c.p.p., la sentenza non è di «assoluzione», ma di «non doversi procedere» per intervenuta estinzione del reato, specularmente a quanto disposto dall'art. 529 c.p.p. che stabilisce il «non doversi procedere» quando «l'azione penale non doveva essere iniziata o non deve essere proseguita» per la mancanza di una condizione di procedibilità. Sul punto, vedi *amplius* M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 103-108, spec. note 229 e 399.

recidiva del beneficiario entro un certo termine, porta all'estinzione del reato e dunque della punibilità, la cui concessione può – e in certi casi deve – essere subordinata all'adempimento degli obblighi del risarcimento del danno e delle restituzioni ovvero – ancora più importante – all'«eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato» secondo le modalità indicate dallo stesso giudice nella sentenza di condanna (art. 165 c.p.). Senza dimenticare poi anche la possibilità di sospensione condizionale della pena non superiore ad un anno e per il termine di un anno, laddove, prima che sia stata pronunciata la sentenza di primo grado, il danno sia stato interamente riparato mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni e sempre che il colpevole si sia adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato da lui eliminabili (art. 163 comma 4 c.p.). Si pensi, ancora, all'istituto dell'oblazione discrezionale nelle contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, utilizzabile in relazione a gran parte degli illeciti contravvenzionali contenuti nella legislazione speciale, in cui l'ammissione alla particolare procedura di estinzione del reato, oltre che al pagamento di una somma di denaro, è subordinata all'eliminazione, ove possibile, delle conseguenze dannose o pericolose del reato stesso (art. 162 *bis* comma 3 c.p.).

Ancora, nella c.d. Parte speciale del codice penale, si pensi alla previsione della “non punibilità” degli autori anche di reati gravissimi contro la personalità dello Stato, come la banda armata e la cospirazione politica mediante associazione o accordo, i quali, sussistendo certi presupposti, disciolgono o comunque determinano lo scioglimento della banda o dell'associazione ovvero, non essendo capi o promotori, si ritirano dalla banda stessa o recedono dall'accordo o dall'associazione (artt. 308 e 309 c.p.); o al reato di insolvenza fraudolenta, dove l'adempimento dell'obbligazione prima della condanna estingue il reato (art. 641 comma 2 c.p.); e all'istituto della “ritrattazione” con riferimento ad alcuni delitti contro l'amministrazione della giustizia, come ad es. la falsa testimonianza quando si stabilisce la non punibilità di chi, avendo prestato l'ufficio di testimone, «ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento» (art. 376 comma 1 c.p.). Ancora, sempre a titolo di esempio, in materia ambientale, si pensi all'art. 257 comma 1 decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, a tenore del quale la punibilità per aver cagionato

l'inquinamento da rifiuti con superamento della soglia di rischio è condizionata alla mancata bonifica del sito secondo il procedimento previsto dalla legge stessa; e, in materia di reati societari, all'art. 2627 comma 2 c.c., secondo cui, in caso di illegale ripartizione degli utili o delle riserve da parte degli amministratori della società, «la restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato».

Tutto ciò evidenzia allora come l'ordinamento giuridico, in situazioni sempre più numerose, consenta all'autore di un reato di "fuoriuscire" dal "circuito penale", evitando l'applicazione o l'esecuzione della "pena", mediante un comportamento di "rimessione in pristino", che spesso già costituisce a sua volta il contenuto di un vero e proprio obbligo giuridico di natura civile (si pensi alle obbligazioni civili delle restituzioni e del risarcimento del danno, patrimoniale o non patrimoniale, derivanti da reato: art. 185 c.p.) o amministrativa. La pena criminale, sanzione "punitiva" per antonomasia, può dunque essere spesso *sostituita* (ad iniziativa – si noti – dello stesso autore dell'illecito) da una sanzione – ritenuta evidentemente dal legislatore "equivalente" dal punto di vista giuridico – c.d. "esecutiva", cioè da una sanzione che mira comunque a raggiungere, *sia pure tardivamente*, lo stesso risultato che l'ordinamento mirava originariamente a perseguire attraverso l'adempimento dell'obbligo violato.

Il che evidenzia allora, in particolare, come l'autore del reato abbia, in questi casi – contro l'ancora resistente mito, tralaticciamente ripetuto nei manuali di diritto penale, della "inderogabilità" come carattere indefettibile della pena criminale – la sostanziale "disponibilità" dell'applicazione in concreto o dell'esecuzione della sanzione punitiva-pena criminale, dal momento che è rimesso alla sua discrezionalità scegliere, *dopo* la commissione di un reato, se "estinguere" la pena attraverso l'adempimento dell'obbligo contenuto di una sanzione "esecutiva" – che può essere anche civile o amministrativa, dimostrando così la stretta "interdipendenza" tra i diversi tipi di responsabilità "da reato" – in luogo della sanzione punitiva criminale. Il che conferma, anche da questa prospettiva, la "preminenza logica", persino nel settore penale dell'ordinamento, delle sanzioni esecutive rispetto alle punitive. Ma – ed è questo il punto essenziale – "punitiva" o "esecutiva" che sia, si deve comunque trattare di "sanzione", cioè di "risposta" dell'ordinamento giuridico alla

commissione dell'illecito in funzione di una sua "reintegrazione"<sup>62</sup>. Quindi di risposta non solo logicamente necessaria dal punto di vista del diritto positivo, in grado di garantire la "serietà" dell'ordinamento, ma altresì eticamente "giusta", e quindi in grado di soddisfare anche le esigenze politiche che stanno dietro alla c.d. "morale sociale". Solo in questi limiti, dunque, la "rimessione" della pena criminale, ossia, sostanzialmente, il "perdono" dell'autore dell'illecito, può risultare congruente con la logica e la finalità della pena intesa in senso giuridico.

---

<sup>62</sup> Sul punto, più dettagliatamente, M. TRAPANI, *Il reato e le sue conseguenze*, cit., pp. 110-113; 443-464; 508-516, in una prospettiva di sistema criminale "integrale" e "integrato", in particolare alla luce di una interpretazione sistematica di tutte le fattispecie di "responsabilità da reato", penali ed extrapenali. In generale, sulla distinzione tra sanzioni "esecutive" e sanzioni "punitive", ID., *op. ult. cit.*, pp. 48-59.