

Rivista trimestrale | Gennaio/Marzo 2026

DIREZIONE

Carlo BONZANO - Cristiano CUPELLI - Donatella CURTOTTI - Stefano FIORE
Luigi KALB - Marco GAMBARDELLA - Bartolomeo ROMANO - Giorgio SPANGHER

Coordinamento: Fabrizio GALLUZZO

COMITATO EDITORIALE

Ersi BOZHEKU - Guido COLAIACOVO - Francesco COMPAGNA - Luana GRANOZIO
Luigi LUDOVICI - Ottavia MURRO - Mattia ROMANO

IN EVIDENZA

EDITORIALI

Bartolomeo Romano, **Il femminicidio: tra ragioni politiche e principi del diritto penale**

ARTICOLI

Stefano Fiore, **Oltre il populismo. Il diritto penale senza qualità come sedativo degli allarmi mediatici**

Donatella Curtotti - Giuseppe Giliberti - Wanda Nocerino, **Verso uno statuto probatorio europeo per l'acquisizione delle comunicazioni criptate**

OPINIONI

Marco Gambardella, **Il delitto di femminicidio: il "fatto è commesso come atto" e altre amenità nel disegno di legge all'esame della Camera dei Deputati**

Antonella Massaro, **Dal "divorzio all'italiana" al femminicidio: il cambio di passo del diritto penale di fronte alle questioni di genere**

Direzione

Carlo Bonzano – Cristiano Cupelli – Donatella Curtotti – Stefano Fiore – Marco Gambardella – Luigi Kalb – Bartolomeo Romano – Giorgio Spangher

Coordinamento

Fabrizio Galluzzo

Comitato editoriale

Ersi Bozheku – Guido Colaiacovo – Francesco Compagna – Luana Granozio – Luigi Ludovici – Ottavia Murro – Mattia Romano

Comitato di garanzia

Ennio Amodio – Massimo Donini – Paolo Ferrua – Leonardo Filippi – Sergio Moccia – Fermin Morales Prats – Tullio Padovani – Luigi Stortoni – Francesco Viganò – Eugenio Raul Zaffaroni

Comitato scientifico editoriale

Enrico Mario Ambrosetti – Giuliano Balbi – Stefano Canestrari – Donato Castronuovo – Elena Maria Catalano – Mauro Catenacci – Antonio Cavaliere – Giovanni Cocco – Carlotta Conti – Giovannangelo De Francesco – Pierpaolo dell'Anno – Andrea Esposito – Giovanni Flora – Gabriele Fornasari – Alberto Gargani – Dario Grosso – Carlo Longobardo – Vincenzo Maiello – Adelmo Manna – Antonella Marandola – Anna Maria Mauge-ri – Nicola Mazzacova – Carlo Enrico Paliero – Marco Pelissero – Lucia Riscicato – Francesco Schiaffo – Sergio Seminara – Silvia Tordini Cagli – Francesco Vergine – Costantino Visconti

Comitato scientifico (revisori)

Tutti i contributi sono sottoposti in forma anonima a peer review. La peer review, c.d. revisione paritaria, è finalizzata a garantire il livello qualitativo della Rivista.

I contributi pervenuti per la pubblicazione nella Rivista vengono trasmessi, in forma anonima, a un revisore scelto tra i membri del Comitato dei Revisori tenendo conto delle loro competenze specifiche.

Il Revisore trasmette alla Direzione Scientifica, nel rispetto dei tempi indicati, una succinta valutazione, adeguatamente motivata, del lavoro indicando la meritevolezza di pubblicazione. Qualora il giudizio sia di meritevolezza della pubblicazione, il Revisore può indicare, in prospettiva migliorativa, ulteriori interventi.

Sono oggetto di revisione i contributi destinati alle rubriche, agli approfondimenti, agli articoli e alle note a sentenza, nonché sotto le voci "Commenti" e "Dalle Corti" contenute nella Rivista web, inoltre sono soggetti a revisione tutti i contributi inseriti nella Rivista a stampa.

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

Il comitato dei revisori della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Ali Abukar Hayo – Giuseppe Amarelli – Roberto Bartoli – Alessandro Bondi – Pasquale Bronzo – Mario Caterini Marco Cecchi – Andrea Chelo – Luigi Cornacchia – Francesca Curi – Agostino De Caro – Giuseppe Della Monica Giulio De Simone – Alessandro Diddi – Andrea Di Landro – Alberto Di Martino – Roberto Flor Luigi Foffani – Rossella Fonti – Emanuela Fronza – Gianluca Gentile – Filippo Giunchedi – Dario Grosso – Clelia Iasevoli – Nicola Madia – Gabriele Marra – Valentina Masarone – Luca Mario Masera – Antonella Massaro – Maria Novella Masullo – Alessandro Melchionda – Vincenzo Mongillo – Antonio Pagliano – Francesca Rocchi – Ivan Salvadori – Silvio Sau – Nicola Selvaggi – Antonino Sessa – Fabrizio Siracusano – Kolis Summerer – Leonardo Suraci – Antonio Vallini – Costantino Visconti – Angelo Zampaglione

Comitato di redazione

Il **comitato di redazione** della rivista Penale Diritto e Procedura è composto da:

Bruno Andò – Fabio Ballarini – Iacopo Benevieri – Andrea Borgheresi – Paolo Bottari – Gian Marco Caletti – Costantina Caravatta – Donatello Cimadomo – Irma Conti – Sylva D'amato – Francesco Marco De Martino – Laura Dipaola – Dalila Federici – Luca Forte – Alessio Gaudieri – Rebecca Girani – Carlo Landolfi – Gaetano Galluccio Mezio – Matteo Mattheudakis – Giuseppe Murone – Antonio Nappi – Giuseppe Palmieri – Francesco Porcu – Dalila Mara Schirò – Monica Tortorelli – Francesca Tribisonna

Segreteria di redazione: Gloria Giacomelli

ggiacomelli@pacinieditore.it

Phone +39 050 31 30 243 - Fax +39 050 31 30 300

Amministrazione:

Pacini Editore Srl, via Gherardesca 1, 56121 Pisa

Tel. 050 313011 • Fax 050 3130300

www.pacinieditore.it • abbonamenti_giuridica@pacinieditore.it

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

In corso di registrazione presso il Tribunale di Pisa

Direttore responsabile: Patrizia Alma Pacini

Editoriali

BARTOLOMEO ROMANO, *Il femminicidio: tra ragioni politiche e principi del diritto penale* » 3

Articoli

STEFANO FIORE, *Oltre il populismo. Il diritto penale senza qualità come sedativo degli allarmi mediatici* » 7

DONATELLA CURTOTTI - GIUSEPPE GILIBERTI - WANDA NOCERINO, *Verso uno statuto probatorio europeo per l'acquisizione delle comunicazioni criptate* » 17

FRANCESCO ROSSI, *Appunti sul tema dell'ignoranza deliberata: una "dottrina" adattabile all'ordinamento italiano?* » 35

ALESSANDRO MILONE, *La repressione del dissenso nel DL Sicurezza e il diritto penale del nemico: alcune considerazioni* » 73

FRANCESCA ROMANA DE PALO, *La reversibilità dei criteri nella valutazione della chiamata in correità* » 93

GIUSEPPE IMBRIGIOTTA, *Responsabilità dell'ente in relazione al delitto di abuso di informazioni privilegiate* » 113

OTTAVIA MURRO, *Sospensione del processo e messa alla prova per adulti: tra patologie del sistema, nodi interpretativi e "Riforma Cartabia"* » 139

Opinioni

MARCO GAMBARDELLA, *Il delitto di femminicidio: il "fatto è commesso come atto" e altre amenità nel disegno di legge all'esame della Camera dei Deputati* » 139

ANTONELLA MASSARO, *Dal "divorzio all'italiana" al femminicidio: il cambio di passo del diritto penale di fronte alle questioni di genere* » 147

ELENA MATTEVI, *Audizione informale sul disegno di legge A.C. 2528 approvato dal Senato della Repubblica in data 23 luglio 2025, recante "Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime", avanti la II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati - 14 ottobre 2025* » 155

MICHELE PASSIONE, *Testo scritto per audizione del 21 ottobre 2025 sul ddl C. 2528, recante "Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime", dinanzi alla II Commissione (Giustizia) della Camera dei deputati* » 167

BARTOLOMEO ROMANO, *Note scritte all'esito dell'audizione in Commissione Giustizia del 9.12.2025 sui disegni di legge in tema di violenza sessuale e consenso* » 175

ILARIA MERENDA, *Osservazioni al DDL n. 1715 "Modifica dell'art. 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso"* » 187

Dalle corti

OTTAVIA MURRO, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 211

GUIDO COLAIACOVO, LUIGI LUDOVICI, *Osservatorio Sezioni Unite* » 219

LEONARDO SURACI, *L'abnormità del provvedimento di rigetto della richiesta di incidente probatorio. Dalle Sezioni unite un nuovo "colpo" al principio di immediatezza* » 225

GIULIA RIZZO MINELLI, *La confisca di prevenzione e tutela del terzo: riflessioni alla luce della recente giurisprudenza nazionale e sovranazionale* » 247

ALESSIO GAUDIERI, *Confisca preventiva: i principi dettati alla Corte EDU nel caso Isaia e altri c. Italia* » 267

BIAGIO BORRETTI, *Il caso Morabito dinanzi alla Corte EDU. Tra censure e obiter dicta* » 273

ETTORE COLELLI RIANO, *Patteggiamento e confisca nel procedimento a carico degli enti. Corte di Cassazione, Sez. II, 5 febbraio 2025, n. 4753* » 285

Pagine senza tempo

Prefazione al libro Difese Penali e Studi di Giurisprudenza di Enrico Ferri edito nel 1899 » 295

IL FEMMINICIDIO: TRA RAGIONI POLITICHE E PRINCIPI DEL DIRITTO PENALE

Bartolomeo Romano*

1. Ci sono materie nelle quali – certo, per la forte pressione dell'opinione pubblica che ritiene, o viene indotta a pensare, che occorran sempre nuove fattispecie incriminatrici o, almeno, che sia necessario l'aggravamento delle pene previste per i reati esistenti – **le forze politiche, tutte, raggiungono momenti di totale convergenza.**

Questo è stato il caso – durato, pare, lo spazio di un mattino – della riforma in materia di **violenza sessuale**, approvata all'unanimità (227 voti favorevoli e nessun voto contrario) dalla Camera dei Deputati il 19 novembre 2025 e ora oggetto di riflessione, e forse di ripensamento, al Senato della Repubblica¹.

Ma questo è stato anche quanto accaduto con riferimento all'introduzione del delitto di **femminicidio**, oggetto di una duplice e conforme approvazione unanime da parte del Senato della Repubblica il 23 luglio 2025 e, definitivamente, da parte della Camera dei deputati il 25 novembre 2025, in occasione della Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne, istituita dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite².

¹ Sul punto, mi permetto di rinviare alle mie *Note scritte all'esito dell'audizione in Commissione Giustizia del 9.12.2025 sui disegni di legge in tema di violenza sessuale e consenso*, in questa *Rivista*, 2026, 193 ss.

² Il tema è stato affrontato anche nel XIII Convegno dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, tenutosi a Palermo il 24 e il 25 ottobre 2025, che vi ha dedicato una apposita sessione, intitolata *Femminicidio come reato*, coordinata da Claudia Pecorella e da me.

In argomento, già numerosi contributi: G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, in *Sistema penale*, 14.3.2025; M. DONINI, *Perché non introdurre un reato di femminicidio che c'è già*, *ivi*, 18.3.2025; A. PUGIOTTO, *La mimosa all'occhiello del populismo penale (prima parte)*, *ivi*, 2.4.2025; C. PECORELLA, *Perché può essere utile una fattispecie di femminicidio*, *ivi*, 2.6.2025; V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva*, *ivi*, 12.6.2025; A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, *ivi*, 25.6.2025; G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra real politik e principi costituzionali*, *ivi*, 20.6.2025; D. PULITANÒ, *Messaggi normativi e messaggi culturali. La discussione sul femminicidio*, *ivi*, 21.6.2025; *Id.*, *Femminicidio ed ergastolo*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2025, 3; R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?*, in *Sistema penale*, 15.7.2025; *Parere ANM*, *ivi*, 30.5.2025, con *Aggiornamento*, *ivi*, 15.10.2025; *Parere UCPI*, *ivi*, 20.10.2025; C. PASINI, *Il nuovo delitto di femminicidio: alcune riflessioni sulla proposta di legge alla luce di un'indagine empirica sulla recente giurisprudenza della Corte d'Assise di Milano*, *ivi*, 2.10.2025; M. GAMBARDILLA, *Il delitto di femminicidio: il "fatto è commesso come atto" e altre ame-*

* Ordinario di Diritto penale nell'Università di Palermo.

Così ha visto la luce la **legge 2.12.2025, n. 181**, che presenta un corredo normativo complesso (la legge si compone di quattordici articoli), ma deve la sua notorietà soprattutto agli interventi incidenti sul diritto penale sostanziale, tra i quali spicca, appunto, l'introduzione del delitto di femminicidio³.

2. Più precisamente, l'**art. 1, legge n. 181/2025**, dispone, alla lett. a) del comma 1, l'aggiunzione, nel codice penale, dell'art. 577-*bis*, che per comodità del lettore riporto:

«**Art. 577-*bis* (Femminicidio)**. – Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali è punito con la pena dell'ergastolo. Fuori dei casi di cui al primo periodo si applica l'articolo 575.

Si applicano le circostanze aggravanti di cui agli articoli 576 e 577.

Quando ricorre una sola circostanza attenuante ovvero quando una circostanza attenuante concorre con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e la prima è ritenuta prevalente, la pena non può essere inferiore ad anni ventiquattro.

Quando ricorrono più circostanze attenuanti, ovvero quando più circostanze attenuanti concorrono con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e le prime sono ritenute prevalenti, la pena non può essere inferiore ad anni quindici».

3. Rispetto a tale formulazione, possono sollevarsi alcune **critiche di fondo** (così, ad esempio, nel documento del 26.5.2025 a firma di numerose docenti di diritto penale)⁴:

1) sebbene priva di una fattispecie autonoma di femminicidio, grazie alle modifiche normative intervenute negli ultimi anni, la disciplina italiana, almeno sul piano sanzionatorio, già coglie lo specifico disvalore della con-

nità nel disegno di legge all'esame della Camera dei Deputati, in questa Rivista, 2026, 157 ss.; F. MENDITTO, *Valutazioni e proposte sul DDL avente ad oggetto l'introduzione del delitto di femminicidio*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 4.11.2025; G. PESTELLI, *Il nuovo d.d.l. su femminicidio e codice rosso: sarà vera gloria?*, in *Quotidiano Giuridico*, 4.4.2025; M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2025, 557 ss.

³ Dopo l'approvazione della l. n. 181/2025: F. LAZZERI, *In G.U. la l. 2 dicembre 2025, n. 181 (c.d. legge sul femminicidio): una panoramica dei profili penalistici sostanziali e processuali*, in *Sistema penale*, 3.12.2025; E. CORN, *Il reato di femminicidio nel codice penale italiano: cronaca di una controversia annunciata*, *ivi*, 12.12.2025; B. ROMANO, *La legge sul femminicidio. Qualche luce e molte ombre*, in *IUS*, 11.12.2025; A. TIGRINO, *Soluzioni inadeguate per problemi tangibili. Rilievi critici sul nuovo delitto di "femminicidio" (art. 577-bis c.p.)*, in *Archivio penale*, 3/2025.

⁴ *Il reato di femminicidio presentato dal Governo: le ragioni della nostra contrarietà*, in *Sistema penale*, 28.5.2025.

- dotta, consentendo di applicare la pena dell'ergastolo all'uccisione di una donna per motivi di genere;
- 2) l'enfasi posta sulla rilevanza promozionale e pedagogica di tale intervento legislativo può impedire di avviare una riflessione sull'insieme delle pratiche sociali, politiche, pubbliche ed istituzionali che di fatto giustificano o favoriscono la violenza maschile;
 - 3) si può dubitare del fatto che la minaccia della pena dell'ergastolo sia in grado di far desistere dall'azione criminosa chi non abbia interiorizzato il valore della libertà femminile e il principio del rispetto della persona.

4. Ma soprattutto, la nuova figura di reato suggerisce di formulare alcuni rilievi tecnici.

Il primo, concernente la **mancanza o insufficienza di tassatività e determinatezza**:

- in relazione alle condotte, sebbene rispetto al testo dell'originario disegno di legge vi sia minore indeterminazione;
- in ordine al concetto di "donna" ("uomo" nell'art. 575 c.p. è inteso come "persona umana"), poiché si allude al genere femminile, peraltro non tenendo conto di quanto già previsto in materia di rettificazione dell'attribuzione di sesso dalla legge n. 164/1982 (la rettificazione avviene «in forza di sentenza del tribunale passata in giudicato che attribuisca ad una persona sesso diverso da quello enunciato nell'atto di nascita a seguito di intervenute modificazioni dei suoi caratteri sessuali») e al nuovo concetto di identità sessuale delineato anche attraverso le sentenze della Corte costituzionale (in particolare, nella sentenza n. 143/2024, la Corte ha riconfermato che «agli effetti della rettificazione... il percorso di transizione può dunque avvenire anche solo mediante trattamenti ormonali e sostegno psicologico/comportamentale, senza la necessità di un intervento di adeguamento chirurgico, che rappresenta solo una delle modalità possibili»).

Il secondo rilievo è connesso alla **violazione del principio di eguaglianza**:

- con riferimento al nuovo delitto, si applica la pena dell'ergastolo all'uomo o alla donna che uccide una donna perseguendo le sole finalità indicate nell'art. 577-bis c.p.;
- invece, se un uomo o se una donna uccide un uomo in base alle sole finalità indicate nell'art. 577-bis c.p., potrebbe essere punito con una pena che va da ventuno a ventiquattro anni;
- inoltre: cosa avviene in presenza di soggetti che hanno intrapreso un percorso di cambio del sesso, posto che l'entità della pena, in queste ipotesi, risulta variare notevolmente a seconda della conclusione o meno di tale *iter*?
- e se poi un uomo si senta donna anche senza avere intenzione di effettuare in concreto il cambio del sesso e, proprio a causa delle sue convinzioni, venga ucciso: può, in tal caso, applicarsi l'art. 577-bis c.p.?

Infine, la terza criticità riguarda **il ricorso ad una pena fissa**:

- infatti, con la l. n. 181/2025 viene prevista, nell'ipotesi di cui al comma 1, primo periodo, dell'art. 577-bis c.p., la pena fissa dell'ergastolo;

- dalla riforma consegue, inoltre, l'impossibilità di diminuire la pena sotto i ventiquattro anni di reclusione anche qualora ricorra la sussistenza di una circostanza attenuante, in contrasto con la regola generale stabilita dall'art. 65, comma 1, n. 2, c.p. Dunque, tenendo conto del disposto dell'art. 23 c.p., viene sostanzialmente introdotta una pena fissa, in contrasto con i principi costituzionali nella misura in cui non consente l'individualizzazione della risposta sanzionatoria (cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 222 del 2018);
- ancora, in caso di pluralità di circostanze attenuanti, ovvero di prevalenza di queste ultime su eventuali aggravanti, la pena non può essere comunque inferiore a quindici anni di reclusione, in deroga a quanto previsto in via generale dall'art. 67, comma 1, c.p. per reati di almeno pari gravità.

5. Nonostante le buone intenzioni sottese alla riforma legislativa, **la legge n. 181/2025** presenta dunque numerosi **punti critici**, connessi – per quel che in tale sede rileva – alla introduzione del delitto di femminicidio **che sembrano superare gli eventuali profili positivi**, legati a talune misure processuali ed alla rafforzata tutela delle vittime derivante dalle altre previsioni normative.

Ma ormai, dal 17 dicembre 2025, la legge è in vigore: e dovremo soprattutto monitorare l'applicazione giurisprudenziale del nuovo apparato normativo e verificare se le perplessità di ordine costituzionale sopra esplicitate saranno tramutate in corrispondenti eccezioni di legittimità ed affrontate dalla Corte costituzionale.

OLTRE IL POPULISMO. IL DIRITTO PENALE SENZA QUALITÀ COME SEDATIVO DEGLI ALLARMI MEDIATICI*

Stefano Fiore**

Sommario: Prologo. - **1.** Una verifica apparentemente marginale. - **2.** Il diritto penale senza qualità - **3.** Lo strumento. - **4.** Il prodotto. - **5.** Il nuovo protagonismo della vittima. - **6.** La scomparsa del condannato. - Epilogo.

ABSTRACT

Il contributo esamina il rapporto tra rappresentazione mediatica della criminalità e produzione legislativa in materia penale. Attraverso l'analisi di alcuni tra i molti esempi offerti dalla legislazione recente, il lavoro mostra come le distorsioni cognitive indotte dalla narrazione mediatica alimentino allarmi collettivi che il legislatore trasforma in interventi normativi senza (alcuna) qualità, funzionali esclusivamente alla rassicurazione simbolica e non certo alla effettività della tutela.

This paper examines the relationship between media representations of crime and criminal law legislation. Through the analysis of selected examples drawn from recent legislation, the work shows how cognitive distortions induced by media narratives fuel collective alarms that the legislator translates into normative measures devoid of any quality, serving exclusively symbolic reassurance rather than effective legal protection.

Prologo.

Gli studiosi del diritto e del processo penale e chiunque frequenti, in qualunque forma o in qualsiasi ruolo, i luoghi, non solo istituzionali, in cui la giustizia penale viene esercitata o si manifesta, conoscono bene la spiccata attitudine dell'universo penalistico a veicolare suggestioni ad alto impatto comunicativo.

Tra le molte ed evidenti ragioni che sono alla base di questa non comune efficacia comunicativa vi è indubbiamente anche la circostanza che quello che accade in quell'universo non è suscettibile di essere equivocato e dunque si può essere certi che il messaggio arrivi con precisione.

* Il testo, con alcuni adattamenti, riproduce struttura e contenuti della relazione svolta nell'ambito del Convegno "IMAGO IUSTITIAE. Trasformazioni del diritto, del potere e della giustizia", svoltosi a Trento l'11-12 dicembre 2025, sotto il coordinamento scientifico di Manuela Bragagnolo, Antonio Cassatella, Silvana Dalla Bontà, Elena Mattevi, Cinzia Piciocchi, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

** Professore Ordinario presso l'Università degli Studi del Molise.

L'utilizzo del diritto penale o la sua misura nel complesso dosaggio del controllo sociale è un indicatore affidabile, proprio perché univoco, del tasso (variabile) di autoritarismo che caratterizza in particolare i sistemi democratici. Gli ordinamenti che democratici non lo sono, oltre al diritto penale, hanno normalmente a disposizione una vasta gamma di efficaci strumenti repressivi e non è certo l'(ovvio) uso autoritario del diritto penale a fare la differenza.

E tra le ragioni che, anche nei sistemi a base democratica, possono indurre un incremento indiscriminato dell'uso del diritto criminale c'è proprio la considerazione della sua particolare efficacia sul piano comunicativo. Questo non presuppone necessariamente un disegno antidemocratico o la volontà programmatica di disporre di una leva repressiva e tuttavia una criminalizzazione più estesa oggettivamente produce una torsione autoritaria del sistema.

La lettura del significato che hanno le scelte operate in campo penale, se la riferiamo alle opzioni strategiche di fondo (ci sono ovviamente livelli di lettura più profondi e complessi) è un esercizio intellettualmente poco sofisticato, perché, nel suo nucleo essenziale, consiste in una presa d'atto: la introduzione di nuovo reato, l'aumento della pena minacciata, l'inasprimento delle condizioni detentive, la flessibilizzazione delle condizioni necessarie per attivare gli strumenti penalistici, la riduzione degli standard o degli oneri probatori, ogni insinuarsi del diritto penale nella regolazione dei rapporti interindividuali, economici, familiari e così via, non hanno infatti chiavi di lettura alternative a quella che le iscrive in un approccio politico-comunicativo orientato alla repressione.

Alcune scelte sono poi più esplicite di altre e il messaggio repressivo non è nel sottotesto. Si pensi, tra le tante, alla c.d. norma anti-*rave party*, l'art. 633-*bis* c.p., o alla becera fattispecie (art. 415-*bis* c.p.) che punisce a titolo di rivolta in carcere anche gli atti di resistenza passiva. Entrambe sarebbero credibili concorrenti in un ipotetico *contest* per la scelta della fattispecie manifesto di uno Stato autoritario, paternalista e con approccio eticizzante alla criminalizzazione.

Che cosa il legislatore intendeva comunicare con la introduzione di quei delitti è infatti cristallino; cosa si vuole comunicare con un pacchetto sicurezza o una legge spazzacorrotti non c'è bisogno di spiegarlo. La efficacia simbolica dei 'segni' con i quali i sistemi di giustizia penale si manifestano nella realtà ha storicamente pochi pari. Nessuna meraviglia dunque e, direi, neppure nessuna novità nel fatto che le scelte di criminalizzazione - anche a prescindere dalla loro effettività - siano uno degli strumenti privilegiati nella comunicazione asimmetrica tra potere e società.

Oggi però le cose si sono fatte sicuramente più complesse per una serie di ragioni che costituiscono la premessa implicita di un contributo che si propone di isolare ed entro questo limitato perimetro sintetizzare un aspetto specifico, vale a dire l'influenza che le sovrastrutture mediatiche che vengono costruite attorno al sistema penale esercitano sul modo in cui poi vengono concretamente operate le scelte di criminalizzazione e modellate le fattispecie penali.

1. Una verifica apparentemente marginale.

Il materiale al quale attingere per trovare riscontri alla tesi – non certo azzardata – che la rappresentazione mediatica della criminalità svolga un ruolo non marginale nel determinare i contenuti della produzione legislativa, non difetta e pone semmai l'imbarazzo della scelta.

Tuttavia – e non solo per ragioni di sintesi – in questa sede appare preferibile non utilizzare, come forse si sarebbe tentati di fare, *trend topic* come il nuovo delitto di femminicidio, la violenza sessuale, la '*crimmigration*' o gli episodi di criminalità minorile ad opera delle c.d. *baby gang*. Sono troppe le implicazioni che questioni come quelle citate richiederebbero di considerare, portando inevitabilmente il discorso a deragliare dal binario tematico che ci si è prefissi di percorrere.

Molto più semplice e proficuo, dal nostro punto di vista, servirsi, per tracciare il discorso, di una norma che per definizione e anche per funzione è 'collaterale' al sistema delle incriminazioni, vale a dire l'art. 61 c.p., che contiene l'elenco delle circostanze aggravanti comuni, quelle cioè applicabili o a tutti i reati o comunque non solo a specifiche fattispecie.

Le fattispecie incriminatrici infatti descrivono, più o meno compiutamente, una singola porzione di realtà, mentre l'art. 61 c.p. contiene un elenco potenzialmente illimitato, come d'altronde la sua attuale estensione dimostra, e quindi appare molto più adatto ad offrire una panoramica ampia e per questo attendibile sul metodo utilizzato e pienamente rappresentativa delle dinamiche generative delle scelte di criminalizzazione.

Da tempo invero assistiamo, sgomenti e impotenti, alla introduzione compulsiva, ovunque nel sistema, di circostanze aggravanti, spesso calibrate su casistiche a volte molto specifiche, ma comunque in grado di evocare con sufficiente immediatezza fatti o contesti a loro volta spesso molto specifici, dai quali si originano, fondate o meno che siano, paure collettive che l'uso indiscriminato del diritto penale, allo stesso tempo, alimenta e pretende di curare somministrando palliativi simbolici (come le circostanze aggravanti, appunto).

Vale dunque la pena riportare qui di seguito, anche per l'efficacia dell'impatto visivo, l'elenco delle circostanze aggravanti che tra il 2008 e il 2025 sono state aggiunte all'art. 61 c.p., perché proprio a partire dal punto in cui inizia la numerazione aggiuntiva, la sequenza delle nuove circostanze ci racconta una storia che sorpassa di gran lunga il significato delle singole norme di cui quella lunga sequenza si compone.

Art. 61 c.p.- Circostanze aggravanti comuni

[...]

*11-bis) l'aver il colpevole commesso il fatto mentre si trova illegalmente sul territorio nazionale*¹.

¹ Comma dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale con sentenza 5-8 luglio 2010, n. 249.

11-ter) l'aver commesso un delitto contro la persona ai danni di un soggetto minore all'interno o nelle adiacenze di istituti di istruzione o di formazione.

11-quater) l'aver il colpevole commesso un delitto non colposo durante il periodo in cui era ammesso ad una misura alternativa alla detenzione in carcere.

11-quinquies) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità individuale e contro la libertà personale, commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza.

11-sexies) l'aver, nei delitti non colposi, commesso il fatto in danno di persone ricoverate presso strutture sanitarie o presso strutture sociosanitarie residenziali o semiresidenziali, pubbliche o private, ovvero presso strutture socio-educative.

11-septies) l'aver commesso il fatto in occasione o a causa di manifestazioni sportive o durante i trasferimenti da o verso i luoghi in cui si svolgono dette manifestazioni.

11-octies) l'aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno degli esercenti le professioni sanitarie e socio-sanitarie nonché di chiunque svolga attività ausiliarie di cura, assistenza sanitaria o soccorso, funzionali allo svolgimento di dette professioni, a causa o nell'esercizio di tali professioni o attività.

11-novies) l'aver agito, nei delitti commessi con violenza o minaccia, in danno di un dirigente scolastico o di un membro del personale docente, educativo, amministrativo, tecnico o ausiliario della scuola, a causa o nell'esercizio delle loro funzioni.

11-decies) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità pubblica e individuale, contro la libertà personale e contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio commesso il fatto all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri.

11-undecies) l'aver commesso il fatto mediante l'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, quando gli stessi, per la loro natura o per le modalità di utilizzo, abbiano costituito mezzo insidioso, ovvero quando il loro impiego abbia comunque ostacolato la pubblica o la privata difesa, ovvero aggravato le conseguenze del reato.

In molti dei microcosmi criminali contenuti in questi numeri è facilmente riconoscibile il campionario al quale attingono le pagine di cronaca, i sommari dei notiziari, i forum di discussione, quando non addirittura il *core business* alla base delle scorribande di qualche *Youtuber* urbano ed in effetti la strategia comunicativa sottesa a questo tipo di legislazione non è poi molto diversa da quella di un Cicalone qualsiasi.

L'obiettivo di questa alluvionale casistica in forma di aggravanti è invero proprio quello di dare evidenza ai fatti sui quali e attorno ai quali l'allarme viene costruito, rendendo così immediatamente fruibile per il pubblico pagante del circo mediatico-giudiziario il riscontro normativo della fondatezza dell'allarme.

Ma, soprattutto, per quel che riguarda il nostro discorso, sotto ciascuno di quei numeri replicati che allungano (e lasciano aperta) la lista delle aggravanti, è possibile riconoscere in forma condensata - per usare le parole

di Giovanni Fiandaca – l'uso del diritto penale come “*strumento di pronto intervento e ansiolitico sociale, per di più a costo zero*”.

Ora che abbiamo a disposizione l'esempio sul quale lavorare, è possibile provare a capire meglio come funziona il meccanismo che genera questo tipo di *output* normativo.

Una volta scelta la chiave securitaria come *passe-partout* per l'accesso al consenso, se, da un lato, è necessario mantenere sufficientemente alto ed anzi possibilmente innalzare il livello di allarme al fine di giustificare l'adozione non solo di singoli provvedimenti ma più in generale di politiche di tipo securitario; dall'altro e allo stesso tempo, si deve in qualche modo mostrare che questa scelta paga, per esempio, intestandosi apoditticamente come un proprio risultato i dati che attestano la diminuzione dei reati o almeno un andamento tutt'altro che preoccupante della criminalità nel nostro paese, anche se ciò smentirebbe la fondatezza degli allarmi e con essa la ragionevolezza della reazione repressiva allestita dal legislatore.

Certo, nell'epoca della “post verità” non ci sono particolari difficoltà nel sostenere il contrario di quel che si è detto anche solo il giorno prima, ma il corto circuito comunicativo descritto non è di facile gestione. La narrazione che si alimenta di allarmi mediatici segue però una precisa strategia le cui tracce sono facilmente riconoscibili nei caratteri della legislazione penale recente.

2. Il diritto penale senza qualità.

All'origine della strategia ci sono le ***distorsioni cognitive*** indotte in larghi settori della pubblica opinione dai modi della rappresentazione mediatica, inclusiva delle interazioni social sui media digitali, dei fatti e dei fenomeni criminali.

Le distorsioni cognitive sono degli errori procedurali sistematici adoperati nei processi di valutazione e giudizio e si manifestano di volta in volta nella forma dell'*astrazione selettiva*, del *pensiero dicotomico*, della *supergeneralizzazione*, della tendenza a *ingigantire* o *minimizzare* e così via. Sono proprio questi i modi in cui viene strumentalmente organizzata la narrazione dei fatti criminali o almeno di alcuni di essi, che infatti: seleziona, generalizza, ingigantisce o minimizza, enfatizza o svilisce i fatti e i fenomeni in funzione delle scelte di criminalizzazione che intende promuovere, inducendo e poi sfruttando, a seconda delle convenienze del momento, quello che è, a tutti gli effetti, un inganno indotto nella percezione collettiva.

Si pensi, ad esempio, ai fenomeni *selettivi* dell'efferatezza che indubbiamente caratterizza alcune vicende di cronaca e che viene, con morboso compiacimento, somministrata a dosi massicce al pubblico, adottando una cifra estetica *splatter* che finisce per ‘contagiare’ tutto quel che, con logica all'ingrosso, rientra nella classe di fatti ai quali appartiene quello connotato da modalità efferate. Il serio rischio è che non si avverta più la distanza che separa uno stupro violento da una spregevole molestia sessuale, non a caso oggi tendenzialmente appiattite anche nel loro disvalore penale astratto.

Ricorrenti sono anche i fenomeni di *ipergeneralizzazione* degli episodi di delinquenza minorile, al punto che una discutibile normativa statale in materia di criminalità minorile (il decreto-legge 15 settembre 2023, n. 123, conv. con modif. dalla l. 13 novembre 2023, n. 159), viene identificata, anche nella comunicazione istituzionale, con il nome di un luogo specifico teatro di un orrendo episodio, come se l'Italia fosse un enorme Parco Verde di Caivano.

Questi due limitati esempi aiutano a comprendere cosa si intende quando si dice che la legislazione della quale stiamo parlando assolve a funzioni essenzialmente se non esclusivamente simboliche ed è totalmente indifferente alla dimensione applicativa. Il suo compito è solo quello di riflettere l'oggetto già deformato dalla distorsione cognitiva, rendendo visibile e dando corpo riconoscibile alle paure collettive, che così vengono generate e poi condensate in un messaggio semplice, veicolato da una norma penale, che in quanto tale è dotata di peculiare forza comunicativa.

Per funzionare secondo la logica descritta però, la norma – questo è il punto – non deve avere qualità in grado di contaminare la 'purezza' banalizzante del messaggio di rassicurazione, che infatti non di rado viene affidato al titolo scelto per facilitare il suo percorso mediatico (d'altronde si sa: il titolo è l'unica cosa che si legge).

La soluzione offerta sta e si esaurisce nello strumento e non certo negli esiti dell'(immaginario) utilizzo di norme, che restano, come si diceva, totalmente indifferenti alla dimensione applicativa, in un duplice senso: innanzitutto, al legislatore non interessa che le norme siano applicate *tout court* o che sia più o meno facile applicarle, perché questo è irrilevante nella logica veloce e feroce che fonda questa bulimia punitiva (bisognerebbe aspettare anni e nel caso si potrà dare la colpa alla magistratura); l'indifferenza poi si estende anche al rischio, di inevitabile concretizzazione, che l'applicazione, quando c'è, sia sperequata, irragionevole, casuale e si presti a forzature ampliative o restrittive secondo un andamento totalmente randomico e con buona pace dei principi di uguaglianza, proporzione, etc.

3. Lo strumento.

Tenendo conto di queste premesse, appare dunque del tutto coerente che quando si deve passare alla fase della traduzione normativa lo strumento privilegiato sia la decretazione d'urgenza.

Lo è per due ragioni: in primo luogo perché la emanazione del decreto-legge diventa lo strumento auto confermativo della fondatezza dell'allarme e della necessità quindi di una risposta immediata (necessaria e urgente); ma poi anche perché quel che serve è proprio una versione rudimentale del diritto penale, spogliata di tutte le qualità che invece servono a conferire a questo rozzo e violento strumento razionalità e adeguatezza allo scopo.

L'allarme mediatico non può durare troppo a lungo e dunque bisogna fare in fretta per riuscire a far coincidere il più possibile il picco del panico sociale con la reazione sedativa, prima di passare al prossimo allarme. E quindi nes-

suna reale ponderazione, nessuna analisi di impatto, nessuna elaborazione di dati empirici, nessuna considerazione delle alternative, nessun interesse per la concreta dimensione applicativa. Non c'è tempo e comunque non importa. L'importante è che le norme contenute nel decreto sfornato nel giro di pochi giorni siano in grado di attivare il meccanismo di assicurazione simbolica.

4. Il prodotto.

Quanto da ultimo detto vale però anche quando il percorso legislativo è o almeno appare formalmente più meditato. Infatti, nella esperienza recente i ddl con il 'bollino' securitario hanno attraversato indenni il dibattito parlamentare e quello pubblico, approdando regolarmente all'approvazione nella versione originaria e anzi a volte un po' peggiorati.

D'altra parte, per portare a termine il tipo di operazione che sopra è stata sommariamente descritta, il 'come' ha sicuramente una sua importanza, ma quel che è decisivo è che il *prodotto* finale sia un diritto penale privo delle qualità che ne qualificano la presenza e ne legittimano l'uso nei sistemi democratici costruiti sulla preminenza dei diritti e delle garanzie.

Sono, si badi bene, qualità delle quali i sistemi di giustizia penale non sono originariamente e, per così dire 'naturalmente' dotati, ma che sono state introdotte e poi consolidate grazie al secolare e paziente lavoro dei principi istillati a partire dall'illuminismo nei sistemi che sarebbero diventati democratici e che servono a tenere sotto controllo la violenza di cui il sistema penale è invece 'naturale' portatore (si tornerà nel finale su questo essenziale aspetto).

Ed allora, ponderazione nelle scelte di criminalizzazione, chiarezza e precisione descrittiva, sussidiarietà come metodo, proiezione probatoria nel quadro di un processo ispirato alla parità delle armi e vincolato alla presunzione di non colpevolezza, ragionevolezza, proporzione, e così via nel tipo di normazione di cui stiamo parlando o spariscono o sono comunque ridotti ad una misura che gli impedisca di interferire con i veri obiettivi di questa legislazione.

Gli esempi possibili sono innumerevoli, ma è preferibile, per le ragioni sopra evidenziate, continuare a utilizzare l'art. 61 c.p., estrapolando dal suo lungo elenco una delle aggravanti recentemente introdotte.

Per fare quello che ci si aspetta da questo tipo di normativa, infatti, non solo è sufficiente, ma è necessario scrivere, ad esempio, una norma come quella che ora occupa la posizione 11-*decies* nell'elenco codicistico delle aggravanti comuni, il cui testo di seguito viene riproposto per una brevissima analisi.

11-decies) l'aver, nei delitti non colposi contro la vita e l'incolumità pubblica e individuale, contro la libertà personale e contro il patrimonio, o che comunque offendono il patrimonio commesso il fatto all'interno o nelle immediate adiacenze delle stazioni ferroviarie e delle metropolitane o all'interno dei convogli adibiti al trasporto di passeggeri.

La determinatezza è certamente una delle qualità più frequentemente assenti nella legislazione penale recente e l'assuefazione alla imprecisione descrittiva potrebbe indurre a ritenere rimediabile la indubbia e grave indeterminatezza di una espressione come "nelle immediate adiacenze", da affidare necessariamente all'opera tassativizzante della giurisprudenza. Quel che invece certamente non può essere ignorato è l'assenza di una giustificazione razionale dell'aggravamento di pena collegato al *locus commissi delicti*.

Il fatto che determinati luoghi, da sempre ed ovunque, per ragioni che non richiedono particolari competenze criminologiche, siano teatro di episodi ricorrenti e a volte seriali di microcriminalità o criminalità senza ulteriori qualificazioni è un dato noto e indiscutibile e sarebbero invero particolarmente necessari e urgenti interventi di eliminazione del degrado, di cura delle condizioni di marginalità, insieme naturalmente all'implementazione di efficaci controlli in funzione preventiva. Questo, tuttavia, non ha nulla a che vedere con la "gravità del reato" che viene commesso in quei luoghi: perché mai, ad esempio, il delitto di lesioni volontarie dovrebbe essere considerato più grave se consumato sul piazzale di una stazione ferroviaria e non nel parco pubblico poco distante oppure in una deserta via periferica?

Le cose non vanno meglio dal punto di vista della razionalità sistematica, altra qualità che dovrebbe connotare le scelte legislative. Sul piano applicativo, infatti, questa circostanza ha il solo effetto di aumentare il tasso complessivo di irragionevolezza del sistema e complicare ulteriormente le operazioni di corretta e completa qualificazione dei fatti, considerato che, tra le altre cose, proprio per quel che riguarda i reati predatori contro il patrimonio essa si sovrappone parzialmente a circostanze aggravanti speciali già esistenti.

Ma tutto ciò non ha alcuna importanza perché l'unica cosa che conta è che nella norma si possa 'vedere' il fatto di cui temiamo di essere vittime quando prendiamo una metro a Roma o ci rechiamo alla stazione centrale di Milano e da ciò dovremmo dedurre che l'ordinamento si è fatto carico della nostra protezione.

5. Il nuovo protagonismo della vittima.

Al solo scopo di aggiungere al quadro che stiamo delineando un altro degli elementi ricorrenti nei percorsi di costruzione mediatica dei bisogni di protezione/rassicurazione, non si può fare a meno di dedicare un fugace passaggio al ruolo che viene assegnato alla vittima.

Non ci sono dubbi che tra gli scopi del sistema penale dovrebbe esserci anche quello di minimizzare la vittimizzazione: sia nel senso di prevenire comportamenti aggressivi dei diritti della persona, quelli appunto che 'creano' la vittima (vittimizzazione primaria); sia nel senso di evitare che le vittime, cioè coloro che il sistema, anche quello penale, non ha saputo proteggere, subiscano danni ulteriori come conseguenza diretta o indiretta proprio dell'attivazione dei sistemi di giustizia penale (vittimizzazione secondaria).

È dunque del tutto naturale che le scelte del sistema penale possano e debbano essere guardate anche dal punto di vista della vittima e non solo per le specifiche e molteplici ricadute sul piano processuale. Ancora una volta, tuttavia, la perversa saldatura che di fatto o in maniera preordinata si è determinata tra il format della giustizia penale mediatica e le politiche securitarie ha finito per alterare i termini della (già di per sé problematica) questione.

Ed infatti l'enfasi strumentale che circonda la figura della vittima, dalla dimensione mediatica si trasferisce a quella normativa e oggi si traduce nella creazione o modifica di fattispecie incriminatrici modellate, appunto, sulla vittima (se non a sue specifiche declinazioni), anziché sul fatto. A parte che si tratta di un modo indiretto di selezione del tipo di autore, questo spostamento del baricentro dal fatto alla vittima, la cui attitudine distorsiva si evidenzia ed amplifica in sede processuale, sembra svolgere, ancora una volta, un ruolo surrogatorio di tipo simbolico della efficacia preventiva, con gravi compromissioni degli standard garantistici e scarsi ritorni in termini di effettività della tutela.

Difficile stabilire, a tale riguardo, se sia iniziato prima il *format* mediatico che ruota attorno alla vittima e la legislazione abbia cavalcato l'onda emotiva oppure se esso abbia preso avvio proprio in ragione delle scelte legislative che ne valorizzano il ruolo. Ma questo ormai ha poca importanza perché la dinamica attuale è di tipo circolare, essendo chiaro che se i modelli normativi si orientano verso questa direzione, la comunicazione andrà a traino, rilanciando la palla nel campo legislativo e riavviando il circolo vizioso.

6. La scomparsa del condannato.

Arriviamo così all'ultimo tratto, quello nel quale è necessario offrire una qualche conferma che le politiche securitarie, attuate in maniera pressoché esclusiva attraverso scelte di più ampia o più severa criminalizzazione, funzionano. L'exasperata rappresentazione che alimenta il senso di insicurezza uscirebbe certamente ridimensionata se i dati empirici sugli andamenti della criminalità fossero esposti e utilizzati in modo completo ed onesto ed allora la conferma necessaria per chiudere il cerchio della illusione securitaria deve essere dislocata altrove e infatti viene subappaltata al momento esecutivo.

Qui il progetto narrativo si rovescia: il condannato, in particolare il detenuto, sparisce in una dimensione indistinta assorbito dalla sua condizione e annullato in essa. Viene cioè messo in atto un processo di disumanizzazione che serve a portare in primo piano la conseguenza punitiva oggettivamente intesa, a prescindere da chi la subisce, per poterla usare come conferma aspecifica che la scelta securitaria mantiene le sue promesse (le carceri sono piene, certo che lo sono), senza rischiare di essere smentiti e senza il fastidioso rumore di fondo delle sofferenze individuali.

Naturalmente anche in questo caso è possibile rilevare una corrispondenza biunivoca tra operazioni comunicative e disciplina normativa. Assistiamo

infatti ormai da anni ad un ripiegamento della esecuzione penale verso modelli custodiali, refrattari alle alternative e alle istanze di individualizzazione, indifferenti alla dimensione umana e perfino al dramma, dove appunto la persona condannata sparisce fagocitata dalla pena che subisce, perché è (solo) quella che interessa mostrare.

Epilogo.

Come è facile intendere, in questa sede ci si è limitati ad abbozzare una sorta di mappa, individuando in forma poco più che enunciativa alcuni dei percorsi lungo i quali si svolge quella complessa e sempre più stretta relazione tra rappresentazione mediatica della criminalità e politiche penali, che arriva a condizionare i contenuti dalla produzione legislativa.

Schematizzando molto, si può dire, conclusivamente, che mentre la società moderna e i suoi sistemi di giustizia hanno progressivamente incorporato la violenza e la crudeltà al fine di poterle arginare con le regole e delimitare con i diritti, la comunicazione dei nostri tempi si è impadronita della violenza e della crudeltà comunque insite nell'esercizio della giustizia penale ed in molti dei fatti dei quali essa si occupa, facendola riespandere oltre gli argini che principi e regole formali avevano nel tempo costruito attorno ad uno strumento per sua natura inesorabilmente violento come il diritto penale.

In una perversa circolarità degli effetti, lo sdoganamento del linguaggio e dei modi della rappresentazione della violenza come cifra narrativa del penalmente rilevante spinge l'opinione pubblica destinataria di quella narrazione a ritenere che in fondo anche l'esercizio della giustizia penale possa o addirittura debba assumere o ri-assumere questi caratteri.

Il cerchio idealmente si chiude quando questo 'sentimento' raggiunge il legislatore, che lo trasforma in dividendo elettorale assecondandolo attraverso una legislazione che tendiamo a definire, un po' riduttivamente secondo me, con la formula forse eccessivamente ellittica del populismo penale, che oggi attraverso la sua componente *pop* sta completando la transizione verso il *trash*.

Nonostante all'orizzonte non ci sia alcun segno di possibili inversioni di tendenza, bisogna coltivare la duplice speranza, in primo luogo che la consapevolezza dei gravi danni provocati da questo indiscriminato accumulo di spazzatura all'ecosistema penalistico (e dunque ai diritti) induca presto ad operare scelte più sostenibili, riequilibrando il rapporto tra compiti dell'informazione e responsabilità della politica e, in secondo luogo, che i danni siano reversibili.

VERSO UNO STATUTO PROBATORIO EUROPEO PER L'ACQUISIZIONE DELLE COMUNICAZIONI CRIPTATE

Donatella Curtotti* - Giuseppe Giliberti** - Wanda Nocerino***

Sommario: 1. Qualche indicazione metodologica. - 2. L'intervento della Corte di giustizia nel caso *EncroChat*. - 3. L'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite. - 4. Gli sviluppi "istituzionali" europei sul caso *EncroChat*. - 5. La trasformazione del modello investigativo europeo. - 5.1. *Segue*. Il nuovo paradigma investigativo alla prova delle garanzie fondamentali. - 6. Verso un "diritto europeo" dell'accesso investigativo ai dati (*lawful access*).

ABSTRACT

Il contributo analizza l'evoluzione del quadro giuridico in tema di utilizzabilità probatoria delle comunicazioni provenienti da piattaforme criptate alla luce degli orientamenti giurisprudenziali maturati dopo il 2023. Se, tradizionalmente, il dibattito era prevalentemente incentrato sulla qualificazione processuale dei dati comunicativi decriptati e sulla riconducibilità degli stessi alle categorie probatorie più o meno note al sistema, gli sviluppi successivi hanno progressivamente spostato il baricentro dell'analisi verso la definizione di uno statuto giuridico della prova digitale transnazionale sempre più orientato alla "gestione" dei c.d. *big data* e basato sull'azione coordinata di diversi attori istituzionali.

The paper examines the evolution of the legal framework governing the evidentiary use of communications originating from encrypted platforms, in light of case law developments emerging after 2023. Whereas the debate had traditionally focused on the procedural classification of decrypted communication data and their subsumption within the established categories of evidence, more recent developments have progressively shifted the analytical focus toward the definition of a legal regime for transnational digital evidence, increasingly oriented toward the "management" of so-called big data and grounded in the coordinated action of multiple institutional actors.

1. Qualche indicazione metodologica.

Nel marzo del 2023 prendeva avvio un articolato percorso di studio e collaborazione istituzionale tra il Dipartimento della Pubblica Sicurezza (Direzione Centrale della Polizia Criminale) e l'Università di Foggia, finalizzato

* Professore ordinario di Diritto processuale penale. Ha curato i paragrafi 1, 5, 5.1, 6.

** Primo Dirigente della Polizia di Stato. Ha curato i paragrafi 1, 2, 4, 5, 6.

*** Professore associato di Diritto processuale penale. Ha curato i paragrafi 1, 3, 5, 5.1, 6.

all'approfondimento delle implicazioni processuali connesse all'impiego investigativo delle comunicazioni provenienti da piattaforme di messaggistica criptata e da dispositivi dedicati – i cosiddetti *criptofonini* –, sempre più utilizzati da organizzazioni criminali operanti su scala transnazionale¹.

L'iniziativa si collocava in una fase particolarmente significativa del dibattito giuridico e investigativo nazionale² ed europeo³: le operazioni che avevano condotto alla compromissione delle piattaforme *EncroChat*⁴ e *Sky ECC*⁵ avevano infatti determinato un afflusso senza precedenti di dati comunicativi criptati nei procedimenti penali di numerosi ordinamenti⁶, sollevando que-

¹ I risultati dello studio condotto sono stati compendati in D. CURTOTTI-V. RIZZI-W. NOCERINO-A. RUSSITTO-G. GILIBERTI-G. SCARPA, *Piattaforme criptate e prove penali*, in *Sist. pen.*, 6/2023, 173; V. RIZZI-A. RUSSITTO-G. GILIBERTI-G. SCARPA-D. CURTOTTI-W. NOCERINO, *Piattaforme criptate e prova penale. L'etere digitale alla sfida del codice di rito*, in *Polizia Moderna*, agosto-settembre 2023.

² Ricostruiscono i termini del dibattito, M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 11 dicembre 2023; E. LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate nella fucina dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2024, 182; L. LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, in *Sist. pen.*, 3/2023, 420.

³ *Ex multis*, M. CAIANIELLO, *International Judicial Cooperation and the EU Principle of Mutual Recognition - towards a Convergence of Systems?*, in G. LASAGNI-G. CONTISSA-M. CAIANIELLO (a cura di), *Facilitating Judicial Cooperation in the EU. A Computable Approach to Mutual Recognition in Criminal Matters*, Leida, 2025, 29 ss.; A. VENEGONI, *EncroChat evidence and European criminal justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2022, 13, 3, 377 ss.

⁴ *EncroChat* era una rete di comunicazioni e un fornitore di servizi con sede in Europa che offriva *smartphone* modificati consentendo comunicazioni crittografate tra gli abbonati (circa 60 mila utenti). Si trattava di un *App* di messaggistica basata su OTR che instradava le conversazioni attraverso un *server* centrale con sede in Francia, *EncroTalk*, un servizio di chiamate vocali basato su ZRTP e *EncroNotes*, che consentiva agli utenti di scrivere note private crittografate. Il servizio di messaggistica crittografata *EncroChat* e i relativi telefoni personalizzati sono stati scoperti dalla gendarmeria francese nel 2017 che, poco dopo, ha provveduto a disattivare la piattaforma.

⁵ *Sky Global* era una rete di comunicazioni e un fornitore di servizi con sede a Vancouver, in Canada: uno dei suoi prodotti più importanti era l'applicazione di messaggistica sicura *Sky Ecc* e i criptotelefonini. Nel 2021 erano oltre 171.000 gli apparati registrati, principalmente in Europa, Nord America, diversi Paesi del Centro e Sud America – principalmente Colombia – e Medio Oriente. Un quarto degli utenti attivi si trovava in Belgio (6.000) e nei Paesi Bassi (12.000). Una delle sue caratteristiche era l'autodistruzione dei messaggi dopo un periodo di scadenza definito dall'utente. Il 9 marzo 2021 Francia, Belgio ed Olanda, attraverso un'attività di indagine svolta a seguito della costituzione, sul canale giudiziario, di una squadra investigativa comune, sono riusciti a violare i *server* sui quali sono conservate le comunicazioni. Sui dettagli dell'indagine transnazionale, per tutti, Procura Generale della Corte di Cassazione, *Memoria per l'udienza delle Sezioni Unite penali del 29 febbraio 2024*, disponibile su *Sist. pen.*, 1° marzo 2024, 16.

⁶ Per una ricostruzione della vicenda nei diversi ordinamenti europei, V. BAJOVIC, *EncroChat i SKY ECC komunikacija kao dokaz u krivičnom postupku*, in *Crimen*, 2022, 13, 2, 165 ss.; V. BAJOVIC-V. CORIC, *Encrochat and Sky ecc Data as Evidence in Criminal Proceedings in Light of the cjeu Decision*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2025, 33, 257 ss.; C. PALLANTE, *Investigations into encrypted platforms in the French context and their evidentiary implications across Europe*, in *Computer, law & security review*, 2026, 60, 106271, 5 ss.

stioni inedite tanto sul piano delle tecniche investigative impiegate quanto su quello dell'inquadramento giuridico dei risultati probatori acquisiti⁷.

Il confronto sviluppatosi in quella sede tra operatori delle forze dell'ordine e studiosi di diritto processuale penale era principalmente incentrato sulla possibilità di ricondurre i dati comunicativi estratti da piattaforme criptate alle categorie probatorie tradizionali del sistema processuale⁸, sui limiti da porre all'uso dell'Ordine europeo di indagine (O.E.I.)⁹ e sul bilanciamento tra tecnica investigativa, tassonomia probatoria e garanzie difensive¹⁰.

A distanza di alcuni anni il quadro giuridico e istituzionale entro il quale si colloca il fenomeno delle comunicazioni criptate appare profondamente mutato. Gli sviluppi giurisprudenziali¹¹ e normativi¹² hanno progressivamente

⁷ M. DANIELE, *La mappa del controllo giurisdizionale quando l'OEI ha ad oggetto prove già in possesso dell'autorità straniera*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2024. Volendo, cfr. pure W. NOCERINO-O. MURRO, *Più luci che ombre nelle sentenze delle Sezioni Unite sui criptofonini*, in *Penale. Diritto e procedura*, 2024, 4, 635.

⁸ Sul punto, *ex multis*, F. NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti: riflessioni a partire dalla querelle giurisprudenziale sull'acquisizione della messaggistica criptata dell'estero*, in *Sist. pen.*, 2/2024, 189. Volendo, v. anche W. NOCERINO, *L'acquisizione della messaggistica su sistema criptati: intercettazioni o prova documentale?*, in *Cass. pen.*, 2023, 2786 ss.

⁹ Non va tuttavia trascurato che, in conformità a quanto previsto dall'art. 6 della direttiva 2014/41/UE, gli atti di indagine richiesti mediante ordine europeo di indagine devono presentare un contenuto analogo a quello di atti investigativi che avrebbero potuto essere disposti nello Stato di emissione. In argomento, M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in R.E. KOSTORIS-M. DANIELE (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 108 del 2017*, Torino, 2018, 55 ss.; E. LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate*, cit., 162; M. DANIELE, *Le "sentenze gemelle" delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 17 luglio 2024.

¹⁰ L. LUDOVICI, *I criptofonini: sistemi informatici criptati e server occulti*, cit. Più in generale, sul tema *de qua, ex multis*, S. ALLEGREZZA, *Collecting Criminal Evidence Across the European Union: The European Investigation Order Between Flexibility and Proportionality*, in S. RUGGERI (a cura di), *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe. Developments in EU Legislation and New Challenges for Human Rights-Oriented Criminal Investigations in Cross-border Cases*, Cham, 2014, 59 s.; F. CAPRIOLI, *Tecnologie investigative e garanzie processuali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2022, 1121 ss.

¹¹ Cass., Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23755, in *C.E.D. Cass.*, n. 286573; Cass., Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23756, *ivi*, n. 286589. Per un'analisi delle pronunce *de quibus*, cfr. § 2. A livello unione, vanno considerate sentenze della Corte giust. UE, Grande Camera, 30 aprile 2024, *M.N.*, C-670/22; Corte giust. UE, Grande Camera, 4 ottobre 2024, *CG*, C-548/21. Sul punto, cfr. § 3.

¹² Sul piano normativo, va considerato il rafforzamento del filone "access to data / e-evidence / lawful interception", culminato nel giugno 2025 con la tabella di marcia della Commissione del giugno 2025, scaturito nel Reg. (UE) 2023/1543 "relativo agli ordini europei di produzione e agli ordini europei di conservazione di prove elettroniche nei procedimenti penali e per l'esecuzione di pene detentive a seguito di procedimenti penali" e nella dir. (UE) 2023/1544 "recante norme armonizzate sulla designazione di stabilimenti designati e sulla nomina di rappresentanti legali ai fini dell'acquisizione di prove elettroniche nei procedimenti penali". Sul punto, COMMISSIONE EUROPEA, *Roadmap for lawful and effective access to data for law enforcement. Communication to the European Parliament and the Council*, in www.eur-lex.europa.eu, 24 giugno 2025; A. JUSZCZAK-E. SASON, *The use of electronic evidence in the European Area of Freedom, Security, and Justice. An introduction to the new EU package on E-evidence*, in *Eucrim*, 2023, 2, 182 ss.; F. SANVITALE,

ridefinito i termini del dibattito, spostando l'attenzione sulla più ampia questione della circolazione e dell'utilizzazione della prova digitale in uno scenario investigativo sempre più caratterizzato dalla dimensione transnazionale¹³.

In questo contesto, la questione relativa all'impiego procedimentale dei dati comunicativi decriptati non è più limitata alla qualificazione giuridica da attribuire agli elementi probatori raccolti all'estero, estendendosi a un più complessivo processo di strutturazione di uno statuto giuridico europeo della prova digitale, nel quale le categorie tradizionali sono chiamate a confrontarsi con nuove modalità di acquisizione e circolazione delle informazioni investigative in un ambito caratterizzato da infrastrutture comunicative globali.

2. L'intervento della Corte di giustizia nel caso *EncroChat*.

Un momento di particolare rilievo nell'evoluzione del quadro giuridico relativo alle investigazioni sulle piattaforme criptate è rappresentato dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea nell'aprile 2024¹⁴.

La pronuncia trae origine da una questione pregiudiziale sollevata da un giudice tedesco nell'ambito di un procedimento penale fondato su comunicazioni criptate acquisite dalle autorità francesi nel corso delle operazioni investigative condotte sulla piattaforma *EncroChat*. Il rinvio pregiudiziale era volto a chiarire l'interpretazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'O.E.I.¹⁵, con particolare riferimento alla qualificazione giuridica delle operazioni investigative consistenti nell'accesso ai sistemi informatici della piattaforma e nella captazione dei dati comunicativi degli utenti.

Nella sentenza in esame, la Corte ha individuato alcuni principi di particolare rilievo sistematico, destinati a incidere profondamente sugli ordinamenti nazionali.

In primo luogo, è stato chiarito che un O.E.I. avente a oggetto la trasmissione di dati già acquisiti dalle autorità dello Stato di esecuzione può essere

La tutela dei diritti nel c.d. e-evidence package: il lato oscuro della cooperazione diretta, in *Cass. pen.*, 2025, 1475 ss.

¹³ In tema, fra gli altri, M. CAIANIELLO, *Criminal process faced with the challenges of scientific and technological development*, in *European journal of crime, criminal law and criminal justice*, 2019, 27, 4, 267 ss.; S. RUGGERI (a cura di), *Transnational evidence and multicultural inquiries in Europe*, cit., *passim*.

¹⁴ Corte giust. UE, Grande Camera, 30 aprile 2024, *M.N.*, cit. Sul punto, per tutti, V. BAJOVIC-V. CORIC, *Encrochat and Sky ecc Data as Evidence in Criminal Proceedings in Light of the cjeu Decision*, cit., 257 ss.; M. DANIELE, *Le "sentenze gemelle" delle Sezioni Unite*, cit.; S. RAZZI-F. SPIEZIA, *Decifrare, acquisire e utilizzare le comunicazioni criptate in uso alla criminalità organizzata: uno sguardo europeo, in attesa del count-down italiano*, in *Sist. pen.*, 26 febbraio 2024.

¹⁵ Sulla direttiva, *ex multis*, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, 5 s. Sul decreto attuativo interno, v. D. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d.lgs. n. 198 del 2017*, Torino, 2018, *passim*.

emesso anche dal pubblico ministero, qualora l'ordinamento dello Stato di emissione attribuisca a tale autorità il potere di disporre misure investigative analoghe nell'ambito di procedimenti interni.

In secondo luogo, la Corte ha qualificato l'operazione investigativa realizzata nel caso *EncroChat* – consistente nell'installazione di un *software* sui dispositivi degli utenti al fine di acquisire i dati comunicativi prima della cifratura o dopo la decifratura – come una forma di intercettazione delle telecomunicazioni riconducibile all'ambito applicativo dell'art. 31 della direttiva 2014/41/UE. Ne consegue che, qualora l'operazione di intercettazione riguardi utenti situati in altri Stati membri, lo Stato che procede alla captazione è tenuto a notificare tale attività agli interessati secondo le modalità previste dalla direttiva.

Un ulteriore profilo affrontato dalla Corte ha riguardato il rapporto tra l'utilizzazione delle prove ottenute attraverso tali operazioni investigative e il diritto a un equo processo garantito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

In particolare, la Corte ha affermato che il giudice nazionale è tenuto a verificare se l'imputato abbia avuto una possibilità effettiva di contestare l'autenticità e l'affidabilità dei dati utilizzati come prova. Qualora tale possibilità risulti compromessa e la prova rivesta un ruolo determinante nell'accertamento della responsabilità penale, il giudice nazionale è tenuto ad escluderne l'utilizzabilità.

La decisione della Corte ha assunto, quindi, una rilevanza centrale nella ricostruzione del quadro giuridico delle investigazioni sulle piattaforme criptate, contribuendo a perimetrare i confini normativi entro i quali devono essere valutate tali operazioni captative: in questo modo, i giudici di Lussemburgo hanno delineato, da un lato, il ruolo degli strumenti di cooperazione giudiziaria previsti dalla direttiva sull' O.E.I. e, dall'altro, i limiti derivanti dal rispetto delle garanzie fondamentali nel processo penale.

Inoltre, alla luce dei principi espressi dalla Corte, il fenomeno delle comunicazioni criptate non può più essere analizzato esclusivamente alla luce delle tradizionali categorie del diritto processuale penale nazionale, dovendo essere collocato all'interno di un sistema multilivello nel quale interagiscono – fino quasi a sovrapporsi – diritto interno, diritto dell'Unione europea e giurisprudenza delle Corti sovranazionali.

3. L'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite.

Parallelamente agli sviluppi delle Corti europee, la giurisprudenza nazionale ha affrontato in modo “definitivo” la questione con “sentenze gemelle” del giugno 2024¹⁶.

¹⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23755, cit.; Cass., Sez. Un., 14 giugno 2024, n. 23756, cit. Per i primi commenti, si vedano, M. DANIELE, *La mappa del controllo giurisdizionale quando l'OEI*

Il primo quesito che è stato posto al Supremo Collegio attiene alla qualificazione dell'attività di acquisizione dei dati giacenti o transitanti su server al fine di individuare il regime processuale applicabile¹⁷.

In tale contesto, la Corte si è preliminarmente confrontata con la disciplina relativa all'acquisizione di documenti e dati informatici prevista dall'art. 234-*bis* c.p.p.¹⁸. Tale disposizione non è stata ritenuta applicabile al caso di specie, considerato che la sua operatività prescinde da qualsiasi forma di cooperazione con lo Stato estero di esecuzione, poiché l'acquisizione è realizzata direttamente dall'autorità giudiziaria italiana.

Peraltro, la medesima disposizione – prosegue la Corte – consente l'acquisizione di documenti e dati informatici qualora essi siano pubblicamente disponibili oppure quando vi sia il consenso del legittimo titolare, ove non si tratti di fonti aperte; presupposti che, nell'attività acquisitiva di *chat* criptate non sono risultate sussistenti¹⁹.

L'inapplicabilità di tale disciplina ha pertanto imposto di confrontarsi con il diverso quadro normativo rappresentato dall'O.E.I. che, nel disciplinare le modalità di acquisizione di prove in ambito transfrontaliero, presuppone forme di cooperazione tra autorità giudiziarie di diversi Stati membri dell'Unione europea²⁰, configurando così un rapporto di reciproca esclusione rispetto al meccanismo previsto dall'art. 234-*bis* c.p.p.²¹.

Peraltro, come chiarito dai giudici, l'O.E.I. può essere emesso anche al fine di acquisire prove già nella disponibilità delle autorità competenti dello Stato di esecuzione (art. 1 direttiva 2014/41/UE), ponendosi come lo strumento ordinario e tendenzialmente prevalente per la circolazione delle prove nello spazio giudiziario europeo²².

ha ad oggetto prove già in possesso dell'autorità straniera, cit.; G. GUAGLIARDI, *Utilizzo nel processo penale di messaggi criptati ottenuti tramite una operazione di hacking massiva all'estero e acquisiti in Italia tramite Ordine Europeo di Indagine. Il fine giustifica i mezzi?*, in *Giur. pen.*, 2024, 6, 1; S. PIGNATA, *Le Sezioni unite sull'utilizzabilità della messaggistica criptata acquisita mediante ordine europeo di indagine*, in *Penale. Diritto e procedura*, 1 luglio 2024; G. SPANGHER, *Le Sezioni Unite precisano le condizioni di utilizzabilità della messaggistica dei criptofonini*, in *Dir. e giust.*, 18 giugno 2024; *Id.*, *Criptofonini: le sentenze delle Sezioni Unite*, in *Giust. insieme*, 20 giugno 2024. Per un esame delle questioni rimesse alle Sezioni unite e del delicato tema della sicurezza globale, G. SPANGHER, *Criptofonini: sono "in gioco" diritti fondamentali*, in *Cass. pen.*, 2024, 173.

¹⁷ Analizza tale aspetto, G. SPANGHER, *Chat. Saranno le Sezioni Unite a decriptare le questioni giuridiche*, in *Giustizia insieme*, 13 novembre 2023.

¹⁸ Tale inquadramento viene proposta, tra le molte, da Cass., Sez. III, 19 ottobre 2023, n. 47201, in *C.E.D. Cass.*, n. 285350.

¹⁹ Cfr., E. LORENZETTO, *L'acquisizione all'estero di comunicazioni digitali criptate*, cit., 182.

²⁰ M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale e comunicazioni criptate: il caso Sky ECC/Encrochat in attesa delle Sezioni Unite*, in *Sist. pen.*, 11 dicembre 2023.

²¹ Più precisamente, i due istituti attengono ad ipotesi e presupposti diversi, nei quali gioca un ruolo dirimente la sussistenza o meno di una collaborazione tra Stati. M. DANIELE, *Ordine europeo di indagine penale*, cit., 3.

²² Per un approfondimento, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., 5 s.

Muovendo da tale ricostruzione, le Sezioni Unite hanno ritenuto applicabile la disciplina dell'O.E.I., considerando che l'oggetto dell'acquisizione era costituito da elementi di prova autonomamente raccolti dalle autorità straniere indipendentemente dalla sussistenza di forme di cooperazione investigativa²³.

Dunque, esclusa l'applicabilità dell'art. 234-bis c.p.p., il regime probatorio di riferimento è stato individuato nel combinato disposto degli artt. 238 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.; ove, invece, le prove risultino acquisite mediante captazione di comunicazioni, troverebbero applicazione gli artt. 270 c.p.p. e 78 disp. att. c.p.p.²⁴.

4. Gli sviluppi “istituzionali” europei sul caso *EncroChat*.

Accanto agli sviluppi giurisprudenziali e agli approdi delle Corti nazionali ed europee, il caso *EncroChat* ha progressivamente assunto rilievo anche sul piano istituzionale, divenendo oggetto di una crescente attenzione nell'ambito delle politiche dell'Unione europea.

Un primo indice di tale evoluzione si rinviene nel *First Report on Encryption* dell'*EU Innovation Hub*²⁵ pubblicato nel giugno 2024, nel quale viene

²³ Si trattava, in altri termini, di informazioni già formate secondo la *lex loci* e successivamente trasmesse nell'ambito della cooperazione giudiziaria tra Stati membri.

²⁴ Sull'utilizzabilità degli esiti delle intercettazioni nel procedimento diverso, con riferimento alla disciplina vigente per effetto delle modifiche recate dalla L. 9 ottobre 2023, n. 137, su tutte, Cass., Sez. I, 14 novembre 2023, n. 48622, in *C.E.D. Cass.*, n. 2855579. Per dovere di completezza, si segnala che le Sezioni Unite sono state chiamate a risolvere una seconda questione attinente al “se per l'emissione di un O.E.I. finalizzato all'acquisizione di comunicazioni criptate già autonomamente raccolte all'estero, sia necessaria l'autorizzazione preventiva di un giudice dello Stato di emissione”. Considerato il *dictum* della Corte di Giustizia relativa al caso *EncroChat* (C-670/22) – per cui il pubblico ministero figura tra i soggetti che possono costituire un'autorità di emissione dell'O.E.I., la Corte esclude la necessità di un controllo giurisdizionale da parte del giudice italiano, salvo che questi rilevi una violazione dei diritti fondamentali. Soluzione che risulta conforme alla consolidata elaborazione giurisprudenziale, in tema di rogatoria internazionale, per la quale l'atto investigativo gode di una presunzione relativa di conformità ai diritti fondamentali, con conseguente onere, gravante sulla difesa, di allegare e provare fatti da cui inferire la violazione di detti diritti fondamentali. Tra le molte, Cass., Sez. II, 22 dicembre 2016, n. 2173, in *C.E.D. Cass.*, n. 269000, dove si precisa che l'unico limite all'acquisizione di un atto compiuto all'estero è la violazione dei diritti fondamentali dell'ordinamento giuridico italiano e del diritto di difesa. Nel contempo, come chiarito dalla Corte di Giustizia, l'impiego dell'O.E.I., ai fini della trasmissione di prove già autonomamente raccolte all'estero, non può avere l'effetto di eludere le condizioni previste dalla *lex fori*; così, DANIELE, *Le “sentenze gemelle” sui criptofonini*, cit., in cui l'Autore precisa che se da un lato rivive il criterio di “*no inquiry*” nei confronti delle attività istruttorie compiute negli altri Stati; sotto altro aspetto, c'è il pericolo di prassi eccessivamente lassiste, ovvero il rischio «che si consolidi, l'idea per cui le prove già autonomamente raccolte all'estero sulla base della *lex loci* potrebbero essere automaticamente ed acriticamente recepite nel nostro sistema, fidandosi ciecamente dell'operato delle autorità straniere». Per un approfondimento su tali questioni, volendo, W. NOCERINO-O. MURRO, *Più luci che ombre nelle sentenze delle Sezioni Unite sui criptofonini*, cit.

²⁵ Cfr. EU INNOVATION HUB, *First report on encryption*, in www.europol.europa.eu, 2024.

dedicato uno specifico approfondimento all'impiego investigativo dei dati rinvenuti sulle piattaforme *EncroChat* e *Sky ECC*, nonché alle implicazioni giuridiche e tecniche connesse all'acquisizione e all'utilizzazione di comunicazioni cifrate in ambito processuale.

In tale documento, il dettato della sentenza della Corte di giustizia del 2024²⁶ è elevato a principio guida per regolare la richiesta, la trasmissione e l'impiego probatorio dei dati comunicativi acquisiti mediante complesse operazioni investigative transnazionali, configurandosi come parametro ermeneutico essenziale per l'interpretazione delle dinamiche acquisitive della prova digitale.

Parallelamente, anche *Eurojust* ha continuato a porre particolare attenzione al tema *de qua*, qualificandolo come un asse stabile della cooperazione giudiziaria europea. L'*Annual Report 2023*²⁷ segnala infatti iniziative specificamente dedicate al tema dell'ammissibilità delle prove ottenute attraverso le reti *EncroChat* e *Sky ECC*; inoltre, nel contesto del progetto *Western Balkans Criminal Justice*²⁸, vengono affrontate le problematiche connesse alla gestione processuale delle evidenze probatorie derivanti da tali piattaforme.

Particolarmente significative è anche la pubblicazione, nel giugno 2025, della *Roadmap for lawful and effective access to data for law enforcement* da parte della Commissione europea²⁹. Nel documento l'esperienza *EncroChat* viene richiamata quale caso paradigmatico della crescente rilevanza che l'accesso ai contenuti comunicativi riveste nelle indagini relative alla criminalità organizzata transnazionale, evidenziando le criticità che gli attuali strumenti di cooperazione investigativa incontrano nel contesto delle infrastrutture digitali globali.

Vanno inoltre richiamate la *Roadmap* del 2025, le raccomandazioni dell'*High-Level Group on Access to Data*³⁰ e le attività di monitoraggio svolte da *Eurojust* nel biennio 2024-2025³¹, le quali mostrano come la questione delle piattaforme criptate sia stata progressivamente ricondotta alla più ampia problematica dell'accesso lecito ai dati da parte delle autorità di contrasto, coinvolgendo temi particolarmente sensibili quali la cifratura delle comunicazioni, i servizi di messaggistica *over-the-top*, le tecniche di *digital forensics*, la conservazione dei dati e le tensioni giurisdizionali derivanti dalla dimensione transnazionale delle infrastrutture digitali.

In tale prospettiva assume rilievo anche l'evoluzione del contesto tecnologico nel quale tali fenomeni si collocano. Dopo le operazioni condotte nei

²⁶ Corte giust. UE, Grande Camera, 30 aprile 2024, *M.N.*, cit.

²⁷ Cfr. EUROJUST, *Eurojust annual report 2023*, in www.eurojust.europa.eu, 26 settembre 2024.

²⁸ Cfr. EUROJUST, *Eurojust annual report 2023*, cit., 79 s.

²⁹ COMMISSIONE EUROPEA, *Roadmap for lawful and effective access to data for law enforcement*, cit.

³⁰ COMMISSIONE EUROPEA, *High-level group on access to data for effective law enforcement - concluding report*, in www.home-affairs.ec.europa.eu, 15 novembre 2024.

³¹ Cfr. EUROJUST, *Eurojust annual report 2024*, in www.eurojust.europa.eu, 15 maggio 2025.

confronti delle piattaforme *EncroChat* e *Sky ECC*, *Europol* ha annunciato nel dicembre 2024 il *takedown* della piattaforma *MATRIX*³², ulteriore servizio di messaggistica criptata utilizzato da reti criminali operanti su scala internazionale³³.

Proprio in ragione di tali sviluppi, la Commissione europea ha osservato come, a seguito della compromissione di alcune grandi reti di comunicazione dedicate, numerosi gruppi criminali abbiano progressivamente ricominciato a utilizzare servizi di messaggistica *end-to-end* cifrati di uso comune³⁴.

Questo fenomeno contribuisce a spostare l'attenzione dal singolo dispositivo o dalla specifica piattaforma dedicata al più ampio processo di migrazione delle reti criminali tra diversi ecosistemi comunicativi, oscillanti tra infrastrutture chiuse e piattaforme commerciali *mainstream*. Ne emerge un quadro nel quale il rapporto tra innovazione tecnologica e strategie investigative appare caratterizzato da una dinamica di costante adattamento reciproco che rende sempre più complessa la definizione degli strumenti giuridici e operativi idonei ad affrontare le nuove forme di comunicazione criminale.

5. La trasformazione del modello investigativo europeo.

Alla luce della ricostruzione offerta, emerge che le operazioni investigative condotte sulle piattaforme *EncroChat* e *Sky ECC* hanno rappresentato un punto di svolta nel modello investigativo europeo, segnando una profonda evoluzione nelle modalità di raccolta, gestione e impiego probatorio dei dati digitali.

Come è noto, fino a tempi relativamente recenti, la cooperazione giudiziaria penale europea si è sviluppata prevalentemente secondo un paradigma reattivo e bilaterale, nel quale le autorità giudiziarie di uno Stato richiedevano a un altro Stato l'esecuzione di atti investigativi specifici – perquisizioni, sequestri, intercettazioni – attraverso strumenti di assistenza giudiziaria o, più recentemente, mediante l'O.E.I.³⁵.

Le investigazioni sulle piattaforme criptate hanno invece determinato l'emergere di un modello investigativo radicalmente diverso, caratterizzato da tre elementi fondamentali: centralizzazione operativa delle indagini, gestio-

³² EUROPOL, *Global crackdown on encrypted communication platform MATRIX*, in www.europol.europa.eu, 4 dicembre 2023.

³³ EUROPOL, *Serious and Organised Crime Threat Assessment (SOCTA) report*, in www.europol.europa.eu, 27 maggio 2025.

³⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Roadmap for lawful and effective access to data for law enforcement*, cit.

³⁵ In argomento, *ex multis*, R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 2018, 400 ss.; EAD., *The European investigation order in criminal matters: developments in evidence-gathering across the EU*, in *European criminal law review*, 2015, 5, 312 ss.; O. CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'Unione europea*, Milano, 2024, *passim*; F. ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, Milano, 2025, *passim*.

ne transnazionale dei dati investigativi; cooperazione strutturale tra autorità giudiziarie e organismi europei.

Lo si è visto ampiamente analizzando il caso *EncroChat*, per cui l'attività investigativa non si è limitata alla raccolta di prove relative a singoli procedimenti penali nazionali ma ha comportato l'acquisizione e l'analisi di un enorme volume di dati comunicativi relativi a decine di migliaia di utenti distribuiti in numerosi Stati membri³⁶. Ciò ha reso necessario lo sviluppo di un nuovo modello di cooperazione investigativa basato sull'azione coordinata di diversi attori istituzionali. Da un lato, le autorità giudiziarie nazionali hanno operato attraverso lo strumento delle *Joint Investigation Teams* (c.d. Squadre investigative comuni)³⁷ che hanno consentito di superare i tradizionali limiti territoriali delle indagini penali; dall'altro, agenzie europee come *Europol* ed *Eurojust* hanno svolto un ruolo sempre più centrale nella gestione operativa delle investigazioni transnazionali³⁸.

Dunque, se nel modello tradizionale l'indagine era organizzata attorno a un singolo procedimento nazionale, nel nuovo assetto investigativo essa tende a svilupparsi secondo una logica *data-driven*, nella quale il punto di partenza non è più il singolo fatto di reato ma l'acquisizione di grandi volumi di dati; di conseguenza, l'oggetto dell'analisi si sposta dall'individuo all'infrastruttura comunicativa utilizzata dalle organizzazioni criminali.

Questo fenomeno potrebbe essere interpretato come l'emergere di un nuovo paradigma investigativo che si potrebbe definire *platform-based investigation*; un paradigma in cui non ci si limita a captare le comunicazioni di singoli individui "sospettati", mirando a penetrare e monitorare l'intera infrastruttura tecnologica attraverso la quale le organizzazioni criminali comunicano e coordinano le proprie attività.

5.1. *Segue. Il nuovo paradigma investigativo alla prova delle garanzie fondamentali.*

Dal punto di vista giuridico, un simile modello procedimentale pone numerosi interrogativi: se le categorie probatorie tradizionali sono state con-

³⁶ Come precisato nel *First Report on Encryption*, le operazioni *EncroChat* e *Sky ECC* possono essere considerate i primi esempi di indagini penali *data-driven* nello spazio giudiziario europeo, nelle quali l'oggetto dell'attività investigativa non è tanto il comportamento di un singolo individuo, quanto l'intero ecosistema comunicativo utilizzato da una rete criminale. Cfr. EU INNOVATION HUB, *First report on encryption*, cit.

³⁷ In tema, fra gli altri, R. GERACI, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Torino, 2017, *passim*; L. PULITO, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, prospettive, avanguardie*, Bari, 2023, *passim*.

³⁸ In particolare, *Europol* ha svolto un ruolo fondamentale nell'analisi dei dati comunicativi acquisiti dai server delle piattaforme criptate, mettendo a disposizione degli Stati membri infrastrutture tecnologiche avanzate per il trattamento dei cosiddetti *big data* investigativi; *Eurojust* ha invece svolto una funzione di coordinamento giudiziario, facilitando la cooperazione tra le autorità giudiziarie dei diversi Stati membri e contribuendo alla gestione delle problematiche giuridiche connesse alla circolazione delle prove digitali.

cepite per disciplinare attività investigative rivolte a soggetti o dispositivi determinati, le indagini su larga scala possono riguardare migliaia o decine di migliaia di utenti contemporaneamente, molti dei quali potrebbero non essere nemmeno sospettati di alcun reato.

Si pone, in questo contesto, una questione imprescindibile di conformità alle garanzie fondamentali: non si tratta solo di confrontarsi con i precetti costituzionali e convenzionali in materia di segretezza delle comunicazioni, riservatezza e *privacy*³⁹ ma anche di comprendere se e in che termini l'acquisizione indiscriminata e la conservazione incontrollata di tutte le informazioni transitati o giacenti sul *server* possa collidere con i principi europei che, di fatto, neutralizzano il rischio di sorveglianza di massa⁴⁰.

Intanto, va rammentato che ogni accesso in uno spazio informatico - indipendentemente dalla natura delle informazioni in esso ospitati - determina un'interferenza nella vita privata «non auspicabile e difficilmente compatibile

³⁹ Ci si riferisce alla libertà delle comunicazioni (art. 15 Cost.), nonché alla tutela della privacy e della riservatezza, di cui all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che rappresentano - si sa - il fulcro di quel complesso di prerogative della personalità cui la Carta costituzionale e convenzionale riconoscono il carattere dell'intangibilità. Seppur condivisibile la concezione per cui l'art. 15 Cost. «è uno dei riferimenti utilizzabili per fondare e delimitare costituzionalmente la stessa nozione di riservatezza» (G. SALERNO, *La protezione della riservatezza e l'inviolabilità della corrispondenza*, in R. NANIA-P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, 415), il diritto alla segretezza delle comunicazioni non va confuso con il diritto alla riservatezza su quanto è comunicato. Elemento distintivo della libertà di comunicare segretamente rispetto al diritto alla *privacy* è l'aspetto dinamico: vi deve essere un messaggio che un soggetto (mittente) voglia far pervenire nella sfera conoscitiva del destinatario senza che terzi ostacolino il rapporto comunicativo. La tutela della segretezza della comunicazione vuole evitare l'illegittima conoscenza del contenuto della comunicazione, «[...] mentre la tutela della riservatezza è rivolta particolarmente contro l'abuso che consegue alla legittima conoscenza sia del contenuto sia degli elementi esteriori della corrispondenza». Così V. ITALIA, *Libertà e segretezza della corrispondenza e delle comunicazioni*, Milano, 1963, 87. La segretezza è, dunque, funzionale all'azione comunicativa intersoggettiva e solo quelle situazioni di fatto astrattamente riconducibili alla libertà di comunicare riservatamente potranno godere della riserva di giurisdizione espressamente prevista dall'art. 15 Cost. Cfr. P. BALDUCCI, *Le garanzie nelle intercettazioni tra costituzione e legge ordinaria*, Milano, 2002, 73 s.; A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 33 ss. Sui rapporti tra investigazioni digitali e tutela della riservatezza, *ex multis*, S. ALLEGREZZA, *Giustizia penale e diritto all'autodeterminazione dei dati personali nella regione Europa*, in D. NEGRI (a cura di), *Protezione dei dati e accertamento penale. Verso la creazione di un nuovo diritto fondamentale?*, Roma, 2007, 59 ss.; L. LUPARIA, *Privacy, diritti della persona e processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1448 ss. Sul tema, inoltre volendo, W. NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi. Riflessi sul procedimento probatorio*, Padova, 2018, 231 ss.

⁴⁰ Come precisa la Corte EDU, sussiste una violazione dell'art. 6, comma 2, Cedu tutte le volte in cui l'autorità giudiziaria non ha indicato in maniera esaustiva i motivi che hanno determinato la compressione delle libertà fondamentali. Corte EDU, 26 giugno 2016, *Mugosa c. Montenegro*; Corte EDU, 10 novembre 2015, *Slavov e altri c. Bulgaria*. Inoltre, sussiste una violazione dell'art. 8 Cedu ogni qualvolta il provvedimento con cui vengono disposte le intercettazioni non viene corredato da una solida motivazione quanto ai suoi presupposti; nondimeno, è compito dell'autorità monitorare con costanza la permanenza delle ragioni che, ai tempi, imponevano la captazione occulta. Da ultimo, Corte EDU, 12 gennaio 2023, *Potoczka and Adamco c. Slovacchia*.

in una società democratica»⁴¹ e, di conseguenza, una potenziale violazione delle prerogative fondamentali⁴².

Ancor di più, quando si ha a che fare con indagini informatiche su larga scala, si corre il rischio di collidere con il diritto alla «riservatezza informatica»⁴³, da intendersi quale potere di esercitare «un controllo sui propri dati»⁴⁴ e – ragionando *a contrario* – quale divieto di acquisizione indiscriminata di informazioni conservate su sistemi informatici o in Rete, pena la violazione delle garanzie di libertà dell'individuo che proietta sempre più spesso la sua personalità nell'etere digitale⁴⁵.

Ciò significa che qualsivoglia intromissione generalizzata nella vita privata «digitalizzata» entra in conflitto con il canone di proporzionalità⁴⁶ tutte le volte in cui viene meno l'equilibrio che sempre deve sussistere tra esigenze di indagine e tutela delle libertà fondamentali⁴⁷.

⁴¹ Così Corte EDU, Grande Camera, 2 agosto 1984, *Malone c. Regno Unito*, n. 8691/79, § 67. Il principio è stato ribadito anche in diverse successive pronunce. *Ex plurimis*, 18 maggio 2010, *Kennedy c. Regno Unito*, n. 26839/05, § 118-129 e 151.

⁴² Si pensi quali l'art. 13 Cost., baluardo della libertà di ogni individuo, l'art. 14 Cost., posto a protezione del domicilio, l'art. 15 Cost., che tutela la libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione. nonché – spostando lo sguardo oltre i confini nazionali – l'art. 8 CEDU, in materia di riservatezza della vita privata e familiare nel suo complesso. In questo senso G. UBERTIS, *Sistema di procedura penale. Principi generali*, Milano, 2013, 202 ss.

⁴³ Per tutti, R. FLOR, voce *Riservatezza informatica (tutela penale della)*, in *Diritto online*, www.treccani.it, 2017. Altri Autori parlano di «intangibilità della vita digitale» che a differenza della garanzia della segretezza ed integrità dei sistemi informatici, non focalizza la propria sfera di protezione sullo strumento informatico in sé considerato ma si concentra sull'individuo in rapporto a qualunque dato o attività svolta nell'ambito di un sistema informatico e della Rete. Cfr. R. ORLANDI, *La riforma del processo penale fra correzioni strutturali e tutela "progressiva" dei diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1151; S. SIGNORATO, *Le indagini penali informatiche. Lessico, tutela dei diritti fondamentali. Questioni generali*, Torino, 2017, 71.

⁴⁴ S. RODOTÀ, voce *Riservatezza*, in *Enc. italiana*, VII, 2007, in www.treccani.it.

⁴⁵ 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 dell'Associazione tra gli Studiosi del processo penale, Milano, 2019, 55; S. SIGNORATO, *Le indagini penali informatiche. Lessico, tutela dei diritti fondamentali. Questioni generali*, Torino, 2017, 71.

⁴⁶ Sul tema, senza pretese di completezza, D. NEGRI, *Compressione dei diritti di libertà e principio di proporzionalità davanti alle sfide del processo penale contemporaneo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, f. 1, 3 ss.; F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 8 gennaio 2018; G. TROGU, *Intrusioni segrete nel domicilio informatico*, in A. SCALFATI (a cura di), *Le indagini atipiche*, II ed., Torino, 2019, 579.

⁴⁷ Come precisato, «[L]a proporzionalità evoca [...] una correlazione del mezzo rispetto al fine, nel senso che tra strumento normativo regolatore e realizzazione del fine che con esso si intende perseguire, l'opera di "bilanciamento" deve condurre ad un equilibrato componimento dei sacrifici». Così A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 19 ss. Il principio è evocato a più riprese dalla Corte di Strasburgo. Cfr., più di recente, Corte EDU, 16 maggio 2023, *Ships Waste Oil Collector B.V. c. Paesi Bassi*, n. 2799/16; 12 gennaio 2023, *Potoczka and Adamco c. Slovacchia*, n. 7286/16. In dottrina, ampiamente, L. PARLATO, *Libertà della persona nell'uso delle tecnologie digitali: verso nuovi orizzonti di tutela nell'accertamento penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, f. 2, 291.

Alla luce di tali considerazioni, non può non ammettersi che ogni indagine sulle piattaforme criptate rischia di eccedere i limiti consentiti, trasformandosi in una sorveglianza indiscriminata di una pluralità indistinta di soggetti che, potenzialmente, nulla ha a che fare con le indagini⁴⁸. Dovendo, infatti, ritenere esclusa la possibilità di effettuare a monte una cernita tra le risultanze rilevanti e irrilevanti per l'indagine in corso, il principio di proporzionalità esce seriamente compromesso: in questi casi, infatti, l'acquisizione dei dati informatici non può essere circoscritta a precisi scopi di prevenzione o repressione di ipotesi di reato predeterminate ma si estende inevitabilmente a ogni comunicazione di ogni utente che fa uso di quel sistema operativo.

Sotto altro aspetto, l'acquisizione della messaggistica su piattaforme criptate – in qualunque forma la si voglia intendere – determina una potenziale violazione dei principi comunitari che regolano il trattamento, la conservazione e la cancellazione delle comunicazioni elettroniche.

Ci si riferisce, in particolare, agli artt. 5 e 6 della direttiva 2002/58/CE⁴⁹, che – ferma restando la possibilità per gli Stati di adottare disposizioni legislative diverse per prevenire, accertare e perseguire reati, ex art. 15, § 1⁵⁰ – prevedono il divieto di captare, memorizzare, intercettare o sorvegliare le comunicazioni senza consenso degli utenti, prescrivendo altresì l'obbligo di cancellazione e anonimizzazione quando i dati non sono più necessari ai fini della trasmissione della comunicazione⁵¹.

Proprio tali obblighi di trattamento “selettivo” e cancellazione pongono problemi di compatibilità dell'acquisizione della messaggistica crittografata conservata in un *server* con il diritto alla riservatezza delle comunicazioni garantito dalla normativa comunitaria che, come anche precisato dalla Corte di Lussemburgo, impone un divieto di procedere a «una conservazione generalizzata e indifferenziata dei dati relativi al traffico [...] degli utilizzatori dei servizi telefonici»⁵², sempre nel rispetto del principio di proporzionalità dell'ingerenza rispetto allo scopo da raggiungere.

⁴⁸ Sul punto, I. NERONI REZENDE, *Criminal justice and data protection*, Torino, 2026, 151 ss.; W. NOCERINO, *Le intercettazioni e i controlli preventivi*, cit., 231 ss.

⁴⁹ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche.

⁵⁰ Secondo la previsione di cui all'art. 15, § 1, direttiva 2002/58/CE, «gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli artt. 5 e 6, qualora tale restrizione costituisca [...] una misura necessaria, opportuna e proporzionata [...] per [...] l'accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica».

⁵¹ In un già affastellato contesto normativo, si aggiungono le previsioni di cui agli artt. 132 Cod. *privacy* e 24, l. 20 novembre 2017, n. 167, per cui si impongono doveri di cancellazione dei dati di traffico telefonico, telematico e delle chiamate senza risposta entro un periodo massimo di settantadue mesi. Sul tema, per tutti, A. MALACARNE-G. TESSITORE, *La ricostruzione della normativa in tema di data retention e l'ennesima scossa della Corte di giustizia: ancora inadeguata la normativa interna?*, in *Arch. pen.*, 2022, 3, 1.

⁵² CGUE, Grande Sezione, sentenza 20 settembre 2022, n. 793; Grande Sezione, sentenza 5 aprile 2022, n. 140.

Tuttavia, nonostante l'evidente menomazione delle più elementari prerogative individuali e collettive che tali strumenti possono comportare, va evidenziato il ruolo centrale che le attività investigative in esame ricoprono nel processo di neutralizzazione della minaccia criminale, sicché non appare realisticamente ipotizzabile che il sistema penale possa farne completamente a meno⁵³. Va infatti considerato che il ricorso alle moderne tecniche di captazione risponde all'esigenza di fronteggiare i "nuovi" fenomeni criminali, tutelando il più generale bisogno di sicurezza⁵⁴ individuale e collettiva, quale bene costituzionale «imprescindibilmente legato alla vita, all'incolumità fisica, al benessere dell'uomo e alla qualità della sua esistenza, nonché alla dignità della persona»⁵⁵.

In questa prospettiva, la questione non può essere ridotta a una contrapposizione astratta tra esigenze investigative e diritti fondamentali, richiedendo piuttosto la costruzione di un assetto normativo e interpretativo capace di ricondurre l'impiego di tali strumenti entro un quadro di legalità, necessità e proporzionalità, nel quale l'efficacia dell'azione di contrasto alla criminalità si concili con la salvaguardia delle garanzie che presidiano il giusto processo.

6. Verso un "diritto europeo" dell'accesso investigativo ai dati (*lawful access*).

Alla luce delle evoluzioni più recenti, è possibile formulare alcune ipotesi circa le traiettorie future del "diritto probatorio europeo"⁵⁶.

⁵³ Come evidenziato, «[I] rito penale deve certo ispirarsi alle innovazioni tecnologiche: la criminalità si evolve, si attrezza, diventa sempre più subdola e pericolosa; a tale progresso deve adeguarsi il processo, pena la trasformazione in un'arma spuntata, inidonea a raggiungere lo scopo». Così C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1210.

⁵⁴ La dottrina, in particolare quella costituzionalistica, si è lungamente interrogata sulla definizione di "sicurezza" e sul suo fondamento costituzionale. Secondo G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, *La sicurezza: un valore superprimario*, in *Percorsi costituzionali*, 2018, 1, 1 ss., la sicurezza non è solo un diritto costituzionale, ma «un valore superprimario», che, in quanto tale, non si presta al bilanciamento secondo i canoni tradizionali. Secondo P. ZANON, *Un diritto fondamentale alla sicurezza?*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 11, 1555, anche la sicurezza rientra a pieno titolo tra i diritti personali e primari, perfettamente conformi allo Stato di diritto. Sul tema, diffusamente, M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in AA.VV., *I diversi volti della sicurezza*, a cura di G. COCCO, Milano, 2012, 1 ss.; S.W. BRENNER, *Cybercrime, cyberterrorism and cyberwarfare*, in *Revue internationale de droit penal*, 2007, 453 ss.; A. PACE, *Libertà e sicurezza. Cinquant'anni dopo*, in AA.VV., *Costituzioni e sicurezza dello Stato*, a cura di A. TORRE, Rimini, 2014, 551 ss.; C. SARZANA DI SANT'IPPOLITO, *Sicurezza informatica e lotta alla cybercriminalità: confusione di competenze e sovrapposizione di iniziative amministrative e legislative*, in *Dir. internet*, 2005, f. 5, 437 ss. Con precipuo riferimento alla sicurezza informatica quale nuovo bene protetto, per tutti, R. FLOR, *Riservatezza informatica e sicurezza informatica quali nuovi beni giuridici penalmente protetti*, in AA.VV., *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, a cura di V. MILITELLO-A. SPENA, Torino, 2018, 463 s.

⁵⁵ Così G. CERRINA FERONI-G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, cit., 3 s.

⁵⁶ Come sottolinea S. ALLEGREZZA, *Prova scientifica e dimensione europea*, in G. CANZIO-L. LUPARIA

Una prima linea di indirizzo riguarda la progressiva centralizzazione delle operazioni investigative volte all'acquisizione di prove digitali su larga scala.

Le indagini condotte negli ultimi anni hanno mostrato come la gestione dei *big data* richieda infrastrutture tecnologiche e competenze difficilmente sviluppabili a livello esclusivamente nazionale, con la diretta conseguenza di trasformare l'assetto unionale in un modello tendenzialmente accentrato, nel quale capacità tecniche, piattaforme di analisi e processi decisionali tendono a concentrarsi in pochi poli dotati delle risorse necessarie per sostenere tali attività.

Di talché, il trattamento e l'elaborazione dei dati comunicativi si spostano progressivamente verso strutture sovranazionali o verso attori istituzionali dotati di maggiore capacità tecnologica, con effetti rilevanti sia sul piano dell'efficienza operativa sia su quello della *governance* e del controllo delle informazioni.

In questa prospettiva, appare plausibile ipotizzare un rafforzamento del ruolo delle agenzie europee, e in particolare di *Europol*, nella gestione delle informazioni provenienti dalle comunicazioni digitali; non a caso, tale agenzia – da centro di supporto analitico – sta sempre più assumendo il ruolo di vero e proprio *hub* investigativo europeo per l'analisi delle comunicazioni digitali⁵⁷, operando in sinergia con le autorità giudiziarie nazionali nell'ambito delle indagini relative alla criminalità organizzata transnazionale.

Una seconda linea di sviluppo riguarda il progressivo consolidamento di un diritto transfrontaliero all'accesso investigativo ai dati digitali. L'esigenza di un'interazione tra livello giurisdizionale nazionale e livello sovranazionale evidenzia come le indagini penali stiano progressivamente evolvendo verso una struttura multilivello⁵⁸ nella quale le regole relative all'acquisizione e all'utilizzazione delle prove digitali non possono più essere comprese esclusivamente alla luce delle categorie del diritto interno.

Questa impellente necessità di cooperazione trova espressione nella recente stratificazione normativa europea in materia di circolazione delle prove elettroniche⁵⁹, culminata nel c.d. pacchetto *e-Evidence*⁶⁰ che istituisce stru-

(a cura di), *Prova scientifica e processo penale*, III ed., Padova, 2025, 136, il diritto delle prove europeo è ormai polarizzato esclusivamente sui meccanismi di cooperazione tra gli Stati membri.

⁵⁷ La trasformazione del ruolo di *Europol* in pieno *hub* investigativo è già riscontrabile all'interno del Reg. (UE) 2016/794, in cui l'all. II tende ad ampliare la mole di dati di cui può disporre l'Agenzia, avvicinandola progressivamente ai compendi informativi dei servizi nazionali di *intelligence*. In argomento, fra gli altri, T. QUINTEL, *Europol's data dominance: the multifaceted involvement and impact of data analytics across sectors*, in *European papers*, 2025, 10, 3, 747 ss.

⁵⁸ In tema, KOSTORIS (a cura di), *Manuale di diritto processuale penale europeo*, VI ed., Milano, 2025, *passim*.

⁵⁹ Tra le normative europee stratificatesi sul punto, si ricordano la dir. 2014/41/UE relativa all'O.E.I. e il Secondo Protocollo addizionale alla Convenzione di Budapest del 2021.

⁶⁰ In argomento, A. JUSZCZAK-E. SASON, *The use of electronic evidence in the European Area of Freedom, Security, and Justice*, cit., 182 ss.; F. SANVITALE, *La tutela dei diritti nel c.d. e-evidence package*, cit., 1475 ss.

menti procedurali uniformi per la richiesta e la trasmissione di dati elettronici tra Stati membri, rafforzando il ruolo delle autorità nazionali nell'accesso transfrontaliero ai dati digitali.

Per onestà intellettuale, va considerato che una simile prospettiva, sebbene suggestiva, non riesce a superare le criticità esistenti.

Da una parte, va rilevata l'assenza di strumenti *ad hoc* per procedere a investigazioni transazionali per l'acquisizione di dati su larga scala. L'attuale assetto normativo (sia interno che unionale), infatti, è stato concepito prevalentemente per richieste di prove "mirate", risultando strutturalmente inadeguato rispetto a fenomeni investigativi che implicano la raccolta massiva di informazioni digitali, spesso distribuite su molteplici giurisdizioni e detenute da una pluralità di fornitori di servizi.

In tali contesti, non solo manca una base giuridica chiara che consenta alle autorità di operare in modo coordinato ed efficace ma difettano anche protocolli operativi condivisi che definiscono modalità, limiti e responsabilità nell'acquisizione dei dati. Ne deriva una situazione di incertezza applicativa in cui le autorità nazionali sono costrette a ricorrere a strumenti pensati per la cooperazione bilaterale o a soluzioni interpretative estensive, con evidenti rischi di illegittimità e di inutilizzabilità della prova⁶¹.

Dall'altro, vanno considerate le persistenti disomogeneità tra gli ordinamenti nazionali in materia di acquisizione e trattamento della prova digitale; il che genera incertezza nella scelta dello strumento più appropriato cui ricorrere nel caso concreto, rendendo ancora necessario il ricorso a strumenti di armonizzazione più incisivi a livello sovranazionale in materia *de qua*⁶². Non di rado, infatti, accade che attività investigative analoghe siano qualificate in modo diverso nei vari ordinamenti nazionali; un'operazione di acquisizione di dati digitali può essere considerata, a seconda del sistema giuridico, come intercettazione, sequestro di dati informatici, acquisizione documentale o semplice richiesta di informazioni. Queste divergenze incidono sui livelli di autorizzazione, sulle garanzie procedurali e sull'utilizzabilità delle prove.

Al fine di superare le criticità evidenziate, sarebbe auspicabile un intervento del legislatore, chiamato a delimitare il perimetro entro cui possono essere esperite le attività di captazioni di *big data* su *server* operanti in territori unionali⁶³.

⁶¹ In tema, fra gli altri, R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, cit., 400 ss.; EAD., *The European investigation order in criminal matters: developments in evidence-gathering across the EU*, cit., 312 ss.; O. CALAVITA, *L'ordine europeo di indagine. Presente e futuro della cooperazione probatoria nell'Unione europea*, cit., 289 ss.; F. ERTOLA, *L'ordine europeo di indagine penale*, cit., 333 ss.

⁶² Sul punto, *ex multis*, V. BAJOVIC-V. CORIC, *Encrochat and Sky ecc Data as Evidence*, cit., 260; D. CURTOTTI-V. RIZZI-W. NOCERINO-A.M. RUSSITTO-G. GILIBERTI-G. SCARPA, *Piattaforme criptate e prova penale*, cit., 196; W. NOCERINO, *L'acquisizione della messaggistica su sistema criptati: intercettazioni o prova documentale?*, in *Cass. pen.*, 2023, 2801; C. PALLANTE, *Investigations into encrypted platforms*, cit., 7.

⁶³ Secondo G. SPANGHER, *Criptofonini: le sentenze delle Sezioni Unite*, cit., 3, «occorre riscrivere lo statuto delle prove penali stante l'inadeguatezza dell'attuale disciplina sia sotto il profilo della ne-

Un simile intervento non potrebbe che collocarsi, in via prioritaria, a livello sovranazionale, attesa la natura intrinsecamente transfrontaliera dei flussi di dati digitali, traducendosi nella definizione di una cornice normativa comune idonea a legittimare e regolamentare, in termini generali, il ricorso a forme di acquisizione di dati su larga scala.

In altri termini, spetterebbe al legislatore europeo individuare i presupposti, i limiti e le garanzie fondamentali entro cui tali attività possono essere svolte, delineando un modello unitario di riferimento che consenta di superare le attuali incertezze qualificatorie e applicative.

All'interno di tale cornice, i legislatori nazionali sarebbero quindi chiamati a dare concreta attuazione alle previsioni unionali, disciplinando in modo puntuale gli strumenti investigativi per acquisire flussi di *big data* su scala transnazionale, adattandoli alle specificità dei rispettivi sistemi processuali.

Nell'ordinamento interno si potrebbe parlare di una inedita categoria di intercettazioni (c.d. captazioni infrastrutturali) volte all'acquisizione non di comunicazioni tra soggetti determinati ma all'accesso investigativo ai sistemi digitali che fungono da infrastrutture di comunicazione per reti criminali organizzate⁶⁴.

Ne deriverebbe un assetto nel quale il livello sovranazionale non si sostituisce a quello interno ma ne orienta e ne legittima l'azione, rendendo possibile l'utilizzo di tecniche investigative avanzate in un contesto di certezza giuridica e di garanzie uniformi. Solo in tal modo, infatti, le attività di captazione su larga scala possono trovare un fondamento normativo solido e condiviso, evitando tanto il rischio di vuoti di tutela quanto quello di prassi applicative disomogenee tra gli Stati membri.

cessità di accrescere la riserva di giurisdizione, sia alla luce a questa collegata delle implicazioni dello sviluppo scientifico e tecnologico, anche nella prospettiva dell'IA». Secondo F. NICOLICCHIA, *A passi incerti nel solco di categorie evanescenti*, cit., 201, non bisogna per forza "salvare" la prova (e quindi lo strumento di cooperazione con cui questa circola), risultando più opportuno stimolare il legislatore ad intervenire in materia.

⁶⁴ Una simile categoria si distinguerebbe dalle intercettazioni tradizionali per almeno due profili: in primo luogo, per il fatto che l'attività investigativa è rivolta all'infrastruttura comunicativa e non esclusivamente ai singoli utenti; in secondo luogo, per la dimensione necessariamente transnazionale delle operazioni che richiede il coordinamento tra autorità giudiziarie di diversi Stati e il ricorso agli strumenti di cooperazione previsti dal diritto dell'UE.

APPUNTI SUL TEMA DELL'IGNORANZA DELIBERATA: UNA "DOTTRINA" ADATTABILE ALL'ORDINAMENTO ITALIANO?

Francesco Rossi*

Sommario: *Sezione prima. Oggetto e scopo della ricerca.* – **1.** Introduzione. – **1.1.** Anticipazione. – **2.** Rilevanza del tema e coordinate minime per la comparazione. – **2.1.** Cenni storici. Le concezioni *tripartite* dell'errore sul fatto e le tendenziali convergenze in merito all'inefficacia esimente dell'ignoranza deliberata. – **2.2.** Dal passato al presente: l'inadeguatezza della distinzione *bipartita* dell'errore sul fatto e i rischi insiti in una riscoperta dell'ignoranza deliberata. – **2.3.** Uno sguardo cursorio agli inquadramenti sistematici dell'ignoranza deliberata. – *Sezione seconda. Analisi.* – **3.** L'ignoranza deliberata osservata attraverso le lenti del dolo eventuale nell'ordinamento italiano. – **3.1.** Alcuni spunti di riflessione attorno a un possibile riconoscimento dell'ignoranza deliberata nell'ambito del dolo eventuale. – **4.** Di nuovo sugli stati di dubbio, in bilico tra dolo eventuale e colpa cosciente. – **4.1.** Chiave di lettura: la volontà come surrogato della rappresentazione parzialmente pretermessa. Contesto, rischio, mantenimento strategico del dubbio e motivi. – **4.2.** *Dolus in re ipsa?* – **4.2.1.** Il contributo fornito dall'ignoranza deliberata alla soluzione di casi controversi: i segnali d'allarme nel diritto penale economico, l'*error aetatis* e l'errore sul consenso nei delitti sessuali. – **4.2.2.** Alcune critiche e possibili repliche. – **5.** Proposta: l'ignoranza deliberata dolosa come sfruttamento strategico di uno stato di dubbio. – **5.1.** Ignoranza deliberata ed errore sul fatto. – **5.1.1.** Analisi e proposta. – **5.1.2.** Critiche e potenziali ripercussioni sul piano sistematico. – **5.1.3.** Alcune possibili repliche. – **5.1.3.1.** «Al diritto penale non è e non può essere indifferente la causa dell'errore». – **5.2.** Ignoranza deliberata e motivi. – **6.** Conclusioni interlocutorie sull'adattabilità dell'ignoranza deliberata all'ordinamento italiano.

ABSTRACT

La soluzione dei casi di ignoranza deliberata, nei quali si decide di realizzare una condotta in una situazione obiettivamente rischiosa e in uno stato di dubbio, costituisce un nodo irrisolto nella teoria dell'elemento soggettivo del reato. Al riguardo, il raffronto tra l'ordinamento spagnolo e quello italiano sembra rivelare la mancanza di un'ubicazione sistematica persuasiva dell'ignoranza deliberata. Nel presente lavoro viene rivisitata criticamente la relazione tra l'ignoranza deliberata stessa, il dolo eventuale e l'errore sul fatto.

* Ricercatore, *Universidad Carlos III de Madrid*. L'autore ringrazia Francisco Javier Álvarez García, Donato Castronuovo, Massimo Donini, Jacobo Dopico Gómez-Aller e Michele Pifferi per i commenti alle prime versioni del lavoro.

The solution to cases of willful ignorance, in which a decision is made to act in a situation that poses an objective risk and in a condition of doubt, marks an unsettled issue in the theory of the subjective element of crime. In this regard, a comparison between the Spanish and Italian legal systems seems to show a lack of a compelling systematic approach to willful ignorance. This paper critically reviews the interplay between willful ignorance, dolus eventualis, and mistake of fact.

SEZIONE PRIMA

OGGETTO E SCOPO DELLA RICERCA

1. Introduzione.

A che titolo è responsabile il soggetto che realizza una condotta in circostanze obiettivamente rischiose, dubitando della effettiva sussistenza di una situazione penalmente rilevante ed *evitando intenzionalmente di acquisire informazioni* per risolvere tale stato di dubbio?

In Spagna, il quesito con cui si apre il presente lavoro viene risolto attraverso il riferimento all'*ignoranza deliberata* (*ignorancia deliberada*, o *ceguera ante los hechos*)¹: realizzare il fatto tipico *non volendo sapere di più*² può far scattare la responsabilità per *dolo eventuale*. Fin dalle sue prime apparizioni nelle pronunce del *Tribunal Supremo* spagnolo, la *doctrina jurisprudencial*

¹ Per vero, seppure in questo paragrafo introduttivo i due termini vengano impiegati come sinonimi, le ipotesi di ignoranza deliberata si discosterebbero da quelle di *ceguera ante los hechos*: secondo la definizione fornita da M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *A vueltas con el dolo*, in V. GÓMEZ MARTÍN *et. al.* diretto da, *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*, Madrid, 2022, 556, la *ceguera ante los hechos* consisterebbe nella colpa grave incosciente.

² Esulano dall'oggetto del presente lavoro le ipotesi, affatto peculiari, in cui l'autore *non vuole sapere affatto* (che RAGUÉS I VALLÉS definisce come "*ignorancia deliberada* stricto sensu": R. RAGUÉS I VALLÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Barcellona 2007, 109 ss.). Per un'introduzione ai profili problematici dell'"ignoranza deliberata in senso stretto", sia consentito il rinvio a F. ROSSI, *Un'introduzione al problema dell'"ignoranza deliberata" nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, in *LP*, 27 settembre 2022, 9 ss. e 24 ss. Gli esempi paradigmatici di questa forma di ignoranza deliberata che RAGUÉS I VALLÉS adduce riguardano: (i) il soggetto in posizione apicale che predispose l'organigramma dell'impresa in modo tale da impedire la ricezione nei "piani alti" di qualsivoglia informazione pregiudizievole e da eludere l'accusa per gli illeciti penali commessi da soggetti in posizione subordinata (R. RAGUÉS I VALLÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 111-112); (ii) il sindaco che, per non paralizzare un procedimento amministrativo, approva in rapida successione un numero elevato di atti predisposti dai suoi collaboratori, i quali soltanto ne conoscono il contenuto (*ivi*, 112); (iii) il proprietario che vieta al lavoratore domestico di ricevere qualunque atto pubblico di cui si tenti la notifica, con l'obiettivo di allegare l'ignoranza del contenuto dell'atto stesso (*ivi*, 112-113); (iv) il caso di Albert Speer, ministro del Terzo Reich, il quale sostenne nel processo di Norimberga di aver deliberatamente omesso di conoscere la realtà del campo di concentramento di Auschwitz (*ivi*, 113-114). Laddove non si adotti una prospettiva di indagine di segno puramente processualistico-probatorio, da un primo sguardo ai casi in questione sorgono dubbi sul piano sistematico che appaiono meritevoli, per la loro marcata complessità, di una trattazione separata.

dell'ignoranza deliberata ha suscitato un nutrito dibattito³. Lo stesso può dirsi, *mutatis mutandis*, per altri ordinamenti giuridici⁴. Sebbene, agli albori, l'ignoranza deliberata sia stata elaborata nei sistemi di *common law* per ragioni squisitamente probatorie, per colmare il *gap* tra dubbio intenzionalmente mantenuto e conoscenza effettiva e scartare l'addebito colposo⁵, la penetrazione dell'ignoranza deliberata stessa all'interno di sistemi giuridici di *civil law* ha finito per generare interferenze con le categorie classiche dell'elemento soggettivo del reato. Lo dimostra, emblematicamente, l'esperienza spagnola: a venticinque anni dal "caso pilota" risolto dal *Tribunal Supremo* – di fronte a un'accusa di ricettazione per aver trasportato una somma ingente di denaro ad Andorra in cambio di una commissione, nonché all'allegazione difensiva dell'ignoranza rispetto alla provenienza delittuosa del medesimo⁶ –, le migliaia di pronunce in cui viene richiamata l'ignoranza deliberata – nel complesso, più di tremila – non hanno ancora chiarito se si tratti di una «quar-

³ Per un quadro sinottico, sia consentito il rinvio a F. Rossi, *Un'introduzione al problema dell'"ignoranza deliberata" nella teoria dell'elemento soggettivo del reato*, cit., 4 ss.

⁴ Basti pensare all'estrema varietà di posizioni mantenute in seno alla tradizione penalistica di *common law*. Sempre in via di estrema sintesi, secondo una parte della dottrina, la *willful blindness* possiederebbe gli elementi strutturali della *recklessness*, intesa come l'assunzione sconsiderata di un rischio grave e ingiustificabile: *ex multis*, cfr. I.P. ROBBINS, *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1990, 81, Iss. 2, 220 ss. Un'altra parte della dottrina argomenta che la *willful blindness* dovrebbe essere abbandonata, poiché le previsioni del *Model Penal Code* in tema di conoscenza degli elementi materiali del reato – § 2.02 (7) – consentirebbero già di punire anche le ipotesi in questione sotto l'ombrello della *knowledge*: J.L. MARCUS, *Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness*, in *The Yale Law Journal*, 1993, 102, Iss. 8, 2256-2257. Altri commentatori sostengono che la *willful blindness* si collocherebbe a mezza via tra *knowledge* e *recklessness* (cfr. D. HUSAK, *Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*, in D. HUSAK, *The Philosophy of Criminal Law: Selected Essays*, Oxford, 2010, 200 ss.) e ne individuano i requisiti nel sospetto fondato sulla concorrenza della situazione di rischio, nel mantenimento deliberato dello stato di dubbio e nello «scopo cosciente di evitare la responsabilità penale» (R. CHARLOW, *Willful Ignorance and Criminal Culpability*, in *Texas Law Review*, 1992, 70, 1429). Secondo un'altra parte ancora della dottrina, alcune ipotesi di *willful blindness* supererebbero addirittura in gravità la soglia della *knowledge*. Sarebbe questo il caso, secondo LUBAN, di quei «grandi macchinatori» che fanno dell'illecito l'obiettivo della loro linea di azione e che architettano la loro stessa ignoranza «come una precauzione per schermarsi dalla responsabilità», introducendo un «calcolo» che li eleverebbe persino al di sopra di chi agisce sapendo ciò che fa (D. LUBAN, *Contrived Ignorance*, in *The Georgetown Law Journal*, 1999, 87, 968). Per ulteriori riferimenti a sistemi penali in cui la *willful blindness* è stata riprodotta sul piano giurisprudenziale, si rinvia a S. TOTH SYDOW, *A teoria da cegueira deliberada*, Belo Horizonte, 2016; F.T. RIZZI, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, Buenos Aires, 2020; L.G. FERNÁNDEZ BUDAJIR, *Aproximación al concepto de willful blindness y su tratamiento en criminal law*, tesi dottorale, Barcellona, 2018, 138 ss. Il tema dell'*ignorancia deliberada* ha altresì suscitato interesse nella letteratura messicana e nella manualistica cilena: si veda rispettivamente A.E. NAVA GARCÉS, *Aproximaciones al concepto de la ignorancia deliberada*, Città del Messico, 2021; J.P. MATUS ACUÑA, M.C. RAMÍREZ GUZMÁN, *Manual de Derecho penal chileno. Parte general*, 2ª ed., Valencia, 2021, 415-416.

⁵ *Ex multis*, A.K. WEBSTER, *How to theorise about the criminal law: thoughts on methodology prompted by Alex Sarch's Criminally Ignorant*, in *Jurisprudence*, 2021, 12, Iss. 2, 249.

⁶ STS 1637/1999, depositata il 10 gennaio 2000.

ta classe del dolo», un'«ipotesi specifica di dolo eventuale» o una «regola probatoria»⁷.

Tra la seconda metà del XIX secolo e la prima metà del XX secolo, le pronunce che hanno fatto da apripista (*i-ii* nel Regno Unito; *iii-v* negli Stati Uniti) risolsero: (*i*) un caso di detenzione illecita di beni di proprietà del governo, nel quale non venne raggiunta la prova della conoscenza o dell'astensione deliberata dall'acquire la conoscenza della titolarità dei medesimi⁸; (*ii*) un caso di connivenza nello svolgimento del gioco d'azzardo in locali gestiti dall'imputato, rispetto al quale si ritenne sufficiente istruire la giuria riguardo alla prova di circostanze da cui fosse possibile inferire che gli imputati «*had connived at what was going on*»⁹; (*iii*) un caso di falsa testimonianza nel quale si riconobbe che, laddove il testimone sospettasse della falsità delle dichiarazioni e si fosse astenuto dal verificare ciò che avrebbe dovuto sapere, «*knowledge might be inferred*»; (*iv*) vari casi di bancarotta in seguito al mancato inventario dei beni, nei quali la conoscenza del fatto poteva essere sostituita dall'aver l'imputato «*willfully closed his eyes*» di fronte all'evidenza di uno stato patrimoniale gravemente deficitario; (*v*) casi, altrettanto numerosi, di traffico di sostanze stupefacenti con passaggi incompleti e allusivi di consegne, occultamento delle sostanze stesse e allegazioni di un'ignoranza rispetto alla merce detenuta o trasportata quale «*convenient defense*»¹⁰.

Anche in Spagna, in seguito al suddetto procedimento per un reato di ricettazione, nel periodo tra il 2000 e il 2006 la giurisprudenza ha impiegato l'ignoranza deliberata in casi: (*i*) di *narcotráfico*; (*ii*) di riciclaggio; (*iii*) di detenzione di esplosivi, di favoreggiamento personale e di concorso esterno in organizzazione terroristica per non aver voluto sapere, rispettivamente, cosa contenevano borsoni consegnati da membri di *ETA*, chiarire le ragioni della richiesta urgente di accompagnare il fidanzato dal *País Vasco* alla frontiera con la Francia, o domandare la finalità per cui sarebbero state utilizzate le informazioni sull'organizzazione di un evento sportivo richieste da affiliati alla medesima organizzazione; (*iv*) di truffa, di bancarotta e di falsità in casi in cui gli imputati – persone legate da relazioni affettive o prestanomi – non hanno voluto vederci chiaro quando veniva loro chiesto di firmare documenti che attestavano il falso, agendo senza fare domande¹¹.

La stessa casistica – ad eccezione, per ovvie ragioni, della collaborazione con *ETA* – ha occupato le aule di giustizia spagnole anche nel periodo

⁷ R. RAGUÉS I VALLÉS, *Veinticinco años de ignorancia deliberada: un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in M. GARCÍA MOSQUERA et al., *Libro Homenaje al Profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º aniversario*, Madrid, 2024, 426.

⁸ 169 Eng. Rep. 1296 (Cr. Cas. Res. 1861).

⁹ Per ulteriori riferimenti, si veda J. EDWARDS, *The Criminal Degrees of Knowledge*, in *Mod. L. Rev.*, 1954, 17, 299 ss.

¹⁰ Per maggiori approfondimenti, si rinvia a I.P. ROBBINS, *The Ostrich Instruction: Deliberate Ignorance as a Criminal Mens Rea*, cit., 197 ss.

¹¹ R. RAGUÉS I VALLÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 31 ss.

dal 2007 fino ai nostri giorni. Seppure senza venire a capo dei nodi che la contraddistinguono, la giurisprudenza ha fatto costante riferimento all'ignoranza deliberata in casi di detenzione e traffico di sostanze stupefacenti, di ricettazione, di riciclaggio, di reati societari e di reati contro la pubblica amministrazione¹².

La *willful blindness* viene altresì applicata nel diritto internazionale penale. L'art. 28 dello Statuto di Roma disciplina la responsabilità omissiva del superiore per la commissione di crimini internazionali da parte di agenti subordinati e prevede come elementi soggettivi del reato: (i) la *knowledge* (conoscenza) e la colpa (conoscibilità) dei *material elements*, nel caso del superiore militare (par. 1, lett. a); (ii) la «cosciente trascuratezza» (*conscious disregard*) di segnali di allarme relativi alla commissione attuale o potenziale di crimini internazionali, nel caso dei superiori civili (par. 2, lett. a). Sul piano sistematico, suscita dubbi l'ubicazione dell'ignoranza deliberata nella *knowledge*, nella colpa oppure in una posizione intermedia, costitutiva di un *tertium genus* espressamente o implicitamente contemplato dall'art. 28. Tali dubbi si riflettono nella giurisprudenza dei Tribunali internazionali, nella quale si alternano in maniera disorganica tutte e tre le opzioni appena abbozzate¹³. Emblematico, su tutti, il caso *Hostage (US v Wilhelm List et al & Others)*, giudicato a Norimberga e relativo alla detenzione e allo sterminio di un gruppo di ebrei e di altri prigionieri di etnia rom. L'imputato, che aveva assunto una posizione di comando, fu condannato in mancanza della prova di una conoscenza piena delle circostanze del caso concreto: i giudici di Norimberga inferirono la rappresentazione sufficiente del fatto dalla previa ricezione di avvisi sufficientemente circostanziati e dalla successiva decisione di non indagare a fondo fatti che avrebbe dovuto evitare¹⁴.

Osservando il panorama italiano, invece, non vi è quasi traccia dell'ignoranza deliberata¹⁵. Per quanto riguarda la giurisprudenza, a un primo sguardo, la concezione marcatamente *volitiva* del dolo eventuale e la riaffermazione

¹² Per maggiori dettagli, si rinvia a R. RAGUÉS I VALLÉS, *Veinticinco años de ignorancia deliberada: un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., 430 ss.

¹³ Sul tema, diffusamente e per opportuni riferimenti giurisprudenziali, A. GARROCHO SALCEDO, *La Responsabilidad del Superior por Omisión en Derecho Penal Internacional*, Cizur Menor (Navarra), 2016, 427 ss.

¹⁴ M. ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, Oxford-Portland, 2015, 253-254; cfr. par. 1279-1281 della sentenza citata nel testo.

¹⁵ Lambiscono il tema della *willful blindness* F. CENTONZE, *Il problema della responsabilità penale degli organi di controllo per omesso impedimento degli illeciti societari. (Una lettura critica alla recente giurisprudenza)*, in *Riv. soc.*, 2012, in particolare par. 4.4; F. CONSULICH, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità "paracolpevole": spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f.*, in *RtrimDPenEc*, 2012, 633 ss.; M. CAPUTO, *La mosca dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, in *Giurisprudenza italiana*, 2016, n. 10, 2252 ss.; K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, Torino, 2024, 322 ss., a cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti alla dottrina tedesca; A. DE LIA, *I confini tra recklessness e (criminal) negligence nel sistema penale statunitense*, in *AP*, n. 2/2024, 24 ss.

del *legame logico-pregiudiziale tra rappresentazione e volontà* vidimati dalla Suprema Corte non sarebbero compatibili con un dolo “decurtato” sul piano dell’elemento rappresentativo. Piuttosto, sempre a prima vista, ci si potrebbe lasciar convincere dal fatto che l’ignoranza deliberata non costituisca altro che una *colpa cosciente*: sempre in ragione del legame logico-pregiudiziale tra rappresentazione e volontà, agendo in uno stato di dubbio *non si perseguirebbe intenzionalmente l’evento e si violerebbe soltanto una regola cautelare, rappresentandosi il rischio* che l’inosservanza di quest’ultima finisca per produrre l’evento stesso.

Esula dall’obiettivo di questa indagine una ricostruzione esaustiva del concetto di colpa cosciente e, più in generale, della sistematica della colpa in contrapposizione a quella del dolo; basti qui segnalare che, dall’angolatura abbozzata poc’anzi, *tutte* le manifestazioni di un’ignoranza deliberata sarebbero riconducibili, senza distinzioni, alla *colpa cosciente*.

Tuttavia, è *sempre* possibile sostenere che chi decide intenzionalmente di non approfondire ciò che sospetta e di agire comunque versa in uno stato di errore (sul rischio, sul fatto, sul decorso causale)¹⁶ tipico della responsabilità colposa? Qualunque sia la risposta, quel che è certo è che la suddetta concezione volitiva preclude la possibilità di concedere campo ai noti processi di oggettivizzazione o normativizzazione del dolo¹⁷. Sempre che l’ibridazione comparatistica dell’ignoranza deliberata al di fuori della sua “zona di comfort” venga ritenuta possibile e opportuna, un processo siffatto deve fare i conti con alcuni punti fermi sul tema del dolo eventuale e del suo confine con la colpa cosciente.

1.1. Anticipazione.

Prima di entrare nel vivo dell’indagine, pare opportuno anticipare, seppure in via di estrema approssimazione, i principali punti che ci si prefigge di sviluppare: (i) alcuni casi di ignoranza deliberata vengono realizzati con stati mentali riconducibili al dolo inteso come rappresentazione del fatto tipico e volontà di realizzarlo; (ii) questi stessi casi sollevano questioni probatorie peculiari, per risolvere le quali può rivelarsi utile rivisitare la rigidità di alcuni postulati “classici” della teoria del dolo eventuale; (iii) il concetto di dolo eventuale può essere ritoccato in modo da afferrare i casi in questione e mappare i passaggi cruciali per il suo accertamento, senza che lo stesso concetto venga sfigurato nella sua conformazione volitiva, né privato del suo

¹⁶ Per ogni precisazione sistematica sul tema della colpa, si rinvia per tutti a D. CASTRONUOVO, *Colpa penale*, in M. DONINI, a cura di, *ED, I Tematici, II - Reato colposo*, 2021, 200 ss.

¹⁷ Rappresentativo, in questo senso, il contributo di E. VIANA, *Misa de Réquiem para el elemento volitivo del dolo*, in J. DE VICENTE REMESAL et al. (diretto da), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70° aniversario*, Vol. I, Madrid, 2020, 1161 ss., al quale si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

necessario ancoraggio al principio di colpevolezza e alla presunzione di innocenza.

Le tesi sostenute nel presente lavoro muovono da due premesse basiche. La prima: il dolo si decide nel momento in cui viene realizzata la condotta; la seconda: è determinante l'analisi *ex ante* di come lo stato di dubbio sia sorto e sia stato gestito dall'agente. Come si vedrà, perché possa riscontrarsi il dolo eventuale in presenza di una decisione di non sapere di più, il soggetto deve essere stato a conoscenza di alcuni aspetti essenziali del fatto ed avere agito evitando intenzionalmente di confermare un dubbio fondato sulle circostanze del caso concreto (e aggirando così possibili contropunte sul piano psichico, oppure evitando di fare una mossa che potrebbe essergli addebitata come prova a carico sul piano dell'elemento soggettivo in un procedimento penale). Mantenendo come punti di riferimento, sul piano casistico, le vicende di detenzione, traffico o contrabbando, di ricettazione, riciclaggio o impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita, di frode fiscale, di reati societari o commessi in seno a organizzazioni professionali o di impresa, civili, militari – nonché altre situazioni paradigmatiche di dubbio irrisolto nelle quali si allega spesso un errore su elementi costitutivi della fattispecie: quello sull'età e quello sul consenso nella sfera dei reati sessuali –, nel prosieguo dell'indagine ci si prefigge di abbozzare i lineamenti generali dell'ignoranza deliberata e i criteri per il suo accertamento.

2. Rilevanza del tema e coordinate minime per la comparazione.

A grandi linee, pare possibile effettuare due considerazioni utili a contestualizzare il tema oggetto della presente indagine.

In primo luogo, JAKOBS rileva che, mentre per quanto concerne l'*error iuris* si considerano irrilevanti errori determinati da attitudini rimproverabili al soggetto attivo, il medesimo aspetto sul piano dell'errore sul fatto non ha ricevuto sufficiente attenzione¹⁸. In particolare, il nodo delle relazioni tra errore e ignoranza deliberata, nonché tra questa, il dolo e la colpa, non sembra essere stato districato definitivamente. La consolidazione, nella tradizione penale europea di *civil law*, della distinzione sistematica tra *error facti* ed *error iuris* ha contribuito a diffondere la convinzione secondo la quale il riconoscimento del primo *escluderebbe il dolo a prescindere da un'analisi del come e del perché si sia determinato l'errore*. Nella tradizione penalistica di *common law*, invece, si riconosce generalmente l'impossibilità di escludere la *mens rea* laddove l'errore sul fatto non sia "*honest*"; inoltre, seppure facendo talora

¹⁸ G. JAKOBS, *Über die Behandlung von Wollensfehlern und von Wissensfehlern*, in *ZStW*, 101 1989, 529, nt. 17. L'A. allude, in particolare, agli errori determinati da *indifferenza* o da *ostilità* nei confronti della norma penale. Più recentemente, nella dottrina spagnola, segnala non solo una tendenziale trascuratezza, ma altresì una generale fallacia nell'analisi giuspenalistica del tema (dell'errore e) dell'errore sul fatto J.A. RAMOS VÁZQUEZ, *Sobre la certeza y el error de tipo objetivamente invencible*, in *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, n. 24/2018, 246 ss.

leva su una presunzione a dir poco problematica (*presumption of knowledge*), viene precisato in maniera netta che il «*[m]istake of fact [...] cannot be a defence in cases of willful blindness*»¹⁹.

In secondo luogo, i dubbi residui sulla correttezza dello stato della questione or ora illustrato assurgono a veri e propri cavalli di battaglia nell'ambito delle teorie oggettive o normative del dolo²⁰. Al riguardo, si è proposto di includere l'ignoranza deliberata nel dolo stesso, o comunque di equiparare la prima al secondo²¹, facendo perno vuoi sulla creazione di un rischio di cagionare l'evento riconoscibile dall'"uomo medio"²², vuoi sull'espressione di ostilità nei confronti dell'ordinamento giuridico, giudicata sempre dalla prospettiva dell'"uomo razionale"²³.

Come si è anticipato, le considerazioni che si svolgeranno nella presente indagine prendono spunto dall'idea secondo la quale «il dolo si decide *ex ante*, al tempo dell'azione»²⁴. Calando tali considerazioni in un impianto argomentativo diverso da quelli che poggiano unilateralmente su postulati di segno generalpreventivo²⁵, il presente lavoro si prefigge di dimostrare che non sono nulle le *chances* di una rilettura dell'ignoranza deliberata adattabile all'ordinamento italiano, nel ruolo di "appendice" della teoria sul dolo eventuale e sul suo accertamento. Preliminarmente, occorre tuttavia procedere con cautela a una ricostruzione che faciliti il raffronto fra un ordinamento – quello spagnolo – in cui l'ignoranza deliberata è stata spontaneamente importata – per l'appunto, non senza suscitare critiche – dalla giurisprudenza del *Tribunal Supremo*²⁶ e un altro ordinamento – quello italiano – nel quale la

¹⁹ M. ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, cit., 93.

²⁰ Per un quadro sinottico delle concezioni oggettive del dolo, limitatamente alla dottrina italiana, si rinvia diffusamente a L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, Brescia, 1993, 63 ss.; nonché, più recentemente, a S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, Milano, 75 ss.

²¹ E cioè, in quei gruppi di casi nei quali si dovrebbe ammettere, seguendo le summenzionate teorie, l'opportunità di "*prescindir de la auténtica subjetividad del autor para decidir la concurrencia del dolo*": R. RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcellona, 1999, 107.

²² Anche per ulteriori riferimenti bibliografici alla dottrina tedesca, si veda *ivi*, 72.

²³ In questo senso, cfr. *ex multis* I. PUPPE, *Der Vorstellungsinhalt des dolus eventualis*, in *ZStW*, 103, 1991, 15; nonché, diffusamente, M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenlehre*, Tübingen, 2012, 387 ss.

²⁴ M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, in *Cass. pen.*, n. 7-8/2010, 2568. Sull'importanza di non privare il dolo "di connotazioni soggettive di disvalore pregnanti" e di non relegarlo al solo piano delle "modalità di agire" o delle "tipologie di comportamento", M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, vol. I, Roma, 2024, 491.

²⁵ Si allude, come noto, alle teorie del reato incentrate sulla *prevenzione generale integratrice*: cioè, sulla funzione promozionale, di conservazione o di riaffermazione della vigenza della norma violata o dell'ordinamento giuridico contraddetto dalla realizzazione dell'illecito penale. Per approfondimenti e riferimenti bibliografici, diffusamente e per tutti, *ivi*, 147 ss.

²⁶ In via di estrema approssimazione, il *Tribunal Supremo* ha risolto casi di traffico di sostanze stupefacenti, riciclaggio, supporto materiale indiretto del terrorismo, detenzione di sostanze esplosive, truffa, falsità documentale e bancarotta applicando l'equazione *ignorancia deliberada-*

Suprema Corte ha ravvisato nell'accettazione *dell'evento* l'elemento distintivo del dolo eventuale²⁷. Come noto, la pronuncia resa dalla Cassazione nel caso *Thyssenkrupp* mise a nudo la manipolabilità²⁸ e la sovrapposibilità con la colpa cosciente della formula dell'accettazione *del rischio* di verificazione dell'evento; a prima vista, tuttavia, sembrerebbe proprio la superata formula dell'accettazione del rischio quella che più di altre avrebbe potuto coprire i casi di ignoranza deliberata a cui si è fatto riferimento in precedenza²⁹.

2.1. Cenni storici. Le concezioni tripartite dell'errore sul fatto e le tendenziali convergenze in merito all'inefficacia esimente dell'ignoranza deliberata.

Il tema trattato nella presente indagine si colloca al *crocevia tra dolo, errore sul fatto e colpa*. Al riguardo, pur senza alcuna pretesa di fornire un quadro storico esaustivo, può risultare proficuo volgere cursoriamente lo sguardo alle tracce lasciate dall'ignoranza deliberata in alcune tappe cruciali per lo sviluppo della storia del diritto e della scienza sul piano dell'attribuzione di responsabilità penale.

Anticipando brevemente le risultanze di questa parte dell'indagine, da una frammentaria ricostruzione storica emerge una tendenziale oscillazione³⁰ tra

dolo eventual. Al riguardo, sottolinea gli effetti distorsivi che un'importazione acritica di concetti elaborati in ordinamenti giuridici diversi produce G. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La doctrina de la ignorancia deliberada en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, in J. DE VICENTE REMESAL et al., dir., *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70° aniversario*, cit., 997.

²⁷ Per vero, l'inclinazione volitiva della giurisprudenza nomofilattica delle Sezioni Unite non viene seguita in maniera del tutto uniforme da parte della stessa giurisprudenza di legittimità: si veda ad esempio Cass., Sez. I, sent. 15 settembre 2022, n. 34032, pubblicata in *AP* con commento di F. SANTARELLI, *L'accertamento del dolo eventuale in una recente sentenza della Suprema Corte*, n. 2/2023.

²⁸ S. CANESTRARI, L. CORNACCHIA, G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, seconda ed., Bologna, 2017, 441.

²⁹ Cfr. M. CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2252 ss.

³⁰ Più in generale, per approfondimenti sulle tensioni tra oggettivismo e soggettivismo nell'arco della storia del diritto penale, cfr. J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 2025, 180; G.P. DEMURO, *Il dolo* (vol. I: *Svolgimento storico del concetto*), Milano, 2007, 39 ss. e 65 ss.; M. ELEWA BADAR, *The Concept of Mens Rea in International Criminal Law: The Case for a Unified Approach*, cit., 13; D. McLEROY, *Christianity, mens rea and the boundaries of criminal liability*, in M. HILL QC, N. DOE, R.H. HELMHOLZ, J. WITTE JR. (eds.), *Christianity and Criminal Law*, Londra-New York, 2020, 116 ss.; M. PIFFERI, *Generalia Delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, 2006, 226; *Id.*, *Dalla casistica alle regole: la normativizzazione della responsabilità penale tra Medioevo ed Età moderna*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 52/2023, 408 ss.; R. PALAVERA, *Sul dolo. Promuovere, discernere, recuperare volizioni nel sistema penale*, Pisa, 2020, 13 ss. Con particolare riferimento alla scienza penale del secolo scorso e a quella contemporanea, si rinvia diffusamente e per tutti a M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 197 ss.; *Id.*, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 489 ss.

l'enunciazione, in termini assoluti, del brocardo *ignorantia facti excusat* e il suo stemperamento nelle ipotesi di *ignorantia facti deliberata*.

In particolare, la perpetuazione diacronica di alcuni capisaldi del pensiero aristotelico in relazione alla rilevanza attribuita alla causa dell'agire umano ha trovato sbocco nella *differenziazione delle ipotesi di errore o ignoranza a seconda della loro genesi*. Da un lato, è possibile rinvenire nell'opera aristotelica le fondamenta della distinzione tra l'errore sul fatto, il quale «non soltanto non è riprovevole ma suscita perdono e talvolta compassione»³¹, e l'errore sul diritto, il quale invece non scusa – salvo nei casi di inevitabilità – «in quanto è in facoltà dei colpevoli il non essere ignoranti»; dall'altro lato, secondo il filosofo greco, *si deve punire per il solo fatto di aver causato la propria ignoranza*³².

Sempre nel pensiero aristotelico, questa tesi sembra trovare conferma nel ruolo che il filosofo greco ravvisa nella scelta quale elemento capace di imprimere “ingiustizia” e “malvagità” a un atto: «quando il danno ha luogo contro ogni previsione, *però senza malizia*, si ha un errore»³³. Formulando lo stesso rilievo *a contrario*, il filologo PACK sottolinea che «[i]n the Aristotelian sense a tragic error [...] may be defined as an act committed with good intentions, but resulting in a disaster»³⁴.

La persuasività dell'intuizione aristotelica favorì la trasmissione di quest'ultima nelle epoche storiche successive. Sempre osservando le tracce più eloquenti della diffusione diacronica di tale intuizione, si rinvennero infatti altre elaborazioni concettuali volte a distinguere forme di ignoranza dotate (o meno) di rilevanza.

Per quanto riguarda il diritto canonico, l'*ignorantia facti* costituisce, in linea generale, una causa di esclusione della responsabilità (o di attenuazione della pena)³⁵. Tuttavia, la disposizione formulata nel Can. 1325³⁶ esclude l'esimente in presenza di tre forme di ignoranza: quella mantenuta per assoluta inerzia (*crassa*), quella che si scontra con massime di esperienza elementari (*supina*)³⁷ e quella che il soggetto attivo *si procura deliberatamente* (*affectata*)³⁸.

³¹ G.P. DEMURO, *Alle origini del concetto di dolo: dall'etica di Aristotele al diritto penale romano*, in *Diritto @ Storia*, n. 5, 2006, 9.

³² Eth. Nic., III, 5, 1113 b 30 e 1114 a 4.

³³ Eth. Nic., V, 10, 1135 b 10 ss.; corsivo aggiunto.

³⁴ R.A. PACK, *On Guilt and Error in Senecan Tragedy*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association*, 1940-01, Vol. 71, 360 (enfasi aggiunta).

³⁵ Can. 1323, n. 2.

³⁶ Ubicata nel Liber VI - *De Sanctionibus Poenalibus In Ecclesia, Pars I - De Delictis Et Poenis In Genere, Titulus III - De Subiecto Poenalibus Sanctionibus Obnoxio*.

³⁷ In merito a queste due forme di *ignorantia*, cfr. M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993, 24.

³⁸ C. ALONSO GARCÍA, *El error en derecho penal canónico. Una reflexión a propósito de la imposibilidad de considerar el error sobre la edad del menor víctima de abuso sexual (art. 6. 1º SST 2021)*, in *REDC*, 79, 2023, 31.

Anche il contributo di Tommaso d'Aquino, influenzato dalla filosofia aristotelica³⁹, si è mosso lungo la direttrice della *rilevanza condizionata* dell'ignoranza, effettuando una prima distinzione generale tra ignoranza volontaria e involontaria per poi differenziare ulteriormente, nell'ambito di quella volontaria, la forma di ignoranza diretta (*affectata*), indiretta e *per accidens*. Mentre quest'ultima è circoscritta agli effetti del consumo di sostanze alcoliche, l'ignoranza volontaria indiretta consisterebbe – si direbbe oggi – nell'ignoranza colposa, che il soggetto avrebbe dovuto e potuto evitare. Invece, l'ignoranza volontaria diretta non produce alcun effetto esimente o attenuante; al contrario, potrebbe persino *aggravare* il «peccato-reato»⁴⁰.

In via di estrema approssimazione, secondo l'interpretazione corrente del diritto canonico – anch'esso, per vero, vieppiù cangiante nei suoi formanti – soltanto l'errore *incolpevole* esime da responsabilità⁴¹, facendo riferimento alla *buona fede* del soggetto attivo⁴². Si conferma, dunque, diacronicamente quell'intuizione di partenza – già quasi una “massima” – secondo la quale l'ignoranza deliberata – “in mala fede”, per l'appunto – debba essere mantenuta distinta dall'errore “genuino” e da quello evitabile.

Al consolidamento dell'ignoranza deliberata⁴³ in una siffatta tradizione *tripartita* dell'errore hanno altresì contribuito i glossatori. Mantenendo saldo il riferimento alle fonti romane e al diritto canonico, questi ultimi circoscrissero il brocardo *ignorantia facti excusat* alle forme “tollerabili” di ignoranza; al riguardo, quella *affectata*, in continuità appunto con l'esperienza giuridica dell'epoca, non poteva esserlo⁴⁴.

La capacità di resistenza dell'ignoranza deliberata sul piano storico pare ulteriormente corroborata dalla *tripartizione* proposta da PUFENDORF tra i concetti di «*ignorantia non invincibilis*» (evitabile), «*ignorantia in se, sed non in sua causa invincibilis*» e «*ignorantia invincibilis in se et in sua causa*»

³⁹ Nonché da quella platonica, come rileva D. AGRETELIS, “*Mens rea*” in *Plato and Aristotele*, in *Issues in Criminology*, Vol. 1, n. 1, 1965, 19 ss.

⁴⁰ Cfr. I. JERICÓ BERMEJO, *La pertinacia del hereje. Su culpa y su pena según Pedro de Aragón*, in *Est. Ag.*, n. 38/2003, in particolare 68; C. ALONSO GARCÍA, *El error en derecho penal canónico. Una reflexión a propósito de la imposibilidad de considerar el error sobre la edad del menor víctima de abuso sexual (art. 6. 1º SST 2021)*, cit., 19 (enfasi aggiunta). Sul termine “peccato-reato”, legato a stretto filo alla teologia morale, si rinvia per ulteriori approfondimenti e riferimenti bibliografici a M. PIFFERI, *Dalla casistica alle regole: la normativizzazione della responsabilità penale tra Medioevo ed Età moderna*, cit., 408 ss.

⁴¹ Si veda ancora C. ALONSO GARCÍA, *El error en derecho penal canónico. Una reflexión a propósito de la imposibilidad de considerar el error sobre la edad del menor víctima de abuso sexual (art. 6. 1º SST 2021)*, cit., 11-12 (enfasi aggiunta).

⁴² B.F. PIGHIN, *Diritto penale canonico*, 2a ed., Roma, 1996, 173.

⁴³ Più in generale, sull’“influenza della canonistica sulla cultura giuridico-politica dell’età intermedia – e certamente nel penale”, nonché sull’“origine teologica di terminologie e modelli discorsivi che hanno inciso anche *in criminalibus*”, si veda M. PIFFERI, *Dalla casistica alle regole: la normativizzazione della responsabilità penale tra Medioevo ed Età moderna*, cit., 403.

⁴⁴ E. CORTESE, voce *Errore (dir. interm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XV, 1966, 238-239.

simul»⁴⁵. Tra le pieghe di questa tripartizione – e dell'ignoranza “non invincibile nella sua causa”, in particolare – sembra appunto trovare spazio, ancora una volta, l'ignoranza deliberata, laddove si ravvisi tale causa nell'elemento della *deliberazione*.

Anche una ricognizione sommaria del pensiero giuridico illuministico permette di suffragare l'ipotesi della rilevanza dell'ignoranza sul fatto *condizionata all'assenza di deliberazione*. Senza nutrire alcuna pretesa di esaustività dinnanzi al novero assai nutrito di giuristi e opere che hanno contribuito a delineare la corrente dell'Illuminismo penale, limitatamente al panorama italiano e nel solco di una tendenziale consolidazione di una concezione psicologica e volitiva del dolo, l'esposizione del pensiero di RENAZZI effettuata da DEMURO segnala che, secondo il giurista romano, «[l']ignoranza (alla quale viene parificato l'errore) esclude ogni responsabilità solo quando sia essenziale, *involontaria* e invincibile»⁴⁶.

Non passerà inosservato al lettore come, avvicinandoci gradualmente verso i nostri giorni, la concezione tripartita dell'errore più volte menzionata cominci a perdere nitidezza. Ciononostante, dal succitato estratto di RENAZZI è ancora estrapolabile la possibilità di muovere un addebito “rafforzato” in presenza di un'ignoranza deliberata: mentre l'ignoranza “vincibile” condurrebbe a una responsabilità di natura colposa, quella “*volontaria*” fonderebbe un rimprovero di natura *dolosa*⁴⁷.

Ad ogni modo, al di là dei disorientamenti dogmatici che la frammentarietà di questo sguardo retrospettivo può suscitare, la graduale scomparsa dell'ignoranza deliberata e la transizione dall'antica lettura tripartita dell'errore sul fatto (vincibile, invincibile o *deliberato*) a quella contemporanea *bi-partita* (soltanto vincibile o invincibile) non sembra garantire una capacità di rendimento adeguata rispetto ad alcune costellazioni di casi e necessita, come si vedrà, di essere appuntellata sul piano teorico.

2.2. Dal passato al presente: l'inadeguatezza della distinzione bipartita dell'errore sul fatto e i rischi insiti in una riscoperta dell'ignoranza deliberata.

Come si accennava, nei sistemi giuridici di *civil law* si sono sostanzialmente perse le tracce dell'ignoranza deliberata. L'assimilazione (tralatizia?) da parte della maggioranza dei sistemi penali secolarizzati del binomio errore inevitabile *versus* errore evitabile ha facilitato l'*assimilazione pressoché automatica tra qualunque difetto rappresentativo “di segno negativo” e la responsabilità per colpa*⁴⁸.

⁴⁵ Anche per ulteriori riferimenti bibliografici in chiave storica, J. HRUSCHKA, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Cizur Menor (Navarra), 2005, 37 e 55 ss.

⁴⁶ G.P. DEMURO, *Il dolo tra affetto ed effetto: Alberto De Simoni e la scienza penalistica italiana della seconda metà del XVIII secolo*, in *Diritto @ Storia*, n. 10, 2011-2012 (corsivo aggiunto).

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ C. ALONSO GARCÍA, *El error en derecho penal canónico. Una reflexión a propósito de la im-*

Nella variegata casistica suscettibile di essere qualificata con l'espressione "ignoranza deliberata" è ravvisabile un minimo comune denominatore: il soggetto attivo *decide di non conoscere quanto potrebbe la situazione in cui agisce*. In alcuni casi, come si vedrà, la scelta *strategica* di non voler sapere di più sembra suggerire l'opportunità di una *rilettura critica dello statuto dell'errore sul fatto*⁴⁹, volta a occludere l'assimilazione di qualunque difetto nella rappresentazione del fatto alla colpa.

Beninteso, non si può certo trascurare che l'ampliamento del perimetro di categorie generali il cui contenuto è (e deve essere) informato dai principi costituzionali garantistici non risulta necessariamente desiderabile. Per quanto interessa in questa sede, se si concedesse troppo spazio ad esigenze politico-criminali generalpreventive nella configurazione del dolo eventuale e dell'ignoranza deliberata, l'equilibrio tra elementi psicologici e normativi finirebbe per sgretolarsi, a discapito delle garanzie individuali⁵⁰.

Sintetizzando all'estremo le molteplici sfaccettature di un dibattito viepiù complesso, l'ignoranza deliberata viene criticata essenzialmente per la sua *superfluità* o per i suoi profili di *illegittimità*.

Quanto alla prima critica, basterebbe applicare il *dolo eventuale (alternativo?)* nei casi in cui il soggetto sceglie intenzionalmente di non approfondire il fatto, in presenza di una situazione di rischio obiettivamente rilevante⁵¹. Al riguardo, è bene sottolineare che le tesi volte a dimostrare la compatibilità tra l'ignoranza deliberata e il dolo eventuale tendono a presupporre un concetto *ampio e flessibile* del secondo, affine all'idea di accettazione del rischio abbandonata dalle Sezioni Unite nel caso *Thys-*

sibilidad de considerar el error sobre la edad del menor víctima de abuso sexual (art. 6. 1º SST 2021), cit., 33.

⁴⁹ Come si è accennato, nel presente lavoro si analizzeranno soltanto le decisioni di non voler sapere di più, circoscrivendo l'indagine ai casi di *dubbio* (cfr. *infra*, sez. II). In senso proprio, dunque, non risulterebbe corretto l'uso del termine "ignoranza deliberata", se è vero che questa "si caratterizza [...] per l'assenza di conoscenza" (e il dubbio, invece, per un "giudizio che una nostra ipotesi [possa] essere difforme dalla realtà"): anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. IAGNEMMA, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo*, Pisa, 2020, 18. Sul punto, si rinvia altresì e per tutti a L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Reflexiones sobre el error de Derecho en materia penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2019, 45 ss. Oltre che per ragioni di fedeltà nominalistica alla categoria di riferimento (*ignorancia deliberada*), la cui denominazione trova altresì corrispondenza nell'espressione "*contrived ignorance*" impiegata nel *common law*, nel presente lavoro si opta per mantenere il termine "ignoranza deliberata" per la sua maggiore immediatezza e facilità di traduzione.

⁵⁰ M. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *A vueltas con el dolo*, cit., 550. Su queste problematiche, M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, in *DpenCont*, 2014, n. 1, 73. Da un punto di vista diametralmente opposto, elabora una teoria del dolo eventuale svincolata dal sostrato psichico della condotta G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, Buenos Aires, 2011.

⁵¹ Anche se con sfumature distinte, cfr. B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Mejor no saber...más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, in *Discusiones*, n. 2/2013, 103-104; nonché, *ivi*, L. GRECO, *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, 67 e 70.

senkrupp. Per questo motivo, tali tesi risultano tutt'altro che generalizzabili, soprattutto nell'ottica di un'indagine comparata che veda nell'ordinamento italiano l'ipotetico destinatario di una teoria dell'ignoranza deliberata⁵².

Quanto alla seconda critica, si è evidenziato come l'ignoranza deliberata possa essere sfruttata per eludere l'accertamento costituzionalmente orientato del dolo⁵³. L'impiego della categoria in questione finirebbe per *invertire l'onere della prova* a carico dell'imputato⁵⁴ e per mascherare un'ipotesi di *responsabilità oggettiva*, in quanto verrebbero ascritte nello stesso modo le conseguenze previste e quelle difficilmente prevedibili⁵⁵. In altre parole, il soggetto attivo sarebbe ritenuto responsabile di *qualunque reato* di cui siano integrati, *ex post*, gli elementi oggettivi, a prescindere da quelli realmente rappresentatisi *ex ante*.

2.3. Uno sguardo cursorio agli inquadramenti sistematici dell'ignoranza deliberata.

Da un'angolatura *sostanzialistica*, in via di estrema approssimazione, l'ignoranza deliberata dolosa sembra essere stata inquadrata in tre modi diversi.

Nel primo, promosso da GRECO, l'ignoranza deliberata non sarebbe altro che una *manifestazione peculiare del dolo eventuale*, la cui corretta definizione dovrebbe essere tale da poter includere fatti posti in essere in presenza di un elemento rappresentativo opaco⁵⁶. Seppure da una diversa angolatura dogmatica, giunge a conclusioni sostanzialmente analoghe PÉREZ BARBERÁ, il quale ravvisa il filo conduttore tra ignoranza deliberata e dolo eventuale nelle formule della capacità sufficiente di dominare (e di evitare “senza costi aggiuntivi” la realizzazione de) la condotta e dell'irrazionalità del difetto cognitivo: formule, queste, che funzionano da criteri normativi di imputazione del dolo non appiattiti sulla prova della rappresentazione come fatto psichico⁵⁷.

⁵² Al di fuori del panorama italiano, ad esempio, cfr. l'analisi con accento critico di M.L. MANRIQUE, *¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia*, in *Discusiones*, n. 2/2013, 82.

⁵³ B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, in *InDret*, n. 3/2015, 4.

⁵⁴ “[E] que es responsable de su desconocimiento responde dolosamente a no ser que pruebe que no fue por falta de interés”: B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Mejor no saber...más. Sobre la doctrina de la ceguera provocada ante los hechos en Derecho Penal*, cit., 112.

⁵⁵ *Ivi*, 110-111.

⁵⁶ Cfr. L. GRECO, *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, cit., 70.

⁵⁷ Il quale possiederebbe, al pari della volontà, un valore puramente indiziario: per ulteriori approfondimenti sul concetto di dolo “*como infracción calificada de un deber de evitar*”, anche in relazione alle ipotesi di ignoranza deliberata, si rinvia a G. PÉREZ BARBERÁ, *¿Dolo como indiferencia? Una discusión con Michael Pawlik sobre ceguera ante los hechos e ignorancia deliberada*, in *En Letra: Derecho Penal*, n. 11/2021, 117 ss.

Nel secondo, la relazione tra ignoranza deliberata e dolo eventuale si configurerebbe in termini *analogici*: pur possedendo caratteristiche che la distinguono dal “dolo di frontiera”, l’ignoranza deliberata meriterebbe lo stesso rimprovero di quello mosso nelle ipotesi di dolo eventuale⁵⁸.

Nel terzo, l’ignoranza deliberata può essere osservata come *strutturalmente incompatibile con l’imputazione ordinaria del dolo eventuale*. Sembra collocarsi idealmente in questa terza chiave di lettura la proposta volta a ricorrere a meccanismi *straordinari* di imputazione come l’*actio libera in causa*, applicata al di fuori dei casi prototipici di inimputabilità preordinata o procurata. Da un’angolatura siffatta, si collegherebbero idealmente nel giudizio di imputazione due momenti: la *omissio praecedens*, costituita dal mancato approfondimento intenzionale del fatto, e la realizzazione del medesimo. Seguendo questo schema, un dolo sarebbe ravvisabile nel primo momento, ma non nel secondo; tuttavia, la prova oltre ogni ragionevole dubbio della decisione di non sapere di più basterebbe per giustificare l’imputazione dolosa⁵⁹.

Altrimenti, non resterebbe che ritenere configurabile una *manifesta sconsideratezza o temerarietà* ispirata, più o meno da vicino, alla categoria cangiante della *recklessness*⁶⁰. In particolare, RAGUÉS I VALLÈS sviluppa una riflessione sulla «*necesidad de replantear el sistema de imputación subjetiva basado exclusivamente en la distinción entre dolo e imprudencia*», ispirandosi alla tripartizione *purpose-knowledge-recklessness* tracciata dai sistemi di *common law*⁶¹.

⁵⁸ È questa, in via di estrema sintesi, l’intuizione comune sullo sfondo delle cosiddette (*unlimited o restricted*) *equal culpability theses*, per approfondire le quali si rinvia ad A. SARCH, *Equal Culpability and the Scope of the Willful Ignorance Doctrine*, in *Legal Theory*, 22, 2016, 276 ss. Cfr. altresì J.C. FROM, *Avoiding Not-So-Harmless Errors: The Appropriate Standards for Appellate Review of Willful-Blindness Jury Instructions*, in *Iowa Law Review*, Vol. 97, 2011, 281: “*traditional notions of justice support the conclusion that [...] who acts with willful blindness is just as culpable as [...] who acts knowingly; hence, the willfully blind [...] deserves the same punishment as [...] who has actual knowledge*”.

⁵⁹ Per una sintesi dei potenziali profili di incostituzionalità dell’*actio libera in causa* e per ulteriori riferimenti bibliografici, si rinvia a C. IAGNEMMA, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell’illecito colposo*, cit., 118-119.

⁶⁰ Per un quadro evolutivo sul tema della *recklessness*, si veda G.M. CALETTI, *Recklessness*, in M. DONINI (a cura di), *ED, I Tematici*, II - *Reato colposo*, cit., 1047 ss.

⁶¹ In termini generali, limitatamente alla dottrina italiana, si pronuncia a favore di una simile tripartizione *de lege ferenda* F. CURI, *Tertium Datur. Dal Common Law al Civil Law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003.

SEZIONE SECONDA
ANALISI**3. L'ignoranza deliberata osservata attraverso le lenti del dolo eventuale nell'ordinamento italiano.**

Nella dottrina italiana, CAPUTO fornisce in chiave critica una definizione suggestiva dell'ignoranza deliberata e delle incertezze che questa suscita sul piano sistematico: «[è] come se il soggetto nutrisse *un preciso interesse a ... essere in colpa*, assumendo un atteggiamento volontariamente imprudente e imperito»⁶². Nei casi di ignoranza deliberata, il soggetto attivo viola «una cautela che fa pregustare l'amaro calice dell'accettazione del rischio: la decisa rinuncia alla possibilità di conoscere [...] non concreta soltanto un inadempimento del dovere di agire informati; marca un'indifferenza corporosa nei confronti dell'eventualità di un reato, *una 'cosciente incoscienza' che si avvicina pericolosamente alla conoscenza dolosa*»⁶³.

L'idea di indifferenza – qualificata, seppure vagamente, dalla sua evidenza (*manifesto desprecio*) o gravità (*indiferencia grave*) – è impiegata da RAGUÉS I VALLÈS, il quale definisce per l'appunto il dolo come indifferenza grave nei confronti dell'ordinamento; nonché da una parte significativa della giurisprudenza spagnola sia di merito, sia di legittimità che ricorre a un «*dolo de indiferencia*» estraneo alla tradizione giuridica italiana sul tema del dolo eventuale e maggiormente adatto ad assorbire, senza troppi traumi, i casi in questione⁶⁴.

Nei casi di ignoranza deliberata, il soggetto attivo si prefigura la possibile illiceità della condotta, presagendo che «*qualcosa di brutto avverrà*»⁶⁵. Ricorrendo alle espressioni utilizzate da BRUNELLI, nei casi in questione non si ravviserebbe un «dolo del futuro» pienamente formato⁶⁶. La cecità intenzionale nei confronti delle circostanze fattuali del presente fa sì che il soggetto attivo *si adoperi per mantenere una rappresentazione sfuocata di ciò che sta avvenendo*.

Come noto, non esisterebbe «la possibilità di elementi voluti e non rappresentati, perché non può volersi qualcosa senza averne la rappresentazione»⁶⁷. Già cinque anni prima della succitata sentenza *Thyssenkrupp*, nella sentenza 9 ottobre 2012, n. 39898, la Cassazione statuí che il soggetto deve *accettare*

⁶² M. CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2254 (corsivo aggiunto).

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. STS 97/2015; STS 393/2018; STS 131/2022; SAP, Guipúzcoa, Sección 3ª, 211/2021; SAP Girona, Sección 4ª, 630/2014.

⁶⁵ F.M. IACOVIELLO, *Processo di parti e prova del dolo*, in *Criminalia*, 2010, 499.

⁶⁶ D. BRUNELLI, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, in E.M. AMBROSETTI (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 210 ss.

⁶⁷ M. GALLO, *Dolo - IV. - Diritto penale*, in *Enc. Dir.*, 1964, XIII, 751.

uno specifico evento – e non un più generico rischio – affinché si possa ascrivere il dolo eventuale.

Si potrebbe rilevare che, nelle fattispecie di ignoranza deliberata, l'eventualità di realizzare un fatto tipico non sia sostenuta da una rappresentazione sufficientemente chiara. In mancanza di un approfondimento cognitivo, non maturerebbe nel soggetto attivo la consapevolezza richiesta per l'addebito della responsabilità dolosa.

Seguendo questa traccia, non desta stupore il fatto che, nel caso di un amministratore non esecutivo di una società fallita imputato come concorrente omissivo nel reato di bancarotta fraudolenta aggravata (in ragione del suo assenteismo dalle sedute consiliari), la Cassazione abbia rimarcato la necessità di distinguere la rappresentazione *potenziale* della sussistenza di segnali d'allarme – che forma la base della *colpa* – dalla loro rappresentazione *effettiva*. Solo la seconda costituirebbe un *indizio* del dolo eventuale, da corroborare provando altresì l'accettazione dell'illecito al di là di ogni ragionevole dubbio⁶⁸: «l'ignoranza di quanto si sarebbe potuto conoscere fonda solo un addebito colposo, inidoneo ad edificare la responsabilità per reati dolosi, perché non esprime il grado più riprovevole di disprezzo verso il bene offeso dall'evento»⁶⁹.

3.1. Alcuni spunti di riflessione attorno a un possibile riconoscimento dell'ignoranza deliberata nell'ambito del dolo eventuale.

In via di estrema approssimazione, se nella giurisprudenza spagnola la possibile natura colposa di alcune ipotesi di *ignorancia deliberada* è stata perlopiù enunciata in astratto, in quelle che sembrano essere “clausole di stile” sostanzialmente prive di ricadute sul piano applicativo⁷⁰, lo *ius dicere* italiano – soprattutto la presa di posizione “di parte generale” delle Sezioni Unite nella sentenza *Thyssenkrupp* – sembra invece propendere per la soluzione diametralmente opposta⁷¹.

⁶⁸ Cass. 7.4.2016 n. 14045, pubblicata in *Giur. pen.*, 2016, con nota di M. CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit.

⁶⁹ Cass. 26.5.2017, n. 42046, citata da E. PIETROCARLO, *Bancarotta da operazioni dolose e responsabilità degli amministratori non esecutivi per bancarotta fraudolenta: alcune importanti precisazioni della Cassazione in punto di elemento soggettivo*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1-2/2019, 379, nt. 58.

⁷⁰ Come dimostrano le rapsodiche (e financo contraddittorie) sentenze del *Tribunal Supremo*, le cui argomentazioni sul punto della colpa sono criticate da R. RAGUÉS I VALLÉS, *La ignorancia deliberada en Derecho penal*, cit., 44 ss.; ID., *Veinticinco años de ignorancia deliberada: un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., 428-429.

⁷¹ Un esempio di questa oscillazione, che verrà ripreso nel corso dell'indagine (cfr. *infra*, par. 5.1.1 e 5.1.3.1), è rappresentato dalle condotte dell'amministratore “testa di legno” in relazione alle fattispecie di bancarotta: sull'addebito del dolo di partecipazione per concorso omissivo, G. MINICUCCI, *Sul dolo di bancarotta dell'amministratore “apparente”*, in *Giur. it.*, 2021, 1469 e 1471, rileva con accento critico che la giurisprudenza tende a ritenere sufficiente la *generica* consapevolezza dell'altrui realizzazione del reato.

Dunque, è davvero possibile interrogarsi sulla compatibilità tra alcune fattispecie di ignoranza deliberata e il dolo eventuale? Alla luce di quanto si è visto finora, volendo individuare le ragioni a sostegno di una tale compatibilità – vuoi sul piano sostanziale, vuoi su quello processuale della dimostrabilità di un'ignoranza deliberata dolosa –, occorre risolvere anzitutto la «disputa [...] su quale debba essere la “soglia” di consapevolezza sufficiente per imputare il fatto a titolo di dolo»⁷². La premessa nucleare che si intende sviluppare nei paragrafi successivi può essere compendiata in questi termini: *il modo in cui il dubbio sorge, «viene gestito e sciolto» conta*⁷³.

4. Di nuovo sugli stati di dubbio, in bilico tra dolo eventuale e colpa cosciente.

Nelle fattispecie di ignoranza deliberata prese in esame nella presente indagine, il soggetto agente può prefigurarsi⁷⁴ un insieme più o meno ampio di scenari. Il funzionamento del meccanismo della considerazione anticipata si nutre anche dell'esperienza previa e dei ricordi del passato: entrambi ci guidano nella previsione degli scenari alternativi all'orizzonte e ci forniscono un supporto per scegliere quello ritenuto più adeguato⁷⁵.

Su questa base, decidendo di non ricercare ed elaborare altre informazioni legate alla situazione contingente, l'ignorante deliberato *gioca d'azzardo*⁷⁶, passando all'azione – o astenendosi dal compiere una condotta obiettivamente doverosa, nonché personalmente esigibile – in uno stato di *incertezza* mantenuto in seguito a una vera e propria *deliberazione*. Se ci si immedesima nella situazione tipica del gioco d'azzardo, alla luce dei rilievi appena abbozzati si può cogliere nell'incertezza una situazione che non risulta «neutra, equilibrata ed indifferente fra i termini dell'alternativa»⁷⁷: la condotta non viene realizzata ignorando quale potrà essere il risultato, bensì *scegliendo il modo di agire che soddisferà meglio l'obiettivo perseguito sulla base dei risultati previsti*⁷⁸.

⁷² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, ottava ed., Bologna 2019, 374.

⁷³ Si veda M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite rischiano l'elemento psicologico*, cit., 2581.

⁷⁴ L. EUSEBI, *Il dolo come volontà*, cit., 84.

⁷⁵ M. JULIÀ-PIJOAN, *Las contribuciones de la toma de decisiones deliberadas al concepto de dolo y a la prueba en torno a las conductas dolosas*, in *InDret*, n. 3/2025, 298.

⁷⁶ Come si vedrà nel prosieguo dell'indagine, l'idea espressa nel testo implica qualcosa di diverso da quella della perdita del dominio sulla produzione dell'evento, la quale è considerata un'ipotesi di dolo eventuale, per tutti, da H. WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 6a ed., Berlino, 1958, 612.

⁷⁷ G. SANTUCCI, *Errore (dir. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XV, 1966, 285. Per ulteriori riferimenti bibliografici sulla riconduzione degli stati di dubbio nell'ambito del dolo o della colpa, si rinvia a G. GENTILE, «Se io avessi previsto tutto questo...» *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, 3.

⁷⁸ M. JULIÀ-PIJOAN, *Las contribuciones de la toma de decisiones deliberadas al concepto de dolo y a la prueba en torno a las conductas dolosas*, cit., 302.

Tra le voci più accreditate nel campo della psicologia generale, due delle risultanze dell'analisi dei processi di formazione e assunzione di decisioni svolta da RUMIATI possono essere prese in considerazione anche dal penalista. In primo luogo, «per poter decidere, un individuo deve trovarsi di fronte a qualche possibilità o a diverse opzioni»; in secondo luogo, una decisione che possa definirsi tale «può comportare il rischio di perdere»⁷⁹. Si tornerà su questo aspetto nel prosieguo dell'indagine, in relazione al tema dell'errore sul fatto⁸⁰.

Tenendo forse conto anche del rischio che determinati stati di incertezza non siano affatto neutrali, nell'esaminare la questione relativa al trattamento dei casi di «dubbio sulla presenza in concreto dei presupposti della condotta» PROSDOCIMI enfatizzava la necessità di svolgere un *supplemento d'indagine* per verificare l'effettiva concorrenza dei presupposti della realizzazione del fatto tipico. Laddove il soggetto attivo rinunciasse a espletare tale verifica all'esito di «una precisa opzione» (e cioè, di «un bilanciamento di interessi»)⁸¹, il rimprovero colposo non rifletterebbe correttamente il legame instaurato dal soggetto stesso con il fatto tipico.

Anche il seguente estratto di un contributo dedicato al tema del dolo eventuale di BRUNELLI pare utile ad inquadrare l'analisi delle fattispecie di ignoranza deliberata selezionate nella presente indagine: «la possibilità di scorgere le sembianze di un autentico dolo del fatto sono maggiori laddove l'agente agisca con la piena cognizione delle circostanze e dei dati della realtà che ambientano la sua condotta e ne costituiscono il presupposto, e l'evento o il risultato si verifichi attualizzando un rischio consapevolmente corso; mentre se tale piena cognizione faccia difetto ciò può impedire alla radice di concludere per la sussistenza del dolo, a meno che non si sia di fronte ad un soggetto *talmente risoluto dall'aver psicologicamente rimosso il dubbio e agito come se non vi fosse*»⁸².

Dunque, *alcune* forme di rimozione psicologica non escluderebbero il dolo eventuale. Da una simile prospettiva, emergono due elementi determinan-

⁷⁹ R. RUMIATI, *Saper decidere. Intuizione, ragione e impulsività*, Bologna, 2020, cap. I, 3 (e-book). Cfr. altresì ID., *Decisione, psicologia della*, in *Enc. It. Treccani*, VII appendice, 2006: “[p]rendere una d. significa per lo più confrontare due o più opzioni rispetto a un certo numero di caratteristiche ed esprimere una preferenza riguardo all'opzione che, più delle altre, sembra soddisfare i criteri di accettabilità stabiliti dal decisore”.

⁸⁰ Cfr. *infra*, parr. 5-5.1.3.1.

⁸¹ S. PROSDOCIMI, *Dolus eventualis. Il dolo eventuale nella struttura delle fattispecie penali*, Milano, 1993, 54 ss.

⁸² D. BRUNELLI, *Appunti sul dolo diseguale, tra “dubbio conoscitivo” e “dubbio predittivo”*, cit., 216. Seppure nell'ambito di una lettura processualistico-probatoria della *willful blindness*, non appaiono di segno contrario nemmeno le osservazioni di MARCUS nella misura in cui sostiene che “*employing a broad definition of knowledge, rather than carving out a willful blindness alternative to a strict knowledge requirement, will promote a simple, effective, and more honest enforcement of the criminal law*”: J.L. MARCUS, *Model Penal Code Section 2.02(7) and Willful Blindness*, cit., 2233.

ti nell'economia dell'indagine: la *ponderazione* e il *processo di formazione dell'autoinganno*. Se gli stati di dubbio *possono* essere sintomatici di un dolo eventuale⁸³, a *maggior ragione* lo potrebbero essere – sempre nei termini di un *indizio* – quegli stati di dubbio mantenuti intenzionalmente dal soggetto attivo per assecondare, in realtà, una scelta a favore dell'illecito. Radiografando la sentenza *Nocera* delle Sezioni Unite⁸⁴, DONINI ha messo in luce la presenza di un *obiter dictum* relativo al dolo eventuale nel caso di «un atto che sia *deliberato* di fronte a una *mera possibilità*»⁸⁵. Anche la pronuncia nel caso *Thyssenkrupp* riconosce che «[c]ertamente il dubbio accredita *l'ipotesi* di un agire che implichi una qualche adesione all'evento»⁸⁶; non un dubbio qualunque, bensì quello *oggettivamente fondato* e *soggettivamente evaso* dal soggetto attivo in maniera *strategica*⁸⁷.

⁸³ Nella dottrina italiana, il principale sostenitore dell'inquadramento degli stati di dubbio nel dolo eventuale è M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di Cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 568 ss. Con sfumature diverse, sottolinea che il dubbio “non è ancora dolo, o perlomeno, non lo è necessariamente” K. SUMMERER, *Il caso Thyssenkrupp: la responsabilità delle persone fisiche per omicidio e lesioni in danno dei lavoratori*, in L. FOFFANI, D. CASTRONUOVO, *Casi di diritto penale dell'economia*, vol. II, Bologna, 2015, 193. Sul tema, cfr. altresì D. PULITANO, *I confini del dolo. Una riflessione sulla moralità del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 29; D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1287 e 1293, dove l'A. cita il par. 50 della sentenza *Thyssenkrupp*.

⁸⁴ Cass., Sez. Un., sent. n. 12433/2009.

⁸⁵ M. DONINI, *Dolo eventuale* e formula di Frank *nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, cit., 2578 (corsivo aggiunto).

⁸⁶ *Thyssenkrupp*, cit., 179 (corsivo aggiunto). Ipotesi, questa, “che deve confrontarsi con tutte le altre contingenze del caso concreto”: *ibidem*. Lo stesso concetto viene ribadito *passim* (si veda in particolare 183). Come noto, il mutamento centrale nella decisione delle Sezioni Unite consiste nell'*abbandono del criterio dell'accettazione del rischio*, volto a ridurre la manipolabilità di una formula «tra le più abusate, ambigue, non chiare dell'armamentario concettuale e lessicale nella materia in esame», capace di «coprire le soluzioni più diverse» (*ivi*, 181) e di «fagocitare quasi integralmente l'area della colpa»: G. CIVELLO, *Dolo eventuale senza accettazione dell'evento: per la Corte di cassazione è sufficiente la prevedibilità secondo il “normale bagaglio di conoscenze dell'uomo medio”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, n. 3/2023, 1094.

⁸⁷ Nelle fattispecie di ignoranza deliberata che costituiscono l'oggetto della presente indagine, il contesto manifesta *all'individuo la necessità di sapere di più*. Per vero, non pare possibile occultare che “gran parte delle figure affioranti dalla psiche non entrano nello schermo del giudizio razionale” (come rileva G. LICCI, *Dolo eventuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 1498), né che “viene oggi bollata come inaccettabile” l'idea di un “agente in ogni frangente in grado di riflettere razionalmente sulla direzione da imprimere alle proprie azioni” (come mette in luce O. DI GIOVINE, *Il dolo (eventuale) tra psicologia scientifica e psicologia del senso comune*, in *Dir. pen. cont.*, 30 gennaio 2017, 7). Comunque sia, facendo riferimento al diritto penale economico e d'impresa, DI GIOVINE riconosce che “la dimensione razionale classica, sebbene generalmente poco realistica, lo è in misura differente nei vari ambiti dell'agire” (*ivi*, 9; corsivo aggiunto).

4.1. Chiave di lettura: la volontà come surrogato della rappresentazione parzialmente pretermissa. Contesto, rischio, mantenimento strategico del dubbio e motivi.

Occorre dunque rivisitare, come punto di partenza, il trattamento degli stati di dubbio, individuando *indicatori capaci di ripartire in maniera soddisfacente i casi di “dubbio da ignoranza deliberata” tra dolo e colpa*, sempre senza concedere troppo alle istanze general-preventive a discapito di quelle personalistiche.

Due di questi elementi sono già stati menzionati poc'anzi. *Il primo* è ravvisabile nella formulazione di un *dovere di svolgere un supplemento d'indagine (di sapere di più)*; *il secondo*, nella rimozione intenzionale del dubbio: cioè, nella *rinuncia strategica* a espletare tale supplemento d'indagine.

A questi due elementi devono aggiungersene, ad avviso di chi scrive, altri due: (i) un contesto o una situazione di *rischio obiettivamente irragionevole* – nella quale la decisione di agire (o non agire) non avrebbe potuto nemmeno essere presa in considerazione, «secondo il criterio dell'osservatore esterno nelle vesti [...] dell'agente»⁸⁸ – quale presupposto oggettivo del suddetto dovere; (ii) *l'assenza di «comprovate irrazionalità motivazionali»*⁸⁹ quale condizione dell'addebito doloso.

Una concezione siffatta del dolo eventuale sembra garantire la migliore *performance* rispetto a quelle fattispecie di ignoranza deliberata che trascendono le mere violazioni di norme cautelari non accompagnate dall'accettazione dell'evento. Entrerebbe invece in gioco la responsabilità *colposa* in mancanza dell'accettazione stessa, in situazioni sì rischiose ma dai contorni più vaghi – laddove il soggetto non si attivi per sapere di più nella convinzione che esista un'eventualità talmente remota di commettere un illecito che si convince a scartarla, rimuovendola dalla psiche ed escludendo una deliberazione a favore dell'illecito – o influenzate da dinamiche socio-relazionali⁹⁰ o professionali nei quali è fisiologico confidare nella liceità della condotta altrui “fino a prova contraria”⁹¹. Beninteso, alla verifica della viola-

⁸⁸ S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, Milano, 1999, 199. Cfr. altresì S. RAFFAELE, *La rappresentazione dell'evento al confine tra dolo e colpa: un'indagine su rischio, ragionevole speranza e indicatori “sintomatici”*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 4/2015, 419 ss.

⁸⁹ Irrazionalità, queste, che escludono il dolo, come illustra M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., 91.

⁹⁰ Si pensi al caso, formulato da M.L. MANRIQUE, *¿Mejor no saber? Algunas consideraciones sobre la atribución de responsabilidad penal en caso de ignorancia*, cit., 82-83, di una madre che nasconde suo figlio neonato in una borsa che consegna a un'amica, rispondendo alle sue richieste di chiarimento che è meglio non sapere. L'amica custodisce la borsa senza mai aprirla; il bambino, nel frattempo, muore soffocato.

⁹¹ Diffusamente e per tutti, cfr. L. CORNACCHIA, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino 2004, 489 ss.; D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 321 ss.

zione di norme cautelari e del mancato approfondimento della situazione di rischio dovrà sempre accompagnarsi quella dell'esigibilità dell'approfondimento stesso, in modo da preservare il fondamentale sostrato personalistico dell'addebito colposo⁹².

Tornando al concetto di dolo eventuale, nel cui ambito si analizzano situazioni di *incertezza*, occorre prendere atto – come sottolinea DEMURO – che «le componenti rappresentativa e volitiva variano reciprocamente di intensità a seconda del peso specifico di ognuna di esse»⁹³. In altre parole, il minor grado della rappresentazione può essere *compensato* dalla maggiore intensità della volontà⁹⁴: «una forte componente rappresentativa richiede una più ridotta [...] componente volitiva, mentre *una forte componente volitiva si accontenta anche di un deficitario patrimonio rappresentativo*»⁹⁵.

Proprio ciò che può verificarsi nelle fattispecie di ignoranza deliberata: con la realizzazione “cieca” del fatto tipico in un contesto insostenibilmente rischioso, talora il soggetto attivo manifesta anche una decisione contro il bene giuridico, accettando il fatto tipico pur agendo in una situazione di incertezza.

Certo, non potrebbe avallare la rilettura proposta in questa sede chi sostiene che la volontà del fatto non sarà mai in grado di supplire alle carenze del profilo intellettuale. Epperò, vi sono casi in cui «sottra[rsi] alla valutazione attenta degli interessi contrapposti [...] può, piuttosto che escludere, sottintendere una sorta di ‘decisione contraria’ al bene giuridico»⁹⁶.

Dunque, se operando una «*sintesi di contesto, azioni pre-tipiche ed azioni conformi al tipo*»⁹⁷, la decisione di non sapere di più è talmente eloquen-

⁹² Sul tema, cfr. D. CASTRONUOVO, *Misura soggettiva, esigibilità e colpevolezza colposa: passi avanti della giurisprudenza di legittimità in tema di individualizzazione del giudizio di colpa*, in *Giur. It.*, 2021, 2219 ss.

⁹³ G.P. DEMURO, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 1/2012, 145.

⁹⁴ In questo senso, alla luce delle precisazioni abbozzate nel testo e nei paragrafi successivi con particolare riferimento all'errore sul fatto, deve essere letta la tesi di R.M. PERKINS, “*Knowledge*” as a *Mens Rea Requirement*, in *Hastings Law Journal*, 29, 1978, 964, secondo cui “*where there is direct evidence of a deliberate plan to avoid the truth, the degree of probability is unimportant*”.

⁹⁵ D. BRUNELLI, *Appunti sul dolo diseguale, tra “dubbio conoscitivo” e “dubbio predittivo”*, cit., 223 (corsivo aggiunto).

⁹⁶ Testualmente e per tutti, riguardo alla rappresentazione concreta come rigida premessa logica della volontà, G. DE FRANCESCO, *L'enigma del dolo eventuale*, in *Cass. pen.*, 2012, n. 5, 1975. G. DE VERO, *Dolo eventuale e colpa cosciente: un confine tuttora incerto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 87-88, sembra alludere a casi diversi da quelli prototipici per la presente indagine: facendo riferimento ad atteggiamenti *irragionevoli* e *sconsiderati*, l'A. pare ubicare la colpa grave all'interno della “volontà cosciente” dolosa (non a caso, viene *ivi* impiegato il termine “decisione contraria” al bene giuridico *implicita*): corsivo aggiunto).

⁹⁷ F. CONSULICH, *Nolo cognoscere. Il diritto penale dell'economia tra nuovi responsabili e antiche forme di responsabilità “paracolpevole”*: spunti a partire dal nuovo art. 236 bis l.f., cit., 641. La proposta abbozzata in questa sede poggia sulla premessa secondo la quale “[u]n approccio produttivo dal punto di vista dell'accertamento del dolo è quello di chi valorizza il significato, per

te da manifestare l'accettazione dell'illecito, il «vuoto rappresentativo»⁹⁸ e l'offesa collaterale *interagiscono dolosamente*. Il soggetto attivo nutre un sospetto fondato, alla luce del contesto, al momento di realizzare la condotta in una situazione manifestamente rischiosa; l'esito collaterale risulta tra quelli che il medesimo si era prefigurato⁹⁹.

Altrimenti, si potrebbe ravvisare un nesso di imputazione che non poggi su argomenti generalizzanti, di impronta esclusivamente socio-normativa¹⁰⁰, attraverso un'imputazione *differenziata o mista* che combini profili del *dolo eventuale* e della *colpa*, la quale verrebbe integrata dalla violazione del dovere di ottenere maggiori informazioni e dalla produzione prevedibile ed evitabile dell'evento¹⁰¹. Da questa angolatura, seppure correndo il rischio di forzare la mano rispetto alla *raison d'être* di questo spunto dogmatico, *dolo eventuale* e *colpa* sarebbero collegati da un difetto di rappresentazione evitabile che manifesterebbe «una miscela di fatto ingiusto doloso e colpevolezza colposa»¹⁰². Non pare invece ammissibile assimilare l'ignoranza deliberata a un *dolo* di pericolo valido anche per i reati di evento dannoso, come sostanzialmente accade nell'ordinamento spagnolo quando si ricorre alla succitata figura del *dolo de indiferencia*.

4.2. *Dolus in re ipsa*?

Da una diversa angolatura, si potrebbe sostenere che l'ignoranza deliberata non sarebbe altro che una *colpa tramutata in dolo* - o in «*eventualità di dolo*»¹⁰³ - o un *dolus in re ipsa*, consistente nel mero inadempimento di un dovere di conoscere la situazione o comunque incentrato sul rimprovero secondo il quale, a partire da certi fatti notori, l'imputato *non poteva non sapere*¹⁰⁴.

l'illecito e per la colpevolezza, della sintesi tra il dato esterno e quello interno della tipicità dolosa e colposa»: G.P. DEMURO, *Il dolo* (vol. II.: *L'accertamento*), Milano, 2010, 101.

⁹⁸ L'espressione è di D. BRUNELLI, *Appunti sul dolo diseguale, tra "dubbio conoscitivo" e "dubbio predittivo"*, cit., 228.

⁹⁹ Seppure con argomenti diversi, cfr. L. GRECO, *Comentario al artículo de Ramón Ragués*, cit., 70: «*la mayor parte de los presuntos casos de ignorancia deliberada son casos en los que o bien no existe tal ignorancia, [...] o bien en que la posterior ignorancia es resultado de una situación anterior de conocimiento*».

¹⁰⁰ E cioè, che opera attraverso «*un concepto de conocimiento que alcance un equilibrio entre el componente normativo de este elemento y la realidad empírico-psicológica que le sirve de base*»: in termini generali, M. DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, Buenos Aires, 2010, 274.

¹⁰¹ Il contributo di riferimento all'analisi sistematica del tema in questione è la monografia di M. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, Bologna, 2020.

¹⁰² Il passaggio citato testualmente è di A. NIETO MARTÍN, *El conocimiento del Derecho. Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición*, Barcellona, 1999, 266.

¹⁰³ F. GIUNTA, *Il diritto penale dell'economia: tecniche normative e prova dei fatti*, in *RtrimDPenEc*, n. 3-4/2017, 552.

¹⁰⁴ A. PUPPO, *Comentario a Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal, de Ramon Ragués I Vallès*, in *Discusiones*, n. 2/2013, 53.

4.2.1. Il contributo fornito dall'ignoranza deliberata alla soluzione di casi controversi: i segnali d'allarme nel diritto penale economico, l'*error aetatis* e l'errore sul consenso nei delitti sessuali.

Nel diritto penale economico, il tema affrontato in questa sede si ricollega a quello del ruolo che svolge la presenza di *segnali di allarme* previ a una crisi d'impresa nel giudizio sull'elemento soggettivo del reato¹⁰⁵.

Sempre che tali segnali siano oggettivamente consistenti ed eloquenti, i soggetti titolari di posizioni di garanzia sono tenuti ad esaminarli, nonché a ostacolare o impedire la commissione di reati (sempre che, beninteso, i garanti stessi dispongano di poteri impeditivi reali e adeguati). Perché si possa riconoscere la responsabilità dolosa, il garante deve essere «concretamente venuto a conoscenza» dei segnali d'allarme e aver «volontariamente ommesso di attivarsi per scongiurarli»¹⁰⁶. Laddove, invece, si sia ignorata l'esistenza dei segnali, oppure il loro significato indiziante non fosse sufficientemente significativo *ex ante*, l'omissione del garante potrebbe integrare soltanto una responsabilità di natura colposa¹⁰⁷.

Secondo RAGUÉS I VALLÉS, nella giurisprudenza spagnola recente non sono poche le pronunce sul tema dell'ignoranza deliberata che riaffermano un *dolo da posizione* nei confronti di soggetti in posizione apicale e membri qualificati di organizzazioni collegiali¹⁰⁸. Ad avviso di chi scrive, lo scenario di un *dolus in re ipsa* deve essere evitato ricercando una soluzione che *non escluda radicalmente* la compatibilità dell'ignoranza deliberata con il dolo eventuale, bensì la circoscriva mediante una definizione e una metodologia di accertamento compatibili con i principi costituzionali di colpevolezza e di presunzione di innocenza.

Ad avviso di chi scrive, la qualificazione soggettiva dei casi di ignoranza deliberata deve passare attraverso la prudente ricostruzione processuale della decisione di non approfondire i risvolti del fatto. A seconda dei casi, tale decisione può essere rivelatrice di una colpa cosciente – eventualmente, anche grave – per violazione di cautele esigibili o di un *auto-occultamento di informazioni che confermerebbero ciò di cui si sospetta*: e cioè, riportando un'espressione di DOPICO GÓMEZ-ALLER, di una forma di *organizzazione dolosa della lesione del bene giuridico*¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Sul tema, fra i contributi classici nella penalistica italiana, si rinvia per tutti a S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente. Ai confini tra dolo e colpa nella struttura delle tipologie delittuose*, cit., 258 ss.

¹⁰⁶ M. CAPUTO, *La mossa dello struzzo: i segnali di allarme tra willful blindness e dolo come volontà*, cit., 2253.

¹⁰⁷ Sul tema, diffusamente e per tutti, F. CENTONZE, *Controlli societari e responsabilità penale*, Milano, 2009, 215 ss.

¹⁰⁸ R. RAGUÉS I VALLÉS, *Veinticinco años de ignorancia deliberada: un análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, cit., 434-435, dove l'A. cita la STS 292/2021 e la STS 830/2017.

¹⁰⁹ In relazione alle fattispecie di *omisión del deber de socorro* previste dall'art. 195 del *Código penal* spagnolo, J. DOPICO GÓMEZ-ALLER, *¿Posición de garante derivada de legítima defensa? La paradoja de Rudolphi*, in *InDret*, n. 4/2018, 15.

Puntando la lente di ingrandimento sulla decisione di non comprendere meglio la situazione innegabilmente rischiosa non si intende dare surrettiziamente il via libera a forme acute di precauzione nel giudizio sulla responsabilità penale, bensì rilanciare l'idea di una più contenuta «chiamata a una condotta prudente» di fronte al rischio circostanziato¹¹⁰. Si pensi, ad esempio, alla rinuncia deliberata a svolgere un supplemento di indagine nell'ambito di organizzazioni complesse in situazioni eclatanti, obiettivamente percepibili e approssimativamente percepite dai soggetti coinvolti, in modo da poter «accelerare una pratica» vantaggiosa nell'ambito dell'attività professionale o di impresa. Sempre a titolo esemplificativo: un amministratore delegato di un'impresa automobilistica, pur sospettando che le autovetture commercializzate violino le normative ambientali sulle emissioni e che i relativi test preliminari siano stati falsificati, non prende in considerazione la proposta dei suoi collaboratori di avviare un'indagine interna o non dà autonomamente impulso a una simile iniziativa, facendo sì che la questione finisca per essere «insabbiata»¹¹¹. Oppure ancora, si pensi al *leading partner* di uno studio professionale che riceve da un *gatekeeper* una segnalazione circostanziata e attendibile della possibile commissione di illeciti penali da parte di una società che si affida allo studio stesso per realizzare atti negoziali sospetti. Da quel momento in avanti, lo studio dovrebbe attivarsi per saperne di più e adottare misure volte a evitare di incorrere in una responsabilità penale. Tuttavia, gli onorari che la società versa sono così lauti che la loro mancata percezione produrrebbe gravi effetti sui bilanci annuali dello studio. Il *leading partner* decide così di sbarazzarsi della segnalazione scritta per non compromettere la reputazione dei soci, quella dello studio e il redditizio rapporto professionale con la società indiziata¹¹².

Si pensi altresì ai casi che suscitano controversie sul piano dell'*errore sull'età* nei delitti sessuali a danno di minori¹¹³. In termini generali, indipenden-

¹¹⁰ Diffusamente e per tutti, avverte delle criticità generate da un'infiltrazione non adeguatamente contenuta del principio di precauzione nelle categorie generali D. CASTRONUOVO, *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, 2012. Sulla funzione di chiamata della fattispecie, si veda per tutti e per ulteriori riferimenti alla dottrina tedesca il riferimento in C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, tomo I, 2ª ed., Monaco, 1994, 962.

¹¹¹ Il caso è tratto da A. SARCH, *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don't*, Oxford, 2019, 232.

¹¹² Il caso qui riportato apre il lavoro di D. LUBAN, *Contrived Ignorance*, cit., 957.

¹¹³ Evidenzia criticamente la tendenza giurisprudenziale a sterilizzare l'errore (sull'età) in presenza della violazione di doveri strumentali di conoscenza G. COCCO, *La lotta senza esclusione di colpi contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Le questioni dell'error aetatis e del concetto di pornografia minorile*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 6/2013, 1806. Nello stesso senso, in relazione all'ordinamento spagnolo, si veda anche per ulteriori riferimenti bibliografici L. PUENTE RODRIGUEZ, *Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente*, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 25/2023, 11. Al contrario, emblematicamente, un'indagine sulla giurisprudenza di merito spagnola ravvisa, sul piano quantitativo, un'applicazione tutt'altro che trascurabile dell'*error de tipo* in relazione ai reati sessuali, contrariamente alle dichiarazioni di principio del *Tribunal Supremo* che attribuiscono all'errore

temente da ogni opportuna sollecitazione *de lege ferenda* e dalle peculiarità del singolo caso, pare possibile affermare che nell'approssimazione psicologica del “profano” al contenuto della norma l'esistenza di un'“età-soglia” nella sfera sessuale appartiene all'immaginario comune. Laddove le circostanze contestuali, situazionali, obiettive e personali (del minore) effettivamente rappresentate dal soggetto attivo sollevino un ragionevole dubbio sull'età della persona con la quale si intende realizzare atti sessuali, l'agente *deve adoperarsi per risolvere il dubbio* nei limiti di ciò che possa dirsi oggettivamente e personalmente esigibile. Eccezion fatta per le ipotesi di inganno sufficientemente o concretamente persuasivo, le quali possono chiamare in gioco un errore evitabile o inevitabile sul fatto, non può dirsi che versa in uno stato di errore colposo chi ha ragione di dubitare (e dubita) riguardo all'età dell'altra persona ma evita intenzionalmente di chiarirlo, rimuovendo psichicamente un sospetto che nella realtà può anche fungere da freno inibitorio di fronte a un rischio significativo di realizzare la fattispecie.

Seppure con alcune puntualizzazioni rese opportune dal passaggio dalla tutela dei minori a quella della libertà di individui di cui l'ordinamento riconosce e promuove, in linea di principio, la piena capacità di esercitarla, gli argomenti in questione sembrano altresì valere in relazione alle allegazioni di *errore sul consenso*¹¹⁴.

Si pensi, in particolare, ai casi in cui il consenso viene revocato, oppure risulta viziato dalla riduzione significativa o dalla perdita di coscienza di un soggetto coinvolto in un atto sessuale. In quanto condizione centrale della liceità, che deve permanere per l'intera durata del fatto, chiunque realizzi atti sessuali deve ad agire in presenza del consenso di chi vi partecipa. Una valutazione relazionale, realistica e di buon senso dei rapporti sessuali induce a ritenere che la scelta di non approfondire i primi segnali percepiti che comunicano un cambio nella relazione – nella volontà del soggetto passivo o nella sua capacità di consentire – può neutralizzare le suddette allegazioni.

In altre parole, ciascuno deve premurarsi del consenso altrui nell'arco del rapporto¹¹⁵. Così come il soggetto *deve contare con un consenso iniziale*, lo stesso soggetto *deve assicurarsi che il consenso permanga* e dunque *dovrà attivarsi laddove le circostanze inizino a cambiare di segno in maniera sufficientemente eloquente*, segnalando il rischio imminente di un'ingerenza

stesso un carattere eccezionale: si veda J.A. RAMOS VÁZQUEZ, *Algunos problemas conceptuales y epistemológicos de la definición del consentimiento sexual en la llamada Ley de «solo sí es sí»*, in *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, n. 34/2023, 246 ss.

¹¹⁴ Mette in relazione *willful blindness* e consenso nei reati sessuali G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 386, nt. 348.

¹¹⁵ Anche per opportuni riferimenti bibliografici e giurisprudenziali, G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., 200; L. PUENTE RODRIGUEZ, *Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente*, cit., 18.

nella libertà sessuale altrui¹¹⁶; enunciato, questo, che non sembra sfociare – e che non deve essere esasperato a tal punto – in una «proceduralizzazione delle dinamiche sessuali»¹¹⁷.

Altrimenti, decidendo di proseguire senza alcun accorgimento, «necessariamente si dissipa ogni stato di dubbio che potrebbe far nascere una contemplazione soggettiva diversa da quella del dolo»¹¹⁸. Diverso sarebbe il discorso per quei casi – certamente possibili, ma non necessariamente i più frequenti – in cui quanto accaduto non basti a provare che l'asimmetria nel consenso sia stata sospettata dal *partner*: in situazioni come questa, l'errore colposo potrebbe trovare riconoscimento¹¹⁹. Questa ricostruzione consentirebbe di mantenere distinte situazioni sì *borderline* ma comunque diverse sia nella realtà, sia nel diritto penale: la «grossolana noncuranza» e l'ignoranza deliberata (strategicamente motivata)¹²⁰.

4.2.2. Alcune critiche e possibili repliche.

Al di là dell'annoso dibattito sull'accertamento dell'elemento soggettivo del reato e dell'errore sul fatto nel settore del diritto penale economico e in quello dei delitti sessuali, le cui sfaccettature cangianti non possono essere passate esaustivamente in rassegna in questa limitata sede, con le tesi sostenute nella presente indagine non si intende perpetrare un idealtipo inesigibile e indesiderabile di “superuomo” che tutto sa, tutto previene o tutto deve prevenire¹²¹; né di rinunciare «alla capacità di prendere decisioni basate sull'intuizione»¹²² o di introdurre surrettiziamente *test* controfattuali contro-

¹¹⁶ Si veda per tutti M. CANCIO MELIÁ, *La reforma de los delitos contra la libertad sexual*, in J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ, E. PEÑARANDA RAMOS (diretto da), *Liber Amicorum en homenaje al Profesor Julio Díaz-Maroto y Villarejo*, Madrid, 2023, 112 ss., in particolare 120. Come rileva G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., 393, il *Sex Offences Act 2003* ha positivamente il riferimento alle “misure che A ha preso per accertare se B acconsente” (section 1).

¹¹⁷ M. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, cit., 446.

¹¹⁸ F.J. ÁLVAREZ GARCÍA, N. VILLALBA LÓPEZ, *Agresiones sexuales sobre menores de dieciséis años (I)*, in F.J. ÁLVAREZ GARCÍA (diretto da), *Tratado de Derecho penal español. Parte especial*, tomo 1, *Delitos contra las personas*, 4ª ed., Valencia, 2023, 1314-1315.

¹¹⁹ Cfr. L. PUENTE RODRÍGUEZ, *Contra la tipificación de la agresión sexual imprudente*, cit., 24; M. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, cit., 448.

¹²⁰ Cfr. *ibidem*.

¹²¹ Si trae ispirazione, in questo passaggio, da un'avvertenza di D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009, 224, dove l'A. precisa che non si può obbligare il «soggetto 'superdotato' [...] a fare un uso integrale di tutte le sue eccezionali capacità in ogni situazione di pericolo della vita quotidiana». Al di là della significativa distanza rinvenibile tra la presente indagine e gli enunciati dogmatici della sua teoria del reato, anche M. PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, cit., 308, ravvisa un dovere “*cum grano salis*” di sincerarsi del contesto fattuale nelle situazioni prese in esame nella presente indagine.

¹²² R. RUMIATI, *Saper decidere. Intuizione, ragione e impulsività*, cit., cap. I, 14 (e-book).

versi¹²³ o comunque estranei alla responsabilità dolosa propriamente intesa¹²⁴. Al contrario, i lineamenti essenziali di uno statuto dell'ignoranza deliberata devono contemperare l'«elemento soggettivo in senso stretto» e «i margini legittimi di una sua valutazione presuntiva»¹²⁵, senza creare un divario tra realtà e diritto tale da comprometterne la plausibilità.

Si potrebbe obiettare che non si può fare affidamento sulla capacità dell'individuo di rappresentarsi adeguatamente il fatto, a causa della fallacia dei processi intellettivi e «dell'idea classica di razionalità» che ha contribuito a celare nel dibattito scientifico la dinamica reale delle decisioni umane¹²⁶.

Rilievi siffatti sembrano suggerire l'opportunità di procedere a una *rivisitazione*, piuttosto che ad abbandonare definitivamente l'idea in questione. Inoltre, la fallacia cognitivo-intellettuale può essere mitigata «se si adottano alcune cautele»¹²⁷. Non è forse proprio la perfettibilità delle rappresentazioni “standard” dell'essere umano a suggerire, in circostanze obiettivamente rischiose, percepite dal soggetto attivo e caratterizzate da esiti incerti in rapporto di ragionevole alternative, la necessità di un *plus* di riflessione?

Vi è di più: sembrerebbe possibile sostenere che anche le risultanze delle neuroscienze aprono uno spiraglio per il riconoscimento del dovere circostanziato di conoscere meglio la situazione tipica a cui si è fatto riferimento nel paragrafo precedente. Se è vero che il soggetto conserva non solo margini di autodeterminazione per orientare la decisione sulla condotta da realizzare¹²⁸, ma altresì la *facoltà di selezionare le informazioni su cui basare la decisione* stessa, l'affermazione del dovere in questione pare giustificabile

¹²³ Si allude, in particolare, alla prima formula di Frank. Per approfondimenti sul tema, si rinvia per tutti a G. GENTILE, «Se io avessi previsto tutto questo...» *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in *Dir. pen. cont.*, 30 ottobre 2013, *passim*. Sottolinea come la prima formula di Frank possieda un valore più esplicativo o descrittivo che probatorio M. JULIA-PUJAN, *Las contribuciones de la toma de decisiones deliberadas al concepto de dolo y a la prueba en torno a las conductas dolosas*, cit., 307.

¹²⁴ Come quello volto a gettare luce sulle *latent beliefs* nell'ambito della *gross negligence*: “[i]f defendant gave the matter a moment's thought, what would he have concluded about the fact, or about the risk?” Il test in questione è analizzato in A. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, Oxford, 1999, 185-186.

¹²⁵ M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. “Nesso di rischio” e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006, 134. Dello stesso avviso K. SUMMERER, *Tipicità soggettiva. Il dolo e la colpa nel fatto*, cit., 325, dove l'A. afferma che “la finzione non può spingersi oltre un certo limite”. In questo senso, nella dottrina spagnola, si veda M. PÉREZ MANZANO, *Reflexiones sobre el concepto de dolo a la luz de los desarrollos de la Neurociencia Cognitiva*, in E. DEMETRIO CRESPO (diretto da), M. DE LA CUERDA MARTÍN-F. GARCÍA DE LA TORRE GARCÍA (coordinato da), *Derecho penal y comportamiento humano. Avances desde la neurociencia y la inteligencia artificial*, Valencia, 2022, 394-395.

¹²⁶ Per ogni approfondimento, si rinvia diffusamente a O. DI GIOVINE, *Dilemmi morali e diritto penale. Istruzioni per un uso giuridico delle emozioni*, Bologna, 2022, 20 ss.

¹²⁷ R. RUMIATI, *Saper decidere. Intuizione, ragione e impulsività*, cit., cap. 3, 25 (e-book).

¹²⁸ Si rinvia diffusamente e per tutti a C. GRANDI, *Neuroscienze e responsabilità penale. Nuove soluzioni per problemi antichi?*, Torino, 2016, in particolare 116 ss.

in ragione non solo di argomenti di ordine fattuale e deontologico, ma altresì del funzionamento dei processi decisionali¹²⁹.

Sul piano astratto, la selezione *parziale* delle informazioni in questione non possiede un solo significato. Di conseguenza, non paiono univoche nemmeno le conclusioni che possano raggiungersi, sul piano dell'elemento soggettivo, a partire dall'elusione del dovere circostanziato di sapere di più. Piuttosto, tale selezione sembra essere *polivalente*: *ex ante*, il soggetto può lasciare dietro di sé un novero più o meno nutrito di dati fisiologicamente, per negligenza, imprudenza o imperizia, oppure ancora perché fa al caso suo. Sempre sul piano astratto, la tripartizione appena abbozzata trova corrispondenza nei tre esiti alternativi dell'accertamento penale: nessuna responsabilità, responsabilità colposa o responsabilità dolosa.

5. Proposta: l'ignoranza deliberata dolosa come sfruttamento strategico di uno stato di dubbio.

Tirando le prime somme¹³⁰, perché un caso di ignoranza deliberata possa essere risolto facendo ricorso al dolo eventuale, il soggetto attivo deve innanzitutto: (i) aver percepito un rischio obiettivamente fondato; (ii) essersi autodeterminato a non sapere di più; (iii) aver agito strategicamente, strumentalizzando la conoscenza incompleta del fatto per celare una deliberazione a favore dell'illecito e per non preconstituire una prova a suo carico. A queste condizioni, infatti, non si addebiterebbe più una forma di negligenza o un «sospetto rimasto nello stadio dell'indecisione»¹³¹, bensì una vera e propria deliberazione a favore dell'illecito.

Pertanto, *la compatibilità tra ignoranza deliberata e dolo eventuale non è né assoluta, né automatica*: sul piano della colpa, in via di estrema approssimazione, in alcuni casi l'autore cosciente del rischio può aver semplicemente sottovalutato segnali di allarme, averli rimossi dalla psiche in maniera non strategica, aver confidato erroneamente nel buon esito della vicenda o essersi convinto, in maniera fallace, dell'operato di fattori impeditivi dell'evento¹³².

¹²⁹ M. JULIÀ-PIJOAN, *Las contribuciones de la toma de decisiones deliberadas al concepto de dolo y a la prueba en torno a las conductas dolosas*, cit., 310.

¹³⁰ In buona sostanza, al di là delle diverse sfaccettature rinvenibili nei rispettivi percorsi argomentativi, i lineamenti essenziali della proposta qui abbozzata ricalcano quelli formulati da D. HUSAK, *Willful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*, cit., 208-209. Tuttavia, in questa sede si propende per una *inclusione condizionata* dell'ignoranza deliberata nel dolo eventuale, piuttosto che per l'accostamento analogico della prima al secondo.

¹³¹ M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, cit., 2564.

¹³² Per ogni approfondimento, si rinvia per tutti a D. CASTRINUOVO, *Colpa penale*, cit., 200 ss.

5.1. Ignoranza deliberata ed errore sul fatto.

In particolare, per quanto riguarda l'elemento *negativo* del dolo, è applicabile l'errore sul fatto in presenza di una decisione del soggetto attivo di non sapere di più? La risposta potrebbe dipendere dall'origine "genuina" o "maliziosa" dell'errore allegato?

5.1.1. Analisi e proposta.

L'insidiosa astrazione dell'oggetto del dolo eventuale, che nell'ignoranza deliberata vede sfumare il riferimento a un'offesa collaterale ben determinata, genera problemi in relazione al possibile *scollamento tra rappresentazione e realtà*. Nelle fattispecie di ignoranza deliberata analizzate nella presente indagine, il soggetto immagina che, una volta realizzata la condotta, potrà aver commesso *un reato*; tuttavia, non avendo voluto ottenere maggiori informazioni, *ex ante* non potrà sapere né prevedere infallibilmente *quale*¹³³.

La chiave di lettura volta a rendere compatibili l'ignoranza deliberata e il dolo eventuale corre il rischio di celare l'applicazione di un controverso *dolo alternativo*, nel quale l'offesa tipica finirebbe per operare come una mera condizione obiettiva di punibilità, refrattaria in quanto tale a considerazioni di segno personalistico¹³⁴. Se così fosse, nelle fattispecie di ignoranza deliberata la disciplina dell'errore sul fatto sarebbe oggetto di un'*interpretatio abrogans* che riaprirebbe le porte a un *dolus in re ipsa* indesiderato quanto illegittimo¹³⁵.

Al contrario, deve sussistere «una corrispondenza guidata da 'intenzionalità' fra preordinazione [della scelta di non sapere di più] e fatto concretamente realizzato, onde evitare l'imputazione di un fatto illecito casualmente coincidente con il piano dell'agente»¹³⁶. Inoltre, anche nel caso in cui il soggetto agente abbia effettivamente realizzato una ponderazione, non è del tutto improbabile che «perfino al termine di un ragionamento analitico, condotto con grande attenzione, si possa ugualmente sbagliare»¹³⁷.

¹³³ Devo lo spunto di riflessione a Jacobo Dopico Gómez-Aller. Si veda sul punto L. GRECO, *Commentario al artículo de Ramón Ragués*, cit., 76. Sull'inclusione di "una qualche concretizzazione (tra quelle oggettivamente ascrivibili) dell'evento tipizzato nell'incriminazione" quale oggetto del dolo, cfr. altresì M. DONINI, *Imputazione oggettiva dell'evento. "Nesso di rischio" e responsabilità per fatto proprio*, cit., 134.

¹³⁴ B.J. FEIJÓO Sánchez, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 12.

¹³⁵ Sul tema, si rinvia diffusamente e per tutti a F. BRICOLA, *Dolus in re ipsa: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, *passim*.

¹³⁶ D. PULITANO, *Diritto penale*, ottava ed., Torino, 2019, 331.

¹³⁷ Con specifico riferimento agli errori commessi nell'esercizio dell'attività medico-sanitaria, C. IAGNEMMA, *Error in deliberando. Scelte e gestioni fallaci della condotta nell'illecito colposo*, cit., 38.

Al riguardo, DONINI propone di tenere conto della probabilità dell'evento «quale requisito della prova, più che della struttura, del dolo eventuale»¹³⁸. Altrimenti, sempre dal punto di vista *ex ante*, l'offesa potrebbe essere ascritta in ragione della *ragionevole alternatività* tra gli esiti parzialmente rappresentati della condotta¹³⁹.

In realtà, pur riconoscendo tutte le criticità del caso, non sembra facile negare che anche nelle fattispecie di ignoranza deliberata un soggetto possa rappresentarsi con un grado sufficiente di effettività – seppure, in alcuni casi, sotto forma di esiti alternativi – il decorso degli accadimenti¹⁴⁰. Si tornerà sul punto nel prosieguo, facendo riferimento al caso di studio dell'amministratore “testa di legno” nell'ambito dei reati societari¹⁴¹. Qui preme sottolineare, in termini generali, che quanto appena affermato coincide con il meccanismo di *co-coscienza condizionata dalla percezione* già illustrato da ROXIN proprio per *escludere l'errore sul fatto*¹⁴².

In questo senso, in una delle fattispecie più frequenti – quella del traffico “alla cieca” di oggetti proibiti, fortemente indiziato dall'insieme delle circostanze oggettive e personali del caso concreto –, una pronuncia del *Tribunal Supremo* (STS 726/2020) statuisce che «si può convenire che chi accetta di trasportare una valigia a un prezzo elevato dalla Colombia alla Spagna in un viaggio di andata e ritorno quasi consecutivo per cui viene retribuito, deve per forza rappresentarsi la probabilità che gli venga affidato il trasporto di sostanze stupefacenti, anche se preferisce non verificarlo né, tanto meno, chiedere. Tuttavia, *non si potrebbe certamente affermare il dolo eventuale se ciò che si trova nella valigia al momento del sequestro sono armi chimiche dall'enorme potenziale distruttivo. È necessario rappresentarsi, anche solo come possibilità, il risultato delittivo*»¹⁴³.

5.1.2. Critiche e potenziali ripercussioni sul piano sistematico.

Nelle fattispecie in questione, si deve dunque ricostruire con cautela il processo decisionale del soggetto attivo caso per caso: non è necessariamente vero, al di là delle condivisibili preoccupazioni che suscitano prassi

¹³⁸ Con specifico riferimento al progetto Grosso, al progetto Nordio e al progetto Pisapia di riforma del codice penale, M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, cit., 2577.

¹³⁹ B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 7-8. Similmente, A. SARCH, *Criminally Ignorant: Why the Law Pretends We Know What We Don't*, cit., 160, sembra partire dal riferimento alla congruenza tra gli interessi protetti dalle fattispecie rappresentate *ex ante*. Questo passaggio è senza dubbio il più problematico in un'ottica processuale, tant'è che D. LUBAN, *Contrived Ignorance*, cit., 968 etichetta la questione come «*unanswerable*».

¹⁴⁰ In termini generali, cfr. M. DEL MAR DÍAZ PITA, *El dolo eventual*, cit., 279.

¹⁴¹ Cfr. *infra*, par. 5.1.3.1.

¹⁴² C. ROXIN, *Literaturbericht. Allgemeiner Teil*, in *ZStW*, vol. 78, 1966, 254.

¹⁴³ Traduzione dell'A.; corsivo aggiunto.

applicative disinvolve, che l'ignoranza deliberata dolosa introduca una presunzione illegittima nell'accertamento del dolo.

Tuttavia, il ricorso al criterio della *prevedibilità* dell'offesa darebbe di nuovo eco a una questione vieppiù problematica. Analizzando la relazione tra la verifica del *nesso oggettivo di rischio* tra la norma cautelare violata, gli eventi che questa mira a prevenire e l'evento concreto, nonché quella sulla *prevedibilità soggettiva* dello stesso evento concreto in tema di disastri e di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, CIVELLO sottolinea la «deriva del diritto vivente»¹⁴⁴ che oggettivizza, con effetti espansivi, il giudizio sulla responsabilità colposa; «quasi a dire che, ove l'evento *hic et nunc* rientri nel *tipo* di eventi che la regola cautelare era volta a prevenire, allora automaticamente e *de plano* l'evento medesimo dovrà qualificarsi come *ex ante* prevedibile da parte del soggetto agente»¹⁴⁵. La stessa critica potrebbe essere effettuata, *mutatis mutandis*, da parte di chi non veda di buon occhio la traslazione di elementi di per sé appartenenti alla macroarea della colpa sul piano della responsabilità dolosa: mi riferisco, in particolare, al rischio, al mancato esame previo del fatto – il quale, come si vedrà, deve rivelarsi eloquente anche sul piano dei motivi¹⁴⁶ – e alla prevedibilità.

In definitiva, l'*error facti* non potrebbe applicarsi nei casi in cui il difetto di rappresentazione sia collegato a una deliberazione strategica addebitabile, in quanto tale, al soggetto attivo. Al riguardo, si potrebbe obiettare che un simile scenario violerebbe il divieto di analogia *in malam partem* e che non sarebbe legittimo desumere l'inapplicabilità di un istituto di parte generale per il solo fatto che sia stato il potenziale beneficiario ad aver creato – e strumentalizzato – le condizioni per la sua applicazione¹⁴⁷.

5.1.3. Alcune possibili repliche.

Ad avviso di chi scrive, simili obiezioni non paiono cogliere del tutto nel segno. In particolare, non pare impossibile affermare che, una volta invischiato coscientemente in una situazione obiettivamente ambigua, il soggetto debba assolvere un dovere paragonabile a quello strumentale di conoscenza proprio della *culpa iuris*.

Estrapolando uno spunto di PULITANÒ, «il dovere primario di osservanza della legge trae con sé l'esigenza di comportamenti strumentali all'osservanza: chi agisce nella società, entrando in relazione con altri, è tenuto a

¹⁴⁴ G. CIVELLO, *La "colpa eventuale" nella società del rischio. Epistemologia dell'incertezza e "verità soggettiva" della colpa*, Torino, 2013, 115.

¹⁴⁵ *Ivi*, 121.

¹⁴⁶ Cfr., *infra*, sub par. 5.2.

¹⁴⁷ Pur percorrendo un cammino differente sul piano dogmatico, analizza la problematica dell'errore nelle situazioni di ignoranza deliberata e adduce argomentazioni principialiste di segno legalitario F. MIRÓ LLINARES, *Conocimiento, dolo, responsabilidad dolosa: acerca de lo relevante y lo accesorio de una discusión dogmática eterna*, in *Revista Penal México*, 2015, 153-154.

conformarsi alle condizioni legali di liceità del proprio agire, e perciò a informarsi su tali condizioni, *così come è tenuto a rendersi conto della situazione di fatto*¹⁴⁸. Al di là della differenza netta tracciata sulla base del rispettivo oggetto, la separazione tra lo statuto dell'*error facti* e quello della *culpa iuris* appare porosa¹⁴⁹. La scelta di applicare il primo indipendentemente dalle ragioni dell'errore¹⁵⁰ non sembra esente da critiche: «una volta impostato il problema in termini di diligente adempimento di doveri 'strumentali' all'osservanza della legge, non vi è nessuna ragione di differenziare il piano del fatto da quello del diritto, entrambi ugualmente essenziali per il rispetto degli interessi tutelati»¹⁵¹.

Un'impostazione siffatta permetterebbe di mantenere un equilibrio "realistico" tra prevenzione generale e colpevolezza nell'analisi dei casi di ignoranza deliberata¹⁵². Nei gruppi di casi a cui si fa riferimento nella presente indagine – basti pensare, richiamando di nuovo quelli che paiono più ricorrenti e paradigmatici, ai traffici sospettosi realizzati per un compenso altrimenti ingiustificato, alle operazioni realizzate da amministratori prestanome e al mancato impedimento di crimini internazionali da parte del superiore preliminarmente allertato –, il soggetto attivo percepisce la possibilità di offendere un bene o interesse e pronostica che, verosimilmente, l'offesa riceve una protezione in chiave sanzionatoria da parte dell'ordinamento. Laddove si condividano le premesse e le precisazioni formulate nei paragrafi precedenti, il mancato approfondimento della situazione tipica da parte del soggetto attivo può suffragare l'ipotesi relativa alla concorrenza dell'elemento soggettivo doloso; sempre che, beninteso, tale approfondimento fosse "a portata di mano", *personalmente esigibile*¹⁵³ e che, come si vedrà, i *motivi* dell'agire gettino finalmente luce sul significato strategico della condotta¹⁵⁴.

¹⁴⁸ D. PULITANÒ, *Ignoranza della legge (diritto penale)*, in *ED*, 1997, agg. I, 618 (corsivo aggiunto). Analogamente, P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcellona, 2014, sostiene che "compete al destinatario de las normas conocer éstas con base en una metanorma que serviría de presupuesto (que podría extenderse también a conocer los datos fácticos [...])" (enfasi aggiunta).

¹⁴⁹ Sottolinea il "[r]elativismo de la distinción sistemática error de tipo-error de prohibición" anche F. MUÑOZ CONDE, *El error en Derecho Penal*, Valencia, 1989, 117 ss.

¹⁵⁰ Di questo avviso, R. BARTOLI, *Colpevolezza: tra personalismo e prevenzione*, Torino, 2005, 207: "per quanto riguarda l'errore sul fatto, il nostro ordinamento non compie alcuna distinzione tra errore condizionato (che non scusa) ed errore non condizionato (che scusa), risultando quindi del tutto irrilevante la causa dell'errore".

¹⁵¹ D. PULITANÒ, *Ignoranza della legge (diritto penale)*, cit., 621.

¹⁵² Le espressioni citate e la riflessione di ordine generale sono di M. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. 'Culpa iuris' e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, cit., 64.

¹⁵³ Cfr. M. DONINI, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, cit., 2568: "[n]on sempre si ha tempo e modo di verificare i presupposti, ma ancor meno di frequente si può davvero sapere cosa accadrà in seguito".

¹⁵⁴ Cfr. *infra*, par. 5.2.

5.1.3.1. «Al diritto penale non è e non può essere indifferente la causa dell'errore».

Le situazioni di ignoranza deliberata sembrano segnalare l'opportunità di tracciare una soglia di accettabilità dell'errore a seconda del contesto nel quale si realizza la condotta¹⁵⁵. In altre parole, in presenza dei summenzionati requisiti obiettivi e subiettivi, tra ignoranza deliberata ed errore sul fatto sembra instaurarsi una relazione di *tendenziale incompatibilità*: se soltanto la fiducia *non manifestamente irragionevole* nella mancata verifica dell'evento può escludere il dolo eventuale, lo stesso effetto escludente si può produrre solamente in presenza di un *error facti* non "fraudolento".

Dunque, «[a]l diritto penale non è e non può essere indifferente la causa [rectius, l'origine] dell'errore»¹⁵⁶. Almeno, non lo è del tutto: in presenza delle condizioni abbozzate finora, se il soggetto attivo «avverte il suo errore, in tal momento cessa per lui lo stato di errore e ciò ha rilievo giuridico», potendo «subentrare il dolo»¹⁵⁷.

Prendendo di nuovo come riferimento i casi prototipici dell'amministratore "testa di legno", mentre la dottrina italiana tende maggioritariamente a vedere di mal grado l'ascrizione del dolo eventuale – ponendo l'accento vuoi sull'argomento (condivisibile) del pericolo insito in una oggettivazione smisurata del dolo eventuale, vuoi sulla sua riduzione a una «eventuale consapevolezza circa il significato antisociale della condotta»¹⁵⁸, vuoi ancora sul ricorso a scorciatoie sul piano probatorio¹⁵⁹ –, ben possono verificarsi casi in cui l'allegazione di un errore sul fatto debba essere rigettata sulla base di una rappresentazione sufficiente o co-coscienza, come precisa ROXIN¹⁶⁰. Sempre che, beninteso, il soggetto attivo non sia stato ingannato¹⁶¹ o sia rimasto in tutto e per tutto «estraneo alle vicende societarie, [...] gestite da altri», oppu-

¹⁵⁵ J.A. RAMOS VÁZQUEZ, *Sobre la certeza y el error de tipo objetivamente invencible*, cit., 258. Sep-pure nell'ambito di una diversa teoria dell'imputazione, di segno marcatamente normativizzato, cfr. P. SÁNCHEZ-OSTIZ, *La libertad del derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*, 95, dove l'A. rileva che "en ocasiones [...] no es posible (no es aceptable socialmente) valorar el proceso como imprudente en esas circunstancias (el sujeto «sabe que no sabe» y a pesar de ello actúa [...])".

¹⁵⁶ G. SANTUCCI, *Errore (dir. pen.)*, cit., 284.

¹⁵⁷ *Ivi*, 281.

¹⁵⁸ In questi termini, con specifico riferimento al dolo eventuale nei reati societari, G. MINICUCCI, *Sul dolo di bancarotta dell'amministratore "apparente"*, cit., 1473.

¹⁵⁹ Sempre nell'ambito della criminalità d'impresa, segnala criticamente la tendenza giurisprudenziale a ricorrere a "scorciatoie probatorie" nell'accertamento del "coinvolgimento doloso dei soggetti a cui spettano funzioni di controllo" M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, in *Giur. it.*, 2010, 981.

¹⁶⁰ Cfr., *supra*, sub par. 5.1.1.

¹⁶¹ "Por ejemplo, puede ser que el testafarro se crea la historia de un amigo o un familiar que le ofrece una explicación plausible de la simulación totalmente ajena a la comisión de un delito": B.J. FEIJÓO SÁNCHEZ, *La teoría de la ignorancia deliberada en Derecho penal: una peligrosa doctrina jurisprudencial*, cit., 20, nt. 28.

re ancora che non sia stata dimostrata «la totale dissociazione» dall'operato degli amministratori di fatto¹⁶².

Sono dunque già stati fissati alcuni paletti utili a individualizzare il giudizio, evitando di ascrivere un dolo eventuale da ignoranza deliberata unicamente sulla base di massime di esperienza e di considerazioni oggettivo-normative di impronta generalizzante.

5.2. Ignoranza deliberata e motivi.

La tesi sostenuta nella presente indagine si fonda sulla premessa, sempre più approfondita e corroborata dalle risultanze delle neuroscienze e della psicologia cognitiva, secondo la quale una *deliberazione* – in questo caso, di non sapere di più – «*implica la capacidad de utilizar la percepción y el conocimiento sobre los propios objetivos y motivaciones para seleccionar una acción dirigida a un objetivo o pensamiento*»¹⁶³.

Non a caso, nei paragrafi precedenti, si è fatto riferimento all'assenza di comprovate irrazionalità motivazionali¹⁶⁴ come un indicatore *ulteriore* per accertare se il fatto realizzato abbia espresso o meno un disvalore e una colpevolezza dolosa. Anche nei casi di ignoranza deliberata, «la motivazione fa la differenza»¹⁶⁵: perché possa giungersi alla prova della decisione sufficientemente cosciente a favore dell'illecito, il soggetto deve infatti vantare «*a particular incentive to fail to learn the facts*»¹⁶⁶.

In termini più generali, DONINI sottolinea che «[n]on esistono 'casi tipici di dolo eventuale' senza l'analisi motivazionale del soggetto»¹⁶⁷. La verifica processuale dei motivi può permettere di corroborare (o smentire) l'ipotesi secondo la quale «non di rado chi intraprende un'attività connotata da un rango di rischio elevato e irragionevole, 'in cuor suo' si prospetta l'eventualità di produrre l'evento, e se persiste nell'azione è perché lo considera un prezzo accettabile per il raggiungimento dei propri scopi»¹⁶⁸.

¹⁶² Cass., Sez. V, 3 giugno 2005, in *Guida Dir.*, 2006, 17, 105, citata da M. PELISSERO, *Il concorso doloso mediante omissione: tracce di responsabilità di posizione*, cit., 983.

¹⁶³ M. JULIÀ-PIJOAN, *Las contribuciones de la toma de decisiones deliberadas al concepto de dolo y a la prueba en torno a las conductas dolosas*, cit., 298.

¹⁶⁴ Da un'altra angolatura dogmatica, sostiene la valenza dell'analisi motivazionale per ricostruire il contesto nel quale si iscrive il fatto G. PÉREZ BARBERÁ, *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*, cit., 807 ss. Secondo l'A., in particolare, deve ritenersi «*irracional aquella génesis de un estado mental [...] que supone 'una pretensión o manifestación objetivamente extravagante en relación con el contexto empírico y epistémico de que se trate'*»: *ivi*, 767.

¹⁶⁵ D. LUBAN, *Contrived Ignorance*, cit., 969.

¹⁶⁶ D. HUSAK, *Wilful Ignorance, Knowledge, and the 'Equal Culpability' Thesis: A Study of the Deeper Significance of the Principle of Legality*, cit., 210.

¹⁶⁷ M. DONINI, *Il dolo eventuale: fatto illecito e colpevolezza. Un bilancio del dibattito più recente*, cit., 92.

¹⁶⁸ A. VALLINI, *Dai "pirati della strada" al bombardamento di Dubrovnik: prassi nazionali e sovra-*

Tra i motivi che possono assumere rilevanza spiccano soprattutto l'intenzione di eludere ogni responsabilità per il fatto commesso e il perseguimento di altri interessi egoistici manifestamente incompatibili con la protezione del bene giuridico. In altre parole, riportando riflessioni generali di VENEZIANI, «la particolare forza motivante dell'obiettivo avuto di mira [...] appare difficilmente compatibile con un rimprovero a titolo di colpa»¹⁶⁹.

Può dunque entrare in gioco il dolo eventuale laddove sia «prevalso un motivo per agire che (in base a parametri oggettivi) appare assolutamente sproporzionato al motivo di segno contrario», contribuendo a gettar luce sulla circostanza che la realizzazione del fatto tipico sia stata effettivamente preferita alla desistenza o al previo approfondimento, sempre laddove questo fosse esigibile¹⁷⁰.

6. Conclusioni interlocutorie sull'adattabilità dell'ignoranza deliberata all'ordinamento italiano.

Nel presente lavoro si è proposta un'analisi dell'ignoranza deliberata volta a evidenziare le luci e le ombre di un suo accostamento al dolo eventuale. Le risultanze dell'indagine permettono di concludere che, in presenza di una "cecità" parziale riguardo al fatto surrogata da una volontà eloquente alla luce delle circostanze fattuali, emerge un'accettazione dell'illecito che rende l'ignoranza deliberata *dolosa*. Di fronte al rischio che le teorie oggettive e normative pure (del dolo e) dell'ignoranza deliberata finiscano per strumentalizzare l'individuo per raggiungere scopi di prevenzione attraverso la punizione¹⁷¹, la chiave di lettura proposta nella presente indagine sembra portare a conclusioni equilibrate sul duplice piano della tipicità e della colpevolezza. Inoltre, ad avviso di chi scrive, le conclusioni qui abbozzate non

nazionali in tema di *dolus eventualis*, cit., 255.

¹⁶⁹ P. VENEZIANI, *Motivi e colpevolezza*, Torino, 2000, 142.

¹⁷⁰ *Ivi*, 145.

¹⁷¹ Cfr. per tutti R. RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., 333 ss. L'A., il quale ravvisa nell'"*inequívoco sentido social*" il miglior criterio di imputazione di un dolo marcatamente oggettivizzato, riconosce la possibile strumentalizzazione di alcuni individui come un rischio imminente: "*si los individuos aspiran a que el derecho penal los proteja de algún modo, deben asumir el (todo indica que escaso) riesgo de que alguna vez se les pueda condenar*" per un reato doloso pur in assenza di un legame psicologico effettivo di tale caratura (*ivi*, 343). Per un'illustrazione della "strumentalizzazione dell'individuo alla società" nella quale incorre qualunque tesi di ispirazione funzionalista, si rinvia per tutti a M. DONINI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 495-496. Per concretizzare il suddetto criterio in chiave probatoria, RAGUÉS I VALLÉS scandisce la verifica processuale riguardo all'attribuibilità del dolo in due fasi: la conoscenza della situazione e il giudizio sulla concreta idoneità offensiva. Per ciascuna fase, quest'ultimo A. cataloga i vari indicatori in uno schema probatorio composto dalle seguenti quattro voci: *i*) conoscenze minime oggettivamente imputabili; *ii*) trasferimento effettivo di conoscenze preve alla realizzazione del fatto tipico; *iii*) manifestazione esplicita o per fatti concludenti di conoscenze già possedute; *iv*) caratteristiche personali del soggetto attivo (R. RAGUÉS I VALLÉS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, cit., 443 ss. e 379 ss.).

si contrappongono frontalmente agli autorevoli rilievi nomofilattici della Suprema Corte nel caso *Thyssenkrupp*. Quando nella pronuncia in questione si conclude che le «forme di previsione sommarie ed irrisolte [...] sono buone per la colpa ma non per il dolo», i giudici di legittimità hanno in mente casi di «sconsideratezza», «superficialità» e «irragionevolezza» e non, invece, quelli in cui il soggetto prende una *decisione* nella quale possano essere ravvisati i crismi della *colpevolezza dolosa* (p. 178). Infine, sempre ad avviso di chi scrive, enunciando che «nel dolo non può mancare la puntuale, chiara conoscenza di tutti gli elementi del fatto storico propri del modello legale descritto dalla norma incriminatrice» (p. 179), le Sezioni Unite sembrano aprire indirettamente uno spiraglio nella misura in cui riconoscono che «[n]on è tuttavia privo di interesse tentare di cogliere *se e quale iter abbia condotto*» alla decisione ultima del soggetto attivo (p. 186); osservazione, questa, che può essere effettuata, *mutatis mutandis*, rispetto al “chiudere gli occhi” a cui fa espresso riferimento sempre la Suprema Corte.

Dunque, che si sia disposti o meno a riconoscere all'ignoranza deliberata uno *status* autonomo o, più verosimilmente, la sua utilità come *complemento sostanziale e/o processuale del concetto generale di dolo eventuale e del suo accertamento*, la “dottrina” in questione può contribuire a inquadrare adeguatamente gruppi di casi e a risolverli da un'angolatura che non strida con la realtà fattuale, le risultanze delle neuroscienze e la sistematica dell'elemento soggettivo del reato. Oscillando «in una dimensione sospesa tra definizione sostanziale del concetto e proiezione processuale, di accertamento dello stesso»¹⁷², quanto appena rilevato rende fruibile l'ignoranza deliberata quantomeno come *criterio di accertamento del dolo eventuale* dinnanzi ad alcuni casi di frontiera, la cui soluzione è resa scivolosa da dinamiche realizzative plurisoggettive, elusive o fraudolente e da autori che cerchino nell'allegazione pretestuosa di un errore una via d'uscita dalla responsabilità penale.

Si potrebbe dunque ricercare un punto d'equilibrio osservando l'ignoranza deliberata non come un “nuovo” elemento soggettivo in un *habitat* tutto sommato refrattario ad accoglierla; né come un *virus* indomabile che causerebbe un'espansione del dolo eventuale tale da fagocitare la colpa cosciente. In questo senso, l'ignoranza deliberata potrebbe fungere da innesto o appendice del bagaglio di concetti e indicatori già impiegati per muoversi lungo il crinale tra dolo eventuale e colpa cosciente.

In conclusione, nella prospettiva di uno studio di più ampio respiro – che si confronti altresì con le risultanze del dibattito scientifico sul tema contiguo della colpa grave e che si addentri in un itinerario ragionato di parte speciale –, la candidabilità dell'ignoranza deliberata per *completare* la teoria dell'ele-

¹⁷² Con specifico riferimento alla sentenza *Thyssenkrupp*, M. MATTHEUDAKIS, *L'imputazione colpevole differenziata. Interferenze tra dolo e colpa alla luce dei principi fondamentali in materia penale*, cit., 51.

mento soggettivo del reato e la criteriologia del suo accertamento dovrà essere sottoposta a ulteriori verifiche, per arginare i rischi niente affatto trascurabili di un suo impiego disinvolto e sovversivo dei fondamenti costituzionali e delle migliori prassi in materia.

LA REPRESSIONE DEL DISSENSO NEL DL SICUREZZA E IL DIRITTO PENALE DEL NEMICO: ALCUNE CONSIDERAZIONI

Alessandro Milone*

Sommario: 1. Una breve ricostruzione del contesto politico-criminale e “l’urgenza di sicurezza”. – 2. Il dissenso nel DL Sicurezza: uno sguardo sulle novità introdotte. – 3. La rivolta in carcere e nei centri di trattenimento per i migranti. – 4. La questione della resistenza passiva. – 5. Il blocco stradale e ferroviario. – 6. Ombre (tante) e luci (poche) del DL Sicurezza: considerazioni finali sul diritto penale del nemico.

ABSTRACT

Il presente contributo intende esaminare le disposizioni del cd. *Decreto Sicurezza* nella prospettiva della repressione del dissenso e della progressiva erosione delle garanzie penalistiche in favore di una logica di “sicurezza pubblica” intensa in senso prevalentemente simbolico. In questo contesto, sarà dedicata particolare attenzione alle disposizioni inerenti all’impedimento alla circolazione su strade e ferrovie e alle nuove fattispecie delittuose di “rivolta in carcere” e “rivolta nei CPR”, quali paradigmatiche manifestazioni di un diritto penale orientato alla neutralizzazione del conflitto sociale e alla criminalizzazione di condotte riconducibili a forme di protesta collettiva. Il saggio si propone di mettere in luce come tali interventi normativi siano riconducibili alla logica del “diritto penale del nemico”, rappresentando un passo ulteriore verso la costruzione di una legislazione penale selettiva, emergenziale e fortemente identitaria orientata verso forme di repressione soggettivizzanti.

This paper aims to examine the provisions of the so-called “Security Decree” from the perspective of the repression of dissent and the progressive erosion of criminal guarantees in favor of a logic of “public security” that is intense in a predominantly symbolic sense. In this context, particular attention will be paid to the provisions concerning the obstruction of traffic on roads and railways and the new offences of ‘prison riot’ and ‘CPR riot’, as paradigmatic manifestations of a criminal law aimed at neutralising social conflict and criminalising conduct attributable to forms of collective protest. The essay aims to highlight how these regulatory interventions can be traced back to the logic of ‘enemy criminal law’, representing a further step towards the construction of selective, emergency-based criminal legislation with a strong identity focus, oriented towards forms of subjectivising repression.

* Ricercatore internazionale post-dottorato (IUS/17) Dipartimento di Giurisprudenza Università degli Studi di Napoli Parthenope.

1. Una breve ricostruzione del contesto politico-criminale e “l’urgenza” di sicurezza.

L’adozione del decreto-legge 11 aprile 2025, n. 48, convertito nella legge 9 giugno 2025, n. 80, definito più mediaticamente come “*Decreto Sicurezza*”¹, si colloca in un quadro politico per l’Italia segnato da sporadiche tensioni in materia di ordine pubblico, gestione dei flussi migratori e disciplina delle manifestazioni politiche². Soltanto più recentemente le piazze italiane sono tornate a riempirsi a seguito dei fatti che stanno avvenendo in Medio Oriente.

Non si tratta del primo provvedimento di questa natura: già negli anni precedenti si erano succeduti interventi analoghi, indicati nel dibattito pubblico come “decreti sicurezza” o “pacchetti sicurezza”, ossia testi legislativi omni-comprendivi che contenevano le più svariate disposizioni penali e processuali finalizzate alla mitigazione di pericoli per la collettività.

Infatti, il decreto n. 48 si inserisce nel solco di una progressiva, seppur lenta, tendenza del legislatore nazionale a rimodellare i confini tra dissenso politico, manifestazione del pensiero e condotte che si prestano a essere qualificate come minacce alla sicurezza dei cittadini.

Tuttavia, il provvedimento del 2025 si caratterizza per una forte accelerazione repressiva – con la creazione di ben 11 nuovi reati e l’aggiunta di 11 nuove circostanze aggravanti – e per un’accentuata centralità del ruolo delle forze dell’ordine, confermando la sicurezza come terreno identitario e strategico dell’azione governativa³.

Si tratta di una tendenza, quella di brandire saltuariamente l’arma del penale per rispondere ad esigenze e pressioni emotive della società⁴, che è

¹ Per un esame completo ed articolato del testo normativo si segnala il commentario dei profili penalistici di V. PLANTAMURA (a cura di), *Il decreto sicurezza*, Pisa, 2025, nonché Corte Suprema di cassazione – Ufficio del Massimario, *Relazione su novità normativa*, del 23 giugno 2025.

² I dati dell’Istat sulla criminalità in Italia e sulla percezione della sicurezza restano complessivamente confortanti, eccetto quelli relativi alle violenze sessuali, alle truffe ed alle estorsioni che sono in aumento rispetto agli ultimi anni. Si vedano, diffusamente, nell’approfondimento di R. CORNELLI, *La difesa dell’autorità come urgenza politico criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2025, 899 ss., *Verso democrazie autoritarie? Paradossi, presupposti e tendenze delle politiche di sicurezza contemporanee*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2025, 207 ss.

³ Sul concetto di sicurezza nel diritto penale, si veda, recentemente, V. MONGILLO, *Ordine pubblico e sicurezza nel diritto penale, per un’ecologia concettuale quale viatico di razionalizzazione*, in *Arch. pen.*, 1, 2025. Tra gli altri, a livello monografico, F. FORZATI, *La sicurezza fra diritto penale e potere punitivo*, Napoli, 2020; L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?* Torino, 2019; A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo Revisionismo penale*, Bologna, 2007; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000; G. DE VERO, *Tutela penale dell’ordine pubblico*, Milano, 1988; si veda anche D. PULITANÒ, *Sicurezza e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 556.

⁴ Tale *ratio* “emotiva” è confermata anche dalla *Relazione* di accompagnamento al decreto ove si legge come si è reso necessario il ricorso ad un decreto legge per “una immeditata e più incisiva risposta sanzionatoria e dissuasiva nei confronti di gravi fenomeni delinquenziali che rappresentano una minaccia per l’ordine e la sicurezza pubblica, determinano una crescente per-

comune – da molti anni – alle più variegata forme di maggioranza parlamentare e che spesso si traduce proprio nell’adozione di “pacchetti” di norme eterogenee tra di loro – accorpate sotto il cappello larghissimo del concetto di sicurezza – dirette ad incidere su vari settori dell’ordinamento penale ed accumulate soltanto dall’idea di placare le aspettative elettorali di riferimento, con buona pace per il rigore che dovrebbe accompagnare le scelte di politica criminale in uno Stato sociale di diritto, liberale e solidaristico⁵.

L’iniziativa normativa, pur contenendo un calderone di disposizioni⁶, nasce dall’esigenza dichiarata dall’esecutivo di fronteggiare tre emergenze percepite: l’ordine pubblico ed il dissenso sociale, le criticità del sistema penitenziario, e il controllo sull’immigrazione e sulla sicurezza urbana. In questo contesto, l’aumento delle manifestazioni di piazza, in particolare quelle legate a tematiche ambientali, universitarie e sindacali, spesso caratterizzate da blocchi stradali e ferroviari, il ripetersi di rivolte e proteste all’interno degli istituti di pena e dei centri di permanenza per i rimpatri, che avevano suscitato allarme nell’opinione pubblica e la necessità, secondo il Governo, di rafforzare i controlli su migranti e stranieri anche attraverso nuove disposizioni in materia di documentazione e utilizzo di servizi, hanno indotto l’esecutivo a tornare nuovamente ad intervenire attraverso l’utilizzo dello strumento penalistico per tentare di arginare fenomeni sociali e politici.

Un tentativo del genere, quindi, si è espresso in concreto seguendo tre direttrici politico-criminali: la repressione del dissenso, di cui ci occuperemo,

cezione di insicurezza tra i cittadini ed espongono, inevitabilmente, a grave pericolo l’incolumità fisica delle Forze di polizia”.

⁵ “Dietro l’etichetta, in realtà, il rimedio-panacea è sempre lo stesso, ed anch’esso fa leva sul *marketing* delle emozioni: introdurre nuovi reati e/o elevare la severità delle sanzioni penali o della coercizione processuale, secondo la consueta logica del “*more of the same*”, che richiede di aumentare il dosaggio ad ogni ondata securitaria. Non importa se l’allarme sia smentito dalle statistiche e dai dati reali, come già evidenziato, né che la pressione coercitiva sia già al suo apice, e neppure interessa il fatto che il *pharmakon* punitivo si sia già rivelato assolutamente incapace di contrastare – non diciamo estirpare – la patologia sociale che si vorrebbe colpire: contribuendo anzi subdolamente ad aumentare – in un circolo vizioso – i tassi di insicurezza percepita”, in questi termini descrive tale *trend* V. MANES, *L’ossessione securitaria*, in *Dir. dif.*, 1-2, 2014, 2. Decisamente più severo R. BARTOLI, *Di sicuro c’è solo questo: si è tornati a incriminare l’esercizio di libertà. Breve introduzione al cd. Decreto Sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2025, 847 ss., per il quale esso rappresenta “un autentico calderone, uno zibaldone, con interventi negli ambiti più disparati (...) Tutto a dimostrazione che all’interno del concetto manipolabile di sicurezza pubblica può rientrare tutto e nulla. Ma in penale o la sicurezza e l’ordine pubblico si traducono nell’offesa o comunque nella messa in pericolo di beni giuridici concreti oppure si ha a che fare con un’idealizzazione della tutela che non può che comportare incriminazioni indeterminate, anticipate e sproporzionate o norme di favore (...) in tutte queste ipotesi si determinano scivolamenti verso norme illiberali, se non addirittura liberticide”.

⁶ Tra i temi trattati: misure di prevenzione e contrasto al terrorismo e criminalità organizzata, beni sequestrati e confiscati e controlli di polizia (capo I); sicurezza urbana (capo II); tutela personale delle Forze di Polizia, Forze Armate, Corpo Nazionale dei Vigili del Fuoco, organismi dei servizi di informazione (capo III); vittime dell’usura (capo IV); ordinamento penitenziario (capo V) dall’altro.

l'iper-tutela delle forze dell'ordine e la criminalizzazione di "forme di disagio, povertà e marginalità sociale" espressione dello scivolamento del diritto penale del fatto "a favore di un diritto penale d'autore"⁷.

Va ricordato che il "DL Sicurezza", nella sua veste attuale (è composto da 39 articoli e suddiviso in 6 Capi), trova la sua origine nel testo del d.d.l. n. 1160⁸ - rubricato "*Disposizione in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*" firmato dai Ministri Nordio, Piantedosi e Crosetto - il cui iter di approvazione si era interrotto, o comunque rallentato, al Senato della Repubblica, dopo una prima approvazione alla Camera dei Deputati il 18 settembre 2024.

Il Governo, per superare una *impasse* dovuta anche a frammentazioni politiche interne della maggioranza parlamentare, ne ha riprodotto essenzialmente lo stesso testo normativo nel decreto legge in esame⁹, poi convertito

⁷ Così, S. ZIRULIA, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del codice rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 2025, 217 ss. Già F. FORZATI, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 3, 2023, 6-7, esprime tale preoccupazione commentando il d.d.l. Sicurezza in questi termini: "si introducono nuove ipotesi di reato, inasprimenti sanzionatori e procedure differenziate a carico di potenziali perturbatori della sicurezza pubblica e privata, già inseriti - da precedenti pacchetti di sicurezza - nel *genus* della pericolosità sociale: accattoni e delinquenti di strada (borseggiatori, truffatori e occupanti abusivi di abitazioni), ma anche dissidenti, disobbedienti, ribelli e sovversivi. Il minimo comun denominatore di questa molteplicità di tipi d'autore risiede nell'equazione fra pericolosità e marginalità sociale".

⁸ Già in relazione al *d.d.l. sicurezza* diversi Autori avevano segnalato profili di criticità e ipotesi di illegittimità costituzionale. Risultano, a tal proposito, estremamente interessanti i contributi depositati sul sito della Camera da enti e soggetti auditi dalla Commissione parlamentare durante l'attività di discussione sul d.d.l. sicurezza. Si leggano, tra gli altri, i contributi di G.M. Flick, L. Riscato, L. Della Ragione, R. Cornelli, M. Luciani, tutti reperibili sul sito www.camera.it. In letteratura, si vedano, L. Rossi, *A proposito del nuovo disegno di legge in materia di sicurezza*, in *Sist. pen.*, 7 marzo 2024; C. PASINI, *Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti*, in *Sist. pen.*, 5, 2024, 121 ss.; M. PELISSERO, *A proposito del disegno di legge in materia di sicurezza pubblica: i profili penalistici*, in *Sist. pen.*, 27 maggio 2024; R. CORNELLI, *Il ddl sicurezza alla prova della ricerca criminologica: prime annotazioni critiche*, in *Sist. pen.*, 27 maggio 2024; F. FORZATI, *Il nuovo Ddl sicurezza fra (poche) luci e (molte) ombre: primi spunti di riflessione*, in *Arch. pen.*, 3, 2023.

⁹ Sul rispetto dei requisiti di "*necessità ed urgenza*" in relazione a tale atto normativo, si vedano i comunicati dell'Associazione italiana dei professori di diritto penale, dell'Associazione Nazionale Magistrati e dell'Unione delle Camere Penali Italiani, che sottolineano come tale materia richiedesse necessariamente un confronto parlamentare più ampio ed un maggior rispetto dei criteri fissati dall'art. 77 c. 2 della Costituzione in materia di decretazione d'urgenza. I testi dei comunicati sono stati pubblicati sulla Rivista "*Sistema Penale*" in data 9 aprile e 14 aprile 2025. In particolare in un primo comunicato del 3 ottobre 2024, l'AIPDP, commentando il testo dell'allora disegno di legge, segnalava già come "le norme che intervengono sulle disposizioni penali destano forte preoccupazione, in quanto l'ampliamento del ricorso al diritto penale confligge con i principi di proporzionalità e sussidiarietà ed opera in funzione essenzialmente simbolico-comunicativa, senza che ciò significhi assicurare strumenti dotati di maggior efficacia nella tutela della sicurezza individuale e collettiva". Più in generale sul rapporto tra legislazione penale e decretazione d'urgenza si vedano le considerazioni F. CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012, 130 ss.; V. MAIELLO, "*Riserva di codice*" e decreto-

come si è detto poc'anzi, forzando la mano del legislatore attraverso la cd. tecnica del canguro che ha consentito di saltare la discussione parlamentare, anche attraverso il ricorso, eccessivo e paralizzante del dibattito democratico, allo strumento della fiducia.

Si è trattato di un'operazione politico-normativa decisamente *sui generis*, che ha provocato nell'opposizione parlamentare e in larga parte del dibattito accademico di settore, e non¹⁰, una forte ondata di critiche, sia per la procedura utilizzata – che ha denotato scarsa considerazione per il ruolo del Parlamento come sede primaria di produzione e discussione delle leggi – sia per l'utilizzo costante della decretazione d'urgenza in materia penale attuata dall'esecutivo in carica, pratica oramai divenuta costante con qualsiasi tipo di maggioranza politica momentaneamente al potere.

Se le norme introdotte per decreto fossero state così urgenti e necessarie, come richiede l'art. 77 della Costituzione, perché la loro discussione era sostanzialmente ferma in Parlamento nonostante l'approvazione del testo da parte di uno dei due rami dello stesso organo? Era così necessario trasformare in poche ore il testo in un decreto-legge sul quale apporre anche la fiducia senza attendere che il disegno di legge facesse il suo corso al Senato che pure avrebbe potuto intervenire per sanare alcune criticità della normativa in corso di approvazione?

Le manifestazioni di disapprovazione in seno al dibattito scientifico, riguardo al testo in esame, però, non si limitano soltanto agli aspetti procedurali e di forma¹¹ rispetto alle modalità di approvazione del decreto. Larga parte della dottrina penalistica¹² si è espressa in senso contrario specialmen-

legge in materia penale: un (apparente) passo avanti ed uno indietro sulla via del recupero della centralità del codice, in A. STILE (a cura di), *La riforma della parte generale. La posizione della dottrina sul progetto Grosso*, Napoli, 2003, 173 ss. Recentemente si veda E. DOLCINI, *Sicurezza per decreto-legge?*, in *Sist. pen.*, 30 giugno 2025.

¹⁰ Ad esempio, sul versante del diritto pubblico, si leggano le considerazioni di A. MORRONE, *Rovesciare la Costituzione performativa. "Sicurezza" in cambio della libertà*, in G. LOSAPPIO, A. MANNA (a cura di), *Profili di (in)costituzionalità del decreto-sicurezza. Atti del webinar del 30 maggio 2025*, in *Sist. pen.*, 11 luglio 2025, secondo il quale il DL Sicurezza "sfida irrimediabilmente le caratteristiche essenziali del sistema delle fonti, dell'equilibrio dei poteri del governo parlamentare, e della dialettica tra "autorità" e "libertà" disegnati dalla Costituzione".

¹¹ Si vedano, ad esempio, le considerazioni sull'eterogeneità delle norme inserite nel DL Sicurezza di G. GIOSTRA, *È "necessario e urgente" rifondare il decreto sicurezza*, in *Sist. pen.*, 29 aprile 2025, che parla di "insensato assemblaggio di temi, *rationes* e destinatari, così eterogenei da risultare più un fenomeno di incontinenza securitaria che di un organico disegno di riforma". Allo stesso modo, D. PULITANO, *Quale sicurezza?* in *Dir. pen. proc.*, 6, 2025, 689 ss., il quale, riprendendo alcune definizioni di G. Giostra, ha sostenuto come il decreto legge contenga "una *lenzuolata di novità normative (...)* ad alta illiberalità e a bassa efficienza" che sono state "pensate per coagulare consensi".

¹² Cfr. E. DOLCINI, *Un Paese meno sicuro per effetto del decreto legge Sicurezza*, in *Sist. pen.*, 15 maggio 2025, il quale ha rilevato come sul piano sostanziale il DL Sicurezza rappresenti un "nuovo attacco ai principi fondamentali dello Stato di diritto"; S. ZIRULIA, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del codice rocco alla Costituzione. Criticità e possibili rimedi*, cit., 217 ss., secondo il quale il DL Sicurezza è connotato da "tratti illiberali, discriminatori

te con particolare attenzione agli aspetti sostanziali del DL Sicurezza, ritenendo che esso si ponga nettamente in contrasto con la Costituzione e con i principi della materia penalistica. Nel corso del lavoro, ripercorreremo – in relazione ad alcuni reati introdotti dal DL Sicurezza – le caratteristiche delle criticità segnalate e ne verificheremo la ragionevolezza.

2. Il dissenso nel DL Sicurezza: uno sguardo sulle novità introdotte.

Questo lavoro si prefigge, in particolare, di analizzare quegli interventi che si collocano più specificatamente nell'ambito del cd. diritto penale del dissenso¹³, ossia quel microsistema di norme del codice Rocco che incriminano, limitando l'esercizio delle libertà costituzionali, le forme di dissenso non specificatamente politico in senso stretto. Si tratta di un settore dell'ordinamento penale, che si pone a cavallo tra i delitti contro la personalità dello Stato e i delitti contro l'ordine pubblico, estremamente delicato per il necessario bilanciamento di interessi costituzionali in gioco che il legislatore, memore del passato, dovrebbe gestire sempre con estrema cura e soltanto dopo un ampio confronto parlamentare.

In particolare, ci si soffermerà con maggiore attenzione sulle novità relative ai reati di “rivolta in carcere” e nei CPR ed al cd. “blocco stradale o ferroviario”, che pongono agli interpreti della materia maggiori criticità, non solo sul piano tecnico-giuridico ma anche sul versante della marcata compressione delle forme di manifestazione del dissenso.

Il DL Sicurezza, in particolare, com'è stato ricordato, “introduce alcune disposizioni che intervengono in modo specifico a criminalizzare condotte che

e criminogeni”; mentre A. Cavaliere, *Considerazioni generali intorno al D.L. Sicurezza n. 48/2025, convertito in L. N. 80/2025*, in V. PLANTAMURA (a cura di), *Il decreto sicurezza*, cit., 1 ss., ha sottolineato come il testo, oltre a non rispettare i caratteri della necessità e dell'urgenza previsti dalla Carta costituzionale, contenga un panorama “disordinato di norme eterogenee” con evidenti “torsioni autoritarie” in materia di tutela delle forze di polizia ed eccessive “anticipazioni della tutela penale”; si vedano anche S. LONATI, C. MELZI D'ERIL, *Il decreto-legge sicurezza (n. 48/2025): autoritratto involontario di una politica di oppressione*, in *Sist. pen.*, 11 giugno 2025, i quali sottolineano la marcata “visione carcerocentrica che permea l'intero decreto” e l'inversione dei ruoli nel rapporto tra cittadini e potere esecutivo che sta acquisendo “sempre maggiore centralità”. Gli Autori suddividono le norme del decreto in tre gruppi, “crudeltà inutili, eterogenesi dei fini e autoritratti involontari”, espressione del “populismo politico e penale” e che disegnano “un mondo al contrario” rispetto a quanto auspicato dai Costituenti; G. FIANDACA, *La bulimia punitiva aumenterà il consenso, ma non serve a niente*, in *Sist. pen.*, 22 marzo 2025; G. BALBI, *Il “decreto sicurezza” e il suo contesto. Il sistema penale nel crepuscolo della democrazia*, in *Leg. pen.*, 22 luglio 2025; si vedano anche i contributi di più autori raccolti da G. LOSAPPIO, A. MANNA (a cura di), *Profili di (in)costituzionalità del decreto-sicurezza. Atti del webinar del 30 maggio 2025*, in *Sist. pen.*, 11 luglio 2025. *Contra*, si esprime positivamente sulle novità del DL Sicurezza, pur consapevole di alcuni limiti, M. RONCO, *Pacchetto sicurezza*, in Centro Studi Livatino, 28 aprile 2025.

¹³ Si vedano, *ex plurimis*, C. FIORE, *I reati di opinione*, Padova, 1965; C. VISCONTI, *Aspetti penalistici del discorso pubblico*, Torino, 2008; L. ALESIANI, *Reati di opinione. Una rilettura in chiave costituzionale*, Milano, 2006; A. GALLUCCIO, *Punire la parola pericolosa? Pubblica istigazione, discorso d'odio e libertà di espressione nell'era di internet*, Milano, 2020.

si realizzano in contesti di manifestazione del dissenso e si caratterizzano per tre tipologie di intervento: i) il potenziamento del tradizionale arsenale dei reati di opinione; ii) la soggettivizzazione della fattispecie; iii) la criminalizzazione da contesto¹⁴.

Le norme introdotte per decreto, quindi, tendono a colpire – attraverso la creazione di nuove fattispecie o l’aggravamento di quelle esistenti – diverse forme di dissenso, dalle manifestazioni di piazza, ai *sit in* o blocchi stradale in difesa dei diritti umani, alle manifestazioni in tema di cambiamento climatico, sino a quelle messe in atto all’interno degli istituti penitenziari che spesso hanno l’obiettivo di segnalare le gravi carenze del sistema rieducativo e carcerario che da troppi anni vive in una perenne emergenza.

La torsione “autoritaria”, di cui si dirà diffusamente, è rafforzata inoltre da un’impalcatura di disposizioni riformatrici che mirano a tutelare con maggiore efficacia il lavoro delle forze di polizia e delle forze dell’ordine, sia attraverso l’aggravamento delle forme di violenza e resistenza a pubblici ufficiali, sia attraverso l’adozione di nuove regole di sicurezza e di comportamento per gli agenti stessi. Si pensi alla norma (art. 28) che consente un utilizzo liberalizzato, senza licenza, delle armi private per gli agenti di pubblica sicurezza quando non sono in servizio.

Tornando alle novità del DL Sicurezza in materia di repressione del dissenso e potenziamento dei reati di opinione, si ricorda, per adesso brevemente, l’introduzione (art. 26 c. 1 del DL n. 48/2025) dell’aggravante speciale ad efficacia comune del delitto di istigazione a disobbedire alle leggi di ordine pubblico, previsto dall’art. 415 c.p., quando “il fatto è commesso all’interno di un istituto penitenziario ovvero a mezzo di scritti o comunicazioni diretti a persone detenute”. Essa svolge una funzione di tutela anticipata rispetto a condotte criminose che possono verificarsi nelle carceri sussumibili sotto la nuova fattispecie di rivolta in carcere ex art. 415-*bis* introdotto dallo stesso decreto Sicurezza.

Sull’introduzione di tale delitto, così come sulle novità in materia di rafforzamento della sicurezza nei CPR e sulle norme relative all’impedimento della libera circolazione, come si è già detto, ci si soffermerà successivamente.

¹⁴ In questi termini, sintetizza gli obiettivi del DL Sicurezza, M. PELISSERO, *La criminalizzazione del dissenso*, in *Dir. pen. proc.* 7, 2025, 881. Mentre F. FEBBO, *Il diritto penale del “tipo normativo del luogo”*, in G. LOSAPPIO, A. MANNA, *Profili di (in)costituzionalità*, cit., 17 ss., si esprime in termini di “diritto penale del tipo normativo del luogo” notando come larga parte delle misure del DL Sicurezza si riferiscano a condotte caratterizzate dalla necessaria consumazione in determinati luoghi nei quali il reo si trova: “ulteriore tensione costituzionale è lo spostamento del baricentro della riforma legislativa verso un diritto penale non più solo dell’autore, ma incentrato ora anche sul “tipo del luogo ove il reato è consumato”, assegnando un’eccentrica rilevanza penale alla geolocalizzazione del reato”.

Invece, come è stato lucidamente segnalato, sul fronte dello spostamento del focus punitivo dal fatto allo scopo, di natura ideologica, perseguito dall'autore¹⁵, si riscontrano due diversi interventi normativi.

Il primo riguarda l'inserimento (art. 19 comma c) del DL n. 48/2025) di una nuova circostanza aggravante all'art. 339 c.p. ultimo comma in relazione ai delitti ex artt. 336, 337 e 338 c.p., laddove questi ultimi vengano perpetrati con violenza e minaccia "al fine di impedire la realizzazione di infrastrutture destinate all'erogazione di energia, di servizi di trasporto, di telecomunicazioni o di altri servizi pubblici". Si tratta di una circostanza che si inserisce nel capo relativo ai delitti dei privati contro la PA ed in particolare serve a fornire una maggiore tutela alle forze dell'ordine in teatri operativi come quelli delle proteste *NoTav* in Val di Susa.

Il secondo intervento riguarda l'aumento di pena per il delitto di deturpamento previsto dall'art. 639 c. 2 c.p. che – come modificato dall'art. 24 del DL n.48/2025 – prevede adesso una pena più severa quando l'oggetto materiale della condotta sono i beni adibiti a funzioni pubbliche ed il fatto è commesso con l'obiettivo di ledere prestigio, onore e decoro dell'istituzione i cui beni stessi appartengono. Tale finalità sembrerebbe modificare il bene giuridico oggetto di tutela della norma.

La fattispecie in esame da delitto contro il patrimonio, sembrerebbe configurare maggiormente una fattispecie di vilipendio, riportando in *auge* e riassegnando centralità alla tutela del prestigio della PA e dello Stato, elementi che, con l'avvento della Costituzione repubblicana, avevano progressivamente perso il loro peso.

Infatti, la torsione imposta al delitto, oggi orientato verso la tutela del prestigio, più che il deturpamento o imbrattamento dell'oggetto materiale della condotta, sembrerebbe aver imposto come assolutamente predominante il fine che la sacralità dell'istituzione non venga messa in discussione. Anche in questo caso la modifica normativa sembra essere rivolta verso azioni di protesta e di manifestazione del dissenso – come l'imbrattamento di edifici pubblici o di luoghi di cultura – poste in essere da giovani gruppi di attivisti e quindi costruita sulla necessità di soggettivizzare la fattispecie.

Le ultime due norme che incidono sulle manifestazioni di dissenso riguardano il delitto di danneggiamento in occasioni pubbliche ex art. 635 c.p. così come modificato dal DL Sicurezza¹⁶ e la nuova fattispecie ex art. 270-*quinquies*.3 relativa alla detenzione di materiale con finalità di terrorismo.

¹⁵ Cfr. M. PELISSERO, *La criminalizzazione del dissenso*, cit., 881.

¹⁶ Il DL n.48/2025 introduce la seguente circostanza aggravante al terzo comma dell'art. 635 c.p.: "se i fatti di cui al primo periodo sono commessi con violenza alla persona o con minaccia, la pena è della reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni e della multa fino a 15.000 euro". Si realizzano, quindi, per effetto dell'intervento normativo introdotto dal DL Sicurezza due differenti fattispecie di danneggiamento (aggravato) in occasione di manifestazioni il luogo pubblico o aperto al pubblico: l'una, "semplice", punita con la reclusione da uno a cinque anni; l'altra, ulteriormente aggravata se il fatto è commesso con violenza alla persona o con minaccia, punita con

Quest'ultima, inserita con l'art. 1 del decreto, punisce con la reclusione da due a sei anni "chiunque, fuori dei casi di cui agli articoli 270-bis e 270-quinquies, consapevolmente si procura o detiene materiale contenente istruzioni sulla preparazione o sull'uso di congegni bellici micidiali di cui all'articolo 1, primo comma, della legge 18 aprile 1975, n. 110, di armi da fuoco o di altre armi o di sostanze chimiche o batteriologiche nocive o pericolose, nonché su ogni altra tecnica o metodo per il compimento di atti di violenza ovvero di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, con finalità di terrorismo, anche se rivolti contro uno Stato estero, un'istituzione o un organismo internazionale".

Tale norma, che secondo la Relazione illustrativa si spiega per la necessità di "colmare un vuoto normativo sulla detenzione di documentazione prope-deutica al compimento di attentati e sabotaggi con finalità di terrorismo", introduce una sorta di clausola di chiusura del sistema¹⁷ di disposizioni contro la realizzazione di atti concreti di terrorismo, ma presenta alcune criticità. Il legislatore, memore dell'evoluzione delle tecniche di terrorismo che oggi presentano sempre più casi di soggetti autonomi da gruppi organizzati (i cd. lupi solitari) e talvolta auto-addestrati le cui condotte sono già punite dall'art. 270-quinquies c.p., ha inteso anticipare la tutela del bene giuridico configurando quello che è stato definito come un nuovo reato di sospetto, mirando a colpire colori i quali, non facenti parte di organizzazioni terroristiche si adoperino per procurarsi in forma individuale conoscenze utili finalizzate al compimento di atti di terrorismo¹⁸.

Idealmente il nuovo reato si colloca, in una sorta di progressione criminosa, in un momento temporalmente precedente rispetto alle condotte di auto-addestramento descritte dall'art. 270-sexies, in cui il "futuro terrorista" passa dalla teoria alla azione.

Tale anticipazione sembrerebbe, però, decisamente in contrasto con i principi di materialità e offensività della materia penale, rendendo punibili in astratto anche condotte come la semplice detenzione, a scopo ad esempio

la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni e con la multa fino a 15.000 euro. Come rilevato anche dalla Corte di cassazione, nella sua Relazione già citata, "l'applicazione della fattispecie di nuovo conio comporta l'assorbimento in tale nuova fattispecie aggravata di reati di minaccia (art. 612 cod. pen.) e di violenza privata (art. 610 cod. pen.), che sarebbero stati autonomamente perseguibili ed eventualmente sanzionabili ai sensi dell'art. 81 cod. pen. ove avvinte in un medesimo disegno criminoso, mentre potranno concorrervi le altre fattispecie poste a tutela dell'integrità psico-fisica della persona, come quelle di cui agli artt. 582 ss. cod. pen."

¹⁷ Cfr. L. DELLA RAGIONE, *Reati di terrorismo e sicurezza nazionale*, in V. PLANTAMURA (a cura di), *Il decreto sicurezza*, cit., 25 ss.; C. LEOTTA, *Art. 270-quinquies.3 - Detenzione di materiale con finalità di terrorismo*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato online*, consultabile sulla banca dati giuridica *One Legale*.

¹⁸ Si veda L. RISICATO, *Brevi note su A.C. 1660 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica, di personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario)*, pubblicato sul sito www.camera.it, la quale, in rapporto al reato di detenzione di materiale con finalità di terrorismo, sottolinea come "i reati di sospetto rischiano di porsi in contrasto col principio di materialità dell'offesa"; V. MANES, *L'ossessione securitaria*, cit., 3.

di ricerca o studio, di materiale contenente istruzione sulla preparazione di esplosivi.

Inoltre, l'endiadi "si procura o detiene materiale" sembrerebbe avallare un'interpretazione letterale del testo che determini una rilevanza incriminatrice autonoma anche alla condotta di chi semplicemente si procura, per conto di altri, il materiale informativo descritto dalla fattispecie. Si tratterebbe, insomma, di un'attività preparatoria che si pone decisamente lontana rispetto all'esposizione al pericolo del bene protetto e che finirebbe inevitabilmente attratta nell'alveo della rilevanza penale da una norma dotata di maglie eccessivamente larghe.

La descrizione della fattispecie di pericolo presunto in esame inoltre è poco tassativa, specialmente nella parte in cui incrimina il possesso di "istruzioni sulla preparazione o sull'uso di (...) armi da fuoco o di altre armi o di sostanze (...)" affidando la capacità di selezione delle condotte penalmente rilevanti "alla finalità di terrorismo" rendendo punibili in astratto condotte anche molto lontano dall'essere prodromiche al compimento di atti di terrorismo. D'altronde, ancorare la punibilità alla "finalità di terrorismo", laddove non emergano segnali e condotte concrete di tale obiettivo materializzate in atti veri e propri, significherebbe orientare l'indagine investigativa verso la ricerca delle intenzioni dell'autore. Un risultato decisamente non accettabile per un diritto penale del fatto che sia liberale. Finalità che, in altri tempi, avrebbe potuto essere certamente interpretata per colpire intenzionalmente oppositori politici e che tutt'oggi gode di una componente innata di indeterminatezza.

Il rischio che si cela dietro l'angolo è che, quindi, questa norma possa anche involontariamente essere utilizzata per reprimere forme di dissenso politico o di adesione a movimenti politici o sociali di protesta verso chi di volta in volta è al potere, dando rilevanza a tipologie di autore piuttosto che a fatti ben determinati¹⁹. Spetterà alla giurisprudenza disegnare dei confini applicativi che possano mantenere in equilibrio il rispetto del carattere di offensività dei delitti e la tutela della collettività da atti di terrorismo, e ciò pone problemi nel pieno rispetto della legalità.

3. La rivolta in carcere e nei centri di trattenimento dei migranti.

L'art. 26 lett. b) del DL n.48/2025 ha introdotto, come si è anticipato, una nuova fattispecie di reato all'art. 415-bis sotto la rubrica "*Rivolta all'interno di un istituto penitenziario*"²⁰. Allo stesso modo, l'art. 27 comma 1 inserisce

¹⁹ Cfr. A. CAVALIERE, *Contributo alla critica del d.d.l. sicurezza*, in *Critica del diritto*, 2, 2024, 241.

²⁰ Il testo del nuovo art. 415-bis c.p. prevede quanto segue: "Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, partecipa ad una rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza, commessi da tre o più persone riunite, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Ai fini del periodo precedente, costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo

all'art. 14 del Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286) il comma 7.1²¹, che prevede – replicando l'art. 415-*bis* – il nuovo delitto di rivolta nei centri di trattenimento dei migranti²².

Queste due disposizioni – che nelle intenzioni del legislatore mirano ad aumentare i livelli di sicurezza negli istituti penitenziari, nei CPR e nei cd. *hotspot* ma anche a dare una risposta al disagio che gli agenti delle forze

al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza.

Coloro che promuovono, organizzano o dirigono la rivolta sono puniti con la reclusione da due a otto anni. Se il fatto è commesso con l'uso di armi, la pena è della reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal primo comma e da tre a dieci anni nei casi previsti dal secondo comma. Se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, una lesione personale grave o gravissima, la pena è della reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal primo comma e da quattro a dodici anni nei casi previsti dal secondo comma; se, quale conseguenza non voluta, ne deriva la morte, la pena è della reclusione da sette a quindici anni nei casi previsti dal primo comma e da dieci a diciotto anni nei casi previsti dal secondo comma. Nel caso di lesioni gravi o gravissime o morte di più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti²¹.

²¹ Il testo del comma 7.1. dell'art. 14 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286, introdotto dall'art. 27 del DL n. 48/2025 recita: "Chiunque, durante il trattenimento in uno dei centri di cui al presente articolo o in una delle strutture di cui all'articolo 10-*ter*, partecipa ad una rivolta mediante atti di violenza o minaccia o di resistenza all'esecuzione degli ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, commessi da tre o più persone riunite, è punito con la reclusione da uno a quattro anni. Ai fini del periodo precedente, costituiscono atti di resistenza anche le condotte di resistenza passiva che, avuto riguardo al numero delle persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di un pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti dell'ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza. Coloro che promuovono, organizzano o dirigono la rivolta sono puniti con la reclusione da un anno e sei mesi a cinque anni. Se il fatto è commesso con l'uso di armi, la pena è della reclusione da uno a cinque anni nei casi previsti dal primo periodo e da due a sette anni nei casi previsti dal terzo periodo. Se dal fatto deriva, quale conseguenza non voluta, una lesione personale grave o gravissima, la pena è della reclusione da due a sei anni nei casi previsti dal primo periodo e da quattro a dodici anni nei casi previsti dal terzo periodo; se, quale conseguenza non voluta, ne deriva la morte, la pena è della reclusione da sette a quindici anni nei casi previsti dal primo periodo e da dieci a diciotto anni nei casi previsti dal terzo periodo. Nel caso di lesioni gravi o gravissime o morte di più persone, si applica la pena che dovrebbe infliggersi per la violazione più grave, aumentata fino al triplo, ma la pena della reclusione non può superare gli anni venti".

²² La Relazione governativa di accompagnamento al testo, reperibile su www.camera.it, chiarisce l'ambito territoriale di applicazione del nuovo delitto in questi termini: "L'articolo 27 introduce un nuovo reato finalizzato a reprimere gli episodi di proteste violente da parte di gruppi di stranieri irregolari trattenuti nei centri di permanenza per i rimpatri o nei punti di crisi (*hotspot*), limitando l'applicazione della nuova fattispecie di reato ai soli casi di trattenimento previsti dagli articoli 10-*ter* e 14 del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, con esclusione, pertanto, in caso di permanenza dello straniero in strutture di accoglienza, la cui natura è, peraltro, del tutto incompatibile con l'assetto ordinamentale proprio non solo degli istituti penitenziari ma altresì dei centri di trattenimento."

dell'ordine provano sempre più nel gestire le difficoltà della situazione detentiva - sono quelle che più creano maggiori attriti con la natura fattuale del nostro ordinamento penalistico e con i principi della materia, e per questo motivo meritano un'attenzione particolare in questa sede, anche in virtù dell'inserimento operato dalla lett. a) dell'art. 34 del decreto legge del nuovo delitto di rivolta in carcere e della fattispecie circostanziale prevista dall'art. 415 c.p. nell'elenco dei reati ostativi previsti dall'art. 4-bis comma 1-ter dell'ordinamento penitenziario.

Il primo elemento da segnalare riguarda la dimensione spaziale delle due fattispecie che ne delimita, quindi, anche l'operatività e le differenze sotto il profilo soggettivo. Se la prima, ex art. 415-bis, opera in relazione a condotte che devono svolgersi all'interno di un istituto penitenziario, quindi realizzate da detenuti o internati, la seconda opera nell'ambito dei centri di trattenimento di migranti o nei cd. *hotspot* e quindi è applicabile nei confronti di migranti appena giunti nel Paese o in attesa di espulsione. Nonostante la qualità intrinseca dei soggetti attivi - coloro i quali si trovano nei luoghi sopraindicati prevalentemente in qualità di detenuti o di migranti trattenuti - si tratta ad ogni modo di due fattispecie di reato comune, essendo realizzabili da "chiunque", paradossalmente da coloro che si trovino a lavorare all'interno di un istituto di pena o in un centro di trattenimento²³.

Sempre sotto il profilo soggettivo siamo in presenza di delitti necessariamente plurisoggettivi. Non è un caso che la norma sia stata inserita, nel codice, prima dei reati associativi, di cui emula la struttura. La disposizione richiede che i fatti siano commessi da tre o più persone riunite richiedendo quindi una partecipazione collettiva, come avviene nei delitti di associazione per delinquere, anche di stampo mafioso. Tale forma di concorso è differenziata, prevedendo la norma due possibili modalità di coinvolgimento: la partecipazione semplice (primo comma) o la promozione, organizzazione e direzione della rivolta (secondo comma)²⁴.

La differenziazione è acuita, non soltanto da un compasso edittale punitivo eterogeneo a seconda del grado di coinvolgimento, ma anche dalla disciplina delle circostanze speciali previste nei commi 3, 4 e 5. Infatti, per entrambe le tipologie di rivolte, sono previste tre circostanze aggravanti -

²³ Ritengono sia un reato comune D. BIANCHI, *I reati di rivolta: una novità (potenzialmente) sovversiva*, in *Dir. pen. proc.*, 7, 2025, 906 ss.; M. LOMBARDO, *Art. 415-bis c.p.*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato on line*, par. 1, reperibile sulla banca dati One Legale. Mentre la Corte di cassazione nella sua Relazione sulle novità normative ritiene si tratti di un reato proprio; similmente, C. PASINI, *Il disegno di legge sicurezza e il nuovo reato di rivolta in carcere e in strutture di accoglienza e trattenimento per migranti*, in *Sist. pen.*, 5, 2024, 122.

²⁴ La formulazione definita per decreto è diversa da quella inizialmente proposta con il d.d.l. n. 1660 in corso di discussione in parlamento. Infatti, i primi due commi apparivano come segue: "Chiunque, all'interno di un istituto penitenziario, mediante atti di violenza o minaccia, di resistenza anche passiva all'esecuzione degli ordini impartiti ovvero mediante tentativi di evasione, commessi in tre o più persone riunite, promuove, organizza o dirige una rivolta è punito con la reclusione da due a otto anni. Per il solo fatto di partecipare alla rivolta, la pena è della reclusione da uno a cinque anni".

relative all'utilizzo di armi, alla causazione di lesioni gravi o gravissime e all'evento morte – che differenziano gli aumenti di pena a seconda del ruolo rivestito dal soggetto all'interno della rivolta²⁵.

Sul versante oggettivo, la condotta, per essere punita, deve manifestarsi attraverso atti di violenza, minaccia o resistenza all'esecuzione di ordini impartiti per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza.

Se già l'impianto complessivo di una norma che reprime le manifestazioni rivoltose soffre di vaghezza, dato il concetto indeterminato di "rivolta"²⁶, le modalità descritte nel testo normativo di realizzazione dei fatti costituenti reato acuiscono tale sofferenza.

La determinazione del precetto, in particolare come vedremo in relazione al concetto di resistenza, non è di facile precisazione e rischia di abbracciare condotte che attengono a forme di protesta o non collaborazione non violente e quasi per nulla offensive, come l'astensione dal lavoro o persino uno sciopero collettivo dalla fame realizzato in carcere.

L'aver ancorato la realizzazione degli atti di violenza, minaccia e resistenza all'esecuzione degli ordini tenta proprio di limitare l'area di operatività della fattispecie, fornendo un primo recinto applicativo che va apprezzato. Infatti, come chiarito anche dalla Relazione governativa, "gli ordini che vengono in rilievo ai fini del delitto di rivolta sono solo quelli impartiti *per il mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica* e non invece qualsiasi tipo di ordine impartito (quale per esempio quelli attinenti alla pulizia e all'igiene della persona o della camera, che rilevano invece sul piano disciplinare)".

Va segnalato, sul punto, che rispetto a quanto previsto dall'art. 26 per gli ordini impartiti nelle carceri rilevanti ai fini di applicazione del delitto di rivolta, la norma afferente ai CPR e agli *hotspot* prevede un'ulteriore specificazione: gli ordini devono essere impartiti da pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, in quanto in tali strutture spesso operano anche soggetti privi di un autonomo potere di ordine.

Nonostante ciò, il riferimento agli ordini solleva alcuni profili problematici, segnalati anche in sede di audizione dal CSM²⁷ e da autorevole dottrina²⁸, in

²⁵ Come evidenziato da D. BIANCHI, *I reati di rivolta: una novità (potenzialmente) sovversiva*, cit., par. 2, il quale sottolinea anche come "la forbice edittale per i reati-base di rivolta carceraria è più severa di quella degli omologhi nei centri di trattenimento, parimenti sono diversificati gli incrementi sanzionatori per l'uso delle armi, mentre le altre due aggravanti speciali indipendenti disegnano cornici sanzionatorie identiche per entrambi i delitti".

²⁶ Si interroga sul concetto di "rivolta" V. SASSI, *Il nuovo reato di rivolta in carcere introdotto dal D.L. Sicurezza n. 48/2025*, in *Sist. pen.*, 7-8, 2025, 42 ss.

²⁷ Si veda il parere della VI Commissione del CSM sul cd. decreto sicurezza (d.l. 11 aprile 2025, n. 48, recante: '*Disposizioni urgenti in materia di sicurezza pubblica, di tutela del personale in servizio, nonché di vittime dell'usura e di ordinamento penitenziario*'), relatori i Consiglieri Paolini, Cosentino, Romboli, D'Auria e Fontana, pubblicato dalla rivista *Sistema Penale* il 14 maggio 2025.

²⁸ Si veda F. FORZATI, *Il nuovo Ddl sicurezza*, cit., 20, il quale ricorda che il diritto di resistenza all'oppressore rientra fra i diritti naturali ed imprescrittibili dell'uomo, per la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* che all'art. 2 che lo affiancherà proprio ai diritti di sicurezza e libertà.

relazione al fatto che il precetto non contenga alcun riferimento alla legittimità dell'ordine impartito. Tale omissione determina un'asimmetria suscettibile di generare rilevanti difficoltà interpretative ed applicative rispetto all'art. 51 cod. pen., che esclude la punibilità di una condotta tenuta in adempimento di un dovere derivante da "un ordine legittimo della pubblica Autorità". In termini analoghi, la dottrina ha osservato come l'assenza di un espresso riferimento all'"ordine legittimo" sollevi delicati interrogativi in merito al rapporto tra tipicità e antiggiuridicità della condotta inosservante, con ricadute particolarmente complesse sul piano dell'esercizio di un eventuale diritto di resistenza all'oppressione, ove l'ordine risulti illegittimo o addirittura illegale.

4. La questione della resistenza passiva.

Uno dei nodi centrali dei delitti in questione riguarda l'incriminazione della cd. resistenza passiva che, secondo larga parte della dottrina, comporterebbe profili di incostituzionalità della norma²⁹. Essa appare per la prima volta nel nostro ordinamento penale. Infatti, il codice Rocco del 1930, pur prevedendo un delitto contro forme di resistenza a pubblici ufficiali (art. 337 c.p.)³⁰ si limitava a contemplarne quella di tipo attivo che richiedeva e richiede l'uso della violenza e della minaccia verso l'agente che compie un atto d'ufficio o di servizio.

Si tratta, innanzitutto, di un concetto normativamente indeterminato³¹ – sul quale la dottrina da tempo richiede un *surplus* di attenzione³² – che non

²⁹ Sul punto, R. BARTOLI, *Di sicuro c'è solo questo: si è tornati a incriminare l'esercizio di libertà*, cit., par. 6, il quale ritiene che alcune incriminazioni previste dal DL Sicurezza – tra cui la rivolta in carcere – pongano "problemi di legittimità in ordine alla scelta di criminalizzazione, non solo sul piano dell'offensività, ma prima ancora, in termini più radicali, perché a ben vedere possono arrivare addirittura all'incriminazione dell'esercizio di libertà". Dello stesso avviso S. ZIRULIA, *Il "decreto sicurezza" 2025 interrompe il processo di adeguamento del codice rocco alla Costituzione*, cit., par. 2, per il quale "tale norma definitoria estende a dismisura la portata applicativa del reato, sollevando serie perplessità in ordine alla sua conformità ai canoni costituzionali di sussidiarietà e proporzionalità".

³⁰ Sulle revisioni apportate dal DL Sicurezza alle norme sulla violenza e resistenza a pubblici ufficiali si veda M. AUTIERI, *Violenza e resistenza a pubblico ufficiale verso un inasprimento della sanzione penale*, in V. PLANTAMURA (a cura di), *Il decreto sicurezza*, cit., 277 ss.

³¹ Per A. MANNA, *La resistenza passiva fra diritto penale del fatto e diritto penale d'autore ed ulteriori profili critici del cd. DL Sicurezza, ormai definitivamente approvato: conclusioni*, in G. LOSAPPIO, A. MANNA, *Profili di (in) costituzionalità del DL Sicurezza*, cit., 54, il nuovo delitto, nella parte in cui incrimina forme di resistenza passiva, si pone "in contrasto con il sub-principio, o corollario della stretta legalità, ovverosia la tassatività, di cui all'art. 25, comma 2, cost., giacché in effetti la condotta di resistenza passiva non risulta tipizzata potendosi esprimersi nelle più diverse modalità". L'Autore rileva anche una possibile lesione del principio di uguaglianza/ragionevolezza, nonché il profilarsi di una questione di legittimità costituzionale con riguardo all'art. 13 Cost., laddove il decreto equipari "sotto l'ambito della resistenza passiva da un lato soggetti che hanno commesso reati e dall'altro individui che, invece non hanno commesso alcun reato, bensì sono rinchiusi nei Centri per il rimpatrio solo perché sono fuggiti dai Paesi di origine per trovare accoglienza nel territorio italiano".

³² E. LOI, N. MAZZACUVA, *Il sistema disciplinare nel nuovo ordinamento penitenziario*, in F. BRICOLA (a cura di), *Il carcere riformato*, Bologna, 1977, 91, per i quali il concetto di resistenza passiva è

viene chiarito nemmeno dall'art. 41 dell'ordinamento penitenziario richiamato dalla *Relazione* governativa il quale giustifica l'impiego della forza fisica sui detenuti per vincere la resistenza "anche passiva" all'esecuzione di ordini impartiti.

La norma prevede, ad ogni modo, che vengano puniti, tra gli atti di resistenza, anche quelli passivi "che, avuto a riguardo al numero di persone coinvolte e al contesto in cui operano i pubblici ufficiali o gli incaricati di pubblico servizio, impediscono il compimento degli atti di ufficio o del servizio necessari alla gestione dell'ordine e della sicurezza".

Ad una prima lettura risulta decisamente critico l'accostamento tra un atto di violenza o minaccia a quello di resistenza passiva, così come descritto nel testo normativo, nonostante il tentativo apprezzabile di limitare l'ambito di operatività della fattispecie alle condotte limitative di atti indirizzati alla gestione dell'ordine e della sicurezza.

Un tentativo, ancora insufficiente, che - recuperando un minimo di offensività - prova ad evitare che venga represso qualsiasi atto di resistenza passiva ma che tradisce, in partenza, la difficoltà di contenere i limiti esterni della fattispecie. Infatti, seppur vengono esclusi dal terreno gli ordini relativi all'igiene personale o alla pulizia, certamente possono rientrare nella categoria di atti indirizzati alla gestione dell'ordine quelli relativi al contenimento di forme di disobbedienza civile, anche non violenta, attraverso cui il detenuto lamenta condizioni detentive degradanti. Le esigenze sottese alla gestione dell'ordine e della sicurezza restano comunque espressione di un concetto fin troppo manipolabile ed indeterminato. Insomma, seppure il disvalore del fatto di resistenza passiva non si traduca nell'atto in sé ma nell'aver ostacolato il compimento di atti d'ufficio necessari all'ordine e alla sicurezza, l'ampiezza di tali concetti potrebbe consentire, in tempi bui, abusi dello strumento penalistico.

D'altronde incriminare atti di mera resistenza passiva, pur collettiva, a prescindere dalla presenza o meno di un ordine dell'autorità relativo alla gestione della sicurezza, contrasta con la funzione del diritto penale di reprimere condotte offensive e materiali. Infatti, è estremamente complicato immaginare che un atto di disobbedienza, pur concretizzatosi nella mancata esecuzione di un ordine legittimo, possa dar luogo ad una rivolta, anche se messo in pratica da più persone.

Sarebbe diverso, invece, com'è stato notato, limitare la punibilità della resistenza passiva di un partecipe allorquando essa sia inserita all'interno di un contesto di rivolta violento ed organizzato già operativo ed attivo. In questo caso la rivolta sarebbe un presupposto della resistenza passiva, comportamento che - laddove si verificasse in autonomia - non avrebbe rilevanza

talmente poco tassativo che rischia di "aprire la strada ad un uso ancora più discrezionale della violenza e della coercizione fisica, con l'aggravante che titolare di questo potere discrezionale finisce per essere il solo personale di custodia".

penale. L'interpretazione letterale del testo, al momento, non lascia intendere come corretta un'interpretazione siffatta.

A ben vedere, pare quasi che l'obiettivo di tale norma non risieda nell'interesse a salvaguardare la sicurezza della popolazione carceraria o la sicurezza degli agenti penitenziari, e nemmeno a garantire una gestione degli istituti penitenziari in linea con l'ordine pubblico, ma sia, evitare forme di disobbedienza civile verso l'autorità preconstituita e verso il potere³³.

L'uso del diritto penale come strumento di gestione dell'ordine carcerario solleva problemi di proporzionalità³⁴: criminalizzare eventi collettivi dovuti a condizioni detentive degradate può risultare unicamente repressivo, senza incidere minimamente sulle cause strutturali del disagio. L'introduzione di un delitto come quello in esame rischia di generare una risposta punitiva "carcerocentrica" a fenomeni sociali già di per sé carcerari che meriterebbero soluzioni alternative e riforme strutturali.

La soluzione alle criticità della situazione penitenziaria italiana non può risiedere in "più carcere", così come aprire le porte degli istituti penitenziari a stranieri in stato di fermo per esigenze amministrative non potrà contribuire ad una gestione rigorosa ed efficiente dei flussi migratori e ad una corretta integrazione di coloro che potranno fare il loro ingresso in Italia.

In conclusione, tale disposizione - espressione di una politica criminale fin troppo muscolare - illude e si illude rispetto alle finalità che dichiara. L'aumento di marginalità in un contesto così già fortemente isolato, come quello carcerario o dei CPR in cui vi è una quasi totale limitazione della libertà personale, non potrà contribuire al miglioramento della sicurezza collettiva reale né tantomeno a tutelare il lavoro dei lavoratori delle forze dell'ordine, ulteriore scopo dell'introduzione dei delitti in esame, ma soddisferà in modo simbolico e poco lungimirante la passione punitiva.

L'art. 415-*bis* c.p. solleva nodi applicativi e sistematici tali da rendere prematura ogni valutazione definitiva, in assenza di riscontri giurisprudenziali. Sarà solo la prassi a chiarirne i confini e l'impatto sulla popolazione carceraria, già in crescita allarmante. Le frizioni con principi e libertà costituzionali, unite a imperfezioni redazionali non marginali, rivelano una tecnica legisla-

³³ Si veda D. BIANCHI, *I reati di rivolta*, cit., par. 3, al quale tale tipologia di delitti ricorda "da vicino i reati di disobbedienza collettiva previsti dai codici penali militari di pace e di guerra, e in particolare, quello di ammutinamento, nella forma dell'inottemperanza all'ordine del superiore e quello di indisciplina collettiva, nella medesima forma". Cfr. F. PALAZZO, *Decreto sicurezza e questione carceraria*, in *Sist. pen.*, 1° maggio 2025, per il quale alle condizioni di disagio che spesso determinano la vita dei detenuti si reagisce "sul piano repressivo, elevando l'ordine e la sicurezza carceraria a valore preminente dell'istituzione penitenziaria".

³⁴ Cfr. R. BARTOLI, *Di sicuro c'è solo questo: si è tornati a incriminare l'esercizio di libertà*, cit., par. 6, il quale - proponendo di degradare la resistenza passiva ad illecito punitivo amministrativo - sottolinea come "minacciare una pena" - per colui che è già rinchiuso in un istituto penitenziario al fine di reprimere atti di resistenza passiva che possono essere "vinti dallo Stato impiegando una violenza proporzionata immediatamente diretta a rimuovere l'ostacolo" - significa "costituire una sorta di *bis in idem* nell'esercizio della violenza".

tiva orientata più al risultato immediato che alla coerenza degli strumenti impiegati.

5. Il blocco stradale e ferroviario.

Si colloca in tutt'altro contesto, invece, il delitto di blocco stradale o ferroviario previsto dall'art. 1 del decreto legislativo 22 gennaio 1948 n. 66 (cd. decreto Scelba) che intende punire forme illecite di impedimento alla libera circolazione su strada. Anch'esso è stato oggetto di una revisione da parte del DL Sicurezza che, con l'art. 14, lo ha riformulato in questi termini: "Chiunque impedisce la libera circolazione su strada ordinaria o ferrata, ostruendo la stessa con il proprio corpo, è punito con la reclusione fino a un mese o la multa fino a 300 euro. La pena è della reclusione da sei mesi a due anni se il fatto è commesso da più persone riunite".

Esso risulta interessante, ai fini dell'analisi in corso, perché si interessa di repressione di forme di manifestazione del dissenso e, come per il precedente delitto di rivolta, ha a che vedere con il rafforzamento di forme punitive per la resistenza passiva, stavolta attuata nelle forme del blocco stradale con il corpo.

Infatti, se sino all'entrata in vigore del DL Sicurezza il blocco stradale attuato mediante l'interposizione del corpo su strada veniva trattato alla stregua di un illecito amministrativo punitivo con l'erogazione di una sanzione pecuniaria da mille a quattromila euro, oggi tale comportamento - praticato indistintamente su strada ordinata o ferrata - ha assunto rilevanza penale.

Prima dell'entrata in vigore del DL Sicurezza, infatti, costituiva reato soltanto il blocco realizzato con cose, ossia il cd. blocco reale. Mentre il cd. blocco personale, quello realizzato con l'interposizione del corpo - vista l'attenuata capacità offensiva - godeva di un legame almeno parziale con forme di manifestazione del libero pensiero tutelate dalla Costituzione e dalle norme convenzionali.

La *ratio* dell'intervento, quindi, si spiega nella volontà del Governo di arginare forme di protesta e disobbedienza civile molto in *auge* negli ultimi anni, praticate perlopiù da giovanissime generazioni nelle forme dei cd. blocchi stradali pacifici.

La lett. b) dell'art. 14 introduce, inoltre, una circostanza aggravante nel caso in cui il fatto di reato venga commesso da più persone riunite, prevedendo la reclusione da sei mesi a due anni. Il rapporto tra la condotta commessa da un singolo e quella realizzata in gruppo è decisamente squilibrato ed irragionevole³⁵.

³⁵ Come nota M. PELISSERO, *La criminalizzazione del dissenso*, cit. par. 3, "considerando il criterio di ragguglio ex art. 135 c.p., la pena per la circostanza aggravante è 900 volte più severa di quella della fattispecie base".

Se appare condivisibile l'estensione anche alla strada "ferrata" prevista dalla lett. a) dell'art. 14, non sembra una scelta corretta la trasformazione dell'illecito amministrativo in illecito penale, stante la possibilità che larga parte delle manifestazioni in cui si esprimerà la condotta descritta spesso non risultano cariche del peso specifico di offensività necessario per giustificare il rimprovero penale.

D'altronde il blocco della circolazione ferroviaria e stradale è il principale mezzo con cui si manifesta il disagio sociale, tanto nel mondo del lavoro quanto in quello studentesco. Esso rappresenta forme di protesta legate indissolubilmente all'esercizio di diritti garantiti dalla Costituzione, che talvolta non sono neanche percepite come lesiva da chi il blocco stradale lo sta materialmente subendo.

Tale aggravio della forma di tutela è sintomatico, ancora una volta della necessità di (ri)stabilire l'ordine e l'autorità e non per approntare una tutela collettiva da pericoli imminenti³⁶.

6. Ombre (tante) e luci (poche) del DL Sicurezza: considerazioni finali sul diritto penale del nemico.

L'analisi del DL Sicurezza consente di rilevare come il provvedimento si caratterizzi, nel suo complesso, per un approccio prevalentemente repressivo, che tende ad ampliare l'area del penalmente rilevante nei confronti delle forme di dissenso politico e sociale.

L'inasprimento delle sanzioni per condotte legate alle manifestazioni pubbliche e la previsione di nuove ipotesi incriminatrici rischiano, infatti, di collocarsi in una prospettiva in cui il diritto penale non è più solo strumento di tutela dei beni giuridici, ma diventa anche – e soprattutto – strumento di contenimento di comportamenti percepiti come "pericolosi" per l'ordine costituito, anche virtù del divario – più volte segnalato da autorevole dottrina – tra la sicurezza reale e quella percepita in Italia.

In tale senso, le categorie del cosiddetto "diritto penale del nemico"³⁷ appaiono un utile riferimento interpretativo per comprendere l'impianto e la

³⁶ Decisamente più critico G. RUGGIERO, *Impedimento della libera circolazione su strada*, in V. PLANTAMURA (a cura di), *Il decreto sicurezza*, cit., 216, per il quale "nonostante la ri-criminalizzazione della condotta di blocco stradale possa essere ricondotta ad una risposta al terrorismo lato sensu (...) bisogna stare attenti affinché lo Stato non finisca per usare gli stessi metodi dei terroristi. Solo il mantenimento del sistema di libertà e di garanzie di uno Stato di diritto sociale e democratico eviterà che il terrorismo provochi la delegittimazione dello Stato e della sua lotta contro quello".

³⁷ La marginalizzazione degli spazi di legittima espressione del conflitto politico-sociale appaiono misure coerenti con quella prospettiva di "diritto penale del nemico" che, lungi dall'essere un mero costrutto teorico, trova qui concreta attuazione. In materia si veda G. JAKOBS *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung (Referat auf der Strafrechtslehrtagung in Frankfurt a.M. im Mai 1985)*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 97, 1985, 753 ss.; G. JAKOBS, *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der*

ratio di alcune scelte legislative, che tendono a distinguere tra cittadini pienamente titolari di diritti e soggetti da neutralizzare in ragione della loro potenziale conflittualità. I tratti distintivi del cosiddetto *diritto penale del nemico* si manifestano, non a caso, nella prevalenza attribuita ai profili soggettivi rispetto al tradizionale diritto penale del fatto e, in via consequenziale, in un indiscriminato aggravamento del trattamento sanzionatorio.

L'utilizzo a ritmi serrati della decretazione d'urgenza in materia penale e le scelte di iper-criminalizzazione continua di fenomeni sociali, non fanno altro che incidere negativamente sullo stato di salute del diritto penale e dello Stato di diritto, contribuendo al rafforzamento di un diritto mediatico meramente utile a placare le istanze emotive della società e generare un consenso spesso effimero³⁸.

Nonostante ciò, non mancano alcuni, isolati, elementi di segno diverso. Certamente è da valutare positivamente l'obiettivo di approntare maggiori tutele alle forze dell'ordine, in Italia ed all'estero, con misure sostanziali, procedurali e organizzative che consentano loro di operare in modo più efficiente.

D'altronde, in questa sede, non può essere messa in discussione la centralità e l'essenzialità del valore della sicurezza nella società da un punto di vista ideologico, specialmente nel rendere sicuro l'esercizio dei diritti fondamentali di ogni consociato³⁹. Pur nella difficoltà evidente di calarla e "gestirla" nell'ambito penale, essa rappresenta un'aspirazione legittima della società che merita risposte anche sul piano punitivo.

L'ideale sarebbe giungere ad una dimensione securitaria corretta impiegando prima altri strumenti normativi e organizzativi per poi ricorrere, come *extrema ratio*, al diritto penale che non deve essere sempre la prima risposta del legislatore. La pena, in un ordinamento che rispetti le libertà fonamen-

Gegenwart (Kommentar), in A. ESER, W. HASSEMER, B. BURKHARDT (a cura di), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, Monaco, 2000, 51 ss. Nella letteratura italiana, in materia, si rinvia tra gli altri a M. DONINI, M. PAPA (a cura di), *Diritto penale del nemico: un dibattito internazionale*, Milano, 2007; A. GAMBERINI, R. ORLANDI (a cura di), *Delitto politico e diritto penale del nemico*, Bologna, 2007; F. MANTOVANI, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale dell'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 2007, 472; R. ZAFFARONI, *Alla ricerca del nemico: da Satana al diritto penale cool*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 757 ss. Sul populismo penale e giudiziario, come conseguenza del populismo politico, vedi per tutti M. DONINI, *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra lex e ius*, Modena, 2019, 11 ss.; G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2013, 95 ss.; A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell'Accademia e dell'Avvocatura)*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1 ss.; D. PULITANÒ, *Populismi e penale. Sulla attuale situazione spirituale della giustizia penale*, in *Criminalia*, 2013, 123 ss.

³⁸ Sul punto, M. PAPA, *Com'è che il diritto penale è diventato una favola?* in *Sist. pen.*, 26 maggio 2025, segnala come "la massiva e logorroica produzione di norme penali finisce per essere spesso l'unica, velleitaria, risposta all'allarme sociale".

³⁹ Cfr. C. MOSCA, *La sicurezza come diritto di libertà*, Padova, 2012, per il quale la sicurezza non va concepita in contrasto con la libertà ma va immaginata come espressione del diritto di libertà.

tali, non intende perseguire una finalità prevalentemente intimidatoria ma, attraverso le funzioni di prevenzione generale e speciale positive, punta a rafforzare il precetto normativo.

L'obiettivo summenzionato andrebbe raggiunto senza incidere sul rapporto tra autorità e cittadini, ma attenuando il potere nelle mani dell'autorità e degli apparati di sicurezza. Infatti, si assiste da alcuni anni, anche in Europa, ad una spirale in cui fioriscono sempre più politiche securitarie eccessivamente limitanti delle libertà personale. È un *trend*, va ricordato, non soltanto italiano che viene alimentato da politiche criminali che soffiano sulle paure dei cittadini⁴⁰, i quali tendono via via ad affidarsi a misure repressive sempre più stringenti.

In questo senso, ad esempio, il reato di rivolta, lungi dall'essere volto unicamente a prevenire e reprimere episodi di insubordinazione collettiva, incidendo in realtà in maniera più profonda sulla vita carceraria, tradisce la volontà di concepire l'istituzione penitenziaria come terreno di rapporti di forza, piuttosto che come spazio di dialogo, crescita, riabilitazione e risocializzazione.

In conclusione, il DL Sicurezza si presenta come una normativa ambivalente: da un lato, esso accentua il ricorso al diritto penale quale strumento di gestione del dissenso, piegandosi a esigenze "emergenziali" e a strategie di contrasto al "nemico" interno, con implicazioni delicate in termini di proporzionalità e rispetto delle libertà costituzionali; dall'altro, introduce alcune innovazioni – non sul piano del diritto penale sostanziale – funzionali alla tutela delle forze dell'ordine e armate che, pur marginali rispetto alla portata complessiva del provvedimento, rappresentano un elemento di rafforzamento del sistema, come l'introduzione del sistema delle cd. *bodycam* e le disposizioni relative alla protezione legale degli agenti, così come sono state segnalate, da accorta dottrina, novità rilevanti in materia di misure di prevenzione antimafia (art. 3 lett. b)⁴¹.

Rimane, tuttavia, l'impressione che il bilanciamento tra esigenze di ordine pubblico e garanzie dei diritti fondamentali sia ancora fortemente sbilanciato a favore delle prime, con conseguenze significative sul piano della tenuta complessiva dello Stato di diritto, sotto un profilo generale, e sul piano delle condizioni carcerarie – ad esempio – sotto un profilo più concreto.

Insomma, poche ed isolate luci, mentre le ombre rischiano di proiettarsi a lungo sul terreno dei diritti.

⁴⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Democrazia e paura*, in M. BOVERO, V. PAZÉ (a cura di), *Nove lezioni per la democrazia*, Roma-Bari, 2010; S. MOCCIA, *Qualche riflessione sui rapporti tra sistema penale e democrazia*, in *Pen. dir. proc.*, 12 febbraio 2024, il quale ricorda come "il diritto è politica" perché "nell'ordinamento giuridico vengono formalizzate le scelte della politica" ed in particolare nel diritto penale "si misura con precisione millimetrica il livello qualitativo della tutela della libertà e personalità individuale in una determinata compagine statutale, in un particolare momento storico".

⁴¹ Si veda. G. AMARELLI, *Il decreto sicurezza e la riforma degli effetti delle interdittive antimafia: un fiore nel deserto in attesa di essere emendato*, in *Sist. pen.*, 5 maggio 2025.

LA REVERSIBILITÀ DEI CRITERI NELLA VALUTAZIONE DELLA CHIAMATA IN CORREITÀ

Francesca Romana De Palo*

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. L'art. 192, comma 3 c.p.p.: una norma priva di rigore tassativizzante. – 3. Il tentativo di razionalizzazione attuato dalla giurisprudenza: l'eterogenesi dei fini del metodo a tre tempi. – 4. L'ultimo momento: i necessari «altri elementi di prova».

ABSTRACT

La regola di valutazione prevista dall'art. 192, comma 3 c.p.p. al fine di orientare il libero convincimento dell'organo giurisdizionale, risulta una previsione generica e priva di rigore tassativizzante. La giurisprudenza di legittimità intervenuta per colmare il dettato normativo ha, tuttavia, elaborato criteri logici che si rivelano intrinsecamente reversibili e dipendenti dalla discrezionalità interpretativa. Si auspica, pertanto, un intervento legislativo che, nel chiarire la portata e i limiti dei riscontri, riaffermi conseguentemente il principio di legalità processuale.

The evaluation rule provided by Article 192, paragraph 3 of the Criminal Procedure Code, intended to guide the free conviction of the judge, is a generic provision that lacks strictness. Jurisprudential development, which has intervened to fill the legislative gap, has developed logical criteria that are inherently reversible and dependent on arbitrary interpretation. It is desirable to have a legislative intervention that, by clarifying the scope and limits of corroborating evidence, consequently reaffirms the principle of procedural legality.

1. Considerazioni introduttive.

La valutazione¹ della prova costituisce la fase conclusiva del procedimento probatorio, il cd. «momento soggettivo»² che si svolge necessariamente a «ritroso»³ e sotto il segno del libero convincimento⁴ dell'organo giurisdizio-

* Dottoranda in Diritto processuale penale Dipartimento di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano-Bicocca.

¹ A. BAUDI, *Riflessioni sulla valutazione di credibilità dichiarativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 9, 1155, specifica che «valutare significa esprimere un giudizio attributivo di valore, nella specie consistente nella inferenza di realtà dei significati probatori da utilizzare come verifica della fondatezza dell'enunciato fattuale imputativo».

² G. UBERTIS, *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Milano, 1979, 120.

³ In questo senso, G. CANZIO, *La valutazione della prova scientifica fra verità processuale e ragionevole dubbio*, in *Arch. pen.*, 2011, 3, 3.

⁴ Sul tema fra tutti, E. AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approc-*

nale. Tale principio, consistente nel libero apprezzamento degli elementi di prova acquisiti sulla base di criteri razionali che devono essere disposti nella motivazione⁵ (art. 546, comma 1, lett. e) c.p.p.)⁶, presuppone «il divieto di utilizzare quella che oggi viene definita “scienza privata” del giudice»⁷. Il libero convincimento deve, dunque, essere giustificato⁸, a differenza del cd. *intime conviction*⁹, tipico dei verdetti, che può sfociare nell'arbitrio e nell'assenza

cio comparativo, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 1, 3 ss.; G. BETOCCHI, *Libero convincimento, prova, indizio: verifica giurisprudenziale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 2, 709 ss.; G. DELLA MONICA, *La parabola del principio del libero convincimento*, in AA.VV., *La prova penale*, diretto da Gaito, vol. III, *La valutazione della prova*, Torino, 2008, 271 ss.; E. DOSI, *Sul principio del libero convincimento del giudice nel processo penale*, Milano, 1957; A. GIULIANI, *Il problema del libero convincimento del giudice. Riflessioni storiche e metodologiche*, in *Raccolta di scritti in memoria di Agostino Curti Giardino*, II, Napoli, 1990; S. MAROTTA, *La sentenza penale*, Torino, 1997, 21 ss.; G. MONTELEONE, *Alle origini del principio del libero convincimento del giudice*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1, 123 ss.; V. NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, in *Cass. pen.*, 1991, 8-9, 1515 ss.; M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; M. NOBILI, *Storie d'una illustre formula: il “libero convincimento” negli ultimi trent'anni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 71 ss.; G. PANSINI, *Le prove deboli nel processo penale italiano*, 2 ed., Torino, 2018, 1 ss.; M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice (dir. proc. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, XVIII, Roma, 1990, 1 ss. V. anche, Cass. Sez. Un., 29 novembre 2012, n. 20804 punto 5 del Considerato in diritto.

⁵ In argomento, E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, 181 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, Milano, 1997, 65, il quale afferma: «libero convincimento e motivazione vanno visti in un'interazione reciproca. Altrimenti il libero convincimento diviene un'entità indecifrabile e la motivazione un orpello inutile».

⁶ Nella *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, 1988, si legge: «la libertà di apprezzamento della prova trov[a] un limite in principi razionali che devono trovar risalto nella motivazione». Sul punto, A. CAPONE, *La motivazione della sentenza*, in GIULIANI - ORLANDI (a cura di) *Indagini preliminari e giudizio di primo grado. Commento alla legge 14 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2018, 297 ss.; G. DI PAOLO, *L'art. 546 comma 1 lett. e: verso un nuovo modello normativo di motivazione in fatto della sentenza penale?*, in BACCARI-BONZANO-LA REGINA-MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge “Orlando” (l. n. 103/2017) e relativi decreti attuativi (3 ottobre 2017)*, Milano, 2017, 241 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit.; MAROTTA, *La sentenza penale*, cit., 37 ss.; M. MENNA, *La motivazione del giudizio penale*, Napoli, 2000.

⁷ Così, M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 100.

⁸ Sul punto v., fra le numerose, Cass. Sez. IV, 7 luglio 2021, n. 36149, in cui si legge: «valutazione discrezionale – si è detto – che non è sinonimo, però, di valutazione capricciosa. Occorre, infatti, tenere conto che la S.C. ha in più occasioni evidenziato che prudente apprezzamento e libero convincimento del giudice non equivalgono certo ad *arbitrium merum*».

⁹ Cfr. E. AMODIO, *Dalla intime conviction alla legalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1, 32, il quale afferma: «forse la norma più emblematica del distacco dalla cultura formatasi in oltre un secolo di prassi permeata da una gnoseologia giudiziaria affrancata da ogni limite logico e normativo, è quella racchiusa nell'art. 526 c.p.p.: “il giudice non può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento”. Questa norma segna il rigetto della verità materiale e dell'intimo convincimento come assi portanti dell'accertamento del fatto». G. BARROCU, *Chiamata in correità de relato: il libero convincimento del giudice come “cavallo di troia” per il recupero del sapere investigativo*, *Dir. pen. proc.*, 2013, 12, 1437 ss.; M. DANIELE, *Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 6, 1535 ss.; R.A. RUGGIERI, *La circolazione di “Libero convincimento e giuria” all'epoca del primo codice unitario: gli equivoci di un trapianto sbagliato*, in *Criminalia*, 2012, 229 ss.; M. TARUFFO,

di razionalizzazioni¹⁰.

Il principio del libero convincimento, scaturente dal pensiero illuministico¹¹, costituisce una «completa reazione al vecchio metodo, basato sulla tortura e sulle prove legali»¹². Tale sovvertimento, tuttavia, risulta parzialmente mitigato dalle previsioni di cui all'art. 192¹³, commi 2 e 3 c.p.p.¹⁴ norme che «non impongono, ma vietano al giudice di trarre un certo tipo di convincimento da alcune prove, e quindi stabiliscono una “valutazione negativa” anziché positiva»¹⁵.

Il comma 3, in particolar modo, sancisce che le dichiarazioni dei coimputati nel medesimo reato e dei soggetti imputati in un procedimento connesso, a norma dell'articolo 12 c.p.p.¹⁶, siano valutate congiuntamente ad «altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità».

La chiamata in correità¹⁷, definibile come «l'indicazione da parte di chi è imputato, di altra persona come responsabile, o corresponsabile, del reato

La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti, Roma, 2009, 160 ss.; G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Torino, 1995, 333 ss.

¹⁰ Si v., V. NAPPI, *Libero convincimento, regole di esclusione, regole di assunzione*, cit., 1515 ss.; G. UBERTIS, *Il giudice, la scienza e la prova*, in *Cass. pen.*, 2011, 11, 4115.

¹¹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, 7 ed., Bari, 2002, 115 ss.

¹² M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, cit., 113. Sul punto, v. A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo*, in *Trattato di procedura penale*, VII.2, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 2000, 259 ss.; Cass. Sez.VI, 14 ottobre 2022, n. 1599, in cui si legge: «sia il legislatore del 1930, sia il legislatore repubblicano hanno dedicato scarsissima attenzione alla definizione del valore processuale delle singole fonti di prova, rifiutando il sistema della prova legale a favore di un sistema fondato sul c.d. libero convincimento del giudice, principio che ha trovato esplicita formulazione negli artt. 192, comma 1, 189 e 193 c.p.p.».

¹³ Si v., M. CECCHI, sub art. 192 c.p.p., in GIARDA-G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Tomo I, Milano, 2023, 2657 ss.

¹⁴ Il quarto comma estende, poi, le previsioni del comma precedente «anche alle dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede, nel caso previsto dall'articolo 371 comma 2 lettera b)». L'art. 192, comma 3, c.p.p. è richiamato dall'art. 197-bis, comma 6, c.p.p., dall'art. 238-bis c.p.p., nonché in ambito cautelare dall'art. 273, comma 1-bis c.p.p.

¹⁵ M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Torino, 2009, 119. In argomento v., F. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale: struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 25 ss.; A. BEVERE, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, in *Arch. pen.*, 2013, 3, 5 ss.

¹⁶ Per una ricostruzione sul dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla natura del sapere del correo, M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, Torino, 2005, 131 ss.

¹⁷ Sulla chiamata in correità, ex plurimis, G. BARONE, *Il riscontro della chiamata di correo: un'analisi giurisprudenziale*, in *Cass. pen.*, 1986, 1043 ss.; G. BARROCU, *Chiamata in correità de relato: il libero convincimento del giudice come “cavallo di troia” per il recupero del sapere investigativo*, cit., 1437 ss.; A. BEVERE, *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, Milano, 2001; S. BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla ricostruzione del fatto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 885 ss.; R. CASIRAGHI, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 11, 1 ss.; M. CECCHI, sub art. 192 c.p.p., cit., 2692 ss.; L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, Padova, 1992; T. DELL'ANNA, *L'esame del coimputato in reato connesso e la chiamata di correo*, in GAITO (a cura di), *La prova penale*, II, *Le dinamiche probatorie e gli strumenti per l'accertamento*

a lui ascritto o di altro reato connesso»¹⁸, è da sempre controversa¹⁹, essendo dibattute tanto la sua natura, quanto le modalità di valutazione. In particolare modo, i primi dubbi hanno riguardato l'individuazione di un *genus* tipico cui ascrivere il narrato: da un lato, privilegiando la natura del dichiarante, gli interpreti hanno inizialmente qualificato la chiamata in correità come equiparabile alla confessione²⁰ o all'interrogatorio²¹; successivamente, invece, valorizzando l'elemento contenutistico concernente la responsabilità altrui, si è tentato di ricondurre l'istituto all'interno dell'alveo della testimonianza²². Il dibattito è stato solo in parte superato dall'introduzione del codice di rito vigente che, pur smentendo la possibilità di inquadrare la chiamata in correità nell'orbita degli indizi²³ e affermandone la valenza di prova dimostrativa²⁴, non ha impedito che essa rimanesse «imprigionata in un limbo indefinito di differenze e intersezioni con altri istituti e, perciò, ancora aperto a interpretazioni talvolta fortemente discordanti»²⁵.

giudiziale, Torino, 2008, 557 ss.; G. DI CHIARA, *Chiamata di correo, garantismo collettivo e diritto di difesa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 217 ss.; C. DI MARTINO-T. PROCACCIANTI, *La chiamata di correo*, Padova, 2007; G. FIANDACA, *La chiamata di correo fra tradizione, emergenza e nuovo garantismo*, in *Foro it.*, 1986, II, 530 ss.; P. MAGGIO, *Corsi e ricorsi storici della prova penale: la chiamata di correo*, in *Cass. pen.*, 1998, 3480 ss.; A. MELCHIONDA, *La chiamata di correo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 148 ss.; G. PANSINI, *Le prove deboli nel processo penale italiano*, cit., 31 ss.; G. TRANCHINA, *I canoni di valutazione probatoria della chiamata in correità*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 644 ss.; G.L. VERRINA, *Valutazione probatoria e chiamata di correo*, Torino, 2000.

¹⁸ Così, A. MELCHIONDA, *La chiamata di correo*, cit., 148.

¹⁹ Cfr. V. DE FELICE, *Inquadramento strutturale e rilievi introduttivi della chiamata di correo*, in *Arch. pen.*, 2014, 1 ss.; R.A. RUGGIERO, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, Torino, 2012, 1 ss.; v., inoltre, la *Relazione al Progetto preliminare del codice di procedura penale*, 1988, in cui si legge: «è ben noto il dibattito che attorno a questo tema si è sviluppato negli ultimi anni tra operatori e studiosi del processo che hanno insistito sulla necessità di circondare di maggiori cautele il ricorso ad una prova, come quella proveniente da chi è coinvolto negli stessi fatti addebitati all'imputato o ha comunque legami con lui, alla luce della sua attitudine ad ingenerare un erroneo convincimento giudiziale».

²⁰ Sul punto, G. FOSCHINI, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano, 1965, 384 ss.; A. MELCHIONDA, *La chiamata di correo*, cit., 169 ss.

²¹ Cfr. V. DE FELICE, *Inquadramento strutturale e rilievi introduttivi della chiamata di correo*, cit., 3 ss.

²² E. FASSONE, *La valutazione delle dichiarazioni del coimputato*, in *Cass. pen.*, 1986, 1895 ss.; R.A. RUGGIERO, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit., 1, afferma che l'istituto presenta un «carattere ibrido».

²³ Sul punto, V. GREVI, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo codice di procedura penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 4, 1151; R.A. RUGGIERO, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit., 53 ss.

²⁴ G. UBERTIS, voce *Prova (in generale)*, cit., 296 ss.

²⁵ Così, V. DE FELICE, *Inquadramento strutturale e rilievi introduttivi della chiamata di correo*, cit., 4. In tema di persistenti incertezze v., M. DEGANELLO, *Le dichiarazioni accusatorie del coimputato: ancora incertezze giurisprudenziali nonostante la riforma*, in *Leg. pen.*, 1991, 649 ss.

2. L'art. 192, comma 3 c.p.p.: una norma priva di rigore tassativizzante.

Al cuore del problema, al di là del difetto di tipicità in merito all'individuazione e alla definizione di questa particolare forma di narrazione, rimane la regola di valutazione delle dichiarazioni fornite dal correo²⁶.

Come anticipato, l'art. 192, terzo comma c.p.p. sancisce la necessità che il narrato del coimputato sia confermato da fattori esterni. Il bisogno di un vaglio maggiormente accurato nasce dalla stessa natura del dichiarante che spezza «la simmetria tra diritto e processo penale»²⁷: il reo da soggetto in contrasto con l'ordinamento, diviene strumento cognitivo per la ricerca della verità sulla base di un calcolo opportunistico²⁸; l'imputato si trasforma in un utile mezzo di acquisizione delle informazioni che, tuttavia, appare privo della stessa affidabilità²⁹ che contraddistingue i contributi testimoniali³⁰ in ragione dell'assenza dell'obbligo di verità. Da qui, dunque, l'introduzione da

²⁶ Sul tema, BARBERA, *La valutazione probatoria della chiamata in correità in sede cautelare: variazioni giurisprudenziali sul tema del riscontro "individualizzante"*, in *Giur. it.*, 1999, 5, 1053 ss.; M. FONTANI, *Chiamata in correità o in reità: le regole probatorie di valutazione fissate dalla Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 241 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 10, 3452 ss.; T. RAFARACI, *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 2, 670 ss.

²⁷ F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2023, 556.

²⁸ La collaborazione è, invero, incentivata dalla cd. legislazione premiale. In tema, F. BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in AA.VV., *Diritto premiale e sistema penale*, Milano, 1983, 123 ss.; O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, VII.1, diretto da Ubertis-Voena, Milano, 2004, 359 ss.; S. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, 2, 529 ss.; R.A. RUGGIERO, *L'attendibilità delle dichiarazioni dei collaboratori di giustizia nella chiamata in correità*, cit., 16 ss. In senso critico, icasticamente, A. MANZONI, *Storia della colonna infame*, Milano, 2014, 1186: «(...) c'era in questo caso una circostanza che rendeva l'accusa radicalmente e insanabilmente nulla: l'essere stata fatta in conseguenza d'una promessa d'impunità».

²⁹ Sul punto, O. MAZZA, *La testimonianza dell'imputato assolto fra verità processuale e autodifesa dell'onore*, in *Giur. Cost.*, 2017, 1, 153.

³⁰ In argomento, M. BARGIS, voce *Testimonianza*, in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, 1097 ss.; L. DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, Milano, 1988; A. FRANCESCHINI, *La valutazione della prova testimoniale: alla ricerca di un prontuario, tra presunzione di attendibilità e presunzione di diffidenza*, in *Leg. pen.*, 2024, 1 ss.; C.L. MUSATTI, *Elementi di psicologia della testimonianza*, Milano, 1991; N. TRIGGIANI, *Testimonianza*, in FERRUA-MARZADURI-G. SPANGHER (a cura di), *La prova penale*, Torino, 2013, 149 ss. Si ricordi che la non necessità dei riscontri anche a sostegno della persona offesa da reato è stata sancita più volte dalla giurisprudenza. In tal senso, Cass. Sez. Un., 19 luglio 2012, n. 41461, «le dichiarazioni della persona offesa - cui non si applicano le regole dettate dall'art. 192, comma 3 c.p.p. - possono da sole, senza la necessità di riscontri estrinseci, essere poste a fondamento dell'affermazione di responsabilità penale dell'imputato, previa verifica, corredata da idonea motivazione, della credibilità soggettiva del dichiarante e dell'attendibilità intrinseca del suo racconto, le quali, specie nei casi in cui la persona offesa sia anche costituita quale parte civile, devono essere valutate in maniera più penetrante e rigorosa rispetto al vaglio cui vengono sottoposte le dichiarazioni di qualsiasi testimone».

parte del legislatore, come contrappeso all'assenza di *fides*³¹ e per soddisfare l'esigenza di irrinunciabilità cognitiva³², di un criterio di valutazione³³, un metodo legale³⁴ che, in assenza di ulteriori elementi di prova, impedisce che la dichiarazione del correo, sebbene plausibile, possa essere posta a fondamento della decisione del giudice³⁵.

La regola di valutazione introdotta dal legislatore per orientare il libero convincimento dell'organo giurisdizionale è apparsa, tuttavia, fin da subito come una previsione «generica e priva di indicazioni limitatrici»³⁶; la disposizione, invero, non stabilisce «quanti e quali elementi conoscitivi siano necessari ai fini di tale corroborazione»³⁷, limitandosi a prevedere che essi confermino l'attendibilità delle dichiarazioni. Il legislatore ha, dunque, abdicato alla sua funzione di tassativizzazione del processo in quanto l'auspicato scopo di stabilire *ex lege* i limiti e i presupposti per l'apprezzamento del giudice «è miseramente fallito»³⁸ ed è stato conseguentemente rimesso a quel libero convincimento del giudice che si voleva dirigere. È in tale cortocircuito, invero, che si è inserita la giurisprudenza di legittimità per assolvere alla finalità di delineare il metodo di valutazione della chiamata portando a compimento, tramite l'esperienza pratica, l'intervento di razionalizzazione avviato dal legislatore.

Tale finalità chiarificatrice, tuttavia, ha parimenti condotto a un'anarchia valutativa, alla creazione di un recinto aperto tramite il ricorso a criteri fortemente reversibili.

3. Il tentativo di razionalizzazione attuato dalla giurisprudenza: l'eterogenesi dei fini del metodo a tre tempi.

In merito alla valutazione della chiamata in correità, la Corte di cassazione si è espressa nella nota sentenza Marino³⁹, delineando il cd. «metodo trifasico»⁴⁰ il cui *iter* si compone notoriamente di tre momenti.

³¹ F.M. IACOVIELLO, *La tela del ragno: ovvero la chiamata di correo nel giudizio di cassazione*, cit., 3452.

³² In tal senso, P. MAGGIO, *Prova e valutazione dei comportamenti mafiosi i risvolti processuali*, in G. FIANDACA - VISCONTI (a cura di), *Scenari attuali di mafia*, Torino, 2010, 507.

³³ Tale limitazione normativa del libero convincimento del giudice non è stata, tuttavia, esente da critiche da parte della dottrina. Cfr. F. CORDERO, *Codice di procedura penale commentato*, Torino, 1992, 234 ss.; P. FERRUA, *Un giardino proibito per il legislatore: la valutazione delle prove*, in *Quest. giust.*, 1998, 3, 587 ss.

³⁴ Si v., F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., 174.

³⁵ Cfr. R. CASIRAGHI, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*, cit., 1 ss.; V. GREVI, *Le "dichiarazioni rese dal coimputato" nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 1175 ss.

³⁶ V. GREVI, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 1180.

³⁷ M. DANIELE, *Le regole di valutazione della prova nei principali sistemi penali europei*, cit., 134.

³⁸ M. DEGANELLO, *Le dichiarazioni accusatorie del coimputato: ancora incertezze giurisprudenziali nonostante la riforma*, cit., 227.

³⁹ Cass. Sez. Un, 21 ottobre 1992, n. 1653. In argomento, F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 560 ss.; G. PANSINI, *Le prove deboli nel processo penale italiano*, cit., 41 ss.

⁴⁰ Così, Cass. Sez. VI, 3. dicembre 2021 n. 6599. Sul tema, fra le molte v., Cass. Sez. VI, 11 luglio 2018, n. 45733; Cass. Sez. II, 22 febbraio 2022, n. 11016. Si ricordi, poi, che al suddetto metodo

Il giudice, innanzitutto, è chiamato a valutare la credibilità del dichiarante⁴¹; successivamente deve esaminare la solidità e le caratteristiche intrinseche delle dichiarazioni, ossia l'attendibilità del narrato in sé considerato, e, infine, effettuare un'analisi dell'attendibilità estrinseca di quanto affermato, mediante l'esame di elementi di riscontro a condizione che siano indipendenti e abbiano valenza individualizzante. I suddetti criteri costituiscono, tuttavia, «canoni logici»⁴² connotati conseguentemente da relatività operativa che si aggiungono, anzi precedono, l'unica regola normativa dettata dal legislatore: la presenza di riscontri.

Per sciogliere il nodo concernente la credibilità del dichiarante le Sezioni Unite rinviano «alla sua personalità, alle sue condizioni socio-economiche e familiari, al suo passato, ai rapporti con i chiamati in correità, etc., e alla genesi remota e prossima della sua risoluzione alla confessione e all'accusa dei coautori e complici». Si afferma così la necessità di risolvere il problema concernente l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni del correo mediante un'analisi critica diretta «a stabilire, con riguardo ai singoli contesti, la rilevanza e la significatività delle lacune e delle contraddizioni per saggiare l'attendibilità dell'insieme; e la schiettezza dei successivi adattamenti e delle correzioni, onde stabilire se si tratt[asse] di genuini ripensamenti, espressione di uno sforzo di chiarezza nell'approfondimento mnemonico, ovvero dell'adeguamento puro e semplice della propria versione a fronte dell'emergere di contestazioni e di risultanze processuali da far quadrare con essa»⁴³. Nel vaglio dell'attendibilità, dunque, la giurisprudenza ha ritenuto pregnante il carattere di precisione, coerenza, costanza, disinteresse e spontaneità della dichiarazione⁴⁴.

Appare chiaro che i parametri utilizzati in entrambi i suddetti momenti siano connotati da una forte reversibilità, una flessibilità che disvela l'inefficienza delle buone intenzioni con cui sono stati elaborati. La giurisprudenza si è fatta, invero, carico dell'impegno di "colorare" la vaga previsione legislativa, elaborando, tuttavia, strumenti "grigi" altrettanto generici ed evane-

a tre tempi si è affiancato quello a due tempi elaborato dalla sent. Cass. Sez. Un., 24 novembre 2003, n. 45267 in cui il primo momento consiste nella valutazione dell'attendibilità intrinseca della chiamata, il secondo nella valutazione degli elementi di riscontro di cui all'art. 192, comma 2 c.p.p. In tema, M. FONTANI, *Chiamata in correità o reità: le regole probatorie di valutazione fissate dalla Cassazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2020, 2, 241 ss.; C. GABRIELLI, *In tema di iter valutativo della chiamata in correità*, in *Giur. it.*, 2007, 12, 2825 ss.; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 95 ss.

⁴¹ Per un approfondimento sui concetti di attendibilità e credibilità v., A. BAUDI, *Riflessioni sulla valutazione di credibilità dichiarativa*, cit., 1155 ss.; F. TRIBISONNA, *Sull'attendibilità del pentito quale logico presupposto di una valida chiamata in correità*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 3, 88 ss.

⁴² Così, Cass. Sez. Un., 21 ottobre 1992, n. 1653, cit.

⁴³ Così, Cass. Sez. Un., 21 ottobre 1992, n. 1653, cit. Sul punto, v. anche Cass. Sez. I, 23 gennaio 2024, n. 22499.

⁴⁴ Cfr. Cass. Sez. IV, 15 aprile 1994, n. 1123; Cass. Sez. VI, 3 ottobre 2012, n. 43526; Cass. Sez. VI, 30 ottobre 2013, n. 46483; Cass. Sez. III, 25 giugno 2024, n. 46734.

scenti che difettano di rigore tassativizzante⁴⁵ in quanto scontano il peso di un eccessivo soggettivismo. Sono criteri approssimativi che non consentono un'analisi obiettiva della realtà e un risultato interpretativo incontrovertibile, nonché non opinabile. La verità e, conseguentemente, la menzogna non presentano, invero, manifestazioni palesi ed individuabili mediante una semplice diagnosi, bensì tutti i comportamenti che potrebbero essere ricondotti a un propalante sincero e ad un *dictum* attendibile (si pensi all'assenza di contraddizioni, alla precisione, alla presenza di un alto numero di dettagli nel racconto, ecc.), sono peculiarità che, equivalentemente, potrebbero caratterizzare altresì un abile ingannatore. Parimenti, una dichiarazione vaga con imprecisioni e inesattezze potrebbe derivare tanto da un imputato sincero, quanto menzognero⁴⁶ smentendo, così, l'insegnamento tratto dell'esperienza pratica in base al quale la minuziosità della dichiarazione è inversamente proporzionale alla sua falsità e che la menzogna è generalmente contraddittoria e lacunosa. In ciò è insita la reversibilità⁴⁷ e la conseguente debolezza dei criteri logici elaborati dalla giurisprudenza.

Il risultato, dunque, è stato anche da parte della giurisprudenza di legittimità un'innegabile eterogenesi dei fini poiché il meritevole scopo volto a raggiungere maggiore concretezza è risultato, nei fatti, svuotato a causa del ricorso, come base della suddetta regola di valutazione negativa, alle massime d'esperienza⁴⁸ che sono per loro natura opinabili. In questo caso speci-

⁴⁵ Sul punto, L. DE CATALDO NEUBURGER, *Chiamata in correità e psicologia del pentitismo nel nuovo processo penale*, cit., 187, «la spinta di situazioni contingenti e la necessità di estendere oltre i limiti di sicurezza l'impiego di uno strumento sospetto quale la chiamata in correità hanno portato il legislatore ad adottare una normativa pericolosamente "aperta", che dottrina e giurisprudenza hanno ulteriormente allargato».

⁴⁶ Cfr. M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, cit., 172 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 561 ss.; P. MAGGIO, *Sul valore probatorio della chiamata in correità*, in *Il Foro italiano*, 1996, II, 307 ss.; G. TUZET, *La prova ragionata*, Milano, 2023, 176 ss.

⁴⁷ È, invero, possibile rinvenire pronunce che sovvertono completamente la logica tradizionale, trasformando le discordanze da elemento negativo a possibile indice di genuinità, smentendo il requisito della coerenza interna. Cfr. Cass. Sez. I, 20 ottobre 2023, n. 3777, in cui si legge: «le discordanze tra alcuni segmenti della narrazione vengono ritenute da un lato indicative di genuinità della collaborazione di ciascuno (perché dimostrative della assenza di accordi fraudolenti), dall'altro il "portato ineliminabile" del decorso del tempo tra "accadimento storico" e "narrazione", in alcuni casi superiore al decennio».

⁴⁸ In argomento, v. P. CALAMANDREI, *Massime di esperienza in Cassazione. Rigetto del ricorso a favore del ricorrente*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, II, 126 ss.; G. CANZIO, *Le massime di esperienza e il ragionamento probatorio*, in *Discrimen*, 2019, 1 ss.; F. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1947; F. CARNELUTTI, *Massime di esperienza e fatti notori* (nota a Cass., 1° aprile 1958), in *Riv. dir. proc.*, 1959, 639 ss.; F. CORDOPATRI, *Inferenza probatoria e massime di esperienza, prova, presunzione, indizio*, in *Giur. mer.*, 1999, 3, 632 ss.; F.R. DINACCI, *Regole di giudizio (Dir. proc. pen.)*, cit., 644 ss.; E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di mafia*, in *Questione Giustizia*, 2002, 3, 620 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., 183 ss.; C. LEONE, *Contributo allo studio delle massime d'esperienza e dei fatti notori*, in *Annali dell'Università di Bari*, Bari, 1954; L. LOMBARDO, *La prova giudiziale. Contributo alla teoria del giudizio*

fico, le diverse massime d'esperienza possono essere addirittura antitetiche ed equiprobabili.

Secondo la definizione tradizionale riconducibile a Stein⁴⁹, le massime d'esperienza consistono in generalizzazioni⁵⁰ basate sull'*id quod plerumque accidit* ottenute attraverso un ragionamento induttivo dall'esperienza e dal senso comune, vale a dire «quell'insieme di nozioni che costituiscono il patrimonio culturale diffuso in un certo luogo ed in un certo momento storico»⁵¹. Essendo basate su ciò che accade ordinariamente e su assunti meramente probabilistici sono per loro natura controvertibili e facilmente falsificabili sostanziandosi, così, in parametri intarsiati di deroghe. Collocandosi nell'alveo del verosimile ed essendo filtrate dalla prospettiva personale del giudice, sono dotate di una forza euristica relativa e priva di cogenza. Il risultato, dunque, è uno scenario tutt'altro che solido e inconfutabile che si sgretola in frammenti elastici e incapaci di giungere alla tassativizzazione della valutazione del dichiarante, facendo riemergere la componente libera dell'apprezzamento del giudice. Sono criteri, invero, derivanti dalla logica quotidiana dell'uomo medio, «una caotica sommatoria di elementi inidonea a dissipare il vero dal falso»⁵², conducendo ad un'autoconfutazione in quanto incapaci di escludere definitivamente il loro contrario. I suddetti limiti intrinseci delle massime d'esperienza sono stati evidenziati anche dalla giurisprudenza di legittimità che afferma: «con la massima d'esperienza si opera una generalizzazione di un determinato comportamento attraverso l'individuazione di caratteri "comuni" presupposti come presenti in fatti già accaduti, cui si fa riferimento come punto di partenza, con l'esclusione di quei casi che potrebbero smentire tale generalizzazione. La conseguenza è

di fatto nel processo, Milano, 1999, 420 ss.; N. MANNARINO, *Le massime d'esperienza nel giudizio penale e il loro controllo in Cassazione*, Padova, 1993; M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio penale di primo grado*, Milano, 1976, 101 ss.; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, 357 ss.; S. MORISCO-L. SAPONARO, voce *Regole di giudizio e massime di esperienza*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. III, Torino, 2008, 1326 ss.; M. NOBILI, *Nuove problematiche sulle c.d. «massime d'esperienza»*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1969, 123 ss.; R. PALAVERA, *Scienza e senso comune nel diritto penale. Il ricorso problematico a massime di esperienza circa la ricostruzione della fattispecie tipica*, Pisa, 2017; M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970; M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2009, 2, 551 ss.; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., 29 ss.; G. UBERTIS, *Il processo indiziario e valutazione probatoria*, in *Diritto&questioni pubbliche*, 2020, 1, 315 ss. In giurisprudenza v., Cass. Sez. II, 16 settembre 2003, n. 39985; Cass. Sez. VI, 9 ottobre 2012, n. 1775; Cass. Sez. II, 6 dicembre 2013, n. 51818; Cass. Sez. VI, 28 maggio 2014, n. 36430; Cass. Sez. I, 4 dicembre 2020, n. 16523; Cass. Sez. IV, 20 maggio 2021, n. 36524; Cass. civ. Sez. I, 28 febbraio 2023, n. 6075.

⁴⁹ F. STEIN, *Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig, 1893, 16 ss. In argomento, M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, 3, 682.

⁵⁰ Su tale nozione, M. TARUFFO, *Considerazioni sulle massime d'esperienza*, cit., 554 ss.

⁵¹ Così, M. TARUFFO, *op. cit.*, 552.

⁵² M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, cit., 177.

che, mancando un accordo, di natura oggettiva, sulla scelta dei dati iniziali, non è possibile evitare il rischio che quella massima d'esperienza sia confutata da almeno un'altra massima d'esperienza»⁵³. Soprattutto, le massime d'esperienza possono avere una plausibilità per un'astratta generalità dei casi, ma non dicono nulla sul caso singolo che potrebbe sfuggire proprio alla generalizzazione dei comportamenti.

L'intento reattivo della giurisprudenza è, dunque, risultato vano poiché si è cercato di conferire affidabilità a ciò che *ex lege* è privo di tale caratteristica, in quanto considerato "macchiato" dal peccato originale di provenire da un correo⁵⁴, avvalendosi di criteri altrettanto incerti e inaffidabili. Parametri che, inoltre, in quanto generalizzati, non risultano confacenti alla complessità della chiamata in correità quale istituto connotato da una forte matrice psicologica e individuale⁵⁵ di cui è necessario tener conto.

Si addiviene, così, a un'inefficace tautologia: il dichiarante sarà credibile quando ritenuto tale dall'organo giudicante che «acconsente facilmente a ritenere esistente ciò che desidera esista»⁵⁶.

Al di là del difetto di univocità delle massime d'esperienza, il metodo a tre tempi elaborato dalla giurisprudenza subisce il contraccolpo derivante dalla sua applicazione pratica. Invero, successivamente alla pronuncia Marino si è consolidato un orientamento interpretativo⁵⁷ secondo cui la sequenza trifasica non deve necessariamente svilupparsi rigidamente poiché la valutazione della credibilità soggettiva del dichiarante e quella dell'attendibilità oggettiva del suo *dictum*, si afferma, si influenzano reciprocamente e, seppur logicamente scomponibili, non si muovono lungo linee separate imponendo, così, un vaglio globale e unitario. Il primo tempo consiste in una valutazione che appare incentrata in astratto su una caratteristica innata del proponente, quella di generare affidabilità, ma nei fatti giunge a configurare una qualità derivante dall'attendibilità della dichiarazione, oggetto di analisi più propriamente nel secondo momento, in quanto «un dichiarante è credibile, perché è attendibile la sua dichiarazione»⁵⁸. Il primo passaggio

⁵³ Così, Cass. Sez. IV, 14 gennaio 2014, n. 18448.

⁵⁴ Cfr. O. DOMINIONI, *La valutazione delle dichiarazioni dei pentiti*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, 755, sottolinea che in siffatte dichiarazioni «alla generale affidabilità si sostituisc[e] la generale diffidenza, così da essere portati a ritenere che la dichiarazione probatoria del chiamante in correità riesce verificata nella sua veridicità in quanto risulti corrispondere a determinati requisiti».

⁵⁵ Cfr. Cass. Sez. VI, 2 gennaio 2004, n. 17248.

⁵⁶ E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di mafia*, cit., 624.

⁵⁷ Tra le molte, v. Cass. Sez. VI, 13 marzo 2007, n. 11599; Cass. Sez. Un., 29 novembre 2012, n. 20804, cit.; Cass. Sez. I, 2 dicembre 2016, n. 13844; Cass. Sez. IV, 18 giugno 2019, n. 34413; Cass. Sez. V, 12 luglio 2023, n. 41723 che afferma che la valutazione della credibilità soggettiva del dichiarante e quella della attendibilità oggettiva delle sue dichiarazioni non «possono procedere secondo compartimenti stagni»; Cass. Sez. I, 15 marzo 2024, n. 17799; Cass. Sez. I, 23 ottobre 2024, n. 753.

⁵⁸ Così, F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, cit., 562.

valutativo si sovrappone, così, al secondo: la credibilità soggettiva ripiega sull'attendibilità oggettiva.

Un'effettiva applicazione del metodo a tre stadi, dunque, richiede il recupero dell'autonoma funzione dei singoli momenti smentita, invece, dalla successiva giurisprudenza di legittimità che sostiene: «la chiara distinzione dei tre livelli della valutazione di questa particolare prova dichiarativa non significa la formulazione di tre autonomi e distinti giudizi»⁵⁹. Ai fini della riacquisizione di una sua perfetta autosufficienza, la valutazione della credibilità del dichiarante dovrebbe consistere in un'indagine di carattere personologico⁶⁰, slegata dal narrato, tramite l'apprezzamento della persona del proponente, dei suoi rapporti con l'imputato, degli eventuali precedenti, ad esempio, per calunnia o falsa testimonianza che potrebbero indicare una propensione al mendacio. Il primo momento in tale ottica si sostanzierebbe in un'indagine incentrata sulla persona e sulle sue proprietà ai fini di delineare il ritratto di un dichiarante potenzialmente più o meno credibile. Il sistema valutativo a tre tempi nasce, invero, come contrappeso alla natura del proponente che non è un soggetto esterno, ma inevitabilmente interessato; tale peculiare profilo individuale, dunque, dovrebbe avere un suo distinto e specifico rilievo evitando che si venga a confondere e sovrapporre con la successiva valutazione del *dictum* che sarà realizzata solo qualora si sia superato il primo vaglio personalistico.

Per far fronte alla volatilità dei criteri che connotano attualmente anche il secondo momento, la strada percorribile potrebbe consistere nell'adozione di strumenti che razionalizzino le massime d'esperienza, creando dei veri e propri modelli stabili, una sorta di massimario che guidi l'inferenza induttiva del giudice nell'ottica di una maggiore trasparenza e consapevolezza⁶¹. Nella ricostruzione di tale griglia ermeneutica risulta essenziale riferirsi agli insegnamenti sociologici e psicologici⁶² anche al fine di comprendere quale sia l'aspettativa scientificamente coltivabile ed esigibile da un testimone in termini di precisione, completezza e sicurezza per raffrontare, poi, tale pre-

⁵⁹ Così, Cass. Sez. I, 18 aprile 2023, n. 33436.

⁶⁰ In senso favorevole alla scarsa rilevanza dell'indagine personologica del dichiarante, T. RAFARACI, *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, cit., 679.

⁶¹ In questo senso, v. anche E. FASSONE, *La valutazione della prova nei processi di mafia*, cit., 626; A. FRANCESCHINI, *La valutazione della prova testimoniale: alla ricerca di un prontuario, tra presunzione di attendibilità e presunzione di diffidenza*, cit., 55 ss.; A. FRANCESCHINI, *Banche dati di merito: circolarità evolutiva o conformismo giudiziario?*, in *Arch. pen.*, 2024, 1, 46 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, cit., 183 ss.; M. NOBILI, *Nuove problematiche sulle c.d. «massime d'esperienza»*, cit., 184.

⁶² Numerosi sono gli apporti che gli studi psicologici possono fornire all'attività inferenziale del giudice, E. ALTAVILLA, *Psicologia giudiziaria*, Torino, 1948; A. AVERSA, *La psicologia della testimonianza nel processo*, in *Salvis Juribus*, 22 aprile 2022; L. DE CATALDO NEUBURGER (a cura di), *Psicologia e processo: lo scenario di nuovi equilibri*, Padova 1989; A. FORZA, *La psicologia nel processo penale*, 2ª ed., Milano, 2018; G. GULOTTA (a cura di), *Trattato di psicologia giudiziaria nel sistema penale*, Milano, 1987.

visione astratta con la realtà, in ragione delle condizioni psico-soggettive e della tipologia del fatto in merito al quale l'individuo è chiamato a fornire dichiarazioni. Dovrebbero essere sviluppati parametri standardizzati per valutare il grado di attendibilità, tenendo conto degli inevitabili limiti della memoria umana⁶³. Anche l'analisi del profilo psicologico, nonché della storia personale e relazionale propria del primo momento, richiede un approccio necessariamente multidisciplinare che coinvolga, quindi, in una sinergia di saperi anche gli irrinunciabili apporti forniti dagli studi psicologici. A tal proposito si è, invero, parlato della testimonianza come un *actus humanus*⁶⁴, ossia un'azione che origina dalla persona, dal suo essere e dalla sua psicologia; per distinguerla dall'*actus hominis*, cioè un atto compiuto dal soggetto senza che esso sia filtrato dalla sua coscienza soggettiva e privata. Dunque, solo tramite un approfondito apprezzamento della sfera personale da cui origina il narrato sarà possibile una corretta valutazione di quest'ultimo.

4. L'ultimo momento: i necessari «altri elementi di prova»

I riscontri costituiscono quegli «altri elementi di prova» che devono necessariamente sussistere affinché il giudice possa considerare le dichiarazioni del correo, a loro volta, alla stregua di elementi di prova. Gli elementi di riscontro, nonostante rappresentino l'unica *condicio sine qua non* normativa per l'utilizzo della chiamata in correità, non conoscono alcuna definizione codicistica⁶⁵.

Nell'oscurità legislativa su cosa possa essere riscontro «non rimane che affidarsi alla semantica dell'espressione: elemento di prova è qualsiasi elemento⁶⁶ in grado di provare. Dunque, qualsiasi informazione rilevante è elemento di prova»⁶⁷. Si giunge, così, nuovamente all'anarchia valutativa della

⁶³ Sul tema, G. SARTORI, *La memoria del testimone: dati scientifici utili a magistrati, avvocati e consulenti*, Milano, 2021; A. SELAYA-H. OTGAAR-M. VILARINO, *Recommendations for the forensic evaluation of the testimony in cases of false memories*, in *Accion Psicologica*, 2023, 20, 2, 19 ss.

⁶⁴ Tale distinzione trae origine dal pensiero di San Tommaso ed è stata ripresa L. DE CATALDO NEUBURGER, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale*, cit., 40.

⁶⁵ Una definizione è rinvenibile in dottrina, v. G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., 27 «l'elemento di prova, rappresentato da ciò che, introdotto nel procedimento, può essere utilizzato dal giudice come fondamento della sua successiva attività inferenziale».

⁶⁶ Cfr. Cass. Sez. II, 11 luglio 2019, n. 35923, in cui si legge: «in tema di chiamata in correità, i riscontri dei quali necessita la narrazione possono essere costituiti da qualsiasi elemento o dato probatorio, sia rappresentativo che logico, a condizione che sia indipendente e, quindi, anche da altre chiamate in correità, purché la conoscenza del fatto da provare sia autonoma e non appresa dalla fonte che occorre riscontrare, ed a condizione che abbia valenza individualizzante, dovendo cioè riguardare non soltanto il fatto-reato, ma anche la riferibilità dello stesso all'imputato, mentre non è richiesto che i riscontri abbiano lo spessore di una prova "autosufficiente" perché, in caso contrario, la chiamata non avrebbe alcun rilievo, in quanto la prova si fonderebbe su tali elementi esterni e non sulla chiamata di correità». Sul punto v. anche, Cass. Sez. III, 18 luglio 2014, n. 44882; Cass. Sez. VI, 15 settembre, n. 49320; Cass. Sez. I, 31 gennaio 2015, n. 6251

⁶⁷ Così, F.M. IACOVIELLO, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in cassazione*, cit., 175.

giurisprudenza che ha portato all'elaborazione di un ampio serbatoio ove ogni elemento è accolto e ogni informazione può confluire apparentemente senza vincoli.

I riscontri, dunque, ideati dal legislatore come un meccanismo di filtro si trasformano in un «setaccio senza rete»⁶⁸ che abdica alla sua funzione delimitatrice. L'art. 192, comma 3 c.p.p. in quest'ottica non sembra più costituire una mitigazione al principio del libero convincimento, bensì una sua conferma in quanto il concetto di «riscontri» viene ad essere colmato dall'elaborazione interpretativa e rimesso all'apprezzamento del giudice.

I riscontri rappresentano, ai sensi del metodo giurisprudenziale a tre tempi, l'ultimo gradino del percorso valutativo delle dichiarazioni del correo, la fase finale che segue la verifica intrinseca della credibilità e dell'attendibilità. Tuttavia, tali accertamenti seppur preventivi ed eventualmente conclusi con un esito positivo, possono cadere sotto il peso dell'assenza incolmabile di altri elementi di prova. Il *dictum* preciso e coerente scaturente dal più sincero e affidabile propalante non potrà, in assenza di riscontri, essere in alcun modo preso in considerazione dal giudice. Ugualmente, sempre nell'ottica di un libero apprezzamento dagli ampi margini, il giudice potrà valutare negativamente un narrato supportato da riscontri, qualora ritenga che non sia stato raggiunto il necessario livello di certezza probatoria. La disposizione di cui all'art. 192, comma 3 c.p.p., invero, non costituisce una tradizionale prova legale⁶⁹ che impone al giudice un certo esito determinando l'efficacia *ex ante*, bensì una regola di valutazione negativa che necessita di una componente inferenziale.

Nell'ottica di un rispetto rigoroso del metodo a tre stadi elaborato dalla giurisprudenza, in assenza di una risposta positiva in uno o in entrambi i primi gradi preliminari, non dovrebbe essere possibile accedere al terzo. Tuttavia, l'elaborazione giurisprudenziale⁷⁰ ha spesso rinvenuto nella valu-

⁶⁸ Così, F.M. IACOVIELLO, *op. cit.*, 176.

⁶⁹ Cfr. M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 162 ss.

Ad esempio, la testimonianza del chierico deroga a quella del laico imponendo al giudice un conseguente risultato probatorio negandogli, così, qualsiasi la possibilità di esprimere un convincimento differente.

⁷⁰ Tra le pronunce più recenti in tal senso v., Cass. Sez. I, 18 ottobre 2017, n. 12289; Cass. Sez. I, 18 aprile 2023, n. 33436, cit.; Cass. Sez. V, 20 marzo 2024, n. 18817 in cui si legge un principio ormai consolidato a partire dalla sentenza Cass. Sez. Un., 29 novembre 2012, n. 20804, cit., «eventuali riserve del giudizio di attendibilità intrinseca del narrato di un chiamante in correità possono essere superate con il compiuto e positivo vaglio della sua portata probatoria alla luce di tutti gli altri elementi di informazione legittimamente acquisiti ivi inclusa, evidentemente, la solidità dei riscontri esterni». *Contra*, Cass. Sez. II, 7 maggio 2013, n. 21171; Cass. Sez. I, 27 aprile 2017, n. 18018 in cui si legge: «non è, dunque, giuridicamente consentito sanare o supplire le carenze strutturali del giudizio di affidabilità soggettiva e intrinseca della propalazione accusatoria mediante la valorizzazione degli (eventuali) elementi di riscontro estrinseco della stessa, i quali possono - e debbono - essere apprezzati nella loro capacità di concorrere a confermarne *ab externo* i contenuti dichiarativi soltanto dopo l'autonomo superamento, con esito positivo, del vaglio di credibilità soggettiva della fonte e di attendibilità intrinseca delle sue dichiarazioni».

tazione della credibilità e dell'attendibilità «un passaggio necessario quanto precario della dialettica probatoria del giudice»⁷¹, superabile da riscontri idonei a rilegittimare il narrato. Si giunge, così, ad affermare che «un profilo soggettivo non del tutto positivo non preclude un complessivo giudizio positivo, laddove gli aspetti inerenti al contenuto dichiarativo, e le conferme che lo stesso riceve *aliunde*, siano tali da fonderlo adeguatamente»⁷². I riscontri, dunque, in tale ottica rischiano di trasformarsi facilmente in un antidoto e in un nulla osta che permette di ottenere da un dichiarante poco credibile e da un narrato non attendibile dichiarazioni considerate verosimili e plausibili poiché sostenute da quel terzo momento che, tuttavia, tanto nella visione codicistica, quanto in quella originaria della giurisprudenza, costituisce un momento finale e accessibile solo in seguito al pieno superamento dei primi due stadi. Tale soluzione è stata chiaramente facilitata dalla labile previsione legislativa che ha fornito, così, alla prassi applicativa uno strumento elastico e malleabile.

Proprio in riferimento alla natura oscura sebbene prescrittiva dei riscontri si stanZIA la strategia interpretativa delle parti, nonché la libera valutazione giudiziale, dando vita a una sorta di ramo processuale incidentale volto a verificare cosa possa essere qualificato come riscontro. Da questa dimensione di vacuità normativa che impone semplicemente che gli elementi siano esterni, la giurisprudenza ha tratto il principio di libertà dei riscontri⁷³. Ai sensi di tale assunto «qualsiasi altro elemento di prova, di qualsivoglia tipo e natura»⁷⁴, purché estrinseco rispetto al *dictum*, risulta idoneo a fungere da riscontro e ad espiare il peccato originario che connota le dichiarazioni del correo. Il giudice, dunque, dovrà accertare se sussistono elementi estrinseci rispetto al narrato e se li ritiene idonei a supportare il medesimo. Tale ampia lettura della disposizione che si limita a prevedere la necessità di elementi «altri» senza operare alcuna distinzione, si è osservato⁷⁵, azzera l'utilità e la portata delimitatrice dell'art. 192, terzo comma c.p.p. che diviene un recinto aperto.

Nella suddetta prospettiva liberale l'elaborazione giurisprudenziale ha, così, colmato il dettato normativo prevedendo che i riscontri possano costituire elementi di qualsivoglia specie e categoria acquisiti nel rispetto delle regole probatorie. A tal fine, la Corte di cassazione ha individuato tre requisiti

⁷¹ T. RAFARACI, *Chiamata in correità, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, cit., 679.

⁷² Così, Cass. Sez. I, 21 novembre 2019, n. 10263.

⁷³ In argomento, M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, cit., 178 ss.; V. GREVI, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 1176 ss.

⁷⁴ *Ex plurimis*, Cass. Sez. Un., 3 febbraio 1990, 2477; Cass. Sez. Un., 6 dicembre 1991.

⁷⁵ Cfr. M. DEGANELLO, *Le dichiarazioni accusatorie del coimputato: ancora incertezze giurisprudenziali nonostante la riforma*, cit., 650; V. GREVI, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 1174; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo*, cit., 279 ss.

fondamentali che li caratterizzano: l'estraneità, la valenza individualizzante e l'assenza di capacità di fondare autonomamente il *thema probandum*.

Per quanto concerne il primo requisito, la giurisprudenza di legittimità ormai consolidata rileva come l'unico dato ricavabile dalla disposizione codicistica risulti essere l'esigenza che i riscontri siano caratterizzati dalla necessaria estraneità dovendo, cioè, provenire *ab externo* rispetto alla dichiarazione stessa così «da scongiurare una verifica tautologica, autoreferenziale ed affetta dal vizio della circolarità»⁷⁶. Per valenza individualizzante si intende che il riscontro debba riguardare non solo la conferma del fatto nella sua oggettività, ma essere connotato anche dalla riferibilità soggettiva dello stesso alla persona dell'incolpato⁷⁷. Il riscontro, infine, non deve essere dotato di una capacità dimostrativa autonoma dovendo operare soltanto quale conferma delle dichiarazioni accusatorie. Se, infatti, avesse la forza dimostrativa tale da integrare autonomamente la prova del fatto farebbe venir meno la necessità della stessa chiamata che, invero, da sola non è sufficiente a fondare *ex se* il convincimento del giudice⁷⁸. Il riscontro non può coincidere, inoltre, con le dichiarazioni del narrante o consistere in circostanze del tutto note poiché, se così fosse, tali strumenti rischierebbero di trasformarsi in meri mezzi superflui e privi di efficacia nel fornire supporto all'inferenza del giudice⁷⁹. In questo senso occorre precisare che l'elemento di prova a stretto rigore definitorio ha una sua, seppur limitata, forza dimostrativa e capacità rappresentativa⁸⁰ costituendo l'elemento posto a fondamento del procedimento inferenziale all'esito del quale il giudice trarrà il risultato di prova.

Sostenuti dall'incertezza normativa gli interpreti⁸¹ hanno ammesso altresì i cd. riscontri incrociati⁸². La chiamata in correità, dunque, ai sensi di un ormai

⁷⁶ Così, Cass. Sez. V, 21 maggio 2024, n. 33200.

⁷⁷ In questo senso fra le molte, v. Cass. Sez. III, 10 dicembre 2009, n. 3255; Cass. Sez. VI, 11 luglio 2018, n. 45733, cit.; Cass. Sez. I, 28 maggio 2024, n. 35257.

⁷⁸ Cfr. Cass. Sez. Un., 29 novembre 2012, n. 20804, cit.; Cass. Sez. III, 18 luglio 2014, n. 44882, cit.; Cass. Sez. I, 15 novembre 2024, n. 4541.

⁷⁹ Cfr. A. BEVERE, *La chiamata di correo. Itinerario del sapere dell'imputato nel processo penale*, cit., 143; R. CASIRAGHI, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*, cit., 3; M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, cit., 180; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo*, cit., 279 ss.

⁸⁰ Sul punto, G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, cit., 25 ss. In giurisprudenza v. Cass. Sez. I, 25 settembre 2024, n. 1300.

⁸¹ Un indirizzo giurisprudenziale consolidato ammette che i riscontri siano costituiti da altre chiamate in correità, *ex plurimis*, Cass. Sez. II, 30 aprile 1999, n. 213845; Cass. Sez. II, 17 dicembre 1999, n. 3616; Cass. Sez. VI, 10 ottobre 2013, n. 4126, Cass. Sez. I, 22 febbraio 2024, n. 26200; Cass. Sez. VI, 23 ottobre 2024, n. 47038; Cass. Sez. I, 27 novembre 2024, n. 1938.

⁸² In argomento, R. CASIRAGHI, *La chiamata di correo: riflessioni in merito alla mutual corroboration*, cit., 8 ss.; F. CASSIBBA, *Acquisizione e criteri di valutazione del riscontro incrociato fra chiamate di correo alla luce dell'art. 111, comma 4, Cost.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 729; E. FASSONE, *La valutazione delle dichiarazioni del coimputato*, cit., 1900; V. GREVI, *Le dichiarazioni rese dal coimputato nel nuovo codice di procedura penale*, cit., 1179; F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale*.

consolidato orientamento giurisprudenziale, può essere riscontrata anche unicamente da dichiarazioni di analoga natura, purché siano rispettati una serie di requisiti cumulativi⁸³. È necessario, si afferma, una volta accertata la credibilità soggettiva e l'attendibilità intrinseca delle dichiarazioni, valutare più approfonditamente i rapporti personali fra il dichiarante e la fonte diretta, nonché l'autonomia e l'indipendenza delle dichiarazioni. Tale requisito consiste nel fatto che esse devono derivare da fonti di informazione differenti al fine di evitare il rischio della circolarità della notizia. Le dichiarazioni, inoltre, non devono essere il risultato di pregresse intese fraudolente o condizionamenti. Infine, è richiesta la concordanza su fatti rilevanti del *thema probandum*. Deve, cioè, sussistere la c.d. convergenza del molteplice che consiste nella «concordanza sul nucleo centrale e significativo della questione fattuale da decidere»⁸⁴, non è, dunque, necessaria la sovrapposibilità perfetta delle dichiarazioni.

Nella prassi applicativa, tuttavia, si rinviene nuovamente lo sviluppo sempre più flessibile di tali criteri. L'elaborazione dei cd. riscontri incrociati, nata nell'assenza di rigore legislativo e corredata dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite di requisiti cumulativi prospettati come rigidi e irrinunciabili, è stata, tuttavia, progressivamente erosa. Le pronunce più recenti, invero, pur mantenendo formalmente le condizioni tradizionali, hanno sviluppato un'interpretazione sempre più flessibile trasformandole, di fatto, in linee guida indicative dipendenti dalla discrezionalità interpretativa. In tal senso è possibile rilevare una tendenziale attenuazione, ad esempio, del requisito dell'autonomia e distinzione delle fonti informative ammettendo che dichiarazioni provenienti dal medesimo contesto criminale possano reciprocamente riscontrarsi⁸⁵ smantellando, così, l'esigenza di evitare la circolarità della notizia

Fatto, diritto e motivazione, cit., 566; A. SANNA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nei procedimenti connessi. Alla luce del giusto processo*, cit., 282 ss.

⁸³ «Si osserva che la chiamata in correità o in reità "de relato", anche se non asseverata dalla fonte diretta, il cui esame risulti impossibile, può avere come unico riscontro, ai fini della prova della responsabilità penale dell'accusato, altra o altre chiamate di analogo tenore, purché siano rispettate le seguenti condizioni: a) risulti positivamente effettuata la valutazione della credibilità soggettiva di ciascun dichiarante e dell'attendibilità intrinseca di ogni singola dichiarazione, in base ai criteri della specificità, della coerenza, della costanza, della spontaneità; b) siano accertati i rapporti personali fra il dichiarante e la fonte diretta, per inferirne dati sintomatici della corrispondenza al vero di quanto dalla seconda confidato al primo; c) vi sia la convergenza delle varie chiamate, che devono riscontrarsi reciprocamente in maniera individualizzante, in relazione a circostanze rilevanti del "thema probandum"; d) vi sia l'indipendenza delle chiamate, nel senso che non devono rivelarsi frutto di eventuali intese fraudolente; e) sussista l'autonomia genetica delle chiamate, vale a dire la loro derivazione da fonti di informazione diverse», così Cass. Sez. Un., 29 novembre 2012, n. 20804, cit. Sul punto, v. anche Cass. Sez. II, 4 marzo 2008, n. 13473, Cass. Sez. VI, 8 ottobre 2019, n. 47108.

⁸⁴ Così, Cass. Sez. II, 5 maggio 2023, n. 33314.

⁸⁵ Cfr. Cass. Sez. I, 17 dicembre 2014, n. 14825, il ricorrente contestava essenzialmente la valutazione dell'autonomia delle due fonti. La Corte di cassazione, nel rigettare il ricorso, afferma che «in realtà i due dichiaranti riversano nel loro contributo narrativo conoscenze sostanzialmente

e i conseguenti rischi. Invero, quanto affermato da soggetti provenienti dal medesimo gruppo, ad esempio, può essere frutto non di dichiarazioni fra loro indipendenti, bensì di una cultura condivisa e comune sussistente nell'organizzazione che chiaramente confluisce in narrazioni non autonome.

Lo stesso requisito della convergenza del molteplice risulta essere particolarmente rischioso in quanto rimette alla libera valutazione del giudice l'individuazione di cosa possa considerarsi marginale, e cosa, invece, centrale e rilevante. L'esito, dunque, ancora una volta è un sistema che, seppur formalmente rigoroso, si presta a varie deviazioni a causa degli ampi margini di discrezionalità sussistenti.

Appare chiaro, dunque, come in questa libertà sconfinata sia smentito lo stesso assunto che aveva condotto il legislatore a introdurre la regola di valutazione negativa di cui all'art. 192, comma 3 c.p.p.⁸⁶. Si ammette che gli «altri elementi» che dovrebbero compensare l'intrinseca fragilità euristica del narrato, sostenendone l'attendibilità, siano strumenti che rimangono connotati dalla medesima debolezza⁸⁷, seppur la giurisprudenza individui i già richiamati requisiti applicativi ai fini dell'operatività del riscontro incrociato. Come è possibile che una dichiarazione che sconta lo stesso *deficit* originario di persuasività funga da riscontro? Tale ormai pacifico orientamento giurisprudenziale giunge, nei fatti, a sconfessare l'assunto matematico per cui l'addizione di zero a zero non possa mai condurre al valore unitario di uno.

Un ulteriore dubbio concerne l'ampiezza dell'elemento del riscontro se, cioè, quest'ultimo, una volta ritenuto sussistente, riguardi l'intera dichiarazione, oppure una singola circostanza. Di conseguenza, può essere valutato come prova il narrato solo nella parte riscontrata, oppure anche nella parte non corroborata riconoscendo, così, al riscontro un effetto avvalorante degli altri segmenti? Un orientamento ermeneutico consolidato⁸⁸ ha introdotto

autonome, fermo restando che sono in parte mutate dal medesimo contesto di riferimento associativo».

⁸⁶ Cfr. Cass. Sez. VI, 20 dicembre 2011, n. 16939, «se l'ordinamento processuale ha imposto particolari e rigorose regole di giudizio (art. 192 cod. proc. pen., commi 3 e 4) per la chiamata in reità o correttezza "diretta", ossia per le dichiarazioni di cui il coimputato o l'imputato di reato connesso afferma la diretta conoscenza (assumendone la relativa responsabilità), deve escludersi che, in mancanza di altri elementi di riscontro aventi le caratteristiche sopra indicate, due o più chiamate *de relato* possano reciprocamente ritenersi riscontrate, così da essere poste a base del giudizio di responsabilità penale».

⁸⁷ Cfr. M. DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale. Scenari di diritto giurisprudenziale*, cit., 234; A.A. SAMMARCO, *La chiamata di correo. Profili storici e spunti interpretativi*, Padova, 1990, 85.

⁸⁸ *Ex plurimis*, Cass. Sez. VI, 2 novembre 1994, n. 4162, ha affermato il seguente principio di diritto: «in tema di chiamata in correttezza è sempre ammissibile la cosiddetta "frazionabilità", nel senso che la attendibilità della dichiarazione accusatoria anche se denegata per una parte del racconto, non ne coinvolge necessariamente tutte le altre che reggano alla verifica giudiziale del riscontro; così come, per altro verso, la credibilità ammessa per una parte dell'accusa non può significare attendibilità per l'intera narrazione in modo automatico». In senso conforme, v. Cass. Sez. I, 21 aprile 1997, n. 4495; Cass. Sez. VI, 2 febbraio 2004, n. 17248 cit.; Cass. Sez. VI, 18 dicembre 2009, n. 6425; Cass. Sez. I, 20 giugno 2017, n. 41585; Cass. Sez. I, 15 marzo 2024, n. 17799 cit.

to il concetto di un frazionamento valutativo delle propalazioni acquisite. Invero, una volta individuato un riscontro, si conferisce a quest'ultimo una forza espansiva che coinvolge l'intero narrato anche nelle parti non riscontrate. Un limite è stato individuato nell'ipotesi in cui sussista un rapporto di causalità inscindibile fra le parti del narrato⁸⁹ e nella necessità che sia fornita una spiegazione in merito alla parte della narrazione risultata smentita o non riscontrata, ad esempio, motivando in ragione della complessità dei fatti o del tempo trascorso, in modo che possa, comunque, formularsi un complessivo giudizio positivo⁹⁰. Questo strumento, elaborato con la finalità di evitare che lacune o errori marginali pregiudichino l'intero *dictum*, rischia di piegarsi sotto il peso di un'estrema flessibilità che consente di frammentare arbitrariamente le dichiarazioni, ad esempio, individuando nuovamente in modo del tutto arbitrario, poiché privo di regole tassative, i casi in cui non vi sia un nesso inscindibile tra le parti del narrato. La dichiarazione, invero, per potere essere frazionabile «deve avere ad oggetto episodi storici autonomi e distinti, non intimamente correlati»⁹¹, tuttavia, si rischia che tale limite labile conduca a separazioni chirurgiche e selettive di elementi in realtà tra loro strettamente correlati. Tale metodo realizza una chiara deviazione tanto rispetto alla scarna previsione codicistica, quanto al metodo a tre tempi accogliendo, così, parti di dichiarazioni non sostenute dai riscontri che, invece, dovrebbero essere imprescindibili. La logica del frazionamento, dunque, per essere pienamente coerente con le intenzioni iniziali dovrebbe essere ribaltata ammettendo, cioè, solo i segmenti riscontrati privando di forza contagiosa i riscontri.

Anche nel terzo stadio del metodo a tre tempi, dunque, si inseriscono fortemente le massime d'esperienza in quanto i riscontri definibili non autoevidenti, vale a dire elementi che non risultano immediatamente manifesti e inopinabili, necessitano di un intervento di analisi e discernimento inserendosi, dunque, nel processo logico inferenziale del giudice. L'ulteriore elemento a sostegno del narrato costituirà, cioè, un riscontro solo qualora il giudice all'esito del suo apprezzamento lo qualificherà come tale.

Si genera, così, nel vuoto normativo che connota l'art. 192, comma 3 c.p.p. finalizzato a disciplinare la formazione del convincimento del giudice, un'anfora del suo libero apprezzamento che ritorna, cioè, in più tempi nelle forme delle massime d'esperienza incapaci di assicurare correttezza e certezza razionale disvelando la loro inevitabile natura antiepistemica. La massima d'esperienza, anche più salda e diffusa, rimane pur sempre una massima d'esperienza che, costituendo una pseudo-regola filtrata dalla soggettività del giudice, non può assurgere a rango di criterio attendibile.

⁸⁹ In tal senso, Cass. Sez. VI, 18 luglio 2013, n. 35327; Cass. Sez. V, 10 ottobre 2015, n. 46471; Cass. Sez. I, 22 ottobre 2024, n. 44287.

⁹⁰ Cfr. Cass. Sez. VI, 3 aprile 2017, n. 25266; Cass. Sez. V, 5 novembre 2024, n. 2436.

⁹¹ Così, Cass. Sez. I, 22 ottobre 2024, n. 44287, cit.

È possibile, in tal senso, auspicare un intervento del legislatore in termini di restrizione applicativa e definitoria della norma al fine di attenuare i «rischi di errore che l'uso incauto del senso comune e dell'esperienza implica»⁹² e superare la debolezza⁹³ che connota le dichiarazioni del correo, abbandonando il clima confuso di “emergenza normativa” che aveva segnato la regolamentazione dell'istituto. L'inserimento di rigore tassativizzante, fino ad ora assente, permetterebbe, dunque, di superare le suddette applicazioni pratiche disomogenee e i rischi ad esse connesse. È necessario fornire una formalizzazione di cosa possa essere riscontro e cosa tale elemento possa riscontrare tramite l'apposizione di regole chiare e precise. Il legislatore dovrebbe, inoltre, stabilire i limiti e il funzionamento della valutazione frazionata, nonché se sia ammissibile il reciproco riscontro tra dichiarazioni della stessa natura. L'introduzione di una regolamentazione rigorosa risulterebbe conforme al principio, spesso ignorato, di legalità processuale⁹⁴ di cui all'art. 111, comma 1 Cost., nonché ai suoi corollari di tassatività e determinatezza. La disposizione, invero, «parla di giusto processo regolato dalla legge: vuol dire che distingue tra il momento della legalità e quello della giustizia (...) Quelle del processo sono regole che deve stabilire la legge, quella forma più alta di normazione che noi conosciamo»⁹⁵. Tale principio è strettamente connesso a sua volta agli artt. 101, secondo comma Cost. e 1 c.p.p. Un riferimento alla legalità processuale è, inoltre, rinvenibile nell'art. 117, lett. l) Cost., norma ricognitiva delle materie rimesse alla legislazione esclusiva dello Stato. La piena attuazione del principio di legalità processuale, riconosciuto anche dalla Corte EDU⁹⁶, dunque, costituirebbe un'importante argine allo straripamento dell'elaborazione giurisprudenziale che, nel contesto delle dichiarazioni dei correi, ha realizzato, seppur con intento «riempitivo»⁹⁷, una sostanziale deviazione, poco rigorosa e confusa, rispetto alla volontà del legislatore finalizzata a introdurre un valido contrappeso all'assenza di *fides* derivante dalla stessa natura dei dichiaranti. Un siffatto intervento non pregiudicherebbe

⁹² M. TARUFFO, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, cit., 212.

⁹³ Cfr., G. PANSINI, *Le prove deboli nel processo penale italiano*, cit., 31 ss.

⁹⁴ Cfr. E. AMODIO, *Crisi della legalità processuale, filosofia della rassegnazione e autorevolezza dei giuristi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 432 ss.; S. LORUSSO, *Interpretazione, legalità processuale e convincimento del giudice*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 1 ss.; O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia*, 2016, 11, 329 ss.; D. NEGRI, *Splendori e miserie della legalità processuale. Genealogie culturali, èthos delle fonti, dialettica tra le Corti*, in *Arch. Pen.*, 2017, 2, 421 ss.; M. NOBILI, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova 1988, 181 ss.; C. VALENTINI, *Contro l'invenzione del diritto: piccolo elogio della legalità processuale, ricordando Piero Calamandrei*, in *Arch. Pen.*, 2018, 2, 1 ss.

⁹⁵ Intervento dell'On. Pecorella negli Atti parlamentari della Camera dei Deputati, resoconto stenografico della seduta n. 573 del 21 luglio 1999, 76.

⁹⁶ Corte eur., 22 giugno 2000, *Coëme e altri c. Belgio*. In argomento v., O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 3, 4 ss.

⁹⁷ M.N. GALANTINI, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 6, cit., 1994.

quell'ineliminabile dimensione umana e discrezionale che connota ogni attività interpretativa, bensì porrebbe un recinto entro il quale essa debba muoversi abbandonando, così, regole apparenti e conseguentemente facilmente sovvertibili. La riaffermazione della legalità processuale non condurrebbe, dunque, alla negazione del libero convincimento del giudice, ma a un suo corretto orientamento eliminando zone grigie e indeterminate che risultano essere il terreno fertile per elaborazioni creative che conducono al progressivo spostamento del baricentro del potere normativo dall'organo legislativo all'ordine giudiziario⁹⁸.

⁹⁸ Si v., O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 16.

RESPONSABILITÀ DELL'ENTE IN RELAZIONE AL DELITTO DI ABUSO DI INFORMAZIONI PRIVILEGIATE

Giuseppe Imbrigiotta*

Sommario: 1. Cenni introduttivi del reato di *insider trading*. – 2. L'informazione "privilegiata" nel panorama nazionale ed europeo. – 3. Il bene giuridico tutelato ed i soggetti attivi del reato. – 4. Le condotte punibili e l'elemento soggettivo. – 5. L'*insider* di sé stesso, il "proposito" personale quale informazione privilegiata. – 6. La responsabilità dell'ente in caso di commissione del delitto di abuso di informazioni privilegiate. – 7. Il criterio d'imputazione oggettivo dell'ente: interesse e vantaggio. – 8. ... e quello soggettivo: la colpa d'organizzazione. – 9. L'*insider* di sé stesso e la responsabilità dell'ente. – 10. Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

Il presente elaborato intende approfondire la tematica della responsabilità amministrativa dell'ente dipendente dalla commissione del reato di abuso di informazioni privilegiate.

Dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa e giurisprudenziale del reato di *insider trading* e le connesse problematiche dogmatiche e giurisprudenziali, con particolare riferimento all'ipotesi dell'*insider* di sé stesso, è stato analizzato il profilo strettamente legato alla responsabilità dell'ente.

È stato, inoltre, affrontato il tema dei criteri d'imputazione oggettivi e soggettivi e, dunque, della colpa d'organizzazione e dell'interesse e vantaggio dell'ente connessi alla commissione del reato in esame.

Il profilo maggiormente critico è stato riscontrato nell'analisi della responsabilità dell'ente in relazione all'ipotesi di accertamento dell'*insider* di sé stesso nonché nell'accertamento dei profili di legittimità/illegittimità di un doppio binario sanzionatorio in questa complessa materia.

The present elaborate means to deepen the thematic of the administrative responsibility of the enterprise that depends by the commission of the insider trading crime.

After retracing the normative and jurisprudential evolution of that crime, with particular attention at the hypothesis of insider of himself, it has been analyzed the profile of the administrative responsibility of enterprises.

Furthermore, the theme of objective and subjective imputation criteria and, then, of the organization's guilt and the interest or benefit for the society connected with the commission of the insider trading crime have been confronted.

The most critical profile was detected in the analysis of the enterprise's responsibility dependent on the insider of himself as well as in the investigation of the profile of legitimacy/illegitimacy of criminal-administrative punitive double track in this complex matter.

* Praticante avvocato.

1. Cenni introduttivi del reato di *insider trading*.

Già dai primissimi anni '90, il Consiglio della Comunità Economica Europea aveva colto la crescente importanza che il mercato secondario dei valori mobiliari ricopriva (e continua a ricoprire) nel finanziamento degli operatori economici ed aveva avvertito l'esigenza di tracciare le linee guida cui i Legislatori degli Stati membri avrebbero dovuto ispirarsi nel predisporre una disciplina di settore.

A tal fine, il Consiglio, ha adottato la Direttiva 89/592/CEE¹, sul coordinamento delle normative concernenti le operazioni effettuate da persone in possesso di informazioni privilegiate² (*insider trading*), che, nei suoi considerando, manifestava già la chiara finalità da raggiungere: garantire il buon funzionamento del mercato europeo.

Poiché tale obiettivo può essere perseguito solo garantendo che gli investitori non perdano la propria fiducia nei mercati di riferimento, gli Stati Membri devono assicurare una *par condicio* informativa tra tutti i risparmiatori ed investitori che agiscono sul mercato.

D'altronde, se fosse permesso a qualcuno di utilizzare delle informazioni non pubbliche, ottenute in ragione del proprio ruolo o della propria funzione in Società che operano nei mercati, si giustificherebbe una disegualianza informativa che produrrebbe vantaggi per pochi a discapito di altri, ingenerando nei risparmiatori una, più o meno generalizzata, sfiducia nei cd. *stock market*.

L'Italia, con Legge n. 157/1991, si è adeguata ai principi europei in tema di *market abuse*, dando attuazione alla Direttiva Europea in esame ed introducendo, nell'art. 2, il delitto di *insider trading*³.

¹ La Direttiva 89/592/CEE può essere reperita al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989L0592>.

² Per un approfondimento sul tema v. N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2023; D. GUIDI, *Abuso di informazioni privilegiate: modelli di configurazione dell'illecito e prospettive evolutive*, Torino, 2024; E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale, Itinerari di diritto penale*, Collana diretta da Dolcini - Fiandaca - Musco - Padovani - Palazzo - Subbi, Torino, 2012; Di AMATO, A., *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2006; F. MUCCIARELLI, *Passato, presente e futuro del diritto penale del mercato finanziario*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 2, 2025, 211 ss.; M. BELLACOSA, *Insider trading: manipolazione, abusi di mercato e responsabilità*, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 22 ss.

³ Il previgente testo stabiliva: «È vietato acquistare o vendere, ovvero compiere altre operazioni, anche per interposta persona, su valori mobiliari, ivi compresi i relativi diritti di opzione, qualora si posseggano informazioni riservate ottenute in virtù della partecipazione al capitale di una società ovvero in ragione dell'esercizio di una funzione, anche pubblica, professione o ufficio. È altresì vietato comunicare a terzi, senza giustificato motivo, le informazioni di cui al comma 1 ovvero consigliare a terzi, sulla base delle suddette informazioni, il compimento delle operazioni di cui al comma 1. Agli azionisti che anche di fatto esercitino il controllo della società, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, agli amministratori, ai liquidatori, ai direttori generali, ai dirigenti, ai sindaci e ai revisori dei conti è vietato acquistare o vendere ovvero compiere altre operazioni, anche per interposta persona, su valori mobiliari dopo la convocazione del consiglio di amministrazione o organo equivalente per deliberare su operazioni idonee ad influenzare

Tale disposizione puniva coloro che, possedendo informazioni riservate, ottenute in ragione della partecipazione al capitale sociale, del ruolo ricoperto o della funzione esercitata - anche se estranei alla società - nonché in virtù della posizione societaria rivestita, non si fossero astenuti dal compiere operazioni sugli strumenti finanziari.

Inoltre, era punito anche il cd. *insider secondario*, ossia colui che, consapevole del carattere riservato dell'informazione ricevuta da soggetti qualificati, non si fosse astenuto dall'utilizzare tali informazioni.

Le sanzioni, molto meno rigorose rispetto alla disciplina che si svilupperà in seguito, prevedevano la reclusione fino ad un anno e la sanzione pecuniaria fino a 300 milioni di lire, tuttavia, qualora ad utilizzare le informazioni riservate fossero stati amministratori, sindaci o revisori contabili, dopo l'adozione di una deliberazione e prima che la relativa decisione fosse stata resa pubblica, le pene sarebbero state raddoppiate.

A partire dagli anni immediatamente successivi all'introduzione normativa, autorevole dottrina aveva già paventato il rischio della violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza.

In particolare, le critiche sono state mosse con riguardo alla previsione della medesima sanzione per gli *insider* primari e secondari nonché per la parificazione delle varie condotte di *trading*, *tipping* e *tuyatouge*⁴.

Successivamente, con l'introduzione del D.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (d'ora T.U.F.), il delitto di abuso di informazioni privilegiate è stato inserito nell'art. 180 T.U.F., seppur con delle modifiche sostanziali alla fattispecie e la previsione della più rigorosa pena della reclusione fino a due anni, accompagnata dalla multa da venti a seicento milioni di lire.

La storia di tale reato, in virtù dei vari interventi riformatori, è stata particolarmente travagliata ed infatti, nel 2003, la comunità europea è intervenuta nuovamente in materia, adottando la Direttiva 2003/6/CE⁵, *relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato*.

Proprio in attuazione di tale atto sovranazionale, il Legislatore italiano, con la Legge 28 dicembre 2005, n. 262, ha parzialmente modificato l'incriminazione, trasferendola all'interno dell'art. 184 del T.U.F. e riproponendo la fattispecie di cui all'art. 2 della Direttiva.

sensibilmente il prezzo del valore mobiliare stesso e prima che la deliberazione sia stata resa pubblica. Nel caso di violazione delle disposizioni di cui al presente comma, le pene previste al comma 5 sono raddoppiate, I divieti di cui ai commi precedenti sono estesi a tutti coloro che abbiano direttamente o indirettamente ottenuto informazioni, consapevoli del carattere riservato delle stesse, da soggetti che dette informazioni posseggano in ragione dell'esercizio della loro funzione, professione o ufficio».

⁴ U.G. BALESTRINO, *I soggetti dell'insider trading dal punto di vista del diritto penale*, in *Il dovere di riservatezza nel mercato finanziario*, Milano, 1992, 223; G.M. FLICK, *Insider trading: Problemi sostanziali*, in *Mercato Finanziario e disciplina penale*, Milano, 1993, 83 ss.

⁵ La Direttiva 2003/6/CE è reperibile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003L0006>.

Il vecchio art. 184 T.U.F. sanzionava chiunque, possedendo informazione privilegiata in ragione della qualifica ricoperta nella società o, anche se estraneo all'organizzazione societaria, in virtù dell'attività lavorativa esercitata, della funzione svolta, anche pubblica:

1) compiva operazioni su strumenti finanziari, anche mediante persona interposta, per conto proprio o di terzi, sfruttando l'informazione privilegiata (*trading*); 2) fuori dall'esercizio della sua attività o funzione, comunicava ad altri l'informazione sensibile (*tipping*); 3) in ragione dell'informazione privilegiata, consigliava ovvero induceva altri a compiere taluna delle operazioni di *trading* (*tuyautage*).

Alla luce di ciò, si può affermare che, già nelle sue forme embrionali, tale delitto ha mantenuto intatte le linee essenziali, reprimendo l'attività di negoziazione di strumenti finanziari in ragione del possesso di informazioni privilegiate.

Tuttavia, tra le principali differenze rispetto al delitto introdotto dalla L. n. 157/1991, era stato eliminato il divieto assoluto di operare nei mercati finanziari indipendentemente dall'utilizzo o meno dell'informazione riservata ed è stato inasprito il trattamento sanzionatorio.

Quanto al primo aspetto, si trattava, appunto, della c.d. *disclosure or abstain rule*, che, secondo la dottrina maggioritaria dell'epoca, si sostanzialmente in una presunzione di colpevolezza dell'agente, il quale sarebbe stato punito per il sol fatto di aver compiuto operazioni su valori mobiliari, indipendentemente dall'utilizzo o meno dell'informazione riservata. Al riguardo, alcuni autori avevano già manifestato il timore che «una repressione penale eccessivamente avanzata rispetto all'interesse tutelato [...], difficilmente compatibile con i requisiti della "meritevolezza" e della "esigenza" della pena⁶».

Con riferimento alla pena, invece, la Legge 28 dicembre 2005, n. 262 ha previsto un aggravamento della cornice edittale di non poco conto, punendo l'*insider* con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro ventimila a euro tre milioni. Una scelta che molti autori hanno criticato per la manifesta irragionevolezza di un così drastico inasprimento della risposta sanzionatoria «che non trova eguali negli altri settori del diritto penale dell'economia⁷».

Il Legislatore, lungi dal tornare sui suoi passi, ha continuato a perpetuare tale indirizzo di politica criminale, da alcuni definita parossistica ed inadeguata⁸, inasprendo, in maniera ancor più irrazionale, le sanzioni per l'*insider*.

Infatti, a seguito dell'introduzione dell'art. 26 della Legge n. 238 del 23 dicembre 2021, è prevista, adesso, la pena della reclusione da 2 a 12 anni e la multa da 20 mila a 3 milioni di euro.

⁶ S. SEMINARA, *L'insider trading nella prospettiva penalistica*, in *Giur. comm.*, 1992, Vol. I, 632 ss. (corsivo aggiunto).

⁷ E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., 70.

⁸ M.A. MANNO, *Profili penali dell'insider trading*, Milano, 2012, 1. L'A. sostiene che «Le sanzioni punitive, elevate al parossismo, dissimulano la sostanziale rinuncia a sistemi più efficaci di controllo; la moltiplicazione delle risposte sanzionatorie asseconda una malcelata retorica dell'etica».

L'esorbitante rigore sanzionatorio non è l'unico aspetto ad essere criticato.

L'eccessiva anticipazione della tutela ha portato ad affermare che la norma punisce una condotta pericolosa dalla quale potrebbe derivare un ulteriore evento pericoloso, reprimendo, di fatto, il «pericolo di un pericolo»⁹.

La critica si riferisce, in particolare, all'ipotesi di *tipping*, in cui il soggetto che trasferisce l'informazione è punito per il sol fatto di aver violato un dovere di riservatezza, indipendentemente dall'accertamento di una finalità speculativa del destinatario abusivo della notizia.

A maggior ragione, con la riforma del 2005, era stato previsto che il *tip-pee* – ossia colui che riceve l'informazione –, il quale sfruttasse la notizia, fosse punibile con la sola sanzione amministrativa, definendosi, così, un'irrazionale disparità di trattamento. Sulla scorta di tali considerazioni, parte della dottrina si è interrogata anche sulla possibile violazione dei principi di offensività ed uguaglianza¹⁰.

Poiché la struttura del reato, in molte delle sue parti è rimasta invariata, sono state riproposte, in dottrina, alcune delle criticità già sollevate con riguardo alla incipiente disciplina sull'abuso di informazioni riservate nonché, più a monte, sulla stessa opportunità di reprimere il fenomeno dell'*insider trading*¹¹.

Ad ogni modo, rinviando su tali aspetti ai paragrafi successivi, dopo aver ripercorso l'intera evoluzione della fattispecie, è d'uopo attenzionare la disciplina odierna, ex art. 184 T.U.F., iniziando dalla definizione di informazione privilegiata, che costituisce il perno attorno al quale gira l'intero disvalore della condotta oggetto di analisi.

2. L'informazione “privilegiata” nel panorama nazionale ed europeo.

Il possesso di una “informazione privilegiata” costituisce il presupposto del reato di *insider trading*, per questo, sia al livello nazionale che sovranazionale, si è avuta una importante attenzione definitoria¹².

⁹ M.A. MANNO, *Profili penali dell'insider trading*, cit., 144.

¹⁰ Cfr. S. SEMINARA, *L'evoluzione europea del diritto penale del mercato finanziario nella prospettiva italiana*, in CANESTRARI - FOFFANI (a cura di), *Il diritto penale nella prospettiva europea. Quali politiche criminali per quale Europa?*, Milano, 2005, 223; M.A. MANNO, *Profili penali dell'insider trading*, cit., 144 s. (con riferimento alla disciplina del 2005).

¹¹ A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, cit., 294. L'A. riporta l'orientamento di una parte di dottrina, la quale ritiene che: «il profitto degli insiders sia giustificato dalla loro attività imprenditrice e, soprattutto, innovatrice e che l'attività degli stessi abbia un utile funzione di arbitraggio, che permetterebbe di dare maggiore gradualità nel tempo agli effetti di una buona o cattiva notizia».

¹² Cfr. A.F. TRIPOLI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, Padova, 2012; E. MACRÌ, *Informazioni privilegiate e disclosure*, Torino, 2010, 55 ss.

Come noto, la nozione *de quo* possiede una rilevanza essenziale non soltanto in riferimento alla fattispecie penale di abuso di informazioni privilegiate, ex art. 184 T.U.F., bensì anche con riguardo alla disciplina generale sull'informazione societaria ed all'obbligo di *disclosure* di cui all'art. 114 T.U.F. e all'art. 17 del Regolamento (UE) n. 596/2014¹³ (d'ora MAR).

Per poter delineare i contorni del carattere privilegiato della notizia occorre far riferimento all'art. 180, lett. b-ter, T.U.F, che rinvia alla nozione di informazione privilegiata contenuta nell'art. 7 del MAR.

In particolare, tale ultima fonte normativa definisce privilegiata l'informazione che: ha un carattere preciso; non è stata resa pubblica; riguarda emittenti o strumenti finanziari; qualora fosse resa pubblica determinerebbe effetti significativi sul valore degli strumenti finanziari o su strumenti finanziari derivati, cd. requisito *price sensitive*.

Più esattamente, l'art. 7 del citato Regolamento richiede che l'informazione, per essere definita "precisa", sia connotata da un elevato grado di certezza ed oggettività, riguardando fatti già avvenuti o il cui verificarsi sia ragionevolmente prevedibile.

Con riferimento, invece, alla natura non pubblica dell'informazione, essa si sostanzia in un'indisponibilità dell'informazione al pubblico, dalla quale, appunto, deriva il vantaggio conoscitivo dell'*insider*.

Si tratta di una lesione della *par condicio* informativa che potrebbe suscitare una marcata sfiducia negli investitori, con conseguente pericolo per il regolare funzionamento dei mercati. È evidente la centralità della pubblicità dell'informazione, dal quale dipende il privilegio informativo; infatti, se la notizia fosse oggetto di *disclosure*, ex art. 114 T.U.F., verrebbe meno uno degli elementi tipizzanti la norma incriminatrice¹⁴.

Sul punto, in passato, la Giurisprudenza di legittimità si è espressa specificando che: «elide il privilegio informativo – ai fini penali – anche qualsiasi forma di pubblicità estesa al pubblico con modalità esterne al canale prescritto dal D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, art. 114»¹⁵.

A ben vedere, quanto affermato dalla Suprema Corte comporta che il reato di *insider trading* non può dirsi consumato sol perché non vi è stata la formale immissione sul mercato informativo mediante rituale comunicazio-

¹³ Il regolamento è consultabile, in lingua italiana, al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/596/oj/ita>.

¹⁴ F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 1465. L'A. afferma, infatti, che: «Immutata la centralità del carattere non (ancora) pubblico dell'informazione, che viene comunque ripetutamente ribadito nel corpo della definizione normativa: mette conto di segnalare tuttavia che alla definizione ora contenuta nell'art. 181 si dovrà avere speciale riguardo, poiché, per espresso dettato legislativo, sono proprio le notizie di tal genere (o, più propriamente, i fatti oggetto di tali informazioni) a far sorgere l'obbligo di comunicazione al pubblico ex art. 114 t.u.f. Con la conseguenza ulteriore che, soddisfatto che sia il dovere di comunicazione al pubblico stabilito dalla ricordata norma, l'informazione perde per ciò solo la sua qualità tipica rispetto alla norma incriminatrice».

¹⁵ Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 20/01/2010, n. 8588, in *One legale*.

ne, essendo sufficiente, per escluderne la rilevanza penale, l'effettiva disponibilità della notizia presso il pubblico e la sua libera utilizzabilità.

Un'ultima puntualizzazione deve essere fatta in riferimento al coordinamento tra l'obbligo di *disclosure* ed il delitto in esame. In particolare, l'art. 17, co. 1, del MAR prevede l'obbligo di comunicare le sole informazioni che riguardano "direttamente" l'emittente interessato, diversamente, l'*insider trading* include anche le informazioni che interessano indirettamente l'emittente o gli strumenti finanziari¹⁶.

Infine, il carattere *price sensitive* dell'informazione è l'elemento fondante il disvalore penale della condotta.

Come detto, il MAR, all'art. 7, par. 1, lett. a), richiede che l'informazione «se resa pubblica, potrebbe avere un effetto significativo sui prezzi di tali strumenti finanziari o sui prezzi di strumenti finanziari derivati collegati», specificando, al paragrafo 4, che deve comunque trattarsi di: «un'informazione che un investitore ragionevole probabilmente utilizzerebbe come uno degli elementi su cui basare le proprie decisioni di investimento».

Pertanto, l'informazione privilegiata, per essere idonea ad influire sul prezzo degli strumenti finanziaria cui si riferisce, è quella che un investitore ragionevole, secondo alcuni autori meglio definito "razionale"¹⁷, utilizzerebbe per orientare la propria scelta d'investimento.

Tale sforzo definitorio, operato dal legislatore europeo, non ha, però, eliminato alcune incertezze circa l'individuazione dell'investitore "ragionevole".

Infatti, come affermato da una parte di dottrina¹⁸, l'agente modello dovrebbe essere parametrato all'investitore "preparato", ossia colui che è dotato di competenze specifiche di cui il risparmiatore medio, diversamente, è sprovvisto.

L'effetto sarebbe quello di ridurre notevolmente le informazioni e notizie qualificabili come privilegiate, di fatto restringendo l'ambito di applicazione dell'art. 184 T.U.F.

Al contrario, secondo la giurisprudenza nazionale¹⁹ ed europea²⁰, per determinare chi sia l'investitore "ragionevole", è necessario adottare come mo-

¹⁶ N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 369.

¹⁷ N. MAZZACUVA - E. AMATI, *op. ult. cit.*, 369, il quale cita S. GIAVAZZI, *L'abuso di informazioni privilegiate*, in CANZIO - LUPÀRA (a cura di), *Dir. e proc. pen. delle soc.*, 2022, 801; F. D'ALESSANDRO, *Regolatori del mercato, enforcement e sistema penale*, Torino, 2014.

¹⁸ Cfr. F. DENOZZA, *La nozione di informazione privilegiata tra "Shareholder Value" e "Socially Responsible Investing"*, in *Giur. comm.*, 2005, Vol. I, 593 ss.

¹⁹ Cfr. Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 20/07/2011, n. 28932, in *One legale*: «L'allusione all' "investitore ragionevole", di evidente derivazione dalla cultura anglosassone e dalle relative soluzioni pragmatiche, insofferenti a categorie astratte, richiama proprio quell'uomo medio che opera sul pericoloso mercato finanziario, con ragionevolezza, non già con una peculiare dotazione di scienza e valendosi di un bagaglio informativo acquisito»; cfr. S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, T. III, *il diritto penale del mercato mobiliare*, Torino, 72, ove afferma che l'agente modello deve essere identificato nel soggetto che opera nello stesso mercato dell'*insider* ed è dotato di medie competenze.

²⁰ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sez. III, Sentenza, 23/12/2009, n. 45/08, in *One Legale*.

dello l'uomo medio avveduto, che opera sul mercato con ragionevolezza, seppur sprovvisto di particolari competenze di settore.

In definitiva, l'informazione privilegiata si compone di quattro elementi essenziali: «*In primo luogo un'informazione a carattere preciso. In secondo luogo, tale informazione non è stata resa pubblica. In terzo luogo, essa concerne, direttamente o indirettamente, uno o più strumenti finanziari o i loro emittenti. In quarto luogo, essa potrebbe, se resa pubblica, influire in modo sensibile sui prezzi degli strumenti finanziari di cui trattasi ovvero sui prezzi di strumenti finanziari derivati connessi*»²¹.

Si delinea, così, il carattere privilegiato dell'informazione che consente, adesso, di poter meglio comprendere quale sia l'oggetto di tutela della norma incriminatrice.

3. Il bene giuridico tutelato ed i soggetti attivi del reato.

La difficoltà d'individuare l'interesse tutelato dall'art. 184 T.U.F. è suggerita dal dibattito sorto in dottrina, già negli anni Sessanta del secolo scorso, circa l'opportunità di punire l'*insider trading*. Secondo alcuni autori, addirittura, la condotta dell'*insider*, lungi dall'arrecare pericolo per il mercato, ne avrebbe, invece, migliorato l'efficienza²².

La ragione che ha spinto, dapprima, il Legislatore europeo, e, successivamente, quello nazionale a predisporre una disciplina sul *market abuse* è sicuramente quello di garantire l'integrità del mercato.

Poiché tale integrità è inscindibilmente legata alla fiducia riposta dagli investitori nei mercati stessi, la presenza di soggetti che agiscono sfruttando un privilegio informativo potrebbe indurre gli investitori medi ad abbandonare queste forme di investimento, con la possibile conseguenza che venga alterato il regolare funzionamento del mercato²³.

Tale considerazione evidenzia la struttura di reato di pericolo dell'art. 184 T.U.F.

Tuttavia, per non confondere lo scopo della norma con l'interesse tutelato, bisogna riconoscere che la *ratio* sottesa alla norma è quella di imporre regole di comportamento per ridurre il più possibile l'ineliminabile rischio legato all'«impiego diretto del risparmio nei mercati finanziari»²⁴.

²¹ Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Grande Sez., 15/03/2022, n. 302/20, in *One Legale* (corsivo aggiunto).

²² F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali II, Milano, 2008, 2. L'A., per un approfondimento sul dibattito, cita: S. SEMINARA, *Insider trading e diritto penale*, Milano, 1989, 29 ss.; BARTALENA, *L'insider trading*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da COLOMBO - PORTALE, *Società per azioni e mercato mobiliare*, Torino, 1993, 223 ss.; F.F. MACCABRUNI, *Insider trading e analisi economica del diritto*, in *Giur. comm.*, 1995, 598 ss.; A. DI AMATO, *Gli abusi di mercato*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da A. DI AMATO, *I reati del mercato finanziario* a cura di DI AMATO, Padova, 2007, 99 ss.

²³ N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 364.

²⁴ F. SGUBBI, *Abusi di mercato*, cit., 2 s.

Diversamente dallo scopo, l'oggetto di tutela è bipolare, riguardando la fiducia degli investitori, garantita dal dovere di agire nei mercati nel rispetto della *par condicio* informativa, ed il regolare funzionamento dei mercati, che altrimenti sarebbe messo in pericolo²⁵.

Quanto ai soggetti attivi, l'art. 184 TUF individua, tra gli agenti che possono commettere il reato di abuso d'informazioni privilegiate, tre categorie.

In primo luogo, gli *insider* primari, ossia coloro che possono entrare in possesso di informazioni privilegiate in ragione della qualità stabilmente ricoperta all'interno della società emittente (*corporate insiders*) ed i soggetti che tali informazioni possano ottenerle in virtù di un incarico, di un ufficio o una funzione – anche pubblica – (*temporary insiders*).

Il secondo comma dell'art. 184 TUF individua, invece, i *criminal insiders*, ossia quei soggetti che, trovandosi nel possesso di informazioni privilegiate "a motivo" della preparazione o esecuzione di un delitto, realizzino le condotte previste dal comma 1, lett. a, b e c.

Infine, con l'intervento riformatore del 2021, è stata introdotta la responsabilità penale anche degli *insider* secondari, ossia di tutti quei soggetti che abbiano avuto accesso ad un'informazione privilegiata per puro caso ovvero perché tale informazione gli è stata comunicata da un *insider* primario e, nonostante la consapevolezza del carattere *price sensitive* dell'informazione, non si siano astenuti dall'effettuare operazioni sul mercato di riferimento.

4. Le condotte punibili e l'elemento soggettivo.

La fattispecie di abuso d'informazioni privilegiate, già dalla sua prima formulazione, prevedeva tre condotte punibili per l'*insider* che avesse violato gli obblighi di astensione previsti.

Il nuovo art. 184 T.U.F., al primo comma, lett. a, sanziona l'*insider* che compia operazioni su strumenti finanziari, anche mediante persona interposta, per conto proprio o di terzi, sfruttando l'informazione privilegiata (cd. *trading*); la lett. b, invece, punisce l'*insider* che, fuori dall'esercizio della sua attività o funzione, comunichi ad altri l'informazione sensibile (cd. *tipping*); infine, la lett. c, punisce l'*insider* che, in ragione dell'informazione privilegiata, consigli o induca altri a compiere taluna delle operazioni previste dalla lett. a (c.d. *tuyantage*).

È evidente il diverso disvalore tra le varie condotte, in ragione della differente pericolosità insita nell'azione realizzata.

Infatti, nell'ipotesi di *tipping* l'*insider* primario si limita a comunicare una notizia *price sensitive*, senza raccomandare il compimento di operazioni, e

²⁵ Cfr. Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 11/08/2021, n. 31507, in *One Legale*, secondo cui la norma punisce colui che «sfrutti siffatta conoscenza per operare in condizioni di disparità con gli altri investitori, finendo per danneggiare un valore (la fiducia nella trasparenza dei mercati), che mira ad incentivare e a non scoraggiare l'afflusso e la circolazione dei capitali nell'interesse degli stessi imprenditori interessati al loro utilizzo per iniziative produttive».

sarà comunque punito con la medesima sanzione prevista per le altre condotte, indipendentemente dalle competenze del soggetto che riceve la notizia.

Un quadro normativo che pone problemi di compatibilità con i principi di offensività ed uguaglianza.

In primo luogo, se gli interessi tutelati sono il regolare funzionamento del mercato e la parità informativa degli investitori, sanzionare colui che viola un dovere di riservatezza, tra l'altro con una pena così severa, significa punire il rischio che dalla comunicazione privilegiata potrebbe conseguire l'azione dell'*insider* secondario sul mercato, con il conseguente rischio di porre in pericolo il regolare funzionamento²⁶.

Emerge così, con lampante evidenza, l'eccessiva anticipazione di tutela della norma incriminatrice, che punisce una condotta che non può possedere la carica offensiva richiesta all'illecito penale.

Inoltre, l'equiparazione della pena tra le varie condotte, che posseggono un differente disvalore, fa sorgere dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 184 T.U.F. in relazione alla violazione del principio di uguaglianza.

Tale considerazione è ancor più incisiva alla luce di quanto stabilito dall'art. 7, paragrafi 2 e 3, della Direttiva 2014/57/UE²⁷, che invita gli stati a prevedere un trattamento sanzionatorio differenziato in ragione della condotta da sanzionare.

In particolare, i paragrafi citati prevedono che le condotte di *trading* e *tuyautage* debbano essere sanzionate con la reclusione nel minimo di anni 4; diversamente, per il *tipping*, dovrebbe essere prevista la reclusione nel minimo ad anni 2.

Sebbene il *tippee* che si limiti a ricevere la notizia non risponde di alcun illecito, con la riforma del 2021, all'art. 184, co. 3, T.U.F., è stata introdotta la responsabilità del *tippee* che, avendo ottenuto l'informazione privilegiata dall'*insider* primario, realizzi una delle condotte di *trading*, *tipping* o *tuyautage*. In tali casi, sarà sanzionato con la pena della reclusione da 1 anno e sei mesi a dieci anni e con la multa da 20 mila euro a due milioni.

Dunque, fuori dalle ipotesi di concorso con l'*insider* primario, sono state inasprite anche le pene per l'*insider* secondario che in passato avrebbe risposto soltanto dello speculare illecito amministrativo.

Al riguardo va precisato che l'*incipit* del terzo comma «fuori dai casi di concorso» deve essere letto nel senso che si ha concorso tra colui che trasferisce la notizia e colui che la riceve quando quest'ultimo abbia determinato o rafforzato il proposito criminoso del primo.

²⁶ M.A. MANNO, *Profili penali dell'insider trading*, cit., 144; nello stesso senso v. N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 379 s.

²⁷ La direttiva è consultabile al seguente link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32014L0057>.

Quanto all'elemento soggettivo, sia per l'*insider* primario che secondario, sembrerebbe essere sufficiente il dolo generico, consistente nella consapevolezza del carattere privilegiato dell'informazione e nella volontà di trasferirla, utilizzarla o di consigliarne a terzi lo sfruttamento.

Tuttavia, è stato evidenziato che nell'ipotesi di *tipping* l'accertamento dell'elemento psicologico risulta maggiormente problematico.

In effetti, se le ipotesi di *trading* e *tuyautage*, nella loro costruzione semantica, evidenziano la caratura dolosa delle operazioni utilizzando verbi come trasferire, indurre o raccomandare, nell'ipotesi di *tipping*, trattandosi di una semplice comunicazione, potrebbe avvenire per le ragioni più varie.

Al riguardo, l'art. 8 del MAR pone sullo stesso piano la *conoscenza* del carattere privilegiato e la sua *conoscibilità*, equiparando, dunque, il soggetto che abbia piena consapevolezza del privilegio e chi dovrebbe averla in ragione dell'esperienza.

Inoltre, il considerando n. 26 del MAR specifica che le Autorità, nell'accertare la conoscibilità del carattere privilegiato della notizia, dovrebbero far riferimento a ciò che una persona normale e ragionevole potrebbe sapere o avrebbe dovuto sapere tenuto conto delle circostanze.

Secondo alcuni autori²⁸, in tal modo sarebbe introdotta una presunzione semplice che, in ogni caso, non potrebbe consentire l'inversione dell'onere probatorio dall'accusa alla difesa, in ragione del principio di presunzione d'innocenza richiamato dal considerando n. 27 della Direttiva 2014/57/UE.

5. L'*insider* di sé stesso, il "proposito" personale quale informazione privilegiata.

Come accennato, già dalla prima introduzione del reato di *insider trading* nel nostro ordinamento, una parte di dottrina²⁹ paventava il rischio che dalla *ratio* della norma, ossia la tutela del mercato mediante la garanzia della parità informativa tra gli investitori, potesse desumersi una responsabilità penale anche di colui che agisse nel mercato avvalendosi "della conoscenza di propri propositi o azioni" (cd. *insider* di sé stesso).

Tuttavia, gli stessi studiosi³⁰, facendo leva sul dato testuale della normativa dell'epoca, ritenevano che l'*insider* di sé stesso³¹ non potesse essere in-

²⁸ N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 384.

²⁹ F. GALGANO, *Gruppi di società, insider trading, OPA obbligatoria*, in *Contratto e impresa*, 1992, 638; anche in GALGANO - GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, vol. XXIX, Tomo I, Padova, 2006, 1016. L'A., pur affermando assertivamente l'impossibilità di qualificare "informazione" la conoscenza del proposito individuale, evidenzia il rischio che dalla *ratio* della norma potrebbe portare a «considerare insider anche chi si avvale della conoscenza dei propri eventi o dei propri propositi».

³⁰ F. GALGANO - R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, cit., 1016.

³¹ Per un'attenta analisi dell'istituto v. A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, cit., 282 ss.

quadrato nel reato di cui all'art. 184 TUF poiché era necessario che fosse sfruttata l'“informazione ottenuta” (diversamente dalla disciplina del 1998 e successiva che riguardano l'informazione “posseduta”).

Ciò era ricavato sia dall'art. 2 della Legge n. 157/1991, il quale espressamente puniva il soggetto che avesse sfruttato «*informazioni riservate ottenute in virtù della partecipazione al capitale di una società ovvero in ragione dell'esercizio di una funzione, anche pubblica, professione o ufficio*», sia dal considerando n. 11 della Direttiva n. 89/592/CEE³², che prevedeva «*Poiché l'acquisizione o la cessione di valori mobiliari implica necessariamente una decisione preliminare di acquisire o di cedere da parte della persona che procede ad una di queste operazioni, il fatto di effettuare questo stesso acquisto o cessione non costituisce di per sé una utilizzazione di un'informazione privilegiata*».

Il problema deve, però, essere analizzato alla luce della nuova disciplina, in cui è stato espunto il termine “ottenute”, e, soprattutto, sotto il profilo endosocietario.

In particolare, ci si chiede se le operazioni borsistiche effettuate nell'interesse della società ma determinate dalla consapevolezza dell'andamento societario, al pubblico ancora sconosciuto, possano essere considerate penalmente rilevanti.

Il caso di scuola potrebbe essere quello in cui il Consiglio di amministrazione di una società, consapevole in via ufficiosa della stipulazione di un accordo economico di rilevante entità, decida di acquistare azioni della controparte contrattuale, prima della pubblicazione della notizia, per rivenderle, dopo la *disclosure*, ad un valore più alto.

Altra questione, invece, riguarda la conoscenza dei propri risultati economici di periodo, non ancora resi noti al pubblico, che potrebbe portare il Consiglio di amministrazione, in caso di perdite superiori a quelle attese, all'immediata vendita delle azioni societarie ad un prezzo di mercato che non rispecchia le perdite subite.

Si pensi, ancora, a tutti quei processi a formazione progressiva che consentono di addivenire ad una scelta finale, come potrebbe essere l'inizio di una graduale scalata societaria che poi sfocia in un'offerta pubblica d'acquisto.

Innanzitutto, il problema riguarda la nozione di informazione.

Al riguardo, non mancano orientamenti dottrinali³³ i quali affermano che il creatore dell'informazione privilegiata, sebbene se ne sia avvalso per effettuare operazioni su strumenti finanziari, non possa rispondere di tale reato

³² Tale considerando è oggi confluito nel considerando n. 30 della Direttiva 2003/6/CE.

³³ N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 372 s.; F. MUCCIARELLI, *Art. 184. Abuso di informazioni privilegiate*, in FRATINI - GASPARRI (a cura di), *il testo unico della finanza*, III, Torino, 2012, 2325 ss.; S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, cit., 79; A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, cit., 290.

poiché la nozione di informazione, rilevante ex art. 184 TUF, presuppone una necessaria alterità tra l'utilizzatore della notizia e colui che la trasmette.

Bisogna, tuttavia, fare una puntualizzazione.

In effetti, se nel qualificare la nozione di informazione e la sua alterità si assume come «*parametro di riferimento la sfera soggettiva di chi agisce, rispetto alla quale la realtà circostante (e dunque la scoperta, la vittoria della gara d'appalto, il risultato economico di periodo) è certamente "altro da sé"*»³⁴, si andrà necessariamente incontro ad un notevole ampliamento della sfera d'illiceità della condotta.

È chiaro che, aderendo a tale tesi, solo i propositi personali o le proprie decisioni, come l'intenzione di acquistare o vendere, potrebbero essere penalmente irrilevanti poiché interne all'agente sotto il profilo soggettivo.

Siffatto orientamento sembra essere supportato dal considerando n. 30 della direttiva (UE) 2003/6, ove è affermato che non dovrebbe essere considerato abuso d'informazione privilegiata l'utilizzo di una determinazione preliminare al compimento di un'operazione.

Invero, anche l'art. 9 paragrafo 5 del MAR stabilisce che l'utilizzo della propria cognizione riguardo alla decisione di operazioni da effettuare su strumenti finanziari non costituisce "di per sé" reato, salvo che l'Autorità accerti che le operazioni siano state sorrette da motivi illegittimi.

Infine, il considerando n. 31 chiarisce la *ratio* di tali norme: «le operazioni fondate sui propri piani e strategie di negoziazione non dovrebbero essere considerate un'utilizzazione di informazioni privilegiate»; tuttavia, siffatta protezione opererà solo se gli agenti rispettino le regole della loro professione e del citato regolamento europeo.

Ulteriore questione riguarda la possibilità di qualificare informazione privilegiata le tappe intermedie di un processo a formazione progressiva.

Proprio con riferimento a tale possibilità, il paragrafo 5 dell'art. 7 MAR stabilisce che anche le tappe intermedie di un processo a formazione progressiva possono assumere rilievo quali informazioni privilegiate purché siano ravvisati i requisiti che denotano il privilegio informativo, ossia: *price sensitive*, precisione, non pubblicità della notizia e riferibilità della stessa a strumenti finanziari³⁵.

L'esempio più lampante è quello della società che, dopo aver intrapreso trattative dalle quali emerge chiaramente l'intenzione di lanciare un'offerta pubblica d'acquisto (OPA), effettui operazioni sul mercato acquistando i titoli della società con cui è in corso la trattativa.

In primo luogo, qualora venisse dimostrata «*la ferma determinazione di giungere al risultato dell'OPA*»³⁶, ossia l'evento futuro oggetto dell'informa-

³⁴ A.F. TRIPODI, *Informazioni privilegiate e statuto penale del mercato finanziario*, cit., 283, (corsivo aggiunto).

³⁵ Cfr. Cap. I, par. 1.1.

³⁶ Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 15/04/2021, n. 31507, cit.

zione privilegiata, trattandosi di una notizia certamente idonea ad influenzare il valore dei titoli, l'aver acquistato i titoli prima del lancio dell'OPA determinerebbe un vantaggio garantito dal privilegio informativo.

Sul punto, la Suprema corte di Cassazione ha affermato che: «*In tema di abuso di informazioni privilegiate, rientrano nella nozione di "informazione privilegiata" anche le informazioni relative alle tappe intermedie di un processo a formazione progressiva per la determinazione del prezzo degli strumenti finanziari oggetto dell'operazione speculativa, ove abbiano carattere preciso, perché riferibili ad un "complesso di circostanze" o ad un evento futuro che ragionevolmente verrà ad esistere o si verificherà e di cui sia preventivabile il possibile effetto sui prezzi*»³⁷.

In conclusione, sebbene una tale posizione giurisprudenziale possa apparire criticabile, sembra che l'*insider*, che effettui operazioni sul mercato in ragione di una sua futura (e potenziale) operazione, possa, a determinate condizioni, essere punito ai sensi dell'art. 184 del T.U.F.

Tuttavia, ogniqualvolta l'informazione privilegiata si sostanzia in un mero proposito, ci si chiede come un'intenzione, tra l'altro variabile nel tempo, possa assurgere a possedere il carattere della precisione. In altre parole, come può l'idea di compiere un'operazione, la cui opportunità ha un'infinità di variabili che potrebbero far desistere l'agente, ritenersi ragionevolmente prevedibile e dar luogo, dunque, alla configurabilità del delitto di *insider trading*.

6. La responsabilità dell'ente in caso di commissione del delitto di abuso di informazioni privilegiate.

Prima di affrontare la tematica della responsabilità dell'ente in relazione al reato di *insider trading*, prevista dal D.Lgs. 231/2001, è d'uopo premettere brevi accenni sulla storia e sulla struttura di questa peculiare tipologia di responsabilità³⁸.

Innanzitutto, se prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. 231/2001 vigeva il principio secondo cui la persona giuridica non potesse rispondere per il fatto altrui, questa normativa ha, per la prima volta, introdotto in Italia la responsabilità degli enti dipendente da reato.

Tale riforma legislativa manifesta la ferma presa di posizione del Legislatore italiano, il quale ha inteso rispondere affermativamente alla *vexata questio*: «*è dogmaticamente sostenibile, e ragionevole sul piano politico-criminale, la previsione di un'autentica responsabilità penale dell'impresa?*»³⁹.

³⁷ Cass. pen., Sez. V, Sentenza, 15/04/2021, n. 31507, cit. (corsivo aggiunto).

³⁸ Sull'argomento v. G. DE VERO, *La responsabilità delle persone giuridiche*, Milano, 2008; G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2001, 1141 ss.; N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 35 ss.; P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti: alcuni problemi aperti*, in AA.VV., *La responsabilità penale degli enti*, Bologna, 2016.

³⁹ B. SCHÖNEMANN, *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*, in *ADPCP*, 2002, 22 (corsivo aggiunto).

In passato, vi era una parte di dottrina che riteneva impossibile affermare la penale della responsabilità delle persone giuridiche, pena la violazione del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 Cost.

A tal proposito, merita menzione quella dottrina, seppur minoritaria, la quale ha affermato che il brocardo *societas delinquere non potest* fosse racchiuso nella stessa Costituzione, quale corollario del principio di personalità della responsabilità penale.

Ed appunto: «lo non penso che con il richiamo alla personalità della responsabilità penale il costituente abbia voluto escludere la responsabilità penale per fatto di terzi solo per differenziare una posizione e interpretazione civilistica da una penalistica della responsabilità. Tutto ciò sarebbe stato quasi infantile o lapalissiano che dir si voglia, anche se sotto il profilo di una recente storia il richiamo alla personalità penale potesse non sembrare fuori luogo. *Tale richiamo può avere un significato apprezzabile solo se riferito innanzi tutto alla impossibilità di una responsabilità penale delle persone giuridiche*»⁴⁰.

Tuttavia, la volontà dell'ente altro non è che la manifestazione della volontà delle persone fisiche che lo rappresentano e che ne determinano, dunque, l'agire.

Per tale ragione, *ab inverso*, la condotta delittuosa dell'agente, realizzata nell'interesse o a vantaggio della persona giuridica, non può che essere estrinsecazione della volontà dell'ente e sua concretizzazione tramite l'agire dei propri rappresentanti.

Si parla, a tal riguardo, della teoria dell'immedesimazione organica, spesso richiamata dalla giurisprudenza di legittimità, che consentirebbe di inquadrare la responsabilità della persona giuridica come responsabilità per fatto proprio, superando, così, l'obiezione circa la violazione del principio di personalità della responsabilità penale⁴¹.

Tra le ragioni che hanno determinato la predisposizione di una normativa che istituisce e regola la responsabilità dell'ente dipendente da reato vi è, di certo, la constatazione dell'aumento esponenziale dei cd. *corporate crimes*, con particolare riguardo ai reati ambientali, finanziari, tributari e societari.

Il termine *corporate crime*, evidenzia, con particolare enfasi, che tali reati sembrano più spesso soggettivamente riferibili all'ente collettivamente considerato piuttosto che all'agente stesso.

⁴⁰ G. BETTIOL, *Dolo e responsabilità penale nel quadro dei principi costituzionali*, in *Scritti giuridici* (1966-1980), Padova, 1980, 83 (corsivo aggiunto).

⁴¹ Cass. Sez. Un., Sentenza, 24/04/2014, n. 38343, in *One Legale*: «La disciplina dei criteri di imputazione del reato all'ente in presenza di soggetto in posizione apicale non viola il principio di responsabilità della responsabilità penale, perché il rapporto di immedesimazione organica tra la persona e l'ente rende il fatto proprio dell'ente, e perché la colpa c.d. di organizzazione, consistente nel non essersi l'ente organizzato per prevenire la commissione dei reati, rende l'ente colpevole» (corsivo aggiunto).

Ad ogni modo, la finalità di tale disciplina era (ed è tutt'ora) quella di far fronte alla criminalità d'impresa tramite un sistema che sanziona non solo il soggetto che commette il delitto ma anche, a determinate condizioni, la società che non abbia fatto tutto il possibile per evitare che il reato fosse commesso.

Questo sistema colpisce quelle condotte che «rientrano nell'ambito di una diffusa politica aziendale» ma che evidenziano una «matrice soggettiva del reato d'impresa, direttamente riferibile - oltre che all'individuo - all'ente stesso cui la persona fisica appartiene»⁴².

Inoltre, il D.Lgs. citato prevede un catalogo di reati presupposto tassativo, oggetto di costante e graduale ampliamento, che impone all'ente di dotarsi di una *compliance* adeguata, costantemente aggiornata e provvista di procedure e sanzioni volte a ridurre il rischio di commissione dei reati.

Tale sistema ha creato una responsabilità definita dallo stesso Legislatore "amministrativa" che, di fatto, si sostanzia in un *tertium genus* poiché assoggettato alle regole processuali del diritto penale. Infatti, l'accertamento di tale peculiare forma di responsabilità avviene nel medesimo procedimento penale nel quale verrà accertata la responsabilità dell'agente per il reato presupposto.

Nonostante ciò, occorre precisare che la responsabilità della persona giuridica, sebbene dipendente dal reato, appare pur sempre autonoma rispetto a quella del soggetto che ha commesso il reato presupposto.

Ad avallo di tale considerazione, l'art. 8 del D.Lgs. 231/2001 stabilisce che la responsabilità dell'ente permane anche quando l'autore del reato non è identificato o identificabile ovvero il reato si sia estinto per causa diversa dall'amnistia.

Si tratta, dunque, di una responsabilità che si cumula a quella della persona fisica, purché il reato sia stato commesso nell'interesse o a vantaggio dell'ente e quest'ultimo non si sia dotato delle opportune cautele organizzative, ma che non esclude l'autonomia delle rispettive responsabilità.

Come vedremo più nel dettaglio, affinché l'ente possa essere ritenuto responsabile del reato presupposto è necessario l'accertamento di due criteri d'imputazione: il primo definito oggettivo, che riguarda l'interesse o il vantaggio, ed il secondo soggettivo, riferito alla cd. "colpa d'organizzazione".

7. Il criterio d'imputazione oggettiva dell'ente: interesse e vantaggio.

I criteri di imputazione oggettiva della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche sono stabiliti dall'art. 5 del D.Lgs. 231/01, il quale prevede che: «l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio».

⁴² N. MAZZACUVA - E. AMATI, *Diritto penale dell'economia*, cit., 35.

Al riguardo, si rende necessaria una precisazione di ordine generale circa l'alternatività o meno dei due criteri d'imputazione anzidetti.

Sul punto, dottrina e giurisprudenza mostrano posizioni discordanti, registrandosi due tesi differenti.

I fautori della prima, definita "monistica", sostengono che l'unico criterio d'imputazione è l'interesse perseguito dall'ente, cui la commissione del reato è strumentale, risultando il vantaggio una mera conseguenza eventuale. Di talché, nell'ipotesi in cui si realizzi l'utilità, non corroborata dal preliminare interesse della società, non sarebbe ipotizzabile una responsabilità della persona giuridica.

Una tale conclusione sarebbe avallata dal secondo comma dell'art. 5 che prevede un'esenzione di responsabilità dell'ente qualora il reato sia stato commesso nell'interesse esclusivo di terzi o dell'agente stesso⁴³.

Tuttavia, alcuni autori hanno saggiamente obiettato che tale norma, lungi dal voler escludere il vantaggio quale criterio di imputazione, attribuisce maggior rilievo al finalismo personalistico dell'azione, in ragione dell'estraneità della condotta rispetto all'agire istituzionale⁴⁴. Solo in tal caso potrà essere esclusa la rilevanza del vantaggio, che si sostanzierebbe in un mero riflesso collaterale della condotta.

La seconda, privilegiata in giurisprudenza⁴⁵, è la c.d. "tesi dell'alternatività", secondo cui l'interesse o il vantaggio costituiscono alternativamente autonomi criteri d'imputazione; pertanto, l'ente potrà essere condannato sia nell'ipotesi in cui sia stato perseguito un suo interesse senza aver ottenuto alcun vantaggio, sia quando abbia realizzato un vantaggio "collaterale" in mancanza di un interesse preordinato alla commissione del reato.

D'altronde, l'interesse altro non è che la proiezione finalistica dell'azione posta dal dipendente e dovrà, pertanto, essere accertato secondo una valutazione *ex ante* tramite un giudizio prognostico. Diversamente, il vantaggio,

⁴³ A. ALESSANDRI - S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale, I principi generali*, Torino, 2018, 95; cfr. G. DE SIMONE, *Commento agli artt. 5 e 8 (profili penalistici) del d.lgs. n. 231/2001*, in CASTRONUOVO - DE SIMONE - GINEVRA - LIONZO - NEGRI - VARRASSO (a cura di), *Compliance - Responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2019, 110 ss.

⁴⁴ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, Torino, 2023, 352.

⁴⁵ Sul punto v. Cass. Sez. Un., Sentenza, 24/04/2014, n. 38343, cit.; Cass. pen., Sez. IV, Sentenza, 11/01/2023, n. 570, in *One Legale*. In tale Sentenza la Suprema Corte afferma: «È noto che sussistono due criteri d'imputazione oggettiva del fatto illecito all'ente in quanto tale, nel senso che l'illecito amministrativo a carico del soggetto collettivo si configura quando la commissione del reato presupposto (da parte delle persone fisiche che agiscono per conto dell'ente) sia funzionale ad uno specifico interesse o vantaggio a favore dell'ente stesso (art. 5 D.Lgs. n. 231 cit.); si tratta di concetti alternativi e concorrenti tra loro, in quanto l'interesse esprime una valutazione teleologica del reato, apprezzabile *ex ante*, cioè al momento della commissione del fatto e secondo un metro di giudizio marcatamente soggettivo; il vantaggio ha, invece, una connotazione essenzialmente oggettiva, come tale valutabile *ex post*, sulla base degli effetti concretamente derivati dalla realizzazione dell'illecito».

che si sostanzia nell'effettivo ottenimento di un'utilità derivata dalla commissione del reato, dovrà essere valutato *ex post*.

Ed infatti, quanto al significato da attribuire all'interesse, la Relazione al D.Lgs. 231/2001⁴⁶ accoglie una nozione spiccatamente soggettiva sicché l'indagine dovrebbe riguardare l'intenzione dell'apicale di perseguire, con la sua condotta illecita, gli interessi dell'ente.

Tuttavia, come evidenziato da autorevole dottrina⁴⁷, una tale interpretazione pone problemi di incompatibilità nei casi di "colpa incosciente".

D'altronde, l'interpretazione soggettivistica⁴⁸, se da un lato amplia il dolo richiesto all'agente nella commissione dei reati presupposto, richiedendo la "soggettiva rappresentazione" di agire nell'interesse dell'ente, d'altra parte rischia di rendere tale responsabilità – ex D.Lgs. 231/2001 – evanescente ogni qualvolta sia chiamata in causa a seguito della commissione di delitti colposi.

Al riguardo, la giurisprudenza, per superare l'*impasse*, ha precisato che nei reati colposi d'evento il criterio dell'interesse o vantaggio vada riferito alla condotta e non all'evento⁴⁹.

Nonostante ciò, la teoria oggettivistica raccoglie maggiori consensi, sicché si avrebbe la sussistenza dell'interesse ogniqualvolta l'azione delittuosa, collocandosi nella sfera di gestione delle attività e degli interessi dell'organizzazione, sia oggettivamente idonea a realizzare un beneficio concreto ed attuale per l'ente stesso.

In altre parole, il comportamento dell'agente manifesta il perseguimento dell'interesse: «*l'illecito deve collocarsi nella sfera di gestione delle attività e degli interessi dell'ente, la condotta deve essere oggettivamente, riconoscibilmente, qualificata come idonea a produrre esito benefico all'organismo in cui si iscrive*»⁵⁰.

Un'ultima precisazione merita la nozione di vantaggio.

Sebbene possa ritenersi che quest'ultimo consista in una qualsiasi utilità che l'ente può trarre dalla commissione del reato, l'opinione largamente prevalente ritiene che, poiché l'agire dell'ente stesso è proteso al profitto, il vantaggio debba essere apprezzato esclusivamente in chiave economico-patrimoniale.

⁴⁶ La relazione è reperibile al seguente link: <https://www.aodv231.it/images/documenti/21558-4a3-10-Relazione%20ministeriale%20accompagnatoria.pdf>.

⁴⁷ R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza sul lavoro*, cit., 349.

⁴⁸ G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, 2012.

⁴⁹ Cass. pen., Sez. Un., Sent., 24/04/2014, n. 38343, cit.

⁵⁰ R. BLAIOTTA, *Sicurezza del lavoro e responsabilità dell'ente. Alla ricerca di una dogmatica*, in *Sistema Penale*, 2020, 27 (corsivo aggiunto).

8. ...e quello soggettivo: la colpa da organizzazione.

V'è da dire che, per scongiurare l'affermazione di una responsabilità oggettiva dell'ente, il Legislatore ha previsto che il criterio oggettivo debba essere accompagnato da quella che dottrina e giurisprudenza definiscono "colpa di organizzazione"⁵¹, intesa come un «*deficit dell'organizzazione o dell'attività, rispetto ad un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme*»⁵².

Gli indici di rilevabilità della colpa d'organizzazione sono stabiliti dagli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001, che differenziano il criterio d'imputazione soggettivo in base alla categoria di soggetti che commettono il reato presupposto.

Come detto, sebbene le norme non menzionino in alcun modo la colpevolezza dell'ente o la sua rimproverabilità, è ormai pacifico che il criterio d'imputazione in esame si sostanzia in un *deficit* organizzativo, il cui accertamento varia in relazione alla categoria di appartenenza del soggetto che abbia commesso il reato.

In particolare, l'art. 6 si riferisce alle ipotesi in cui il reato presupposto sia stato commesso da soggetti dotati di poteri di rappresentanza o di direzione dell'ente ovvero unità organizzative con autonomia funzionale e finanziaria. Inoltre, a questi ultimi sono equiparati anche i soggetti che esercitano di fatto tali poteri.

In questo caso, la norma prevede un'esenzione di responsabilità per l'ente che fornisca la prova:

- dell'adozione ed efficace attuazione di un modello organizzativo e di gestione idoneo a prevenire la commissione di reati della stessa specie;
- dell'istituzione di un organismo di vigilanza indipendente dotato di autonomi poteri di iniziativa e controllo;
- dell'efficiente attività di vigilanza svolta dall'organismo di vigilanza;
- della fraudolenta elusione del modello di organizzazione e gestione da parte dei soggetti apicali, autori del reato presupposto.

Invero, l'ambiguità del tenore lessicale utilizzato nell'art. 6 «*l'ente non risponde se prova che*» potrebbe portare a ritenere che il Legislatore abbia inteso stabilire un'inversione dell'onere probatorio, facendolo ricadere sulla persona giuridica.

⁵¹ Cass. pen., Sez. Un., Sent., 24/04/2014, n. 38343, cit., «*La disciplina dei criteri di imputazione del reato all'ente in presenza di soggetto in posizione apicale non viola il principio di responsabilità della responsabilità penale, perché il rapporto di immedesimazione organica tra la persona e l'ente rende il fatto proprio dell'ente, e perché la colpa c.d. di organizzazione, consistente nel non essersi l'ente organizzato per prevenire la commissione dei reati, rende l'ente colpevole*»; contra, G. DE VERO, *Struttura e natura giuridica dell'illecito di ente collettivo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2001, 1141. L'A. afferma che sarebbe sufficiente il solo riscontro del solo criterio oggettivo, ossia che l'autore del reato agisca perseguendo un interesse o un vantaggio dell'ente.

⁵² E. AMATI - N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 53.

Tuttavia, l'infelice locuzione utilizzata dal Legislatore, ha portato, dottrina e giurisprudenza, a sostenere che l'onere di dimostrare la mancata adozione o l'inadeguatezza del modello e, più in generale, la colpa d'organizzazione permanga sull'accusa; d'altronde, la diversa argomentazione, che ravvisa un'inversione dell'onere della prova, finirebbe per contrastare con i fondamentali principi della Costituzione, sostanziandosi in un'inaccettabile presunzione di colpevolezza della persona giuridica⁵³.

Pertanto, alla luce di tale ultima considerazione, il Pubblico Ministero dovrà dare prova della negligenza dell'ente e, soprattutto, che tale deficit organizzativo ha avuto un'efficienza causale nella commissione del reato presupposto; solo in ragione di ciò il Giudice ne valuterà la rimproverabilità secondo i canoni tipici della responsabilità colposa⁵⁴.

In particolare, è l'accertamento dell'idoneità del modello, la cui inadeguatezza è un importante indice della colpevolezza dell'ente, a dover essere condotto secondo il criterio della "prognosi postuma", ossia: «*il giudice dovrà idealmente collocarsi nel momento in cui il reato è stato commesso e verificare la prevedibilità ed evitabilità supponendo in via controfattuale che sia stato adottato un modello organizzativo "virtuoso"*⁵⁵».

Dunque, l'organo giudicante dovrà verificare se, nel momento in cui è stato commesso il reato, un "modello virtuoso" avrebbe ridotto o impedito la commissione di reati della stessa indole.

Ed infatti, occorrerà accertare che l'evento-reato sia concretizzazione proprio del rischio che la regola cautelare, contenuta nel "modello virtuoso", avrebbe evitato o ridotto, per poi trarre le dovute conclusioni in tema di colpevolezza dell'ente.

Infine, per comprendere in cosa consista la "colpa d'organizzazione", alcuni elementi risultano emblematici, in particolare: la valutazione del rischio di commissione di specifici reati, le procedure e le sanzioni finalizzate ad evitare che i delitti vengano commessi, l'istituzione dell'organismo di vigilanza indipendente, la predisposizione di un modello disciplinare per coloro che

⁵³ L. PARODI, *Illecito penale dell'ente e colpa di organizzazione. Una recente conferma della traiettoria garantista tracciata dalla giurisprudenza di legittimità*, in *Sistema Penale*, 2023; Cfr. F.R. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture "osservanti" dei principi*, in *Arch. pen.*, 1/2022, 12 ss.; C. PIERGALLINI, *Una sentenza "modello" della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda "Impregilo"*, in *Sistema Penale*, 2022, 3; cfr. G. IMBRIGIOTTA, *Intelligenza artificiale e MOG 231: dalla colpa d'organizzazione alla colpa "artificiale"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2025; nello stesso senso, in giurisprudenza si veda Cass., Sez. VI, Sentenza, 15/06/2022, n. 23401, in *OneLegale*; contra E. AMATI - N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 56. L'A. sostiene che «Solo nel caso in cui il reato presupposto sia commesso da un apicale è prevista inoltre una inversione dell'onere probatorio («l'ente risponde se non prova»); viceversa, nell'ipotesi di reato commesso dal sottoposto l'onere della prova della mancata adozione e dell'inefficace attuazione dei modelli organizzativi grava sull'accusa».

⁵⁴ G. IMBRIGIOTTA, *Intelligenza artificiale e MOG 231*, cit.

⁵⁵ Cass. pen., Sez. IV, Sentenza, 06/09/2021, n. 32899, in *One Legale* (corsivo aggiunto); nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. VI, Sentenza, 15/06/2022, n. 23401, cit.

violino le procedure; in poche parole, tutti gli elementi che rendono la *compliance* diligentemente organizzata.

9. L'*insider di sé stesso* e la responsabilità dell'ente.

Quanto detto in tema di interesse e vantaggio dell'ente pone in rilievo la questione della responsabilità della persona giuridica nell'ipotesi in cui un suo rappresentante sfrutti il privilegio informativo, ottenuto in ragione della posizione ricoperta, per agire all'interno dei mercati finanziari.

Nel settore del *market abuse*, il criterio d'imputazione oggettiva assurge ad essere un importante «criterio selettivo»⁵⁶ dei fatti penalmente rilevanti che potrebbero dar luogo alla contestazione, ex art. 25-*sexies* del D.Lgs. 231/2001, nei confronti dell'ente.

Ed infatti, è di lampante evidenza che l'utilizzo o il trasferimento dell'informazione privilegiata per la realizzazione di interessi puramente egoistici dell'agente, in applicazione del principio stabilito dall'art. 5 cpv. del D.Lgs. 231/2001, non può dar luogo all'emergere della responsabilità della persona giuridica.

Tuttavia, potrebbe ben accadere che il Consiglio di amministrazione, sfruttando le notizie *price sensitive* non ancora rese pubbliche, deliberi l'acquisizione o la vendita di strumenti finanziari per conto della società stessa.

A tal proposito, con L. 18 aprile 2005, n. 62, è stato introdotto l'art. 25-*sexies* del D.Lgs. 231/2001, il quale prevede che l'ente, in caso di commissione dei reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, sia sanzionato con la pena pecuniaria da quattrocento a mille quote, pur sempre nel rispetto dei criteri d'imputazione anzidetti.

Inoltre, nel secondo comma dell'art. 25-*sexies*, è stata introdotta una peculiare "aggravante", che si distingue, nella determinazione dell'aggravamento della pena, dal tipico sistema sanzionatorio per quote, prevedendo, nei casi in cui il profitto o il prodotto siano di rilevante entità, l'aumento della sanzione fino a dieci volte il prodotto o profitto stesso.

Invero, proprio tale sistema di quantificazione della sanzione pone seri problemi di certezza della pena in concreto, profilandosi il rischio di una lesione del principio di legalità⁵⁷ – in ragione anche della natura mista di questa singolare responsabilità – tanto che, autorevoli studiosi⁵⁸, hanno ritenuto il comma due inapplicabile stante la disomogeneità delle modalità del calcolo della pena; risulta problematico, dopo aver determinato la pena con il sistema per quote, aumentare la sanzione, così determinata, utilizzando come parametro di riferimento il profitto o vantaggio aumentato fino a dieci volte.

⁵⁶ E. AMATI, *Abusi di mercato e sistema penale*, cit., 355.

⁵⁷ E. AMATI, *ult. op. cit.*, cit., 335 ss.

⁵⁸ S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *dir. pen. proc.*, 2006, 13.

Eppure, nonostante una tale rigidità sanzionatoria, dalla quale emerge il disvalore che il Legislatore ha inteso attribuire al delitto di *insider trading* commesso a vantaggio della società, non sono state previste sanzioni interdittive, spesso ben più incisive e dannose per la vita dell'ente.

Una breve riflessione, riguardo alla potenziale violazione del principio di *ne bis in idem*, merita l'art. 187-*quinquies* T.U.F. che, oltre a richiamare interamente la struttura della responsabilità prevista dal D.Lgs. 231/2001, introduce sanzioni amministrative di rilevante entità.

Essa, infatti, punisce la persona giuridica, con la sanzione da 20 mila a 15 milioni di euro ovvero con una sanzione pecuniaria proporzionale al fatturato della stessa, quando sia stato commesso un reato di *insider trading* da un soggetto "apicale" o da un suo sottoposto, nell'interesse o a vantaggio dell'ente medesimo.

Anche in questo caso è prevista un'aggravante, analoga a quella dell'art. 25-*sexies* del D.Lgs. 231/2001, che prevede l'aumento della sanzione fino a 10 volte il prodotto o profitto, qualora quest'ultimo sia stato di rilevante entità.

È, dunque, evidente che dalla commissione di un singolo episodio di *insider trading*, se realizzato a vantaggio o nell'interesse della società, discenderebbero due tipologie di procedimenti nei confronti dell'ente per il medesimo fatto storico, volti ad accertare una responsabilità amministrativa ed un'altra penal-amministrativa.

Il procedimento amministrativo, per violazione dell'art. 187 *quinquies* del T.U.F., si svolgerà dinnanzi alla CONSOB, diversamente, il procedimento previsto dal D.Lgs. 231/2001 seguirà le regole processuali del procedimento penale, pertanto, si svolgerà innanzi all'Autorità giudiziaria che procede nei confronti della persona fisica autrice del reato presupposto.

Si potrebbe porre, dunque, il problema di una violazione del principio di *ne bis in idem*, posto che i due procedimenti a carico della società riguardano il medesimo fatto.

Al riguardo, richiamando il principio della «*sufficiently close connection in substance and time*»⁵⁹, elaborato dalla Giurisprudenza della Corte di Strasburgo, non vi sarebbe violazione del suddetto principio, anche in presenza di due procedimenti che riguardino l'*idem factum*, purché:

- a) i due procedimenti perseguano differenti scopi e riguardino diversi profili della stessa condotta;
- b) i due procedimenti siano temporalmente connessi, seppur non necessariamente instaurati in parallelo;
- c) è indispensabile che tale doppio binario sanzionatorio sia prevedibile per la persona sottoposta al giudizio;

⁵⁹ Corte EDU (grande Camera), sent., 15/11/2016, A e B c. Norvegia, ric. n. 24130/11 e 29758/11, con nota di F. VIGANÒ, *La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2016.

- d) nei due procedimenti deve essere garantita una collaborazione tra le Autorità in modo tale da impedire la duplicazione nella raccolta delle prove;
- e) la sanzione complessivamente irrogata sia proporzionale al disvalore sociale della condotta ed all'entità delle sue conseguenze, dovendosi prevedere un meccanismo di compensazione delle sanzioni irrogate nei diversi procedimenti.

Proprio tale ultimo aspetto, nella disciplina nazionale, è stato “garantito”, seppur con qualche perplessità con riguardo alle sanzioni detentive⁶⁰, dall'introduzione dell'art. 187-*terdecies* T.U.F., il quale prevede che:

«Quando per lo stesso fatto è stata applicata, a carico del reo, dell'autore della violazione o dell'ente una sanzione amministrativa pecuniaria ai sensi dell'articolo 187-*septies* ovvero una sanzione penale o una sanzione amministrativa dipendente da reato: a) l'autorità giudiziaria o la CONSOB tengono conto, al momento dell'irrogazione delle sanzioni di propria competenza, delle misure punitive già irrogate; b) l'esazione della pena pecuniaria, della sanzione pecuniaria dipendente da reato ovvero della sanzione pecuniaria amministrativa è limitata alla parte eccedente quella riscossa, rispettivamente, dall'autorità amministrativa ovvero da quella giudiziaria».

In conclusione, tale norma, quanto meno nell'ipotesi in cui l'ente, dopo essere già stato sanzionato dalla CONSOB ai sensi dell'art. 187-*quinquies* T.U.F., sia chiamato a rispondere anche dell'illecito ex art. 25-*sexies* del D.Lgs 231/2001, sembra risolvere, alla luce delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza sovranazionale, il problema della paventata violazione del principio di *ne bis in idem*.

10. Considerazioni conclusive.

Tirando le somme di quanto sin qui detto, la natura di reato doloso di mera condotta del delitto di *insider trading*, consente di cogliere agevolmente se sia stato commesso nell'interesse o il vantaggio della persona giuridica, rendendo il criterio d'imputazione oggettivo un importante marcatore delle ipotesi in cui l'ente potrebbe essere chiamato a rispondere.

In effetti, l'utilizzo, la divulgazione di informazioni privilegiate o il consiglio di effettuare determinate operazioni può dar luogo ad una contestazione per la società solo qualora quest'ultima benefici della condotta delittuosa o, comunque, sia stata perpetrata nel prevalente interesse della stessa.

D'altronde, la *ratio* del D.Lgs. 231/2001 è quella di reprimere la criminalità d'impresa e, soprattutto, stimolare la prevenzione di detti crimini, coinvolgendo, tramite la sanzione all'ente, gli interessi economici dei soci, tutte

⁶⁰ F. MUCCIARELLI, *Gli abusi di mercato riformati e le persistenti criticità di una tormentata disciplina: Osservazioni a prima lettura sul decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 107*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018.

quelle volte in cui sia stato perseguito l'interesse della persona giuridica o quest'ultima abbia ottenuto un indebito vantaggio dall'illecito.

Al riguardo, è indubbio che un simile sistema abbia dato avvio ad un processo di responsabilizzazione degli enti, i quali diventano, ora, parte attiva nella prevenzione e repressione dei reati, mediante la predisposizione di una *compliance* adeguata.

Prima di entrare nel merito dell'organizzazione aziendale giova fare una precisazione.

In ragione dell'ampiezza dei soggetti che possono commettere il delitto in esame, il reato in questione potrebbe essere realizzato nell'interesse o a vantaggio non solo di società emittenti ma, ad esempio, anche di società di revisione, società di *rating*, società di consulenza, etc.

Invero, tutti gli enti che, a qualsiasi titolo, intrattengono rapporti con una società emittente dovrebbero considerare, nell'attività di *risk assessment*, il pericolo che un tale reato venga commesso da un proprio dipendente per far ottenere vantaggi alla società stessa, adottando, dunque, un congruo apparato organizzativo, corredato di procedure e sanzioni volte ad impedire o, comunque, ridurre notevolmente il rischio di commissione di reati.

A tal fine, la previsione che stabilisce l'esenzione della responsabilità per l'ente che adotti le precauzioni stabilite agli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001 è un importante sprono per le società, che avranno l'onere di adottare un modello organizzativo e di gestione e dotarsi di un organismo di vigilanza efficiente ed imparziale, per evitare di incorrere nelle importanti sanzioni pecuniarie previste.

Oltretutto, poiché in tema di colpevolezza dell'ente si applicano i criteri penalistici di accertamento della colpa, sarà necessario indagare anche fino a che punto è esigibile la condotta richiesta all'ente, in ragione, soprattutto, dell'evoluzione scientifica del tempo.

Sebbene sia lapalissiano che il mancato adeguamento a quanto prescritto dal Legislatore, oltre ad essere indice di un *deficit* di organizzazione dell'ente, confligge con quanto esatto dalla norma, è opportuno accennare brevemente al contenuto del modello organizzativo e di gestione.

Quest'ultimo ha un ruolo di primaria importanza nell'assetto organizzativo di ogni impresa e, per essere tale, oltre ad essere adottato ed efficacemente attuato, deve prevedere un idoneo sistema di prevenzione di commissione dei reati presupposto.

A tal fine, il modello deve essere adeguato al *core business* della società ed alla sua organizzazione e, tramite una mappatura dei rischi, individuare, in ragione dell'organigramma societario, le aree maggiormente a rischio in relazione ad ogni categoria di reato presupposto.

Come detto, le società in cui vi è un maggior pericolo di commissione del delitto di *insider trading* sono quelle che operano nei mercati finanziari e, in particolare, le società emittenti e le persone giuridiche che con questi hanno contatti professionali.

Più segnatamente, tra le aree maggiormente a rischio vi è sicuramente quella dirigenziale, con particolare riguardo agli organi gestionali – Consiglio di amministrazione, amministratore unico, amministratore delegato, etc. – che hanno il potere di deliberare l’acquisizione o vendita di strumenti finanziari, per conto e nell’interesse della società cui fanno parte, in ragione delle informazioni privilegiate possedute.

Ulteriore questione riguarda le condotte di *tipping* e *tuyautage*.

Sebbene possa apparire difficile che la semplice divulgazione di un’informazione *price sensitive*, ovvero il consiglio reso a terzi circa il compimento di un investimento, possa produrre un vantaggio patrimoniale per l’ente, potrebbe ben avvenire che grazie a questo consiglio o a questa divulgazione ci si sia assicurati un beneficio – solo indirettamente patrimoniale – per la società.

In tale ipotesi, accogliendo la tesi dell’alternatività dei criteri d’imputazione oggettiva, la comunicazione o il suggerimento potrebbero essere stati resi nell’interesse della società ovvero affinché la stessa ottenga indebiti vantaggi.

Pertanto, anche queste condotte dovranno essere oggetto di apposita valutazione nella predisposizione delle procedure interne al modello.

Con specifico riferimento al reato di abuso d’informazioni privilegiate, il modello organizzativo dovrebbe, quantomeno, contenere procedure che assicurino la tracciabilità dell’informazione, la segregazione della stessa e, soprattutto, che siano tali da garantire il costante controllo sulla circolazione dell’informazione privilegiata.

Inoltre, non può sottacersi che la costante innovazione tecnologica ha portato alla diffusione di *software* di intelligenza artificiale che vengono utilizzati anche nel settore finanziario.

È, dunque, opportuno, in ragione di un generale principio di precauzione, che l’impresa valuti anche i rischi che possano derivare dall’impiego di tali sistemi, con particolare riguardo alla commissione di reati di *market abuse*. Infatti, il *software* ben potrebbe essere utilizzato per “mascherare” l’illiceità di alcune operazioni la cui fruttuosità è determinata, appunto, dalla programmazione dell’algoritmo in ragione delle informazioni privilegiate possedute.

In conclusione, ogni società deve dotarsi di un modello organizzativo adattato al proprio *core business* e all’organizzazione societaria nonché di un organismo di vigilanza imparziale che possa verificare l’adeguatezza delle procedure, anche in funzione dell’evoluzione tecnologica, proponendo le opportune modifiche e sollecitando le dovute precauzioni per impedire che tali reati possano essere commessi.

Solo con il rispetto di questi accorgimenti e con un continuo monitoraggio dei rischi potrà essere riconosciuta quella diligenza organizzativa, richiesta all’ente dal Legislatore, per evitare il sorgere di una responsabilità dipendente dal reato presupposto.

SOSPENSIONE DEL PROCESSO E MESSA ALLA PROVA PER ADULTI: TRA PATOLOGIE DEL SISTEMA, NODI INTERPETATIVI E “RIFORMA CARTABIA”

Ottavia Murro*

Sommario: 1. Dalle patologie del sistema sanzionatorio al *probation* per adulti. – 2. Inquadramento sistematico. – 3. Grovigli interpretativi: il programma trattamentale è una crtipo-condanna? – 4. La dilatazione dell’ambito di operatività: tra giurisprudenza e Riforma Cartabia. – 5. Un istituto nel solco della giustizia riparativa. – 6. Il *restyling* della messa alla prova: la mediazione penale nel programma di trattamento. – 7. La messa alla prova nella “logica economica” del processo penale.

ABSTRACT

Il presente contributo analizza l’istituto della messa alla prova alla luce delle modifiche introdotte dalla Riforma Cartabia che, lungo la traiettoria dell’efficienza processuale, ha inciso – tra le varie cose – anche sul *probation* per adulti. L’Autrice, nel ripercorrere i tratti salienti dell’istituto e le principali criticità operative, evidenzia come queste abbiano, poi, guidato la mano del legislatore riformatore che ha introdotto un vero e proprio *restyling* della messa alla prova. L’analisi si sposterà, infine, sul rapporto tra il rito speciale in questione e la logica economica del processo penale.

This paper analyzes the institution of probation, reinterpreting it in light of the changes introduced by the Cartabia Reform, which, along the lines of procedural efficiency, has impacted—among other things—adult probation. The author, retracing the institution’s salient features and its main operational challenges, highlights how these subsequently guided the reformist legislator, who introduced a genuine redesign of probation. The analysis will then focus on the relationship between this special procedure and the economic logic of criminal proceedings.

1. Dalle patologie del sistema sanzionatorio al *probation* per adulti.

La messa alla prova, introdotta dalla l. 67/2014, è – come noto – strutturata sull’esigenza di individuare soluzioni alternative sia alla pena, sia al processo,

* Ricercatore Diritto Processuale Penale, Università Telematica Pegaso.

ispirandosi al principio di residualità della sanzione penale e di minor sacrificio possibile della libertà personale¹.

Più ampiamente, le radici dell'istituto appaiono radicate nella patologia del sistema sanzionatorio e nello iato strutturale tra il modello costituzionale della pena rieducativa e la sua concreta attuazione², atteso che la funzione afflittiva e selettiva della reclusione continua a prevalere sulla dimensione di reinserimento sociale³. Non a caso si è sostenuto che la rieducazione rischia spesso di ridursi a mera formula retorica, ad una sorta di «ipocrisia istituzionale»⁴.

A ben osservare, quindi, la patologia della pena sembra essere strettamente connessa al permanere di un assetto in cui il carcere resta il fulcro del sistema e risulta, comunque, caratterizzato da una sostanziale incapacità di attivare percorsi stabili di lavoro, formazione, risocializzazione, in contraddizione con il volto umanistico⁵ che la Costituzione assegna alla pena⁶.

¹ L'istituto è stato introdotto, come noto, dalla l. 28 aprile 2014, n. 67, che ha inserito nel codice di rito il titolo V *bis* del libro VI, importando il modello della sospensione del processo con messa alla prova previsto per i minorenni (artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448 e art. 27 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 272). Per un commento sulla novella, tra i molti, R. BARTOLI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova: una goccia deflattiva nel mare del sovrappioppamento?*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 661; E. BOT, *La mappa del provvedimento*, in *Guida dir.*, n. 21/2014, 54; F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione: sospensione del procedimento con messa alla prova dell'imputato maggiorenne e l'archiviazione per particolare tenuità del fatto*, in *Cass. pen.*, 2012, 7; R. DE VITO, *La scommessa della messa alla prova dell'adulto*, in *Quest. giust.*, n. 6/2013; A. MARANDOLA, *La messa alla prova dell'imputato adulto: ombre e luci di un nuovo rito speciale per una diversa politica criminale*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 676; volendo, O. MURRO, *Messa alla prova per l'imputato adulto: prime riflessioni sulla Legge n. 67/2014*, in *Studium Iuris*, 2014, 1264; G. TABASCO, *La sospensione del procedimento con messa alla prova degli imputati adulti*, in *Arch. pen.*, 2015, 1; F. VIGANÒ, *Sulla proposta legislativa in tema di sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1300.

² Il tema è affrontato ampiamente da E. DOLCINI, *Patologie del sistema sanzionatorio penale e principio della rieducazione del condannato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 414.

³ «La battaglia per l'affermazione dell'idea di rieducazione... è... appena iniziata. Certamente questa grande idea-forza si è rivelata, appena si è cominciato a cercare di porla in opera, enormemente lontana dalla realtà umana e sociale della nostra epoca», così G. VASSALLI, *Il dibattito sulla rieducazione (in margine ad alcuni recenti convegni)*, in *Rass. penit. crim.*, 1982, 437. Evidenza lo scostamento profondo tra pena ideale e pena reale, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, voce, in *Nss. dig. it.*, vol. XIV, 1973, ora in *Scritti di diritto penale*, vol. I, t. I, 1997, 541, nonché ID., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione e aspetti costituzionali*, 1965, ora in *Scritti di diritto penale, Opere monografiche*, 2000, 511.

⁴ Così, L. FERRAJOLI, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, 2024, 209. L'A. si dice «convinto che il principio liberale del rispetto della dignità della persona debba escludere le finalità correzionali della pena, pur stabilite dall'art. 27, 3° comma della Costituzione italiana»; dunque: «mezzi e fini - flessibilità della pena e finalità rieducative - sono gli uni e gli altri, a mio parere, illiberali».

⁵ Sul tema, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014.

⁶ Sulla specifica questione, si rinvia a E. FASSONE, *La pena detentiva in Italia dall'800 alla riforma penitenziaria*, Bologna, 1980, 288, ove l'A. osserva che «se rieducazione vuol dire... motivare una persona in modo autonomo e durevole verso obiettivi accettati come validi, è sorprendente che

In tale scenario, nel silenzio normativo, ad avvicinare la pena reale al suo volto costituzionale⁷ è stata la stessa Consulta con i preziosi interventi in tema di principio di proporzionalità della pena⁸ e finalità della sanzione detentiva⁹.

si voglia motivare il detenuto ad una vita di lavoro di responsabilità e di partecipazione, senza offrirgli mai né queste né quello; che gli si chieda, insomma, di credere in ciò che non può sperimentare».

⁷ In tema, A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Dir. pen. cont.*, 10 giugno 2014; D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in questa *Rivista*, 2016, 641. Più di recente, M. CARTABIA, *Prefazione a C. DANUSSO, E. DOLCINI, D. GALLIANI, F. PALAZZO, A. PUGIOTTO, M. RUOTOLO, Ergastolo e diritto alla speranza. Forme e criticità del "fine pena mai"*, 2024, XI.

⁸ La Corte Costituzionale, vagliando la disciplina del concorso di circostanze, ha largamente ridisegnato il trattamento sanzionatorio della recidiva reiterata (art. 99 co. 4 c.p.), che la legge ex Cirielli aveva portato a livelli di irragionevole asprezza. Ed infatti, con la sent. n. 141/2023, ha dichiarato illegittimo il divieto di prevalenza sulla recidiva reiterata dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità nei delitti contro il patrimonio. Per un commento alla sentenza si rinvia a I. MERENDA, *Recidiva reiterata e giudizio di bilanciamento nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Verso un definitivo superamento del meccanismo della blindatura previsto dall'art. 69 co. 4 c.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1486. Sempre facendo leva sul principio di proporzionalità della pena, con la sent. n. 197/2023, la Corte ha dichiarato l'illegittimità del divieto di prevalenza della circostanza attenuante della provocazione (art. 62 n. 2 c.p.) e delle attenuanti generiche (art. 62-bis c.p.) sulle aggravanti dell'omicidio doloso che comportano la pena dell'ergastolo, ex art. 577, co. 3 c.p. Commenta la sentenza V. DE GIOIA, *Omicidi in famiglia: incostituzionale il divieto posto dal codice rosso di diminuire la pena in presenza di circostanze attenuanti*, in *Riv. pen.*, 2023, 1013). Ha inoltre ulteriormente contribuito a circoscrivere l'area applicativa della pena perpetua, dopo che, con le ordinanze n. 97/2021 e n. 122/2022, aveva imposto al legislatore di intervenire sull'ergastolo ostativo, prevedendo alcune possibilità di accesso alle misure alternative e ai benefici penitenziari da parte del condannato per un delitto di cui all'art. 4-bis co. 1, ord. penit. anche in assenza di collaborazione con la giustizia. Sulla specifica questione si veda E. DOLCINI, *L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti*, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021. Non solo. La sent. n. 10/2024, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1190, con nota di A. MENGHINI, *Affettività e sessualità in carcere: una questione di dignità*, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18 co. 3 ord. penit., nella parte in cui prevede controlli a vista sui colloqui in carcere da parte del personale di custodia.

⁹ Nella pronuncia relativa al trattamento sanzionatorio dei delitti di produzione e traffico di stupefacenti (C. Cost., sent. n. 179/2017, in *Dir. pen. cont.*, 18 febbraio 2019, con nota di R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio tra "rime obbligate" e discrezionalità? Prospettabile una terza via.*), la Corte ha affermato che la pena deve tendere alla rieducazione «da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue»; aggiungendo che «i principi di cui agli artt. 3 e 27 Cost., esigono di contenere la privazione della libertà e la sofferenza inflitta alla persona umana nella misura minima necessaria e sempre allo scopo di favorirne il cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale».

Per un quadro della giurisprudenza della Corte costituzionale sul tema, può vedersi E. DOLCINI, *La pena nell'ordinamento italiano, tra repressione e prevenzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 383; C. BRAY, *La Corte costituzionale salva la pena minima di 8 anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi ad oggetto le droghe pesanti*, *ivi*, 18 marzo 2019.

Ugualmente significativo è il contributo della Corte EDU, con le pronunce sul sovraffollamento carcerario¹⁰ e sull'ergastolo¹¹.

In questo perimetro argomentativo, strettamente connesso alla crisi della pena nel sistema processual-penalistico nostrano, si è sviluppato l'istituto della sospensione del processo con messa alla prova che ha lo scopo (quantomeno in potenza) di valorizzare il paradigma reattivo-premiale, al fine di conseguire un sostenibile equilibrio del sistema di giustizia penale attraverso percorsi di rieducazione, risocializzazione e riparazione¹².

2. Inquadramento sistematico.

È ormai noto come la messa alla prova costituisca un rito alternativo al processo, essendo connotata da un'intrinseca dimensione processuale¹³ e rappresentando, di fatto, «un nuovo procedimento speciale, alternativo al giudizio»¹⁴. L'istituto si pone, dunque, in radicale alternativa alla celebrazione di ogni tipologia di giudizio di merito e si concretizza in un percorso alternativo rispetto all'accertamento giudiziale penale, finalizzato alla risocializzazione e rieducazione dell'imputato¹⁵. A ben vedere, esso svolge una funzione

¹⁰ Il riferimento è alla nota sentenza Corte e.d.u., *Torreggiani c. Italia* (8 gennaio 2013) che condannava l'Italia per violazione del divieto di trattamenti inumani o degradanti ex art. 3 Cedu e dava impulso a una serie di misure di deflazione penitenziaria. Per un commento, tra i tanti, F. VIGANÒ, *Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2013.

¹¹ Con la sentenza Corte e.d.u. *Viola c. Italia* 22, pronunciata il 13 giugno 2019, la Corte, ha ritenuto che «l'ergastolo ostativo restringa eccessivamente la prospettiva di liberazione dell'interessato e la possibilità di riesame della sua pena», e condannava l'Italia per violazione del principio di umanità della pena ex art. 3 Cedu. In dottrina, D. GALLIANI, A. PUGIOTTO, *L'ergastolo ostativo non supera l'esame a Strasburgo (A proposito della sentenza Viola v. Italia n. 2)*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 6 agosto 2019; M. PELISSERO, *Verso il superamento dell'ergastolo ostativo: gli effetti della sentenza Viola c. Italia sulla disciplina delle preclusioni in materia di benefici penitenziari*, in *www.sidiblog.org*, 14 giugno 2019.

¹² Sulla questione, R. BARTOLI, *Dal paradigma punitivo reattivo al paradigma punitivo reattivo-premiale. Secondo studio per un affresco*, in *Sist. pen.*, 29 marzo 2021; nonché, volendo, sullo specifico rapporto tra messa alla prova e condotte riparatorie, O. MURRO, *Condotte riparatorie ed estinzione del reato*, Milano-Padova, 2016, *passim*.

¹³ La giurisprudenza ha anche sottolineato la natura "ibrida" e "bivalente" della messa alla prova che risulta caratterizzata da una duplice dimensione, sostanziale e processuale, poiché dà luogo all'estinzione del reato in caso di esito positivo della prova e, nel contempo, risulta connotata anche da una dimensione processuale, essendo un vero e proprio procedimento speciale, alternativo al giudizio e alla pena. In tema, tra le molte, Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 2016, CED Cass. Rv. 266387.

¹⁴ C. cost., 17 ottobre 2015, n. 240, in *Giur. cost.*, 2015, 2196, con nota di O. MAZZA, *Il regime intertemporale della messa alla prova*.

¹⁵ Più nel dettaglio, la giurisprudenza di legittimità ha precisato, a più riprese, come lo spirito della disciplina della messa alla prova è quello di riconoscere agli imputati la possibilità di procedere ad una risocializzazione e comunque di accedere ad un procedimento di rieducazione in conformità con il disposto dell'art. 27 Cost., comma 3 (*ex multis*, Cass. pen., sez. III, 12 marzo 2015, A., CED Cass., n. 263125).

di deflazione e di de-carcerizzazione, conferendo al processo e alla pena un ruolo di *extrema ratio*, limitato alle sole ipotesi di esito negativo della prova¹⁶.

Tuttavia, la deflazione non rappresenta l'unico scopo dell'istituto qui in esame, atteso che lo spirito della disciplina della messa alla prova è quello di riconoscere agli imputati la possibilità di procedere ad una risocializzazione e comunque di accedere ad un percorso di rieducazione, in conformità al disposto dell'art. 27 Cost., comma 3¹⁷.

Di conseguenza, tra le principali funzioni del *probation* vi è quella di favorire il recupero dell'autore del reato, attraverso un percorso alternativo alla pena¹⁸.

In tale prospettiva, si possono cogliere le coordinate tipiche della messa alla prova: essa è un istituto di matrice risocializzante e rieducativa, atteso che all'indagato/imputato viene offerto un percorso alternativo al processo e alla pena, che prevede il suo coinvolgimento attivo attraverso comportamenti finalizzati alla riparazione, al confronto con la vittima del reato e al lavoro di pubblica utilità. Queste caratteristiche permettono all'istituto di delineare i tratti di quel modello di giustizia meno repressivo, alternativo al processo e basato su un paradigma rieducativo, riabilitativo e conciliativo¹⁹.

¹⁶ In particolare, la messa alla prova si colloca nel quadro di profondo ripensamento del sistema processuale e sanzionatorio proteso a favorire il ricorso a sanzioni non penali o comunque alternative alla detenzione e a introdurre un più efficace meccanismo di doppio binario processuale, ispirato a modalità alternative di definizione degli affari penali. Invero, l'istituto è espressione di una visione sistemica non più carcerocentrica, ma, soprattutto, finalizzata alla riduzione attraverso un percorso riparativo, rieducativo e risocializzante. Per un approfondimento, si rinvia a G. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *Leg. pen.*, 1° giugno 2021.

¹⁷ Cass. pen., sez. III, 12 marzo 2015, A., in *CED Cass.*, n. 263125.

¹⁸ Tra le molte, Cass. pen., sez. IV, 26 novembre 2015, Q., *CED Cass.*, n. 266299; si è affermato, infatti che «l'istituto in esame si configura come una peculiare forma di definizione alternativa del procedimento, attraverso la previsione di un ulteriore rito speciale, che sicuramente persegue un obiettivo di deflazione ma che trova la sua *ratio* nell'esigenza di configurare anche un sistema che vuole porsi come mezzo di tutela sostanziale dei beni giuridici lesi, più che come astratto ed indefettibile meccanismo retributivo conseguente alla commissione del reato» e «l'esigenza di rieducazione del condannato così come indicata nel comma 3 dell'art. 27 della Carta Costituzionale rappresenta un beneficio non solo per l'imputato, ma per la collettività e l'essenza dell'istituto in esame non può certo ricollegarsi al solo fatto materiale di consentire all'imputato di vedere estinto il reato del quale è chiamato a rispondere, ma ha radici ben più profonde (e nobili), che tendono all'eradicazione completa delle tendenze di condotta antiggiuridica del soggetto». In dottrina, R. MUZZICA, *La sospensione del processo con messa alla prova per gli adulti: un primo passo verso un modello di giustizia riparativa?*, in *Processo penale e giustizia*, 2015, 3, 375. Più ampiamente, sul concetto di *restorative justice*, F. PALAZZO, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva*, in AA.VV., *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, a cura di G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, Bologna, 2015, 78.

¹⁹ Sulla specifica questione, F. FIORENTIN, *Punizione o riparazione? La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: luci e ombre nella prospettiva della riforma "Cartabia"*, in *Dir. pen. uomo*, 6 ottobre 2021; G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e Costituzione*, in *Arch. pen.*, 2015, 2, 725, secondo il quale «non sono estranei scopi deflativi e decarcerizzanti, che si accompagnano a quelli più tipicamente riparativi e risocializzanti, collegati all'ambito concet-

Ratio di fondo dell'istituto è, dunque, «l'eradicazione completa delle tendenze di condotta anti-giuridica del soggetto»²⁰. Diversamente detto, la messa alla prova può rappresentare un beneficio non solo per l'imputato, ma per la collettività, inserendosi – come si vedrà nel prosieguo – nel solco della giustizia riparativa.

3. Grovigli interpretativi: il programma trattamentale è una cripto-condanna?

La messa alla prova ha, sin dalla sua introduzione, aperto numerose questioni interpretative circa la sua natura (rito premiale o cripto condanna), i cui nodi sono stati, almeno in parte, dissipati dalla giurisprudenza.

A ben vedere, i primi commentatori dell'istituto, già dall'analisi progetto di legge²¹, hanno osservato come «la sospensione del processo penale condizionata alla prestazione del lavoro di pubblica utilità [avrebbe finito] per tradursi in una cripto-condanna concordata a pena sostitutiva, di dubbia compatibilità con il principio *nulla poena sine iudicio*»²², atteso che nel programma di trattamento è previsto il lavoro di pubblica utilità che viene, però, eseguito in assenza di una sentenza di condanna²³.

In senso contrario, si è invece ritenuto che la condivisione da parte dell'imputato del programma trattamentale e, nel contempo, la manifestazione del consenso in tutte le fasi del *probation*, rendessero il lavoro di pubblica utilità (e l'intero programma di messa alla prova) sicuramente non assimilabile ad un provvedimento sanzionatorio²⁴.

Considerazioni alle quali ha aderito anche la Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità del nuovo istituto con il principio della presunzione di non colpevolezza (*rectius* di innocenza)²⁵. La messa alla prova, infatti, pare collocarsi tra quei procedimenti diversi ma pur sempre rispettosi del dettato costituzionale, ponendosi – alla stregua del patteggiamento

tuale della conciliazione con la persona offesa e della mediazione». Sul ruolo della giustizia riparativa nello scenario processual-penalistico italiano, V. GREVI, *Rapporto introduttivo su "diversion" e "mediation"*, in *Rass. pen. crim.*, 1983, 1, 52.

²⁰ Cass. pen., sez. II, 12 marzo 2015, *CED Cass.*, n. 263125.

²¹ F. VIGANÒ, Sulla proposta legislativa in tema di sospensione, cit., 1302.

²² Così, F. CAPRIOLI, *Due iniziative di riforma nel segno della deflazione*, cit., 7; A. SANNA, *L'istituto della messa alla prova: alternativa al processo o processo senza garanzie?*, in *Cass. pen.*, 2015, 1262.

²³ Tra gli autori che hanno manifestato perplessità sulla compatibilità costituzionale dell'istituto, R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. CONSO, V. GREVI, M. BARGIS, Padova, 2014, 748; P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, in AA.VV., *Strategie di deflazione penale e rimodulazioni del giudizio in absentia*, a cura di DANIELE, PAULESU, Torino, 2015, 187.

²⁴ G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento*, cit., 4.

²⁵ C. cost., 27 aprile 2018, n. 91, in *Cass. pen.*, 2018, 3186, con nota di V. MAFFEO, *Novità sistematiche in tema di messa alla prova. Per una riconsiderazione, costituzionalmente compatibile, del rapporto tra pena e processo*.

mento – come un «modello di accertamento meno articolato, ma pur sempre adeguato a soglie di cognizione non fittizia»²⁶.

Argomentazioni che hanno portato la Consulta a ritenere che «se nel procedimento di messa alla prova manca una condanna, è anche vero che correlativamente manca un'attribuzione di colpevolezza: nei confronti dell'imputato e su sua richiesta viene disposto un trattamento alternativo alla pena che invece sarebbe stata applicata nel caso di un'eventuale condanna»²⁷. Ed infatti, «con riferimento alla mancanza di un formale accertamento di responsabilità e di una specifica pronuncia di condanna, la sospensione del procedimento con messa alla prova può essere assimilata all'applicazione della pena su richiesta delle parti [...], perché entrambi i riti speciali si basano sulla volontà dell'imputato che, non contestando l'accusa, in un caso si sottopone al trattamento e nell'altro accetta la pena»²⁸.

L'istituto in esame si pone, evidentemente, come peculiare tale da non consentire un riferimento nei termini tradizionali alle categorie costituzionali penali e processuali, perché il carattere innovativo della messa alla prova segna un ribaltamento dei tradizionali sistemi di intervento sanzionatorio²⁹: lo stato rinuncia alla potestà punitiva in caso di buon esito di un periodo di prova controllata ed assistita³⁰.

²⁶ F. PERONI, *Patteggiamento e revisione: logica negoziale ed esigenze di giustizia sostanziale a confronto*, in *Cass. pen.*, 1999, 457.

²⁷ C. cost., 27 aprile 2018, n. 91, cit.

²⁸ C. cost., 27 aprile 2018 n. 91, cit. La Consulta ha precisato che «anche il patteggiamento è stato sospettato di illegittimità costituzionale, sostenendosene il contrasto con la presunzione di non colpevolezza contenuta nell'art. 27, secondo comma, Cost., ma questa Corte con più decisioni ha ritenuto la questione priva di fondamento (sentenza n. 313 del 1990; ordinanza n. 399 del 1997)». Ed infatti, si può escludere che nel procedimento previsto dall'art. 444 c.p.p. «vi sia un sostanziale capovolgimento dell'onere probatorio, contrastante con la presunzione d'innocenza contenuta nell'art. 27, comma 2, della Costituzione». Nel nuovo ordinamento giuridico-processuale, si legge nella sentenza, «è preponderante l'iniziativa delle parti nel settore probatorio: ma ciò non immuta affatto i principi, nemmeno nello speciale procedimento in esame, dove anzi il giudice è in primo luogo tenuto ad esaminare *ex officio* se sia già acquisita agli atti la prova che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso. Dopodiché, risultando negativa questa prima verifica, se l'imputato ritiene di possedere elementi per l'affermazione della propria innocenza, nessuno lo obbliga a richiedere l'applicazione di una pena, ed egli ha a disposizione le garanzie del rito ordinario. In altri termini, chi chiede l'applicazione di una pena vuol dire che rinuncia ad avvalersi della facoltà di contestare l'accusa, senza che ciò significhi violazione del principio di presunzione d'innocenza, che continua a svolgere il suo ruolo fino a quando non sia irrevocabile la sentenza (sentenza n. 313 del 1990)». Critico su tale approdo della Consulta, A. PASTA, *Sospensione del procedimento con messa alla prova e "rieducazione degli imputati": commiato dalla semantica e dalla logica dualista del processo*, in *Cass. pen.*, 2019, 2326.

²⁹ Sez. un., 31 marzo 2016, n. 36272, cit., ove si legge in sentenza, infatti, che la messa alla prova *scopi specialpreventivi in una fase anticipata*, in cui viene «infranta» la sequenza *cognizione-esecuzione della pena*, in funzione del raggiungimento della *risocializzazione del soggetto*.

³⁰ C. cost., n. 240 del 2015, cit.

4. La dilatazione dell'ambito di operatività: tra giurisprudenza e Riforma Cartabia.

La giurisprudenza di legittimità si è subito confrontata con numerose questioni che il dettato normativo aveva lasciato aperte, non a caso la messa alla prova ha interessato – sin dalla sua introduzione – sia la giurisprudenza di legittimità, nella sua più autorevole composizione, sia il Giudice delle Leggi, chiamato più volte a confrontarsi con la compatibilità dell'istituto con la Carta Costituzionale.

Più nel dettaglio, uno dei temi che ha maggiormente interessato le Corti è quello relativo all'ambito di operatività del *probation*. Ed infatti, in riferimento al limite di pena edittale, previsto dall'art. 168-*bis* c.p., la prima esperienza applicativa aveva posto il problema delle circostanze aggravanti e, in particolare, per quelle per le quali la legge prevede una pena diversa da quella ordinaria o per le circostanze ad effetto speciale. Sul punto, il dibattito giurisprudenziale aveva fatto emergere due indirizzi contrapposti³¹, culminati

³¹ Secondo un primo orientamento, si era ritenuto che il limite edittale dovesse determinarsi tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle a effetto speciale. Ed infatti, si era affermato che «quando si procede per reati diversi da quelli nominativamente individuati per effetto del combinato disposto dagli artt. 168-*bis*, primo comma, c.p., e 550, comma secondo, c.p.p., il limite edittale, al cui superamento consegue l'inapplicabilità dell'istituto, si determina tenendo conto delle aggravanti per le quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale». Tale criterio, secondo i giudici di legittimità, «risponde ad una interpretazione sistematica che rispetta la *voluntas legis* – desumibile dal rinvio operato dall'art. 168-*bis*, comma 1, c.p. all'art. 550, comma secondo, c.p.p. – di rendere applicabile la messa alla prova a tutti quei reati per i quali si procede con citazione diretta a giudizio dinanzi al giudice in composizione monocratica» (così, Cass. pen., sez. VI, 6 maggio 2015, *CED Cass. Rv. 265484*; Cass. pen., sez. VI, 30 giugno 2015, F., *CED Cass. Rv. 264045*). Per altro verso, si era profilata la tesi contrapposta secondo cui, per il limite di pena, deva prescindere dalla contestazione di circostanze aggravanti, ivi comprese quelle per le quali la legge ha previsto una pena di specie diversa e dalle circostanze a effetto speciale. Ed infatti, la *ratio* deflattiva perseguita dal legislatore costituisce la conferma che il dato normativo debba essere interpretato secondo il suo tenore letterale. Dunque, l'art. 168-*bis*, comma 1, c.p., condiziona l'applicabilità dell'istituto della messa alla prova richiamando i reati puniti con la sola pena pecuniaria o con pena detentiva non superiore nel massimo ad anni quattro, escludendo, sul piano letterale, ogni esplicito riferimento alla possibile incidenza sul tema di eventuali aggravanti. Più nel dettaglio, i giudici di legittimità hanno chiarito che laddove il legislatore ha voluto che si tenesse conto delle circostanze aggravanti lo ha espressamente previsto: si consideri l'art. 4 c.p.p., che in punto di competenza, fa esplicito riferimento alla incidenza da ascrivere alle aggravanti che prevedono una pena di specie diversa ed a quelle ad effetto speciale; ancora, l'art. 157 c.p., che, in materia di prescrizione, a tali aggravanti fa esplicito riferimento ai fini della determinazione del dato edittale nell'ottica volta ad individuare la lunghezza del tempo utile alla estinzione del reato; anche l'art. 278 c.p.p., avuto riguardo alla determinazione delle pene agli effetti dell'applicazione delle misure cautelari; così anche la recente disciplina della non punibilità per particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131-*bis* c.p., introdotto dal D.Lgs. 16 marzo 2015, n. 28, art. 1. Pertanto, l'esigenza di garantire effettività alla funzione deflattiva perseguita con la *probation* rappresenta un momento di assoluta pregnanza della novella «tanto da dover essenzialmente guidare l'interprete nella puntuale individuazione dei fondamenti oggettivi

nella decisione delle Sezioni unite³² che – intervenute a poco più di un anno dall'introduzione dell'istituto – avevano chiarito come per i reati per i quali è ammessa la sospensione del procedimento con messa alla prova, occorre aver riguardo esclusivamente alla pena edittale massima prevista per la fattispecie base, prescindendo dalla contestazione delle circostanze aggravanti, ivi comprese quelle per la quali la legge prevede una pena di specie diversa da quella ordinaria del reato e di quelle ad effetto speciale.

La Corte Costituzionale, sollecitata con particolare frequenza dai giudici comuni, ha più volte individuato anche i vuoti normativi incompatibili con il diritto di difesa, in riferimento, all'ambito di operatività del rito speciale. All'uopo si richiamano le pronunce della Consulta con riguardo all'art. 460, comma 1, lett. e) c.p.p., dichiarato illegittimo nella parte in cui non prevede che il decreto penale di condanna contenga l'avviso della facoltà dell'imputato di chiedere, mediante l'opposizione, la sospensione del procedimento³³; ovvero in riferimento all'art. 517 c.p.p., censurato nella parte in cui, in seguito alla nuova contestazione di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà dell'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova³⁴. Ed ancora, è stata ritenuta lesiva del diritto di difesa anche l'art. 464-*bis* comma 2 e 521 comma 1 c.p.p. nella parte in cui tali disposizioni non prevedono la possibilità di disporre la sospensione del procedimento con messa alla prova ove, in esito al giudizio, il fatto di reato venga, su sollecitazione del medesimo imputato, diversamente qualificato dal giudice, così da rientrare in uno di quelli contemplati dal primo comma dell'art. 168-*bis* c.p.³⁵.

dell'istituto. Ciò, dunque, prescindendo dal limite edittale dei quattro anni di reclusione che, pure, per la citazione diretta, costituisce il momento edittale di riferimento generale; e procedendo ad una modifica resa in ossequio alle sollecitazioni critiche pervenute in esito alla propalazione del testo originario, atteso che il mero limite edittale rendeva poco competitivo l'istituto soprattutto in ragione della concorrenza che in concreto poteva realizzarsi con la sospensione condizionale della pena» (Cass. pen., sez. II, 14 luglio 2015, A., *CED Cass.*, n. 264154; Cass. pen., sez. IV, 10 luglio 2015, J.R., *CED Cass.*, n. 264325).

³² Il Supremo Consesso ha, infatti, ritenuto che l'art. 168-*bis* c.p., seppure seleziona i reati in base a un duplice criterio, quantitativo e qualitativo, non contiene alcun riferimento alla possibile incidenza di eventuali aggravanti al fine di identificare i reati che possono essere ricompresi nell'ambito dell'istituto della messa alla prova (Cass. pen., sez. un., 1° settembre 2016, S., *CED Cass.*, n. 267238).

³³ C. cost., 21 luglio 2016, n. 201, in *Giur. it.*, 2017, 487, con di, volendo, O. MURRO, *Primi profili di incostituzionalità per la messa alla prova per adulti*; nonché in *Giur. cost.*, 1422, con nota di P. SPAGNOLO, *Il diritto dell'imputato ad essere informato sulle alternative processuali: la Corte Costituzionale riduce, ma non elimina le asimmetrie*.

³⁴ C. cost., 5 luglio 2018, n. 141, in *Guida dir.*, 2018, f. 32, 54. Per un commento v. A. ZAPPULLA, *La prima (ma non ultima) pronuncia d'incostituzionalità in tema di modifica dell'imputazione e messa alla prova*, in *Dir. pen. contemp.*, 2018, n. 10, 241.

³⁵ C. cost., 29 maggio 2019, n. 131, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, 1709, con nota di G. FIORELLI, *Riqualificazione giuridica del fatto e messa alla prova, al vaglio della Consulta*.

Breve *excursus* che, seppure non esaustivo, lascia trapelare come, nel tempo, la giurisprudenza abbia offerto «una lettura costituzionalmente orientata delle diverse disposizioni censurate, in grado di conservare l'armonia del sistema e garantire un quadro coerente con il *favor* legislativo mostrato nei confronti delle forme anticipate di definizione del processo»³⁶.

Più nel dettaglio, l'inclinazione dei giudici è sempre apparsa protesa ad ampliare il perimetro operativo del meccanismo di *probation*³⁷, in modo da conferire all'istituto una sempre maggiore rilevanza alla funzione special-preventiva dell'istituto.

In tale scenario, il D.Lgs. 150/2022 (meglio noto come Riforma Cartabia) sembra aver colto l'esigenza di estendere il perimetro di applicabilità della messa in prova, dettando principi e criteri direttivi in senso estensivo. Si va, così, a dilatare l'ambito di applicazione ampliando il novero dei reati a citazione diretta, di cui al riformato art. 550 comma 2, c.p.p. Il risultato è l'estensione della messa alla prova ad ulteriori e specifici reati compresi nell'attribuzione del giudice monocratico che procede all'udienza di comparizione predibattimentale di cui agli artt. 554-*bis* ss. c.p.p.³⁸. Sotto altro profilo, si

³⁶ Così, G. FIORELLI, *Riqualificazione giuridica del fatto*, cit., 1715.

³⁷ Si pensi, ad esempio, alla questione relativa l'ipotesi di nuova contestazione di una circostanza aggravante in dibattimento, in cui la Corte costituzionale, intervenuta sulla questione, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 517 c.p.p. nella parte in cui, a seguito della nuova contestazione in dibattimento di una circostanza aggravante, non prevede la facoltà per l'imputato di richiedere al giudice del dibattimento la sospensione del procedimento con messa alla prova. Il principio affermato è che, quando in dibattimento viene contestata *ex novo* un'aggravante tale da incidere sul trattamento sanzionatorio e sul perimetro applicativo della messa alla prova, l'imputato deve poter esercitare, anche in quella fase, la scelta di attivare l'istituto, al fine di garantire effettività al diritto di difesa e parità di trattamento rispetto a chi si trovi da subito nella medesima situazione (Corte cost., 5 luglio 2018, n. 141, cit.). Ed ancora, ad ampliare la portata applicativa dell'istituto, la Consulta, con la sentenza del 12 luglio 2022, n. 174, ha ritenuto che la sospensione del processo con la messa alla prova può essere concessa una seconda volta quando i reati siano contestati in diversi procedimenti ma siano stati commessi con un'unica azione od omissione o in esecuzione di un unico disegno criminoso. dichiarando parzialmente illegittimo l'articolo 168-*bis*, comma 4, c.p.

³⁸ Tra le numerose fattispecie per le quali può essere richiesta la messa alla prova, rientrano oggi, ad esempio, falsa testimonianza (art. 372 c.p.), evasione aggravata da violenza e minaccia (385 co. 2, prima parte, c.p.), istigazione a delinquere (art. 414 c.p.), atti osceni in luoghi abitualmente frequentati da minori (art. 527 c.p.), bigamia (art. 556 c.p.), violenza o minaccia per costringere a commettere un reato (art. 611 c.p.), violazione di domicilio con violenza sulle cose, alle persone o commessa da soggetto palesemente armato (art. 614 c.p.), danneggiamento in occasione di manifestazioni pubbliche (art. 635 c.p.), etc. l'appropriazione indebita (art. 646 c.p.). Per quanto riguarda i reati previsti da leggi speciali, possono ricordarsi l'istigazione, il proselitismo e l'induzione all'uso illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 82 co. 1 del d.p.r. 9.10.1990 n. 309, c.d. Testo Unico sugli stupefacenti), la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo o il divieto di soggiorno (art. 75 co. 2 del Codice antimafia di cui al d.lgs. 6.9.2011 n. 159), le false attestazioni o certificazioni di presenza del lavoratore dipendente della P.A. (di cui all'art. 55-*quinquies* del Testo Unico sul pubblico impiego di cui al d.lgs. 30.3.2001 n. 165), il reato tributario di omessa dichiarazione (art. 5 del d.lgs. 10.3.2000 n. 74, recante la Nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto). Di-

conferisce anche al pubblico ministero la possibilità di presentare l'istanza di sospensione³⁹.

Il fine appare chiaro: ampliare il raggio di azione di un istituto che, nella sua originaria formulazione, risultava limitato ad una categoria tassativa di delitti che rendeva scarsamente appetibile il ricorso al rito speciale, attesa la concomitanza, in quell'area di illeciti, di plurimi e meno afflittivi istituti premiali⁴⁰.

5. Un istituto nel solco della giustizia riparativa.

Nel disegno riformatore, inaugurato già dalla l. 27 settembre 2021, n. 134 e portato a compimento dalla Riforma Cartabia, la giustizia penale italiana viene riletta come un sistema strutturalmente a più piani⁴¹, nel quale al tradizionale paradigma punitivo si affiancano – senza tuttavia esserne assorbiti – modelli negoziali e modelli riparativi, con una circolazione sempre più fitta tra premialità, giustizia contrattata e giustizia riparativa⁴². L'obiettivo ufficiale

versamente detto, rientrano tutti i delitti che presuppongono l'udienza predibattimentale «puniti con la pena della reclusione non superiore nel massimo a sei anni, anche se congiunta alla pena della multa che si prestino a percorsi risocializzanti o riparatori, da parte dell'autore» (art. 1 co. 22 lett. a l. 134/2021).

³⁹ La Riforma Cartabia, ampliando le maglie dell'art. 141-bis disp. att. c.p.p., ha introdotto, al comma 1-bis, un importante incentivo al ricorso alla messa alla prova e ha attribuito al pubblico ministero un potere propulsivo, pertanto, la fase delle indagini preliminari diventa uno snodo essenziale anche per l'attivazione della messa alla prova.

⁴⁰ Il riferimento è alla particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.) e alle condotte riparatorie (art. 162-ter c.p.). Per un approfondimento in dottrina si rinvia a G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Studium iuris*, 2015, 978; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per la particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659. Inoltre, p.t., M. GAMBARDELLA, *Chi ha paura dell'art. 131-bis c.p.? Sull'applicabilità della nuova causa di non punibilità ai reati di competenza del giudice di pace*, in *Arch. pen.*, 2017, 1; A. MARANDOLA, *Rilievi critici sulla reale capacità deflativa della particolare tenuità del fatto*, in *Studium iuris*, 2018, 15; volendo, O. MURRO, *Condotte riparatorie*, cit., 45; F. PALAZZO, *La non-punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sist. pen.*, 19/12/2019.

⁴¹ Così, F. MAZZACUVA, *La giustizia penale inter pares: logiche di scambio e percorsi di incontro. uno studio a partire dalla "Riforma Cartabia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2025, 674.

⁴² Approfondiscono tali aspetti, tra i molti, G. CANZIO, *Le linee del modello "Cartabia". Una prima lettura*, in *Sist. pen.*, 25 agosto 2021; E. DOLCINI, *Sanzioni sostitutive: la svolta impressa dalla riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 2 settembre 2021; L. EUSEBI, *La pena tra necessità di strategie preventive e nuovi modelli di risposta al reato*, in questa *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 3, 846. Sottolinea le interferenze tra le varie porte di uscita dal circuito punitivo (artt. 131-bis, 162-ter c.p., cause speciali di estinzione nei reati tributari e societari, patteggiamento condizionato a condotte riparatorie), M. ROMANI, *Non punibilità, estinzione del reato, Riforma Cartabia*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2024, p. 438, sottolineando come l'ampliamento della tenuità del fatto rischi di "contaminare" e indebolire il ruolo selettivo di altre fattispecie premiali, se non si chiarisce la gerarchia dei criteri di scelta. Analoga sovrapposizione si registra tra giustizia negoziata e condotte riparatorie condizionanti: il patteggiamento diventa sempre più spesso accessibile solo a fronte di restituzioni o pagamenti integrali (si pensi all'art. 444, comma 1-ter, c.p.p. per i delitti contro la P.A. o all'art. 13-bis d.lgs. 74/2000), «cosicché la "merce di scambio" non è più soltanto la rinuncia al dibattimento, ma un

è l'efficienza (riduzione dei tempi, alleggerimento del carico dibattimentale), ma gli strumenti utilizzati finiscono per ridisegnare in profondità l'area della punibilità, spostando l'accento dal *factum* al *post factum*⁴³.

L'introduzione di una disciplina organica della giustizia riparativa rappresenta, a ben vedere, uno dei pilastri della riforma, la cui definizione si rinviene nell'art. 42 d.lgs. n. 150/2022: essa consiste in un «programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità, di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione delle questioni derivanti dal reato [...]», avendo – quale fine – la riparazione, intesa come «qualunque accordo, risultante dal programma di giustizia riparativa»⁴⁴. Quest'ultima, nella sua accezione più ampia, è suscettibile di ricomprendere ogni paradigma, alternativo a quello classico, che mira a ristabilire un dialogo tra ordinamento giuridico, autore di reato e vittima.

In questa prospettiva, la responsabilità perde la sua tipica veste di “colpevolezza punibile”, trasformandosi in una responsabilità, *rectius* capacità, di partecipare a un percorso nel quale l'autore del reato è chiamato a riconoscere l'impatto del proprio agire sulla vittima e, più ampiamente, sulla collettività. Per converso, la vittima diviene soggetto portatore di bisogni e pretese che devono tradursi nei contenuti dell'accordo riparativo⁴⁵.

In questa linea si colloca l'indubbia attenzione alla vittima offerta dalla Riforma Cartabia che, per la prima volta nell'ordinamento italiano, ne fornisce una definizione (art. 42 lett. b d.lgs. n. 150/2022), disciplina il suo diretto

pacchetto integrato di efficienza processuale e tutela sostanziale», così. F. MAZZACUVA, *La giustizia penale inter pares*, cit., 681.

⁴³ M. ROMANI, *Non punibilità*, cit., 442, che precisa come le nuove e rinnovate ipotesi di non punibilità si costruiscono attorno a condotte successive al reato – risarcimento, integrale adempimento tributario, ripristino della situazione patrimoniale, attivazione tempestiva di procedure di composizione della crisi – che funzionano sia come filtri deflattivi, sia come strumenti di tutela (tardiva ma effettiva) del bene giuridico, specie nei settori tributario, fallimentare e dell'impresa in crisi.

⁴⁴ Per una analisi sul tema, per tutti, A. CERETTI, *Mediazione penale e giustizia. In-contrare una norma*, in A. CERETTI (a cura di), *Scritti in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, Milano, 2000, 717 ss.; Id., *La Giustizia riparativa. La mediazione reo/vittima: la metodologia del Centro, l'analisi della casistica e la riduzione dei livelli di conflitto*, in A. CERETTI, (a cura di), *La giustizia riparativa nelle politiche educative del Comune di Milano*, Milano, 2019, 27 ss.; M. COLAMUSSI-A. MESTITZ, voce *Giustizia riparativa* (Restorative justice), in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, 2010; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003; EAD., voce *Giustizia riparativa*, cit.; G. MANNOZZI-G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Editoriale Scientifica, 2017; voleo, O. MURRO, *Condotte riparatorie*, cit., 45; F. PALAZZO-R. BARTOLI (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze, 2011.

⁴⁵ D. BIANCHI, *Giustizia riparativa e giustizia punitiva: un dialogo interculturale complesso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, 121; C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BERTAGNA-A. CERETTI-C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, 2015, 251.

coinvolgimento nella risoluzione delle questioni derivanti dal reato (art. 42 lett. a d.lgs. n. 150/2022), prevede la ricostituzione dei legami con la comunità quale orizzonte finalistico della giustizia riparativa (art. 43, comma 2, d.lgs. n. 150/2022)⁴⁶. Ugualmente, risponde a tale esigenza ristorativa sia la ricalibratura dell'art. 131-*bis* c.p., che tende oggi ad assumere i tratti di una clausola generale di non punibilità a vocazione riparativa⁴⁷, sia le modifiche apportate al *probation*, che si apre alla mediazione penale ed esalta ulteriormente le condotte riparatorie e risarcitorie, sia l'introduzione di una prima disciplina organica della giustizia riparativa⁴⁸.

In tale contesto, seppure l'istituto della messa alla prova si avvicina al paradigma della giustizia riparativa, poiché il programma di trattamento deve di regola includere eventuali condotte risarcitorie e, ove possibile, iniziative di mediazione con la persona offesa, va comunque segnalato come esso non vi coincide pienamente, presentando significative ibridazioni con la giustizia contrattata⁴⁹. L'istituto, a ben osservare, non è solo uno strumento ristorativo e rieducativo, ma anche (e soprattutto) un rito deflattivo che mira «a contenere l'inflazione penalistica [...] verso l'obiettivo di una razionalizzazione e laicizzazione del sistema penale, attraverso la concentrazione delle risorse disponibili»⁵⁰ e, nel contempo, si pone in ottica alternativa non solo al processo, ma anche alla pena.

Più nel dettaglio, per la messa alla prova, mediazione e riparazione non sono elementi indefettibili, ma componenti possibili di un programma che ha comunque il suo baricentro nel lavoro di pubblica utilità, istituzionalmente connotato come sanzione (principale, sostitutiva o accessoria) e rafforzato, sul piano simbolico, dal meccanismo dello scomputo del periodo di prova in caso di revoca o esito negativo⁵¹.

⁴⁶ D. BIANCHI, *Giustizia riparativa*, cit., 128; R. MUZZICA, *Il ruolo dell'autorità giudiziaria nei programmi di giustizia riparativa*, in *Sist. pen.*, 2/2023, p. 38.

⁴⁷ *Analizza tle evoluzione*, V. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 114.

⁴⁸ Sul tema si richiama la Raccomandazione CM/Rec(2018)8 del Consiglio d'Europa, che definisce la *restorative justice* come ogni processo che consente alle persone danneggiate da un reato e a quelle responsabili di tale danno di partecipare attivamente alla risoluzione delle questioni derivanti dal fatto, con l'aiuto di un terzo imparziale e formato.

⁴⁹ F. MAZZACUVA, *La giustizia penale inter pares*, cit., 694.

⁵⁰ Cfr., Cass., SS. UU., 31 marzo 2016, n. 3627. In senso conf., C. cost., sent. n. 240 del 2015, in *Cass. pen.*, 2016, 4, 1482 s., con nota di J. DELLA TORRE, *La Consulta nega la retroattività della messa alla prova: una lettura premiale di un rito (prevalentemente) specialpreventivo*. Il rito speciale in esame «palesa quella peculiare colorazione premiale che contraddistingue i meccanismi di giustizia contrattata, riposando sulla logica dello scambio tra cittadino ed ordinamento: l'imputato rinuncia ad un vantaggio (la cognizione piena del fatto con le garanzie proprie del processo penale) in cambio di altri benefici (la sottoposizione ad un più mite trattamento sanzionatorio)», così, F. MAZZACUVA, *La giustizia penale inter pares*, cit., 695.

⁵¹ Carattere indefettibile viene riconosciuto solo al lavoro di pubblica utilità (art. 168-*bis*, comma 3, c.p.), che nel nostro ordinamento assume diverse vesti, tra le quali quella di sanzione sostitutiva ovvero persino di pena accessoria o principale. Sulla connotazione "ibrida" della messa alla

In altre parole, si tratta – come acutamente osservato – di «un istituto sempre sul filo del rasoio costituzionale»⁵², la cui presenza nel sistema è tollerata grazie a delicati equilibri⁵³.

D'altro canto, la messa alla prova pare caratterizzata da una continua tensione tra prevenzione speciale e premialità⁵⁴ e tanto emerge dal fatto che se all'istituto non risultano estranei gli scopi deflativi e decarcerizzanti, a tali effetti si accompagnano inscindibilmente quelli più tipicamente riparativi e risocializzanti, collegati all'ambito concettuale della conciliazione con la persona offesa e della mediazione⁵⁵.

6. Il *restyling* della messa alla prova: la mediazione penale nel programma di trattamento.

Da quanto sinora argomentato emerge come il *probation* eserciti una vera e propria funzione di selezione e di razionalizzazione nell'area intermedia dei reati di media gravità: la messa alla prova diventa il luogo in cui l'ordinamento può trasferire il baricentro della risposta punitiva e rieducativa laddove tenuità del fatto (*ex art. 131-bis c.p.*) o condotte riparatorie (*art. 162-ter c.p.*) non sono sufficienti a giustificare la non punibilità o l'estinzione del reato e, nel contempo, la celebrazione del processo rischia di produrre pene brevi, sospese o sostituite⁵⁶.

L'istituto in esame pare rispecchiare – quantomeno in potenza – le tre linee direttrici della Riforma Cartabia: deflazione del carico penale, valoriz-

prova, in ragione del contenuto del programma di trattamento, si cfr., tra i contributi più recenti, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 164.

⁵² L'espressione è di P. FERRUA, *Una messa alla prova sul filo del rasoio costituzionale*, cit., 187. Sulla crisi del principio di presunzione di innocenza, anche con riguardo alla messa alla prova, si veda tra i più recenti contributi O. MAZZA, *La presunzione di innocenza messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 aprile 2019. In senso conf., R. MUZZICA, *Sospensione del processo con messa alla prova e 'materia penale': tra Corte Edu e Corte costituzionale nuovi scenari pro reo sul versante intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 4, 1436.

⁵³ L. PARLATO, *La messa alla prova dopo il dictum della Consulta: indenne ma rivisitata e in attesa di nuove censure*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, 1, 90.

⁵⁴ R. BARTOLI, *La "novità" della sospensione del procedimento con messa alla prova*, in *Dir. pen. cont.*, 9 dicembre 2015.

⁵⁵ G. UBERTIS, *Sospensione del procedimento con messa*, cit., 726. La componente dualistica, deflattiva e ristorativa, che caratterizza l'istituto emerge anche dalla disciplina codicistica, atteso che la messa alla prova viene trattata alla fine del Libro VI dedicato ai procedimenti speciali, in prossimità alla giustizia riparativa, «sottolineando, così, l'intimo collegamento tra le materie», così V. BONINI, *Evoluzioni della giustizia riparativa nel sistema penale*, in *Proc. pen. giust.*, 2022, 1, 114.

⁵⁶ L. EUSEBI, *La sospensione del procedimento con messa alla prova tra rieducazione e principi processuali*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 1693; T. EPIDENDIO, *Profili sostanziali della messa alla prova post-Cartabia*, in AA.VV., *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, a cura di M. CAIANIELLO, M. GIALUZ, S. QUATTROCOLO, Torino, 2024, 785.

zazione delle condotte riparatorie e apertura alla giustizia riparativa *strictu sensu*⁵⁷.

D'altro canto, l'art. 42 co. 1 del d.lgs. 150/2022 introduce nel programma di messa alla prova anche l'apporto «consensuale, attivo e volontario» dei soggetti coinvolti, attraverso forme di coinvolgimento dirette della vittima e dell'imputato. In tale scenario, la giustizia riparativa diviene una componente essenziale del percorso di messa alla prova.

Letto alla luce congiunta di queste prospettive, il programma – destinato a tracciare le linee progettuali del periodo di prova – può prevedere anche percorsi di mediazione con la persona offesa, attraverso «lo svolgimento di programmi di giustizia riparativa» (art. 464-*bis* comma 4 lett. c, c.p.p.). Nel percorso di mediazione, le parti coinvolte potranno confrontarsi e individuare, congiuntamente, qualsiasi prescrizione diretta a riparare le conseguenze del reato o a promuovere la riconciliazione con la persona offesa. In questo modo la mediazione ha la finalità di integrare e rafforzare le condotte risarcitorie e restitutorie richieste dalla messa alla prova (eliminazione delle conseguenze dannose e, se possibile, risarcimento).

L'estinzione del reato conseguente ad esito positivo della messa alla prova – nell'ottica di una politica deflattiva dei procedimenti – pare così sottolineare i progressi di civiltà di un sistema penale non più carcerocentrico, ma che cerca di individuare diverse forme di gestione del reato⁵⁸. Nel contempo, la mediazione, inserita nel progetto di prova, esalta la relazione triadica fra vittima, autore e mediatore, coinvolti in un percorso dialogico volto a far emergere il significato dell'offesa e a definire le caratteristiche dell'accordo riparativo⁵⁹.

⁵⁷ G. FIDELBO, *Una riforma coraggiosa rivolta a ridurre la centralità della pena detentiva carceraria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 679. Si è anche osservato che il *probation* sarà ridotta a mero "espediente" per alleggerire ruoli e statistiche, perderà il suo valore sperimentale; se, al contrario, saprà farsi spazio di autentica responsabilizzazione dell'imputato adulto e di effettiva considerazione della vittima, potrà rappresentare il laboratorio più avanzato di quella giustizia penale "reticolare e diffusa" che la riforma Cartabia prefigura; così, M. ROMANI, *Non punibilità*, cit., 452.

⁵⁸ In tal senso, G. FIDELBO, *Una riforma coraggiosa rivolta*, cit., 680. Sul rapporto tra riparazione e pena, ampiamente, M. DONINI, *Riparazione e pena da Anassimandro alla CGUE*, in *Sist. pen.*, 19 dicembre 2022, specialmente 14 ss.; *Id.*, *Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale*, in *Cass. pen.*, 2022, 2027; volendo, O. MURRO, *Condotte riparatorie*, cit., 37. Ugualmente, L. EUSEBI, *Giustizia punitiva e giustizia riparativa: quali rapporti?*, in *Sist. pen.*, 24 novembre 2023; *Id.*, *Covid-19 ed esigenze di rifondazione*, cit., 20 ss., il quale vede nella sanzione restaurativa una risposta "penale" al reato e, nella forma della sanzione prescrittiva, ne suggerisce l'elezione a pena principale.

⁵⁹ In argomento, si rinvia, tra gli altri, a E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Editoriale scientifica, 2017, *passim*; C. MAZZUCCATO, *Mediazione e giustizia riparativa. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee guida internazionali*, in AA.VV., *Verso una giustizia penale "conciliativa". Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, a cura di L. PICOTTI, G. SPANGHER, Torino, 2002, 85. G.V. PISAPIA, *La scommessa della mediazione*, in AA.VV., *La sfida della mediazione*, a cura di G.V. PISAPIA, D. ANTONUCCI, Padova, 1997, 8.

La mediazione, proprio in ragione della sua peculiare natura, si caratterizza per una marcata informalità e duttilità⁶⁰, nel cui contesto il mediatore⁶¹ ha il compito di preparare il percorso di conciliazione, ponendo in equilibrio le parti del conflitto⁶². Sotto altro profilo, essa amplifica il ruolo rieducativo e risocializzante della messa alla prova poiché l'imputato è chiamato a confrontarsi con l'impatto concreto del reato sulla persona offesa, ad assumersi (eventualmente) le proprie responsabilità, a tradurre in condotte *post factum* gli impegni comportamentali inseriti nel programma di trattamento⁶³.

Diversamente detto, i programmi di mediazione evocano un percorso «diverso dalla giustizia penale "ufficiale"»⁶⁴, traducendosi in un «programma di alternativa radicale alla dimensione coercitiva al reato»⁶⁵.

⁶⁰ J. MORINEAU, *L'esprit de la Médiation*, Milano, 1998, trad. it. *Lo spirito della mediazione*, Milano, 2003; EAD., *La médiation humaniste. Un autre regard sur l'avenir*, Milano, 2016. Peraltro, anche negli Stati Uniti, nell'ambito della "transformative mediation", è fiorita una pratica mediativa di stampo umanistico: v. M.S. UMBREIT, *Humanistic Mediation: A Transformative Journey of Peace-Making*, in *Mediation Quarterly*, 1997, 201. Per un'analisi del percorso di mediazione, C. MAZZUCATO, *La giustizia dell'incontro. Il contributo della giustizia riparativa al dialogo tra responsabili e vittime della lotta armata*, in G. BERTAGNA-A. CERETTI-C. MAZZUCATO (a cura di), *Il libro dell'incontro*, Milano, 2015, 251. La dottrina evidenzia anche come, in riferimento alla mediazione penale, non sia «possibile parlare di istituti e neppure, al limite, di modelli di *diversion*; il termine più corretto [...] è "programmi": la "deviazione" dal processo non è una forma procedimentale adeguata a uno scopo, ma coincide, per così dire, con lo scopo stesso, di volta in volta individuato in relazione a determinate categorie di autori», così C.E. PALIERO, "Minima non curat praetor". *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, 463.

⁶¹ Per un approfondimento, S. STEFANI, *Chi è e cosa fa il mediatore penale? Considerazioni alla luce della riforma Cartabia*, in *Sist. pen.*, 24 novembre 2023. In riferimento alla figura del mediatore, si è precisato come questi «sfugge ad una definizione, ora nei termini di un soggetto 'intraneo' ad una dimensione 'istituzionale' della giustizia, ora [...] anche a quella di un soggetto prono ad una relazione 'a due' privatisticamente coltivata»; così, G. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo. Dalla pena alla riparazione dell'illecito*, in *Legislaz. pen.*, 1° giugno 2021.

⁶² «Da qui, l'esigenza che l'operatore di giustizia sia una figura professionale peculiare, distinta dagli altri membri dell'amministrazione statale in quanto destinataria di una formazione specifica e trasversale, volta a fornire competenze assai varieguate quali, a titolo esemplificativo, quelle in ambito giuridico, criminologico e psicologico»; cfr. F. MAZZACUVA, *La giustizia penale inter pares*, cit., 701.

⁶³ La riuscita del percorso di mediazione può incidere sulla valutazione dell'esito positivo della prova: il giudice, nel dichiarare estinto il reato, tiene conto non solo del pagamento del risarcimento, ma anche della qualità del confronto riparativo, dell'eventuale assunzione di responsabilità e dell'eventuale ricomposizione del conflitto. Ovviamente, l'esito negativo della mediazione non inficia la buona riuscita della messa alla prova, ma sarà comunque oggetto della globale valutazione fatta dal giudice. Se la mediazione non si svolge per scelta della vittima, ciò non preclude di per sé l'esito positivo, purché l'imputato abbia adempiuto alle altre prescrizioni e abbia comunque offerto condotte riparatorie adeguate.

⁶⁴ F. MAZZACUVA, *La giustizia penale inter pares*, cit., 698.

⁶⁵ Così, G. DE FRANCESCO, *Il silenzio e il dialogo*, cit. In senso conf., F. FIORENTIN, *Punizione o riparazione? La giustizia riparativa nella fase esecutiva della pena: luci e ombre nella prospettiva della riforma "Cartabia"*, in *Dir. pen. uomo*, 6 ottobre 2021.

7. La messa alla prova nella “logica economica” del processo penale.

La Riforma Cartabia è stata guidata da una evidente logica economica che si è mossa lungo le traiettorie «dell'efficienza [della giustizia penale] elevata a valore in sé»⁶⁶. Non a caso, sebbene nel testo della Legge n. 134 del 2021 (architrave su cui si fondano i D.Lgs. n. 150 e n. 151 del 2022) il termine efficienza compaia solo tre volte, esso ne costituisce il fattore propulsivo della riforma che assegna, come noto, all'efficienza dell'amministrazione della giustizia un ruolo di assoluta primazia⁶⁷.

In tale perimetro, si avverte il rischio che il tentativo di assegnare un ruolo trainante alla logica economica determini una palpabile indifferenza rispetto ai valori che governano le dinamiche del processo penale.

Produttività, efficacia ed efficienza, tesi a misurare il funzionamento di un qualunque processo produttivo, devono calarsi, però, nella peculiare struttura del processuale penale che, per sua natura, è caratterizzato da alcune «inefficienze necessarie»⁶⁸, ma «funzionali alla realizzazione di valori irrinunciabili che si collocano in premessa rispetto allo “scopo” perseguito»⁶⁹.

In questo contesto, la Riforma Cartabia esalta il ruolo della sospensione del procedimento con messa alla prova, istituto che tende a svolgere – quantomeno in potenza – un ruolo di primo piano nella gestione della giustizia penale.

La finalità deflattiva dell'istituto è evidente, attesa la dichiarazione di estinzione del reato all'esito di un periodo di prova positivo. Per converso, il *probation* incide anche sulla rieducazione e risocializzazione dell'imputato, a fronte dei plurimi adempimenti che devono essere previsti nel programma di trattamento. Ugualmente, esso risponde alle istanze risarcitorie e riparatorie, anche con la promozione della mediazione penale.

Meno approssimativamente, la messa alla prova viene valorizzata sia come strumento di risoluzione del conflitto sociale generato dal reato, attraver-

⁶⁶ Si esprime in tale senso, F. SIRACUSANO, *Produttività, efficienza ed efficacia della giustizia penale: l'insidiosa logica economica della “Riforma Cartabia”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, 160; L.A. ritiene anche che «è assai ricorrente, specie negli ultimi anni, la tendenza ad analizzare i fenomeni giuridici attraverso il ricorso a categorie dogmatiche e a criteri di calcolo tipici dell'economia; a spiegare/giustificare l'incedere del diritto secondo le logiche dell'economia aziendale e, percorrendo queste traiettorie, tendere a rimodularne le scansioni procedurali».

⁶⁷ A ben osservare, autorevole dottrina ha ritenuto che l'attuale situazione – di eccessiva lentezza della macchina giudiziaria – «rischia di risolversi in una crisi di fiducia dei cittadini non solo nella giustizia ma anche sulla tenuta complessiva del sistema democratico», così, G. CANZIO, *Il modello “Cartabia”. Organizzazione giudiziaria, prescrizione del reato, improcedibilità*, in *Sist. pen.*, 14 febbraio 2022, 3.

⁶⁸ A. PULVIRENTI, *Il primato legislativo sul processo penale passa dal dialogo tra economia e diritto*, in *Quamdiu cras, cur non hodie? Studi in onore di Antonia Criscenti Grassi*, a cura di S. LENTINI e S.A. SCANDURRA, Roma, 2021, 836.

⁶⁹ Così, F. SIRACUSANO, *Produttività, efficienza ed efficacia*, cit., 161.

so la mediazione tra la vittima ed il soggetto attivo; sia (e soprattutto) come espediente che mira «a contenere l'inflazione penalistica [...] verso l'obiettivo di una razionalizzazione e laicizzazione del sistema penale attraverso la concentrazione delle risorse disponibili»⁷⁰.

Di qui si giunge alla logica osservazione che l'istituto si colloca, comunque, nel perimetro della diminuzione del carico penale e, più in generale, della complessiva riorganizzazione in chiave efficientistica della giustizia.

L'efficienza della giustizia penale appare così il minimo comune denominatore della premialità nei procedimenti di giustizia contrattata e nella *restorative justice*⁷¹. Questa, tuttavia, pur configurandosi come alternativa rispetto al processo, si muove comunque su un piano non totalmente parallelo e, nella specifica ipotesi della messa alla prova, presuppone l'intervento del giudice sia in fase di ammissione, sia in fase di valutazione degli esiti della prova, a conferma di come l'ordinamento non sia disposto a rinunciare *in toto* a una valutazione giudiziale in risposta all'illecito penale.

⁷⁰ Così, Cass., SS. UU., 31 marzo 2016, cit.

⁷¹ In senso conf., F. MAZZACUVA, *La giustizia penale inter pares*, cit., 695.

IL DELITTO DI FEMMINICIDIO: IL “FATTO È COMMESSO COME ATTO” E ALTRE AMENITÀ NEL DISEGNO DI LEGGE ALL’ESAME DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

Marco Gambardella*

Sommario: **1.** Premessa: i dubbi di costituzionalità e la chiara volontà politica di introdurre il femminicidio come autonomo delitto. – **2.** Le questioni intertemporali e la clausola di riserva. – **3.** La disposizione definitiva della nozione “sociale e psicologica” di donna. – **4.** La sostituzione dell’elemento del “rifiuto” della donna. La soppressione dell’ultima sottofattispecie. – **5.** L’ambigua tipizzazione: «il fatto è commesso come atto». – **6.** La formulazione di alcune proposte di modifica del delitto di femminicidio.

ABSTRACT

Si tratta del testo dell’Audizione svolta presso la Commissione Giustizia della Camera dei Deputati nell’ambito dell’esame del disegno di legge C. 2528, approvato dal Senato e recante l’introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime (Roma, 14 ottobre 2025).

This is the text of the hearing held at the Justice Committee of the Chamber of Deputies as part of the examination of Bill C. 2528, approved by the Senate and introducing the crime of femicide and other regulatory measures to combat violence against women and protect its victims (Rome, 14 October 2025).

1. Premessa: i dubbi di costituzionalità e la chiara volontà politica di introdurre il femminicidio come autonomo delitto.

Ringrazio il Presidente della Commissione Giustizia e gli Onorevoli componenti per l’invito all’audizione sul disegno di legge di iniziativa del Governo (n. C. 2528, approvato dal Senato il 23 luglio 2025), che introduce il delitto di femminicidio nonché ulteriori misure per contrastare la violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime.

Il mio breve intervento è circoscritto all’inserimento nel codice penale – nell’inedito e di nuovo conio art. 577-*bis* – dell’**autonomo** (anche come *nomen iuris*) **delitto di “femminicidio”**, punito con la pena fissa dell’**ergastolo**. Pena detentiva perpetua che

* Professore ordinario di diritto penale - Sapienza Università di Roma.

rende **inapplicabile** il **giudizio abbreviato** per il delitto in esame (art. 438, comma 1-*bis*, c.p.p.).

Sotto il profilo del **trattamento sanzionatorio**, va inoltre segnalato che il divieto, previsto al **comma 3** dell'art. 577-*bis* c.p., di diminuire la pena sotto i ventiquattro anni di reclusione quando ricorre una sola circostanza aggravante sembrerebbe contrastare con la regola generale dell'art. 65 n. 2 c.p. e con la giurisprudenza costituzionale sugli automatismi sanzionatori (*ex multis* Corte cost. n. 83 del 2025, n. 195 del 2023, n. 266 del 2022 e n. 222 del 2018); comminando peraltro una incostituzionale pena fissa di ventiquattro anni *ex artt.* 23 e 577-*bis* c.p.

Alcune indispensabili premesse: tanto sulla necessità e la **costituzionalità** del reato di femminicidio, quanto sulla **struttura** della **fattispecie** legale.

Anzitutto, non possono essere sottaciuti i **dubbi** – da più parti segnalati in dottrina – che il nuovo delitto poggi su una **“base criminologica” non adeguata** alla nostra realtà; e ciò diversamente dai Paesi latino-americani nei quali vi è un numero nettamente più alto di uccisione di donne, che giustifica l'introduzione di questa fattispecie. Inoltre, pare che siano le nazioni africane ad avere il numero più elevato di femminicidi (cfr. <https://unric.org/it/cinque-fatti-essenziali-da-sapere-sul-femminicidio/>).

Dubbi che portano quindi a ritenere **sufficiente**, secondo molti giuristi, l'introduzione nel nostro sistema di una **circostanza aggravante ad effetto speciale**, la quale valorizzi i motivi a delinquere fondati sul “genere”, e respingendo altresì come scarsamente determinata la fattispecie di nuovo conio. Cosicché, il delitto di femminicidio come proposto nel disegno di legge n. C. 2528 sembrerebbe espressione – per tale autorevole dottrina – di una **legislazione penale simbolica e populista**.

Ulteriori dubbi riguardano il rispetto da parte del novello reato del **principio costituzionale di eguaglianza** (art. 3 Cost.), poiché – ad opinione di una cospicua fetta della dottrina – esso sembrerebbe comportare una ingiustificata disparità di trattamento sanzionatorio per situazioni simili. Si pensi, ad esempio, al caso di una donna che uccida una persona di sesso maschile come atto di odio verso la persona offesa “in quanto uomo”. Non si giustificerebbe perciò sul piano valoriale la differenziazione della tutela del bene vita in ragione del genere femminile della vittima.

Quanto alla tecnica legislativa adoperata per configurare l'inedita ipotesi delittuosa, si è messa in evidenza sia l'**indeterminatezza** (e vaghezza) talvolta degli elementi di tipicità, sia la mancanza di “precisione” nella descrizione degli stessi. Senza dimenticare che, come si dirà più avanti, l'espressione «**il fatto è commesso come atto**» pare contrastare, per la sua oscurità e illogicità, con il principio di **prevedibilità**.

Senonché, dal disegno di legge emerge una chiara **volontà politica** di introdurre nel nostro ordinamento penale il femminicidio come autonoma figura criminosa, sanzionata con la pena detentiva più afflittiva: l'ergastolo.

Si tratta di una proposta legislativa d'iniziativa del Governo, che trova il consenso di una netta maggioranza parlamentare e che assegna un maggior disvalore alla condotta omicidiaria per rispondere alle sempre più attuali e in crescita esigenze di tutela contro il fenomeno della violenza nei confronti delle donne.

La disparità di trattamento sanzionatorio tra uomo e donna s'incentra qui non sull'autore del reato, bensì sulla qualità soggettiva della persona offesa. Al riguardo, si rinviene un precedente all'interno del codice penale con riferimento alle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili (art. 583-*bis* c.p.).

L'autonomia giuridica del fenomeno del femminicidio d'altronde si ritrova altresì nelle fonti sovranazionali: nella **Convenzione di Istanbul** del Consiglio di Europa stipulata nel 2011; nella **direttiva UE 2024/1385**, in cui si nomina tra i delitti di violenza contro la donna il "femminicidio"; nel rapporto sull'Italia del 2024 da parte del Comitato per l'eliminazione delle discriminazioni contro le donne (istituito dalla Convenzione delle Nazioni Unite del 2007, **CEDAW**), in cui si osserva che in Italia il femminicidio non è previsto come reato distinto dall'omicidio e si raccomanda di modificare il codice penale per criminalizzare specificamente il "femminicidio".

Tutto ciò senza nulla togliere alla riflessione di fondo che non si può attribuire una decisiva efficacia preventiva alla configurazione – quale autonomo delitto – dell'omicidio di una donna per motivi di genere; né è risolutivo far entrare il termine femminicidio nel codice penale, e nemmeno l'aumento di pena (rispetto all'omicidio comune) stabilito nell'art. 577-*bis* c.p. (l'ergastolo quale sanzione base). Occorre, soprattutto, come da più parti osservato e scritto, **investire risorse** finanziarie e umane nel **campo educativo, sociale, culturale e dei corretti rapporti interpersonali**.

2. Le questioni intertemporali e la clausola di riserva.

Dopo queste brevi premesse, svolgerò alcune considerazioni sul testo dell'art. 577-*bis* c.p., come approvato dal Senato nel luglio di quest'anno. Si tenterà di formulare, all'esito delle stesse, qualche suggerimento oppure si proverà a mettere in risalto le perplessità e le incertezze riscontrate.

Muoviamo subito dalla configurazione legislativa del delitto *de quo*. Ebbene, possono isolarsi al suo interno una **pluralità di sottofattispecie**, tutte punite con la pena dell'ergastolo:

- (i) Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio/discriminazione/prevaricazione in quanto donna;
- (ii) Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di controllo/possesso/dominio in quanto donna;
- (iii) Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso in relazione al rifiuto della medesima di instaurare/mantenere un rapporto affettivo;
- (iv) Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di limitazione delle sue libertà individuali.

Per quanto concerne poi le **questioni intertemporali**, il nuovo delitto ex art. 577-*bis* c.p. si applica soltanto per le condotte umane tenute dopo la sua entrata in vigore. Il principio di irretroattività sfavorevole impedisce anche l'operatività della incriminazione per i procedimenti penali in corso. Essa risulta inoltre ininfluenza sui giudicati di condanna.

Si tratta di una vicenda sul piano normativo riconducibile al fenomeno della "**relazione di specialità sincronica sopravvenuta**" tra figure criminose (artt. 575/577-*bis* c.p.). L'inedita e autonoma norma incriminatrice va a presidiare un'area già penalmente rilevante (tramite l'omicidio comune), non libera perciò dallo strumento penale.

Nell'art. 575 c.p. rimangono non solo i casi di omicidio di un uomo (persona di sesso maschile), ma anche quelli di una donna non rientranti tuttavia nella nuova disposizione relativa al delitto di femminicidio.

A tale riguardo, può osservarsi come proprio nell'**ultima parte del comma 1 dell'art. 577-bis c.p.** sia stata prevista una **clausola di riserva**: «Fuori dei casi di cui al primo periodo si applica l'art. 575 c.p.».

La formulazione della clausola di riserva – al netto di quanto si osserverà nel prosieguo – si presenta paradossale, giacché configura una relazione di sussidiarietà in cui la norma principale è il femminicidio e quella subordinata l'omicidio.

La questione che immediatamente si pone è se essa sia superflua. Invero, se tra la fattispecie incriminatrice dell'art. 575 c.p. e quella dell'art. 577-bis c.p. vi fosse una relazione normativa di “genere a specie” unilaterale (art. 575 c.p. - art. 577 c.p.), la clausola in questione sarebbe del tutto irrilevante, operando già il **principio di specialità** ex art. 15 c.p., con l'esclusione dunque dell'esito concorsuale a favore della sola norma speciale.

Se invece non possiamo ritenere con certezza che tra le due norme incriminatrici vi sia una relazione di specialità unilaterale, bensì potrebbe trattarsi di un **rapporto di c.d. specialità bilaterale** (non riconducibile, perciò, alla disciplina dell'art. 15 c.p.), per evitare il possibile esito concorsuale (concorso formale eterogeneo), occorrerebbe **spostare la clausola di riserva nell'art. 575 c.p.**

Costruendo, peraltro, tale clausola quale **clausola di sussidiarietà**, l'effetto dovrebbe essere quello di stabilire in modo indiscusso che il femminicidio è fattispecie sussidiaria, mentre l'omicidio è figura principale.

Si potrebbe formulare la clausola di sussidiarietà, inserendola all'inizio dell'art. 575 c.p., nel modo seguente:

«Salvo che il fatto non costituisca il reato previsto dall'art. 577-bis [...]».

3. La disposizione definitoria della nozione “sociale e psicologica” di donna.

Nell'enunciato dell'art. 577-bis c.p. il **termine “donna”** ricorre tre volte.

(a) La parola “donna” designa l'**evento** naturalistico descritto nella fattispecie tipica: cagionare la morte di una “donna”.

(b) La parola “donna” designa una delle **modalità** che concorrono a descrivere il primo gruppo di **condotte tipiche**: l'odio, la discriminazione, la prevaricazione, il dominio ... in quanto “donna”.

A tale ultimo riguardo, va nondimeno osservato che la locuzione **“in quanto donna”** è affetta da **“ambiguità sintattica”**. Ossia non è chiaro sul piano sintattico – ossia della struttura logica dell'enunciato – se essa sia riferibile unicamente alla condotta tipica (atto di controllo/possesso/dominio) che precede immediatamente tale sintagma, ovvero anche alle restanti condotte tipiche che l'anticipano sul piano topografico (atto di odio/discriminazione/prevaricazione).

Appare opportuno risolvere questa ambiguità sintattica, che genera incertezze e imprevedibilità applicative.

Occorre poi estendere la medesima soluzione alle circostanze aggravanti inserite in relazione agli altri reati modificati dal disegno di legge.

(c) La parola “donna” designa la **qualificazione** soggettiva della **vittima** di una delle condotte tipiche: il rifiuto della “donna” del rapporto affettivo.

Ebbene, al termine “donna” in tutti e tre i casi andrebbe necessariamente assegnato il **medesimo significato**. Il vocabolo *de quo* dovrebbe denotare lo stesso concetto.

Il punto di partenza potrebbe essere – come tracciato anche nella recente giurisprudenza costituzionale – la c.d. **nozione “sociale e psicologica” di donna** (cfr. Corte cost. n. 221 del 2015 e Corte cost. n. 143 del 2024); e non già mutuare qui – come sembra sottintendere il disegno di legge in esame – la nozione biologica e formale di donna, fondata sulle caratteristiche morfologiche-anatomiche della persona offesa, nonché giuridiche collegate a quanto riportato nell’atto di nascita.

Per raggiungere tale obiettivo, che permetterebbe di affievolire l’indeterminatezza del testo normativo e l’incertezza interpretativa delle oscillazioni giurisprudenziali, la strada maestra appare quella di inserire una **“disposizione definitoria”**. È il legislatore, che ascoltando anche gli altri saperi (oltre a quello giuridico), si dovrebbe fare carico di definire esattamente la nozione di donna rilevante ai nostri fini.

La disposizione definitoria potrebbe essere dislocata all’ultimo comma dell’art. 577-*bis* c.p., e potrebbe avere la seguente formulazione:

«Agli effetti del presente articolo e degli altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne, si intende **per “donna”**, non solo la persona che tale risulta nell’atto di nascita, ma anche quella di cui sia stata accertata una transizione della identità di genere mediante trattamenti ormonali e di sostegno psicologico-comportamentale senza che sia indispensabile un intervento di adeguamento chirurgico, nonché le persone che si sentono e riconoscono come donne pur se non hanno intrapreso un percorso di transizione».

Il punto più problematico di questa definizione è senz’altro l’allargamento della nozione di donna che discende dall’ultima parte dell’enunciato: un uomo che si senta donna senza aver intenzione di effettuare in concreto il cambio di sesso. Ma ciò potrebbe essere legato all’essere tale persona meno immersa nella “modernità” oppure al rifiuto per ragioni di salute delle cure ormonali.

4. La sostituzione dell’elemento del “rifiuto” della donna. La soppressione dell’ultima sottofattispecie.

Passando ad esaminare le **due ultime sottofattispecie**, qualche considerazione concernente la tecnica legislativa adoperata e la tenuta logica giuridica.

Quanto alla sottofattispecie che punisce chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso in relazione al rifiuto della stessa di instaurare o mantenere un rapporto affettivo, appare dissonante proprio l’**elemento del “rifiuto” della donna**. Quest’ultimo requisito di fattispecie andrebbe sostituito.

Il concetto di rifiuto **presuppone una previa richiesta** (cfr. quanto osservato in relazione al delitto di cui all’art. 328 c.p.): si restringe così irragionevolmente il campo applicativo dell’ipotesi criminosa.

Sarebbe meglio pertanto **sostituire** il termine “rifiuto” con l’espressione **“mancato consenso”** (della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo), la quale non necessita di una precedente richiesta da parte del soggetto attivo del delitto.

Per quel che concerne poi l’**ultima sottofattispecie**, la quale incrimina chi provochi la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di limitazione delle sue

libertà individuali, può agevolmente osservarsi che si tratta di una **inutile superfetazione normativa**.

Vengono in rilievo classi di condotte già penalmente rilevanti alla stregua delle precedenti (sotto il profilo topografico) sottofattispecie contenute nell'art. 577-*bis* c.p.

Come poi già notato da altri autori, comunque dall'uccisione di una persona consegue necessariamente la limitazione delle sue libertà individuali.

Sembrerebbe, dunque, necessario **“sopprimere” tale sottofattispecie**. Essa genera incertezze, rende ancor più difficile l'interpretazione della figura di reato e rischia di “potenziare” il diritto giurisprudenziale a scapito del primato del legislatore parlamentare e alla indispensabile “prevedibilità” delle conseguenze giuridiche per il consociato.

5. L'ambigua tipizzazione: «il fatto è commesso come atto».

Ora si tratta di affrontare l'aspetto critico più centrale, riguardante la **tecnica normativa** usata per coniare questa nuova figura delittuosa.

Si vuole alludere all'imprecisa, non corretta e inedita modalità impiegata dal legislatore governativo per descrivere le varie **sottofattispecie** contenute nella **prima parte del comma 1** dell'art. 577-*bis* c.p.

Nella trama linguistica viene impiegata l'espressione “il fatto è commesso come atto” di odio, discriminazione, prevaricazione... come atto di controllo, possesso, dominio.

Ebbene, focalizzando la nostra attenzione sul frammento della disposizione **«il fatto è commesso come atto»**, la domanda sorge spontanea: siamo sicuri che tale enunciato non abbia un significato oscuro? o che non sia per di più in contrasto con le regole grammaticali e logiche della nostra lingua?

In realtà, l'enunciato sembrerebbe non corretto grammaticalmente e affetto da ambiguità semantica.

Mi sembra, inoltre, forgiato da un non-penalista, preso dall'ansia di evitare di tipizzare mediante elementi di natura psicologica, per non incorrere nella violazione del principio di determinatezza-tassatività.

Il risultato è l'impiego di una tecnica incriminatrice che inficia il tipo affetto in tal modo, geneticamente, dalla violazione del **principio costituzionale di prevedibilità** (cuore del principio di legalità penale): la persona non può conoscere anticipatamente le conseguenze sanzionatorie collegate alla sua condotta.

Si potrebbe pertanto adottare una **formulazione alternativa secondo modelli penalistici consolidati** (tratti anche dal codice Rocco), secondo i quali è ben possibile una configurazione legislativa imperniata su requisiti psicologici, in funzione selettiva della tipicità e/o come elemento in cui risiede il disvalore penale. Si pensi, ad esempio, all'associazione per delinquere: il disvalore è concentrato nella tipicità soggettiva, nella finalità di commettere delitti.

La formulazione delle **sottofattispecie**, dislocate nella **prima parte del comma 1** dell'art. 577-*bis* c.p., potrebbe essere la seguente.

«Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è determinato da ragioni [motivazioni di genere] di odio, discriminazione, prevaricazione, controllo o dominio, le quali si fondano nel sentimento di appartenenza della vittima al genere femminile».

Si dovrebbero **modificare** di conseguenza anche le numerose circostanze **aggravanti** ad effetto speciale introdotte dal disegno di legge, descrivendole nel seguente modo.

«La pena è aumentata da [...] quando il fatto è determinato da ragioni di odio, discriminazione, prevaricazione, controllo o dominio, le quali si fondano nel sentimento di appartenenza della vittima al genere femminile, o in relazione al mancato consenso della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo».

In definitiva, con la riforma si potrebbe finalmente cogliere l'occasione di ricondurre il concetto di "matriarcato" al suo autentico significato non di opposizione al concetto di "patriarcato" – quale dominio dell'uomo – basato sulla traduzione di *archē* dal greco come "dominio", bensì sull'altro significato di *archē* come "inizio" o "origine". In principio, dunque, le donne (cfr. H. Goettner-Abendroth).

6. La formulazione di alcune proposte di modifica del delitto di femminicidio.

Alla luce delle considerazioni svolte, è possibile formulare alcune proposte alternative, a livello di tipizzazione, rispetto a quelle contenute nel disegno di legge governativo sul femminicidio.

(i) Si potrebbe formulare una "**clausola di sussidiarietà**", inserendola all'inizio dell'art. 575 c.p., nel modo seguente:

«Salvo che il fatto non costituisca il reato previsto dall'art. 577-*bis* [...]».

(ii) La "**disposizione definitoria**" sul concetto di "**donna**" potrebbe essere dislocata all'ultimo comma dell'art. 577-*bis* c.p. ed avere la seguente formulazione:

«Agli effetti del presente articolo e degli altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne, si intende per "donna", non solo la persona che tale risulta nell'atto di nascita, ma anche quella di cui sia stata accertata una transizione della identità di genere mediante trattamenti ormonali e di sostegno psicologico-comportamentale senza che sia indispensabile un intervento di adeguamento chirurgico, nonché le persone che si sentono e riconoscono come donne pur se non hanno intrapreso un percorso di transizione».

(iii) Nella sottofattispecie che punisce chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso in relazione al rifiuto della stessa di instaurare o mantenere un rapporto affettivo, si potrebbe **sostituire** il termine "**rifiuto**" con l'espressione "**mancato consenso**" (della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo), la quale non necessita di una precedente richiesta da parte del soggetto attivo del delitto.

(iv) Si potrebbe **eliminare** la sottofattispecie che incrimina «chiunque provochi la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di limitazione delle sue libertà individuali». Si tratta di classi di condotte già penalmente rilevanti alla stregua delle precedenti sottofattispecie.

(v) Si potrebbero descrivere le **sottofattispecie** contenute nella **prima parte del comma 1** dell'art. 577-*bis* c.p. nel seguente modo:

«Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è determinato da ragioni di odio, discriminazione, prevaricazione, controllo o dominio, le quali si fondano nel sentimento di appartenenza della vittima al genere femminile».

(vi) Si dovrebbero modificare di conseguenza anche le numerose **circostanze aggravanti** ad effetto speciale introdotte dal disegno di legge, descrivendole nel seguente modo:

«La pena è aumentata da [...] quando il fatto è determinato da ragioni di odio, discriminazione, prevaricazione, controllo o dominio, le quali si fondano nel sentimento di appartenenza della vittima al genere femminile, o in relazione al mancato consenso della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo».

DAL “DIVORZIO ALL’ITALIANA” AL FEMMINICIDIO: IL CAMBIO DI PASSO DEL DIRITTO PENALE DI FRONTE ALLE QUESTIONI DI GENERE

Antonella Massaro*

Sommario: **1.** Il possibile superamento della neutralità di genere nel diritto penale italiano. - **2.** Fattispecie autonoma e/o circostanze aggravanti. - **3.** La scelta di estromettere il riferimento al “motivo di genere”: a) l’espressione “in quanto donna”. - **3.1.** b) le fattispecie alternative previste dal disegno di legge. - **4.** La lettura oggettiva degli elementi costitutivi del femminicidio. - **5.** Dal “divorzio all’italiana” alla violenza contro le donne: il possibile mutamento di paradigma della legislazione penale.

1. Il possibile superamento della neutralità di genere nel diritto penale italiano.

Il disegno di legge n. 2528, già approvato dal Senato e intitolato *Introduzione del delitto di femminicidio e altri interventi normativi per il contrasto alla violenza nei confronti delle donne e per la tutela delle vittime*, prevede all’art. 1 l’introduzione di una fattispecie autonoma di femminicidio e l’introduzione di circostanze aggravanti, modellate sugli stessi elementi costitutivi del reato autonomo, per i seguenti reati: maltrattamenti contro familiari o conviventi (art. 572 c.p.), lesioni personali e omicidio preterintenzionale (intervenendo sul catalogo delle aggravanti previsto dall’art. 585 c.p.), interruzione di gravidanza non consensuale (art. 593-ter c.p.), violenza sessuale (intervenendo sull’art. 609-ter c.p.), atti persecutori (art. 612-bis c.p.), diffusione illecita di foto e video a contenuto sessualmente esplicito (art. 612-ter c.p.).

La formulazione dell’autonoma fattispecie di femminicidio, con elementi che, come precisato, compaiono anche nelle circostanze aggravanti previste per reati diversi dall’omicidio, è la seguente:

Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali è punito con la pena dell’ergastolo. Fuori dei casi di cui al primo periodo si applica l’articolo 575.

* Professoressa associata di diritto penale.

Il cambio di passo che un intervento di questo tipo imprimerebbe all'ordinamento giuridico italiano è evidente, posto che **il diritto penale supererebbe la propria neutralità rispetto alle questioni di genere**. La **violenza contro le donne**, in particolare, sarebbe considerata come **fenomeno diverso e ulteriore rispetto alla violenza domestica**, cui si ispirano le norme attuali che valorizzano la relazione (attuale o passata) tra reo e vittima¹.

Si tratta, a mio avviso, di un cambiamento non solo in linea con le indicazioni offerte dal diritto internazionale² e da quello eurounitario³, ma opportuno e auspicabile nell'attuale contesto storico-culturale.

La traduzione di questo cambio di passo nelle categorie e nel lessico giuridico-penali rappresenta un'operazione tutt'altro che scontata. Mi soffermerò, quindi, sui profili di possibile criticità che, mi pare, emergano dal disegno di legge in esame.

2. Fattispecie autonoma e/o circostanze aggravanti.

Una delle scelte più evidenti del disegno di legge è l'introduzione di una **fattispecie autonoma** di reato in riferimento al **(solo) femminicidio**, prevedendo invece un **reato circostanziato per le altre fattispecie** che si è ritenuto di attrarre nell'orbita della violenza contro le donne.

Il nuovo delitto di femminicidio individuerrebbe una fattispecie **speciale** rispetto all'omicidio volontario (art. 575 c.p.). Risulta dunque **superflua** la precisazione, posta in chiusura del primo comma dal nuovo art. 577-bis c.p., secondo cui «fuori dei casi di cui al primo periodo si applica l'articolo 575»: in caso di mancata integrazione dell'elemento specializzante, i principi generali imporrebbero, senza dubbi particolari, l'applicazione della fattispecie generale.

Già in passato (e prima della proposta di riforma di cui stiamo discutendo) mi sono espressa a favore del **reato circostanziato** come strumento più "utile" a veicolare uno statuto penale differenziato per la violenza contro le donne. Avevo ragionato, in particolare, sulla possibilità di introdurre una circostanza aggravante comune che si applicasse a tutti i reati di genere, superando anche le potenziali ambiguità insite nel concetto di "violenza" come elemento, essenziale o accidentale, di una fattispecie di reato⁴.

¹ *Amplius*, A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, in *Sist. pen.*, 25 giugno 2025, che costituisce il testo, rivisto e ampliato, della memoria scritta depositata in occasione durante l'audizione svolta, il 20 maggio 2025, presso la Seconda Commissione Giustizia del Senato, nell'ambito dell'esame del disegno di legge n. 1433.

² Il riferimento è, soprattutto, alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, 11 maggio 2011 (c.d. Convenzione di Istanbul).

³ V., in particolare, Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI; Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica.

⁴ A. MASSARO, *Il malinteso della donna come vittima vulnerabile: il diritto penale di fronte ai gender-based crimes*, in *GenIUS*, 3 gennaio 2025, 27 ss. Si interrogano sulla possibilità/opportunità di ragionare nei termini di una circostanza aggravante anche G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio*:

Anche a voler restare nel perimetro delineato dalla “violenza” e, quindi, nell’ambito dei delitti selezionati dal disegno di legge, come ho già evidenziato nel corso della mia audizione presso la Commissione Giustizia del Senato, credo sia più opportuno (e, per certi aspetti, più semplice) ragionare sull’introduzione di una circostanza aggravante, coordinata con le altre già esistenti per evitare illegittime duplicazioni sul piano sanzionatorio.

Sono almeno tre le ragioni che motivano questa conclusione.

Si garantirebbe, anzitutto, una maggiore “flessibilità” sul versante della commisurazione della pena. L’intervento legislativo, poi, risulterebbe forse più coerente sul piano sistematico, mettendo “sullo stesso piano”, sul versante della risposta giuridica, il femminicidio e le altre forme di violenza contro le donne. L’introduzione di una circostanza aggravante anche in riferimento all’omicidio, infine, potrebbe semplificare il regime di imputazione dell’elemento in questione, specie per ciò che attiene all’accertamento del dolo.

Segnalo che la fattispecie di femminicidio non escluderebbe, in generale, le aggravanti della relazione previste all’art. 577 primo comma, n. 1 e secondo comma c.p., come precisato dallo stesso art. 577-bis, secondo comma c.p.⁵. La medesima situazione, *mutatis mutandis*, si registra per le fattispecie aggravate secondo la formulazione del disegno di legge, in riferimento alle quali si applicherebbe tanto l’aggravante di genere quanto quella della violenza domestica. L’applicazione cumulativa delle nuove norme e di quelle già esistenti potrebbe sollevare qualche **dubbio sul piano della ragionevolezza-proporzione**.

3. La scelta di estromettere il riferimento al “motivo di genere”: a) l’espressione “in quanto donna”.

Una seconda scelta evidente del disegno di legge è quella di **non affidarsi al “motivo di genere”** per la formulazione della fattispecie di femminicidio (e delle aggravanti per gli altri delitti).

La violenza contro le donne, secondo l’impostazione che a me pare preferibile, rappresenta una specificazione della più ampia categoria della violenza di genere. Una definizione del *species* riferendosi *genus*, allora, sembrerebbe la scelta intuitivamente più immediata, anche considerando la definizione di genere che si sta progressivamente stabilizzando a livello non nazionale⁶.

Da questa premessa, deriva, come necessaria conseguenza, il ricorso a una tecnica di descrizione della fattispecie di tipo non sintetico, ma analitico, con un minuzioso elenco degli elementi costitutivi che caratterizzano la violenza contro le donne.

una proposta da riformulare. Tra real politik e principi costituzionali, in *Sist. pen.*, 20 giugno 2025, § 7.; V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva*, in *Sist. pen.*, 12 giugno 2025, 13.

⁵ V. *infra*, § 3.4. per possibili profili critici nel rapporto con il rifiuto della donna di mantenere o instaurare un rapporto affettivo.

⁶ Per una formulazione che valorizzi esplicitamente il motivo di genere, M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 5/2025, 561; G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio*, cit., § 2.2.

In questo contesto si colloca anche l’inserimento dell’espressione “**in quanto donna**”. Questa precisazione, che ha destato perplessità in alcuni commentatori soprattutto per una possibile tensione rispetto al principio di determinatezza, compare ormai stabilmente nel dibattito internazionale relativo al femminicidio, a partire dalla celeberrima definizione offerta da Diana Russel: il femminicidio deve essere inteso come «the killing of females by males because they are female»⁷. Sul piano normativo, il riferimento obbligato è all’art. 3 Convenzione di Istanbul, lettera d): «l’espressione “violenza contro le donne basata sul genere” designa qualsiasi violenza diretta contro una donna in quanto tale, o che colpisce le donne in modo sproporzionato» o all’art. 2 direttiva UE 1385/2024, lettera a): «“violenza contro le donne”»: qualsiasi atto di violenza di genere perpetrata nei confronti di donne, ragazze o bambine solo perché donne, ragazze o bambine, o che colpisce le donne, le ragazze o le bambine in modo sproporzionato, che provochi o possa provocare danni o sofferenza fisica, sessuale, psicologica o economica, incluse le minacce di compiere tali atti, la coercizione o la privazione arbitraria della libertà, nella sfera pubblica come nella vita privata»⁸. Secondo l’orientamento ormai consolidato della giurisprudenza costituzionale, la determinatezza di un termine o di una espressione non può valutarsi in una prospettiva “atomistica”, rendendosi per contro necessario valorizzare il rapporto di quel termine o di quella espressione (anzitutto) con gli altri elementi della stessa fattispecie⁹.

A me pare che gli altri elementi della fattispecie contribuiscano a “concretizzare” l’espressione “in quanto donna”, contestualizzando la condotta penalmente rilevante attraverso quella asimmetria di potere che, indubbiamente, restituisce il senso della violenza di genere come fenomeno (non contingente o eccezionale, ma) strutturale, che nel contesto socio-culturale trova la sua spiegazione¹⁰. “In quanto donna”, detto altrimenti, costituisce un tentativo di traduzione linguistica, sia pur parziale, del “motivo di genere” riferito al peculiare settore della violenza contro le donne.

Nella formulazione prevista dal disegno di legge, però, l’espressione “in quanto donna” sembra connotare **la sola condotta di “controllo, possesso o dominio”**. Io credo che questa precisazione potrebbe e dovrebbe connotare anche le altre condotte, trattandosi, appunto, di una caratteristica generale della violenza contro le donne come forma di violenza di genere. A ciò si aggiunga che questa precisazione, se adeguatamente contestualizzata, anziché porre dubbi di determinatezza o ragionevolezza, potrebbe contribuire a ridimensionarli: il riferimento alla limitazione delle libertà individuali (forse di per sé non del tutto necessario), per esempio, potrebbe risultare meglio precisato evidenziando la matrice socio-culturale della condotta.

⁷ R.A. HARMES, D.E.H. RUSSELL, *Femicide in Global Perspective*, Teachers College Pr, 2001, 3. In J. RADFORD, D.E.H. RUSSELL, *Femicide: The Politics of Woman Killing*, Twayne Pub, 1992, il femminicidio era invece definito come «the misogynist killing of women by men».

⁸ Sottolinea la conformità dell’espressione alle fonti europee e internazionali F. MENDITTO, *Riflessioni sul delitto di femminicidio*, in *Sist. pen.*, 2 aprile 2025, § 7.

⁹ V. già Corte cost., 15 maggio 1989, n. 247, punto 3 del *Considerato in diritto*.

¹⁰ Sul femminicidio come delitto di potere, P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere*, in *Sist. pen.*, 5/2025, 5 ss.

3.1. b) gli elementi alternativi previste dal disegno di legge.

La descrizione analitica proposta dal disegno di legge si affida a un elenco di elementi tra loro alternativi. Il fatto, più esattamente, deve essere commesso: a) come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione oppure b) come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna oppure c) in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o, infine, d) come atto di limitazione delle sue libertà individuali.

È comprensibile la preoccupazione di delineare una fattispecie capace di comprendere l'eterogenea casistica riconducibile al femminicidio e, più in generale, alla violenza contro le donne, anche se l'elenco, forse, potrebbe risultare ridondante.

Come ho già avuto modo di precisare nel corso della mia audizione presso la Commissione Giustizia del Senato, a me pare che la triade "**controllo, possesso, dominio**", da intendersi ordinata secondo una progressione ascendente a seconda della incidenza sulla sfera di autodeterminazione della donna¹¹, riesca a comprendere le offese astrattamente riconducibili sotto l'etichetta del femminicidio. La violenza contro le donne risulta chiaramente emancipata dalla sussistenza di una relazione affettiva, collocandosi, invece, sul versante della asimmetria di potere tra uomo e donna.

Quanto ai concetti di "**odio, discriminazione e prevaricazione**", in questi ultimi sembrerebbe riecheggiare, almeno in parte, quella «finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso» che compare nell'art. 604-ter c.p. e sulla cui estensione anche alle questioni di genere si era discusso in occasione del disegno di legge AS n. 2005 del 2021 (c.d. d.d.l Zan). A venire in considerazione non sono solo (e tanto) i possibili dubbi relativi alla determinatezza di questi elementi, ma il fatto che gli stessi rimandino, sia pur solo terminologicamente, all'universo concettuale dei reati di odio, secondo una prospettiva che a me convince poco.

Il **rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo** non mi pare in grado di selezionare offese ulteriori rispetto a quelle che sarebbero già comprese nella triade controllo, possesso dominio. Si tratta di un elemento che non sembra presentare particolari criticità sul piano interpretativo. Segnalo, però, un possibile profilo di sovrapposizione con l'aggravante della relazione prevista all'art. 577, comma 1, n. 1 c.p.: se, infatti, il concetto di "mantenere un rapporto affettivo" si riferisce a una relazione in corso e non ancora conclusa, potrebbe altresì configurarsi l'aggravante prevista dall'art. 577 c.p., ponendo l'esigenza di evitare irragionevoli duplicazioni sul piano sanzionatorio.

Anche la **limitazione delle libertà fondamentali** della donna non sembra svolgere una funzione ulteriormente selettiva dell'offesa, scontando, in più, un maggior grado di indeterminazione rispetto alle altre condotte. Se, in via interpretativa, si riferisse la precisazione "in quanto donna" anche a questa possibile modalità di realizzazione del fatto, potrebbe forse recuperarsi una maggiore concretezza della stessa.

¹¹ Il *controllo* indicherebbe la limitazione della libertà di autodeterminazione a un livello "minimo", il *possesso* farebbe riferimento a una vera e propria reificazione della donna, mentre il *dominio* si riferirebbe a uno stato assoggettamento complessivo della persona.

4. La lettura oggettiva degli elementi costitutivi del femminicidio.

Il disegno di legge, condivisibilmente, fa riferimento a una **terminologia di stampo oggettivo-causale** nella descrizione della fattispecie (“il fatto è commesso come atto di...” o “in relazione a...”), evitando riferimenti linguistici che rimandino alla finalità perseguita dall’agente.

Il riferimento concettuale al “motivo di genere” impone di chiarire se attraverso la violenza di genere si intenda valorizzare il disvalore soggettivo costituito dalla causa psichica che ha spinto il soggetto ad agire o se, viceversa, il concetto in questione possa essere ricostruito su basi oggettive.

A me sembra preferibile intendere le “ragioni” alla base della violenza di genere in senso meramente oggettivo, senza la necessità di un’indagine sulla causa psichica che ha spinto il soggetto ad agire o, più in generale, sul suo foro interno, giungendo, tra l’altro, alla conclusione (poco auspicabile) di una necessaria rappresentazione del motivo in questione. Il reato, detto altrimenti, deve essere “causato” da un modello socio-culturale fondato sulla discriminazione di genere. Non importa che il soggetto sia stato concretamente motivato alla commissione del reato dalla discriminazione di genere: ciò che importa è che quel modello, oggettivamente riconoscibile in sede di accertamento della responsabilità penale, sia disapprovato dall’ordinamento.

Il profilo relativo all’accertamento del dolo, alle cui criticità si è fatto cenno, si pone su un piano logicamente e cronologicamente successivo rispetto a quello della fattispecie oggettiva, che, in quanto tale, non mi pare asseconi il rischio di una curvatura soggettivizzante del reato in questione o, addirittura, di poco auspicabili derive verso un diritto penale d’autore.

5. Dai reati d’onore e dal “divorzio all’italiana” alla violenza contro le donne: il possibile mutamento di paradigma della legislazione penale.

L’obiettivo, ad ogni modo, è quello di inserire nel codice penale delle norme capaci di operare nella prassi applicativa, evitando ogni possibile complicazione definitoria. Specie per il femminicidio, detto altrimenti, deve evitarsi in ogni modo il rischio di una paralisi operativa della nuova fattispecie, che finirebbe per dimostrare la sua sostanziale “inutilità”.

Il diritto penale specie quando viene in considerazione la tutela di interessi personali o personalissimi, esprime, insieme e in accordo alla Costituzione, le “opzioni di fondo” del contesto sociale e culturale di cui il diritto stesso è espressione. Il diritto penale è un diritto “culturalmente orientato” e credo che, dopo svariati decenni dalla formale abrogazione dei delitti per causa d’onore e dai divorzi all’italiana raccontati al cinema da Pietro Germi, la violenza contro le donne sia pronta a tornare sul palcoscenico delle scelte di criminalizzazione, interpretando però un ruolo del tutto antitetico rispetto a quello assegnatole dalla versione originaria del codice penale. Non si tratta di cedere alle lusinghe di un panpenalismo ipocrita e populista, sacrificando la tutela delle donne sull’altare di un diritto penale simbolico, inutile e anzi, controproducente. Si tratta, piuttosto, di valorizzare la responsabilità “di aver a che fare” con il

diritto penale¹², consapevoli che un'eventuale risposta sul piano della repressione non si sostituisce, in alcun modo, all'irrinunciabile intervento sul versante più strettamente preventivo.

¹² I. BOIANO, *Nominare la violenza maschile contro le donne: diritto penale e giustizia tra conflitto simbolico e responsabilità politica*, in *Giust. insieme*, 4 aprile 2025, § 4.

AUDIZIONE INFORMALE SUL DISEGNO DI LEGGE A.C. 2528 APPROVATO DAL SENATO DELLA REPUBBLICA IN DATA 23 LUGLIO 2025, RECANTE “INTRODUZIONE DEL DELITTO DI FEMMINICIDIO E ALTRI INTERVENTI NORMATIVI PER IL CONTRASTO ALLA VIOLENZA NEI CONFRONTI DELLE DONNE E PER LA TUTELA DELLE VITTIME”, AVANTI LA II COMMISSIONE (GIUSTIZIA) DELLA CAMERA DEI DEPUTATI – 14 OTTOBRE 2025

Elena Mattevi*

Sommario: **1.** Introduzione. – **2.** Considerazioni di carattere generale sulla scelta di introdurre il reato di femminicidio. – **3.** La fattispecie di femminicidio delineata nel disegno di legge e la sanzione prevista. – **4.** Alcune considerazioni sull'art. 5 del disegno di legge. – **5.** In conclusione.

1. Introduzione.

Mi concentrerò solo su alcuni aspetti del disegno di legge oggetto dell'audizione odierna, partendo da una breve premessa.

Alcune delle ferme considerazioni critiche che esprimerò sono state già condivise e rese pubbliche da un nutrito gruppo di penaliste in un comunicato che è facilmente reperibile online¹.

Le mie osservazioni riguarderanno prioritariamente l'art. 1 del disegno legge (ddl C 2528) che introduce nel codice penale il reato di femminicidio (art. 577-*bis* c.p.)²; un reato caratterizzato, insieme ad ulteriori presupposti, anche dal sesso della vittima (“chiunque cagiona la morte di una donna...”). La pena prevista è quella dell'ergastolo.

* Ricercatrice di diritto penale, Università di Trento.

¹ Il comunicato è reperibile ai seguenti indirizzi: <https://archiviopenale.it/ddl-femminicidio/contenuti/31750>; <https://www.lalegislazionepenale.eu/contro-lintroduzione-del-reato-di-femminicidio-documento-sottoscritto-da-oltre-70-studiose-di-diritto-penale/>; <https://www.sistemapenale.it/it/documenti/femminicidio-documento-penaliste>; <https://www.penaledp.it/il-reato-di-femminicidio-presentato-dal-governo-le-ragioni-della-nostra-contrarieta/>.

² Questa è la formulazione proposta: “Art. 577-*bis*. – (Femminicidio) – Chiunque cagiona la morte di una donna quando il fatto è commesso come atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione o come atto di controllo o possesso o dominio in quanto donna, o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali è punito con la pena dell'ergastolo”.

Molti degli elementi che caratterizzano il femminicidio, poi, operano come circostanze aggravanti ad effetto speciale in alcuni delitti contro la persona.

È importante ricordare l'impegno che il legislatore italiano ha già mostrato, fin dai primi anni Duemila, mettendo in campo alcune misure di contrasto alla violenza di genere che intervengono su diversi versanti, a partire dall'introduzione di nuovi reati e di pene più severe. Solo per fare un esempio, basti pensare al reato di cui all'art. 612-ter c.p. (*Diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, cd. *revenge porn*), introdotto dall'art. 10 comma 1 della L. 19 luglio 2019 n. 69 nota come "Codice Rosso". Negli interventi che si sono succeduti nel tempo e che hanno interessato il diritto penale non è mai stata introdotta una distinzione legata al sesso, salvo per quanto riguarda il reato di mutilazioni genitali femminili (art. 583-bis c.p.), dove tuttavia sono le specifiche pratiche di mutilazione contemplate a richiedere una definizione della fattispecie che tenga conto del sesso della vittima.

Per il femminicidio questa considerazione non può essere riproposta ed ecco che questo intervento non può che sollevare molteplici interrogativi, anche sul fronte della sua compatibilità con i principi costituzionali.

Credo sia necessario sgombrare il campo da due equivoci di fondo.

La violenza sulle donne è un fenomeno indubbiamente gravissimo, ma se dovessimo riferirci ai nudi **dati che l'Istat ha pubblicato per l'anno 2023** non potremmo non rilevare una diminuzione nel numero degli omicidi ai danni di persone di sesso femminile.

Cito questi pochi dati, che richiederebbero un'analisi ben più ampia ed approfondita, perché, purtroppo, anche questo disegno di legge (come troppo spesso avviene in Italia) non pare supportato da un'analisi empirica seria, da uno studio criminologico, che, oltre ad aiutarci a conoscere il fenomeno, avrebbe permesso di misurare l'impatto, sul sistema, della riforma in termini di efficacia ed effettività.

I dati ISTAT del 2023³, gli ultimi pubblicati, ci mostrano un aumento degli omicidi, con un tasso che è il più basso d'Europa: gli omicidi sono 334, con un aumento del 3,7% rispetto al 2022. Le vittime donne, invece, sono 117 e sono diminuite rispetto al 2022 (-7,1%).

La stima dei "femminicidi" è più complessa, mancando una definizione condivisa, ma è stata comunque operata tenendo conto di tre tipologie di *gender-related killing*: gli omicidi di donne da parte del partner; gli omicidi di donne da parte di un altro parente; gli omicidi di donne da parte di un'altra persona, sia conosciuta sia sconosciuta, che però avvenga attraverso un *modus operandi* o in un contesto legato alla motivazione di genere. Anche su questo fronte, con tutte le difficoltà del caso nell'operare la stima, si registra una diminuzione rispetto all'anno precedente. Sono 63 le donne uccise nell'ambito della coppia, dal *partner* o dall'*ex partner*; sono 31 le donne uccise da un altro parente; due le donne uccise da un conoscente con movente passionale. In totale si tratta di **96 femminicidi presunti su 117 omicidi con una vittima donna**. Nel 2019 erano 101 su 111, nel 2020 erano 106 su 116, nel 2021 erano 104 su 119, nel 2022 105 femminicidi presunti su 126 omicidi.

³ I dati sono pubblicati in https://www.istat.it/wp-content/uploads/2024/11/Report_Vittime-di-omicidio_Anno-2023.pdf.

Pur a fronte di fatti gravissimi, questi numeri sono minimamente incoraggianti. Stanno dando i primi timidi frutti le politiche già messe in campo nella lotta alla violenza di genere?

Non ci sono poi obblighi di matrice sovranazionale che impongano di introdurre una fattispecie di femminicidio. Né la Convenzione di Istanbul dell'11 maggio 2011 (Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica) né la Direttiva (UE) 2024/1385 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 maggio 2024, sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, impongono questo intervento.

La Direttiva, in particolare, utilizza il termine femminicidio solo all'interno del Considerando n. 9, dove si prevede che nella nozione di violenza contro le donne non rientrino solo i reati definiti nella direttiva stessa, ma anche alcuni reati previsti dagli ordinamenti nazionali, come il femminicidio. Essa, tuttavia, non richiede di introdurre il femminicidio.

Ci sarebbero quindi tutte le condizioni per non fare le cose in fretta e per riflettere più approfonditamente su di un fenomeno molto complesso, analizzando – mi sembrerebbe il primo passo da fare – i contesti nei quali si genera la violenza, al fine di approntare misure preventive adeguate, sostenute da idonee risorse.

Le cause del fenomeno sono diverse e devono essere indagate con maggior attenzione, per poter essere combattute.

2. Considerazioni di carattere generale sulla scelta di introdurre il reato di femminicidio.

Questa proposta di introduzione di un nuovo reato si inserisce, invece, in un quadro più generale, caratterizzato da un inarrestabile e irrazionale ricorso al diritto penale per venire incontro ad un diffuso e marcato furore repressivo. Stiamo assistendo a campagne mediatiche ad alto tasso emotivo che ingenerano preoccupazione nei cittadini, rispondendo alle quali si ricorre al diritto penale come ad una sorta di “ansiolitico sociale”, per usare un’efficace espressione già utilizzata⁴, senza nessuna preoccupazione per l’impatto dell’intervento normativo.

È una tendenza che con buona parte della dottrina penalistica mi sento di stigmatizzare per plurime ragioni, ma che in questo caso è anche del tutto priva di giustificazione visto che già esistono le norme che consentono di sanzionare, addirittura con l'ergastolo o con pene assai severe, i casi di omicidio che riconduciamo alla nozione – di matrice sociologica, come vedremo – di femminicidio, senza dare luogo a problemi di natura sistematica o a irragionevoli disparità di trattamento, che invece si creerebbero con questo reato.

L'intervento non si giustifica sul piano della generalprevenzione.

Come è noto a tutti, nel nostro ordinamento già esiste il reato di omicidio, senza distinzioni di sesso o di genere dal lato della persona offesa. L'omicidio è già punibile con l'ergastolo quando avviene nel contesto di relazioni familiari o affettive (art. 577 c.p. n. 1 “contro l'ascendente o il discendente anche per effetto di adozione

⁴ G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, in *Sist. pen.*, 14 marzo 2025, par. 1.

di minorenne o contro il coniuge, anche legalmente separato, contro l'altra parte dell'unione civile o contro la persona stabilmente convivente con il colpevole o ad esso legata da relazione affettiva”) o di altre manifestazioni della violenza di genere (art. 576 c.p. – in occasione della commissione del delitto di cui all'art. 572 c.p., per esempio).

Alcune sentenze pronunciate di recente per casi notissimi di femminicidio hanno applicato proprio la pena dell'ergastolo. **Non possiamo quindi affermare che ci sia una lacuna di tutela di fronte a questo complesso fenomeno.**

Il paragone tra femminicidio e art. 416-*bis* c.p., che si è sentito fare⁵, non è conferente.

Una nuova fattispecie serve se quelle già esistenti non riescono ad accogliere al loro interno le condotte che si vogliono vietare o se la risposta sanzionatoria approntata è inadeguata.

Il reato di associazione di tipo mafioso, introdotto nel 1982, era necessario perché tra le finalità perseguite dai soggetti uniti dal vincolo associativo ve n'erano anche di lecite, e ciò costituiva un limite all'applicazione dell'art. 416 c.p. La disposizione di cui all'art. 416-*bis* c.p., quindi, era necessaria per punire, mentre nessuno pensa che uccidere una donna oggi – come atto d'odio o di discriminazione o in relazione al rifiuto di instaurare o di mantenere un rapporto affettivo – non sia sussumibile in una fattispecie già esistente nel nostro ordinamento.

Possiamo poi pensare davvero, per esempio, che un uomo lasciato dalla sua compagna, incapace di accettare o gestire il rifiuto e l'abbandono e che non sia ancora riuscito ad interiorizzare i valori della libertà della donna o più in generale della persona diversa da sé, si faccia dissuadere dal commettere un reato di omicidio – o di femminicidio, in ipotesi di accoglimento della proposta di riforma – visto che la pena prevista potrà essere sempre quella dell'ergastolo e non più invece quella della reclusione di minimo ventuno anni, aggravabile comunque fino all'ergastolo in presenza delle circostanze sopra ricordate?

Non stiamo parlando di autori di reato “razionali”.

La domanda è retorica, ma una prima risposta la si può trovare nelle condotte di molti uomini (circa un terzo) che si rendono responsabili di questi femminicidi: si tolgono la vita, o tentano di farlo, dopo aver ucciso la donna.

Se, invece, ciò che muove l'intervento è una **ragione prioritariamente simbolica o pedagogica**, non si può non ricordare che lo scopo legittimo del diritto penale è la tutela dei beni giuridici, non l'affermazione di valori culturali che prescindano da esso o che lo trascendano.

L'intervento introduce irragionevoli differenziazioni. Nel Dossier del 1° ottobre 2025 elaborato dal Servizio Studi del Dipartimento di Giustizia, che accompagna il disegno di legge (pag. 10), si afferma apoditticamente che si sarebbe attribuito “un preciso disvalore alla condotta omicidiaria al fine di rispondere alle esigenze di tutela contro il fenomeno della violenza nei confronti delle donne”. Questo preciso disvalore, però, all'interno della fattispecie penale, non si coglie e, comunque, non giustifica una differenza di trattamento tra i motivi contemplati e, per esempio, gli altri motivi di genere.

⁵ P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere*, in *Sist. pen.*, 5/2025, 34.

Certo, dovremmo addentrarci meglio nella formulazione della fattispecie, ma una domanda di fondo dobbiamo porcela. **Si può sacrificare la neutralità del diritto penale per riequilibrare, per mezzo della pena, disuguaglianze strutturali?**

Questo, a livello teorico, potrebbe forse avvenire solo se, davvero, attraverso la pena si potesse superarle. Ma non è così e di certo il risultato non si ottiene con la fattispecie di femminicidio.

La Convenzione di Istanbul, nel preambolo riconosce la “natura strutturale” della violenza contro le donne in quanto basata sul genere e riconosce “che la violenza contro le donne è una manifestazione dei rapporti di forza storicamente diseguali tra i sessi, che hanno portato alla dominazione sulle donne e alla discriminazione nei loro confronti da parte degli uomini e impedito la loro piena emancipazione”. La Direttiva del 2024, poi, nel 10° Considerando, evidenzia come la violenza contro le donne sia “una manifestazione persistente della discriminazione strutturale nei confronti delle donne, derivante da rapporti di potere storicamente iniqui tra donne e uomini”.

L'art. 3 c. 2 Cost. – che individua tra i compiti della Repubblica quello “di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese” – non può legittimare questo intervento.

Non credo che sia corretto pensare che il compito dell'art. 3 c. 2 Cost. possa essere svolto per mezzo della reazione penale (o comunque di una reazione più punitiva); come la dottrina ha evidenziato, ciò, oltre a contrastare con l'art. 3 c. 1 Cost. contrasta con l'art. 27 c. 1 e c. 3 Cost.⁶: il singolo autore del reato finisce per essere strumentalizzato per ragioni simboliche, per scopi promozionali, pedagogici, quando, in qualche misura, egli stesso è condizionato dal contesto culturale che con quella norma si vorrebbe cambiare.

Il compito può essere svolto solo con misure che, guardando alle cause di fondo delle disuguaglianze, siano costruttrici di pari opportunità e con strumenti che operino seriamente sul piano culturale.

Come è stato chiaramente affermato “convertire i maschilisti dovrebbe costituire un obiettivo da perseguire solo con la cultura, l'educazione, la promozione di condizioni ambientali più evolute nei contesti in cui perdurano visioni patriarcali”⁷.

Più in generale, poi, non credo si giustifichi un trattamento differenziato in base al sesso biologico della vittima, quando la matrice o il contesto di un certo comportamento violento sia comunque di carattere discriminatorio, espressione di dominio o di possesso nei confronti della stessa.

Un diritto penale che è, almeno in parte, antidiscriminatorio non può divenire irragionevolmente discriminatorio.

⁶ Così, e per ulteriori considerazioni, A. PERIN, *Motivi aggravanti e circostanze discriminatorie. Legittimità e limiti della sanzione penale dell'offesa alla pari dignità*, Torino, 2024, 306.

⁷ G. FIANDACA, *Cari prof. di diritto penale, è ora di protestare contro il delitto di femminicidio*, cit., par. 1.

3. La fattispecie di femminicidio delineata nel disegno di legge e la sanzione prevista.

Veniamo allora alla **tecnica di tipizzazione** della fattispecie, che sconta un problema di fondo. Il termine femminicidio è mutuato dal sapere sociologico. La sociologa, attivista del movimento femminista, Russell lo ha definito come un crimine d'odio contro le donne a causa della loro condizione di persone di sesso femminile, espresso con la formula: «per il fatto di essere donna». Esso rappresenta il punto culminante di una spirale di violenza originata dalla relazione disuguale tra uomini e donne che caratterizza la società patriarcale⁸.

È un concetto sociologico, diretto, in assonanza agli obiettivi della sua creatrice, a descrivere un fenomeno; un fenomeno che in America Latina, in particolare, proprio alla fine del secolo scorso, ha assunto dimensioni drammatiche, anche a causa dell'inerzia del sistema di *law enforcement*.

È indubbiamente difficile riuscire a tradurre in una fattispecie penale, in modo chiaro e preciso, un concetto complesso come questo, per esprimere il disvalore di questa particolare forma di uccisione di una donna. I termini utilizzati in una fattispecie penale dovrebbero poi essere suscettibili di essere afferrati sul piano processuale, per le connesse e rilevanti esigenze di prova. Diversamente, potrebbe essere molto più semplice per un pubblico ministero valorizzare, ai fini della qualificazione del fatto, elementi relazionali più agevolmente dimostrabili e già sufficienti per aggravare la pena e quindi chiamare l'imputato a rispondere di omicidio aggravato e non di femminicidio.

La scelta che è stata fatta con l'art. 1 di questo disegno di legge è intrinsecamente contraddittoria.

Le prime sei ipotesi (atto di odio o di discriminazione o di prevaricazione...) sono caratterizzate da una motivazione di genere – o più precisamente motivazione legata al sesso femminile in senso biologico –, condensata nella formula «in quanto donna» e cercano di tradurre nella fattispecie la menzionata definizione di femminicidio, ma la formulazione scelta è barocca e pone i problemi di accertamento appena ricordati.

Come si riconosce e si prova, in un processo penale, se un atto è motivato dall'odio “in quanto donna”? Oppure dall'odio “in quanto quella donna, in carne ed ossa, lo ha tradito” (per esempio)?

Per riuscire ad intercettare, con una norma penale, altre condotte utili a descrivere il fenomeno che oggi sociologicamente – o per fini statistici – riconduciamo al femminicidio, nella versione approvata al Senato si è estesa allora la fattispecie includendovi la formula “o in relazione al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo o come atto di limitazione delle sue libertà individuali”, che, da un lato, ponendo l'accento sul contesto relazionale in cui la condotta violenta può originarsi rende la fattispecie, in questa parte, leggermente meno sfuggente, ma che, dall'altro, rende ancora più evidente l'irragionevolezza della distinzione operata sulla scorta del sesso biologico della vittima.

⁸ Cfr. D. E. RUSSELL, R. A. HARMES (a cura di), *Femminicidio: una prospettiva global*, Ciudad de México, 2006, *passim* (fin dalla quarta di copertina).

Il rifiuto rileva solo se da esso scaturisce la spinta psico-motivazionale dell'auto-re nel senso della causazione della morte di una donna⁹, ma in conclusione non si riesce proprio a cogliere cosa caratterizzi il reato di femminicidio.

Opportuna è la valorizzazione del contesto relazionale (rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo) in cui si innesca la violenza, ma, ancora una volta, non sussistono ragioni che giustifichino la differenza di trattamento tra chi uccide una donna e chi uccide un uomo, in questo contesto.

Per quanto attiene all'“atto di limitazione delle sue libertà individuali”, invece, la formulazione presenta evidenti deficit di determinatezza, se riferita a qualsiasi donna.

Esiste un omicidio che non limiti le libertà individuali? È difficile immaginare una condotta omicidiaria realizzata con dolo intenzionale che non abbia il fine di sopprimere l'esercizio di libertà della vittima come effetto inevitabile dell'evento morte.

Il femminicidio si configurerebbe sempre.

Non a caso, nel Dossier del 1° ottobre 2025 (pag. 16) si legge che la privazione del bene-vita, già di per sé, impedisce “l'esercizio di tutto il coacervo delle libertà di cui era titolare la persona offesa” e vi è un invito ad “*approfondire l'utilizzo del termine “limitazione delle sue libertà individuali” in considerazione del fatto che, con il venir meno del bene-vita stesso le libertà ed i diritti non sono meramente limitati, ma soppressi*”.

In sostanza ci troviamo davanti ad un bivio. Il reato, in questa ipotesi, potrebbe essere integrato quasi sempre, se la persona uccisa è una donna, rendendo ancora più manifesta la violazione dell'art. 3 Cost., oppure, al contrario, incontrare difficoltà di accertamento.

Sempre con riferimento al fatto tipico, come interpretiamo il termine “donna”? Rileva l'identità anagrafica o la percezione soggettiva della propria identità di genere?

Nel Dossier (pag. 12) si pone giustamente l'attenzione anche su questo aspetto e si richiamano le disposizioni in materia di rettificazione di attribuzione di sesso della l. 164/1982 e la successiva giurisprudenza della Corte costituzionale, evidenziando che “alla luce delle considerazioni svolte in relazione all'ambito definitorio della persona offesa “in quanto donna”, si valuti l'opportunità di precisare l'estensione del riferimento contenuto nella disposizione in esame”.

In conclusione, su questo articolo, un cenno alla pena dell'**ergastolo**, che è stata prevista per il femminicidio. Questa sanzione continua a sollevare in una parte della dottrina – parte in cui mi annovero – degli interrogativi in merito alla sua compatibilità con la finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27 c. 3 Cost.

L'ergastolo non dovrebbe essere più considerato nel nostro ordinamento, ma soprattutto non dovrebbe essere previsto anche in questo caso, senza un previo necessario raccordo con le altre aggravanti che già sono contemplate per l'omicidio e che sono sanzionate con questa pena.

Ma l'ergastolo non è la sola pena fissa che l'art. 577-bis c.p. prevede.

⁹ R. BARTOLI, *Il tornante del femminicidio: si compirà il passaggio dal populismo al sadismo penale?*, in *Sist. pen.*, 15 luglio 2025, 7.

Quando ricorre una sola circostanza attenuante o quando una circostanza attenuante concorre con taluna delle circostanze aggravanti di cui al secondo comma, e la prima è ritenuta prevalente, la pena non può essere inferiore ad anni ventiquattro di reclusione. La proposta deroga alla disciplina dell'art. 65 c.p. che per i reati puniti con l'ergastolo prevede, in presenza di una sola attenuante, la sostituzione con la pena della reclusione da venti a ventiquattro anni. Se si considera tuttavia che la reclusione, in assenza di indicazioni diverse, non può essere superiore a ventiquattro anni (art. 23 c.p.), ne consegue che, in forza del combinato disposto tra gli artt. 577-*bis* e 23 c.p., la pena prevista è fissa: ventiquattro anni¹⁰ e una pena fissa è anche incostituzionale, per contrasto con i principi di proporzione e individualizzazione della sanzione penale.

4. Alcune considerazioni sull'art. 5 del disegno di legge.

Un cenno molto rapido voglio riservarlo **all'art. 5 del disegno di legge** – che interviene sulla legge 26 luglio 1975, n. 354, recante norme sull'ordinamento penitenziario – e in particolare a due disposizioni.

Grazie alla prevista modifica dell'art. 4-*bis* o.p. si prevede che “al fine della concessione dei benefici ai detenuti o internati per il delitto di cui all'articolo 577-*bis* del codice penale, il magistrato di sorveglianza o il tribunale di sorveglianza acquisisce altresì le informazioni in merito alla presenza, nel luogo in cui l'istante chiede di recarsi, di prossimi congiunti della persona offesa deceduta in conseguenza del reato per il quale il condannato o l'internato è detenuto e alle eventuali iniziative dell'interessato a favore dei medesimi, nonché le dichiarazioni che gli stessi prossimi congiunti abbiano inteso rendere”.

Preoccupa in particolare la previsione, inedita per il nostro sistema, di lasciare uno spazio “dichiarativo” ai prossimi congiunti della donna deceduta per il femminicidio al fine della concessione dei benefici a detenuti e internati, se questa è l'interpretazione che si imporrà nella giurisprudenza. Si introduce l'acquisizione di dichiarazioni che essi abbiano inteso rendere, finendo per coinvolgere la vittima nella dinamica punitiva e aprendo le porte ad una prospettiva puramente privatistica, che non dovrebbe invece inquinare la valutazione alla quale è chiamata la magistratura di sorveglianza alla luce dei progressi compiuti dal condannato nel percorso rieducativo/risocializzante.

Del tutto irragionevole appare poi la previsione di una riduzione della durata dei permessi premio per i minorenni. La lettera b) del comma 1, introdotta al Senato, inserisce nell'art. 30-*ter* o.p. un nuovo comma 2-*bis*, con il quale la durata per i permessi premio concessi ai condannati minori di età per il reato di femminicidio (art. 577-*bis* c.p.) viene limitata rispetto a quanto ordinariamente previsto.

Ai sensi dell'articolo 30-*ter* o.p., i permessi premio, alla luce di presupposti assai stringenti, possono essere concessi, in misura non superiore ogni volta a 15 giorni, ai

¹⁰ M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in *Diritto penale e processo*, 2025, n. 5, 563; G.L. GATTA, *Il reato di femminicidio: una proposta da riformulare. Tra real politik e principi costituzionali*, in *Sist. pen.*, 6/2025, 162.

condannati che hanno tenuto regolare condotta, avendo manifestato costante senso di responsabilità e correttezza nel comportamento personale, nelle attività organizzate negli istituti e nelle eventuali attività lavorative o culturali, e non risultino socialmente pericolosi. La durata dei permessi non può superare complessivamente 45 giorni in ciascun anno di espiazione.

Con riferimento ai condannati minori di età, il comma 2 stabilisce che la durata dei permessi premio non può superare ogni volta i 30 giorni e la durata complessiva non può eccedere i 100 giorni in ciascun anno di espiazione.

In deroga al termine ordinario, la disposizione in commento stabilisce che, in caso di condanna per il reato di femminicidio, la durata dei permessi premio concessi ai minorenni non possa eccedere ogni volta i 20 giorni e che la durata complessiva non possa superare i 70 giorni in ciascun anno di espiazione.

Questo intervento è coerente con la logica punitiva nei confronti del minore autore di reato sottesa ad altri interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi anni - una logica che ha aperto le porte a giudizi di legittimità costituzionale ancora in corso - ma entra in contraddizione con le esigenze di recupero e (ri)educazione del minore che trovano un fondamento costituzionale negli artt. 27, c. 3 e 31, c. 2 Cost., con gli obiettivi che sono stati riaffermati anche nel d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121 e, ancora una volta, con l'art. 3 Cost. L'intervento è manifestatamente irragionevole in quanto distingue, ai fini dell'applicazione di questo istituto, i minori autori di femminicidio dagli autori di altri reati, quanto meno, di pari gravità: perché il femminicidio e non la strage (per esempio)?

5. In conclusione.

In conclusione, quindi, non credo che questo intervento, nonostante le buone intenzioni che lo possono animare, sia auspicabile sul piano politico-criminale.

Io ritengo che non ci sia bisogno di questa riforma che, almeno per quanto attiene alle disposizioni da me considerate, non produrrà effetti virtuosi, quanto piuttosto effetti distorsivi inutili e differenziazioni irragionevoli, scardinando l'opportuno impianto "gender-neutral" del nostro codice penale.

Stiamo solo fingendo di occuparci di un problema serio, che ha radicate e complesse matrici culturali. Ecco perché questo intervento è inopportuno, non solo inutile. Ecco perché questo intervento ha sollecitato una presa di posizione netta, inedita - ancorché inascoltata - di moltissime penaliste, in Italia.

Abbiamo bisogno di prendere atto di come il fenomeno della violenza contro le donne e, più ampiamente, della violenza di genere, superi i confini del diritto e richieda un approccio integrato, **mediante misure coraggiose di perequazione economica e sociale - per il superamento delle molteplici disparità di genere che ancora si registrano a molti livelli, a partire da quello lavorativo - nonché mediante attività formative e serie politiche culturali.** Se sono raccomandabili le iniziative di formazione per i magistrati e in ambito sanitario, che questo disegno di legge prevede, dobbiamo rilevare che manca del tutto un serio investimento nella prevenzione primaria.

La riforma si chiude poi con l'ennesima clausola di invarianza finanziaria (art. 14). Le risorse da impiegare sono pochissime e riguardano questioni di dettaglio.

Il timore più grande, così, è che, sposando una logica meramente punitiva, con l'illusione di aver trovato una buona soluzione, si finisca per dimenticare l'obiettivo principale: quello di lavorare sulle politiche di prevenzione.

Gli investimenti da fare sono cospicui, anche in termini economici.

Per essere subito concreti, basti ricordare il problema posto dall'assenza o dal mancato funzionamento dei braccialetti elettronici¹¹.

Per quanto riguarda il codice penale, se si vuole riconoscere uno spazio ai motivi legati al genere e/o al sesso biologico, lo si dovrà fare in modo indifferenziato, con una specifica aggravante "neutra" da coordinare con le altre aggravanti dell'omicidio, anche per evitare duplicazioni sul piano sanzionatorio. I reati contro la persona, del resto, dovrebbero essere fatti oggetto di un ripensamento complessivo e l'aggravante potrebbe e dovrebbe incontrare un campo applicativo più vasto.

Questa soluzione permetterebbe di superare una lettura esclusivamente biologica della "donna".

Non è secondario ricordare che "il genere indica un costrutto sociale e culturale che collega determinate manifestazioni esteriori alle aspettative sociali connesse al sesso e non è sovrapponibile al dato biologico della differenza sessuale"¹².

Si potranno porre problemi di accertamento, come abbiamo anticipato, ma già conosciamo fattispecie connotate dalla motivazione ed auspicabilmente si potrebbe immaginare di favorire una rilettura del motivo di genere in chiave oggettiva¹³. Inoltre, vista la presenza delle altre aggravanti dell'omicidio, la scelta che venisse operata dal pubblico ministero per ragioni probatorie non impedirebbe di qualificare quell'omicidio, sociologicamente, come "femminicidio".

Anche per quanto riguarda, poi, il rifiuto di instaurare o mantenere un rapporto affettivo, l'aggravante dovrebbe essere introdotta nell'art. 577 c.p., per l'omicidio, e nelle disposizioni che definiscono altri reati spia, senza distinzioni legate al sesso biologico. In questo caso l'atto violento ha una chiara matrice relazionale.

Se, poi, in conclusione, avvertiamo comunque, come irrinunciabile, la necessità di **dare legislativamente un nome al fenomeno, per riconoscerlo o per renderlo riconoscibile**¹⁴, per trattare i casi in modo più consapevole, o, addirittura, per age-

¹¹ Comunicato dell'Esecutivo di Magistratura Democratica del 18 agosto 2025, in *Sist. pen.*, 22 agosto 2025.

¹² M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, cit., 558. Sulla motivazione di genere cfr. anche V. MONGILLO, *Diritto penale e ingegneria simbolica: i limiti della proposta di un nuovo delitto di femminicidio e le esigenze di tutela effettiva*, in *Sist. pen.*, 12 giugno 2025, 13.

¹³ In tal senso A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, in *Sist. pen.*, 25 giugno 2025, par. 2.1, anche se, a mio dire problematicamente, la valorizzazione del contesto di predominio maschile sulla donna finisce per introdurre una presunzione; L. GOISIS, *Genere e diritto penale. Il crimine d'odio misogino*, in *Quest. giust.*, 2/2022, 25, ritiene che il "movente di genere" dovrebbe ritenersi accertato laddove «le condotte contengano effettivamente i segni di una finalità di discriminazione e di odio – di genere – allorché l'azione si manifesti come consapevole esteriorizzazione, immediatamente percepibile, nel contesto in cui è maturata, avuto riguardo anche al comune sentire, di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato sul genere e cioè di un sentimento immediatamente percepibile come connotato all'esclusione di condizioni di parità».

¹⁴ Nel «Libro bianco per la formazione – Violenza maschile contro le donne», a cura del Comitato tecnico-scientifico dell'Osservatorio sul fenomeno della violenza nei confronti delle donne

volare la misurazione del fenomeno sul piano statistico, possiamo comunque farlo – siamo in ancora in tempo per farlo – senza modificare il codice penale. **Dare un nome al fenomeno non è un compito del diritto penale.**

A tale riguardo credo sia interessante la soluzione offerta dall'**ordinamento belga**, dove, il 13 luglio 2023 è stata approvata la *Loi sur la prévention et la lutte contre les féminicides, les homicides fondés sur le genre et les violences*¹⁵. Il Dossier del 1° ottobre 2025 contiene, nell'appendice, un utile tratteggio del quadro comparato e si descrive anche questa scelta (p. 136 s.), precisando, correttamente, “che non si tratta [...] di una fattispecie autonoma di reato, punita diversamente dall'omicidio, ma di una definizione che incide su altri aspetti della legislazione”. Sembrerebbe un punto di debolezza, ma è proprio questo – al contrario – il punto di forza della proposta.

La legge belga non modifica il codice penale; ha lo scopo di creare un quadro generale per la lotta e la prevenzione dei femminicidi, degli omicidi di genere (“omicidio di una persona a causa del suo genere”) e della violenza che li precede, senza introdurre nel sistema penale delle fattispecie nuove. Vengono fornite delle definizioni di femminicidio¹⁶ utili per procedere a raccolte dati ufficiali, per migliorare la valutazione e la gestione dei rischi, per mettere a punto una formazione adeguata

e sulla violenza domestica, presso il Dipartimento per le Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri, pubblicato in occasione della Giornata internazionale per l'eliminazione della violenza contro le donne del 2024, si sottolinea l'importanza di dare un nome al fenomeno.

¹⁵ https://etaamb.openjustice.be/fr/loi-du-13-juillet-2023_n2023044133.html. Cfr. E. CORN, *Il reato di femminicidio: cronaca di una controversia annunciata*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 3/2025, 193.

¹⁶ Art. 4 “§ 2. Ai fini dell'applicazione e dell'esecuzione della presente legge, per “femminicidio” si intende l'omicidio volontario di una donna a causa del suo genere o la morte di una donna derivante da pratiche che causano danno alle donne, indipendentemente dal fatto che l'omicidio volontario o le pratiche dannose siano commessi da un partner, da un familiare o da una terza persona. Il femminicidio intimo, non intimo e indiretto è caratterizzato come segue: 1° Il femminicidio intimo è l'uccisione intenzionale di una donna a causa del suo genere, commessa da un partner o da un familiare in nome della cultura, del costume, della religione, della tradizione o del cosiddetto “onore” o per altre ragioni; 2° Il femminicidio non intimo è l'omicidio intenzionale di una donna a causa del suo genere commesso da una terza persona. È: - commesso principalmente in un contesto di sfruttamento sessuale; - commesso principalmente in un contesto di tratta o traffico di esseri umani; - commesso principalmente in un contesto di violenza sessuale; - commesso principalmente come parte di un continuum di violenza legato a una relazione di potere ineguale o a un abuso di potere da parte dell'autore sulla vittima; - commesso in un altro contesto, a causa del genere della vittima. 3° Il femminicidio indiretto è l'omicidio involontario di una donna a causa del suo genere quando si tratta della morte di una donna risultante da pratiche che causano danno alle donne, o del suicidio di una donna che risulta: - principalmente da violenza tra partner o in un contesto familiare; - mutilazione genitale femminile primaria; - o violenza commessa da terzi. § 3. L'omicidio di genere è l'omicidio di una persona a causa del suo sesso, o la morte di una persona derivante da pratiche di genere dannose per queste persone, ad eccezione degli omicidi o delle morti di cui al paragrafo 2 della presente disposizione. Gli omicidi di genere sono intimi, non intimi o indiretti e sono definiti in conformità con il § 2, paragrafo 2, punti da 1° a 3°. § 4. Si ha tentato femminicidio intimo o non intimo o omicidio di genere quando la determinazione a commettere i comportamenti di cui ai § 2, punti da 1° a 2° e § 3 è stata manifestata da atti esterni che costituiscono un inizio di esecuzione e che sono stati solo sospesi o non hanno avuto effetto per circostanze indipendenti dalla volontà dell'autore”.

per gli operatori del settore e per riconoscere alle vittime dei diritti specifici, evitando prioritariamente qualsiasi vittimizzazione secondaria.

Ecco, proprio gli “altri aspetti della legislazione” su cui incide la definizione (pag. 137 del Dossier) sono obiettivi importanti da perseguire in questo momento.

TESTO SCRITTO PER AUDIZIONE DEL 21 OTTOBRE 2025 SUL DDL C. 2528, RECANTE “INTRODUZIONE DEL DELITTO DI FEMMINICIDIO E ALTRI INTERVENTI NORMATIVI PER IL CONTRASTO ALLA VIOLENZA NEI CONFRONTI DELLE DONNE E PER LA TUTELA DELLE VITTIME”, DINANZI ALLA II COMMISSIONE (GIUSTIZIA) DELLA CAMERA DEI DEPUTATI

Michele Passione*

Le osservazioni qui contenute fanno seguito a quelle già trasmesse alla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica successivamente all'audizione svolta dal sottoscritto lo scorso 12 giugno; per ragioni di sintesi, con riferimento alle parti del ddl non emendate e/o soppresse nel corso dell'esame in sede referente, si confermano i rilievi ivi svolti¹, ai quali si aggiungeranno ulteriori riflessioni.

Metodologicamente, l'intervento si asterrà dalla ricostruzione analitica del testo, anche esimendosi dalla manifestazione adesiva su alcuni aspetti della normativa, limitandosi ad evidenziare punti critici che, a parere di chi scrive, pongono dubbi di costituzionalità o, comunque, di tenuta di sistema.

In primo luogo, chi scrive non vuole sottrarsi al confronto con le ragioni sottese all'introduzione nel codice della nuova fattispecie di cui all'art. 577-*bis* c.p., ma si intende qui ribadire un'obiezione di fondo, che prima ancora che tecnico giuridica prende le mosse da un diverso approccio al tema che ci occupa.

Dovendosi ovviamente rifuggire dalla suggestione secondo la quale “i femminicidi non diminuiranno dando loro un nome, ma esisteranno”², giacché “**il problema attuale non è certo nominare e punire il femminicidio, ma farne diminuire i numeri**, evitarlo e prevenirlo con politiche strutturali, che agiscono sul piano sociale e culturale. Il piano simbolico penale non ha alcun effetto di deterrenza: la penalistica seria e sovranazionale lo dice e dimostra da anni”³, **si evidenzia piuttosto la necessità di**

* Avvocato.

¹ Cfr., volendo, M. PASSIONE, *Diritto penale (de)privato*, in *Giurisprudenza Penale*, 7 luglio 2025.

² P. DI NICOLA TRAVAGLINI, *Il femminicidio esiste ed è un delitto di potere*, in *Sistema penale*, 7 maggio 2025.

³ M. VIRGILIO, *Nominare il femminicidio. Non in nostro nome*, in *Giustizia Insieme*, 27 marzo 2025;

riformare l'art. 575 c.p., sostituendo la parola “uomo” con “persona”, come si propone nel testo/appello de La società della ragione, che si allega alla presente.

Vale la pena sul punto richiamare un'attenta dottrina⁴ che, pur non ascrivibile *in toto* alle voci contrarie al ddl, ha sostenuto che **“un primo passo non più rinviabile è la - solo apparentemente - semplice riformulazione dell'art. 575 c.p., capace di dare finalmente, anche se tardivamente, atto del fatto che non è più accettabile che l'espressione uomo sia la misura di tutte le cose, usata per definire l'universale: non possiamo trascurare il fatto che quell'espressione è stata introdotta nel codice penale quando l'uccisione di una donna - il femminicidio, sotto forma di delitto d'onore - era qualificata di un minore disvalore, e nello stesso contesto in cui la violenza sessuale era considerata un reato contro la morale e il buon costume, e non contro la libertà sessuale delle donne. Riscrivere l'art. 575 in modo che affermi la responsabilità penale di chiunque cagioni la morte di una persona costituisce un forte segnale semantico della necessità di decostruire, e poi diversamente ricostruire, l'universale giuridico. L'uomo è un sesso - genere, come un sesso - genere è la donna; l'uomo (particolare) non può ricomprendere e definire anche la donna, non può essere insieme il nome del particolare e dell'universale [...] una piccola riforma che non tocca la struttura del reato, né la misura della pena, che tuttavia indurrebbe a riflettere, costringendo a prendere atto di come la società sia cambiata, di come lo spazio conquistato dalle donne per se stesse abbia delegittimato ogni residuo della struttura patriarcale che le vuole subordinate”**.

Con simile prospettiva si era ancora affermato che⁵ **“il codice penale è stato costruito a partire dal punto di vista del soggetto maschile, nonostante la sua pretesa di neutralità di genere sulla base dell'aderenza a un'uguaglianza formale. Invece l'ottica di genere proprio questa neutralità contesta, e perciò lavora a decostruire la pretesa universalità di quella che è in realtà l'ottica maschile”**.

Non si tratta dunque, a parere di chi scrive, di negare le cause e gli effetti di una normazione che con la sua pretesa universalità disconosce *l'eccedenza di genere* (nelle sue declinazioni più ampie), ma piuttosto⁶ di “rendere le donne” (**non solo loro**; inciso nostro) **soggetti di giustizia**, abbandonando la dimensione tradizionale dell'essere **oggetti della giustizia sociale” (e penale, come qui si vorrebbe)**.

In definitiva, la domanda che possiamo porci è ancora questa; **“è davvero funzionale alla tutela della vittima di sesso femminile una fattispecie che ne consolida lo status di specialità?”**⁷.

in altro scritto (*Reato di femminicidio, partiamo dalle parole*, in *Giustizia Insieme*, 27 maggio 2025) la stessa Autrice sostiene peraltro che “il femminicidio esiste nella rappresentazione sociale, tanto che compare nel lessico dei giuristi [...] e anche nei testi delle sentenze attente alla cd. prospettiva di genere”, al punto che nel 2023 l'Istituto Treccani ha riconosciuto il femminicidio “parola dell'anno”.

⁴ B. PEZZINI, *Reato di femminicidio ed eccedenza di genere della violenza*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, 5 agosto 2025.

⁵ G. ZUFFA, *Uomini che uccidono le donne: né mostri né matti*, in *Femminicidio, storie e riflessioni*, a cura di M. CARNOVALE e N. MILETTO, *Il vaso di Pandora*, 1/2025.

⁶ E. ROSSI, *Il reato di femminicidio: un'ingiustizia nel nome delle donne*; *ivi*.

⁷ M. PELISSERO, *Il disegno di legge sul femminicidio: una proposta di puro populismo penale che distoglie dalle vere questioni culturali di genere*, in *Diritto penale e processo*, 5/2025.

Chi scrive ritiene di no, anche per quanto qui di seguito si espone.

Quanto all'art. 1 – Modifiche al codice penale, vanno preliminarmente confermate le critiche già mosse al testo della norma (art.577-*bis*) che introduce il reato di femminicidio, pur tenendo conto delle sostanziali modifiche operate in prima lettura.

Certamente apprezzabile l'eliminazione del tratto modale precedentemente previsto, laddove si sanzionava il femminicidio commesso per reprimere l'esercizio dei diritti o delle libertà della donna, o comunque l'espressione della sua personalità; oggi sono state introdotte nuove ipotesi, concernenti la prevaricazione, il controllo, il possesso, il dominio, o legate al rifiuto della donna di instaurare o mantenere un rapporto affettivo, confermandosi altresì l'illiceità della condotta come atto di limitazione delle libertà individuali.

Può darsi atto che le modifiche, peraltro suggerite espressamente da un'audita⁸, hanno certamente inciso sulla parte maggiormente in contrasto con il principio di tassatività, ma ciò non consente di condividere l'introduzione del reato di nuovo conio.

In primo luogo, va ribadita la **manifesta violazione del principio di ragionevolezza e uguaglianza, laddove si accorda maggior tutela (e si risponde con maggior rigore sanzionatorio) ad una donna, rispetto ad analoghe condotte poste in essere eventualmente nei confronti di qualunque altro soggetto (non solo maschile), pur teoricamente esposto alle medesime e diverse condizioni di prevaricazione, lato sensu intese, che la norma prevede.**

Prima ancora, appare opportuno evidenziare come la stessa scheda di lettura che accompagna il testo riformato ricordi come (p. 11) "in merito alla nozione di *donna in quanto tale* bisogna inoltre richiamare quanto disposto in materia di rettificazione di sesso dalla L.n.164/1982", nonché la pedissequa sentenza della Corte costituzionale (n. 143/2024), tanto da suggerire (p. 12) "alla luce delle considerazioni svolte l'opportunità di precisare l'estensione del riferimento alla persona offesa *in quanto donna*".

Il rilievo non è secondario, ed anzi imporrebbe l'eliminazione del riferimento citato, tanto più che la transizione dell'identità di genere non è certo l'unica condizione a sfuggire alla disposizione di nuovo conio (si pensi, solo per fare un esempio, alle possibili vittime omosessuali o LGBTQ+).

Ancora; nella stessa scheda (p. 14) si evidenzia "l'opportunità di approfondire l'utilizzo del termine *limitazione delle sue libertà individuali*, in considerazione del fatto che con il venir meno del bene vita stesso le libertà ed i diritti non sono meramente limitati, ma soppressi a causa del venire meno del bene presupposto" (ed infatti questa ipotesi è concepita come tratto modale, e non come azione sorretta da dolo specifico).

Non solo; si evidenzia altresì (p. 15) che quest'ultima ipotesi risulta sganciata dalle altre modalità di condotta, essendo ad esse alternativa (anche per ciò che concerne il già evidenziato riferimento all'*in quanto donna*), "**rendendo maggiormente difficoltosa la sua distinzione dall'art. 575 c.p.**".

⁸ A. MASSARO, *Riflessioni sul disegno di legge in materia di femminicidio*, in *Sistema Penale*, 25 giugno 2025.

Della sanzione s'è detto, e **vanno qui ribadite tutte le ragioni di avversione rispetto all'incostituzionale pena perpetua, fissa, irragionevolmente superiore (pari ad anni ventiquattro) per l'ipotesi attenuata di cui al comma 3 dell'art. 577-bis c.p. rispetto a quella prevista per l'omicidio.**

Del tutto pleonastico si rivela poi il rinvio all'art. 575 “fuori dei casi di cui al primo periodo” previsti dal primo comma del delitto di femminicidio.

Edificato sulla pena, espressione dichiarata di un diritto penale totale, che insegue la drammatica realtà dei fatti piuttosto che rispondere con efficacia alla loro complessità sociale e culturale, il delitto di femminicidio appare, quod poenam appunto, dimentico dell'insegnamento costituzionale (cfr., da ultimo, sent. n. 139 del 2025, punto 9.1 del *Considerato in diritto*) secondo il quale “la finalità rieducativa è, dunque, coesenziale al volto costituzionale della pena, nell'ordinamento italiano; tanto da non poter essere sacrificata sull'altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena (sentenze n. 78 del 2007, n. 257 del 2006, n. 68 del 1995, n. 306 del 1993 e n.313 del 1990), **qualunque sia la gravità del reato commesso dal condannato** (sentenza n. 149 del 2018, punto 7 del *Considerato in diritto*). Conseguentemente, non solo le autorità preposte all'esecuzione della pena, ma – ancor prima – **il legislatore nella fase di comminatoria edittale, e poi il giudice in sede di irrogazione della pena**, sono costituzionalmente vincolati a orientare la propria discrezionalità in maniera tale da favorire – e certamente da non ostacolare – quel cammino di recupero, riparazione, riconciliazione e reinserimento sociale, nel quale si declina la funzione rieducativa della pena (sentenza n. 179 del 2017, punto 4.4. del *Considerato in diritto*)”.

Nel caso di specie, invece, per paradosso si assiste ad una normazione affidata a successive interpretazioni che appoggiano su tratti evanescenti (**in quanto donna, non quella donna**) e aspetti relazionali, confidando su un'ermeneutica ed un accertamento probatorio tutt'altro che semplici (che costringeranno necessariamente a favorire vittimizzazione secondaria, dovendosi concentrare su dinamiche e aspetti delle condotte anteatte dei protagonisti processuali) , al contempo privando il giudice dei poteri/doveri valutativi specifici in ordine alla sanzione eventualmente da infliggere; e come si sa, ciò che limita fonda⁹.

Quanto alle ulteriori fattispecie interessate da inasprimento edittale (con diverse previsioni sanzionatorie sul punto) per effetto del *restyling* normativo previsto per il femminicidio, e ad esse esteso, valgono le medesime obiezioni, che tuttavia **evidenziano la scelta simbolica di aver distinto tra reato autonomo e circostanze aggravanti**, non senza aver qui ribadito come in taluni casi (ad esempio per il delitto di cui all'art. 572 c.p.) **è forte il rischio di valorizzare indici che la giurisprudenza ritiene invece quali elementi costitutivi del reato, e non quali fattori aggravanti.**

Sul versante procedurale, l'art. 3 del ddl (Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice), come licenziato dal Senato, ha parzialmente modificato la competenza di cui all'art. 33-ter

⁹ Per più ampie riflessioni sul punto, cfr. V. MANES, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali come presidio per la giurisdizione*, in *Questione Giustizia*, 26 marzo 2019.

del codice di rito, affidando al Tribunale monocratico alcune ipotesi di maltrattamenti in famiglia e il reato di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti.

A tal proposito, pur potendosi comprendere le ragioni pratico-organizzative rappresentate da ANM, non può non concordarsi con la speculare opinione rassegnata da UCPI, che sostiene **la necessità di affidare ad un organo collegiale la valutazione (ed eventualmente la sanzione) di così delicate vicende processuali, pesantemente sanzionate ed irte di conseguenze penitenziarie.**

Appare invece irricevibile sul punto quanto osservato da ANM¹⁰, ove si segnala (pp. 8 e 9) che “la competenza collegiale rende impossibile la presenza in udienza di magistrati onorari [...] si consideri che molti casi ad es. di atti persecutori sono fondati su prove testimoniali e documentali che rendono di non particolare complessità la gestione del dibattimento”.

Non solo; si è ivi sostenuto che “se un procedimento è istruito in modo corretto e completo, il ruolo del PM di udienza è meno rilevante, mentre le indagini possono essere coordinate e gestite solo da PM togati”.

Con ogni evidenza, e senza infingimenti, **si assiste qui ad un’idea del processo fortemente debitrice del sistema inquisitorio, nel quale l’istruzione (non quella dibattimentale, di cui agli artt. 496 ss. c.p.p.) regna sovrana, e l’Avvocato non dovrebbe partecipare in alcun modo alla formazione della prova, messa in sicurezza dal requirente.**

Per ciò che riguarda le informazioni alle pp.oo., si è previsto (art. 3, comma 1, lett. b) che sia dato loro avviso (nei casi di cui al nuovo comma 1-*quater* dell’art. 444 c.p.p.) delle eventuali richieste di applicazione pena presentate (anche fuori udienza), con facoltà di presentare memorie e deduzioni in relazione alla richiesta medesima (analoghe disposizioni sono contenute alle lett. r) ed s) della norma).

Si è in precedenza avuto modo di esprimere **assoluta contrarietà sul punto**; se l’ordinamento regola già interlocuzioni con la p.o. per altri istituti, di natura anfibia (cfr. art. 464-*quater*, comma 1, c.p.p.) o cautelare (art. 299, comma 3, c.p.p.), prevenendo talvolta che la stessa possa presentare memorie (ciò che può ragionevolmente consentire al giudice della misura di apprezzare esigenze e sopravvenienze altrimenti ignote), **non si è mai prevista un’interlocuzione sulla pena della parte privata, tanto da permetterle di far pervenire non solo memorie, ma anche deduzioni.** Né pare inconferente ricordare come, per ciò che attiene alla raccolta anticipata della prova, la p.o. può solo sollecitare il PM, ex art. 394 c.p.p., senza aggiungersi ad esso.

Così procedendo, **il reato diverrebbe una sorta di giustizia privata**, che per evitare pulsioni vendicative extra processuali¹¹ cede plasticamente al paradigma vittimario.

A parziale conforto, l’abolizione (si spera, non solo formale) dell’obbligo inizialmente previsto per il giudice di esplicitare in sentenza “le ragioni per le quali [...] non ritiene fondate le deduzioni in relazione alla qualificazione giuridica del fatto, all’appli-

¹⁰ *Femminicidio: il parere aggiornato dall’ANM sulla proposta di legge*, in *Sistema Penale*, 15 ottobre 2025.

¹¹ F. GARY GRAY, *Law abiding citizen*, 2009.

cazione o alla comparazione delle circostanze prospettate dalle parti o alla congruità della pena, nonché alla concessione della sospensione condizionale”.

Staremo a vedere, se il piano inclinato introdotto con le *deduzioni* porterà a condizionamenti e prassi distorte, che già albergano nelle aule dei Tribunali (soprattutto nei giudizi monocratici).

L'art. 3, comma 1, lett. g), estende ad altre fattispecie di cui al presente ddl la possibilità di applicare la misura cautelare in carcere anche se all'esito del giudizio è irrogabile una pena detentiva non superiore a tre anni **(valutazione prognostica di per sé irragionevole, stante il raccordo che dovrebbe operarsi in proposito con la possibilità di accesso alle misure alternative per le pene, anche residue, pari ad anni quattro di reclusione, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 41 del 2018)**¹².

Con l'introduzione del comma 3.1 all'art. 275 del codice di procedura penale si è (parzialmente) intervenuti a modificare il ripristino delle ipotesi di presunzione assoluta di adeguatezza delle misure coercitive, carcerarie e domestiche, (disposizione in aperto contrasto con il costante orientamento del Giudice delle leggi sul punto), prevedendo che ciò possa evitarsi quando “siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari ovvero nei casi in cui le stesse, anche in relazione al pericolo per la vita o l'integrità fisica o psichica della persona offesa, possano essere soddisfatte da altre misure cautelari”.

Non è dato comprendere la modifica intervenuta in ordine alla possibilità per il PM di delegare la PG all'ascolto della p.o. che ne abbia fatto richiesta in fase di indagini, salvo che per il delitto di atti persecutori aggravato ai sensi del quarto comma dell'art. 612-*bis* c.p.p., **non essendo esplicitato il criterio selettivo adottato in proposito.**

Pur potendosi cogliere la *ratio* dell'introduzione del comma 6-*bis* dell'art.499 del codice di rito, volta ad evitare durante l'esame della p.o. dei delitti di cui all'art. 362, comma 1-*ter* una lesione a dignità e decoro della stessa **(basterebbe la prima, del tutto incongruo il riferimento al secondo)**, nonché forme di vittimizzazione secondaria, appare certamente sufficiente quanto già previsto al quarto comma della norma che

¹² Sul punto, sia consentito un rinvio a M. PASSIONE, *La Consulta riallinea l'ordine di esecuzione e l'affidamento in prova: uno sguardo prospettico per nuovi e diversi scenari*, in *Diritto penale e processo*, 1/2019, ove si rileva come “nel preambolo del dl. 26 giugno 2014, n. 92, convertito con modificazioni in l. 11 agosto 2014, n. 117, si dà atto di ritenere **la straordinaria necessità e urgenza di modificare il comma 2-*bis* dell'articolo 275 di procedura penale, al fine di rendere tale norma coerente con quella contenuta nell'articolo 656, in materia di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva**”; cfr. anche, volendo, M. PASSIONE, *L'autopoiesi di legittimità*, in *Diritto Penale e Uomo*, 5/2019.

regola l'esame testimoniale, secondo la quale "il presidente cura che l'esame del testimone sia condotto senza ledere il rispetto della persona".

Il rispetto, non il decoro delle statue; **non è possibile al contrario introdurre ulteriori *regulae iuris* proprio laddove il legislatore intende inasprire la risposta punitiva e quant'altro consegua per una serie numerosissima di reati, per i quali la scrupolosa e rispettosa raccolta della prova deve certamente osservarsi, senza impedire il dispiego delle prerogative difensive.**

Piuttosto, lo si anticipa qui, **appare risibile allo scopo la previsione di cui all'art. 8, lett. b) del ddl, all'evidenza del tutto insufficiente a garantire un'acconcia preparazione ai magistrati**, nel mentre apprezzabile si rivela la previsione di una formazione multidisciplinare e qualificata di cui alla precedente lett. a)

Assolutamente inconcepibile l'implementazione del periodo di osservazione scientifica annuale della personalità, introdotto dall'art. 5 del ddl (Modifiche in materia di ordinamento penitenziario) per ulteriori fattispecie ivi previste; detta previsione, in uno alla torsione cautelare in precedenza descritta, comporterebbe inevitabilmente un ulteriore crescita dell'*overcrowding*, **rendendo più difficile uscire dal circuito detentivo per coloro per i quali si rende quasi obbligato l'ingresso.**

Non finisce qui; sempre mediante intervento sull'art. 4-*bis* o.p. si è previsto che al fine di concessione dei benefici penitenziari per i condannati o internati per il delitto di femminicidio debbano acquisirsi le dichiarazioni che i prossimi congiunti della persona deceduta abbiano reso intendere, **ancora una volta vellicando (a distanza di anni) istinti che dovrebbero restar fuori da una valutazione scevra da contaminazioni di altro tipo.**

Non condivisibile appare neanche l'introduzione di obblighi di comunicazione in favore della persona offesa e dei prossimi congiunti, di cui all'art. 58-*sexies* o.p.; se può comprendersi come nella fase acuta cautelare la p.o. possa essere informata della scarcerazione dell'indagato/imputato di gravi delitti, altrettanto non può dirsi quando ciò accada a distanza di anni, dopo un percorso *intra moenia* favorevolmente deliberato (ciò che ovviamente non può, né mai potrebbe, conferire certezze su assenza di rischi recidivanti), **inverando lo stigma perenne che impedisce per contro anche alle vittime di fare i conti col passato e il cambiamento possibile.**

Incomprensibile, anche dal punto di vista criminologico (oltre che logico), la riduzione della durata dei permessi premio a danno di condannati minori del delitto di femminicidio, introdotta dall'art. 5, lett. b, di modifica dell'art. 30-*ter* o.p.

Infine, la (s)copertura finanziaria; come giustamente rilevato dalle Osservazioni UCPI¹³ (p. 3), **"le misure delineate nel testo legislativo non sono neutre dal punto di vista operativo"**, ma **"la dimostrazione della volontà vera del legislatore è contenuta nell'art. 14 [...]** fatta eccezione per quanto previsto dall'art. 4 (tutela degli orfani di femminicidio in caso di relazione affettiva), 11 (disposizioni sulla registrazione a debi-

¹³ DDL femminicidio - Le note dell'UCPI, in camerepenali.it, 16 ottobre 2025.

to) e 12 (garanzie di accesso delle donne vittima di violenza di genere al patrocinio a spese dello Stato)” – **e non è dato comprendere la rubrica della disposizione *de qua*, che oltre al femminicidio in forma tentata contempla anche l'omicidio di cui agli artt. 575, 577, primo comma, n. 1, nella forma tentata (inciso nostro)** – “l’attuazione della legge non dovrà comportare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica”.

NOTE SCRITTE ALL'ESITO DELL'AUDIZIONE IN COMMISSIONE GIUSTIZIA DEL 9.12.2025 SUI DISEGNI DI LEGGE IN TEMA DI VIOLENZA SESSUALE E CONSENSO

Bartolomeo Romano*

1. Ringrazio per l'invito, che mi consente di occuparmi, in un così importante contesto, di una materia che, a partire dal 1996, quando fu pubblicato un mio primo commento "a caldo" sulla legge di riforma delle norme contro la violenza sessuale¹, è al centro della mia produzione scientifica².

* Ordinario di Diritto penale nell'Università di Palermo.

¹ *Il rinnovato volto delle norme contro la violenza sessuale: una timida riforma dopo una lunga attesa*, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1996, 1610.

² *Dalla violenza carnale in concorso alla violenza sessuale di gruppo: questioni intertemporali e problemi definitori*, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 1997, 135; *Profili penalistici dell'abuso sessuale sui minori*, *ivi*, 1998, 1133; *Dubbi vecchi e nuovi di illegittimità costituzionale in materia di corruzione di minorenni*, *ivi*, 1998, 1362; *Repressione della pedofilia e tutela del minore sessualmente sfruttato nella legge 269 del 1998*, *ivi*, 1998, 1543; *Appunti sui sospetti di illegittimità costituzionale degli «atti sessuali» alla luce del principio di determinatezza*, *ivi*, 1999, 62; *La delicata tutela della sfera sessuale nelle prospettive di riforma*, in *Indice pen.*, 2000, 125; *Difetti normativi e margini interpretativi in tema di pedofilia*, nel volume *La tutela penale della persona: nuove frontiere, difficili equilibri*, a cura di L. FIORAVANTI, Milano, 2001, 247; *Pedofilia*, in *Digesto pen.*, agg., vol. II, Torino, 2004, 603; *Il mobbing: ai confini del diritto penale?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, 167; *Commento alla legge 11 agosto 2003, n. 228*, in *Codice Penale Ipertestuale, I Edizione di aggiornamento*, Torino, 2005, 5; *Riflessioni penalistiche sulle misure contro la tratta di persone*, in *Indice pen.*, 2006, 651, e nel volume *Contro ogni schiavitù. Programmi di assistenza ed integrazione sociale ex art. 18 T.U. sull'immigrazione. Legge n. 228/2003 "Misure contro la tratta di persone"*, Siracusa, 2006, 167; *Sottrazione consensuale di minorenni e fuga d'amore: il diritto penale tra opposte esigenze?*, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2006, 1067; *La tutela penale del minore vittima di delitti contro la sfera sessuale*, in AA.VV., *Buone pratiche nelle strategie di prevenzione, di contrasto e di valutazione nell'abuso all'infanzia: presentazione di linee guida*, Caltanissetta, 2008, 35; *L'abuso sessuale infrafamiliare*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di S. VINCIGUERRA e F. DASSANO, Napoli, 2010, 777, nonché in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1099; *Valutazioni penalistiche dell'abuso sessuale paterno*, in *Mediterraneo, Padre. Il senso del paterno nella cultura mediterranea*, a cura di A. FRANCOMANO, Palermo, 2011, 155; *La tutela penale della persona nella famiglia: vecchie esclusioni e nuove proiezioni*, in *Dall'amore all'odio: crimini in famiglia*, Atti del Convegno, Palermo, 25 novembre 2010, Palermo, 2012, 132; *Obblighi materni e responsabilità della nonna nella violenza sessuale di gruppo: dal concorso omissivo alla partecipazione "attiva"*, ne *Il diritto di famiglia e delle persone*, 2012, 620; *Il contrasto penalistico alla violenza sulle donne*, in *Arch. pen.*, 2014, 333, e in *I primi 50 anni delle donne in magistratura: quali prospettive per il futuro. La violenza di genere nella società attuale*, Quaderni del Consiglio Superiore della Magistratura, 2014, n. 162, 159; *Induzione alla prostituzione minorile ed atti sessuali con minorenni in cambio di denaro: le Sezioni Unite chiariscono il rapporto tra i due delitti*, in *Giust. pen.*, 2014, II, 268; *La pornografia minorile nella (nuova) lettura delle Sezioni unite: dal pericolo concreto al reato di danno*, in *Cass. pen.*, 2019, 601; *L'introduzione*

Le riflessioni in materia sono poi sfociate in una monografia³, e in altri commenti⁴ o approfondimenti⁵, ed oggi sono condensate in un volume, la cui prima edizione è del 2002, mentre l'ultima – l'ottava – è stata recentemente pubblicata⁶.

Sulla riforma in atto sono intervenuto più volte, cercando di offrire il mio contributo alla comune riflessione, in brevi scritti di taglio giornalistico⁷ ed in interviste⁸.

Pertanto, mi permetto di rinviare a tutti i richiamati contributi per un più ampio approfondimento. Sperando di fare cosa utile e gradita, deposito la presente memoria

dell'articolo 387-bis del codice penale in materia di violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa, in B. ROMANO - A. MARANDOLA (a cura di), *Codice rosso. Commento alla l. 19 luglio 2019, n. 69, in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere*, Pisa, 2020, 47; *L'introduzione dell'articolo 612-ter del codice penale in materia di diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, *ivi*, 105; *Le modifiche agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-septies e 609-octies del codice penale*, *ivi*, 139; *La clausola di invarianza finanziaria*, *ivi*, 195; *Le sezioni unite chiariscono ciò che doveva essere chiaro dal 1996: l'autorità della quale si abusa può essere anche quella privata. Ma poi vanno oltre*, in *Foro it.*, 2021, II, 28; *Codice rosso (profili penali sostanziali)*, in *Digesto pen.*, agg., vol. XI, Torino, 2021, 132; *La violenza sessuale di genere*, in *Riv. it. med. leg.*, 2021, 1041; *La violazione dei provvedimenti di allontanamento dalla casa familiare e del divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*, in B. ROMANO - A. MARANDOLA (a cura di), *Codice Rosso. Seconda edizione aggiornata e integrata*, Pisa, 2024, 27; *La diffusione illecita di immagini o video sessualmente espliciti*, *ivi*, 75; *Le modifiche agli articoli 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-septies e 609-octies del codice penale*, *ivi*, 111; *Gli altri aumenti di pena e il nuovo reato inserito nel codice antimafia*, *ivi*, 131; *Le clausole di invarianza finanziaria*, *ivi*, 265; *Ai confini del diritto penale: la pedo-pornografia fumettistica*, in *Foro it.*, 2024, II, 21; *Le nuove disposizioni per il contrasto della violenza sulle donne e della violenza domestica nella l. n. 168 del 2023*, *ivi*, 2024, V, 94; *La violenza sessuale in ambiente sanitario: tra consenso informato e consenso tout court*, in *Riv. it. med. leg.*, 2024, 513; *Dalla violenza o minaccia al consenso nel delitto di violenza sessuale*, in *Scritti in onore di Manfred Maiwald*, Torino, 2025, 233; *Il necessario superamento dell'articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale: tra consenso e dissenso*, in *Sistema penale*, 29.1.2026.

³ *La tutela penale della sfera sessuale. Indagine alla luce delle recenti norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia*, Milano, 2000, nella collana degli Studi di Diritto Penale, diretta dal Prof. A. Crespi.

⁴ Il riferimento, in particolare, è ai numerosi commenti ad articoli del codice penale pubblicati nel *Codice Penale Ipertestuale*, Torino, dalla edizione del 2003 sino alla 4^a ed., del 2012, diretta da M. RONCO - B. ROMANO.

⁵ *Reati contro la persona*, tomo III, *Reati contro la libertà individuale*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO, vol. XIV, Milano, 2016, 3 ss. e 235 ss.

⁶ *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 8^a ed., Milano, 2025.

⁷ *Centralità del consenso. La riforma bipartisan della violenza sessuale*, ne *Il Dubbio*, 15 novembre 2025, 6; *Il "sì" potrà essere tacito, purché libero. Ma il testo bipartisan atteso oggi alla Camera dovrebbe distinguere i casi più gravi*, *ivi*, 18 novembre 2025, 8; *L'introduzione del consenso nella violenza sessuale: se non ora, quando?*, *ivi*, 26 novembre 2025, 1, 10 e 11; *Si litiga sul consenso, ma al legislatore dico: separiamo lo stupro dall'abuso sessuale*, *ivi*, 1 e 10.

⁸ *Intervista*, in *Huffpost*, 17 novembre 2025, https://www.huffingtonpost.it/politica/2025/11/17/news/violenza_consenso-20529715/?ref=HHTP-BH-I20528095-P1-S5-T1; *Intervista su Radio Radicale*, del 19 novembre 2025, <https://www.radioradicale.it/scheda/774779>; *Intervista*, ne *Il Fatto Quotidiano*, 27 novembre 2025, 5; *Il progetto di modifica dell'art. 609-bis cod. pen. in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso. Intervista di Alessandro Andronio a Bartolomeo Romano e Andrea Bigiarini*, in *Diritto, Giustizia e Costituzione*, 29 dicembre 2025.

scritta, naturalmente restando a disposizione per qualsiasi chiarimento la Commissione ritenesse necessario od opportuno.

2. Nel poco tempo a mia disposizione, mi sembra utile partire da qualche sintetica riflessione sull'attuale art. 609-*bis* c.p., per poi indicare alcuni punti del testo unanimemente approvato alla Camera dei Deputati che, a mio avviso, necessiterebbero di ulteriori modifiche. Mi permetterò infine di indicare una prospettiva di riforma più ampia, che sottopongo alla Vostra riflessione.

3. A mio avviso, l'art. 609-*bis* del codice penale è uno degli articoli più infelici del panorama penalistico attuale. Una disposizione che – sia pure in base ad ingenuità, ma comprensibili, motivazioni di fondo – ha addirittura peggiorato quanto aveva previsto in materia il codice penale nella sua versione originaria del 1930.

Da un lato, infatti, l'art. 609-*bis* c.p. ha mantenuto fermi i requisiti della violenza e della minaccia, specchio di una impostazione vetero-maschilista, nel solco della *vis grata puellae*. Si pensi, infatti, che gli antichi giureconsulti pratici pare esigessero, in colei che si asseriva violentata, quattro esteriorità: le grida contemporanee alla violenza, i capelli disciolti, le vesti scompigliate e il racconto immediato dell'accaduto. E, dall'altro, l'intervento del 1996 ha aumentato i margini di indeterminatezza della disposizione, ricorrendo alla generica nozione di "atti sessuali" e consentendo una diminuzione di pena in presenza di "casi di minor gravità". In più, ha unificato in un unico articolo condotte che, nella versione originaria del codice, erano (giustamente) distinte: la violenza carnale e gli atti di libidine violenti. Questo, anzi, rappresenta il punto centrale della riforma del 1996 (oltre allo spostamento delle relative incriminazioni dall'arcaico titolo IX, dedicato ai delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, al titolo XII, riguardante i delitti contro la persona; spostamento "tecnicamente" inutile, ma certamente opportuno e condivisibile, pur con talune precisazioni che qui non posso riaffermare): con ciò, sostenevano gli enfatici sostenitori di allora, si sarebbero evitate indagini che avrebbero umiliato la vittima, entrando nella sua sfera più intima e privata.

Peccato, però, che tale affermazione contrasti con i principi del processo penale e persino con quelli del diritto penale sostanziale, nonché con quanto prevede lo stesso art. 609-*bis* c.p. Sotto il primo profilo, una precisa ricostruzione dell'accaduto deve essere necessariamente perseguita già ai fini della contestazione ed è un accertamento del quale occorre dare adeguato conto (oltre che per il rispetto del principio della correlazione tra accusa e sentenza) ai fini dell'adempimento dell'obbligo di motivazione (artt. 111, comma 6, Cost. e 125, comma 3, c.p.p.), la cui mancanza è censurabile in Cassazione (art. 606, lett. e, c.p.p.). Dal punto di vista dei canoni fondamentali del diritto penale, occorre considerare che l'ampia forbice edittale prevista (da sei a dodici anni di reclusione) impone una delicata commisurazione della pena ex art. 133 c.p., e che comunque possono rilevare eventuali circostanze. Ma soprattutto, l'ultimo comma dell'art. 609-*bis* c.p. prevede che «nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente ai due terzi». Dunque, pur con la unificazione legislativa introdotta, occorrono approfondite indagini e l'individuazione di efficaci criteri discretivi, prima indispensabili al fine di distinguere la violenza carnale dagli atti di libidine violenti, ora necessari per valutare l'eventuale minor gravità del fatto, non di rado invocata dagli imputati.

4. Al cospetto di tale situazione, ormai da anni la giurisprudenza italiana spesso riconosce un ampio concetto di violenza e di minaccia, tale quasi da tramutare tali requisiti nel consenso; ma non ci si può nascondere che tale interpretazione sfiori l'analogia *in malam partem*, pur rispondendo ad un bisogno certamente avvertito.

Ad esempio, la Cassazione ha affermato che, ai fini della configurabilità del delitto di violenza sessuale, sono prive di rilevanza le circostanze relative all'assenza di lesioni personali sul corpo della vittima, la condotta remissiva della stessa, anche successiva ai fatti, e le esitazioni nello sporgere denuncia, in quanto tali circostanze sarebbero facilmente spiegabili con lo stato di terrore nel quale versa la vittima⁹. Ed ha espressamente ribadito che l'attendibilità della vittima della violenza sessuale non può essere inficiata dal fatto che la stessa indossasse i jeans al momento dello stupro, poiché la paura di ulteriori conseguenze potrebbe aver determinato la possibilità di sfilare più facilmente l'indumento¹⁰.

A quanto appena richiamato, può aggiungersi che la violenza sessuale, proprio perché la condotta è priva del consenso, si concreta anche nel c.d. "atto repentino". In particolare, si è sostenuto che la violenza - evidentemente, intesa in senso ampio, smaterializzata o impropria - richiesta per l'integrazione del reato è anche quella che si manifesta «nel compimento insidiosamente rapido dell'azione criminosa, così venendosi a superare la contraria volontà del soggetto passivo»¹¹.

Tuttavia, soprattutto nella giurisprudenza di merito, emergono letture non sempre condivisibili. Così, ad esempio, si è affermato che non sussiste il reato di violenza sessuale quando difetti la costrizione della vittima e non vi sia un chiaro dissenso della persona offesa ovvero una sua condotta oppositiva¹². Come pure nell'ipotesi di "toccamento" che, pur interessando le parti intime della persona offesa, sia perpetrato per un brevissimo lasso di tempo tale da escludere l'esistenza del fine libidinoso¹³. Inoltre, si è ritenuto che non sarebbe integrato il reato ove la donna, in occasione di un incontro di lavoro, non abbia espresso istantaneamente il proprio dissenso al compimento di atti sessuali (baci sul collo, palpeggiamenti, tocamenti dei seni, sino all'infilare le mani all'interno degli slip) da parte del soggetto attivo, rappresentante

⁹ Cass., sez. III, 22 dicembre 1999, in *Guida dir.*, 2000, n. 19, 64, con commento di N. CIARAVOLO, *Per formare il libero convincimento del giudice può bastare la testimonianza della parte offesa*, ed in *Cass. pen.*, 2001, 1494; Cass., sez. III, 19 ottobre 1999, in *Guida dir.*, 1999, n. 47, 75, con commento di N. CIARAVOLO, *Marcia indietro dopo la sentenza sui jeans: la Cassazione cancella l'onere di resistenza*, ed in *Dir. pen. proc.*, 2000, 1612, con commento di S. DI GADDO, *Onere di resistenza, minaccia e dissenso: spunti evolutivi nella giurisprudenza di legittimità*.

¹⁰ Cass., sez. III, 6 novembre 2001, in *Foro it.*, 2002, II, 287. Successivamente, Cass., sez. III, 12 ottobre 2007, in *CED*, n. 238016.

¹¹ Cass., sez. III, 1 febbraio 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 618; Cass., sez. III, 27 gennaio 2004, in *Riv. pen.*, 2005, 508, e Cass., sez. III, 24 novembre 2000, in *Foro it.*, 2001, II, 333, con annotazione di G. Leineri, nonché in *Cass. pen.*, 2002, 1430.

¹² App. Lecce, 8 febbraio 2023, in *Cass. pen.*, 2024, 328, con nota critica di F. PACELLA, *Verso una costruzione scalare, dinamica e relazionale del concetto di consenso sessuale*, *ivi*, 329.

¹³ Trib. Roma, sez. V, 6 luglio 2023, in *Cass. pen.*, 2023, 4202, con nota critica di R. D'AURO, *Analisi dell'elemento consensuale nell'attuale fattispecie incriminatrice italiana di violenza sessuale, aspetti comparatistici e nuove prospettive di tutela*, *ivi*, 4204, ed in *Dir. pen. proc.*, 2024, 374, con nota di G.J. SICIGNANO, *La c.d. "palpata breve" nella violenza sessuale, tra fattispecie oggettiva ed elemento soggettivo*.

sindacale¹⁴. Parimenti, non vi sarebbe reato nel caso nel quale una ragazza abbia affermato di avere subito violenza, perché «non si può affatto escludere che al XY la giovane abbia dato delle speranze, facendosi accompagnare in bagno, facendosi sporgere i fazzoletti, tenendo la porta socchiusa, aperture lette certamente dall'imputato come un invito ad osare»¹⁵. E lo stesso è stato detto persino nell'ipotesi di rifiuto al compimento di atti sessuali manifestato dalla persona offesa, che potrebbe essere interpretato come ritrosia, meramente formale e “di facciata”, di una donna alle iniziative erotiche del *partner*¹⁶.

Dunque, una modifica normativa dell'art. 609-*bis* c.p., con l'inserimento del riferimento al consenso mi sembra, a distanza di trenta anni dal mio primo scritto nel quale prospettavo tale soluzione, ancora oggi necessaria¹⁷.

5. In tale direzione si sarebbe, a mio avviso, dovuto dirigere già il tiepido legislatore del 1996¹⁸. Infatti, il bene tutelato dai delitti di cui agli artt. 609-*bis* ss. c.p. (la libertà di autodeterminazione della persona, al posto del vecchio riferimento alla moralità pubblica e al buon costume) avrebbe preferibilmente preteso la punizione di una condotta realizzata nonostante la mancanza di consenso della persona offesa.

E se è vero che nel vigente art. 609-*bis* c.p. il mantenimento della violenza e della minaccia tra i requisiti della condotta si pone lungo una linea di continuità con la scelta legislativa del passato (cfr. i vecchi artt. 519 e 521 del codice penale), peraltro allora analoga a quella di altri Paesi dell'Europa continentale, quali ad esempio la Germania e la Spagna - mentre il diritto inglese riconosce da tempo che basta l'assenza del consenso della donna perché sussista il reato¹⁹ -, nell'ultimo decennio il panorama è decisamente cambiato.

¹⁴ Trib. Busto Arsizio, 26 gennaio 2022, in *Sistema penale*, 8 marzo 2022, con osservazioni di A.N. PINNA, *Violenza sessuale e ricerca del dissenso della vittima: la difficoltà dei giudici di merito a recepire gli insegnamenti della Corte di cassazione*.

¹⁵ App. Torino, sez. IV, 20 aprile 2022, in *Sistema penale*, 22 luglio 2022, con commento di E. BIAGGIONI, *La difficile posizione delle vittime di violenza sessuale: l'insostenibile confronto con il pregiudizio sulla scarsa attendibilità della persona offesa e lo stereotipo dello stupratore modello*.

¹⁶ Così App. Palermo, 23 giugno 2022, poi condivisibilmente annullata con rinvio da Cass., sez. III, 16 febbraio 2024, in *Foro it.*, 2024, II, 497, con nota di D.M. SCHIRÒ, *La vis grata puellae ai tempi del “codice rosso”: la sopravvenienza di arcaiche letture nonostante le nuove leggi*, *ivi*, 502.

¹⁷ In senso analogo, tra gli altri: G. BALBI, *I reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale in una prospettiva di riforma*, in *Sistema penale*, 3 marzo 2020; M.L. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *Revista de Direito Brasileira*, 2020, vol. 25, 10, 280 ss. (e anche in *disCrimen*, 2 dicembre 2020); G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, *passim*; S. DI GIOVANNI, *Il reato di violenza sessuale: riflessioni costituzionalmente orientate in tema di consenso*, in *Gruppo di Pisa*, 2023, 37 ss. In argomento, da ultimo, F. MACRÌ, *Tipicità e colpevolezza nei reati sessuali di ultima generazione*, Torino, 2025.

¹⁸ Alla medesima conclusione, anche in precedenza, T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1301, e in *Studi in memoria di P. Nuvolone*, vol. II, Milano, 1991, 127.

¹⁹ A. CADOPPI, *Moralità pubblica e buon costume (delitti contro la) (diritto anglo-americano)*, in *Digesto pen.*, vol. VII, Torino, 1994, 189; C. WELLS, *I reati sessuali nel diritto inglese*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 220; C. PAVARANI, *Il mero dissenso della vittima nella violenza sessuale: profili di diritto italiano e anglosassone*, in *Indice pen.*, 2002, 771; A. WERTHEIMER, *Consent to sexual relations*, Cambridge, 2003.

A dare maggior forza alla necessità di introdurre il requisito del consenso è innanzitutto intervenuta la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta ad Istanbul il giorno 11 maggio 2011²⁰. Infatti, detta Convenzione, all'art. 36, comma 1, obbliga le parti ad adottare «misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali: a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto; b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso; c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo». E il comma 2 del medesimo articolo specifica che «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». Ora, poiché l'Italia ha ratificato la Convenzione di Istanbul con l. 27 giugno 2013, n. 77²¹, ne deriva che il nostro Paese dovrebbe riformulare il reato di violenza sessuale incentrandolo sul consenso (e non più sulla violenza o minaccia).

Inoltre, più recentemente, in tal senso si è orientato il legislatore tedesco. Infatti, il 10 novembre 2016 è entrata in vigore la nuova disciplina dei «delitti contro la libertà sessuale» (§§ 174 ss.), dovuta alle innovazioni apportate dalla legge di modifica del codice penale, intitolata «potenziamento della tutela della libertà sessuale»²². In base al nuovo testo, si punisce «chiunque, contro la volontà discernibile (riconoscibile) di un'altra persona, compia o faccia compiere atti sessuali su di essa o la induca a compiere o tollerare atti sessuali su o da parte di terzi». La Germania, dunque, ha superato la precedentemente richiesta presenza della violenza e della minaccia, virando verso il consenso, anche se il c.d. *no model* adottato potrebbe non risultare pienamente conforme all'art. 36 della Convenzione di Istanbul poiché, richiedendo un'opposizione espressa (verbale o non), non tutela quei casi in cui la vittima subisce in maniera passiva il reato²³.

Ma ancora più netta è la soluzione da ultimo adottata in Spagna con la *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, «de garantía integral de la libertad sexual»*²⁴. Infatti, la riforma del 2022 ha eliminato la distinzione tra *abuso sexual* e *agresión sexual* prevedendo solo la fattispecie di *agresión sexual* nel nuovo art. 178. In base a detto ar-

²⁰ Sul punto, cfr. la scheda di sintesi di A. Di STEFANO, in *Dir. pen. cont.*, 11 ottobre 2012.

²¹ Cfr. G. BATTARINO, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013.

²² F. MACRÌ, *La riforma dei reati sessuali in Germania. Centralità del dissenso e "tolleranza zero" verso le molestie sessuali tra diritto penale simbolico e potenziamento effettivo della tutela della sfera sessuale*, in *Dir. pen. cont.*, 24 novembre 2016; T. HÖRNLE, *The new German law on sexual assault and sexual harassment*, in *German Law Journal*, 2017, 1309 ss.; T. WEIGEND, *Germany*, in E. HOVEN, T. WEIGEND (a cura di), *Consent and sexual offenses. Comparative perspectives*, Baden-Baden, 2022, 183 ss.

²³ Per questi rilievi, cfr. GREVIO/Inf(2022)2, *Baseline Evaluation Report. Germany, Adopted by GREVIO on 24 June 2022, Paragraph 252, published on 7 October 2022*.

²⁴ Cfr. A. DE GIULI, *Ridefinire il concetto di violenza sessuale in una prospettiva sistemica. La recente normativa spagnola a tutela della libertà sessuale*, in *GenIUS*, 2023, 1 ss.; L. DE STRADIS, *Riforma e controriforma dei reati sessuali in Spagna: un dibattito ancora aperto*, in *Leg. pen.*, 5 febbraio 2025.

titolo, il reato è integrato da «qualsiasi atto che attentamente alla libertà sessuale di un'altra persona senza il suo consenso»; e si precisa che «c'è consenso solo quando questo sia stato manifestato in maniera libera attraverso atti che, in base alle circostanze del caso, esprimano in maniera chiara la volontà della persona». Pertanto, si è adottato il c.d. *yes model*, più in linea con quanto richiesto dalla Convenzione di Istanbul.

Ed anche in Francia, sulla spinta del caso *Pélicot*, è stato di recente adottato tale modello. La riforma operata dalla legge n. 2025-1057 del 6 novembre prevede, infatti, che la violenza sessuale si verifica quando una persona compie un atto sessuale senza aver ricevuto il consenso libero, informato, specifico, preventivo e revocabile dell'altra persona (art. 222-22 c.p.).

6. Per tutte le considerazioni sopra riassunte, è dunque opportuno, a mio modo di vedere, che il testo approvato alla Camera dei Deputati incentri l'articolo 609-*bis* del codice penale sulla mancanza di "consenso", che è stato qualificato "libero ed attuale".

Al riguardo, si è molto ironizzato sulla necessità di un consenso in qualche modo "formalizzato" e sull'obbligo del *partner* di fare successive domande espresse, ricevendo conseguenti "autorizzazioni", ove da un atto sessuale si passi ad un diverso atto sessuale.

Ritengo che la questione possa essere agevolmente risolta richiamando le nozioni generali alle quali si è pervenuti in materia di consenso dell'avente diritto, che è un mero atto giuridico, un permesso, e non un vero e proprio negozio giuridico²⁵. Da ciò discende che esso è sempre revocabile (naturalmente nei limiti del possibile) e non obbliga il dichiarante.

Inoltre, il consenso deve essere effettivo (cioè, non simulato o scherzoso), libero e privo di vizi (dolo, errore, violenza), contemporaneo alla condotta (non potendo essere né antecedente, né successivo). Esso rileva nei limiti entro i quali è concesso (ad esempio, un soggetto può acconsentire al compimento di un atto sessuale e non acconsentire al compimento di un diverso atto sessuale), nella misura manifestata (se il consenso inizialmente prestato viene revocato, per quella *tranche* di condotta per la quale non vi è consenso scatterà eventualmente la responsabilità penale) e nei confronti dei soggetti ai quali è rivolto (si può volere compiere atti sessuali con un determinato soggetto, ma non con un altro). Inoltre, non è necessario un consenso espresso, poiché è sufficiente il consenso tacito (cioè, desumibile dal comportamento del titolare del bene: *per facta concludentia*).

Naturalmente, occorrerà sempre verificare che il soggetto abbia la capacità di intendere e di volere nel momento nel quale si realizza la condotta e, con le peculiarità note in materia di norme contro la violenza sessuale, l'età per manifestare validamente il consenso.

Dunque, il consenso deve, ovviamente, essere sempre "libero e attuale". Ma, ove si preferisse non inserire tale ultimo riferimento nell'art. 609-*bis* c.p., il quadro non muterebbe, poiché valgono sempre i criteri generali propri del consenso, sopra richiamati.

²⁵ Così, ad esempio, nel mio manuale di *Diritto penale, Parte generale*, 5ª ed., Milano, 2025, 288 ss.

7. Occorre, infine, fugare un ultimo equivoco sul punto. Se è vero che la giurisprudenza (rischiando, però, come anticipato, di incorrere nel vizio dell'analogia *in malam partem*) è giunta ad una amplissima nozione di violenza o minaccia, la proposta modifica normativa non è né pericolosa, né, all'opposto, inutile.

Sotto il primo profilo, eliminare il riferimento alla violenza ed alla minaccia nella norma sulla violenza sessuale (nella fattispecie-base), e sostituirvi la mancanza di consenso, non significa certo che si debba addivenire ad una affermazione di responsabilità a carico dell'imputato sulla base del mero racconto della pretesa parte offesa. Ma il problema, spostato dalla rigidità del dettato normativo al più elastico versante dell'accertamento probatorio, rende meno facili forzature in senso restrittivo e permette, in assenza di cristallizzati legami tipici dei sistemi a prova legale, di seguire anche l'evoluzione dei costumi sessuali.

La riforma, poi, non è superflua. Incentrare la violenza sessuale sulla mancanza di consenso può aiutare a superare l'impostazione vetero-maschilista della *vis grata puellae* e a ribadire che può non reagirsi alla violenza e si può persino apparentemente acconsentire per il timore delle possibili ulteriori conseguenze della violenza (c.d. *freezing*). E può permettere di giungere linearmente alla affermazione di responsabilità nel caso nel quale intervenga una revoca del consenso, qualora il soggetto attivo non interrompa l'atto sessuale divenuto non consensuale.

8. Tuttavia, il testo approvato alla Camera dei Deputati ha sollevato critiche e perplessità da parte di chi teme che incentrare il delitto di cui all'art. 609-*bis* c.p. sulla mancanza di "consenso libero ed attuale" possa condurre ad una sorta di inversione dell'onere della prova e a una presunzione di responsabilità penale della persona sottoposta alle indagini.

Tale paura – che, se fosse fondata, sarebbe terribile – è stata alimentata da superficiali affermazioni. Si è, cioè, sostenuto che, con la nuova formulazione del delitto, non sarà la (per me, comunque sempre "presunta") vittima a dover provare la violenza sessuale, ma sarà la persona sottoposta alle indagini (e l'imputato) a dover provare la presenza del consenso libero per tutta la durata dell'atto sessuale.

Questa conclusione è, ovviamente, giuridicamente sbagliata. Basterebbe ricordare che l'art. 27 della Costituzione fissa il principio di non colpevolezza: l'imputato non si considera colpevole sino alla sentenza definitiva di condanna. Concetto che l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo esplicita in maniera più netta: l'imputato si considera innocente sino alla eventuale sentenza di condanna. Ed allora, tanto più dopo l'introduzione del processo accusatorio, con il Codice Vassalli del 1988, e la modifica dell'art. 111 della Costituzione, intervenuta nel 1999: *onus probandi incumbit ei qui dicit non ei qui negat*. Pertanto, non basta che la presunta vittima di violenza sia creduta dal pubblico ministero (e magari prima dalla polizia giudiziaria). Occorrerà sempre che il complessivo corredo probatorio sia in grado di convincere il giudice della colpevolezza dell'imputato «oltre ogni ragionevole dubbio». Emerge, particolarmente in questo campo, proprio il ruolo dell'avvocato, impegnato anche lui di quella cultura della giurisdizione che presunti e gelosi esclusivisti vorrebbero solo nella mente e nelle mani di pubblici ministeri e giudici. In tal senso, mi permetto di sottolineare che le nostre comprensibili preoccupazioni devono essere comunque di ampio profilo, poiché noi avvocati assistiamo professionalmente non soltanto le persone sottoposte alle indagini, ma anche le persone offese.

Certo, il rischio di processi superficiali esiste sempre, per questo e altri reati. Come pure sono possibili aberranti conclusioni, quali quelle condensate nel *dolus in re ipsa* o nel “non poteva non sapere” o nella responsabilità di posizione tipica di certi settori del diritto penale dell’economia. E, per quel che attiene alle condotte sessualmente connotate, conosciamo le presunzioni talvolta legate ad abusi sessuali su minori che emergono nel corso di cause di separazione o di divorzio. Dunque, occorre essere consapevoli che, accanto a vittime reali, esistono vittime apparenti o simulate e che il consenso, come ogni altro elemento del reato, andrà rigorosamente provato in sede processuale.

9. Naturalmente, se si ritenessero comunque necessarie od opportune eventuali correzioni alla futura disposizione penale, queste sarebbero certamente possibili.

Voglio, però, anche per abbassare i toni, fare una semplice considerazione, che emerge dai dati empirici. Quasi sempre le condotte di violenza sessuale avvengono in assenza di terze persone, di testimoni: sono presenti solo i due protagonisti della vicenda, la presunta vittima e il presunto innocente. Parola contro parola; versione contro versione. Ed allora, se non vogliamo tornare ai “criteri” utilizzati dagli antichi giuriconsulti, se non vogliamo pretendere sempre una violenza fisica evidente, il problema centrale, di ricostruzione dell’accaduto, resta sostanzialmente immutato: sia che ci si accontenti di una lata nozione di violenza o minaccia, sia che si preveda un dissenso manifestato, sia che si vada nella direzione della mancanza di consenso.

A ciò si aggiunga che il reato di violenza sessuale è punibile, esclusivamente, a titolo di dolo e pertanto richiede, nel presunto autore del reato, la conoscenza di tutti gli elementi che connotano il fatto, compresa, dunque, la mancanza di consenso. E, ovviamente, anche il dolo va provato, alla luce della situazione concreta e del contesto nel quale si è sviluppata (compresi gli accadimenti precedenti e successivi al fatto “incriminato”).

Ma se ciò servisse a rassicurare i dubbiosi, meglio comunque la soluzione tedesca (dissenso riconoscibile) che quella attualmente presente nel vigente art. 609-*bis* c.p. In questo caso, però, occorrerebbe prevedere la rilevanza penale anche dei casi nei quali non è possibile manifestare il dissenso (come accade, per esempio, nelle ipotesi di atti repentini).

10. Così superati, almeno a mio avviso, i dubbi legati alla formulazione del primo comma dell’art. 609-*bis* c.p., il testo approvato dalla Camera dei Deputati presenta, invece, altri punti non convincenti.

Innanzitutto, in relazione alle ipotesi di cui al secondo comma del futuro art. 609-*bis* c.p., le quali prevedono la condotta di «chi costringe taluno a compiere o a subire atti sessuali con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità ovvero induce taluno a compiere o a subire atti sessuali abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica o di particolare vulnerabilità della persona offesa al momento del fatto o traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona». Condotte ben diverse, e comparativamente più gravi, di quelle di cui al primo comma della medesima disposizione.

Nel testo approvato all’unanimità si dispone che tali condotte, però, soggiacciono alla medesima pena prevista per l’ipotesi di cui al primo comma, caratterizzata dalla mancanza di consenso. Ora, sono consapevole che le forze politiche sono, al momen-

to, concordi sul punto, ma uno dei compiti della dottrina è proprio quello di tentare di incidere sulle disposizioni in formazione sottolineandone eventuali aspetti critici: sarà poi ovviamente il Parlamento a decidere. Dunque, mi permetto di suggerire nuovamente: penso che per le ipotesi di cui al comma secondo dell'art. 609-*bis* c.p. si debba prevedere un aggravamento di pena che non specificherei, quindi "fino a un terzo", ai sensi dell'art. 64 c.p. E cioè, una pena un po' meno grave della pena prevista per le ipotesi ancora più gravi di cui all'art. 609-*ter* c.p. (ove la pena è, a seconda dei casi, aumentata di un terzo o della metà).

Infine, rimangono le perplessità sui «casi di minore gravità», di cui al comma terzo dell'art. 609-*bis* c.p. (che comportano una diminuzione di pena in misura non eccedente i due terzi). Siamo infatti al cospetto di una attenuante indefinita che non predetermina i criteri in base ai quali distinguere i «casi di minore gravità» da quelli ritenuti più gravi. E alle critiche del passato²⁶ può aggiungersi il dubbio che taluno possa ritenere che le ipotesi di cui al primo comma rappresentino sempre i casi meno gravi di violenza sessuale di cui al comma terzo. Conclusione che, a mio avviso, svilirebbe il senso, anche culturale, della riforma in atto.

11. Nell'eventualità, poi, che vi fosse spazio per una riforma di più ampio profilo, mi permetto di suggerire – limitando qui le mie osservazioni al solo delitto di violenza sessuale, mentre sono convinto che la materia tutta meriterebbe ancor più estese e sistematiche riforme²⁷ – che sarebbe assai utile uno "spacchettamento" dell'attuale delitto di violenza sessuale, con la creazione di una fattispecie più grave, chiamata stupro, e di una figura meno grave, di abuso sessuale, nella quale fare eventualmente confluire condotte attualmente prive di unitaria considerazione. Per la figura più grave, si potrebbe valutare la procedibilità di ufficio, superando, almeno in parte, l'attuale procedibilità a querela.

La proposta sopra riassunta, a mio modo di vedere, consentirebbe di superare due evidenti *deficit* di determinatezza che caratterizzano l'attuale disposizione: la difficoltà di sapere cosa sono gli "atti sessuali" e quali sono i "casi di minore gravità", spesso lasciati ad una amplissima valutazione discrezionale della magistratura. Infatti, basterebbe sapere cosa riteniamo essere "stupro" per evitare di diffonderci in oscillazioni relative alla identificazione (almeno) dei più estremi e riprovevoli atti sessuali; al tempo stesso, la fissazione di un reato più grave eviterebbe le, talvolta assurde e imbarazzanti, identificazioni dei "casi di minore gravità".

A ciò si aggiunga che – benché il prospettato "spacchettamento" della attuale disposizione sulla violenza sessuale ne renderebbe meno indispensabile la previsione – sarebbe comunque opportuno l'inserimento nel nostro ordinamento di una norma specifica sulle molestie sessuali, che potrebbe costituire il chiaro limite inferiore delle norme in materia. Tale incriminazione risponderebbe anche efficacemente alle numerose sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea, la quale più volte ha auspicato un intervento concreto per circoscrivere e reprimere le molestie sessuali²⁸, e sarebbe

²⁶ Per le mie, rimando ai citati *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, 126 ss.

²⁷ Per ragioni di sintesi, rinvio ai miei *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, cit., 49 ss.

²⁸ Si veda già la risoluzione del giorno 11 giugno 1986 del Parlamento europeo sulle violenze nei confronti delle donne e la risoluzione del 29 maggio 1990 del Consiglio dei Ministri della UE sulla

in linea con molte legislazioni europee, con le indicazioni della citata Convenzione di Istanbul (art. 40), e con la ratifica della Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro (OIL) n. 190 sull'eliminazione della violenza e delle molestie sul luogo di lavoro (Ginevra, 21 giugno 2019), ad opera della l. 15 gennaio 2021, n. 4.

Le molte riserve (talvolta ragionevoli e convincenti), sollevate rispetto alla opportunità di introdurre una norma che preveda la incriminazione delle molestie sessuali, potrebbero essere in gran parte superate con la fissazione di un duplice requisito.

In primo luogo, sembrerebbe essere agevolmente accettabile che qualsiasi contatto fisico dolosamente procurato e non consentito dalla vittima, nelle parti comunemente individuate nel quadro della identificazione di un atto sessuale, costituisca, se non integra i requisiti dello stupro o dell'abuso sessuale, almeno molestia sessuale.

In secondo luogo, potrebbe ragionevolmente richiedersi che tutte le condotte sessualmente connotate, ma non consistenti in contatti fisici, possano integrare la molestia sessuale solo se ripetute ed insistite. In tal modo, potrebbe escludersi, con sufficiente certezza, che possa integrare il reato *de quo* un semplice complimento, un approccio isolato, un corteggiamento non insistito ed invasivo, un contatto telefonico o via *mail* o *social*: in altri termini, tutte quelle condotte, magari sessualmente connotate, che non vadano oltre i confini della mera proposta di instaurazione di un rapporto interpersonale.

dignità delle lavoratrici e dei lavoratori nel mondo del lavoro, nonché la direttiva dell'UE contro le discriminazioni nei posti di lavoro del giorno 11 giugno 2001 e la direttiva n. 73 del 23 settembre 2002, relativa all'attuazione del principio di parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (che modifica la precedente, n. 207 del 1976). In materia, cfr. V. MUSACCHIO, *Le molestie sessuali nella legislazione penale comunitaria*, in *Giust. pen.*, 2001, II, 667.

OSSERVAZIONI AL DDL N. 1715 “MODIFICA DELL’ART. 609-BIS DEL CODICE PENALE IN MATERIA DI VIOLENZA SESSUALE E DI LIBERA MANIFESTAZIONE DEL CONSENSO”

Ilaria Merenda*

1. La questione centrale in materia di violenza sessuale, una volta abbandonato il modello della costrizione violenta, è quella di capire che cosa si intende per “**mancanza di consenso**” all’atto sessuale.

Il Ddl 1715 si riferisce genericamente all’ assenza di un consenso libero e attuale mettendo al centro giustamente la tutela dell’autodeterminazione sessuale, ma non dà alcuna indicazione per capire come debba essere valutata la mancanza di consenso e quindi, nella sostanza, come distinguere l’atto sessuale consensuale da quello non consensuale, e questo può creare incertezze dal punto di vista applicativo.

Al riguardo sono ipotizzabili diversi paradigmi comunque riconducibili al modello consensualistico, a seconda della differente graduazione con cui si pretende che l’autorizzazione all’atto sessuale sia manifestata¹:

il primo è quello che richiede una manifestazione espressa attraverso parole affermative (autorizzazione verbale) – solo si è sì.

Ebbene è chiaro la pretesa di un consenso verbale è del tutto irrealistica e corrisponde ad una visione artificiale dei rapporti sessuali che rischiano in tal modo di essere sostanzialmente proceduralizzati.

Il secondo modello si riferisce ad una visione più temperata di **consenso affermativo**, ed è quella che è stata adottata nell’ordinamento spagnolo e di fatto attualmente seguita anche dalla nostra giurisprudenza di Cassazione. Questa impostazione richiede un consenso c.d. “**espressivo**”: la legge spagnola parla di «atti che esprimano in maniera chiara la volontà della persona»².

Con tale formula si richiede, infatti, per escludere la tipicità della condotta, non solo l’esistenza di un consenso effettivo, ma una manifestazione espressa da parte del soggetto passivo che dimostri la positiva adesione all’atto sessuale.

* Professoressa associata di diritto penale, Dipartimento di giurisprudenza, Università degli Studi Roma Tre.

¹ Ampiamente, sul punto, G.M. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023.

² Sul tema, volendo, I. MERENDA, *La “ley del solo sí es sí”: la controversa riforma dei delitti contro la libertà sessuale nell’ordinamento spagnolo. Spunti per il legislatore italiano?*, in *Arch. pen.*, 2024, n. 1.

È chiaro che dietro una scelta siffatta vi è la preoccupazione del legislatore di fornire protezione adeguata a quelle situazioni nelle quali il silenzio o l'inerzia, lungi dal potersi leggere come un'adesione del tutto fisiologica allo sviluppo dell'interazione sessuale, siano ricollegati piuttosto a circostanze "predatorie" o implicitamente coartanti nelle quali la vittima risulti incapace di manifestare in qualunque modo la sua volontà; in questa prospettiva, la richiesta di un consenso "affermativo" servirebbe a scongiurare definitivamente il pericolo che l'accettazione dell'atto sessuale possa essere desunta implicitamente dalla mera acquiescenza del soggetto passivo che si trovi in condizioni di particolare vulnerabilità.

Va però osservato che un simile modello di consenso affermativo rischia di irrigidire eccessivamente la fase della valutazione giudiziale, introducendo delle **presunzioni** che vincolano il giudice a considerare illecite tutte le relazioni sessuali che non siano state autorizzate da atti esteriori e univoci, richiedendo un **comportamento esplicito** della parte.

Un'eventualità che può dar luogo a soluzioni difficilmente sostenibili, specie nel contesto di relazioni di lungo corso, nelle quali l'accettazione del rapporto sessuale si traduce talvolta in un "non atto, nel silenzio, al quale si attribuisce un determinato significato implicito"; in questi casi, la definizione restrittiva di consenso presa in considerazione dalla norma porta con sé il rischio di contrarre indebitamente il pieno esercizio della libertà sessuale positiva delle parti, richiedendo un'eccessiva formalizzazione delle modalità comunicative che non si adatta per intero alla realtà del fenomeno da regolare e che può prestarsi *ex post* anche a pericolose strumentalizzazioni.

La dottrina spagnola ha osservato in maniera provocatoria come «risulterà proibito avvicinarsi alla propria compagna di notte, mentre dorme, accarezzarla e abbracciarla, dal momento che da addormentata non ha potuto manifestare attraverso un atto "in maniera chiara la volontà della persona"»³. D'altro canto, si è anche notato come sia difficile identificare l'atto nel quale si fissa in maniera chiara il consenso sessuale perché non si possono concordare previamente gli atti sessuali che si realizzeranno, che si svolgono sulla base di una progressione sessuale che passa attraverso le "avance" di una parte e rispetto alle quali l'altra parte può rispondere con una semplice accettazione, o non opposizione che implica accettazione⁴.

Il che non significa che il consenso non debba essere attuale e persistere nel corso nell'intero rapporto sessuale. È chiaro però che la richiesta di un'**accettazione esplicita** rende impossibile per l'interprete ricostruire l'esistenza del consenso dalla mera analisi del **contesto complessivo** nel quale si svolge il contatto sessuale; una conseguenza che, come si è detto, può portare ad ampliare in maniera indebita l'area del penalmente rilevante, tutte le volte in cui, in assenza di una collaborazione positiva all'atto, il consenso possa però essere ricavato dall'insieme delle circostanze, sia anteriori che concomitanti, che accompagnano la realizzazione del fatto: «non è la stessa cosa, anche ai fini dell'accertamento del consenso, un contatto fugace da una rela-

³ Così, F. ÁLVAREZ GARCÍA, *La libertad sexual en peligro*, *Diario la Ley*, núm. 10007, 10 de febrero de 2022.

⁴ V. M. MATTHEUDAKIS, *Un'indagine comparatistica sulla configurazione dei reati sessuali per colpa (grave) sui profili di consenso della vittima*, in *DisCrimen*, 2 dicembre 2020.

zione stabile; la relazione sessuale in un matrimonio o tra conviventi, rispetto a quella che si esaurisce nell'incontro di una notte».

La varietà che caratterizza, specie oggi, le relazioni sessuali rende inopportuno inserire una formula legale che imponga una determinata maniera di esprimere il consenso e che possa poi correttamente adattarsi alla generalità dei fenomeni da regolare.

Va detto, infatti, che la questione problematica da dirimere quando si tratta di violenza sessuale è essenzialmente di tipo **probatorio** (quando esista o no il consenso) e le difficoltà che si riscontrano nella fase dell'accertamento non dovrebbero essere risolte sul piano della tipicità, introducendo degli automatismi di dubbia compatibilità con i principi garantistici che regolano lo svolgimento del processo.

La terza variante del modello consensualistico, che è quella meno radicale e assolutamente preferibile, consente di valorizzare, oltre alle manifestazioni esplicite/esteriorizzate della parte, anche i c.d. comportamenti concludenti, alla luce delle condizioni oggettive nelle quali si svolge il rapporto sessuale.

Consente quindi di valutare il consenso – come ci dice la stessa Convenzione di Istanbul – tenendo conto della **situazione e del contesto**.

Ho letto che nella relazione dell'Associazione nazionale magistrati si critica il riferimento alla “situazione e al contesto”, considerandolo una forma vaga e indeterminata che può dar luogo a soluzioni ambigue sul piano della tipicità. L'obiezione in realtà mi sembra non tenga adeguatamente conto del fatto la violenza sessuale è un reato il cui disvalore non può che cogliersi in una **dimensione relazionale**. Il riferimento alla “situazione e al contesto” risulta infatti di importanza centrale proprio per garantire alla norma quella necessaria elasticità, nella prospettiva di evitare l'introduzione di meccanismi presuntivi e rigidità applicative che, come detto, si pongono in forte criticità con i principi costituzionali.

Pertanto, invece di tipizzarlo come avvenuto nell'ordinamento spagnolo, si potrebbe piuttosto precisare che **“la mancanza di consenso deve essere riconoscibile, tenuto conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso”**, con la conseguenza che la violenza sessuale risulterà integrata solo quando emerga che per le obiettive situazioni in cui l'attività sessuale è stata realizzata, qualsiasi persona ragionevole avrebbe potuto desumere o anche solo dubitare della mancanza di consenso del partner.

Questo parametro della riconoscibilità si ricollega al concetto di **inevitabilità** dell'errore che il nostro ordinamento ha già recepito, su indicazione della Corte costituzionale⁵, in materia di errore sull'età della persona offesa all'art. 609-sexies c.p., (replicato poi all'art. 602-*quater* in materia di reati contro la libertà individuale) dove si chiarisce che il soggetto risponde di violenza sessuale quando la minore età, pur se non rappresentata effettivamente, fosse però **rappresentabile alla luce delle circostanze del fatto concreto**.

Lo stesso principio può essere introdotto in materia di consenso – proprio in relazione al peculiare ruolo che quest'elemento assume all'interno della fattispecie – imponendo quindi al giudice di verificare se l'errore sul consenso fosse evitabile e se

⁵ Corte cost., 24 luglio 2007, n. 322.

quindi la mancanza di consenso fosse rappresentabile dal soggetto agente al momento del fatto.

La formula prescelta è, tra l'altro, più garantista di quella prevista dall'art. 609-*sexies* c.p., perché mentre in caso di errore è l'autore del reato a dover dimostrare che la mancata rappresentazione della minore età è dovuta a circostanze a lui non imputabili, nel caso del consenso sarà il Pubblico ministero a dover provare che, nella situazione concreta, non ci fosse alcun elemento contestuale dal quale poter ragionevolmente dedurre la sussistenza del consenso.

Affinché sussista la responsabilità penale di un soggetto sarà quindi necessario dimostrare che, usando la normale diligenza, egli avrebbe potuto rendersi conto della realtà e quindi dell'assenza di consenso del partner.

Un'impostazione che, pur derogando ai principi generali vigenti in materia di imputazione dolosa, è comunque rispettosa del principio di colpevolezza perché presuppone la rimproverabilità dell'autore del reato, imponendogli dei doveri informativi e una soglia elevata di attenzione e controllo rapportata alla rilevanza del bene giuridico tutelato.

Del resto, questi criteri misti di imputazione, dolo-colpa si ritrovano anche in altre fattispecie che fanno riferimento alla **conoscenza meramente potenziale**, sia pure nell'ambito di un'imputazione dolosa⁶: basti guardare, ad esempio, all'art. 473 c.p. in materia di contraffazione di marchi o segni distintivi, dove il legislatore, pur nell'ambito di un reato doloso, al posto della conoscenza effettiva dell'esistenza del brevetto industriale, si accontenta del fatto che il soggetto agente, **potendo conoscere dell'esistenza del titolo di proprietà industriale**, contraffà.

La necessità di garantire il principio di uguaglianza sul piano sanzionatorio e di differenziare i casi di violenza sessuale strettamente dolosa da quelli di violenza sessuale "colposa", dovuti a errori evitabili sul consenso, suggerisce l'opportunità di introdurre una specifica attenuante a effetto comune nei casi di **"errore evitabile sul consenso"**, che tenga conto del diverso grado di rimproverabilità dell'autore del reato, in ragione del suo atteggiamento psicologico (come del resto già proposto dalla Commissione Pisapia nei casi di errore evitabile sulla legge penale e anche nel progetto di riforma dei reati sessuali presentato dall'Associazione professori di diritto penale)⁷.

Del resto, un modello simile a quello proposto, basato sulla riconoscibilità del consenso, viene impiegato anche nell'ordinamento inglese dove nel disciplinare il *rape* (stupro) si precisa che il soggetto risponde se non ritiene ragionevolmente sussistente il consenso del partner⁸.

⁶ Sul tema, D. BRUNELLI, *Il Diritto penale delle fattispecie criminose*, Torino, 2019, 171, che cita al riguardo anche l'art. 517-*ter* c.p.

⁷ Cfr. S. SEMINARA (a cura di), *Reati contro la libertà e l'autodeterminazione sessuale*, in www.aipdp.it.

⁸ SEXUAL OFFENCES ACT 2003 - SEXUAL OFFENCES

Rape

(1) A person (A) commits an offence if—

(a) he intentionally penetrates the vagina, anus or mouth of another person (B) with his penis,

(b) B does not consent to the penetration, and

(c) A does not reasonably believe that B consents.

2. Per ciò che riguarda la nozione unitaria di “atto sessuale”, la scelta del nostro legislatore di prevedere un’unica fattispecie omnicomprensiva di violenza sessuale si pone in evidente contrasto con il principio di proporzionalità e si mostra del tutto eccentrica anche rispetto alle scelte compiute negli altri Paesi europei.

Sembra quindi opportuno prevedere uno sdoppiamento della fattispecie in due diverse ipotesi a seconda del carattere più o meno invasivo dell’atto sessuale.

Un’ipotesi più grave di violenza sessuale relativa ad atti penetrativi, evidentemente più traumatici e offensivi, e una meno grave (Aggressione sessuale) che riguardi atti sessuali diversi da quelli penetrativi, quali baci o carezze non gradite, toccamenti di zone del corpo di interesse sessuale, indubbiamente meno gravi sul piano offensivo⁹. È una scelta fatta propria dalla stessa Convenzione di Istanbul che distingue lo stupro dagli altri atti sessualmente connotati.

Del resto, l’esperienza maturata dopo la riforma del 1996 ha ampiamente dimostrato come la necessità di un preciso accertamento delle modalità e delle circostanze del fatto rimane comunque un momento ineliminabile della fase giudiziale, a prescindere dalla tipologia di fattispecie impiegata dal legislatore, senza che quindi, in alcun modo, la vittima possa sottrarsi all’onere di ricostruire esattamente la vicenda accaduta nel corso del processo.

3. Quanto alla **circostanza attenuante prevista per i fatti di minore gravità** sembra preferibile conservarla anche nel nuovo impianto normativo, dal momento che, come ha più volte precisato la giurisprudenza i “**casi di minore gravità**” non vanno automaticamente correlati all’ipotesi di assenza di penetrazione.

La Corte di Cassazione ha infatti chiarito che la minore gravità non può essere di per sé esclusa per il fatto che la condotta si sia tradotta in atti penetrativi, dovendosi procedere a una valutazione globale di quanto avvenuto, di cui si dovrà specificamente dar conto nella motivazione della sentenza.

Potrebbe essere opportuno una migliore “tipizzazione” dell’ipotesi lieve attraverso l’individuazione di alcuni indicatori ricavabili dalla prassi giurisprudenziale che orientino l’interprete nella valutazione della minore gravità del fatto – analogamente a quanto previsto in altre ipotesi di minore gravità (come ad esempio all’art. 311 c.p. – in materia di delitti contro la personalità dello Stato), dando rilevanza alle modalità esecutive, alle circostanze dell’azione e al danno arrecato alla persona offesa. La diminuzione di pena potrebbe inoltre essere contenuta nei limiti di un terzo, come avviene per analoghe circostanze “indefinite” previste dalla legge (casi di minore gravità nel sequestro di persona a scopo di estorsione, ricettazione, rapina...), riducendo così sensibilmente il margine di discrezionalità giudiziale.

4. Quanto, infine, alle **modalità** con cui viene realizzato il fatto, l’ipotesi base (in assenza di consenso) deve essere differenziata dai casi in cui sia utilizzata **violenza o**

(2) Whether a belief is reasonable is to be determined having regard to all the circumstances, including any steps A has taken to ascertain whether B consents.

⁹ Sul tema, con riferimento alla proposta di riforma avanza dalla Associazione Professori di Diritto penale, M. BERTOLINO, *Spigolature a margine del seminario “La riforma dei reati contro la libertà e l’autodeterminazione sessuale*, in *La riforma dei reati contro la persona*, Milano, 2023, 357 ss.

minaccia, abuso di autorità, o abuso di una condizione di inferiorità fisica o psichica della persona offesa, casi che presentano una maggiore intensità dal punto di vista offensivo.

Sembra preferibile evitare il riferimento all'errore dovuto a sostituzione di persona (attualmente previsto all'art. 609-*bis*, comma 2, n. 2) di scarsa rilevanza sul piano applicativo e che si è prestato in giurisprudenza a interpretazioni eccessivamente estensive. Del resto in presenza di errore della vittima il consenso è invalido e quindi il fatto rientra pacificamente nell'ipotesi di cui al comma 1.

L'articolato proposto è pertanto il seguente:

Art. 609-*bis* c.p. Violenza sessuale

Chiunque compie atti sessuali penetrativi nei confronti di una persona o le fa compiere o subire i medesimi atti senza il suo valido consenso è punito con la reclusione da quattro a dieci anni.

La mancanza di consenso deve essere comunque riconoscibile, tenuto conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso.

La pena può essere diminuita in caso di errore evitabile sul consenso.

La pena è della reclusione da sei a dodici anni se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità, ovvero abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa.

La pena è diminuita quando in relazione alle modalità o circostanze dell'azione, nonché in considerazione del danno arrecato alla persona offesa, il fatto risulti di minore gravità.

Art. 609-*bis*1. Aggressione sessuale

Chiunque compie atti sessuali non penetrativi nei confronti di una persona o le fa compiere o subire i medesimi atti senza il suo valido consenso, è punito con la reclusione da due a quattro anni.

La mancanza di consenso deve essere comunque riconoscibile, tenuto conto della situazione e del contesto in cui il fatto è commesso.

La pena può essere diminuita in caso di errore evitabile sul consenso.

La pena è della reclusione da quattro a sei anni se il fatto è commesso mediante violenza o minaccia, abuso di autorità, ovvero abuso delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa.

La pena è diminuita quando in relazione alle modalità e circostanze dell'azione, nonché in considerazione del danno arrecato alla persona offesa, il fatto risulti di minore gravità.

Osservatorio Corte Costituzionale

a cura di Ottavia Murro

INCENDIO BOSCHIVO COLPOSO E PARTICOLARE TENUITÀ DEL FATTO

C. Cost., 20 novembre 2025 (dep. 22 gennaio 2026), n. 5, G. Amoroso, Presidente;
F. Viganò, Redattore

La questione.

Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Potenza è chiamato a decidere sul rinvio a giudizio di un imputato per incendio boschivo colposo ex art. 423-*bis*, comma 2, c.p., per un fatto commesso nel 2023, relativo alla propagazione non voluta di un fuoco acceso per bruciare piccoli residui vegetali all'interno della proprietà dell'imputato. Le fiamme avevano tuttavia coinvolto la sola copertura erbacea e i rovi del sottobosco, con lievi danni alle chiome degli alberi, senza significativo pericolo per l'incolumità pubblica.

Dagli atti è emersa una colpa modesta (fuoco limitato, nel proprio fondo, con propagazione imprevista) e una condotta successiva collaborativa (tentativi di spegnimento e chiamata dei soccorsi), tali da indurre il giudice a ritenere, in astratto, il fatto di particolare tenuità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. Tuttavia, la disposizione censurata – art. 131-*bis*, terzo comma, n. 3, c.p., come modificato dal d.lgs. n. 150/2022 – esclude in via assoluta la possibilità di riconoscere la particolare tenuità per i delitti, consumati o tentati, di incendio boschivo ex art. 423-*bis* c.p., anche nella forma colposa.

Il GUP ha sollevato quindi, in via incidentale, questione di legittimità costituzionale della norma, nella parte in cui preclude sempre il riconoscimento della particolare tenuità dell'offesa per l'incendio boschivo colposo, denunciando: a) violazione dell'art. 3 Cost., per irragionevolezza intrinseca della "presunzione assoluta di non tenuità" in presenza di fatti colposi di minima gravità e colpa modesta; b) disparità di trattamento rispetto ad altri delitti colposi, anche di comune pericolo, non esclusi dall'art. 131-*bis* c.p., e in particolare rispetto al disastro ambientale colposo ex art. 452-*quinquies* c.p., per il quale la causa di non punibilità resta applicabile. Il rimettente ha lamentato, infine, la violazione del principio di proporzionalità della pena (artt. 3 e 27, terzo comma, Cost.), poiché l'esclusione assoluta obbliga a punire anche fatti di minima offensività e rimproverabilità.

Le argomentazioni.

La Corte ha dichiarato innanzitutto inammissibile la questione relativa al principio di proporzionalità della pena, rilevando che il GUP, in fase di udienza preliminare, non è ancora chiamato a determinare la pena: ogni valutazione sulla misura della sanzione

* Ricercatore diritto processuale penale – Università Telematica Pegaso

sarebbe dunque meramente ipotetica, spettando al giudice del dibattimento in caso di condanna.

Nel merito, la Corte si è concentrata sull'esame della violazione dell'art. 3 Cost. e ha inquadrato la questione nella logica propria dell'istituto di cui all'art. 131-*bis* c.p.: una causa di non punibilità che presuppone un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ma consente di escludere la pena quando l'offesa, alla luce dei criteri dell'art. 133 c.p., sia di particolare tenuità. Invero, la giurisprudenza costituzionale ha più volte riconosciuto l'ampia discrezionalità del legislatore nel fissare l'ambito oggettivo di applicazione e le esclusioni dell'istituto, sindacabile solo per manifesta irragionevolezza o per disparità di trattamento non giustificata.

La Corte ha, così, richiamato i propri precedenti in materia di incendio boschivo colposo e, nella specie, la sentenza n. 3/2023, che ha dichiarato illegittima la preclusione alla sospensione dell'ordine di esecuzione per tale delitto, evidenziandone l'anomalia come unico reato colposo obbligatoriamente "carcerario"; ovvero la sentenza n. 191/2025, che ha invece ritenuto non irragionevole l'esclusione dell'incendio boschivo colposo dalla messa alla prova, sottolineando le differenze strutturali e funzionali tra gli istituti e l'ampio margine di scelta del legislatore in materia di misure alternative di tipo risocializzante. Tuttavia, la Consulta ha precisato che tali precedenti non sono direttamente trasferibili al caso in esame, perché la non punibilità per particolare tenuità del fatto ha presupposti, finalità e criteri selettivi propri, diversi sia dalla sospensione dell'ordine di esecuzione, sia dalla messa alla prova.

Sul piano sistematico, si è osservato che l'art. 131-*bis*, secondo comma, c.p. già esclude l'operatività dell'istituto per tutti i delitti – anche colposi – in cui la condotta ha cagionato la morte o lesioni gravissime, includendo quindi molte ipotesi di omicidio e lesioni colpose, nonché la morte o le lesioni come conseguenza di altro delitto. Non è dunque corretto affermare che l'incendio boschivo colposo sia l'unico reato colposo sottratto all'art. 131-*bis* c.p.; ciò nondimeno, la scelta di escluderlo espressamente, in aggiunta a questa clausola generale, deve essere vagliata alla luce del principio di eguaglianza.

Nel contempo si è riconosciuto come il legislatore ha inteso irrigidire il trattamento dell'incendio boschivo, anche colposo, alla luce del particolare rilievo del bene ambiente, ora espressamente tutelato dall'art. 9 Cost. come patrimonio da preservare anche nell'interesse delle future generazioni, e del forte allarme sociale connesso ai roghi boschivi. Tuttavia, tale disciplina mette in evidenza una serie di incongruenze: la causa di non punibilità è applicabile a tutti i delitti colposi di danno di comune pericolo (art. 449 c.p.) e ai delitti colposi contro la salute pubblica (art. 452 c.p.), compresi fattispecie gravissime come l'epidemia o l'avvelenamento di acque, che nella forma dolosa sono punite con pene elevatissime.

L'anomalia più marcata riguarda però il confronto con il disastro ambientale colposo (art. 452-*quinquies* c.p.), per il quale, nonostante un minimo editale lievemente inferiore (un anno e otto mesi) e un massimo sensibilmente superiore, l'art. 131-*bis* c.p. resta applicabile. Eppure detta fattispecie delinea eventi tipicamente più gravi, sia per l'ambiente sia per la collettività, rispetto a molti casi di incendio boschivo colposo.

In questo quadro, è risultato manifestamente irragionevole che la non punibilità per particolare tenuità sia ammessa per un reato strutturalmente più grave e complesso come il disastro ambientale colposo, ma sia esclusa in blocco per l'incendio boschivo colposo, con la conseguenza che la disciplina censurata ha trasformato in

presunzione assoluta la non tenuità dell'offesa per qualunque incendio boschivo colposo, impedendo al giudice di valutare, caso per caso, le concrete modalità della condotta, l'estensione del danno, il grado della colpa e la condotta successiva, come invece richiede la logica stessa dell'art. 131-*bis* c.p. e dei parametri dell'art. 133 c.p.

Soluzione.

La Corte ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 131-*bis*, terzo comma, n. 3, c.p., nella parte in cui prevede che l'offesa non può essere ritenuta di particolare tenuità quando si procede per il delitto di incendio boschivo colposo di cui all'art. 423-*bis*, secondo comma, c.p.

Conseguentemente, è venuta meno l'esclusione assoluta: anche nei procedimenti per incendio boschivo colposo il giudice potrà ora valutare, secondo i criteri ordinari, se il fatto presenti un'offesa di particolare tenuità ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p., restando ferma, come per tutti gli altri reati, l'inoperatività dell'istituto nei casi in cui dalla condotta siano derivate la morte o lesioni gravissime ai sensi del secondo comma della medesima disposizione.

La Corte ha dichiarato, invece, inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 131-*bis*, terzo comma, n. 3, c.p., sollevata in riferimento al principio di proporzionalità della pena di cui agli artt. 3 e 27, terzo comma, Cost., poiché il giudice rimettente, in sede di udienza preliminare, non è chiamato a determinare la pena e la relativa censura risulta, pertanto, meramente eventuale.

CONSULENTE TECNICO DI PARTE NEL PROCESSO IN ABSENTIA PER TORTURA

C. Cost., 14 gennaio 2026 (dep. 30 gennaio 2026), n. 12, G. Amoroso, Presidente; M. R. San Giorgio, Redattrice.

La questione.

La Corte d'assise di Roma, nel processo per il sequestro, le torture e l'omicidio di Giulio Regeni a carico di quattro ufficiali del servizio di sicurezza egiziano, ha proceduto al dibattimento in assenza degli imputati in forza della sentenza n. 192/2023, che ha consentito il processo *in absentia* per i delitti di tortura quando lo Stato estero rifiuti la cooperazione, impedendo la prova della conoscenza del processo. Nel corso dell'istruttoria è stata rinnovata la perizia di traduzione di dichiarazioni rese in arabo da un testimone chiave e i difensori d'ufficio hanno chiesto di nominare consulenti tecnici di parte, senza però ottenere il patrocinio a spese dello Stato perché gli imputati sono irraggiungibili e non informabili sui requisiti reddituali.

Poiché l'art. 225, comma 2, c.p.p., rinvia alla disciplina del gratuito patrocinio e non prevede alcuna anticipazione delle spese per il consulente di parte quando l'imputato è assente, i difensori dovrebbero sostenere personalmente i costi, con il rischio di rinunciare all'ausilio tecnico in un processo fondato su prove complesse e su una perizia linguistica centrale.

Il giudice rimettente ha denunciato così una lacuna normativa che, in questa peculiare ipotesi di processo *in absentia* "forzato" dal rifiuto di cooperazione dello Stato estero, ha menomato il diritto di difesa e il contraddittorio tecnico, violando l'art. 24, secondo comma, nonché i principi di eguaglianza e parità delle armi (artt. 3 e 111, secondo comma, Cost.) e l'art. 117, primo comma, in relazione all'art. 6 CEDU.

Le argomentazioni.

La Consulta ha chiarito anzitutto che la richiesta del giudice *a quo* non mira a creare una nuova forma di patrocinio a spese dello Stato svincolata dai requisiti reddituali, ma a introdurre, solo per il processo *in absentia* delineato dalla sentenza n. 192/2023, un meccanismo di anticipazione erariale delle spese del consulente tecnico di parte analogo a quello previsto dall'art. 117 T.U. spese di giustizia per il difensore d'ufficio dell'imputato irreperibile, con successivo recupero nei confronti dell'imputato divenuto reperibile.

Ricostruita la disciplina vigente, la Corte esclude che il difensore d'ufficio possa ottenere dallo Stato il rimborso delle somme eventualmente anticipate per remunerare il consulente, in quanto, nel sistema del d.P.R. n. 115/2002 le spese del consulente di parte sono oggetto di autonoma anticipazione solo quando l'imputato è ammesso al gratuito patrocinio (artt. 107, comma 3, lett. d, e 83), mentre l'anticipazione ex artt. 116 e 117 copre soltanto gli onorari e le spese proprie del difensore.

Tuttavia, la Corte ha reputato "eccezionale" la situazione, riferibile al caso di specie, del processo *in absentia* per delitti di tortura introdotto dalla sentenza n. 192/2023, in cui l'assenza non è frutto di una scelta difensiva, ma di un *factum principis*: il rifiuto di cooperazione dello Stato estero che impedisce ogni contatto con gli imputati e persino il conferimento della procura speciale.

Si è così ritenuto che, in questa specifica ipotesi, la mancata previsione di un'anticipazione erariale delle spese del consulente di parte determini un *vulnus* all'art. 24, secondo comma, Cost., poiché costringe i difensori a scegliere tra rinunciare all'ausilio tecnico - in un processo fondato su una prova peritale delicata - o sostenerne integralmente i costi, senza possibilità di recupero. Per colmare la lacuna, la Consulta ha ritenuto nel modello dell'art. 117 T.U. spese di giustizia il paradigma più vicino: lo Stato anticipa onorari e spese, che saranno poi liquidati secondo i criteri del testo unico (art. 83 e norme collegate) e potranno essere recuperati dagli imputati qualora divengano reperibili.

Soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 225, comma 2, c.p.p., nella parte in cui, nei processi celebrati in assenza per uno dei delitti di tortura di cui all'art. 1, comma 1, della Convenzione di New York, quando, per mancata assistenza dello Stato di appartenenza, è impossibile provare che l'imputato, pur consapevole del procedimento, sia stato informato della pendenza del processo, non prevede che l'onorario e le spese spettanti al consulente tecnico di parte nominato dal difensore d'ufficio siano anticipati dallo Stato, con diritto di ripetizione nei confronti dell'imputato che si renda successivamente reperibile, e siano liquidati dal magistrato secondo l'art. 83 d.P.R. n. 115/2002.

Le ulteriori censure, fondate sugli artt. 3, 111 Cost. e 117, primo comma, Cost. in relazione all'art. 6 CEDU, sono dichiarate assorbite.

BIS IN IDEM TRA GIUDICE DELL'ESECUZIONE E GIUDIZIO DI RINVIO

C. Cost., 28 gennaio 2026 (dep. 10 marzo 2026), n. 27, G. Amoroso, Presidente; M. A. Sandulli, Redattrice.

La questione.

Il Tribunale ordinario di Milano, ottava sezione penale, in composizione collegiale e in funzione di giudice dell'esecuzione, è chiamato a decidere sulla richiesta di revoca, ai sensi dell'art. 669 c.p.p., di una delle due sentenze irrevocabili di condanna per associazione finalizzata al traffico di stupefacenti ex art. 74 d.P.R. n. 309/1990 emesse nei confronti del medesimo imputato, sul presupposto della violazione del divieto di *bis in idem*.

Il giudice dell'esecuzione aveva già rigettato l'istanza, escludendo la coincidenza tra le due associazioni criminose; tale ordinanza era stata però annullata con rinvio dalla Corte di cassazione, che aveva imposto un nuovo esame del merito per verificare se si trattasse di due distinti organismi associativi o, invece, di articolazioni di un'unica compagine criminale, con puntuale rivalutazione del ruolo apicale dell'interessato e della struttura delle due organizzazioni.

A seguito dell'annullamento, gli atti sono stati rinviati allo stesso collegio-persona fisica che aveva già deciso, in applicazione dell'art. 623, comma 1, lett. a), c.p.p., norma che – a differenza della lett. d) – non prevede l'obbligo di un giudice diverso in caso di rinvio dopo annullamento di ordinanza.

Il collegio rimettente ha ritenuto di versare in una situazione di incompatibilità "verticale": avendo già espresso un giudizio di merito sulla sussistenza del *bis in idem*, sarebbe naturalmente portato a confermare la precedente decisione, in contrasto con i principi di terzietà e imparzialità del giudice di cui all'art. 111, secondo comma, Cost.

Da qui le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 623, comma 1, lett. a), c.p.p., nella parte in cui non prevedono l'incompatibilità del giudice dell'esecuzione a partecipare al giudizio di rinvio quando abbia già pronunciato (o concorso a pronunciare) l'ordinanza di accoglimento o rigetto della richiesta di revoca ex art. 669 c.p.p. di sentenze irrevocabili per il medesimo fatto. Secondo il rimettente, tale omissione viola, da un lato, l'art. 111, secondo comma, Cost., perché consente allo stesso giudice-persona fisica di riesaminare una questione già decisa nel merito, e, dall'altro, l'art. 3 Cost., determinando un'irragionevole disparità di trattamento rispetto alla fase di cognizione, nella quale l'art. 623, comma 1, lett. d), c.p.p. impone che il giudice del rinvio sia diverso da quello che ha pronunciato la sentenza annullata in casi analoghi di valutazione di più condanne per il medesimo fatto.

Le argomentazioni.

La Corte, in continuità con le sentenze n. 183 del 2013 e n. 7 del 2022, muove dal rilievo che le norme sull'incompatibilità del giudice di cui all'art. 34 c.p.p. costituiscono presidio dei valori costituzionali di terzietà e imparzialità, ora espressamente sanciti dall'art. 111, secondo comma, Cost. Esse mirano a evitare che la decisione sul merito possa essere, o apparire, condizionata dalla "forza della prevenzione", ossia dalla naturale tendenza del giudice a confermare valutazioni già espresse sulla medesima *res iudicanda*.

A ben vedere, nel procedimento di esecuzione, il provvedimento tipico è l'ordinanza (art. 666, comma 6, c.p.p.) e, secondo il diritto vivente, l'art. 623, comma 1, lett. a), c.p.p. consente che, a seguito dell'annullamento con rinvio di un'ordinanza, il giudizio si svolga davanti allo stesso giudice-persona fisica che l'ha pronunciata, non essendo prevista – a differenza della lett. d) – l'espressa clausola di diversità del giudice.

La Consulta ha, però precisato che, anche in sede esecutiva, possono emergere ipotesi “eccezionali” in cui l'intervento del giudice non si esaurisce nella mera esecuzione del giudicato, ma integra un vero e proprio “frammento di cognizione” idoneo a incidere sul giudizio di responsabilità o sul trattamento sanzionatorio, come già riconosciuto per l'applicazione del reato continuato ex art. 671 c.p.p. e per la rideterminazione della pena a seguito di declaratoria di illegittimità costituzionale del quadro edittale. In tale prospettiva, l'accertamento affidato all'art. 669 c.p.p. può essere qualificato come attività che travalica la stretta esecuzione del giudicato.

Invero, per verificare la violazione del divieto di *bis in idem*, il giudice dell'esecuzione deve confrontare, in chiave storico-naturalistica, tutti gli elementi costitutivi dei reati oggetto delle diverse sentenze – condotta, evento, nesso causale – con riferimento alle stesse coordinate di tempo, luogo e persona, secondo la lettura dell’*“idem factum”* elaborata dalle Sezioni unite della Cassazione e già ritenuta conforme alla Costituzione e alla CEDU dalla giurisprudenza costituzionale.

L'analisi non può arrestarsi all'*idem* legale, ma deve imporre di ricostruire il fatto concreto, anche attingendo, ove necessario, agli atti dei procedimenti per chiarire, ad esempio, il *tempus commissi delicti* quando non risulti con precisione dal capo di imputazione o dalla motivazione delle sentenze. Ne deriva un'attività valutativa di merito, fondata su un riesame del materiale probatorio, che si colloca sul piano della cognizione e non di un mero controllo formale.

Il caso concreto è esemplare: la Cassazione ha chiesto al giudice del rinvio un nuovo “esame del merito” per stabilire se le due condanne per associazione ex art. 74 d.P.R. n. 309/1990 riguardino una sola associazione o due organismi autonomi, valutando struttura, composizione soggettiva, ruoli apicali e articolazioni operative delle consorterie criminali. Si tratta, dunque, di un giudizio che incide direttamente sulla configurabilità del *bis in idem* e, in caso di esito positivo, abilita il giudice dell'esecuzione a revocare una delle sentenze irrevocabili, con una significativa “breccia” nel principio di intangibilità del giudicato, analoga a quella già riconosciuta nelle ipotesi di continuazione e di rideterminazione della pena.

In questo contesto, la partecipazione al giudizio di rinvio del medesimo collegio che ha già escluso il *bis in idem* determina un evidente rischio di condizionamento, in contrasto con l'esigenza di terzietà effettiva e apparente del giudice.

Pertanto, la mancata previsione di una causa di incompatibilità “verticale” per tali casi, a differenza di quanto accade nella fase di cognizione (art. 623, comma 1, lett. d), c.p.p., che impone un giudice diverso dopo l'annullamento di una sentenza), determina una irragionevole disparità di trattamento tra situazioni omogenee: in entrambi i casi il giudice è chiamato a un nuovo giudizio di merito sulla medesima vicenda, ma solo nella fase esecutiva gli è consentito di riesaminare la questione dopo aver già assunto una decisione.

La Corte conclude che, alla luce della funzione delle norme sull'incompatibilità e della natura “cognitiva” dell'accertamento ex art. 669 c.p.p., è necessario colmare la lacuna normativa, estendendo anche a questa ipotesi l'incompatibilità del giudice dell'esecuzione a partecipare al giudizio di rinvio dopo annullamento dell'ordinanza.

Soluzione.

La Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 34, comma 1, e 623, comma 1, lett. a), c.p.p. nella parte in cui non prevedono che, dopo l'annullamento da

parte della Corte di cassazione, non possa partecipare al giudizio di rinvio il giudice che ha pronunciato o concorso a pronunciare l'ordinanza di accoglimento o di rigetto della richiesta di revoca (anche parziale) in sede esecutiva di sentenze irrevocabili di condanna emesse contro la stessa persona per il medesimo fatto, ai sensi dell'art. 669 c.p.p.

In conseguenza della decisione, nei procedimenti esecutivi in cui si discuta della revoca di sentenze irrevocabili per violazione del divieto di *bis in idem*, il giudizio di rinvio successivo all'annullamento dell'ordinanza da parte della Cassazione dovrà essere assegnato a un collegio composto da giudici-persona fisica diversi da quelli che hanno emesso il provvedimento annullato, così assicurando il rispetto dei principi di terzietà e imparzialità del giudice sanciti dall'art. 111, secondo comma, Cost. e l'egualianza di trattamento rispetto alle analoghe ipotesi di annullamento con rinvio nella fase di cognizione.

Osservatorio Sezioni Unite

a cura di
Guido Colaiacovo*
Luigi Ludovici**

Peculato

Sez. un., 29 maggio 2025 (dep. 16 ottobre 2025), n. 34036, Cassano, Presidente, Corbo, Estensore, Romano, p.m. (concl. conf.)

L'attività di raccolta del risparmio postale, ossia la raccolta di fondi attraverso libretti di risparmio postale e buoni postali fruttiferi effettuata da Poste italiane s.p.a. per conto della Cassa depositi e prestiti, costituisce prestazione di un pubblico servizio.

L'operatore di Poste italiane s.p.a. addetto alla vendita e gestione dei prodotti derivanti dalla raccolta del risparmio postale, e segnatamente da libretti di risparmio postale e da buoni postali fruttiferi, nello svolgimento di tale attività, riveste la qualità di incaricato di pubblico servizio.

La questione

Le Sezioni unite si sono pronunciate su due profili costitutivi del delitto di peculato, previsto e punito dall'art. 314 c.p., chiarendo che la raccolta del risparmio postale costituisce un pubblico servizio e l'operatore di Poste Italiane s.p.a. (di seguito P.I.) addetto alla vendita e gestione dei relativi prodotti rientra tra i soggetti qualificati ai sensi dell'art. 358 c.p.

La questione ha avuto origine da una sentenza della Corte d'appello di Lecce che - riformando parzialmente la decisione di primo grado - ha ridotto la pena irrogata e confermato l'applicazione delle sanzioni accessorie all'imputato, ritenuto colpevole di più episodi di peculato avvinti dal vincolo della continuazione. Ciò in quanto questi, in qualità di responsabile della sala consulenze di P.I., si sarebbe appropriato di somme provenienti dal riscatto di buoni fruttiferi postali, destinate a essere investite in altri strumenti finanziari.

Con l'impugnazione, la difesa ha censurato la sussunzione dei fatti nella fattispecie di cui all'art. 314 c.p., giudicando errate - nel quadro di una più ampia strategia - l'in-

* Professore associato di diritto processuale penale - Università di Foggia.

** Professore associato di diritto processuale penale - Università degli Studi "Guglielmo Marconi".

interpretazione che considera la raccolta del risparmio postale come pubblico servizio e la qualifica dell'operatore di P.I. ai sensi dell'art. 358 c.p.

Tali rilievi hanno reso necessario interpellare il Supremo consesso che, dopo aver ricostruito i fatti e l'*iter* processuale, ha analizzato e risolto i punti controversi.

I contrapposti orientamenti

Il nodo interpretativo sottoposto alle Sezioni unite è determinato dalla presenza di due orientamenti contrapposti.

La giurisprudenza maggioritaria qualifica il dipendente di P.I. addetto alla raccolta del risparmio postale come incaricato di pubblico servizio, in quanto svolge un'attività avente connotazione pubblicistica (così Cass., sez. VI, 23 novembre 2016, n. 10875, in *C.E.D. Cass.*, n. 272079; Cass., sez. VI, 13 gennaio 2017, n. 14227, *ivi*, n. 26948; Cass., sez. VI, 20 novembre 2018, n. 993, Consiglio, *ivi*, n. 274938; Cass., sez. VI, 7 marzo 2024, n. 22280, Faso, *ivi*, n. 286614). Tale ricostruzione si pone in continuità con l'art. 12 d.P.R. 29 marzo 1973, n. 156 (Codice postale e delle telecomunicazioni), secondo cui «Le persone addette ai servizi postali e di bancoposta, anche se dati in concessione a uso pubblico, sono considerate pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, secondo la natura delle funzioni loro affidate, in conformità degli artt. 357 e 358 c.p.».

Un altro filone interpretativo, considerando il venir meno del sistema normativo delle banche pubbliche, attribuisce alle funzioni (equivalenti) svolte da P.I. natura privatistica; da ciò consegue l'integrazione del reato d'appropriazione indebita in caso di appropriazione di danaro dei risparmiatori con abuso del ruolo. In questa prospettiva, riservare ai dipendenti di P.I. un trattamento più rigoroso di quello applicabile ai loro omologhi impiegati presso gli istituti di credito violerebbe il principio di uguaglianza (art. 3 Cost). Non rileverebbe dunque che P.I. opera per conto di Cassa Depositi e Prestiti (di seguito C.D.P.), equiparabile a un comune azionista che non interviene nei rapporti con la clientela (Cass., sez. VI, 21 ottobre 2014, n. 18457, in *C.E.D. Cass.*, n. 263359; Cass., sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 18457, *ivi*, n. 263359; Cass., sez. VI, 31 maggio 2018, n. 42657, *ivi*, n. 274289). Viene quindi pretermessa la strumentalità del risparmio postale alla realizzazione delle finalità di C.D.P., valorizzando il rapporto di P.I. con C.D.P. (desumibile dall'art. 2 del d. lgs. n. 284 del 1999) in quanto alcuna norma prescrive che P.I. operi anche in nome di C.D.P. in forza di un rapporto di immedesimazione organica. Conseguentemente, non vi sarebbero ragioni per sostenere che P.I. sia sottoposta a regole diverse dalle banche comuni, quand'anche agisse in rappresentanza diretta (in tal senso anche Cass., sez. II, 7 marzo 2018, n. 20437, in *C.E.D. Cass.*, n. 272807).

La VI Sezione protende per il secondo orientamento in quanto, sebbene la decisione dello Stato (o di altri enti) di acquisire risorse dal mercato emettendo titoli del debito costituisca esercizio di potestà pubbliche, la fase (successiva) di negoziazione e gestione del risparmio demandata a P.I. avviene secondo le regole del diritto civile (così, art. 3 del Regolamento bancoposta sui rapporti con i clienti). In quest'ottica, avendo i rapporti con i risparmiatori natura privatistica, non si comprende perché la negoziazione dei titoli debba assumere una dimensione pubblicistica.

Più nello specifico, sebbene il primo orientamento individui nella raccolta di risparmio postale il fine (ulteriore al reperimento di liquidità) di assicurare forme di investimento per soggetti poco inclini al rischio, la garanzia dello Stato non è esclusiva del risparmio postale; ad avviso della sezione rimettente essa non risulta espressione

di una funzione sociale tale da differenziare il risparmio postale da attività analoghe. Parimenti non persuasivi sarebbero gli altri indicatori citati a sostegno del carattere pubblicistico. In primo luogo, qualificare la raccolta del risparmio postale come servizio pubblico e gli addetti ai sensi degli artt. 357 o 358 c.p., contrasterebbe con il rilievo per cui le mansioni svolte – esclusa la consulenza – sono essenzialmente esecutive (non diverse da quelle d'ordine); queste, infatti, non richiedono specifiche competenze, sono prive del carattere di autonomia e rientrano nell'attività bancaria privata. In secondo luogo, non deve confondersi il rilascio di dichiarazioni scritte destinate a fare prova nei rapporti giuridici tra privati con l'emissione di documenti o notazioni con valore certificativo (costituenti prova legale nell'ordinamento e non solo tra le parti). Sul punto, dato che l'art. 2699 c.c. prevede che sia atto pubblico con funzione certificativa quello emanato da un soggetto autorizzato dalla legge ad attribuirgli fede, si dovrebbe individuare la norma che attribuisce tale potere. Sul punto, Cass., sez. VI, 31 gennaio 2024, n. 22275, in *C.E.D. Cass.*, n. 286613 ha osservato come la c.d. stampata dell'operazione non costituisce più una prova (essendo venuta meno la funzione fidefacente ex art. 2700 c.c.) e che le disposizioni specifiche ex art. 2699 ss. c.c. negano l'attribuzione di un simile valore, escludendo la rilevanza delle annotazioni e/o delle ricevute degli addetti allo sportello.

La soluzione

Le Sezioni Unite si sono soffermate innanzitutto sulle nozioni di pubblico ufficiale e di incaricato di pubblico servizio, analizzando l'articolata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

Conformemente a quanto osservato in dottrina, diverse pronunce di legittimità a sezioni semplici (tra cui Cass., sez. VI, 11 luglio 2022, n. 37705, in *C.E.D. Cass.*, n. 283937; Cass., sez. VI, 29 gennaio 2020 n. 14171, *ivi*, n. 278759; Cass., sez. VI, 2 luglio 2024 n. 41788, *ivi*, n. 287246; Cass., sez. VI, 7 maggio 2024, n. 22282, *ivi*, 286666) e unite (*ex multis*, Cass., Sez. un., 27 marzo 1992, n. 7958, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2718; Cass., Sez. un., 13 luglio 1998, n. 10086, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, p. 525; Cass., Sez. un., 24 settembre 2020, n. 6087, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1516) individuano il profilo decisivo per l'applicazione delle qualifiche soggettive nella natura dell'attività compiuta: occorre cioè verificare se essa, anche se svolta per conto di un soggetto privato e mediante strumenti privatistici, debba ritenersi regolata da una disciplina pubblicistica. Ciò esclude la qualificazione delle attività compiute mediante contratti di diritto privato alla stregua di pubblici servizi solo perché realizzano interessi pubblici; esse possono considerarsi tali se i contratti costituiscono strumenti operativi di un modulo organizzativo. Quest'ultimo deve: essere istituito per effettuare di prestazioni di interesse pubblico, impiegare risorse pubbliche in forza di una previsione normativa e senza obbligo di pagare un corrispettivo, assicurare il servizio agli interessati in condizioni di parità, continuità e obbligatorietà e imporre all'erogatore vincoli di prezzo (mettendo lo scopo di profitto in secondo piano rispetto al dovere di erogazione delle prestazioni).

Le condizioni appena elencate sono soddisfatte anche dalla raccolta del risparmio postale. In primo luogo, essa è riservata a C.D.P. (con la collaborazione di P.I.), reca un obbligo di rimborso assistito dalla garanzia dello Stato ed è distinta dalle ordinarie attività di raccolta di risparmio tra il pubblico (sul punto art. 5, comma 7, d.l. 30 settembre 2003, n. 269; art. 1, comma 1, d.m. 6 ottobre 2004 del Ministro dell'Economia

e delle Finanze; d.p.r. 14 marzo 2001, n. 144). In secondo luogo, essa è contraddistinta – secondo il legislatore – da «peculiari caratteristiche» ed è concretizzata con decreti del Ministero dell'Economia e delle Finanze aventi «natura non regolamentare» (art. 5, comma 11, d.l. n. 269/2003, cit.). La specificità della disciplina risulta quindi evidente in quanto dettata in gran parte da provvedimenti amministrativi e diretta a erogare prestazioni d'interesse pubblico, con recessività dello scopo di profitto rispetto all'erogazione del servizio. Con ciò ci si riferisce al fatto che la raccolta rispetta i principi di continuità, regolarità, pubblicità e obbligatorietà del servizio, come anche stringenti limiti per l'autonomia privata (mettendo a disposizione risorse pubbliche, per legge e senza costi, con vincoli a prezzi e prestazioni dell'emittente dettati da interessi pubblici).

Alla luce dell'analisi appena ripercorsa, le Sezioni unite hanno specificato che nella prestazione di un pubblico servizio può iscriversi anche l'attività dell'operatore di P.I. addetto alla vendita e alla gestione dei prodotti relativi alla raccolta del risparmio postale. La conclusione si giustifica considerando che l'attività di distribuzione di libretti-risparmio e buoni fruttiferi postali effettuata da P.I. è qualificabile quale prestazione di un pubblico servizio. Quindi, l'apporto dell'impiegato – quale "segmento" della raccolta – si qualifica come pubblico servizio, sebbene attenga a contratti di diritto privato; questi atti negoziali pongono infatti le basi del servizio, disciplinando l'erogazione – in condizioni di imparzialità, obbligatorietà e continuità – di prestazioni d'interesse pubblico regolate da provvedimenti conformativi e con recessività dello scopo di profitto. Da ciò deriva la qualifica dell'operatore di P.I. quale pubblico agente.

Non sembra inoltre plausibile ritenere che questi svolga mansioni di ordine o prestazione di opera meramente materiali, in quanto si occupa anche e principalmente di consulenza sul contenuto e condizioni degli strumenti, aiutando a comprendere quelli più convenienti.

La Corte precisa, infine, che l'addetto alla vendita e alla gestione dei prodotti costituenti forma di raccolta del risparmio postale è inquadrabile, nella prestazione di tale attività, come incaricato di pubblico servizio. Per la qualifica ai sensi dell'art. 357 c.p. si era espressa, in ragione dei «poteri certificatori esercitati», Cass., sez. VI, 8 marzo 2001, n. 20118, Di Bartolo, in C.E.D. Cass., n. 218903. Tuttavia, l'unico elemento a favore di questa tesi consiste nella regola di cui all'art. 7, comma 3, d.m. 6 ottobre 2004, cit., la quale prevede che: «Le registrazioni contabili relative alle operazioni effettuate a valere sul libretti cartacei e dematerializzati fanno prova nei rapporti fra Poste italiane s.p.a. e titolare fino a querela di falso ed è nullo ogni patto contrario. In caso di discordanza tra le registrazioni contabili e le annotazioni sui libretti cartacei, prevalgono le scritture contabili». Questa disciplina è però relativa ai soli libretti di risparmio postale e prevede un'attestazione la cui efficacia di prova è limitata alle parti del rapporto (P.I. e il titolare del libretto).

Dopo aver risolto la controversia interpretativa, le Sezioni Unite hanno sancito la correttezza dell'applicazione della fattispecie di peculato, in luogo delle altre ipotizzate dalla difesa (appropriazione indebita, truffa e indebita destinazione di denaro o cose mobili).

(Vincenzo Di Terlizzi - dottore di ricerca nell'Università di Foggia)

Concordato in appello

Sez. un., 10 luglio 2025 (dep. 22 gennaio 2026) n. 18, Cassano, Presidente, Guardiani, Relatore, Gargiulo, p.m. (concl. conf.)

Il provvedimento con il quale la Corte d'appello, non accogliendo il concordato sui motivi ex art. 599-bis c.p.p., dispone la prosecuzione del giudizio, non è suscettibile di ricorso per cassazione.

La questione.

Le Sezioni unite sono intervenute per chiarire se avverso l'ordinanza della Corte di appello che respinga la richiesta di concordato sui motivi avanzata ex art. 599-bis c.p.p. sia proponibile ricorso per cassazione unitamente alla sentenza che definisce il secondo grado di giudizio.

I contrapposti orientamenti.

Secondo un primo orientamento, l'ordinanza che rigetta la richiesta di concordato non è suscettibile di impugnazione per diverse ragioni. Innanzitutto, militerebbe a favore di tale conclusione la lettera della legge atteso che l'art. 599-bis non contempla né la possibilità di sindacare il mancato accoglimento del concordato né l'immotivato rifiuto da parte del procuratore generale di accondiscendervi. Su tale dato convergerebbe anche la considerazione che la materia delle impugnazioni è presidiata dal principio di tassatività, di modo che, in assenza di una norma che preveda l'impugnazione dell'ordinanza *de qua*, la stessa deve ritenersi esclusa. Né l'ordinanza reiettiva del concordato potrebbe ritenersi ricorribile per cassazione ex art. 568 c. 2 c.p.p. non essendo la stessa equiparabile alle sentenze ovvero ai provvedimenti in materia di libertà personale. L'inoppugnabilità della decisione sarebbe infine confermata anche dall'assenza di un valido interesse ad impugnare, atteso che le ragioni di difesa facenti capo all'imputato possono essere fatte integralmente valere attraverso l'impugnazione della sentenza resa all'esito del giudizio d'appello il cui *thema decidendum*, dopo il fallimento del concordato, si riespande fino a ricomprendere non solo i motivi d'appello di cui le parti avevano richiesto l'accoglimento ma anche quelli che, originariamente, erano stati fatti oggetto di rinuncia. (cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. II, 23 novembre 2023, n. 3124, in *C.E.D. Cass.*, n. 285819; Cass., sez. I, 13 giugno 2023, n.41553, *ivi*, n. 285393; Cass., sez. VI, 22 aprile 2022, n. 17875, *ivi*, n. 283464; Cass., sez. VII, 2 febbraio 2022, n. 20085, *ivi*, n. 281512; Cass., sez. II, 5 novembre 2020, n. 8605, *ivi*, n. 280806). Nella giurisprudenza di legittimità si è fatto, però, strada anche un secondo indirizzo secondo il quale la decisione che non recepisce l'accordo delle parti è impugnabile mediante il ricorso per cassazione proposto avverso la sentenza d'appello che decide nel merito. Si osserva, infatti, che una diversa conclusione arrecherebbe un grave *vulnus* al diritto di difesa, visto che l'imputato sarebbe privato di qualsivoglia strumento per reagire ad una decisione per lui preclusiva dell'accesso ad un trattamento sanzionatorio di favore, stante l'indubbia premialità insita nella possibilità di determinare la pena sulla base di un accordo tra le parti. Appurato la sussistenza dell'interesse ad impugnare, il problema della mancanza di una previsione espresa dell'impugnazione viene quindi superato adeguando al caso *de quo* il medesimo

regime contemplato in materia di rigetto della richiesta di patteggiamento, ovvero quello imperniato sull'impugnazione differita della decisione negativa a mezzo del ricorso per cassazione previsto contro la sentenza conclusiva del giudizio. (Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. III, 16 gennaio 2024, n. 16692, in *C.E.D. Cass.*, n. 286181; Cass., sez. II, 7 giugno 2023, n. 30624, *ivi*, n. 284869; Cass., Sez. III, 14 febbraio 2023, n. 28018, *ivi*, n. 284806; Cass., sez. VI, 13 luglio 2022, n. 31556, *ivi*, n. 283610; Cass., sez. VI, 18 maggio 2022, n. 23614, *ivi*, n. 283284).

La soluzione.

Aderendo al primo orientamento, le Sezioni unite hanno affermato che le ragioni dell'inoppugnabilità del provvedimento che rigetta l'accordo vanno ricercate nella fisionomia stesso dell'istituto del concordato, quale meccanismo processuale non premiale imperniato sull'accelerazione consensuale della definizione del giudizio di secondo grado, resa possibile dalla rinuncia ai motivi di appello ritenuti sovrabbondanti e dalla contestuale selezione condivisa dalle parti del motivo (o dei motivi) irrinunciabili. L'istituto di cui all'art. 599-bis c.p.p., non è quindi assimilabile al patteggiamento e questo non solo dal punto di vista strutturale ma anche sul piano della finalità perseguita, essendo scopo del concordato quello di decongestionare il carico eccessivo di processi pendenti in appello attraverso una possibile delimitazione consensuale del *thema decidendum* da devolvere all'esame del giudice dell'impugnazione. In coerenza con le caratteristiche dell'istituto, il provvedimento che, rigettando il concordato, dispone la prosecuzione del giudizio d'appello, svela peraltro la propria natura meramente ordinatoria e non decisoria. La decisione *de qua*, infatti, lungi dall'investire, con possibilità di passaggio in giudicato, il diritto sostanziale dedotto in giudizio, si limita a non consentire lo svolgimento di un giudizio meramente eventuale ed anticipato, aprendo così la strada alla celebrazione del giudizio di impugnazione nella sua dimensione ordinaria. La natura non decisoria di siffatto provvedimento ben si coniuga, pertanto, con l'inoppugnabilità dello stesso, la quale peraltro trova ulteriore conferma di sé anche nell'impossibilità di riscontrare in capo all'imputato un interesse giuridicamente rilevante all'impugnazione. La decisione che rigetta il concordato non genera, infatti, per l'imputato alcuno svantaggio processuale né conseguenze negative apprezzabili atteso che, con la prosecuzione del giudizio d'appello, non solo il giudice è nuovamente tenuto a pronunciarsi su ciascuno dei motivi dedotti con l'impugnazione ma la relativa decisione è suscettibile di ricorso per cassazione secondo gli ampi margini riconosciuti dall'art. 606 c.p.p. Né ad una diversa conclusione potrebbe giungersi considerando il fatto che, con il rigetto del concordato, la parte perderebbe la possibilità di conseguire una decisione più difficile da porre nel nulla, attesa la più ristretta possibilità per l'altra parte di ricorrere per cassazione contro una sentenza emessa ex art. 599-bis c.p.p. Osserva infatti il *plenum* che, così ragionando, si darebbe spazio ad un interesse ad impugnare meramente astratto che, essendo collegato non a un pregiudizio processuale immanente, ma solo ipotetico ed eventuale, non può ritenersi giuridicamente apprezzabile, a fronte della concretezza e dell'attualità del vantaggio perseguito dall'impugnante che, al contrario, l'art. 568 c. 4 c.p.p. considera quale condizioni ineludibili per l'ammissibilità dell'impugnazione.

(L.L.)

L'ABNORMITÀ DEL PROVVEDIMENTO DI RIGETTO DELLA RICHIESTA DI INCIDENTE PROBATORIO. DALLE SEZIONI UNITE UN NUOVO "COLPO" AL PRINCIPIO DI IMMEDIATEZZA

Leonardo Suraci*

Sommario: **1.** Premessa introduttiva. – **2.** La decisione del giudice sulla richiesta di incidente probatorio. – **3.** L'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. – **4.** Gli approdi delle Sezioni unite. – **5.** La Costituzione e le fonti sovranazionali: l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata. – **6.** La disposizione processuale. – **7.** La parabola dell'immediatezza.

ABSTRACT

Il principio di immediatezza, emblema del modello processuale di parti introdotto con la nuova codificazione, è continuamente sottoposto a forme di tensione in quanto, non assecondato da una esplicita garanzia costituzionale, è inteso alla stregua di un ostacolo dinanzi all'emersione di esigenze di efficienza processuale. La presa di posizione delle Sezioni unite sul tema dell'abnormalità dell'ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio – la questione, invero, è stata esaminata sotto diversi profili dagli orientamenti che, nel corso del tempo, si sono contrapposti – risolve in maniera inutilmente rigida la questione, mettendo in crisi, ancora una volta, il valore dell'immediatezza quale elemento di tenuta del sistema.

The principle of immediacy, emblem of the adversarial procedural model introduced with the new codification, is continually subjected to forms of tension because, not supported by an explicit constitutional guarantee, it is regarded as an obstacle in the face of emerging needs for procedural efficiency. The stance of the United Sections on the issue of the abnormality of the order rejecting the request for a probatory incident – the matter, in fact, has been examined from different perspectives by the orientations that, over time, have opposed each other – resolves the issue in an unnecessarily rigid manner, once again putting the value of immediacy as a pillar of the system at risk.

1. Premessa introduttiva.

Le Sezioni unite della Corte di cassazione, con la sentenza 12 dicembre 2024-18 marzo 2025, n. 10869, sono intervenute sul tema dell'impugnabilità del provvedimento del gip di rigetto della richiesta di incidente probatorio.

Il caso, come tutti quelli esaminati dalle sezioni semplici, era del tutto peculiare sia per quel che riguarda la tipologia della richiesta – riconducibile alle ipotesi com-

* Professore associato di diritto processuale penale presso l'Università degli Studi di Firenze.

pendiate dall'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. – sia per quel che attiene ai dati contenutistici del provvedimento adottato, ragione per cui appare difficoltoso trarre dalla vicenda conclusioni di carattere generale rispetto al tema della impugnabilità dell'ordinanza ex art. 398 c.p.p.

Ma la sentenza prospetta riflessi sistematici di sicuro rilievo nell'ambito di una situazione normativa complessa, intrisa di valori di portata prioritaria che si concentrano sulla fattispecie introduttiva di una procedura incidentale che riguarda il delicatissimo tema della formazione della prova e incide sui «fondamenti accusatori del processo»¹.

Le Sezioni unite, nell'occasione, hanno ritenuto viziata di abnormità l'ordinanza con la quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell'elenco di cui all'art. 392, co. 1-*bis*, primo periodo c.p.p., motivata con riferimento alla insussistenza della vulnerabilità della persona offesa o della non rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti la cui esistenza è presunta per legge.

2. La decisione del giudice sulla richiesta di incidente probatorio.

Come è noto, i requisiti di tempo, di forma e di contenuto della decisione giudiziale sulla richiesta di incidente probatorio sono delineati dall'art. 398 c.p.p.

Al giudice è demandato un sindacato giurisdizionale che si svolge a livello binario², avendo il compito di vagliare l'ammissibilità e la fondatezza della richiesta con una pronuncia che, alla luce dell'art. 401, co. 4 c.p.p., assume carattere definitivo.

Il primo giudizio viene condotto sulla scorta delle indicazioni prospettate dall'art. 393, co. 1 e 2 c.p.p., compresi i termini imposti per la presentazione della domanda e la legittimazione del proponente³.

Quanto alla valutazione della fondatezza, invece, il giudice deve ordinariamente accertare la sussistenza dei presupposti individuati dall'art. 392 c.p.p., effettuando un giudizio che non può prescindere, altresì, dalle disposizioni generali in tema di prova⁴.

E si tratta di una valutazione che deve essere svolta in maniera quantomai rigorosa, dal momento che l'ordinanza con la quale il giudice decide sulla richiesta di incidente probatorio è ritenuta ordinariamente inoppugnabile – per il principio di tassatività dei mezzi di impugnazione⁵ – e non è ricorribile in cassazione, in quanto considerata non abnorme⁶.

¹ G. SPANGHER, *Separazione delle carriere, solo interventi settoriali in attesa della vera riforma*, in *Guida al dir.*, 2025, 18, 12.

² C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, Torino, 2000, 228.

³ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, III, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, Milanofiori Assago, 2009, 624.

⁴ V., in questi termini e tra gli altri, K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., 625; G. BIONDI, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2000, 285; G. DI CHIARA, *Incidente probatorio*, in *Enc. dir.*, Agg. VI, 559; A. BARGIS, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 353; E. LA ROCCA, *Incidente probatorio*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. VI, 302.

⁵ V., tra le tante, Cass. pen., Sez. VI, 27 gennaio 2005, Scipioni e altri.

⁶ V., tra le più recenti e nell'ambito di un indirizzo giurisprudenziale consolidatissimo, Cass. pen., Sez. V, 17 luglio 2017, n. 49030; Cass. pen., Sez. I, 28 aprile 2014, n. 37212.

L'attuale formulazione dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. - norma introdotta dall'art. 13, l. 5 febbraio 1996, n. 66 e ritenuta dalla dottrina «[i]l primo intervento nel segno della polifunzionalità dell'istituto»⁷ - scaturisce da una sequenza di interventi correttivi che ne hanno progressivamente ampliato l'ambito applicativo sia sul piano oggettivo che sul versante soggettivo⁸.

Secondo la disposizione in discorso, nei procedimenti per i delitti di cui agli articoli 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter* e 600-*quater*, anche se relativi al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p. il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza⁹ di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal co. 1.

Più tardi, seguendo un'impostazione ispirata ad una filosofia che sposta decisamente il baricentro del sistema nella direzione di un più marcato sacrificio dei principi ispiratori del processo accusatorio al fine di soddisfare esigenze di protezione dei soggetti deboli coinvolti nel processo penale, il d.lgs. 18 dicembre 2015, n. 212 ha introdotto un nuovo periodo nel testo dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. il quale, in relazione ad una figura soggettiva dai contorni complessi la condizione qualificante della quale - la particolare vulnerabilità - viene in qualche modo delineata dall'art. 90-*quater* c.p.p., prevede la possibilità di ricorrere all'incidente speciale per assumere la testimonianza della persona offesa che versi in condizione di particolare vulnerabilità.

Sembra essersi, dunque, completato un percorso che, ridisegnando il quadro complessivo dei valori di protezione sottesi alla procedura incidentale e sintetizzati nella nota qualificativa dell'indifferibilità, colloca la vittima del reato al centro del micro-sistema incidentale e le esigenze di tutela di essa al vertice della gerarchia dei valori di rilevanza processuale.

L'incidente probatorio consolida il suo inserimento a pieno titolo, dunque, tra le componenti normative di quello che le Sezioni unite definiscono lo «speciale "statuto" normativo per l'assunzione della testimonianza delle persone "vulnerabili", alle quali - in ragione della incidenza di molteplici fattori di carattere temporale, psicologico o relazionale, cui le stesse sono sottoposte - il legislatore ha inteso riservare speciali "meccanismi processuali" di ascolto, per tutelarne la "sfera" personale e, nello

⁷ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., 570. Per mezzo di siffatta legge, rilevano L. CAMALDO, G. DI PAOLO, *La Corte costituzionale nega l'estensione dell'incidente probatorio per assumere la testimonianza del minorenne al di fuori dei procedimenti per reati sessuali*, in *Cass. pen.*, 2003, 870, il legislatore «ha tentato di dare una risposta al fenomeno degli abusi sessuali in danno dei minorenni [...] anche sul versante processuale ed extraprocessuale».

⁸ Essi possono ricondursi all'art. 13, l. 3 agosto 1998, n. 269, all'art. 15, l. 11 agosto 2003, n. 228, all'art. 14, l. 6 febbraio 2006, n. 38, all'art. 9, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (convertito in l. 23 aprile 2009, n. 38) e, poi, all'art. 5, l. 1 ottobre 2012, n. 172.

⁹ In senso critico rispetto alla delimitazione dell'istituto speciale al mezzo di prova costituito dalla testimonianza v., fra gli altri, A. BARGIS, *Commento alla l. 15.2.1996 n. 66 (Norme contro la violenza sessuale)*. Art. 13, in *Leg. pen.*, 1996, 498.

stesso tempo, per garantire la genuinità e, dunque, l'affidabilità, del relativo apporto conoscitivo»¹⁰.

3. L'art. 392, co. 1-bis c.p.p.

L'inserimento dell'ipotesi specifica di incidente probatorio prevista dall'art. 392, co. 1-bis c.p.p. realizza una severa inversione dello schema configurato per disegnare il rapporto tra dibattimento e indagini preliminari: «[s]e, infatti, si esclude la necessità di dimostrare l'indifferibilità o il rischio di inquinamento della prova, l'incidente probatorio dismette la veste di istituto eccezionale per assumere i connotati di strumento ordinario per l'assunzione della testimonianza di un minore [...]»¹¹.

Per questa ragione la dottrina si è soffermata sulla *ratio* della previsione - le correzioni successive della norma, infatti, non ne hanno stravolto la funzione sebbene ne abbiano contaminato la linearità soprattutto sul terreno dell'ambito oggettivo di applicazione¹² - al fine di verificare se il momento introduttivo dell'istituto speciale sia scandito da rigidi automatismi ovvero riservi al giudice margini di valutazione significativi, ancorché rispetto a presupposti diversi da quelli previsti dall'art. 392, co. 1 c.p.p.

Orbene, se, da un lato, il nostro codice non pone alcuna preclusione in materia di testimonianza, di talché nulla impedisce che un minore assuma la veste di testimone, dall'altro, le vicende di abuso sessuale in danno di minori si caratterizzano per il fatto che, di regola, esse non coinvolgono persone diverse dall'agente e dalla vittima, per cui la narrazione di quest'ultima diviene elemento di prova essenziale ed imprescindibile ai fini dell'accertamento¹³.

«Non si può trascurare» - è stato inoltre ribadito - «che la testimonianza del minore rappresenta un evento molto più complesso e specifico che, perciò, necessita di maggiore riflessione soprattutto con riferimento agli elementi e i fattori che la influenzano. Primo fra tutti, il tempo. Questo, può condizionare i ricordi, sia perché esso incide sulla capacità di trattenere i ricordi in memoria, sia perché col tempo i ricordi possono inquinarsi, arricchendosi di eventi autobiografici che finiscono con il contaminarsi, senza trascurare, poi, che il tempo interviene sul trauma subito e aiuta a ridurne gli effetti»¹⁴.

L'ascolto del minore, dunque, «dovrebbe essere quanto più possibile, vicino agli accadimenti che lo hanno coinvolto [così] soddisfacendo a pieno sia i suoi bisogni di protezione, sia l'attendibilità delle sue dichiarazioni»¹⁵.

¹⁰ Così, testualmente, Cass. pen., Sez. un., 18 marzo 2025, n. 10869.

¹¹ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., 571.

¹² V., in particolare, G. SPANGHER, *Commento alla l. 269/1998. Le norme di diritto processuale penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 1998, 1233.

¹³ «A fortiori» - fa notare Caporale, *L'audizione dei minori in incidente probatorio: una questione di equilibri*, in *Arch. pen.*, 2015, 959 - «il minore presunta vittima di abuso sessuale è portatore di dati testimoniali *necessari*: è una fonte di prova, dalla quale non si può prescindere per l'accertamento della responsabilità».

¹⁴ S. CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 960. Come rileva G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 1023, il contributo conoscitivo del minore è «reperibilissimo e manipolabilissimo».

¹⁵ S. CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 960.

È chiaro, pertanto, che il fondamento della scelta legislativa di cui si discute «è rinvenibile nella necessità di soddisfare una serie di interessi tra loro complementari»¹⁶.

Sotto un primo profilo, «rileva la necessità di assicurare la genuinità della prova, perché l'incidente probatorio consente di ridurre il tempo intercorrente tra il fatto di reato e l'acquisizione del contributo dichiarativo e, quindi, di limitare quei fenomeni di rielaborazione e di rimozione che, stando agli approdi delle ricerche condotte dagli studiosi di psicologia dell'età evolutiva, caratterizzano la capacità mnestica del minore»¹⁷.

Dunque, «[p]rima si cristallizza il contributo probatorio del minore, più lo si sottrae al pericolo di dispersione e di inquinamento, ineluttabilmente legato al trascorrere del tempo»¹⁸.

Vengono in rilievo, inoltre, fondamentali e preponderanti interessi di rango extra-processuale¹⁹, essendo evidente «la necessità di tutelare la dignità e la riservatezza del minore attraverso un meccanismo che, in quanto destinato ad operare in un contesto non pubblico, lo protegge dal trauma dello *strepitus foris*»²⁰.

Lo scopo è, in altri termini, quello di rendere residuale la partecipazione dell'interessato alla fase dibattimentale²¹, mediate un'estensione delle condizioni applicative dell'istituto incidentale correlata ad una ridefinizione dell'ambito della *discovery* anticipata degli atti d'indagine – che l'art. 392, co. 2-*bis* c.p.p., come è noto, riferisce a tutti gli atti d'indagine – e la rimodulazione in termini restrittivi dei parametri di ammissibilità della prova in dibattimento (art. 190-*bis* c.p.p.).

La *ratio* della norma è, dunque, composita ed infatti, la Corte di cassazione ha già in passato riconosciuto, pur collocando il dato su una sorta di piano di secondario rilievo, che, al di là di quanto sostenuto rispetto ai pericoli di vittimizzazione secondaria, la norma «resta comunque ancorata *anche* ad esigenze investigative ed all'opportunità, in reati in cui la prova a carico è spesso principalmente fondata sulle dichiarazioni della persona offesa, di assumerne quanto prima la testimonianza nel contraddittorio delle parti, al fine di garantirne la genuinità rispetto a possibili fattori di condizionamento esterni, oltre che al semplice passare del tempo»²².

Se, da un lato, già il quadro degli interessi coinvolti nel contesto valutativo che apre le porte all'incidente speciale è abbastanza complesso, non può essere trascurato il fatto che anche l'insieme delle persone protette dalla disposizione permette di identificare una categoria abbastanza disomogenea, nell'ambito della quale trovano collocazione personalità che, diversificate sotto il profilo anagrafico, sul versante della maturità in concreto, in riferimento a circostanze ambientali ed in relazione al

¹⁶ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., 572.

¹⁷ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., 572.

¹⁸ M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, in *Il minorenni fonte di prova nel processo penale*, a cura di CESARI, Milano, 2015, 158.

¹⁹ DI CHIARA, *Incidente probatorio*, cit., 552.

²⁰ K. LA REGINA, *Incidente probatorio*, cit., 572. V., poi, M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, cit., 158, V., sulle problematiche connesse agli effetti primari e secondari del reato sulle vittime e limitandosi alle voci enciclopediche, Bandini, *Vittimologia*, in *Enc. dir.*, XLVI, 1008; M. PORTIGLIATTI BARBOS, *Vittimologia*, in *Dig. disc. pen.*, XV, 314.

²¹ M.G. COPPETTA, *Il contributo dichiarativo del minorenni nell'incidente probatorio*, cit., 158.

²² Cass. pen., Sez. III, 26 luglio 2019, n. 34091.

grado di coinvolgimento nel fatto di reato²³, manifestano altrettanto differenziate necessità di tutela.

Il problema dell'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della fattispecie speciale, è bene ricordare, era stato affrontato dalla Corte costituzionale a fronte di una sequenza di ordinanze che ponevano dubbi di costituzionalità in relazione agli artt. 3 e 24 Cost.

I giudici della Consulta, nel dichiarare infondata la questione attinente alla legittimità costituzionale dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che le disposizioni in essa previste si applicassero anche all'assunzione della testimonianza della persona inferma di mente, avevano affermato che la norma impugnata apparisse riconducibile ad una scelta del legislatore, rispetto alla quale «non è possibile individuare ragioni costituzionali che ne impongano l'estensione al caso di teste infermo di mente, la cui situazione non è di per sé meccanicamente equiparabile a quella del teste minore infrasedicenne»²⁴.

Rigettata, sulla base di una riflessione ulteriormente ribadita in seguito²⁵, la tesi di una generalizzata presunzione di ricorrenza delle esigenze di protezione che hanno indotto il legislatore ad ampliare le possibilità di ricorso all'incidente probatorio²⁶, la Corte aveva, inoltre, escluso la lamentata violazione dell'art. 24 Cost., posto che la regola della formazione dibattimentale della prova appare, nell'attuale sistema processuale, idonea ad assicurare in linea di principio l'effettività del diritto di difesa della persona sottoposta a procedimento penale²⁷.

L'analisi dei complessivi e delicatissimi profili della riforma dell'incidente probatorio lascia intravedere, dunque, margini sufficienti per giustificare la previsione di un ampio e non meramente formale controllo del giudice sulla richiesta ex art. 392, co. 1-*bis* c.p.p., trattandosi non soltanto – e abbastanza semplicemente – di verificare la ricorrenza in concreto degli elementi soggettivi e oggettivi della fattispecie introduttiva²⁸, bensì di calibrare l'ingresso alla procedura anticipata in considerazione della ricorrenza di effettive esigenze di tutela, probabilmente – ma non automaticamente – sussistenti rispetto ai minori – ed il grado di probabilità è più elevato quanto più ci si allontana dal compimento della maggiore età – e tutte da verificare rispetto alle altre categorie soggettive²⁹.

²³ F. CASSIBBA, *La tutela dei testimoni vulnerabili*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di MAZZA, VIGANÒ, Torino, 2009, 300.

²⁴ C. cost., 29 dicembre 2000, n. 583.

²⁵ V., infatti, C. cost., 5 febbraio 2021, n. 14, in cui la scelta legislativa di equiparare alla persona offesa minorenni il testimone minorenni è «non implausibile», sebbene costituzionalmente «non imposta».

²⁶ C. cost., 29 dicembre 2000, n. 583. V., in precedenza, C. cost., 30 luglio 1997, n. 283.

²⁷ C. cost., 29 dicembre 2000, n. 583. V., in precedenza, C. cost., 30 luglio 1997, n. 283. Nonché, dopo qualche anno, C. cost., 18 dicembre 2002, n. 529; C. cost., 1° aprile 2003, n. 108.

²⁸ V., in senso critico rispetto ad un'interpretazione che, a dispetto di quanto previsto dall'art. 393 c.p.p., riduce il ruolo del giudice ad un mero adempimento notarile di presa d'atto dei contenuti di una richiesta vincolante, C. MORSELLI, *L'incidente probatorio*, cit., 132.

²⁹ Pertanto, rileva S. CAPORALE, *L'audizione dei minori in incidente probatorio*, cit., 955, «quando, concretamente, non sussistono esigenze legate alla tutela dell'integrità psico-affettiva del minore o, ancor di più, della genuinità della prova, il rapporto tra regola ed eccezione dovrebbe

4. Gli approdi delle Sezioni unite.

Come già visto, le Sezioni unite hanno ritenuto viziata di abnormità strutturale – per difetto di potere in concreto – l’ordinanza con la quale il giudice rigetta la richiesta di incidente probatorio avente ad oggetto la testimonianza della persona offesa di uno dei reati compresi nell’elenco di cui all’art. 392, co. 1-*bis*, primo periodo c.p.p., motivata con riferimento alla insussistenza della vulnerabilità della persona offesa o della non rinviabilità della prova, trattandosi di presupposti la cui esistenza è presunta per legge.

Carenza di potere “in concreto”, dunque, poiché l’ordinanza di rigetto della richiesta di incidente probatorio speciale costituisce, alla luce del sistema di presunzioni configurato dalla Corte stessa, «manifestazione di un potere riconosciuto dall’ordinamento, ma esercitato al di fuori dei casi consentiti, in un contesto processuale del tutto diverso da quello previsto dalla legge», per cui diventa riconoscibile una «radicale deviazione del provvedimento dallo scopo del suo modello legale».

Deve essere chiarito fin da subito, per evitare equivoci, che non è in discussione la necessità di assicurare un elevato livello di protezione alle vittime di reato che versino in stato di particolare vulnerabilità, così come non può trascurarsi l’esigenza di predisporre percorsi processuali idonei ad assicurare la genuinità della prova dichiarativa allorquando la fonte sia un minore d’età³⁰.

Si tratta di esigenze che, tuttavia, devono trovare soddisfacenti forme di bilanciamento con altri valori di rango costituzionale e, anche, con i principi informatori del modello processuale al quale il legislatore – e, per suo tramite, il titolare della sovranità – ha scelto, sulla base di valutazioni che affondano le proprie radici sulla dimensione culturale della comunità di riferimento, di affidare il percorso di accertamento di fatti penalmente rilevanti.

Il processo penale, difatti, è un frammento di quella produzione del corpo sociale che definiamo “diritto” e, come sappiamo, valori, comunità e cultura sono termini che necessariamente concorrono a comporre il relativo concetto, non potendo un sistema giuridico essere concepito come prodotto dell’esistenza e dell’esperienza umana³¹ in assenza di fasi – certamente organizzate anche se, eventualmente, secondo modelli rudimentali, ma comunque insostituibili ed ineliminabili – di manifestazione

tornare ad invertirsi e il dibattito essere il contesto privilegiato per l’assunzione della testimonianza, sia pure nel rispetto di tutte le cautele per proteggere il minore».

³⁰ V., chiaramente, G. GIOSTRA, *La testimonianza del minore: tutela del dichiarante e tutela della verità*, cit., 1019, il quale attribuisce carattere prioritario alla «preoccupazione, quando si ha a che fare con la testimonianza del minore, [...] di adottare ogni accorgimento che consenta di non disperdere né di adulterare il patrimonio cognitivo del soggetto, curando, subordinatamente, di recargli meno pregiudizio possibile».

³¹ Come insegna V.E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enc. dir.*, XV, 736, la funzione culturale, e quindi la più profonda giustificazione dell’espressione “esperienza giuridica”, «è, in definitiva, quella di richiamare filosofi e giuristi ad una più immediata consapevolezza delle dimensioni “umane” e quindi del carattere essenzialmente problematico del fenomeno giuridico». Ma v., altresì, B. PELLINGRA, *Le nullità nel processo penale. Teoria generale*, Milano, 1967, 17: «Il fenomeno giuridico, come acutamente è stato rilevato, è un fatto storico-sociale giuridicamente qualificato: il nucleo, *elemento sostanziale*, sta nel fatto; l’elemento qualificativo, *elemento formale*, promana dalla norma».

e valutazione di interessi all'interno di una comunità – anche essa, eventualmente, in modo rudimentale – strutturata.

Il diritto, dunque, costituisce un complesso di principi e di regole³² il quale, nella sua strutturazione globale e integrata, è il prodotto (il più importante fra tutti)³³ di un modello culturale che diviene soltanto in seconda battuta politico-organizzativo e, in ultima istanza, anche normativo³⁴: quel modello, cioè, che un complesso umano³⁵ manifesta formalmente con mezzi dati e diffonde al fine di generare innanzitutto i fondamenti del vivere comune, quei valori sommi la cui essenza dota la comunità di precisi tratti identificativi e la cui ablazione o il cui decisivo ridimensionamento rendono quella comunità – semplicemente – non più “quella”³⁶.

Anche nel processo – in quello penale, innanzitutto – si proietta la dimensione culturale della società³⁷, la quale pensa ad esso come ad un fenomeno da dotare del primato della giuridicità³⁸ e, quale componente dell'ordine pubblico statale³⁹, da plasmare nei meccanismi di funzionamento perché ad esso sceglie di affidarsi tutte le volte in cui la commissione di un fatto (penalmente rilevante, si dice) esige che

³² Come spiega benissimo V. MANES, *Carcere e umanità delle pene, oggi un principio disabilitato*, in *Guida al diritto*, 2024, 37, 12, è la “cultura” che cementa (anche) i “principi” e ciò è talmente vero che – fa notare – dinanzi a determinate situazioni di disabilitazione dei principi, la consapevolezza giuridica deve essere preceduta da una consapevolezza “culturale”.

³³ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, 205, individua nel sistema delle regole giuridiche «un settore culturale che si differenzia da tutti gli altri per le sue prerogative, dalle quali gli deriva una posizione preminente nell'intero contesto dei sistemi culturali».

³⁴ Per A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 202, «[n]el sistema generale, quello particolare del diritto rappresenta un sottosistema che si distingue perché [...] è il più dotato di garanzie empiriche di realizzazione, sia nel settore organizzativo sia nel settore delle relazioni intersoggettive».

³⁵ A. FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 204, definisce i complessi umani «degli insiemi in quanto i componenti condividono gli aspetti fondamentali della realtà umana: l'esistenza materiale nella forma della coesistenza; la vita materiale nella modalità della convivenza; la coscienza istintiva nell'atteggiarsi del comune sentire; la coscienza spirituale nella forma creativa della comune cultura».

³⁶ «Possiamo dire che il valere di un valore» – nota V.E. OPOCHER, *Valore (filosofia)*, in *Enc. dir.*, XLVI, 123 – «è tanto più oggettivo quanto più esprime i dati essenziali e perciò, difficilmente trasformabili nel modo di essere dell'esistenza e quanto più riesce a mantenere nello sviluppo storico la propria funzione e ad adattare il proprio “significare” allo spirito dei tempi».

³⁷ Come mette in rilievo G. SPANGHER, *Ragionamenti sul processo penale*, Milano, 2018, 3, «il processo appartiene alla storia, alla cultura, alla politica di un Paese». Di recente v., inoltre, M. MINAFRA, *Accusato e accusatore*, Milano, 2023, 395: «I principi del processo penale riflettono fortemente quelli previsti dalla società che li disciplina». Ma v., con estrema chiarezza, F.D. BUZZELLI, *Gli sfondi normativi*, in *Procedura penale minorile*, a cura di BARGIS, Ed. V, Torino, 2024, 1, la quale inizia il proprio lavoro precisando che il processo penale è «un fatto culturale» e probabilmente lo è ancora di più quello che ha come protagonista un accusato minorenni.

³⁸ Per il tramite di scelte politiche, ovviamente, e, evidenza F. PETRELLI, *Quella falsa percezione del carcere che blocca ogni vera progettualità*, in *Guida al diritto*, 2024, 35, 12, «[i] sistemi penali sono luoghi esemplari nei quali il diritto si fa inevitabilmente politica».

³⁹ Intendendosi per ordine pubblico, secondo la definizione ribadita da ultimo da Cass. civ., Sez. III (ord.), 12 aprile 2023, n. 9766, «il complesso dei principi e dei valori che contraddistinguono l'organizzazione politica ed economica della società in un determinato momento storico».

l'autore subisca l'inflizione – anche essa somministrata secondo un modello assiologicamente orientato⁴⁰ – della sofferenza che costituisce l'essenza della pena criminale⁴¹.

5. La Costituzione e le fonti sovranazionali: l'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata.

Ribadita, dunque, l'elementare necessità di “proteggere” anche i principi fondamentali del modello processuale, deve rilevarsi come le Sezioni unite abbiano fatto ripetutamente riferimento all'esigenza di fornire una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p., identificando nel canone ermeneutico uno degli assi portanti dell'intera ricostruzione normativa.

Ed allora, occorre innanzitutto verificare se l'interpretazione patrocinata dalla Corte lascia emergere l'unica norma capace di rendere il modello conforme alle fonti interne e sovranazionali di riferimento, fermo rimanendo che deve essere in seconda battuta affrontato il differente problema ermeneutico concernente la possibilità o meno di estrarre dalla disposizione e dal sistema – dunque, dalla situazione normativa – la norma predetta.

La giurisprudenza costituzionale, ovviamente, ha da tempo posto al centro della sua attività valutativa le esigenze di protezione di determinate categorie soggettive – innanzitutto, ed in modo paradigmatico, dei minori d'età – chiamate ad offrire contributi dichiarativi nell'ambito del procedimento penale.

«È un dato acquisito» – si ha modo di leggere in una recente presa di posizione «che i minori, in quanto soggetti in età evolutiva, possono subire un trauma psicologico a seguito della loro esperienza in un contesto giudiziario penale. I fattori atti a provocare una maggiore tensione emozionale sono il dover deporre in pubblica udienza nell'aula del tribunale, l'essere sottoposti all'esame e al controesame condotto dal pubblico ministero e dai difensori e il trovarsi a testimoniare di fronte all'imputato, la cui sola presenza può suggestionare e intimorire il dichiarante. Se il minore è vittima del reato, d'altra parte, il dover testimoniare contro l'imputato si presta a innescare un meccanismo di cosiddetta “vittimizzazione secondaria”, per il quale egli è portato a rivivere i sentimenti di paura, di ansia e di dolore provati al momento della commissione del fatto. Il trauma cui il minore è esposto durante l'esame testimoniale si ripercuote, d'altronde, negativamente sulla sua capacità di comunicare e di rievocare correttamente e con precisione i fatti che lo hanno coinvolto, o ai quali ha assistito, rischiando così di compromettere la genuinità della prova. Far sì che la testimonianza del minorenne venga acquisita in condizioni tali da tutelare la serenità del teste è, dunque, necessario anche al fine di una più completa e attendibile ricostruzione dell'accaduto»⁴².

⁴⁰ Sul tema della funzione della pena v., tra gli altri, F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Ed. VI, Torino, 2016, 11.

⁴¹ F.C. PALAZZO, *Corso*, cit., 15. D'altra parte, come mette in evidenza S. TOGNAZZI, *Profili critici del segreto sulle intercettazioni. Tra tutela della riservatezza e cronaca giudiziaria*, Padova, 2024, 5, sono i singoli, ossia la comunità statale, ad affidare allo Stato l'esercizio della pretesa di giustizia in caso di violazione delle regole della convivenza collettiva.

⁴² C. cost., 27 aprile 2018, n. 92.

Posta sul tappeto l'esigenza di protezione, la Corte ha rilevato che «[d]i tale esigenza il nuovo codice di procedura penale del 1988 si era fatto originariamente carico solo in ristretti limiti. In risposta ad essa, si erano previste, da un lato, la possibilità di svolgere l'esame testimoniale del minore a porte chiuse (art. 472, co. 4 c.p.p.), facoltà trasformata poi in obbligo, ove il minore sia vittima di determinati reati (art. 472, co. 3-*bis* c.p.p.); dall'altro, una deroga alle ordinarie forme dell'esame incrociato, con l'affidamento in via prioritaria al giudice del compito di condurre l'esame del minore "su domande e contestazioni proposte dalle parti", avvalendosi, se del caso, dell'ausilio di un familiare del minore stesso o di un esperto in psicologia infantile: salva la possibilità di disporre, sentite le parti, che la deposizione prosegua nelle forme consuete "se ritiene che l'esame diretto del minore non possa nuocere alla serenità del teste" (art. 498, co. 4 c.p.p.)»⁴³.

La maturata consapevolezza delle esigenze di protezione di persone c.d. vulnerabili ha determinato una progressiva evoluzione della disciplina codicistica e siffatti profili evolutivi non sono passati inosservati all'interno di un percorso motivazionale costantemente ispirato ad una innovata dimensione assiologica.

«In prosieguo di tempo» - ha evidenziato la Corte costituzionale - «il ventaglio degli strumenti di salvaguardia del minore si è progressivamente e sensibilmente arricchito per effetto di una serie di interventi innovativi. Nel procedere in tale direzione, il legislatore ha tenuto conto, tra l'altro, anche della necessità di uniformare l'ordinamento interno alle previsioni di norme sovranazionali attinenti, in modo specifico, alle modalità di assunzione della testimonianza del minore vittima di reati o, *amplius*, alla tutela del testimone "vulnerabile": norme molto più pertinenti alla tematica in esame rispetto ai generalissimi enunciati della Convenzione di New York [...]. Previsioni di tal fatta si rinvencono, in specie, oltre che in talune raccomandazioni, nella Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, ratificata e resa esecutiva con l. 1 ottobre 2012, n. 172 (artt. 30, 31 e 35), nonché, quanto al diritto dell'Unione europea, nella decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale (artt. 2, paragrafo 2; 3, paragrafo 3; 8, paragrafi 3 e 4), e indi nella direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI (artt. 19, paragrafo 1; 22, paragrafo 4; 23)»⁴⁴.

Nell'ambito del processo di implementazione dei presidi a tutela del minore che ha preso avvio dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66, la quale ha aggiunto all'art. 392 c.p.p. il co. 1-*bis*, finalizzato a consentire che, nei procedimenti per fatti riconducibili alle più gravi tra le nuove figure di reato introdotte dalla stessa legge, le parti potessero chiedere di procedere con le forme dell'incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minore degli anni sedici, anche "al di fuori delle ipotesi previste dal co. 1", ossia - riconosce la Corte costituzionale, «a prescindere dalle condizioni

⁴³ C. cost., 27 aprile 2018, n. 92.

⁴⁴ C. cost., 27 aprile 2018, n. 92.

di indifferibilità della prova cui è ordinariamente subordinata la possibilità di una sua assunzione anticipata rispetto alla naturale sede dibattimentale»⁴⁵.

Secondo quanto emerge dai lavori parlamentari relativi alla l. 15 febbraio 1996, n. 66, l'introduzione della ricordata nuova ipotesi di incidente probatorio c.d. "speciale" o "atipico" – proprio perché svincolato dall'ordinario presupposto della non rinviabilità della prova al dibattimento – era sorretta anche e soprattutto da una finalità di tutela della personalità del minore, consentendogli di uscire al più presto dal circuito processuale per aiutarlo a liberarsi più rapidamente dalle conseguenze psicologiche dell'esperienza vissuta.

Tale *ratio* extraprocessuale è stata resa maggiormente evidente dalle modifiche che, nel tempo, hanno interessato gli artt. 190-*bis*, 398 e 498 c.p.p., nel complesso venendo a generarsi un sistema processuale che offre al giudice un ampio e duttile complesso di strumenti di salvaguardia della personalità del minore chiamato a rendere testimonianza.

Come è facile notare, la presa di posizione della Corte costituzionale, esposta nella sentenza sopra richiamata e dalla quale le Sezioni unite hanno estratto i riferimenti fondamentali dell'interpretazione conforme a Costituzione, offre il quadro complessivo di un sistema costituzionalmente (e convenzionalmente) orientato, nell'ambito del quale l'inciso "al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1" che chiude il testo dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. assolve ad una funzione ben precisa, ossia quella di creare una fattispecie introduttiva dell'incidente probatorio nel cui ambito non ha più valore la condizione di indifferibilità della prova alla quale è ordinariamente subordinata la possibilità di una sua assunzione anticipata rispetto alla naturale sede dibattimentale⁴⁶.

Il concorso delle finalità tipiche dell'incidente speciale – ha modo di precisare più tardi la Corte costituzionale⁴⁷ – se da un lato sorregge la disposizione e il sistema normativo in cui essa si inserisce, dall'altro lato non fa tuttavia venir meno la sua natura eccezionale, poiché essa, nel momento in cui consente l'ingresso di contenuti testimoniali in una fase antecedente a quella dibattimentale, sulla base, peraltro, di una presunzione di indifferibilità e di non rinviabilità di essi in ragione della natura dei reati contestati e della condizione di vulnerabilità dei soggetti da udire, introduce una deroga al principio fondamentale di immediatezza della prova, il quale postula – salve le deroghe espressamente previste dalla legge – l'identità tra il giudice che acquisisce le prove e quello che decide e risulta anche strettamente correlato al principio di oralità⁴⁸.

⁴⁵ C. cost., 27 aprile 2018, n. 92.

⁴⁶ Deve notarsi, d'altra parte, che la Corte costituzionale avvia il proprio itinerario argomentativo evidenziando che «il bilanciamento tra i contrapposti valori operato dalla normativa processuale vigente non può essere reputato inadeguato, sul versante della protezione del minore: e ciò particolarmente in rapporto a procedimenti per reati quale quello oggetto del giudizio *a quo*». Secondo C. GABRIELLI, *Costituzionalmente legittima la disciplina dell'ascolto protetto del minore: un approdo condivisibile, al di là di qualche ambiguità argomentativa*, in *Giur. cost.*, 2018, I, 815, la Corte, con la propria declaratoria di infondatezza, ha constatato «che l'ordinamento assicura nel complesso al testimone minore una protezione non insoddisfacente».

⁴⁷ C. cost., 5 febbraio 2021, n. 14.

⁴⁸ C. cost., 27 aprile 2018, n. 92.

La condizione di equilibrio tra i valori in tensione – quel bilanciamento tra contrapposti valori operato dalla normativa processuale vigente che la Corte non aveva ritenuto inadeguato – dunque, è determinata dalla Corte costituzionale facendo leva proprio sulla rimozione del requisito della indifferibilità della prova, resa quindi liberamente acquisibile in via anticipata in forza di una presunzione che si fonda su due requisiti concomitanti, la ricorrenza del secondo dei quali – la condizione di vulnerabilità che fonda l'esigenza di protezione – deve essere oggetto di uno specifico accertamento che, sebbene variamente modulabile sotto i profili dell'intensità e delle forme, non può comunque mancare.

E proprio la Corte lo ha lasciato intendere, in maniera nemmeno tanto velata, nella parte della motivazione in cui, in relazione alla posizione della persona offesa minore d'età, ha avuto modo di puntualizzare che la condizione di vulnerabilità è «quasi» *in re ipsa*: un «quasi», dunque, che, riferito esclusivamente alla persona offesa, implica la necessità di un accertamento che sia parametrato sulla scorta delle condizioni che in concreto caratterizzano la vicenda nella sua duplice dimensione soggettiva ed oggettiva.

D'altra parte, nell'esaminare il combinato disposto degli artt. 398 e 498 c.p.p. – norme strettamente correlate a quella che delinea la fattispecie introduttiva dell'incidente – la Corte ha specificato che esso attribuisce al giudice procedente «un vasto spettro di soluzioni», che vanno dalla possibilità di impiegare un contraddittorio pieno, con facoltà per il pubblico ministero e per il difensore di porre domande dirette al minore, in particolare laddove il giudice ritenga che l'esame diretto del minore non possa nuocere alla serenità del teste, alle forme contrassegnate da un grado via via crescente di protezione per il soggetto vulnerabile.

Così, ove il giudice ritenga che «né la condizione personale del minore» meo testimone chiamato a deporre (magari perché prossimo alla maggiore età, [...]), «né la delicatezza o scabrosità del suo contributo testimoniale» giustifichino forme di audizione protetta, tali da comprimere legittime esigenze di contraddittorio con la difesa della persona sottoposta alle indagini, egli potrà pur sempre evitare che l'escussione avvenga nelle forme protette di cui al citato art. 398, co. 5-*bis* c.p.p. (da disporre solo quando «le esigenze di tutela delle persone lo rendono necessario od opportuno») o anche solo nella forma dell'esame attutito di cui all'art. 498, co. 4 c.p.p., ripristinando così il contraddittorio pieno con l'indagato⁴⁹.

⁴⁹ C. cost., 5 febbraio 2021, n. 14. Ma già C. cost., 27 aprile 2018, n. 92, fondamentalmente, aveva chiarito che «[l]a disposizione abilita [...] il giudice a conformare discrezionalmente le modalità di escussione del minore alla luce delle concrete esigenze di tutela – apprezzabili non solo in termini di “necessità”, ma anche di semplice “opportunità” – ferma restando, s'intende, la contrapposta esigenza di rispetto del principio del contraddittorio. Tale discrezionalità investe anzitutto il “luogo” dell'assunzione della prova, potendo il giudice disporre che l'esame del minore avvenga *extra moenia*, cioè in luoghi alternativi e di minore impatto emotivo rispetto alle aule di tribunale, ed eventualmente – quando ciò sia richiesto dalle contingenze – anche in località diversa da quella in cui ha sede l'ufficio giudiziario. Il giudice può calibrare, altresì, discrezionalmente il “tempo” dell'esame, fissando l'udienza di là dal limite temporale di dieci giorni previsto dall'art. 398, co. 2, lett. c) c.p.p., in accordo con le specifiche esigenze di tutela del minore. Da ultimo, il giudice può stabilire “modalità particolari” di escussione, adeguate alle circostanze: formula ampia e generica, che abbraccia la generalità delle forme di acquisizione della prova». L'art. 498, co. 4-*quater* c.p.p., richiamato dall'art. 398, co. 5-*quater* c.p.p., stabilisce che quando occorre procedere all'e-

Il disegno costituzionale preordinato alla protezione delle persone vulnerabili coinvolte nel procedimento penale ed alla tutela della genuinità della prova, come può vedersi, non compendia indefettibili automatismi nemmeno quando è chiamata in causa la posizione della persona offesa, ma, al contrario, si regge, tra le altre cose, sulla libertà di accesso ad uno strumento acquisitivo la cui necessità è rimessa alla valutazione giudiziale, così come al giudice è rimessa la gestione delle peculiari modalità di svolgimento.

Si tratta di un disegno, come già detto, anche convenzionalmente orientato con specifico riferimento ai principi delineati dalla direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012.

L'atto normativo di matrice europea, difatti, non soltanto rifiuta di elevare al rango di meccanismi di protezione indefettibili strumenti processuali ispirati a rigide forme di automatismo, ma, al contrario, sottolinea ripetutamente l'importanza della "valutazione individuale" come mezzo necessario di parametrizzazione delle misure protettive da adattare - quindi - alle esigenze della "persona" anziché alle caratteristiche ipotetiche di "categorie soggettive".

Ed infatti, il considerando n. 55 della direttiva, dopo avere premesso che nel corso dei procedimenti penali «alcune vittime sono particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni da parte dell'autore del reato» e che «tale rischio [può] derivare dalle caratteristiche personali della vittima o dal tipo, dalla natura o dalle circostanze del reato», specifica che «[s]olo una valutazione individuale, svolta al più presto, può permettere di riconoscere efficacemente tale rischio».

Il considerando n. 56, poi, declina i parametri sulla base dei quali procedere alle "valutazioni individuali", chiarendo che esse «dovrebbero tenere conto delle caratteristiche personali della vittima, quali età, genere, identità o espressione di genere, appartenenza etnica, razza, religione, orientamento sessuale, stato di salute, disabilità, status in materia di soggiorno, difficoltà di comunicazione, relazione con la persona indagata o dipendenza da essa e precedente esperienza di reati». Dovrebbero, altresì, tenere conto «del tipo o della natura e delle circostanze dei reati, ad esempio se si tratti di reati basati sull'odio, generati da danni o commessi con la discriminazione quale movente, violenza sessuale, violenza in una relazione stretta, se l'autore del reato godesse di una posizione di autorità, se la residenza della vittima sia in una zona ad elevata criminalità o controllata da gruppi criminali o se il paese d'origine della vittima non sia lo Stato membro in cui è stato commesso il reato».

Il principio di necessaria individualizzazione delle misure protettive è, poi, ribadito nitidamente nel testo normativo, anche se emerge esplicitamente già dal titolo dell'art. 22, emblematicamente rubricato: "Valutazione individuale delle vittime per individuarne le specifiche esigenze di protezione".

Si tratta di una funzionalizzazione espressa ed inscindibile della prima rispetto alla determinazione delle seconde che fotografa già di per sé il contenuto della disposizione, la quale statuisce che gli Stati membri devono provvedere affinché le vittime siano tempestivamente oggetto di una valutazione individuale, conformemente alle

same di una persona offesa che versa in condizione di particolare vulnerabilità, il giudice, se la persona offesa o il suo difensore ne fa richiesta, dispone l'adozione di modalità protette.

procedure nazionali – ma tenendo conto, in particolare, delle caratteristiche personali della vittima, del tipo o della natura del reato e delle circostanze del reato – per individuare le specifiche esigenze di protezione e determinare se e in quale misura trarrebbero beneficio da misure speciali nel corso del procedimento penale, come previsto a norma degli articoli 23 e 24, essendo particolarmente esposte al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni.

L'art. 22, par. 4 della direttiva, sebbene presuma che i minori vittime di reato abbiano specifiche esigenze di protezione – essendo particolarmente esposti al rischio di vittimizzazione secondaria e ripetuta, di intimidazione e di ritorsioni – stabilisce che per determinare “se” e in quale misura debbano avvalersi delle misure speciali di cui agli articoli 23 e 24, i minori vittime di reato sono (*id est*: “devono essere”) oggetto di una valutazione individuale come previsto nel precedente par. 1, la portata della quale può essere adattata secondo la gravità del reato e il grado di danno apparente subito dalla vittima⁵⁰.

6. La disposizione processuale.

Come già detto, l'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. stabilisce, innanzitutto, che nei procedimenti per i delitti ivi indicati, il pubblico ministero, anche su richiesta della persona offesa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della testimonianza di persona minorenni ovvero della persona offesa maggiorenne, anche al di fuori delle ipotesi previste dal co. 1.

In ogni caso, quando la persona offesa versa in condizione di particolare vulnerabilità, il pubblico ministero, anche su richiesta della stessa, o la persona sottoposta alle indagini possono chiedere che si proceda con incidente probatorio all'assunzione della sua testimonianza.

La seconda parte della disposizione è stata introdotta dall'art. 1, d.lgs. 18 dicembre 2015, n. 212, e, come è facile in primo luogo notare, entrambe le disposizioni normative sono costruite non già rivolgendosi al giudice per le indagini preliminari al fine di imporre lui un obbligo, bensì rivolgendosi ai soggetti legittimati a formulare la richiesta d'incidente probatorio ed al fine di conferire loro una mera facoltà.

La struttura normativa è completamente diversa da quella utilizzata dal legislatore nel medesimo provvedimento normativo allorché, per esempio, si è proposto di disciplinare peculiari profili dell'atto di assunzione di informazioni da parte del pubblico ministero o della polizia giudiziaria.

Difatti, nell'ambito degli artt. 351, co. 1-*ter* e 362, co. 1-*bis* c.p.p., l'innovazione introdotta dal d.lgs. 18 dicembre 2015, n. 212 è strutturata in maniera tale da avere quale

⁵⁰ In linea, dunque, con quanto stabilito da Corte giustizia Unione Europea, Sez. II, 21 dicembre 2011, n. 507 in relazione alla decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/GAI, la quale in ordine alla posizione della vittima nel procedimento penale, ha avuto modo di precisare che non può essere contestato che qualora un bambino “in tenera età” (non qualsiasi minore, dunque) sostenga di essere stato vittima, ripetutamente, di atti di natura sessuale commessi dal padre, questo bambino possa, manifestamente, essere qualificato come persona vulnerabile, tenuto conto, in particolare, della sua età, nonché della natura, della gravità e delle conseguenze dei reati di cui ritiene di essere stato vittima, al fine di beneficiare della tutela specifica richiesta dalle disposizioni della decisione quadro.

destinatario l'autorità procedente, a carico della quale è introdotta una situazione giuridica di "dovere".

Ed è, se si vuole approfondire ulteriormente, diametralmente opposta a quella rinvenibile, per esempio, nell'ambito dell'art. 438 c.p.p., norma la quale, in materia di giudizio abbreviato, attribuisce all'imputato una facoltà (id est: *un diritto*) di richiesta alla quale correla una situazione giuridica di "dovere" in capo all'autorità decidente.

Se in relazione alla prima ipotesi esemplificativa non sfugge che manca la relazione tra organi differenti che determini la necessità di conformare una specifica situazione giuridica, nel secondo caso non può non notarsi che l'obbligo del giudice si correla alla configurazione, sul versante del soggetto attivo, di un vero e proprio diritto soggettivo.

Nel caso che ci occupa la situazione giuridica in capo all'istante è costruita intorno alla figura del potere e, d'altra parte, sebbene potesse pensarsi ad un'impostazione diversa in un contesto di riforma globale del sistema protettivo, la scelta si spiega alla luce, soprattutto, della posizione del pubblico ministero, dal momento che l'evolversi dell'attività investigativa potrebbe prospettare esigenze tali da imporre il mantenimento di uno stato di segretezza degli atti d'indagine incompatibile con l'obbligo di *discovery* - peraltro generale - correlata ad una richiesta ex art. 392, co. 1-*bis* c.p.p.

Se tutto questo è vero, però, non può sottacersi che, come è di tutta evidenza, la soluzione costituisce il prodotto di un giudizio di bilanciamento da cui, alla fine, esce ridimensionato proprio il valore al quale si vorrebbe a tutti i costi attribuire carattere preminente, le esigenze investigative rendendo cedevolissima ogni altra istanza di protezione facente capo a persone vulnerabili, ivi incluse quelle da cui potrebbe scaturire la necessità di una celerissima assunzione di informazioni (art. 362, co. 1-*ter* c.p.p.) e di una acquisizione non reiterata (art. 351, co. 1-*ter* c.p.p.).

Il «dato di inequivoco valore semantico» che le Sezioni unite rinvencono nell'inciso finale dell'art. 392, co. 1-*bis*, prima parte c.p.p. («anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1°») è, dunque: semanticamente tutt'altro che inequivoco e produttivo di una enorme sproporzione rispetto ai prefigurati obiettivi di tutela. Anzi, realizzando l'assoluta abrogazione di qualsiasi potere giudiziale di verifica, esso appare finanche inutile ed a tratti controproducente.

Il significato di quell'inciso - comodamente estraibile dalla disposizione ed in linea con gli *standards* di protezione costituzionalmente e internazionalmente imposti - deve identificarsi correttamente rispetto ai soggetti di riferimento - i soggetti legittimati a proporre la richiesta - ed alla situazione giuridica di riferimento - di potere e non già di dovere - oltre che in relazione alle ipotesi richiamate in funzione escludente, che sono quelle che consentono di acquisire la testimonianza mediante incidente probatorio nei casi ordinari, ossia il fondato motivo di ritenere che la persona non potrà essere esaminata nel dibattimento per infermità o altro grave impedimento ovvero che, in virtù della ricorrenza di elementi concreti e specifici, vi è fondato motivo di ritenere che la persona sia esposta a violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o di altre forme di utilità affinché non deponga o deponga il falso.

Ed infatti, le Sezioni unite stesse si ritrovano nella situazione paradossale di dovere escogitare un meccanismo che attenui i rigori del sistema introduttivo appena ricostruito in termini di "vincolatività", attraverso la creazione di una norma immaginaria tesa a ripristinare il potere valutativo del giudice nel caso in cui l'esame della persona in stato di vulnerabilità non sia "praticabile" per via delle particolari condizioni in cui

si trova il dichiarante – non è un caso, tuttavia, che nel corpo dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. non vi sia una clausola di salvaguardia dello stesso tipo di quella contenuta nell'ambito dell'art. 362, co. 1-*ter* c.p.p. in relazione ad “imprescindibili esigenze di tutela di minori di anni diciotto” – bilanciato però dalla previsione di un obbligo di motivazione rafforzata dell'ordinanza di rigetto, in cui diviene doveroso esporre in maniera puntuale le specifiche ragioni della decisione «per evitare il rischio che le [...] determinazioni [del giudice] possano tradursi in una sostanziale elusione delle indicate presunzioni di legge».

Viene prefigurata, dunque, una situazione del tutto peculiare, in cui da un lato il giudice viene privato del potere di valutare in concreto la ricorrenza della situazione di particolare vulnerabilità, mentre dall'altro viene posto nella condizione di statuire su una sorta di particolare vulnerabilità “rafforzata”, con un provvedimento a sua volta rafforzato nel contenuto motivazionale e dotato di un effetto paralizzante.

Ma il carattere schizofrenico del meccanismo di protezione “corretto” dalla Corte emerge visualizzando il sistema anche sotto un altro profilo.

Ossia: come già detto, l'art. 398, co. 5-*bis* c.p.p. si inserisce a pieno titolo nel sistema di protezione delle vittime vulnerabili, al punto tale che la Suprema Corte, nel dichiarare inammissibile, per carenza di interesse, l'impugnazione con la quale l'imputato abbia a dedurre la violazione delle norme che prescrivono particolari cautele per l'assunzione della prova testimoniale del minore, ha precisato che esse compendiano «modalità previste nell'esclusivo interesse del soggetto debole sottoposto all'audizione, onde salvaguardarne l'integrità fisica e psicologica, ed evitare l'insorgere di fenomeni di vittimizzazione secondaria»⁵¹.

La soluzione fotografa una situazione in cui, come è di tutta evidenza, il perseguimento degli obiettivi di tutela che costituiscono, poi, lo stesso sostrato assiologico del meccanismo introduttivo dell'incidente “speciale” è affidato ad una norma la quale «lascia alla piena discrezionalità dell'organo giurisdizionale la scelta di applicare le misure di protezione, ed eventualmente a quale tipologie ricorrere, tra quelle che comportano deroghe alla disciplina ordinaria in relazione al luogo, ai tempi e alle modalità di svolgimento dell'udienza»⁵².

E dunque, non può escludersi che, con un provvedimento non censurabile, il giudice ritenga che, in concreto, non ricorrano quelle esigenze di protezione che il legislatore, paradossalmente, presume.

Ritenere, come hanno fatto le Sezioni unite, che da quell'inciso finale possa desumersi una inscindibile connessione tra due presunzioni – quella relativa allo *status* di “vittima vulnerabile” e quella concernente l'indifferibilità della prova – con il conseguente obbligo di disporre l'incidente probatorio nell'ambito di determinati procedimenti, costituisce una forzatura che appare abbastanza evidente, portando ad estrarre dalla disposizione un significato che non sembra potersi in alcun modo enucleare anche alla luce della equiparazione che la disposizione stessa pone tra persona

⁵¹ Cass. pen., Sez. III, 11 gennaio 2024, n. 8648.

⁵² M.G. Coppetta, *Il contributo dichiarativo del minorenne nell'incidente probatorio*, cit., 179. V., inoltre, A. Famiglietti, *La testimonianza del minore di sedici anni in incidente probatorio ed il raggiungimento della maggiore età*, cit., 296.

offesa e testimone minorenni, equiparazione non eliminabile se non a seguito di una inammissibile destrutturazione del testo normativo.

Né ad esiti diversi consente di pervenire la relazione intercorrente tra le due parti dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p., la quale non ha altro significato che quello di "liberalizzare" l'incidente probatorio in relazione a tutte le situazioni di particolare vulnerabilità della persona offesa.

Ed infatti, la formula normativa "in ogni caso" figura nell'altra norma modificata dal d.lgs. 18 dicembre 2015, n. 212, ossia l'art. 190-*bis*, co. 1-*bis* c.p.p., con una funzione che non può che essere estensiva dell'ambito applicativo della disposizione precedente.

Tra l'altro, la chiave ermeneutica delle Sezioni unite si scontra con un elemento di insanabile contraddizione se la si colloca proprio all'interno del quadro sistematico che va a comporre insieme all'art. 190-*bis*, co. 1-*bis* c.p.p.

Difatti, combinando le due disposizioni nell'ambito di una lettura univocamente protesa al conseguimento di obiettivi protettivi di soggetti vulnerabili, il sistema disperde irrimediabilmente la propria coerenza interna laddove la presunzione di vulnerabilità della persona offesa maggiorenne finisce inspiegabilmente col deflagrare nel passaggio dalla fattispecie introduttiva dell'incidente probatorio a quella che dovrebbe costituire la barriera protettiva rispetto al pericolo di reiterazione di atti acquisitivi, così come la presunzione si dissolve nei casi di non sovrapposibilità delle ipotesi di reato prese in considerazione dalle due norme.

Per cui, in tutti questi casi, la presunzione di vulnerabilità cede il passo ad un accertamento in concreto ex art. 90-*quater* c.p.p. in relazione ad uno dei passaggi chiave – la previsione di limiti di ammissibilità della prova – del percorso protettivo del dichiarante, potendo il secondo smentire ancora una volta l'astratta ed aprioristica valutazione fondante la prima.

La linea interpretativa seguita dalla Corte di cassazione, oltre a non soffermarsi sulla complessità dell'intervento attuato con il d.lgs. 18 dicembre 2015, n. 212 sul codice processuale, trascura finanche di prendere in considerazione il carattere intimamente contraddittorio e metodologicamente scorretto del processo legislativo di costruzione della situazione normativa patrocinata dalla sentenza in esame, non sfuggendo a nessuno come, ragionando seguendo il percorso delle Sezioni unite, dovrebbe immaginarsi un legislatore bizzarro che dapprima avrebbe introdotto la previsione di carattere speciale che compendia la presunzione di ricorrenza di uno *status* di soggetto vulnerabile e, solo successivamente, quella generale riguardante i casi di vulnerabilità da accertare in concreto.

La chiave di lettura da privilegiare poiché necessaria è, dunque, diversa e, sebbene non vi sia dubbio alcuno circa il fatto che il legislatore avrebbe potuto impegnarsi di più sul piano della forma al fine di prevenire le usuali discrasie proprie dei testi normativi interessati da rimaneggiamenti e sopravvenienze⁵³, essa emerge chiaramente, tra l'altro, dalla lettera dell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. e dalla sistematica delle modifiche codicistiche apportate dal d.lgs. 18 dicembre 2015, n. 212.

⁵³ Lo evidenzia, opportunamente, C. Gabrielli, *Una censura respinta piuttosto agevolmente, una disciplina che resta da rivedere*, in *Giur. cost.*, 2021, I, 94.

La riforma, cioè, ha creato uno statuto processuale della persona offesa vulnerabile del tutto peculiare al fine di realizzare obiettivi di protezione sul duplice versante della genuinità probatoria e della vittimizzazione della persona, innanzitutto delineando la nozione di persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità e configurando uno *status* che va sempre desunto da determinati elementi specifici alla luce anche di altri fattori (sia gli uni che gli altri tipizzati dall'art. 90-*quater* c.p.p.), quindi rimuovendo il limite di ammissibilità dell'incidente probatorio connesso al requisito della indifferibilità della prova (art. 392 c.p.p.) e, infine, ridisegnando in maniera stringente i criteri di ammissibilità della prova, essendo l'esame della persona offesa vulnerabile ammesso solo se riguarda fatti o circostanze diversi da quelli oggetto delle precedenti dichiarazioni ovvero se il giudice o taluna delle parti lo ritengono necessario sulla base di specifiche esigenze (art. 190-*bis* c.p.p.).

Si tratta, in fin dei conti, dell'interpretazione fornita dalla Corte costituzionale allorquando, nel delineare il sistema di protezione equilibrato del testimone vulnerabile, ha chiarito, con una lettura costituzionalmente e anche – visti i copiosi richiami di fonti sovranazionali – convenzionalmente orientata, che l'inciso “anche al di fuori delle ipotesi previste dal comma 1” che figura nell'art. 392, co. 1-*bis* c.p.p. apre le porte di accesso alla procedura incidentale anche «a prescindere dalle condizioni di indifferibilità della prova cui è ordinariamente subordinata la possibilità di una sua assunzione anticipata rispetto alla naturale sede dibattimentale».

7. La parabola dell'immediatezza.

La Corte di cassazione, è evidente, ha assunto una posizione contraddittoria rispetto ad uno dei principi fondamentali del processo accusatorio: proclamato solennemente il ruolo fondamentale del principio di immediatezza, infatti, di esso si proclama allo stesso tempo ed altrettanto solennemente il carattere eternamente soccombente.

Come è noto, tramite il principio di non dispersione probatoria la Corte costituzionale ha, nel corso degli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del nuovo codice processuale, determinato il generale ribaltamento del modello processuale sul terreno della metodologia di formazione della prova, travolgendo in un impeto controriformista i corollari di esso.

La riforma dell'art. 111 Cost. e l'inserimento dei principi del giusto processo – tra essi, il principio del contraddittorio nella formazione della prova – hanno imposto una rinnovata visione costituzionale del processo penale e la Corte costituzionale stessa ne ha tratto – con due decisioni molto lineari e coerenti nelle argomentazioni⁵⁴ – la conclusione fondamentale costituita dal divieto di attribuire valore di prova alle dichiarazioni raccolte unilateralmente dagli organi investigativi.

La Corte ha, innanzitutto e con chiarezza, aderito all'impostazione che intravede nel primo periodo dell'art. 111, co. 4 Cost. una generale regola di esclusione, interdittiva di qualsiasi osmosi tra risultanze investigative e patrimonio probatorio⁵⁵.

⁵⁴ G. SPANGHER, *I limiti al recupero del «precedente» investigativo al vaglio costituzionale del giusto processo*, in *Studium iuris*, 2002, 717.

⁵⁵ C. cost., 14 febbraio 2002, n. 32.

I medesimi concetti sono stati ribaditi, quasi contestualmente, cogliendo l'occasione costituita dall'intervento sul tema delicatissimo delle contestazioni probatorie per rimarcare, con una motivazione «quasi blindata»⁵⁶, l'impermeabilità del dibattimento rispetto al materiale raccolto in assenza della dialettica tra le parti⁵⁷.

Chiuso, con la riforma costituzionale del giusto processo, il versante di scontro con la Corte costituzionale sul terreno dei rapporti tra il dibattimento e la fase investigativa, le sorti dell'immediatezza si sono misurate soprattutto sul fronte, meno blasonato – non è più in gioco, infatti, il contraddittorio – ma egualmente emblematico della disciplina dei meccanismi di rinnovazione del dibattimento in caso di mutamento della persona fisica del giudice.

Sul punto, la premessa di fondo è costituita dal principio sancito nell'art. 525, co. 2 c.p.p., secondo cui «alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento».

Nella sua essenzialità – addirittura presidiata dalla tipologia più grave di nullità prevista dall'ordinamento processuale⁵⁸ – il principio predetto garantisce l'effettività dei principi di oralità e immediatezza⁵⁹, assicurando che «il patrimonio di impressioni e sensazioni acquisito al momento dell'assunzione dei mezzi di prova non vada disperso»⁶⁰.

La norma, la quale conferma la tradizionale regola della immutabilità del giudice già prevista dall'art. 472, co. 2 c.p.p. abr.⁶¹, impone che in caso di mutamento della persona del giudice si proceda alla integrale rinnovazione del dibattimento⁶², sebbene sul versante dinamico e dell'efficacia giuridica i verbali delle dichiarazioni rese nella precedente fase dibattimentale facciano già parte del contenuto del fascicolo per il dibattimento a disposizione del nuovo giudice, dal momento che tale contenuto non è cristallizzato in quello indicato nell'art. 431 c.p.p., ma è soggetto a notevoli variazioni, sia nella fase degli atti preliminari al dibattimento sia, soprattutto, nel corso del dibattimento medesimo, e certamente si arricchisce del verbale delle prove assunte nella pregressa fase dibattimentale, la quale, pur soggetta a rinnovazione a cagione di evenienze che modificano la composizione dell'organo giudicante, conserva comunque il carattere di attività legittimamente compiuta⁶³.

⁵⁶ G. SPANGHER, *I precedenti investigativi discordanti al primo vaglio del «giusto processo»*, in *Giur. cost.*, 2002, 327, il quale ricollega questa caratteristica al fine di non offrire appigli ed anticipazioni a future eccezioni.

⁵⁷ C. cost., 14 febbraio 2002, n. 36.

⁵⁸ Sulla configurazione di siffatta sanzione v., tra gli altri, E. GALLUCCI, *La rinnovazione del dibattimento a seguito di rinnovazione del giudice*, in *Cass. pen.*, 2004, 1446; G. MARTINES, *La rinnovazione delle prove in caso di mutamento del giudice*, in *Cass. pen.*, 2015, 2334.

⁵⁹ F. RIGO, *La sentenza dibattimentale*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, a cura di SPANGHER, MARANDOLA, GARUTI, KALB, II, Milanofiori Assago, 2015, 1434; Id., *La sentenza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, IV, *Procedimenti speciali. Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, t. 2, *Giudizio. Procedimento davanti al tribunale in composizione monocratica*, Torino, 2009, 515.

⁶⁰ A. TAMIETTI, *Il principio dell'immutabilità del giudice nella giurisprudenza europea: divergenze e similitudini con la disciplina interna*, in *Cass. pen.*, 2006, 705.

⁶¹ C. cost., 11 dicembre 2001, n. 399.

⁶² C. cost., 24 gennaio 1994, n. 17. Nonchè, poco dopo, C. cost., 3 aprile 1996, n. 99.

⁶³ C. cost., 24 gennaio 1994, n. 17.

Ed allora, poste le premesse sistematiche di ordine generale, le Sezioni unite della Corte di cassazione⁶⁴ hanno statuito, ponendo un principio che ha orientato le soluzioni in tema di rinnovazione per oltre un ventennio, che è da escludere che quando l'ammissione della prova sia nuovamente richiesta, il giudice che la ammetta ai sensi degli artt. 190 e 495 c.p.p. abbia il potere di disporre la lettura delle dichiarazioni raccolte nel dibattimento precedente alla quale non consentano entrambe le parti, senza previo riesame del dichiarante.

Ma la giurisprudenza, quasi a voler sottolineare che la garanzia presidia la competenza funzionale dei giudici che hanno partecipato al dibattimento – e, quindi, all'istruzione dibattimentale – quali unici legittimati a deliberare la sentenza e che il vizio derivante dalla sua inosservanza risiede in un difetto di legittimazione più che in un limite intrinseco all'attività probatoria, ha messo in rilievo il carattere indefettibile del rapporto che lega rispetto alle prove formate in dibattimento il giudice che è investito della deliberazione, statuendo che l'invalidità di cui all'art. 525, co. 2 c.p.p. non è suscettibile di essere sanata facendo ricorso al c.d. criterio della resistenza, posto che il divieto di deliberare su materiale istruttorio acquisito da un collegio in diversa composizione prescinde dal contenuto e dalla portata del materiale stesso⁶⁵.

La presa di posizione poco indulgente della giurisprudenza di legittimità ha in più occasioni indotto la giurisdizione di merito a chiamare in causa la Corte costituzionale, occasioni rivelatesi assai preziose per ribadire la centralità dell'immediatezza nel processo penale soprattutto rispetto alla marcata cedevolezza del principio di ragionevole durata.

Ed infatti, la Corte costituzionale ha, già a ridosso della modifica dell'art. 111 Cost., riconosciuto che l'art. 525, co. 2 c.p.p. conferma la tradizionale regola della immutabilità del giudice, attraverso la quale trova attuazione il principio di immediatezza, definito come “connaturale alla stessa essenza del processo”⁶⁶.

Poco più tardi, la stessa Corte ha avuto modo di ribadire che al principio di immediatezza – di cui la tradizionale regola dell'immutabilità del giudice rappresenta lo strumento attuativo – ispira l'impianto del codice di rito e, con un'affermazione da non sottovalutare, ha statuito che esso “garantisce” il diritto della parte che chiede la rinnovazione dell'esame del dichiarante «all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere»⁶⁷.

Come può notarsi, il salto di qualità nella sistematizzazione del principio è notevole dal momento che l'immediatezza viene concepita non più, e semplicemente, come un canone ispiratore del modello processuale, bensì come fonte di un diritto delle parti che, rispetto all'imputato, risulta finanche rafforzato dal raccordo con la garanzia prevista dall'art. 111, co. 3 Cost., nella parte in cui riconosce alla persona accusata di un reato la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che

⁶⁴ Cass. pen., Sez. un., 15 gennaio 1999, Iannasso.

⁶⁵ Cass. pen., Sez. VI, 11 dicembre 2014, n. 672.

⁶⁶ C. cost., 11 dicembre 2001, n. 399.

⁶⁷ C. cost., 9 marzo 2007, n. 67. Lo stesso principio era stato enunciato da C. cost., 23 dicembre 2004, n. 418, secondo la quale «la parte che chiede la rinnovazione della prova esercita il proprio diritto, garantito dai principi di oralità e immediatezza che connotano il codice di rito, all'assunzione della prova davanti al giudice chiamato a decidere».

rendono dichiarazioni a suo carico e di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa⁶⁸.

Una sistematizzazione significativa, quest'ultima, espressione di una svolta culturale epocale che, se si vuole considerare di per sé non ancora sufficiente a fare ritenere costituzionalizzato il principio di immediatezza⁶⁹ – difficile affermarlo, però, se si tiene conto del fatto che la Corte costituzionale ha anche chiarito che il principio di ragionevole durata del processo deve essere temperato con il complesso delle altre garanzie costituzionali rilevanti nel processo penale, garanzie la cui attuazione positiva il legislatore «avrebbe inteso operare [...] tramite la previsione di un regime allineato al principio di immediatezza»⁷⁰ – certamente lo dota di una forza di resistenza capace di sottrarlo a spinte centrifughe determinate da esigenze di mera speditezza processuale.

Sotto questo punto di vista, è ben vero che la Corte costituzionale ha riconosciuto che il diritto della parte alla nuova audizione non è assoluto, ma “modulabile” – entro limiti di ragionevolezza – dal legislatore in modo da predisporre «presidi normativi volti a prevenir[ne] il possibile uso strumentale e dilatorio»⁷¹, ma è la stessa Corte a delineare i confini di un ipotetico intervento legislativo chiarendo che «il riesame del dichiarante, in presenza di una richiesta di parte, continui a rappresentare la regola»⁷².

E non si tratta, si badi bene, di una regola qualsiasi, ma di una regola che per la Corte costituisce «uno dei profili del diritto alla prova, strumento necessario del diritto di azione e di difesa, da riconoscere lungo l'arco di tutto il complesso procedimento probatorio, quale diritto alla ricerca della prova, alla sua introduzione nel processo, alla partecipazione diretta alla sua acquisizione davanti al giudice terzo e imparziale, da ultimo alla sua valutazione ai fini della decisione da parte dello stesso giudice»⁷³.

Ed allora, il quadro che viene fornito dalla giurisprudenza costituzionale delinea le forme di un principio di rango “quasi” costituzionale, la cui forza attinge a piene mani

⁶⁸ C. cost., 10 giugno 2010, n. 205. La sentenza richiama, altresì, quanto reiteratamente affermato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in relazione all'omologa previsione dell'art. 6, par. 3 lett. d), della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata con l. 4 agosto 1955, n. 848 e, cioè, che la possibilità per l'imputato di confrontarsi con i testimoni in presenza del giudice che dovrà poi decidere sul merito delle accuse costituisce una garanzia del processo equo, in quanto permette a quest'ultimo di formarsi un'opinione circa la credibilità dei testimoni fondata su un'osservazione diretta del loro comportamento; con la conseguenza che ogni mutamento di composizione dell'organo giudicante deve comportare, di norma, una nuova audizione del testimone le cui dichiarazioni possano apparire determinanti per l'esito del processo. Vengono richiamate, a tale proposito, C. EDU, 27 settembre 2007, Reiner e altri contro Romania; C. EDU, 30 novembre 2006, Grecu contro Romania; C. EDU, 10 febbraio 2005, Graviano contro Italia; C. EDU, 4 dicembre 2003, Milan contro Italia; C. EDU, 9 luglio 2002, P. K. contro Finlandia.

⁶⁹ Di diverso avviso, invece, M. DANIELE, *Le “ragionevoli deroghe” all'oralità in caso di mutamento del collegio giudicante: l'arduo compito assegnato dalla Corte costituzionale al legislatore*, in *discrimen*, 14 giugno 2019, 4.

⁷⁰ C. cost., 30 luglio 2008, n. 318.

⁷¹ C. cost., 10 giugno 2010, n. 205, la quale richiama, in particolare, C. cost., 30 luglio 2008, n. 318 e C. cost., 9 marzo 2007, n. 67.

⁷² C. cost., 10 giugno 2010, n. 205.

⁷³ C. cost., 10 giugno 2010, n. 205.

ai paradigmi del giusto processo e ne rende intangibile il nucleo essenziale, ferma rimanendo la possibilità che il legislatore – e soltanto lui – possa modellarne i contorni mediante interventi finalizzati a prevenire modalità abusive di utilizzo dei diritti individuali che esso presidia.

La linea costituzionale volta ad assicurare una copertura di rango quasi massimo al principio di immediatezza ha trovato elementi di conferma proprio nelle sentenze che hanno esaminato il profilo costituito dagli ambiti operativi della fattispecie introduttiva dell'incidente probatorio, occasioni in cui la Corte, come si è già visto, non si è mai spinta fino al punto di evocare la necessità costituzionale di rigidi automatismi rispetto alle ipotesi di coinvolgimento di specifiche figure soggettive.

La visione delle Sezioni unite, invece, è diversa ed è emersa in più occasioni negli ultimi anni: come già detto, essa riconosce la valenza di principio ad un valore destinato, però, a “cedere sempre” allorché immesso all'interno di percorsi interpretativi ispirati a logiche di bilanciamento.

La questione della rinnovazione del dibattimento per effetto del mutamento della persona fisica del giudice, è stato evidenziato, «al di là dei profili pratici e operativi, sottende significative e profonde questioni dogmatiche, con conseguenti diversificati approcci culturali e di sistema»⁷⁴ e la notissima e più recente presa di posizione della Corte di cassazione sul tema⁷⁵, tesa a valorizzare le disfunzioni del processo per privilegiare la lettura alla riassunzione, è emblematica di un mutamento di prospettiva radicale sulla questione centrale costituita non solo (e non tanto) dai meccanismi di gestione dell'evenienza costituita dal mutamento della composizione personale dell'organo giudicante, ma dal ruolo che nel sistema processuale si intende attribuire al valore dell'oralità-immediatezza.

E la Suprema Corte, come è evidente, non vi attribuisce alcun ruolo, come confermato dall'innovata strutturazione del modello introduttivo dell'incidente probatorio, il quale si pone come soluzione assolutamente sproporzionata rispetto alla finalità di tutela di persone che, in concreto, non presentano elementi di debolezza e non esprimono esigenze di protezione.

Sono i tratti di una tendenza, questi, che consentono di ribadire, ancora una volta, che la primavera dell'immediatezza, tanto cara al nuovo codice e, dopo non poche traversie, in qualche modo apprezzata dalla Corte costituzionale, volge al termine.

⁷⁴ G. SPANGHER, *Sentenza Bajrami, il nuovo dibattimento nel solco delle divisioni*, in *Guida al dir.*, 2019, 47, 13.

⁷⁵ Il riferimento è, ovviamente, a Cass. pen., Sez. un., 10 ottobre 2019, Bajrami.

LA CONFISCA DI PREVENZIONE E TUTELA DEL TERZO: RIFLESSIONI ALLA LUCE DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

Giulia Rizzo Minelli*

Sommario: **1.** Premessa introduttiva. - **2.** La confisca di prevenzione: un inquadramento generale tra logica preventiva e funzione sanzionatoria. - **3.** La figura del terzo intestatario del bene oggetto di confisca di prevenzione: incertezze e prassi applicative. - **4.** Sulla possibilità per il terzo di contestare la pericolosità sociale del proposto: una recente decisione della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite. - **5.** Il delicato equilibrio tra la sentenza delle Sezioni Unite n. 3055/2025 e le recedenti affermazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella causa *Isaia c. Italia*. - **6.** Qualche considerazione di sintesi.

ABSTRACT

Il presente contributo intende prendere in considerazione la misura della confisca di prevenzione, prevista nel D. Lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia), nei casi in cui siano oggetto di ablazione beni formalmente intestati a soggetti terzi. In particolare, partendo da un'analisi sistematica del quadro normativo interno, il contributo intende soffermarsi, alla luce della più recente giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, tanto alla recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (sent. 30355/2025), quanto alla decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo con riferimento alla causa *Isaia c. Italia* (25 settembre 2025).

Entrambe le pronunce, infatti, prendono in considerazione i casi in cui la confisca di prevenzione abbia ad oggetto beni di terzi soggetti, presentando attenzione alle tensioni tra la qualificazione della confisca di prevenzione, quale misura formalmente non penale e gli effetti sostanzialmente afflittivi che essa comporta e prendendo in considerazione anche profili di compatibilità della misura con i principi convenzionali, come recentemente ribaditi dalla Corte di Strasburgo.

The present article aims to examine the measure of preventive confiscation, provided for under Legislative Decree No. 159/2011 (the so-called AntiMafia Code), in cases where assets formally registered in the name of third parties are subject to ablation. In particular, starting from a systematic analysis of the domestic legal framework, the paper focuses – also in light of the most recent national and supranational case law – both on the recent judgment of the Supreme Court of Cassation sitting in United Sections (Judgment No. 30355/2025), and on the decision of the European Court of Human Rights in the case of Isaia v. Italy (25 September 2025).

Both rulings address situations in which preventive confiscation concerns assets belonging to third parties, highlighting the tensions between its formal classification as a noncriminal measure and the substantially afflictive effects it entails. They also consider issues of compatibility of the measure with conventional principles, as recently reaffirmed by the Strasbourg Court.

* Dottore di ricerca in Diritto penale Università di Bologna - Alma Mater Studiorum - Assegnista di ricerca in Diritto penale nell'Università di Bologna.

1. Premessa introduttiva.

Sempre più di frequente, nell'odierno sistema delle misure di contrasto alla criminalità organizzata, la **confisca di prevenzione** viene chiamata ad occupare una posizione centrale¹. Inserita nell'ordinamento italiano come strumento volto a colpire i patrimoni illeciti accumulati al di fuori di un accertamento penale in senso stretto, quale misura *ante delictum* di natura amministrativa, essa, in realtà, ha progressivamente assunto connotati del tutto differenti da quelli che inizialmente ne avevano ispirato l'introduzione, fino ad avere tratti peculiari ed a presentarsi come una misura di natura patrimoniale, formalmente preventiva, ma negli effetti sanzionatoria e ripristinatoria, finalizzata ad incidere in modo significativo sulla sfera giuridica del destinatario.

Se le esigenze legate alla effettiva perimetrazione della misura si manifestano con evidenza nel caso in cui oggetto di ablazione sia un bene direttamente intestato al proposto, destinatario del procedimento di prevenzione, esse si amplificano, e si mostrano maggiormente evidenti, quando i beni confiscati sono di un soggetto terzo. Trattasi dei casi in cui vengono sottoposti a sequestro ed a confisca di prevenzione beni formalmente intestati a terze persone, in ragione della ritenuta presenza del bene nella disponibilità effettiva del proposto.

In questi casi, cioè, si ritiene che il patrimonio sia stato acquistato dal terzo solo in modo fittizio, in un periodo in cui la pericolosità sociale del proposto era ancora attuale, e che si tratti, quindi, di beni verosimilmente ottenuti attraverso il reimpiego dei proventi dei reati a lui attribuiti

In questo contesto, connotato da intrinseca mutevolezza e da frequenti oscillazioni applicative, anche la giurisprudenza, nazionale e sovranazionale, ha cercato di bilanciare l'esigenza di efficienza nella lotta alla criminalità con la salvaguardia dei diritti

¹ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, *passim*; *Id.*, *La lotta contro l'accumulazione di profitti illeciti: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 541 ss.; *Id.*, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in S. MAZZARESE - A. AIELLO (a cura di), *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Milano, 2010, 187 ss.; *Id.*, *La confisca misura di prevenzione ha natura "oggettivamente sanzionatoria" e si applica il principio di irretroattività: una sentenza "storica"?*, in *Dir. Pen. Cont. - Riv. Trim.*, 4, 2013, 352 ss. Sull'argomento, anche D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, *passim*; F. CONSULICH, *Le misure di prevenzione personali tra Costituzione e Convenzione*, in *www.lalegislazionepenale.eu*, 18.03.2019; M. FATTORE, *Il sistema delle misure di prevenzione: un'introduzione possibile*, in *Sistema penale*, 1 luglio 2024; G. FRANCOLINI, *La prova nel procedimento di prevenzione: identità, alterità o somiglianza con il processo penale?*, in *Sistema penale*, n. 10/2020, 5 ss.; F.P. LASALVIA, *La prevenzione ragionevole. Le misure di prevenzione personali tra legalità e proporzionalità*, Roma, 2022; A. MANNA, *Natura giuridica delle misure di prevenzione: legislazione, giurisprudenza, dottrina*, in *Arch. pen.*, 3/2018, 2 ss.; *Id.*, *I rapporti tra misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Arch. pen.*, 1/2021; R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *Discrimen*, 3 settembre 2018; L. PASCULLI, *Le misure di prevenzione del terrorismo e dei traffici criminali internazionali*, Padova, 2012; M. PELISSERO, *Le misure di prevenzione*, in *Discrimen*, 13 febbraio 2020; O. STRADAIOLI, *Le misure di prevenzione*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola positiva e sistema penale. Quale eredità?*, Trieste, 2012, 119 ss.; E. ZUFFADA, *Pene sostitutive e misure di prevenzione: interferenze senza disciplina*, in *Sistema penale*, 1/2025, 165 ss.; A. ABUKAR ALI, *La confisca di "prevenzione" che ha smarrito la sua funzione preventiva*, in *Penale - Diritto e Procedura*, 9 maggio 2025.

fondamentali degli individui, di matrice anche convenzionale². A questo proposito, è stata, in particolare, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ad aver sollecitato nelle proprie decisioni una riflessione approfondita sulla natura effettiva della confisca di prevenzione, come evidenziato da recenti pronunce dei giudici di Strasburgo. Trattasi, invero, di decisioni che hanno posto in luce le criticità derivanti dall'applicazione sempre più frequente di una misura ablatoria reale in assenza di una condanna penale, sollevando rilevanti interrogativi in ordine alle garanzie costituzionali ed alla compatibilità della misura, sempre più connotata da natura afflittiva-sanzionatoria, con i parametri convenzionali europei.

Orbene, se questo è il contesto di riferimento, con il presente contributo si intende approfondire la specifica questione relativa alla confisca di beni formalmente intestati a soggetti terzi, nei casi in cui questi ultimi siano chiamati a dimostrarne l'effettiva titolarità, nonché la legittima provenienza delle risorse impiegate per l'acquisto.

Saranno oggetto di specifico approfondimento, quindi, sia la sentenza n. 30355/2025 resa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, sia la decisione *Isaia c. Italia* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

2. La confisca di prevenzione: un inquadramento generale tra logica preventiva e funzione sanzionatoria.

L'allontanamento più incisivo dallo schema classico della confisca è rappresentato dalla confisca di prevenzione (o per sproporzione *ante delictum*)³. Trattasi di misura basata su di una presunzione di illecita accumulazione di capitali desunta, dalla sproporzione di valori rispetto al reddito o alla attività economica svolta, di cui il soggetto non riesce a fornire spiegazione.

La confisca di prevenzione, che ha visto la propria introduzione nell'ordinamento italiano ad opera della Legge 646/1982 (c.d. Rognoni-La Torre), era inizialmente uno strumento strettamente legato alla pericolosità sociale del soggetto proposto⁴. La

² F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione e la compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2017; A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge"*, ma una rondine non fa primavera, in *Dir. pen. cont.*, 6 marzo 2017. Cfr., altresì, F.P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Arch. pen.*, 2/2017; A. ABUKAR HAYO, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione a confronto: l'incerta linea di discriminazione tra la sanzione del passato e la prevenzione del futuro, nell'ottica del diritto interno e del diritto sovranazionale*, in *Arch. pen.*, 3/2017; A. TARALLO, *CEDU e misure di prevenzione: un primo bilancio in vista del controllo sull'esecuzione della sentenza De Tommaso*, in *Arch. pen.*, 2/2020.

³ D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit.; Id., *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2019, 2 ss.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012, 19 ss.

⁴ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., *passim*; A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 291 ss.; G. FIANDACA - C. VISCONTI, *Presupposti teorici e politico-criminali di un modello europeo di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in V. MILITELLO - B. HUBER (a cura di), *Towards a european criminal law against organised crime*, Freiburg, 2001, 221 ss.; V. MAIELLO, *La prevenzione ante delictum: lineamenti generali*, in V. MAIELLO (a cura di), *La legislazione penale in*

misura patrimoniale della confisca, con questa iniziale formulazione, poteva, quindi, essere applicata solo in dipendenza di una misura personale applicata ad un soggetto ritenuto pericoloso. Successivamente, a seguito di alcune riforme occorse negli anni 2008⁵ e 2009⁶, e, poi, con il D.Lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia), agli artt. 16 e ss., in applicazione del principio della cosiddetta “disgiunzione”, è stato previsto, che la confisca di prevenzione possa essere disposta anche in assenza di una misura personale nei confronti del proposto, nonché, persino, successivamente al suo decesso⁷.

Già a seguito di questi interventi normativi, le finalità eminentemente preventive sottese all'istituto della confisca hanno progressivamente subito un'attenuazione, lasciando emergere profili di natura sanzionatoria, essendo venuto meno il legame con la pericolosità attuale del proposto, permettendo l'ablazione di beni appartenenti a soggetti per i quali è stata formulata una valutazione favorevole o che non sono mai stati indiziati⁸.

È, così, stato progressivamente spostato il baricentro dell'istituto: da una logica preventiva, fondata su un giudizio prognostico, a una logica reattiva, incentrata sulla presunzione che il bene sia frutto di attività illecite.

Questo mutamento di prospettiva, in realtà, era stato ben evidenziato già poco tempo l'introduzione del D.Lgs. 159/2011, in alcune significative pronunce e, in particolare, in una decisione delle Sezioni Unite dalla Corte di Cassazione nella nota vicenda “Spinelli”⁹. Già in quell'occasione, infatti, i giudici di legittimità avevano ritenuto legittima l'estensione dell'ambito operativo della confisca anche a soggetti

materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, diretto da F.C. Palazzo, C.E. Paliero, vol. XII, Torino, 2015, 302 ss.

⁵ Per più diffuse considerazioni, si rinvia a F. RAPINO, *La modernizzazione delle misure di prevenzione. Riflessioni a margine dell'applicazione di misure personali e patrimoniali all'evasore socialmente pericoloso*, in *Dir. Pen. cont.*, 26 marzo 2013.

⁶ Per maggiori considerazioni, si rinvia, a F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo “statuto” della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Dir. Pen. cont.*, 26 maggio 2014. Cfr. anche A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., 155 ss.; A. GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistemico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il “pacchetto sicurezza”*, a cura di F. CASSANO, Roma, 2009, 133 ss.

⁷ Articolo 18, commi 1 e 2: «1. *Le misure preventive relative alle persone e ai beni possono essere richieste e applicate separatamente e, per quanto riguarda le misure preventive relative ai beni, indipendentemente dal pericolo per la società rappresentato dalla persona in questione al momento della richiesta. 2. Misure preventive in materia patrimoniale possono essere imposte anche in caso di decesso della persona in questione. In tal caso, il procedimento prosegue nei confronti degli eredi o, comunque, degli aventi causa.*».

⁸ Il richiamo è, in particolare, all'orientamento giurisprudenziale che, già a metà degli anni '90, infatti, giustificava l'operatività della misura nei confronti degli eredi del proposto riconoscendone una natura (non preventiva bensì) di *tertium genus* dettata dalla peculiare strumentalità all'eliminazione dei beni provenienti da attività criminali dal tessuto dell'economia lecita. Oggi la questione è stata superata a seguito dell'introduzione dell'art. 18 del D.Lgs. 159/2011.

⁹ Cass. pen., sez. un., sent. 26 giugno 2014 (depositata il 2 febbraio 2015), n. 4880. Per un commento alla decisione, si rinvia a F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo “statuto” della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, cit.; FR. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015, 230 ss.

qualificabili come “comunemente pericolosi”, ossia non necessariamente indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, ma comunque rientranti tra i potenziali destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali. Tale interpretazione ha consentito ai giudici di rilevare che lo scopo della misura è quello di neutralizzare i vantaggi ottenuti mediante l'attività criminosa, anche a discapito del soggetto terzo, chiamato a dimostrare la presenza del requisito della “buona fede” rispetto all'acquisizione del bene oggetto di ablazione.

La confisca anche di prevenzione, così dilatata nella propria funzione, sarebbe comunque “giustificata”, in quanto strumento volto al ripristino della legalità economica. Questa interpretazione, inoltre, ha consentito di rilevare che il presupposto giustificativo della confisca di prevenzione risiede nella «ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecite»¹⁰.

Tale evoluzione interpretativa ha progressivamente affievolito il nesso logico che dovrebbe, invece, sussistere tra prevenzione e pericolosità, che non costituisce più il fulcro dell'istituto: nel momento in cui la misura, anziché proiettarsi verso la prevenzione di un danno futuro, trova fondamento in condotte “passate”, viene meno la connotazione tipicamente preventiva che dovrebbe contraddistinguerla e si accentua, invece, la sua dimensione sanzionatoria¹¹. La confisca di prevenzione, così interpretata, perde progressivamente la sua natura di strumento di contenimento di una minaccia potenziale, per assumere connotati diversi, quale reazione dell'ordinamento a un danno già verificatosi – ancorché presunto – fondato sulla presunzione che il bene costituisca il provento di un illecito e che, pertanto, debba essere neutralizzato attraverso l'ablazione¹².

La confisca di prevenzione è così diventata un *tertium genus*: una misura, cioè, né con funzione pienamente sanzionatoria, né propriamente preventiva, ma avente natura “para-sanzionatoria” e “para-preventiva”. La confisca non si configura più come strumento di prevenzione volto a neutralizzare un pericolo futuro, bensì come risposta repressiva a un illecito pregresso, ancorché non accertato in sede penale, con evidenti ricadute sul piano dei principi di legalità, colpevolezza e personalità della responsabilità¹³.

Questa trasformazione, così brevemente descritta, oltre ad aver caratterizzato l'evoluzione dell'istituto, ha, contestualmente, sollevato interrogativi sulla natura giuridica della confisca di prevenzione: se essa incide su una responsabilità giuridica pre-

¹⁰ Così sempre FR. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura*, in *Dir. pen. cont.*, 4/2015, 230 ss.

¹¹ F. PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Discrimen*, 12 settembre 2018, richiamato anche da A. ABUKAR ALI, *La confisca di “prevenzione” che ha smarrito la sua funzione preventiva*, cit.

¹² A. ABUKAR ALI, *La confisca di “prevenzione” che ha smarrito la sua funzione preventiva*, cit.

¹³ S. FINOCCHIARO, *Confisca di prevenzione e civil forfeiture: alla ricerca di un modello sostenibile di confisca senza condanna*, Milano, 2022, 427 ss.; F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca “di prevenzione” nell'ordinamento italiano*, in C.E. PALIERO - F. VIGANÒ - F. BASILE - G.L. GATTA (a cura di), *La pena, ancora. Fra attualità e tradizione - Studi in onore di Emilio Dolcini*, II, Milano, 2018, 903 ss.; T. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, 390 ss.; A. COSTANTINI, *La confisca nel diritto della prevenzione*, Torino, 2022, 371 ss.

sunta e mira a eliminare gli effetti di un fatto *contra ius*, allora diventa più evidente la funzione sanzionatoria che la contraddistingue, anche se non penale in senso stretto, quantomeno inquadrabile nel concetto di *matière pénale* elaborato dalla Corte EDU partendo dalla nota sentenza *Engel*.

La confisca di prevenzione, pertanto, anche alla luce della recente decisione della Consulta n. 24/2019, che ne ha affermato la natura ripristinatoria, negandone – di conseguenza – «la natura sostanzialmente sanzionatorio-punitiva» e privandola dello «statuto costituzionale e convenzionale delle pene» o meglio della «materia penale» nell'accezione ampia riconosciuta dalla Corte Edu», si presenta oggi come un istituto giuridico atipico, difficile da collocare con precisione nel quadro normativo nazionale e sovranazionale ed in cui la funzione ripristinatoria è divenuta il principale argomento giustificativo¹⁴. Tale misura si distingue anche rispetto alla confisca senza condanna disciplinata dalla Direttiva 2024/1260/UE, la quale, pur prescindendo da una condanna definitiva, richiede comunque l'esistenza di un principio di prova della responsabilità del soggetto destinatario della misura ablativa¹⁵.

¹⁴ A.M. MAUGERI - P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (c. cost. 24/2019)*, in *Sistema Penale*, 2019, *passim*; D. PIVA, *Misure di prevenzione - Corte cost., n. 24 del 2019*, in *Arch. Pen.*, *passim*; S. APRILE, *La Corte costituzionale "riscrive" la disciplina delle misure di prevenzione "generiche" per garantire maggiore determinatezza nei loro presupposti applicativi e negli effetti penalistici della violazione delle relative prescrizioni*, in *Cass. pen.*, 5-6, 2019, 1886; G.P. DOLSO, *Le misure di prevenzione personali prima e dopo la sentenza n. 24/2019 della Corte costituzionale: passi avanti e problemi aperti*, in *Giur. Cost.*, 3, 2019, 1867; *Id.*, *La Corte costituzionale fa i conti con la giurisprudenza Edu in materia di misure di prevenzione*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2019, 691; S. FINOCCHIARO, *Due pronunce della Corte costituzionale in tema di principio di legalità e misure di prevenzione a seguito della sentenza De Tommaso della Corte EDU*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019; G. LA CORTE, *La disciplina delle misure di prevenzione, tra passato e presente, al vaglio (nuovamente) della Corte Costituzionale*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2019, n. 6; V. MAIELLO, *La prevenzione 'ante delictum' da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2019, n. 1, 332; *Id.*, *Gli adeguamenti della prevenzione 'ante delictum' nelle sentenze costituzionali nn. 24 e 25*, in *Dir. Pen. e Proc.*, 1, 2020, 107; E. MALFATTI, *La Cedu come parametro tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in www.gruppodipisa.it, 3, 2019; A. MARANDOLA, *La Corte costituzionale definisce lo statuto di garanzia di (alcuni) presupposti delle misure di prevenzione*, in *Studium iuris*, 11, 2019, 1294; F. MAZZACUVA, *L'uno-due dalla Consulta alla disciplina delle misure di prevenzione: punto di arrivo o principio di un ricollocamento sui binari costituzionali?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2, 2019, 987; P. OCCHIPINTI, *Sul diritto penale della prevenzione: nuovi orizzonti e limiti applicativi*, in www.giurisprudenzapenale.com, 1, 2019.

¹⁵ *Ex multis*, S. FINOCCHIARO, *La nuova direttiva dell'unione europea in materia di sequestro e confisca*, in *Sistema Penale*, 6 giugno 2024; F. TOFFERN, *La nuova Direttiva 2024/1260/UE riguardante il recupero e la confisca dei beni: brevi considerazioni di carattere comparativoconcettuale a fronte delle persistenti ambizioni di introduzione di una confisca senza condanna eurounitaria*, in *Arch. Pen.*, 1, 2025.

3. La figura del terzo intestatario del bene oggetto di confisca di prevenzione: incertezze e prassi applicative.

La confisca di prevenzione può avere ad oggetto l'acquisizione di beni formalmente intestati a terzi, in ragione della ritenuta sussistenza di una loro effettiva disponibilità in capo al proposto; in questo caso, in un sistema già segnato da crescente instabilità, si appalesa un ulteriore rischio di dubbia legittimità costituzionale dell'intero impianto.

In particolare, infatti, a differenza della confisca senza condanna prevista dalla Direttiva europea 2024/1260, che richiede un principio di prova giudiziale della responsabilità¹⁶, la confisca di prevenzione di cui al D.Lgs. 159/2011 può colpire anche soggetti assolti o terzi, senza che vi sia stato alcun accertamento giudiziario del fatto illecito. E se, in tal modo, però, v'è il rischio di fondare l'ablazione patrimoniale su un semplice sospetto, espresso da un'autorità amministrativa, e validato dal giudice senza una verifica effettiva del presupposto, maggiori problematiche si riscontrano con riguardo alla figura del soggetto terzo.

Il soggetto terzo, in particolare, può essere coinvolto nel procedimento non in quanto portatore di pericolosità sociale, ma per il fatto di risultare intestatario, proprietario o comproprietario di beni che si sospetta siano nella disponibilità effettiva del proposto.

È pacifico che la misura di prevenzione, pur rivolgendosi al patrimonio del proposto, può esplicare la propria funzione anche in riferimento al patrimonio di un soggetto terzo, estraneo alle motivazioni del provvedimento principale. L'art. 23 del D.Lgs. 159/2011, a questo riguardo, prevede che il terzo possa partecipare all'udienza fissata per la camera di consiglio qualora risulti proprietario o comproprietario di beni sottoposti a sequestro, oppure vanti su tali beni diritti reali o personali di godimento. Qualora riesca a dimostrare la propria assoluta "buona fede" e l'"incolpevole affidamento", il terzo ha diritto a un indennizzo per essere stato coinvolto nel procedimento di prevenzione. L'art. 5, comma 1, del D.L. 8 aprile 2020 n. 23, ha poi introdotto, all'art. 104-bis.1-quinquies delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, l'obbligo di citazione di tutti i terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo.

A questo proposito, una recente sentenza della Corte di Cassazione ha chiarito che «l'art. 104-bis disp. att. cod. proc. pen. è una disposizione speciale applicabile esclusivamente ai casi di sequestro finalizzato alla confisca di prevenzione di cui al D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice Antimafia), e non può essere estesa analogicamente ad altri istituti, come il sequestro finalizzato alla confisca diretta o per equivalente»¹⁷. Qualora sia stato escluso dalla procedura di prevenzione, la Corte di Cassazione ha poi stabilito che «il terzo, rimasto estraneo al processo e formalmente proprietario del bene già sottoposto a sequestro, può chiedere al giudice della cogni-

¹⁶ Per un commento alla direttiva, A.M. MAUGERI, *La nuova direttiva 2024/1260 e la confisca dei beni: un complessivo sforzo di armonizzazione per la lotta al crimine organizzato e all'infiltrazione criminale nell'economia*, in *Sistema Penale*, 30 dicembre 2024.

¹⁷ In questo senso, Cass. pen., sez. VI, sent. 10 luglio 2019, n. 30422.

zione, prima che la sentenza diventi irrevocabile, la restituzione del bene e, in caso di diniego, proporre appello dinanzi al tribunale del riesame»¹⁸.

Nella medesima pronuncia, la Corte ha inoltre affermato che «lo strumento dell'incidente di esecuzione, cui il terzo può ricorrere solo dopo la pronuncia della sentenza di primo grado, è per sua natura inidoneo a garantire la piena tutela dei diritti difensivi. Esso, infatti, consente solo in via mediata l'esercizio del diritto alla prova da parte del soggetto istante, risultando inevitabilmente condizionato dalla decisione irrevocabile già intervenuta»¹⁹.

In conformità alla regola del doppio binario ed ai principi sanciti dall'art. 7 della CEDU, il procedimento di prevenzione non è influenzato da quello penale e, di conseguenza, il terzo deve essere posto nelle condizioni di partecipare al procedimento di prevenzione, indipendentemente dalla sua conoscenza o partecipazione al giudizio di merito.

In ogni caso, il terzo dovrà sempre dimostrare la propria effettiva titolarità e/o disponibilità del bene, dal momento dell'acquisto fino all'adozione della misura, provando l'assoluta estraneità dell'indagato rispetto al bene stesso.

Nei casi in cui si ipotizza una intestazione fittizia, cioè un trasferimento simulato del bene dal proposto al terzo, la posizione di quest'ultimo si complica ulteriormente. L'art. 26 del Codice Antimafia prevede che, in presenza di atti simulati, il giudice possa dichiararne la nullità. Il terzo, in tal caso, non può rivendicare il bene se non dimostrando di averlo acquisito in buona fede e con risorse lecite, senza alcun intento di eludere la funzione preventiva della confisca.

Resta, inoltre, una questione controversa quella relativa alla legittimazione del terzo a contestare non solo la legittimità della misura di prevenzione, ma anche la sussistenza dei presupposti che ne giustificano l'applicazione.

Questa possibilità è stata oggetto di recenti pronunce, sia a livello nazionale che sovranazionale, le quali hanno contribuito a delineare i confini applicativi della confisca di prevenzione nei confronti del terzo, nonché a precisare la portata dell'onere probatorio gravante su quest'ultimo.

4. Sulla possibilità per il terzo di contestare la pericolosità sociale del proposto: una recente decisione della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite.

Con riguardo al ruolo del soggetto terzo nel procedimento di prevenzione ed alla possibilità per il medesimo soggetto di contestare i presupposti applicativi della misura, una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, depositata in data 17 settembre 2025²⁰, ha risolto questo contrasto interpretativo. Le Sezioni Unite, infatti, sono state chiamate a pronunciarsi sulla controversa questione dell'ampiezza dei poteri riconosciuti al terzo, destinatario di una confisca di prevenzione avente ad oggetto beni ritenuti fittiziamente intestati, essendo state investite della seguente questione: «Se, in caso di confisca di prevenzione avente ad oggetto beni ritenuti

¹⁸ In questo senso, Cass. pen., sez. un., sent. 20 luglio 2017, n. 48126.

¹⁹ Vedi, sempre, Cass. pen., sez. un., sent. 20 luglio 2017, n. 48126.

²⁰ In questo senso, Cass. pen. sez. VI, sent. 5 settembre 2025, n. 30355.

fittiziamente intestati a un terzo, quest'ultimo sia legittimato e/o abbia interesse a contestare i presupposti per l'applicazione della misura nei confronti del proposto, quali la condizione di pericolosità, la sproporzione fra il valore del bene confiscato e il reddito dichiarato, nonché la provenienza del bene stesso».

La questione era stata inizialmente assegnata per la trattazione alla quinta sezione della Corte di Cassazione.

La vicenda *sub iudice* può essere così riassunta: il Tribunale di Bari, prima, e la Corte di Appello di Bari, poi, con rispettivi decreti, ai sensi dell'art. 18, comma 1, D. Lgs. 159/2011, avevano disposto la confisca dei beni nei confronti del proposto e di soggetti terzi (coniuge, figlio e fratello del proposto), ritenuti intestatari fittizi, rilevando la pericolosità sociale del proposto ex artt. 1, lett. b) e 4, lett. b) e c) D. Lgs. 159/2011.

Nel ricorso per Cassazione, presentato anche dai soggetti terzi che si erano visti privati dei beni di loro pertinenza, erano state articolate plurime censure rispetto ai provvedimenti di merito, tutte accomunate dalla contestazione della violazione di legge e da vizi motivazionali in relazione alla confisca disposta nei confronti di beni e di società ritenuti nella disponibilità del proposto.

In particolare, i terzi ricorrenti avevano lamentato l'omessa valutazione, da parte della Corte di Appello, delle doglianze difensive circa l'autonomia reddituale delle società destinatarie della confisca ed intestate ai terzi, società che avrebbero acquisito beni immobili mediante risorse proprie, senza ricorrere a disponibilità illecite. Ulteriori motivi di impugnazione avevano riguardato la presunta assenza di motivazione in ordine alla pericolosità del proposto e alla sua attualità, nonché in ordine alla mancata considerazione della capacità economica di soggetti terzi (figli, nipoti, congiunti) coinvolti nella titolarità dei beni confiscati. In particolare, è stata oggetto di doglianza la avvenuta confisca di immobili loro intestati, ritenendo non operante la presunzione di fittizietà ex art. 26, comma 2, D.Lgs. 159/2011, trattandosi di acquisizioni anteriori al biennio rilevante.

Nei ricorsi, inoltre, era stata censurata l'omessa verifica della congruità delle rate di mutuo rispetto alle disponibilità del nucleo familiare, nonché l'assenza di prova del reimpiego di denaro illecito da parte del proposto nelle operazioni societarie. Infine, era stata contestata la ricostruzione giudiziale della disponibilità sostanziale delle società da parte del proposto, ritenuta basata su dichiarazioni non adeguatamente vagliate e suscettibili di differenti interpretazioni.

La quinta sezione, con ordinanza datata 7 novembre 2024, ha disposto la rimessione della decisione alle Sezioni Unite, rilevando un contrasto giurisprudenziale in ordine alla legittimità del terzo intestatario a far valere con l'impugnazione anche l'insussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura nei confronti del proposto.

Come evidenziato dall'ordinanza di rimessione, in effetti, la giurisprudenza ha, talvolta, sovrapposto impropriamente le nozioni di legittimazione e interesse ad impugnare. Sebbene interdipendenti, esse restano concettualmente distinte: la legittimazione richiede, invero, di essere titolari di una situazione giuridica soggettiva astrattamente meritevole di tutela; l'interesse, invece, può essere definito come utilità concreta e attuale derivante dalla rimozione del pregiudizio causato dal provvedimento impugnato.

La decisione delle Sezioni Unite ha confermato l'orientamento maggioritario, secondo cui il terzo intestatario può esclusivamente rivendicare la titolarità effettiva dei

beni confiscati, senza legittimazione a contestare i presupposti della misura applicata al proposto.

Nel dettaglio, le Sezioni Unite hanno preliminarmente rilevato che, nella giurisprudenza di legittimità formatasi in materia di misure di prevenzione – come in parte già richiamato nel paragrafo precedente – emergono significativi elementi di differenziazione tra la posizione del soggetto proposto e quella del terzo estraneo. In particolare, nell'ambito del procedimento di prevenzione finalizzato all'applicazione di misure di carattere reale, l'omessa citazione del terzo – diversamente dalla mancata *vocatio in ius* del proposto – non determina la nullità del procedimento, ma integra una mera irregolarità, priva di effetti invalidanti sull'*iter* procedimentale e sull'adozione della misura. Resta, tuttavia, impregiudicato il diritto del terzo di far valere le proprie ragioni in sede esecutiva, mediante l'instaurazione di un incidente di esecuzione, nel quale potrà articolare compiutamente le proprie difese.

I giudici, a Sezioni Unite, hanno altresì rilevato che la giurisprudenza formatasi precedentemente aveva, altresì, affermato, in modo ormai consolidato, che il terzo interessato, in quanto titolare di un interesse di natura esclusivamente civilistica, può partecipare al giudizio solo per il tramite di un difensore munito di procura speciale alle liti, soggiacendo alla regola della domiciliazione *ex lege* presso quest'ultimo, in conformità a quanto previsto dall'art. 83 c.p.c. per il processo civile.

La necessità di conferimento di un mandato speciale trova fondamento nella sostanziale estraneità del terzo rispetto alla domanda di prevenzione e al relativo giudizio, che si svolge nei confronti di soggetti ritenuti pericolosi per la sicurezza pubblica. In modo analogo a quanto avviene nel processo penale per le parti private diverse dall'imputato – la cui partecipazione, essendo limitata a interessi di natura civilistica, è regolata dalle norme del processo civile – anche nel procedimento di prevenzione la posizione del terzo si configura come eventuale e accessoria.

È proprio la natura eventuale della partecipazione del terzo al giudizio di prevenzione a rendere necessario il conferimento di una procura speciale al difensore, che attesti espressamente la volontà di intervenire nel procedimento e ne delimiti l'ambito di intervento, in piena coerenza con quanto stabilito dall'art. 7 del D.Lgs. n. 159 del 2011, che esclude la possibilità per il terzo di avvalersi di un difensore d'ufficio²¹.

Pertanto, l'interesse del terzo a prendere parte al giudizio di prevenzione non può che risiedere nella scelta di tutelare nell'ambito di tale *sedes* il proprio interesse a dimostrare l'effettiva titolarità del bene di cui si assume la fittizietà.

Ulteriori elementi di sostegno a tale conclusione possono rinvenirsi nella recente decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, datata 20 gennaio 2025, resa nella causa *Garofalo e altri c. Italia*. Al riguardo, i Giudici di Strasburgo avevano osservato come tale misura richiedesse un apprezzamento diagnostico orientato a verificare se, in un determinato periodo, il proposto abbia, in via presuntiva e sulla base di determinati indici di riconoscimento, conseguito la disponibilità di beni di valore eccedente rispetto al reddito lecitamente conseguito e la cui origine lecita non possa essere dimostrata. Dunque, la misura ablatoria assolve ad una funzione di prevenzione in

²¹ Cass. pen., sez. V, sent. 14 novembre 2024, n. 4743; Cass. pen., sez. I, sent. 20 gennaio 2024, n. 6742; Cass. pen., sez. VI, sent. 9 maggio 2019, n. 26346; Cass. pen., sez. I, sent. 21 aprile 2010, n. 1686.

senso generale, tesa a far comprendere che “il crimine non paga”. Intento, questo, peraltro non dirimente agli effetti della individuazione della natura della confisca, in quanto indifferentemente presente tanto nelle misure di carattere punitivo che in quelle che perseguono obiettivi diversi.

Pur riconoscendo l'autonomia del procedimento di prevenzione rispetto al processo penale, sia per finalità, che per struttura, la sentenza della Corte EDU nel caso *Garofolo c. Italia* aveva, infatti, evidenziato che, trattandosi di procedimento giurisdizionale incidente su diritti fondamentali, devono comunque essere garantiti i principi di imparzialità, equità, diritto di difesa e riserva di giurisdizione. Siffatte conclusioni hanno trovato fondamento nella precedente decisione della Corte costituzionale 24/2019²² con cui la Consulta aveva ribadito che le misure di prevenzione, anche quando non comportano obbligo o divieto di soggiorno, incidono sulla libertà personale ai sensi dell'art. 13 Cost., e pertanto devono rispettare i requisiti di legalità e giurisdizionalità, con particolare attenzione alla predeterminazione dei “casi e modi” della restrizione.

La Corte costituzionale, in quell'occasione, aveva, infatti, chiarito, che, pur non avendo natura penale, le misure di prevenzione patrimoniali incidono in modo significativo sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, tutelati dagli artt. 41 e 42 Cost. e dall'art. 1 del Protocollo addizionale CEDU. Tali misure devono, quindi, rispettare il principio di legalità, nonché i requisiti di proporzionalità rispetto agli obiettivi perseguiti e le garanzie del giusto processo, inclusa la piena tutela del diritto di difesa (art. 24 Cost.).

L'azione di prevenzione, espressa attraverso la “proposta” ex artt. 5 e 17 D.Lgs. n. 159/2011, è rivolta a soggetti determinati, in quanto portatori di una pericolosità sociale o titolari di patrimoni di origine non giustificata. Ne consegue che, in base agli artt. 4, 16 e 7 del D.Lgs. 159/2011, il proposto è parte necessaria del procedimento, sia esso personale o patrimoniale, quale centro di imputazione esclusivo dell'azione di prevenzione: solo nei suoi confronti è prevista la celebrazione dell'udienza pubblica su richiesta, l'assistenza obbligatoria del difensore e la notifica dell'avviso contenente l'esposizione dei contenuti della proposta. Anche il rinvio per legittimo impedimento è previsto unicamente per il proposto.

Nel procedimento patrimoniale, ulteriori elementi confermano la distinzione tra proposto e terzo: i termini di efficacia del sequestro sono sospesi solo per cause riferibili al proposto; l'onere di giustificare la legittima provenienza dei beni grava esclusivamente su di lui (art. 24, comma 1); e le allegazioni sulla sproporzione patrimoniale non possono essere sollevate da terzi. L'art. 23 del Codice distingue chiaramente tra “parti” e “altre persone interessate”. I terzi, anche se proprietari o comproprietari dei beni sequestrati, sono chiamati a “intervenire” in camera di consiglio, esercitando uno *ius ad loquendum*, non un diritto pieno di partecipazione processuale. La loro legittimazione è circoscritta alla posizione sostanziale vantata sui beni, e non si estende alla contestazione dei presupposti soggettivi della misura. Anche il contenuto delle deduzioni ammesse ai terzi (art. 23, comma 3) è genericamente formulato, ma deve essere interpretato alla luce del loro titolo partecipativo, limitato alla rivendicazione della titolarità effettiva del bene.

²² Corte Cost., sent. n. 24/2019.

Tale impostazione si rafforza nei casi di intestazione fittizia. L'art. 26 D.Lgs. n. 159/2011 prevede che, accertata la fittizietà, il giudice dichiari la nullità degli atti dispositivi. La presunzione di fittizietà opera fino a prova contraria; in particolare, infatti, a differenza della simulazione civilistica (art. 1414 c.c.), l'interposizione fittizia in ambito preventivo è considerata *contra legem*, poiché finalizzata a eludere la funzione ripristinatoria della confisca. Ne consegue che il terzo intestatario fittizio è legittimato esclusivamente a dimostrare la coincidenza tra intestazione formale e titolarità sostanziale. In assenza di tale prova, egli non può vantare alcun diritto opponibile e non può contestare i presupposti della misura applicata al proposto.

La giurisprudenza di legittimità precedente la decisione in commento, d'altronde, aveva chiaramente distinto la posizione del proposto da quella del terzo nel procedimento di prevenzione e, in particolare, aveva affermato che, nel caso di misure reali, l'omessa citazione del terzo non determinasse la nullità del procedimento, ma costituisse una mera irregolarità, sanabile attraverso l'attivazione di un incidente di esecuzione²³.

Pertanto, secondo la Sezioni Unite, devono essere disattesi sia l'orientamento minoritario che quelli intermedi, poiché entrambi non si confrontano correttamente con la nozione di legittimazione e interesse, come delineata dalle Sezioni Unite. In particolare, l'orientamento intermedio che ammette la contestazione della datazione dell'acquisto da parte del terzo, al fine di escludere il bene dall'area di pericolosità del proposto, si risolve in un'inammissibile forma di intervento *ad adiuvandum*, non consentita nel procedimento di prevenzione. La corretta delimitazione della legittimazione e dell'interesse del terzo nel procedimento di prevenzione patrimoniale impone di soffermarsi sugli oneri probatori che gravano su di lui per confutare la presunta fittizietà dell'intestazione. In linea generale, l'onere di dimostrare la disponibilità indiretta dei beni da parte del proposto, e quindi la natura fittizia dell'intestazione al terzo, grava sull'accusa, che deve fondare la propria tesi su elementi connotati da gravità, precisione e concordanza²⁴. Questo onere si attenua solo in presenza delle presunzioni relative di cui all'art. 26, comma 2, D.Lgs. 159/2011, che restano comunque superabili. Le indagini patrimoniali, disciplinate dall'art. 19, possono estendersi anche ai familiari e ai terzi, e sono finalizzate a raccogliere elementi indiziari sulla disponibilità effettiva dei beni da parte del proposto. Il decreto di confisca può dichiarare la nullità degli atti dispositivi qualora il giudice accerti la fittizietà dell'intestazione (art. 26, comma 1). Il primo passaggio dimostrativo, cioè la scissione tra titolarità formale e disponibilità sostanziale, spetta alla pubblica accusa (Sez. 5, *Celentano*; Sez. 2, *Pisani*; Sez. 1, *Brussolo*).

Il terzo, non essendo portatore di pericolosità, ha invece l'onere di allegare elementi che confutino la tesi accusatoria e dimostrino la propria titolarità effettiva e autonoma del bene. Il diritto di difesa del terzo non incontra limiti quando è esercitato per contestare il fatto costitutivo del diritto rivendicato. L'ambito di allegazione deve essere il più ampio possibile e comprendere: elementi che attestino l'acquisto iure

²³ Cass. pen., sez. V, sent. 14 novembre 2024, n. 4743; Cass. pen., sez. I, sent. 20 novembre 2024 n. 6742; Cass. pen., sez. VI, sent. 9 maggio 2019, n. 26346.

²⁴ Art. 20 D.Lgs. n. 159/2011.

proprio, senza interferenze da proventi illeciti; circostanze che confutino la valenza indiziante degli elementi su cui si fonda la tesi della fittizietà.

L'esclusione della legittimazione del terzo a contestare i presupposti della misura troverebbe conferma, ad avviso delle Sezioni Unite, anche nelle fonti internazionali. In particolare, nella Convenzione ONU contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000, all'art. 12, commi 7 e 8, viene consentito agli Stati di richiedere al reo la prova dell'origine lecita dei beni, tutelando i diritti dei terzi in buona fede; nella Convenzione ONU contro la corruzione del 2003, all'art. 31, commi 8 e 9, viene ribadita la compatibilità della confisca con i principi interni e la tutela dei terzi in buona fede; nella Convenzione del Consiglio d'Europa sul riciclaggio e la confisca, del 1990, all'art. 22, viene imposto il riconoscimento delle decisioni straniere solo se i terzi hanno avuto possibilità di far valere i propri diritti; art. 27 richiede documentazione che attesti tale possibilità.

I Giudici hanno altresì osservato che, a livello comunitario, la Direttiva 2024/1260/UE ha sostituito integralmente i precedenti strumenti normativi europei in materia di confisca penale, con l'obiettivo di armonizzare le legislazioni degli Stati membri. Essa ha introdotto, tra le varie forme di ablazione patrimoniale, la "confisca di patrimonio ingiustificato collegato a condotte criminose" (art. 16), che presenta evidenti analogie con la confisca di prevenzione prevista dal diritto italiano.

I *Considerando* della Direttiva, inoltre, distinguono chiaramente tra il soggetto destinatario della misura, ritenuto autore dell'accumulazione illecita, ed i soggetti terzi reali proprietari dei beni, ai quali deve essere garantita tutela, incluso il diritto di rivendicare la proprietà (considerando 28 e 33).

L'art. 3, n. 10, lett. c), definisce "interessato" il terzo i cui diritti sui beni siano direttamente pregiudicati dalla confisca. Il riferimento al "pregiudizio diretto" implica che anche l'interesse del terzo debba essere diretto e sostanzialmente collegato alla titolarità effettiva del bene.

Sebbene la Direttiva garantisca alle "persone interessate" un ampio diritto di difesa (art. 24), essa non equipara le posizioni del proposto e del terzo. Quest'ultimo può far valere esclusivamente diritti patrimoniali propri, come la proprietà, ma non può estendere le proprie doglianze ai presupposti soggettivi della misura.

Non vi è alcun obbligo per gli ordinamenti nazionali di ampliare l'ambito delle facoltà difensive del terzo, né si configura un "frazionamento" delle difese, bensì una delimitazione coerente con la titolarità del diritto sostanziale compromesso.

Dunque, per concludere, il terzo che si assume intestatario fittizio del bene oggetto di confisca è legittimato ad intervenire nel procedimento di prevenzione solo per rivendicare la qualità di proprietario effettivo del bene oggetto di ablazione e, quindi, di titolare di una situazione astrattamente meritevole di tutela secondo l'ordinamento. Il suo interesse sussiste in termini di "concretezza" e "attualità", laddove mediante l'impugnazione si miri ad ottenere l'annullamento della confisca con riferimento alla fittizietà dell'intestazione e il riconoscimento della propria posizione giuridica qualificata.

La domanda attraverso la quale il terzo rivendica la titolarità effettiva del bene deve essere accompagnata dalla specificazione degli elementi che fondano il suo diritto e che in via diretta e immediata comprovano la propria titolarità non fittizia.

Al contrario, la contestazione da parte del terzo della sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale nei confronti del propo-

sto, oltre a provenire da soggetto non legittimato, sarebbe sorretta da un interesse di mero fatto, derivante indirettamente dall'esito della procedura principale, cui l'ordinamento non attribuisce rilievo giuridico alla luce delle considerazioni in precedenza svolte.

Di conseguenza, l'interesse del terzo a prendere parte al giudizio di prevenzione risiede nella richiesta di riconoscimento della proprietà effettiva del bene di cui il provvedimento impugnato assume l'intestazione fittizia al terzo stesso.

5. Il delicato equilibrio tra la sentenza delle Sezioni Unite n. 3055/2025 e le recedenti affermazioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella causa *Isaia c. Italia*.

La questione rimessa alle Sezioni unite riguardava l'ampiezza che deve essere riconosciuta al diritto di difesa del terzo interessato nel procedimento di prevenzione in quanto ritenuto soggetto al quale il bene è stato fittiziamente intestato. Le Sezioni Unite, pertanto, hanno affermato il principio di diritto per cui, in caso di confisca di prevenzione avente ad oggetto beni ritenuti fittiziamente intestati a un terzo, quest'ultimo può rivendicare esclusivamente l'effettiva titolarità dei beni confiscati, potendo, a tale fine, dedurre ogni elemento utile in relazione al *thema probandum*. Aderendo all'orientamento maggioritario, le Sezioni Unite hanno, così, ridotto progressivamente gli spazi concessi al terzo nell'ambito del procedimento di prevenzione.

Queste soluzioni ermeneutiche dovranno però confrontarsi con le sollecitazioni, di diverso respiro, provenienti dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

A pochi giorni di distanza dal deposito delle motivazioni della sentenza delle Sezioni Unite n. 30355/2025, anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo si è pronunciata in materia di misure di prevenzione patrimoniali e sulla legittimazione del terzo a contestarne la presunta "fittizietà dell'intestazione all'esito della trattazione della causa *Isaia c. Italia*²⁵.

In questo caso, i giudici – in linea con quanto già affermato nella recente sentenza *Garofalo c. Italia* – hanno riconosciuto la compatibilità astratta dello strumento con la Convenzione, ritenendo che la confisca prevista dal D.Lgs. n. 159/2011 non abbia natura punitiva, ma persegua una finalità essenzialmente ripristinatoria, volta a neutralizzare gli effetti economici dell'illecito e a prevenire forme di arricchimento ingiustificato. La pronuncia ha, tuttavia, per la prima volta in materia di misure di prevenzione patrimoniali, accertato la violazione dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU, rilevando che, nel caso concreto, la confisca di prevenzione sia stata applicata in modo «*arbitrario e manifestamente irragionevole*», traducendosi in un'ingerenza non proporzionata nel diritto di proprietà dei ricorrenti. Nel caso concreto oggetto di attenzione da parte della Corte di Strasburgo, Giuseppe Isaia, gravato da condanne per reati contro il patrimonio, era stato destinatario – unitamente ai suoi congiunti – di un provvedimento di confisca di prevenzione disposto dal Tribunale di Palermo il 22 luglio 2020, ai sensi

²⁵ Per un commento alla decisione, si rinvia a T. TRINCHERA, *Patrimoni sproporzionati e automatismi presuntivi: la Corte EDU richiama i giudici italiani al rispetto delle garanzie in materia di confisca di prevenzione*, in *Sistema Penale*, 3 novembre 2025.

dell'art. 24 del D.Lgs. n. 159/2011. La misura si fondava su risultanze investigative che avevano evidenziato una marcata sproporzione tra il patrimonio familiare e i redditi leciti percepiti, nonché sulla ragionevole certezza della derivazione illecita delle disponibilità economiche. In tale contesto, pertanto, erano stati confiscati due abitazioni, un magazzino, un terreno, un'autovettura, nonché somme di denaro giacenti su conti correnti e depositi formalmente intestati alla moglie e al figlio, ma ritenuti nella disponibilità sostanziale del proposto. Successivamente, la Corte d'Appello di Palermo aveva confermato il provvedimento. Avverso tale decisione era stato proposto ricorso per Cassazione, contestando l'assenza di correlazione temporale tra il periodo di pericolosità sociale e gli acquisti patrimoniali, nonché l'insufficienza della motivazione circa la provenienza illecita dei beni acquisiti in epoca successiva. La Corte di Cassazione aveva rigettato i ricorsi, riaffermando il principio secondo cui la confisca può riguardare anche beni acquisiti dopo la cessazione della pericolosità, qualora si dimostri che essi derivino dal reimpiego di risorse generate durante l'attività delittuosa.

È stato così proposto ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, invocando la violazione del diritto al giusto processo ex art. 6, par. 1, CEDU.

La prima camera della Corte EDU, previa riqualificazione delle doglianze dei ricorrenti, convertendo la presunta lesione dell'art. 6, comma 1, CEDU in una doglianza basata sull'art. 1 Prot. 1 (v. n. 35), ha riconosciuto fondato il ricorso proposto dal Sig. Isaia, argomentando come segue.

Nel ricostruire i principi di diritto applicabili al caso, la Corte europea ha richiamato affermazioni già consolidate da precedenti convenzionali, mostrando di muoversi nel solco di un orientamento interpretativo ormai ben delineato che negli ultimi anni ha riconosciuto la compatibilità, in via di principio, delle misure di confisca senza condanna con i diritti tutelati dalla Convenzione.

Nel caso concreto, infatti, con riguardo alla causa *Isaia c. Italia*, la Corte ha rilevato che l'ingerenza sul diritto di proprietà dei ricorrenti da parte dei giudici nazionali non avesse rispettato il requisito della proporzionalità e che, di conseguenza, la confisca applicata nei loro confronti si sia risolta in una limitazione arbitraria del loro diritto fondamentale di proprietà in violazione dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU.

Innanzitutto, la Corte ha constatato che i giudici nazionali non avessero dimostrato in modo adeguato che il primo ricorrente avesse preso parte ad attività delittuose idonee a generare profitti illeciti. I giudici interni si sono limitati a constatare che l'interessato era stato condannato, nell'arco di oltre due decenni, per una serie di reati contro il patrimonio, senza tuttavia fornire alcuna plausibile spiegazione sul motivo per cui il procedimento finalizzato alla confisca fosse stato avviato solo nel 2018, dieci anni dopo la cessazione del periodo di pericolosità (1980-2008), e senza neppure argomentare in ordine all'effettiva idoneità delle condotte contestate a produrre un arricchimento illecito.

Molte delle condanne riguardavano delitti solo tentati - e dunque, per definizione, privi di un effettivo profitto -, che in diversi casi era già stata disposta la confisca dei proventi del reato in sede penale e che, in almeno un'occasione, era stata riconosciuta l'attenuante di cui all'art. 62, co. 1, n. 6, c.p., per avere il primo ricorrente integralmente risarcito il danno prima del giudizio, mediante restituzioni e risarcimento. Nel loro insieme, questi elementi minano la premessa - decisiva per la legittimità della misu-

ra – secondo cui il primo ricorrente avrebbe effettivamente tratto un arricchimento illecito dalle attività delittuose cui ha preso parte (cfr. §§ 82-83).

In secondo luogo, la Corte ha osservato che i beni oggetto della misura sono stati acquistati tra il 2010 e il 2018, dunque non solo dopo la cessazione del periodo di pericolosità (collocato, come si è detto, tra il 1980 e il 2008), ma a distanza di moltissimi anni dall'ultima condotta – risalente al 1998 – per la quale il proposto era stato condannato e che poteva ritenersi astrattamente idonea a generare profitti illeciti (dopo quella data, l'unico ulteriore episodio risulta essere un tentato furto, commesso nel 2008).

Nonostante ciò, i giudici nazionali hanno ritenuto sufficiente, per fondare la misura, la sola sproporzione tra redditi leciti e valore dei beni acquistati, senza offrire alcuna plausibile dimostrazione del nesso tra tali beni e la risalente attività delittuosa del primo ricorrente. In questo modo, secondo la Corte, le autorità nazionali non solo hanno imposto una limitazione del diritto di proprietà non proporzionata ai sensi dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU, ma non hanno rispettato neppure i limiti posti dal diritto interno per l'applicazione della misura. In base a un orientamento consolidato della giurisprudenza italiana, infatti, la confisca di prevenzione può essere disposta solo con riferimento a beni acquisiti nel periodo in cui si è manifestata la pericolosità del proposto, oppure a beni acquistati successivamente, ma con risorse generate in quel medesimo periodo (cfr. §§ 86-88).

Infine, la Corte ha rilevato che la confisca avesse colpito in prevalenza beni formalmente intestati a terzi (la moglie e il figlio del proposto), senza che i giudici abbiano tuttavia spiegato perché quei beni potessero considerarsi nella disponibilità effettiva del primo ricorrente. Non solo: nessuna argomentazione era stata spesa in ordine alla eventuale provenienza illecita delle risorse utilizzate per l'acquisto di quei beni, né è stato accertato alcun legame con l'attività illecita del proposto. I giudici si sono limitati a constatare che i soggetti cui i beni risultavano formalmente intestati non disponevano di redditi leciti sufficienti a giustificare l'acquisto di tali beni. Secondo la Corte, una simile motivazione è del tutto insufficiente a consentire l'applicazione della misura nei confronti di terzi, in violazione, anche sotto questo profilo, non solo della Convenzione, ma degli stessi principi fissati dal diritto interno (cfr. §§ 89-90).

Alla luce di tutte queste considerazioni, la Corte, infine, ha concluso ritenendo che le decisioni dei giudici nazionali fossero contraddistinte da carenze motivazionali «*così gravi e manifestamente incompatibili con le limitazioni e le garanzie previste dal diritto interno*» da dover considerare la misura adottata in modo arbitrario e manifestamente irragionevole (cfr. § 91).

In ogni caso, anche a voler prescindere da queste violazioni – che da sole sarebbero già sufficienti a escludere la sussistenza di un'adeguata base legale –, la Corte ha ritenuto comunque decisivo rilevare che, nel caso concreto, sia stata del tutto sproporzionata l'ingerenza da parte dei giudici nazionali nel diritto al pacifico godimento dei beni riconosciuto dall'art. 1 Prot. n. 1 CEDU; ciò, in particolare, viene riscontrato in base al notevole intervallo di tempo trascorso tra il periodo di pericolosità e l'adozione della misura e la mancata dimostrazione di un nesso tra i beni oggetto di ablazione e l'attività illecita del proposto. Tali circostanze, già prese singolarmente, escludono che la misura abbia rispettato il “giusto equilibrio” tra interesse generale e diritti individuali che l'art. 1 Prot. n. 1 esige affinché una limitazione del diritto di proprietà possa dirsi legittima (cfr. § 92).

La Corte è giunta così a constatare che la confisca disposta nei confronti dei ricorrenti abbia comportato una violazione dell'art. 1 Prot. n. 1 CEDU.

Le autorità nazionali, infatti, devono dimostrare un nesso concreto tra i beni da confiscare e le condotte criminali del soggetto presunto autore, non potendo fondare la misura su una mera discrepanza tra redditi e patrimonio (*Todorov*, § 221).

Nel caso *Isaia*, invece, i Giudici di Strasburgo hanno riscontrato tre profili di criticità.

Innanzitutto, è stata evidenziata l'assenza di tempestività del procedimento: le autorità hanno avviato la confisca dieci anni dopo la fine del periodo in cui il ricorrente era considerato pericoloso (2008), e ben trentotto anni dopo la prima condanna (1980), senza fornire una giustificazione plausibile per tale ritardo (*Todorov*, §§ 219, 237; *Dimitrovi*, § 46).

Ancora, le autorità nazionali non hanno adeguatamente valutato la "pericolosità" del Sig. Isaia. Le autorità, infatti, si sono limitate a elencare le condanne del ricorrente, molte delle quali per delitti tentati, senza dimostrare come tali condotte avessero effettivamente generato profitti illeciti. In alcuni casi, erano state applicate circostanze attenuanti, come il risarcimento del danno o la restituzione, che riducono la capacità del reato di produrre reddito.

Infine, i giudici nazionali hanno errato anche con riferimento alla datazione dei beni confiscati, non avendo considerato che mancasse del tutto una correlazione temporale tra le condotte illecite e l'acquisizione dei beni: i beni oggetto di confisca erano stati acquistati nel 2010, 2016 e 2018, quindi ben oltre il periodo di presunta pericolosità (terminato nel 2008) e ancora più lontani dai reati commessi (ultimo nel 1998).

In conclusione, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ritenuto che i tribunali nazionali non abbiano dimostrato in modo ragionato e proporzionato che il ricorrente avesse commesso, in un periodo significativo, reati idonei a generare redditi illeciti, né che i beni confiscati fossero il frutto di tali condotte. La misura, pertanto, non ha rispettato il principio di "equo equilibrio" richiesto dall'art. 1 del Protocollo n. 1 alla Convenzione.

6. Qualche considerazione di sintesi.

Come già rilevato, la pronuncia della Corte EDU nel caso *Isaia e altri c. Italia* è destinata ad avere rilevanti implicazioni anche sull'ordinamento interno e, ciò, in particolare, tenendo in considerazione i recenti approdi dei giudici nazionali con riguardo alla confisca di prevenzione.

I principi affermati dai Giudici di Strasburgo si discostano, almeno in parte, rispetto all'approccio tenuto dalla giurisprudenza nazionale chiamata a confrontarsi con l'istituto della confisca di prevenzione, anche nei casi in cui essa abbia ad oggetto patrimoni intestati a terzi.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, aderendo all'orientamento maggioritario, hanno ridotto le garanzie difensive riconosciute al terzo, circoscrivendone il diritto di difesa. Ne consegue che il terzo, pur subendo gli effetti del provvedimento ablativo, non può articolare una difesa piena e generale, ma è limitato a contestare soltanto alcuni specifici profili del provvedimento che ha generato la misura di prevenzione. Se, da un lato, le Sezioni Unite impongono alla Pubblica Accusa un onere

probatorio particolarmente stringente, dall'altro lato, escludendo la possibilità per il terzo di contestare anche la pericolosità del proposto, trascurano che – in molte situazioni – non è agevole distinguere in modo netto tra gli aspetti concernenti l'intestazione del bene e quelli attinenti alla pericolosità del soggetto sottoposto alla misura.

In questo contesto nazionale, la decisione della Corte di Strasburgo, innanzitutto, è apprezzabile per aver constatato che, sebbene al legislatore nazionale non sia preclusa l'adozione di meccanismi nei procedimenti volti alla confisca di proventi illeciti al di fuori del processo penale, tali strumenti non possono tradursi in automatismi che consentano di colpire indiscriminatamente patrimoni sproporzionati.

Non è, infatti, compatibile con la Convenzione un meccanismo presuntivo che assuma, come regola generale, che ogni bene nella disponibilità di un soggetto "pericoloso", pur quando sproporzionato rispetto al reddito lecito, debba presumersi di origine illecita.

Nel caso, poi, di beni formalmente intestati a terzi, è necessario dimostrare, secondo un analogo *standard* probatorio, che essi erano nella disponibilità effettiva del soggetto coinvolto nell'attività illecita, e che il loro acquisto sia avvenuto in un periodo temporalmente contiguo a quello in cui tale attività si è svolta, ovvero risulti causalmente riconducibile ai proventi dell'attività criminosa.

A parere di chi scrive, quindi, la recente decisione della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo impone una profonda riflessione sull'attuale assetto della confisca di prevenzione.

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, invero, ha censurato l'operato delle autorità italiane sotto due aspetti: da un lato, è stata evidenziata la mancata verifica dell'attualità della pericolosità sociale del proposto; dall'altro, l'assenza di un nesso causale concreto tra le attività illecite e i beni oggetto di ablazione.

Queste censure mettono in discussione l'impianto stesso del sistema preventivo, che per lungo tempo ha fatto leva su presunzioni, spesso a detrimento di garanzie individuali.

Innanzitutto, queste censure evidenziano che la necessaria "attualità" della pericolosità sociale non può essere ridotta a un requisito meramente formale, ma deve costituire oggetto di un accertamento rigoroso, fondato su elementi concreti e recenti. Non è sufficiente, così, che il soggetto abbia manifestato condotte pericolose in passato, dovendo essere verificato che tale pericolosità persista al momento dell'adozione della misura.

Ma ancora, più significativa e rilevante ai fini della presente indagine, è la posizione assunta dalla Corte EDU in merito ai beni intestati a terzi.

Come confermato da recenti arresti della Corte di Cassazione, la pronuncia della Corte EDU si inserisce, infatti, in un contesto giurisprudenziale nazionale in cui al terzo intestatario fittizio di beni oggetto di confisca di prevenzione non è riconosciuta la legittimazione a contestare i presupposti soggettivi e oggettivi della misura applicata al proposto. Come rilevato, secondo tale orientamento, il terzo non può sindacare né la pericolosità sociale del proposto, né la sproporzione tra il valore dei beni e il reddito lecito, e, nemmeno, la provenienza illecita dei beni stessi.

La sentenza della Corte EDU impone, anche a questo riguardo, una riflessione critica. I giudici di Strasburgo, anche a questo proposito, hanno, infatti, chiarito che la sola relazione familiare con il proposto e la sproporzione tra redditi e patrimonio non possono essere considerati elementi sufficienti per giustificare la confisca.

Questa statuizione della Corte EDU è destinata a sortire un vero e proprio cambio di paradigma, dato che, in questo modo, l'onere probatorio si sposta sull'autorità procedente, che deve dimostrare in modo rigoroso l'effettiva disponibilità del bene da parte del soggetto pericoloso, non essendo più sufficiente il mero "sospetto" di una fittizia intestazione, dovendo esservi una effettiva prova.

L'esclusione del terzo da ogni possibilità di contestazione dei presupposti sostanziali della misura, così come rilevato dalla giurisprudenza nazionale, rischia, in ragione della recente decisione della Corte EDU, di compromettere il rispetto delle garanzie convenzionali, in particolare del diritto al pacifico godimento dei beni sancito dall'art. 1 Prot. n. 1 CEDU.

Se è vero che la confisca di prevenzione non ha natura penale, è altrettanto vero che essa comporta una grave ingerenza nel diritto di proprietà, la quale - per essere compatibile con la Convenzione - deve essere giustificata da un quadro probatorio solido e da un nesso sufficientemente dimostrato tra i beni e l'attività illecita.

In questa prospettiva, negare al terzo la possibilità di contestare la sussistenza di tale nesso - e, più in generale, di partecipare attivamente al contraddittorio sulla legittimità della misura - appare difficilmente conciliabile con i principi affermati dalla Corte di Strasburgo.

La tutela effettiva dei diritti patrimoniali del terzo, così come riconosciuti dall'art. 1 Prot. n. 1 CEDU, richiede, infatti, che possa essere data la possibilità al terzo medesimo di far valere, in sede giurisdizionale, non solo la propria estraneità soggettiva rispetto all'attività illecita, ma anche l'insussistenza dei presupposti oggettivi che giustificano l'ablazione.

Alla luce di ciò, si impone un ripensamento dell'attuale assetto normativo e giurisprudenziale interno, nella direzione di una maggiore apertura al contraddittorio e di un rafforzamento delle garanzie procedurali in favore dei terzi coinvolti.

CONFISCA PREVENTIVA: I PRINCIPI DETTATI DALLA CORTE EDU NEL CASO ISAIA E ALTRI C. ITALIA

Alessio Gaudieri*

ABSTRACT

Il contributo ripercorre i principali passi della sentenza della Corte europea dei diritti umani nel noto caso Isaia e altri c. Italia. La Corte è stata chiamata a decidere su una delicata ipotesi di confisca preventiva, decidendo per la condanna dell'Italia per violazione dell'art. 1, Protocollo 1 alla Convenzione. La delicatezza della questione si evince anche da un'opinione concorrente e da un'opinione dissenziente di due diversi giudici.

This article retraces the main points of the European Court of Human Rights's ruling in the well-known case of Isaia and Others v. Italy. The Court was called upon to decide on a delicate issue of preventive confiscation, finding Italy guilty of violating Article 1 of Protocol 1 to the Convention. The sensitivity of the issue is also evident from a concurring opinion and a dissenting opinion from two different judges.

Corte europea dei diritti dell'uomo, Prima Sezione, decisione del 25 settembre 2025, *Isaia e altri c. Italia*, ricorsi n. 36551/22, 36926/22 e 37907/22

Il caso riguarda la confisca preventiva di beni, disposta dai tribunali competenti ai sensi dell'art. 24, d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione).

Si tratta di un caso particolarmente delicato, tant'è che, a seguito della richiesta di rinvio alla Grande Camera, alla riunione del 9 febbraio 2026 il collegio di cinque giudici non si è espresso sull'ammissibilità ed ha deciso di approfondire ulteriormente la questione.

Nel caso di specie, si riteneva che i beni confiscati fossero proventi di attività illecite commesse o presumibilmente commesse tra il 1980 e il 2008, poiché il primo ricorrente aveva vissuto anche in parte, con i proventi di reato durante tale periodo.

Invocando l'art. 6, par. 1 (diritto a un equo processo) della CEDU, i ricorrenti lamentavano:

- 1) che le decisioni dei tribunali nazionali di confiscare i loro beni non rispettassero le condizioni legalmente stabilite per l'imposizione della misura di "confisca preventiva";

* Avvocato - Assegnista di ricerca in procedura penale, Università di Salerno.

- 2) che la stragrande maggioranza dei beni confiscati fosse stata acquistata dopo il periodo in cui il primo ricorrente era stato dichiarato pericoloso per la società;
- 3) che i tribunali nazionali non avessero fornito alcuna prova a dimostrazione che tali beni fossero stati acquisiti tramite proventi di reato.

Con tale sentenza, la Corte ha ribadito che le misure di confisca devono rispettare il principio di legalità. Il primo e più importante requisito dell'art. 1, Protocollo n. 1 è che qualsiasi ingerenza da parte di un'autorità pubblica nel pacifico godimento dei beni debba essere lecita: la privazione dei beni è autorizzata solo "alle condizioni previste dalla legge" e il Protocollo riconosce che gli Stati hanno il diritto di controllare l'uso dei beni mediante l'applicazione delle "leggi".

Per soddisfare il principio di legalità, la base giuridica deve essere sufficientemente accessibile, precisa e prevedibile nella sua applicazione e nelle sue conseguenze, compatibile con lo stato di diritto e fornire sufficienti garanzie procedurali contro l'arbitrarietà.

Tale aspetto è intimamente connesso alla proporzionalità della misura a qualsiasi scopo legittimo perseguito.

Inoltre, qualsiasi ingerenza da parte di un'autorità pubblica nel pacifico godimento dei beni può essere giustificata solo se risponde a un legittimo interesse generale, come ad esempio garantire che l'uso dei beni in questione non procurasse un vantaggio ai ricorrenti a detrimento della comunità.

Con specifico riguardo alla misura della "confisca preventiva" prevista dalla legge italiana, già in passato, la Corte ha ritenuto che essa mirasse a impedire l'arricchimento senza causa, privando l'interessato e i terzi che non vantavano un valido diritto sui beni da confiscare dei profitti derivanti da attività criminali, e che avesse, pertanto, natura essenzialmente riparativa e non punitiva.

Nel caso di specie, la Corte è convinta che il regime italiano di confisca non basata sulla condanna perseguisse un obiettivo legittimo di interesse pubblico, vale a dire evitare l'arricchimento ingiusto derivante da reati.

Per quanto attiene alla proporzionalità della misura, la Corte ha osservato, in primo luogo, che si poteva affermare che esistevano norme giuridiche comuni europee e persino universali che incoraggiavano la confisca di beni collegati a reati gravi quali corruzione, riciclaggio di denaro e reati di droga, senza la previa esistenza di una condanna penale. In secondo luogo, l'onere di provare l'origine lecita di beni presumibilmente acquisiti illecitamente poteva legittimamente essere trasferito sui convenuti in tali procedimenti non penali di confisca. In terzo luogo, le misure di confisca potevano essere applicate non solo ai proventi diretti di reato, ma anche ai beni, compresi eventuali redditi e altri benefici indiretti, ottenuti convertendo o trasformando i proventi diretti di reato o mescolandoli con altri beni, eventualmente leciti. Infine, le misure di confisca potrebbero essere applicate non solo alle persone direttamente sospettate di reati, ma anche a terzi che detenessero diritti di proprietà senza la necessaria buona fede, al fine di mascherare il loro ruolo illecito nell'accumulo della ricchezza in questione.

Con specifico riguardo alla misura della "confisca preventiva", la Corte ha ritenuto che essa non potesse essere considerata una pena, in ragione di una serie di limitazioni previste dal diritto interno e dalla giurisprudenza applicabili e, in particolare, del fatto che la confisca in questione poteva essere applicata esclusivamente a beni che si presumevano provenissero da attività illecite, a causa della mancanza di prove che

ne dimostrassero l'origine lecita; che la misura poteva essere giustificata solo nella misura in cui i reati presumibilmente commessi dall'individuo interessato costituissero fonte di profitti illeciti, in un importo ragionevolmente congruo con il valore dei beni da confiscare; che la misura poteva essere applicata solo in relazione ai beni acquisiti dall'individuo interessato durante il periodo in cui questi aveva presumibilmente commesso reati che comportavano profitti illeciti, dimostrando così che tale misura mirava a prevenire l'arricchimento ingiusto sulla base della commissione di reati; e che doveva essere applicata solo in relazione ai profitti illeciti derivanti dai reati presumibilmente commessi dall'individuo interessato, senza estendersi al prodotto del reato.

Alla luce dei principi generali e tenendo conto delle doglianze dei ricorrenti, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie sia necessario valutare se i giudici nazionali abbiano dimostrato in modo motivato e sulla base di una valutazione oggettiva dei fatti e delle prove che si potesse presumere che i beni confiscati fossero stati acquistati con i proventi di reati gravi che generavano redditi illeciti.

Sulla base di una serie di considerazioni, la Corte ha osservato che le carenze individuate hanno viziato la valutazione da parte dei tribunali nazionali. I tribunali nazionali non hanno effettuato una valutazione rigorosa della catena di reinvestimenti che ha portato infine all'acquisto dei beni confiscati, non fornendo elementi specifici. A titolo di esempio, la Corte ha evidenziato che le autorità nazionali hanno confiscato conti bancari aperti sei e otto anni dopo la fine del periodo in cui il primo ricorrente aveva rappresentato un pericolo per la società, sulla base della mera discrepanza tra entrate e uscite della famiglia e senza valutare in alcun modo le transazioni bancarie al fine di risalire all'origine del denaro.

A tale riguardo, la Corte ha rilevato che la loro valutazione non ha soddisfatto nemmeno il ridotto standard di prova richiesto dalla giurisprudenza della Corte per l'imposizione di misure analoghe.

Pertanto, la Corte ha ritenuto che il ragionamento dei tribunali nazionali non abbia rispettato il requisito di un collegamento temporale tra i beni confiscati e i reati che avrebbero generato i redditi illeciti.

La Corte ha osservato che le decisioni dei tribunali nazionali non abbiano fornito alcuna motivazione che dimostri che i beni confiscati potessero essere considerati acquisiti con i proventi dei reati commessi molti anni prima.

In conclusione, la Corte ha ritenuto che le carenze nelle decisioni dei tribunali interni fossero così gravi e manifestamente incompatibili con diverse limitazioni e garanzie stabilite dal diritto interno e dalla giurisprudenza pertinenti che la misura deve essere considerata imposta in modo arbitrario o manifestamente irragionevole.

In particolare, la Corte ha considerato che le decisioni dei tribunali nazionali non abbiano rispettato i limiti stabiliti dal diritto interno in materia di identificazione dei reati che producono redditi illeciti, di delimitazione temporale dei beni che potevano legittimamente essere sottoposti a confisca e di identificazione dei beni che, pur essendo ufficialmente di proprietà di terzi, si ritenevano essere nella disponibilità della persona in questione.

In ogni caso, e anche supponendo che le limitazioni stabilite dal diritto interno non siano state così gravemente violate, il fatto che il procedimento sia stato avviato molti anni dopo gli ultimi reati e che le autorità interne non abbiano accertato alcun collegamento tra le attività criminali del primo ricorrente e i beni confiscati è sufficiente affinché la Corte constati che non è stato raggiunto il giusto equilibrio richiesto tra gli

obiettivi legittimi di interesse pubblico perseguiti dalla misura in questione e i diritti individuali dei ricorrenti, vale a dire che la confisca dei beni dei ricorrenti ha costituito un'ingerenza sproporzionata nei loro diritti ai sensi dell'art. 1, Protocollo n. 1.

La Corte ha, quindi, ritenuto che lo Stato convenuto debba garantire la restituzione o il rimborso dei beni in questione ai ricorrenti.

La Corte ha tracciato un confine netto tra la "confisca di prevenzione" e le confische intervenute nei processi penali.

A parere dei giudici di Strasburgo, vi sono profonde differenze funzionali e strutturali tra i procedimenti relativi alle misure di prevenzione e i processi penali. Nei primi, rilevano le complessive costanti comportamentali, al fine di valutare la pericolosità sociale dell'individuo in questione, fondata sulla prova di "elementi di fatto" e non su un mero sospetto. Nei secondi, invece, sono giudicati i singoli atti, che devono essere valutati rispetto agli elementi costitutivi di specifici reati.

Tale divergenza spiega l'autonomia dei due tipi di procedimenti e il fatto che, nei procedimenti relativi a misure di prevenzione, il giudice ha il diritto di invocare elementi probatori e indiziari tratti da procedimenti penali, indipendentemente dal loro esito, individuando i fatti rilevanti accertati in essi e rivalutandoli mediante il prisma della giustizia di prevenzione.

Pertanto, ai fini della prevenzione, il giudice può tenere conto non solo degli elementi di fatto tratti da una sentenza di condanna, ma anche delle conclusioni di sentenze nelle quali il tribunale penale ha dichiarato la prescrizione del reato (si vedano gli articoli 578, 578-*bis* e 578-*ter* del codice di procedura penale). Pertanto, anche un'assoluzione non preclude necessariamente l'irrogazione di una misura di prevenzione, poiché la valutazione nel procedimento relativo a misure di prevenzione, finalizzata ad accertare la pericolosità sociale dell'individuo, si basa su criteri diversi, purché, naturalmente, il tribunale penale non abbia escluso la sussistenza stessa dei medesimi fatti in questione. In generale, anche semplici riscontri investigativi possono essere sufficienti, se valutati adeguatamente nella sentenza relativa a misure di prevenzione.

Di recente, con la sentenza n. 49 del 2026, la Corte costituzionale, in relazione alle confische disposte a reato estinto per prescrizione ha chiarito come dalla giurisprudenza della Corte EDU non emergano elementi che possano indurre a ritenere violato il parametro convenzionale interposto dell'art. 6, par. 2, CEDU e, quale conseguenza, a dichiarare costituzionalmente illegittima la norma interna, ove, come imposto dall'art. 578-*bis* c.p.p., il giudice d'appello decida sull'impugnazione ai soli effetti della confisca.

Tuttavia, la compatibilità della confisca di prevenzione con gli artt. 6 e 7 CEDU e con l'art. 1, Protocollo n. 1, sono al centro di un fervente dibattito all'interno della stessa Corte, a causa dei forti dubbi di carattere ermeneutico sorti nel tempo.

Infatti, la Prima Sezione della Corte EDU ha scelto di non decidere direttamente i ricorsi presentati contro l'Italia nel noto caso "Cavallotti", disponendo la rimessione alla Grande Camera.

La scelta pare dettata dalla presenza di questioni interpretative particolarmente rilevanti e dal rischio di contrasti con la giurisprudenza consolidata.

Alla sentenza è allegata anche una opinione concorrente del giudice Chablais ed una opinione dissenziente del giudice Sabato.

Nello specifico, il giudice Chablais dichiarava di aver votato a favore della constatazione della violazione dell'art. 1, Protocollo n. 1 CEDU in ragione delle circostanze molto particolari del caso concreto, che giustificano l'imposizione alle autorità italiane di un obbligo più stringente di motivare la confisca dei beni dei ricorrenti.

Tuttavia, il giudice nutriveva alcune preoccupazioni ulteriori relative al sistema di confisca preventiva previsto nell'ordinamento italiano.

Le caratteristiche di questo sistema sono tali da poterlo ricondurre alla categoria della cosiddetta confisca non basata sulla condanna. Essa non si fonda sulla responsabilità penale o su una sentenza che stabilisca la responsabilità penale dell'interessato. Anziché essere collegata alla commissione di un particolare reato o atto illecito, è innescata dall'esistenza di un modello di comportamento che è ritenuto costituire un pericolo per la società. In quanto tale, costituisce una misura amministrativa [di polizia], di natura autonoma rispetto alle singole misure di prevenzione.

Tutte le considerazioni relative alla conformità del sistema con la CEDU restano valide. L'unica questione che si pone nelle particolari circostanze del caso di specie è la proporzionalità della misura. Tale difficoltà deriva essenzialmente dalla cronologia del caso in questione, caratterizzata da periodi di tempo estremamente lunghi e dalla confisca di beni acquisiti diversi anni dopo il periodo in cui il soggetto era considerato un pericolo ordinario per la società.

Ad avviso del giudice, il fatto di risalire così indietro nel tempo per determinare il periodo in cui il ricorrente costituiva un pericolo per la società e di collegare tale periodo a beni acquisiti anni dopo, imponeva necessariamente alle autorità italiane un obbligo di motivazione più approfondito.

Pertanto, non sarebbe possibile dedurre da tali motivazioni orientamenti applicabili ad altri tipi di casi, in cui l'acquisizione dei beni da confiscare sia avvenuta durante il periodo in cui in questione ha rappresentato un pericolo per la società, o anche immediatamente dopo la fine di tale periodo.

Secondo il giudice Sabato, la sentenza *Isaia c. altri* ha introdotto una serie di rotture con gli orientamenti passati, invertendo la rotta rispetto al caso *Garofalo c. altri*, perché ha stabilito nuovi requisiti per l'ordinamento italiano.

IL CASO MORABITO DINANZI ALLA CORTE EDU. TRA CENSURE E OBITER DICTA

Biagio Borretti*

ABSTRACT

La sentenza Morabito c. Italia della Corte EDU ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 CEDU, per aver disposto una proroga del regime di cui all'art. 41-bis ord. pen. a un detenuto affetto da un avanzato processo di decadimento cognitivo, evoluto in Alzheimer. Il contributo analizza come la Corte, oltre a decidere sul caso concreto, seguendo le indicazioni già tracciate con la sentenza Provenzano c. Italia e facendo ricorso ad una serie di obiter dicta, utilizzi la sentenza anche per scopi di "pura dottrina".

The ECHR's Morabito v. Italy judgment found Italy in violation of Article 3 of the ECHR for extending the regime under Article 41-bis of the Law on the Penitentiary System for a prisoner suffering from advanced cognitive decline, which had developed into Alzheimer's disease. The article analyzes how the Court, in addition to deciding on the specific case, also used the judgment for "purely doctrinal" purposes, following the indications already presented in the Provenzano v. Italy judgment and relying on a series of obiter dicta.

1. La Corte europea dei diritti dell'uomo è stata nuovamente chiamata a decidere in ordine alla compatibilità del regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-bis ord. penit. con le condizioni di salute particolarmente compromesse di un detenuto.

Il 10 aprile 2025 sono state depositate le motivazioni della sentenza emessa dalla Prima Sezione della Corte EDU relativa alla "causa Morabito c. Italia" (ricorso n. 4953/22), con la quale – con sei voti su sette – l'Italia è stata condannata per aver violato l'art. 3 CEDU («Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti»).

Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 3, per essergli stato prorogato il citato regime detentivo differenziato, nonostante le sue condizioni di salute particolarmente compromesse. Nello specifico, tra numerose altre patologie croniche, il detenuto era affetto da un processo di decadimento cognitivo evoluto in demenza (morbo di Alzheimer). Tale condizione lo avrebbe privato di qualsivoglia pericolosità, non essendo in grado di intrattenere alcuna comunicazione criminogena con l'esterno (uno dei presupposti applicativi del regime speciale).

«[L]a Corte non comprende come una persona affetta da un indiscutibile decadimento cognitivo – anche con una diagnosi di Alzheimer –, incapace di intendere i propri comportamenti e di stare in giudizio potesse, al contempo, mantenere sufficiente

* Avvocato del foro di Napoli Nord.

capacità di intrattenere o ripristinare – in una età così avanzata [il detenuto è novantenne, *n.d.s.*], dopo quasi venti anni di sottoposizione ad un regime detentivo particolarmente restrittivo – significativi contatti con una organizzazione criminale. La Corte ritiene che, quantomeno, sarebbe stata necessaria una motivazione più dettagliata, basata su accurati esami specialistici, per pervenire a tale conclusione» (§ 143).

Mancando una simile motivazione a fondamento delle decisioni di proroga del regime detentivo speciale, la Corte ha condannato l'Italia.

Le conclusioni della Corte non sono state condivise da un suo componente, il Dott. Antonio Balsamo, firmatario di un'opinione parzialmente dissenziente. Il giudice, richiamando i principi statuiti con la sentenza *Provenzano c. Italia*, ha ritenuto che nel caso di specie non sussistessero i medesimi presupposti, poiché le condizioni compressive di salute e lo stesso processo di decadimento cognitivo del ricorrente non erano equiparabili a quelli di Provenzano.

Inoltre, ha lamentato uno "sforamento" della Corte dai suoi limiti di "self-restraint", essendo entrata nel merito della valutazione che i giudici italiani hanno dato della documentazione sanitaria. Secondo l'opinione dissenziente, infatti, le autorità giudiziarie italiane avrebbero assunto le proprie decisioni – confermando le proroghe del regime speciale – «sulla base di un accurato esame della documentazione medica», maturando una «indipendente valutazione» e pervenendo a una «conclusione ragionevole», stando alla quale «la possibilità che il ricorrente possa trasmettere messaggi rilevanti all'organizzazione criminale non può essere esclusa» (§ 26 *dissenting opinion*).

Per questi motivi ha concluso per l'insussistenza della violazione dell'art. 3 Conv. EDU.

2. In questa sede, più che una ricostruzione dettagliata di tutta la vicenda giudiziaria e penitenziaria del ricorrente¹, ci preme analizzare un altro aspetto di particolare interesse, ovvero come la sentenza in esame, ancor più del precedente *Provenzano c. Italia*, si spinga – anche con l'opinione dissenziente – a "fare dottrina" in ordine alla natura del particolare regime detentivo di cui all'art. 41-*bis* ord. penit.

In uno stimolante testo di qualche anno fa, autorevole dottrina, confrontandosi con la teoria delle norme giuridiche che distingue la "disposizione di legge" dalla "norma"², fatta propria soprattutto dalle "alte giurisdizioni" (Corte costituzionale, Sezioni Unite penali, Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Corte europea dei diritti dell'uomo), osservava: «Il giudice non conosce semplicemente il diritto, adattandolo e individualizzandolo ai casi, ma ne costruisce il contenuto precettivo anche in generale, cioè con effetti *generalizzanti*, mentre lo applica. In questa acquisita consapevolezza, si può vedere *l'atto di nascita della giurisprudenza-fonte*. [...] Su queste

¹ Per una prima, puntuale, lettura della sentenza, v. I. GIUGNI, *Proroga del 41 bis nei confronti di un boss affetto da Alzheimer: la Corte EDU condanna l'Italia per violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti (Morabito c. Italia)*, in *Sistema Penale*, 16.4.2025.

² «La vera norma giuridica non è, in tale ottica, quella scritta nell'enunciato normativo della fonte legale, ma quella che si desume dall'interpretazione e applicazione della disposizione, e sceglie dall'enunciato solo una delle sue possibili letture» (M. DONINI, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 56, che riprende una nota distinzione di V. CRISAFULLI). Su questo tema v. anche G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, 2021, 26-37.

premesse è evidente che muta geneticamente il ruolo della dogmatica, perché è lo stesso interprete-giudice che costruisce dogmatica (principi generali e categorie derivate) mentre co-definisce il contenuto del diritto»³.

La pronuncia giudiziale, in tale ottica, assume un particolare connotato: «Le sentenze... non sono *luoghi qualsiasi* dove si colloca il pensiero giuridico, come può esserlo un testo di legge, un trattato o un saggio di dottrina [...]: sono *'luoghi'* dove si giustifica a posteriori ciò che si è deciso prima, spesso condannando. Anzi. Quanto più "c'è dottrina" nelle sentenze, tanto più esse sono costruite a posteriori. La *giurisprudenza che fa diritto prospettando regole generali* non si limita a fare concorrenza alla dottrina: in realtà, non è *giurisprudenza, ma è dottrina essa stessa*»⁴.

3. Analizzando le sentenze nelle quali la Corte EDU si è trovata a decidere su ricorsi che ponessero almeno in parte questioni attinenti al regime speciale di cui all'art. 41-bis ord. penit., emerge il seguente quadro. In venti pronunce, la Corte EDU, pur ricostruendo la normativa relativa al citato regime detentivo, indicandone presupposti e limitazioni conseguenti, non si spinge a definirne la natura e gli scopi⁵.

Invece, nella sentenza *Messina c. Italia* (n. 2), la Corte per la prima volta «rileva che il regime previsto dall'art. 41-bis tende a recidere i legami esistenti tra le persone detenute e i loro contesti criminali di provenienza, al fine di minimizzare il rischio di persistenti contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali»⁶.

Tale posizione viene richiamata e ribadita in altre pronunce, senza alcuna significativa aggiunta⁷.

³ M. DONINI, *op. cit.*, 53-54. Un altro luogo privilegiato ove sempre più spesso la Corte Suprema, per il tramite del suo Ufficio del Massimario, produce dottrina, è quello delle "Relazioni" tematiche sulle interpretazioni giurisprudenziali e, soprattutto, quelle aventi ad oggetto le novità legislative. Sul punto v. G. SCARSELLI, *Sulle relazioni dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione*, in *Judicium*, 25.10.2023 (web). Sul funzionamento del Massimario, la sua organizzazione interna, le prassi operative (non neutrali) di selezione delle pronunce, v. A. MANNA, F. ALONZI (a cura di), *L'Ufficio del Massimario e la forza dei precedenti. Atti del convegno di Roma, 13-14 dicembre 2019 organizzato dall'Osservatorio sulla Corte di Cassazione dell'UCPI*, Milano, 2020.

⁴ *Ivi*, 56. In alcuni ordinamenti, per evitare tale deriva, sono imposti limiti ben precisi all'autorità giudiziaria. L'art. 2, co. 1 c.p. della Repubblica di San Marino, ad es., recita nel modo seguente: «Nell'esercizio della giurisdizione il giudice deve limitarsi all'interpretazione della legge in rapporto al caso da decidere e non può emettere statuizioni di carattere generale».

⁵ Cfr. Corte EDU, *Labita c. Italia*, Grande Camera, sent. 6 aprile 2000; *Natoli c. Italia*, sent. 9 gennaio 2001; *Ganci c. Italia*, sent. 30 ottobre 2003; *Madonia c. Italia*, sent. 6 luglio 2004; *Ospina Vargas c. Italia*, sent. 14 ottobre 2004; *Musumeci c. Italia*, sent. 11 gennaio 2005; *Bifulco c. Italia*, sent. 8 febbraio 2005; *Leo Zappia c. Italia*, sent. 29 settembre 2005; *Salvatore c. Italia*, sent. 6 dicembre 2005; *Campisi c. Italia*, sent. 11 luglio 2006; *Bastone c. Italia*, sent. 11 luglio 2006; *Asciutto c. Italia*, sent. 27 novembre 2007; *Di Giacomo c. Italia*, sent. 24 gennaio 2008; *Annunziata c. Italia*, sent. 7 luglio 2009; *Salvatore Piacenti c. Italia*, sent. 7 luglio 2009; *Enea c. Italia*, Grande Camera, sent. 17 settembre 2009; *Stolder c. Italia*, sent. 1° dicembre 2009; *Mole c. Italia*, sent. 12 gennaio 2010; *Barbaro c. Italia*, sent. 16 febbraio 2010; *Viola c. Italia* (n. 2), sent. 13 giugno 2019.

⁶ Corte EDU, *Messina c. Italia* (n. 2), n. 25498/94, sent. 28 settembre 2000, § 66.

⁷ Cfr. Corte EDU, *Gallico c. Italia*, sent. 28 giugno 2005; *Argenti c. Italia*, sent. 10 novembre 2005; *Viola c. Italia*, sent. 29 giugno 2006; *Bagarella c. Italia*, sent. 15 gennaio 2008, § 40; *Cavallo c. Italia*, sent. 4 marzo 2008, § 35; *Guidi c. Italia*, sent. 27 marzo 2008, § 42; *De Pace c. Italia*, sent. 17 luglio 2008, § 47; *Zara c. Italia*, sent. 20 gennaio 2009, § 25.

La Corte, dunque, in dette sentenze si è limitata a “rilevare” le finalità del regime detentivo speciale così come indicate dal legislatore italiano.

La posizione della Corte muta leggermente nella causa *Provenzano c. Italia*. La sentenza dedicava numerose pagine all'analisi dettagliata della vicenda penitenziaria del detenuto e, segnatamente, alla sussistenza o meno di validi motivi che giustificassero il rinnovo del regime speciale di cui all'art. 41-*bis* ord. penit., nonostante il grave quadro clinico del detenuto caratterizzato da un severo deterioramento cognitivo⁸.

In quella sede, tuttavia, per la prima volta, la Corte si spingeva oltre: riconosceva le argomentazioni del Governo italiano, secondo cui il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. si fonda su *obiettivi esclusivamente preventivi e di sicurezza, piuttosto che punitivi*, essendo finalizzato a recidere i contatti tra i detenuti e il contesto criminale di appartenenza (§ 150).

Quello che a prima vista può apparire un innocuo *obiter dictum*, si rivelerà una vera e propria operazione di “produzione dottrinarica”.

4. La presa di posizione della Corte, nella sentenza *Morabito c. Italia*, assume connotati più espliciti e assertivi.

Il Collegio, richiamando direttamente il citato passaggio motivazionale della sent. *Provenzano*, osserva: «La Corte ha anche riconosciuto le finalità puramente preventive e di sicurezza – piuttosto che punitive – dello speciale regime detentivo in discussione, nonché il suo obiettivo di recidere i contatti tra i detenuti e le organizzazioni criminali di appartenenza» (§ 129).

Posizione confermata poco oltre, laddove si legge: «La Corte ribadisce che il regime di cui all'art. 41-*bis* è finalizzato a recidere i contatti tra i detenuti e la loro organizzazione criminale» (§ 136).

Che vi sia un deciso scarto rispetto al precedente orientamento della Corte è dimostrato dal fatto che la sent. *Morabito* richiami la sent. *Provenzano* e non la sent. *Messina* (n. 2).

5. Il Dott. Balsamo, come si è accennato, ha redatto una opinione parzialmente dissenziente dalla maggioranza della Corte, pubblicata in allegato alla sentenza, ai sensi degli artt. 45, co. 2 della Conv. EDU e 74, co. 2 del Regolamento della Corte.

Il Dott. Balsamo coglie sin da subito l'importanza della presa di posizione della Corte in ordine alle finalità del regime speciale cui è sottoposto il ricorrente: «Il presente giudizio contiene una definizione molto significativa della natura e delle funzioni del regime detentivo speciale previsto dall'art. 41-*bis* dell'Ordinamento Penitenziario [...]. Il riconoscimento degli obiettivi puramente preventivi e di sicurezza – piuttosto che punitivi – di tale regime detentivo speciale, finalizzato a recidere i contatti tra i detenuti e le loro organizzazioni criminali, è pienamente coerente con i principi della giurisprudenza della Corte, l'evoluzione storica delle disposizioni della

⁸ Il criterio distintivo rispetto ad altre vicende oggetto di precedenti pronunce fu il seguente: «La Corte sottolinea che la condizione di salute del ricorrente era caratterizzata da un serio deterioramento cognitivo che innegabilmente è peggiorato nel corso del tempo. Questo aspetto, dunque, distingue il presente caso da quelli in cui i problemi di salute – per quanto gravi – attonano solo alla sfera fisica, ma non riguardano la capacità mentale di un ricorrente» (Corte EDU, sent. 25 ottobre 2018, *Provenzano c. Italia*, § 151).

legislazione nazionale e il ruolo chiave che tali disposizioni possono giocare nel contesto delle strategie moderne di lotta al crimine organizzato» (§ 1 *dissenting opinion*). La finalità preventiva e di sicurezza viene ribadita nel § 2, laddove si illustrano anche le ragioni storiche dell'introduzione dell'art. 41-bis ord. penit., evidenziando la necessità di ridurre i fattori potenzialmente criminogeni delle comunicazioni dal carcere verso la società esterna. Il regime speciale, difatti, è «di notevole importanza come strumento di protezione del diritto alla vita e di altri fondamentali valori» dei membri della società civile (§ 7 *dissenting opinion*).

Il giudice (§ 4) richiama anche una seminale sentenza della Corte costituzionale italiana, n. 376/1997, nella quale venne statuito il principio di “stretta funzionalità” tra le misure restrittive imposte dal regime speciale e le finalità di prevenzione e sicurezza “concretamente giustificate”⁹. Le misure imposte in assenza di tale “stretta funzionalità” sono (dovrebbero essere) illegittime, essendo, invece, giustificabili «solo quelle congrue rispetto alle predette specifiche finalità di ordine e sicurezza» (§ 5 del *considerato in diritto*). Nella medesima pronuncia la Corte precisava anche che – pur nel rispetto delle esigenze di prevenzione e sicurezza – non può essere soppressa o sospesa l'attività di osservazione e trattamento individualizzato né essere preclusa la partecipazione del detenuto ad attività culturali, ricreative, sportive o di altro genere (§ 7 del *considerato in diritto*)¹⁰.

6. I passaggi motivazionali delle sentenze *Provenzano c. Italia* e, ancor più, *Morabito c. Italia*, citati nei §§ 3, 4, 5, ad una prima lettura appaiono ‘neutrali’ ed esclusivamente serventi ad una esposizione più completa della materia oggetto di decisione. Essi, tuttavia, vanno considerati come dei veri e propri *obiter dicta* tipici di alcune alte giurisdizioni.

In dottrina è stato osservato come non sia sempre facile distinguere tra la *ratio decidendi* e l'*obiter dictum*, poiché tale differenziazione «non impedisce che a esso [*obiter dictum*, n.d.s.] si faccia riferimento trattandolo come un argomento o un fat-

⁹ La portata dirompente della citata pronuncia venne colta, seppur all'epoca criticamente, da L. CESARIS, *In margine alla sentenza costituzionale n. 376 del 1997: l'art. 41-bis comma 2 ord. pen. norma effettiva o norma virtuale?*, in *Cass. pen.*, 1998, vol. XXXVIII, 3179-3191 (per le osservazioni critiche v. soprattutto 3185-3187).

¹⁰ Principio che esiste soltanto sulla carta, poiché di fatto è negato ogni percorso trattamentale al detenuto sottoposto al regime di cui all'art. 41-bis ord. penit. Lo ha ammesso con grande onestà anche il Procuratore nazionale antimafia in una audizione alla Camera dei deputati (v. M. BRUCALE, *Lo ammette anche Melillo: per i detenuti al 41 bis la rieducazione non si fa*, in *Domani* del 19.4.2024. La criticità di tale aspetto, ancor più evidente se relazionata alla disciplina dell'art. 54 ord. penit., veniva rilevata già tempo addietro da L. CESARIS, *op. cit.*, 3183). Il Dott. Balsamo (§ 6 *dissenting opinion*) ha, inoltre, sostenuto che non vi sia alcuna contraddizione tra il regime speciale in discussione e il “*right to hope*” più volte invocato e tutelato dalla Corte EDU (basti pensare alla causa *Viola c. Italia*, n. 2). In questa sede è impossibile affrontare tale delicato tema. Si rinvia sul punto agli argomenti critici esposti nell'intervento del 7.11.24 dell'Unione delle Camere Penali Italiane a firma del suo Presidente Avv. Francesco Petrelli, in qualità di *Amicus curiae*, depositato nella causa *Franco Trovato e altri c. Italia* (n. 59946/17), assegnata alla Prima Sezione della Corte EDU (l'intervento è leggibile al seguente link: <https://tinyurl.com/4z223zuw>).

tore dotato di qualche significato persuasivo nella formulazione della decisione del secondo caso»¹¹.

In giurisprudenza si è sostenuto come, peraltro, gli *obiter dicta* si atteggiino in modo diverso in base alla sede decisionale nella quale vengono pronunciati: nelle alte giurisdizioni essi hanno una particolare natura. Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in ambito civile, hanno di recente definito lo statuto dell'*obiter dictum* nelle sentenze della Corte costituzionale. In queste ultime – a differenza che nelle pronunce del giudice comune¹² – «la stessa distinzione tra *ratio decidendi* e *obiter dictum* perde di significato, giacché le affermazioni di principio contenute nelle motivazioni di quelle pronunce sono da considerare sempre nella loro totalità, hanno di mira la tutela di norme, di valori e di attribuzioni costituzionali, in una continua dialettica di astratto e concreto» (Cass. civ., SS.UU., sent. 12 maggio 2022, n. 15236).

In quelle sedi, dunque, gli *obiter dicta* possono essere il frutto di una vera e propria “operazione dottrinarica” a carattere generale: nel caso in commento, a destare perplessità non è tanto l’operazione in sé, ma il fatto che non sia sufficientemente motivata. Le finalità del regime speciale di cui all’art. 41-*bis* ord. penit. sono state definite in una modalità assertiva e non argomentativa. Sembra riprodursi con grande fedeltà quella pratica di ‘produzione dogmatica a mezzo di sentenze’ (v. *supra*, § 2), che trasforma la giurisprudenza in una vera e propria fonte del diritto.

La Corte EDU, in entrambe le pronunce citate, pur non essendo stata chiamata a decidere in ordine alla natura e alle finalità dell’istituto in discussione¹³, utilizza il ‘luogo’ della sentenza per cristallizzare una definizione generale del regime speciale di cui all’art. 41-*bis* ord. penit.

In assenza di una definizione puntuale dell’istituto di cui all’art. 41-*bis* ord. penit. fornita dal legislatore italiano, la sua finalità eminentemente preventiva viene ‘normativizzata’ dalla Corte EDU, senza nemmeno adempiere, sul punto, all’obbligo di cui all’art. 45, co. 1 Conv. EDU: «Le sentenze... devono essere motivate». A ben vedere, in ordine alla natura del regime speciale, nemmeno la citata opinione dissenziente è sufficientemente argomentata¹⁴. Essa, difatti, pur essendo “concorrente” sul punto rispetto alla sentenza, offre delle prospettazioni soltanto parziali.

¹¹ M. TARUFFO, *Note sparse sul precedente giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 115, citato in E. RECCIA, *Il valore del precedente e il carattere vincolante delle pronunce delle Sezioni Unite*, Torino, 2020, 65.

¹² In tali casi, «[n]on avendo una relazione diretta con i fatti di causa, l'*obiter dictum* non ha, di regola, una forza persuasiva, anche se potrà preannunciare una giurisprudenza futura su altre controversie in cui la questione giuridica, prima prospettata e risolta in via ipotetica, si trovi al cospetto di una fattispecie pertinente» (Cass. civ., SS.UU., sent. 12 maggio 2022, n. 15236, § 10 *motivi della decisione*).

¹³ Si tenga peraltro contro che non è compito della Corte esaminare in astratto se una disposizione di diritto interno sia conforme alla Convenzione, dovendosi essa limitare a decidere se nel caso specifico i diritti garantiti dalla Convenzione siano stati rispettati (v. *ex pluribus* Corte EDU, *Gallico c. Italia*, sent. 28 giugno 2005, § 18).

¹⁴ L’opinione è parte integrante della sentenza, pur non avendo valore giuridicamente rilevante. Essa, tuttavia, è «lo strumento mediante il quale il singolo giudice argomenta in termini giuridici, razionali e concreti il proprio convincimento in merito alla decisione presa dalla maggioranza» (P.P. DE ALBUQUERQUE, D. CARDAMONE, *Efficacia della dissenting opinion*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *La Corte di Strasburgo. Gli speciali di Questione Giustizia*, Roma, 2019, 155).

La presa di posizione della Corte EDU non è in alcun modo 'neutrale' e, anzi, rispetto ai principi della Conv. EDU, assume numerosi connotati di problematicità.

Per poter sostenere, con una certa solidità argomentativa, la finalità eminentemente preventiva del regime speciale di cui si discute – per il quale le limitazioni sarebbero imposte in maniera strettamente funzionale alle esigenze di tutela della incolumità collettiva e per impedire la trasmissione di comunicazioni criminogene dal carcere all'esterno –, bisognerebbe dimostrare che tutte le restrizioni aggiuntive della libertà del detenuto imposte con il detto regime siano assolutamente coerenti con quelle finalità. Ogni misura non funzionale fuoriesce dalla logica della prevenzione, assumendo i connotati della 'ultra-afflittività' gratuita¹⁵.

Nulla di tutto ciò è ravvisabile nelle pronunce *Provenzano c. Italia* e *Morabito c. Italia* (che pure si dilunga maggiormente sulla ricostruzione complessiva del regime detentivo). Non sembra essere un caso che la citata 'opinione parzialmente dissenziente', nel ricostruire origini, natura e finalità del regime speciale, si limiti a fare riferimento alla necessità di interrompere le comunicazioni dei detenuti con l'esterno (*rectius*, con le organizzazioni criminali di appartenenza). Si osserva, tuttavia, un rigoroso silenzio sulle numerose ulteriori limitazioni imposte (alcune in maniera automatica, *ex lege*; altre dall'Amministrazione penitenziaria) ai detenuti in detto regime speciale, che non sono in alcun modo funzionali alle dichiarate finalità preventive e di sicurezza (tanto da aver 'costretto' la Corte costituzionale in più occasioni ad intervenire per censurarle)¹⁶.

¹⁵ I criteri di "congruità" e "proporzionalità" sono stati ribaditi in più occasioni dalla Corte costituzionale. Cfr., ad es., le sent. 3 giugno 2013, n. 135 e 20 giugno 2013, n. 143. In quest'ultima pronuncia, la Corte stabilì che «nelle operazioni di bilanciamento, non può esservi un decremento di tutela di un diritto fondamentale se ad esso non fa riscontro un corrispondente incremento di tutela di altro interesse di pari rango». In un altro, più recente arresto, si è affermato: «Le restrizioni del regime differenziato [...] sono costituzionalmente legittime solo se funzionali rispetto alla peculiare finalità del regime speciale in parola, che mira non già ad assicurare un *surplus* di punizione per gli autori di reati di speciale gravità, bensì esclusivamente a contenere la persistente pericolosità di singoli detenuti, e purché non risultino sproporzionate, in quanto eccessive rispetto a tale scopo legittimo, o tali da vanificare del tutto la funzione rieducativa della pena; o ancora si risolvano, addirittura, in trattamenti contrari al senso di umanità» (Corte cost., sent. 18 marzo 2025, n. 30; conforme: Corte cost., sent. 24 gennaio 2022, n. 18). Di recente la Corte di Cassazione ha nuovamente valorizzato tale approccio, ritenendo compatibile con il regime differenziato la possibilità di ascoltare musica per mezzo dei CD, attività che «rientra a pieno titolo in quei piccoli gesti di normalità che la Corte costituzionale ascrive ai legittimi ambiti di libertà residua del soggetto detenuto». Sulla scorta di tale presupposto, la S.C. ha ritenuto che l'acquisto di lettori CD e relativi supporti musicali debba ritenersi legittimo (nonostante la contrarietà della direzione dell'istituto di reclusione e della Procura Generale), «sempre che... possa avvenire senza che l'Amministrazione penitenziaria sia costretta a inesigibili adempimenti», che sono tali se incidono «in maniera particolarmente significativa sull'organizzazione della vita dell'istituto e sugli ulteriori servizi incombenti sull'Amministrazione» (Cass., Sez. V, sent. 3 giugno 2025, n. 20635, §2.1). Detti criteri assumono una funzione 'critica' delle scelte del legislatore e delle prassi amministrative adottate ispirandosi a finalità puramente afflittive e neutralizzanti.

¹⁶ In questa sede è impossibile trattare tale aspetto del regime previsto dall'art. 41-bis ord. penit. Le misure non strettamente funzionali sono numerose. A mero titolo di esempio, si pensi alla "geografia penitenziaria" punitiva dell'art. 41-bis ord. penit. (che incide direttamente sui legami familiari), alla edilizia penitenziaria ispirata alle pratiche della deprivazione sensoriale, alle

Omettendo ogni giustificazione in ordine al complesso delle misure restrittive che caratterizzano il regime speciale, la Corte EDU entra in contraddizione con la sua stessa consolidata giurisprudenza – richiamata persino nella sentenza in commento – stando alla quale «la sottoposizione di un individuo a restrizioni aggiuntive senza fornire sufficienti e rilevanti ragioni per l'applicazione o la proroga di un tale regime deve considerarsi arbitraria e di conseguenza lesiva della dignità umana del detenuto, comportando una violazione dell'art. 3 (si v. *Provenzano*, cit., §152-53, e, *mutatis mutandis*, *Csüllög c. Ungheria*, n. 30042/08, §36-37, 7 giugno 2011)» (*Morabito c. Italia*, § 132).

V'è di più: nel portare avanti questa operazione, ci si sottrae persino al confronto doveroso con i principi convenzionali che definiscono la *matière pénale*¹⁷. Se è vero che in più occasioni è stato già dichiarato compatibile il regime di cui all'art. 41-*bis* ord. penit. con l'art. 3 della Convenzione, sarebbe stato doveroso, da parte della Corte – assunta tale posizione – offrire una solida esposizione dei motivi che escluderebbero il 'carcere duro' dalla categoria della vera e propria pena, così come definita sul piano sostanziale dalla giurisprudenza della medesima Corte.

In definitiva: si passa dal "rilevare" la posizione del Governo italiano sulle finalità di recisione dei legami con la criminalità organizzata (*Messina c. Italia* (n. 2) al riconoscimento della natura «puramente preventiva e di sicurezza – piuttosto che punitiva»

limitazioni all'accesso all'aria (si rimaneva chiusi in cella, da soli, per 22 ore al giorno – soltanto la recentissima sentenza della Corte cost. del 18 marzo 2025, n. 30 ha dichiarato illegittimo l'art. 41-*bis*, co. 2-*quater*, lett. f, primo periodo ord. penit. che limitava le ore di aria a due al giorno, comportando una riepansione operativa della previsione normativa dell'art. 10 ord. penit., valido per tutti i detenuti, che prevede un minimo di quattro ore al giorno di aria), alle limitazioni architettoniche all'accesso alla luce naturale, all'assenza di qualsiasi programma trattamentale (che dovrebbe essere tanto più stimolante quanto più si riducono gli spazi di libertà e si vive in condizioni di isolamento prolungato – v. Corte cost., sent. 28 luglio 1993, n. 349: «Chi si trova in uno stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre uno residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l'ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»). Si pensi, inoltre, al ricorso abusivo alle perquisizioni ordinarie, agli originari divieti di cucinare in cella o scambiare oggetti tra i membri dello stesso gruppo di socialità (composto da quattro detenuti), censurati dalla Corte cost. (sent. n. 186/2018 e n. 97/2000), alle limitazioni sul pentolame da poter utilizzare, così come quelle relative al possesso e utilizzo di oggetti di igiene personale o a quelli più immediatamente legati ad attività creative o culturali (limitazioni sul numero di pastelli, di acquerelli o di libri – spesso soggetti ad una incomprensibile censura – o alle limitazioni sull'acquisto di quotidiani, alcuni dei quali anche a carattere nazionale). Ancora: il divieto di affissione di fotografie in cella e il numero massimo consentito di fotografie da possedere con sé o da poter scattare in un anno coi propri familiari, ovvero la censura asfissiante sulle comunicazioni, frequentemente adottata senza un valido motivo, in rapporto alla quale l'intervento giudiziale è per lo più intempestivo. Le stesse limitazioni numeriche dei colloqui di persona (uno al mese) e temporali di quelli telefonici (dieci minuti al mese, in alternativa a quello dal vivo) non si comprendono, soprattutto dopo anni di sottoposizione al regime, se è vero che tali colloqui avvengono sotto stretta osservazione e controllo (ed eventualmente registrazione). Sull'assenza di stretta funzionalità di tali limitazioni, si è espresso in termini molto critici anche uno degli storici e più strenui sostenitori del regime detentivo speciale: v. N. AMATO, *I giorni del dolore. La notte della ragione. Stragi di mafia e carcere duro*, Milano, 2012, 170-173, 194-195.

¹⁷ Per una discussione critica su questi temi, v. recentemente A. CAVALIERE, *Osservazioni intorno al concetto di "materia penale", tra Costituzione e CEDU*, in *Archivio Penale*, fascicolo maggio-agosto 2023 (web), con i necessari ulteriori riferimenti bibliografici.

dell'istituto (*Provenzano c. Italia*) fino a farla propria in maniera più organica e strutturale (*Morabito c. Italia*).

La Corte sembra aver generato una “sequenza” di pronunce finalizzata a creare e consolidare un preciso orientamento, come testimonia il richiamo esplicito alla sent. *Provenzano* quale vero e proprio precedente¹⁸.

7. Il precedente nella giurisprudenza della Corte EDU non ha natura vincolante, ma soltanto ‘persuasiva’, dotato di forza di convincimento e di razionalità, ma anche di autorevolezza. Può dare vita ad una ‘giurisprudenza costante’, che ha tuttavia una natura ‘orizzontale’, a meno che la sentenza non sia stata emessa dalla Grande Camera¹⁹.

Data questa premessa, non si può parlare di “giurisprudenza-fonte” in senso tecnico, che necessita di forza vincolante (si pensi, ad es., agli artt. 374, co. 3 c.p.c. e 618, co. 1-bis c.p.p.), ma di vera e propria dottrina, che serve a creare un orientamento giurisprudenziale costante e prevalente.

Avendo insistito chiaramente sulle finalità “puramente preventive e di sicurezza”, escludendo al contempo scopi punitivi, sembra che la pronuncia voglia neutralizzare ogni tentativo di rilettura del regime speciale in termini “sostanzialmente penali”, anche alla luce della giurisprudenza della stessa Corte.

Prospettiva interpretativa che in dottrina è stata avanzata da tempo con argomenti molto solidi²⁰. La giurisprudenza nazionale aggira tali prospettazioni sostenendo che il regime differenziato *de quo* sia una mera modalità di esecuzione della pena detentiva. La giurisprudenza europea, dal canto suo, sembra voler escludere ogni possibilità di qualificare l'istituto come una vera e propria autonoma pena.

È stato acutamente osservato come la “finalità preventiva” di per sé non distingua una misura di prevenzione da una pena, essendo entrambe caratterizzate da finalità di prevenzione. Dunque: «Non è tanto la funzione quanto... il contenuto del 41 bis a cui occorre guardare per definirne la natura e per persuadersi della sua estraneità all'area delle misure di prevenzione»²¹.

È necessario, di conseguenza, «soffermarsi piuttosto sull'analisi del contenuto delle restrizioni imposte sui detenuti, al fine di verificare se esse abbiano determinato, o meno, un sacrificio ulteriore della libertà personale o dei diritti dei detenuti. [...] il 41 bis non [può] essere considerato come una mera modalità esecutiva della pena detentiva, perché se è vero che le restrizioni che esso implica attengono ‘soltanto’ al regime penitenziario intra-murario, è vero anche che la tipologia e la severità delle

¹⁸ Tale ipotesi sembra confermata anche dalla recentissima ulteriore pronuncia della Corte EDU, che ribadisce detto orientamento, richiamando sul punto proprio la *Provenzano c. Italia* (v. Corte EDU, *Gullotti c. Italia*, 10 luglio 2025).

¹⁹ Su questi temi v. M.G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in F. BUFFA, M.G. CIVININI (a cura di), *op. cit.*, 126-135.

²⁰ V. le note 21 e 23 per i riferimenti bibliografici, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

²¹ A. DELLA BELLA, *Il “carcere duro” tra esigenze di prevenzione e tutela dei diritti fondamentali. Presente e futuro del regime detentivo speciale ex art. 41 bis O.P.*, Milano, 2016, 382. Un simile approccio va anche oltre il criterio della “stretta funzionalità”. Ritenendo irrilevante la finalità dell'istituto a fini definitivi, mira direttamente al cuore della natura afflittiva delle misure restrittive imposte, che da sole dovrebbero essere suscettibili di definire in termini di vera e propria pena il regime detentivo di cui all'art. 41-bis ord. penit.

stesse sono tali da modificare radicalmente la fisionomia della pena detentiva nella sua configurazione 'ordinaria'»²².

A fronte delle citate prese di posizione, pregne di conseguenze, era lecito aspettarsi dalla Corte quantomeno una motivazione più chiara, argomentata e che dimostrasse la piena e rigorosa funzionalità di tutte le limitazioni imposte col regime speciale *ex art. 41-bis* ord. penit. rispetto alle finalità dichiarate dal legislatore. Superato questo primo vaglio – già di per sé sufficiente a smentire la natura di misura 'preventiva' del regime speciale – la Corte avrebbe dovuto confrontarsi con gli aspetti 'qualitativi' della pena espiata in quelle condizioni, spiegando le ragioni per le quali è giunta alla conclusione di escludere la natura autonoma e 'sostanzialmente penale' di quella particolare reclusione (priva di finalità punitive ulteriori rispetto alla reclusione ordinaria). Solo se la Corte avesse operato in tal modo l'operazione 'dottrinarica' da essa posta in essere sarebbe stata falsificabile²³.

Al contrario, ciò che dovrebbe essere l'esito di un articolato e complesso ragionamento, viene proposto agli operatori del diritto come un postulato.

Torna in mente l'immagine tratteggiata all'inizio di questa nota: quanto più le sentenze sono 'ricche' di dottrina, tanto più assumono i connotati di 'luoghi' ove si giustifica *a posteriori* ciò che si è deciso prima.

In questo caso, tuttavia, manca anche una giustificazione credibile e argomentata.

8. La presa di posizione assunta dalla Corte EDU appare come l'ultimo momento di legittimazione di un lungo percorso intrapreso nei primi anni 2000 all'interno dell'Amministrazione penitenziaria.

In una stagione nella quale ancora era indefinita la natura del regime speciale, un magistrato molto valido e di lunga esperienza maturata al D.A.P. si attivava per 'blindare il 41-bis'. La testimonianza diretta è di estremo interesse: «E così nell'estate 2003 preparai la prima informativa per il procuratore antimafia. In altre parole, considerandolo solo come carcere duro, si sarebbe decretata la fine del regime speciale. I Tribunali di sorveglianza lo consideravano infatti alla stregua di un aggravamento di pena, e nel nostro sistema le aggravanti, come è noto, cadono con grande facilità. Ritenendolo uno strumento di prevenzione, lo avremmo rafforzato e reso compatibile con il sistema costituzionale». Per raggiungere questo obiettivo «dovevamo partire da una impostazione giuridicamente condivisa. Ci voleva l'opinione di un giurista di altissimo livello per intraprendere questa strada. Non potevamo essere smentiti. Occorreva fare arrivare le nostre ragioni fino al giudizio in Cassazione. Ne parlai con Giorgio Lattanzi... Fu lui che mi diede la ricetta giusta per qualificare correttamente l'istituto del 41-bis. *Cassazione penale*, la rivista di giurisprudenza più diffusa, rilanciò la questione ospitando un lungo intervento di quella tesi. [...] Un processo di attrazione del 41 bis nell'orbita degli strumenti della prevenzione antimafia che sarebbe

²² *Ivi*, 374.

²³ In dottrina vi è chi sostiene la tesi che il regime differenziato *de quo* vada ricondotto alla categoria delle "pene accessorie", assumendo i connotati della "misura cautelare speciale" nella fase antecedente all'esecuzione (A. DELLA BELLA, *op. cit.*, 391-400) e chi, invece, promuove la tesi della riconducibilità alle 'misure di sicurezza' (V. MANCA, *La finalità preventiva del 41-bis O.P. tra misure di prevenzione e custodia di sicurezza: suggestioni de iure condendo*, in *Archivio Penale*, n. 1/2018, *passim*).

andato a totale compimento con l'arrivo di Pietro Grasso a capo della Direzione nazionale nell'ottobre 2005»²⁴.

La lunga marcia comincia con le circolari del D.A.P. che definiscono esplicitamente il regime di cui all'art. 41-bis ord. penit. come misura di prevenzione (circolare D.A.P. del 9 ottobre 2003, n. 3592/6042), si avvale della dottrina (prodotta da magistrati su accreditate riviste scientifiche), viene trasposta nei decreti di applicazione e di proroga del regime speciale, passa per la collaborazione attiva della Direzione nazionale antimafia, attraversa le pronunce della Corte di Cassazione²⁵ e finisce, da ultimo, per essere esplicitamente riconosciuta e legittimata anche dalla Corte EDU, la quale, pur non adottando una definizione tassonomicamente esplicita del regime differenziato, ne decreta le finalità puramente preventive, escludendo ogni scopo punitivo.

²⁴ S. ARDITA, *Ricatto allo Stato*, Milano, 2011, 111-2.

²⁵ La Corte di Cassazione, adottando un approccio timido al tema, in più pronunce ha sostenuto la natura "ibrida" del regime detentivo speciale, a metà strada tra le misure di prevenzione e quelle di sicurezza, da un lato escludendo la natura sostanzialmente penale del regime e dall'altro ritenendolo una mera modalità esecutiva della pena (v. *ex pluribus* Cass., Sez. I, sent. 20 aprile 2022, n. 5363; Cass., Sez. I, sent. 24 gennaio 2018, n. 3447).

PATTEGGIAMENTO E CONFISCA NEL PROCEDIMENTO A CARICO DEGLI ENTI

Corte di Cassazione, Sez. II, 5 febbraio 2025, n. 4753

Ettore Colelli Riano*

Sommario: **1.** Il caso di specie. – **2.** La natura poliedrica della confisca e la qualificazione espressa come sanzione principale nel d.lgs. n. 231 del 2001. – **3.** La negoziabilità della confisca a fronte della natura di sanzione principale. – **4.** La conciliabilità dei caratteri della negoziabilità e della obbligatorietà. – **5.** Considerazioni conclusive.

ABSTRACT

Muovendo dalla natura di sanzione principale della confisca del profitto dell'illecito amministrativo dipendente da reato di cui agli artt. 9 e 19 del decreto legislativo n. 231 del 2001, l'autore affronta il tema della sua negoziabilità nel procedimento a carico degli enti, giungendo ad affermare, da un lato, come l'accordo sulla sanzione debba riguardare l'intero trattamento sanzionatorio potenzialmente conseguente all'illecito amministrativo e, quindi, anche l'an e il quantum della confisca, dall'altro, che il giudice, qualora ritenga non corretto l'accordo in punto di confisca, può esclusivamente rigettare in toto le richieste congiunte delle parti.

Moving from the nature of the main sanction of confiscating profit derived from an administrative violation dependent on the crime referred to in articles 9 and 19 of legislative decree number 231 of 2001, the author addresses the issue of its negotiability in proceedings against entities. The author concludes that the agreement on the sanction must cover the entire range of sanctions that could result from the administrative offence, including the nature and amount of the confiscation. The author also concludes that, if the judge considers the agreement on confiscation to be incorrect, they can only reject the joint requests of the parties entirely.

1. Il caso di specie.

Il Giudice per le Indagini Preliminari presso il Tribunale di Milano, nell'applicare all'ente, su concorde richiesta delle parti, la pena di € 54.000,00 per gli illeciti amministrativi di cui agli artt. 5, comma 1, lett. a), 6 e 25-octies d.lgs. n. 231 del 2001, in relazione ai reati presupposto di ricettazione e di autoriciclaggio commessi dal legale rappresentante *pro tempore*, disponeva, ai sensi degli artt. 9 e 19 d.lgs. n. 231 del 2001, la confisca del profitto del reato per un importo superiore a quello oggetto di accordo.

* Dottorando di Ricerca in Diritto Processuale Penale presso l'Università di Roma "Tor Vergata".

Avverso tale decisione proponeva ricorso per cassazione il difensore dell'ente, deducendo, per quanto di interesse, la violazione dell'art. 606, comma 1, lett. b), c.p.p., in relazione all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001, per errata individuazione del profitto del reato.

La pronuncia in commento, nel rigettare il ricorso, rileva come, nel procedimento a carico degli enti, al pari di quanto avviene in quello a carico della persona fisica, sebbene le parti possano includere nell'accordo sulla sanzione anche la confisca, il giudice non sia vincolato alla loro richiesta, esulando la stessa dall'area di negoziabilità individuata e delimitata dall'art. 444 c.p.p.: in tal guisa, il giudice, qualora ritenga incongrua la quantificazione del profitto del reato, senza essere obbligato a rigettare per intero l'accordo, può provvedere in punto di confisca in termini difformi da quelli concordemente prospettati dalle parti, dovendo in tal caso esclusivamente indicarne le ragioni¹.

Nell'affermare tale principio, è stato ritenuto non condivisibile un recente indirizzo di legittimità secondo cui l'accordo sulla sanzione ex art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001 debba includere anche la confisca, al pari di tutte le altre componenti sanzionatorie dell'illecito, non potendo la sua determinazione essere rimessa all'organo giudicante²: tale impostazione sottovaluterebbe il dato per cui la confisca, a differenza delle altre sanzioni che prevedono una cornice edittale, non consenta valutazioni discrezionali, prescindendo dalla colpevolezza ed essendo unicamente diretta a privare l'ente del beneficio economico tratto dall'illecito. L'individuazione dell'*an* e del *quantum* confiscabile, dunque, si sostanzierebbe in una mera operazione matematica, come tale eseguibile dal giudice *inaudita altera parte*.

2. La natura poliedrica della confisca e la qualificazione espressa come sanzione principale nel d.lgs. n. 231 del 2001.

Una compiuta analisi della pronuncia in commento implica, in via preliminare, la precisa identificazione della natura della confisca del profitto del reato nel sistema delineato dal d.lgs. n. 231 del 2001.

È noto, invero, come la confisca, il cui contenuto consiste sempre nell'acquisizione coattiva alla mano pubblica di un bene con contestuale spoliatura del soggetto inciso, possa assumere una diversa natura giuridica a seconda dei motivi e delle finalità per cui è prevista, donde il suo polimorfismo³. In tale prospettiva, posto che a fronte di identico effetto sostanziale, consistente nell'ablazione del bene, diversa può essere la fisionomia dell'istituto in rapporto alla specifica disciplina positiva, spetta all'interprete individuarne la precipua connotazione nel sistema di riferimento⁴.

¹ Cass. pen., Sez. II, 5 febbraio 2025, n. 4753.

² Cass. pen., Sez. VI, 25 luglio 2024, n. 30604.

³ Corte costituzionale, sentenza n. 29 del 1961.

⁴ Cass. pen., Sez. Un., 2 febbraio 2015, n. 4880, secondo cui "*al di là delle diverse angolazioni prospettiche, in chiave teorico-domatica, va considerato che la confisca è, di per sé, istituto 'neutro', capace di assumere natura e fisionomia diverse, a seconda del regime normativo che la contempla. Appare, quindi, appropriata, e non solo suggestiva, la definizione dottrinarica di istituto 'camaleontico', ad eloquente sottolineatura della capacità della confisca di adattarsi all'ambiente normativo di riferimento e di recepirne le peculiari finalità, che, per suo tramite, il legislatore intenda, di volta in volta, perseguire*".

Dall'identità di effetti deriva, con ogni evidenza, che l'indagine non possa essere condotta sul versante della realtà effettuale, ma debba, piuttosto, orientarsi in dimensione teleologica, in riferimento alla peculiare finalità sottesa. Finalità che, ovviamente, non può essere quella che l'interprete reputi, pregiudizialmente, di dover assegnare, per proprie ragioni ideologiche, in rapporto alla ritenuta essenza del fenomeno acquisitivo, ma è soltanto quella che il legislatore ha inteso, effettivamente, perseguire⁵.

I termini dell'alternativa, che nella specie occorre dirimere, come accennato, attengono alla natura preventivo-cautelare o sanzionatoria della confisca del profitto del reato nel sistema oggetto di esame: il quesito, si badi, non risponde ad esigenze di mera classificazione nominalistica, ma è invece foriero di notevoli riflessi in punto di negoziabilità ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001.

Ebbene, alcun dubbio può esservi sulla natura di sanzione principale della confisca di cui agli artt. 9 e 19 d.lgs. n. 231 del 2001, applicabile nei confronti dell'ente ogni qual volta venga ritenuto responsabile di un illecito amministrativo dipendente da reato⁶.

A sostegno di tale carattere milita lo stesso art. 9, comma 1, lett. c) del medesimo decreto, che, menzionando espressamente la confisca tra le sanzioni amministrative principali, ne attribuisce esplicitamente tale fisionomia⁷, con ciò differenziandola dalle ipotesi previste dal codice penale, nel cui ambito assume una coloritura accessoria rispetto alle statuizioni principali del trattamento sanzionatorio della persona fisica⁸.

Sotto un profilo affine, la funzione punitiva dell'ablazione del prezzo e del profitto del reato si ricava implicitamente anche dalla possibilità di disporlo per equivalente, così recidendo qualsiasi nesso con la *res illicita* e prescindendo da ogni valutazione circa l'intrinseca pericolosità dei beni che si intende confiscare⁹.

⁵ Non può allora sorprendere che, nell'interpretazione giurisprudenziale di legittimità, alla confisca, nelle sue diverse applicazioni, sia stata, di volta in volta, attribuita natura diversa, ora di misura di sicurezza, ora di sanzione tipica o atipica, ora di misura preventiva. In via esemplificativa, ferma la natura di misura di sicurezza della confisca di cui all'art. 240 c.p. per formale inquadramento sistematico, è stata attribuita natura sanzionatoria alla confisca per equivalente, presentando una funzione eminentemente repressiva e, dunque, un sostanziale carattere di pena. Tra le altre, Cass. pen., Sez. Un., 29 settembre 2022, n. 4145; Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2015, n. 31617; Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 18374.

⁶ Sulla natura sanzionatoria della confisca di cui all'art. 19 d.lgs. n.231 del 2001, tra le altre, Cass. pen., Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 11170; Cass. pen., Sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19052; Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654.

⁷ Diversamente, la confisca di cui all'art. 6, comma 5, d.lgs. n. 231 del 2001 ha eccezionalmente natura di misura di sicurezza, essendo applicabile anche nelle ipotesi in cui l'ente sia esente da responsabilità per avere validamente adottato e attuato i modelli di organizzazione, gestione e controllo disciplinati dalla medesima disposizione.

⁸ In argomento, R. BORSARI, *Reati tributari e confisca di beni societari. Ovvero, di un'occasione perduta dalle Sezioni Unite*, in *Le Società*, 2014, 874; P. CORSO, *Reato non presupposto di responsabilità amministrativa e limiti del sequestro/confisca nei confronti dell'ente*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2014, 990 ss.

⁹ C. SANTORIELLO, *La confisca e la criminalità d'impresa*, in A. BARGI - A. CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, Torino, 2011, 857; A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, 2103; D. BIANCHI, *Automatismi nel meccanismo sequestro-confisca ex d.lgs. n. 231 e ricadute problematiche sulla procedura fallimentare*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2015, 1995.

L'applicazione della confisca in esame, deve soggiungersi, necessariamente, in quanto sanzione principale, non è lasciata alla discrezionalità del giudice, ma è obbligatoria. Appare, pertanto, pleonastica, la previsione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001, laddove espressamente prevede che nei confronti dell'ente è *sempre disposta* la confisca del prezzo e del profitto del reato in caso di sentenza di condanna. Tale soluzione, invero, discende dai principi generali del nostro ordinamento: una volta accertata la responsabilità penale, sulla quale è all'evidenza modellata quella dell'ente, il giudice non può omettere di applicare la relativa sanzione principale, essendo la sua discrezionalità limitata alla sola misura di pena da infliggere in concreto al colpevole¹⁰.

3. La negoziabilità della confisca a fronte della natura di sanzione principale.

La incontrovertibile natura di sanzione principale della confisca del profitto del reato nel sistema oggetto di esame impone di riconoscere alle parti la possibilità di includerla nell'accordo sulla sanzione ex art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001 e, conseguentemente, in capo al giudice, l'obbligo di recepire o rigettare, per intero, l'accordo¹¹.

A sostegno dell'indicata possibilità milita, in primo luogo, sul piano letterale, l'utilizzo dell'espressione "*applicazione della sanzione su richiesta*" nella rubrica legislativa di cui all'art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001 che, richiamando in maniera omnicomprensiva le sanzioni in concreto irrogabili nei confronti dell'ente per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, implica necessariamente, in assenza di disposizioni di segno contrario, l'esigenza di includere anche la confisca nell'accordo tra le parti¹².

Una tale facoltà, poi, sul piano sistematico, risulta coerente con un percorso di progressivo ampliamento del contenuto dell'accordo di cui all'art. 444 c.p.p., spintosi fino a positivizzare forme inedite di concordato volte a determinare l'an, il *quid*

¹⁰ Sul carattere vincolato della discrezionalità del giudice nella commisurazione della pena, MARINUCCI - DOLCINI - GATTA, *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale*, Milano, 2025, 812 ss.

¹¹ In tal senso, M.L. DI BITONTO, *A proposito di applicazione della confisca-sanzione disciplinata dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001 e "patteggiamento"*, in *Cassazione Penale*, vol. 65, 2025, 2891 ss. In senso contrario, A. PRESUTTI, *I procedimenti speciali*, in A. PRESUTTI - A. BERNASCONI, *Manuale della responsabilità degli enti*, Milano, 2013, 364, secondo cui "*alle parti (pubblico ministero e ente) spetta individuare il prezzo o il profitto del reato, quale risulta dalle indagini, senza tuttavia farne oggetto di contrattazione*"; S. MARCOLINI, *Art. 63 Applicazione della sanzione su richiesta*, in A. CADOPPI - G. GARUTI - P. VENEZIANI, *Enti e responsabilità da reato*, Torino, 2010, 691 ss., secondo cui il giudice disporrebbe di un penetrante potere di igiene processuale, in forza del quale l'eventuale diversa clausola sulla confisca concordata tra le parti si avrebbe come non apposta, in quanto avente a oggetto un profilo eccedente le prerogative negoziali alle stesse riconosciute dalla legge.

¹² Così, Cass. pen., Sez. VI, 25 luglio 2024, n. 30604, pronuncia non condivisa dalla sentenza in commento, secondo cui la "*specificità del sistema punitivo dettato dal d.lgs. 231 del 2001, nonché l'espressa qualificazione della confisca quale sanzione principale e la necessità di favore il ricorso a riti deflattivi, consentono di affermare che, in caso di patteggiamento, l'accordo deve riguardare tutte le sanzioni conseguenti all'illecito, in tal modo evitando che l'ente - dopo aver concordato le sanzioni pecuniarie e interdittive - si veda esposto all'applicazione di una confisca avente connotati particolarmente afflittivi e in relazione alla quale non ha avuto alcuna possibilità concreta di interlocuzione*".

e il *quantum* della confisca¹³. Invero, non può essere trascurato come, in linea con la direzione in cui si sta sviluppando il processo penale, ove si assiste all'espansione dei profili patrimoniali e preventivi e, con essi, alla moltiplicazione delle misure di sicurezza patrimoniali, anche l'istituto del patteggiamento ordinario si sia progressivamente rinnovando, adeguandosi a tale tendenza, riconoscendo alle parti la facoltà di inserire nell'accordo anche la pattuizione relativa alle misure di sicurezza.

Sotto altro aspetto, solo una soluzione ermeneutica che riconosca la negoziabilità della confisca e l'obbligo per il giudice di recepire o meno per intero l'accordo, risulterebbe coerente con i recenti ed epocali principi di diritto enunciati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in tema di confisca e concorso di persone nel reato. Ed invero, se la confisca-misura di sicurezza può essere disposta nei confronti del singolo concorrente limitatamente a quanto dal medesimo concretamente conseguito, il cui accertamento deve essere oggetto di prova nel contraddittorio fra le parti¹⁴, non si comprende come, nel sistema oggetto di esame, possa essere esclusa la negoziabilità della confisca-sanzione nell'*an*, laddove manchi il profitto per l'ente, e nel *quantum*, laddove l'ente abbia tratto un profitto inferiore rispetto a quello contestato, né, correlativamente, come il giudice possa considerarsi non obbligato a recepire o meno per intero il contenuto dell'accordo, ove si consideri che l'ente, prestando il consenso alla definizione concordata del procedimento ai sensi dell'art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001, ha rinunciato al contraddittorio sulla prova e, dunque, al contraddittorio sul profitto conseguito in relazione all'illecito amministrativo dipendente da reato, esclusivamente nell'ottica di vedere ratificato l'accordo richiesto¹⁵.

Né depone in senso contrario quanto disposto dall'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 231 del 2001, laddove prevede l'applicabilità della riduzione premiale fino a un terzo esclusivamente in relazione alla durata della sanzione interdittiva e all'ammontare della sanzione pecuniaria: l'omessa menzione della confisca ne riflette la peculiarità sanzionatoria, consistente nell'ablazione del profitto, ancorché concordato nel *quantum*, dell'illecito, in ottica ripristinatoria della situazione *quo ante*, come tale insuscettabile di riduzione.

Alla stregua di quanto precede, può conclusivamente affermarsi come, nel procedimento a carico degli enti, l'accordo sulla sanzione consenta alle parti di sottoporre al giudice una proposta che copra l'intero trattamento sanzionatorio previsto dall'art.

¹³ Emblematico in tal senso è la recente modifica introdotta in relazione al patteggiamento nel procedimento a carico della persona fisica, che ha reso possibile per l'imputato e il pubblico ministero concordare l'esclusione della confisca facoltativa o ordinarla con riferimento a specifici beni o a un importo determinato.

¹⁴ Cass. pen., Sez. Un., 8 aprile 2025, n. 13783, secondo cui "*l'ablazione indistinta, fissa e totalizzante nei riguardi del correo che non abbia conseguito nessun arricchimento, nessuna porzione di profitto, ovvero abbia conseguito una quota parte di profitto inferiore rispetto all'oggetto della ablazione, non risulta proporzionata sotto il profilo della adeguatezza del mezzo scelto per raggiungere gli obiettivi prefissati*". In tale prospettiva, "*in caso di pluralità di concorrenti, ai fini della confisca diretta o per equivalente avente ad oggetto denaro costituente prezzo o profitto del reato è illegittima ogni forma di solidarietà passiva fra i correi*", di guisa che "*il tema della confisca senza arricchimento e della quantificazione del prezzo o del profitto conseguito da ciascun partecipante nel reato, diventa allora un tema del processo, e, in particolare, un tema oggetto di prova*".

¹⁵ Nello stesso senso, M.L. DI BITONTO, *op. cit.*, 2893.

9 d.lgs. n. 231 del 2001 e, dunque, per quanto innanzi evidenziato, anche l'*an* e il *quantum* del profitto confiscabile.

Nell'indicato contesto, riveste, pertanto, a ben vedere, essenziale rilievo il controllo che il giudice compie sulle richieste e prospettazioni congiunte delle parti, e che, se è un accertamento negativo in relazione alla responsabilità, è positivo quanto alla verifica, oltre che in ordine alla correttezza della qualificazione giuridica del fatto, all'applicazione e alla comparazione delle circostanze e alla congruità della sanzione pecuniaria, anche al riscontro della legalità, nell'*an* e nel *quantum*, della confisca, così bilanciando il contenuto pattizio del rito¹⁶: in tale prospettiva, l'accordo sulla sanzione dovrà essere rigettato per intero sia nel caso in cui le parti abbiano escluso erroneamente escluso la confisca, sia nel caso in cui abbiano erroneamente quantificato il profitto del reato¹⁷.

4. La conciliabilità dei caratteri della negoziabilità e della obbligatorietà.

La diversa impostazione, fatta propria dalla pronuncia in commento, che esclude la negoziabilità della confisca, muove dall'obbligatorietà della stessa ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001: l'indicato carattere renderebbe tale peculiare sanzione un atto dovuto per il giudice, della cui applicabilità l'ente dovrebbe sempre tenere conto nell'operare la scelta del patteggiamento. In altri termini, la confisca-sanzione, essendo destinata a conseguire *ex lege* alla richiesta di patteggiamento in quanto obbligatoria, esulerebbe dall'area di negoziabilità individuata dall'art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001, sicché, ove l'accordo fosse esteso a tale aspetto, sia relativamente all'*an* che al *quantum*, dovrebbe considerarsi non vincolante per il giudice: quest'ultimo, pertanto, potrebbe accogliere la richiesta limitatamente all'accordo sulla sanzione pecuniaria e interdittiva e provvedere, in punto di confisca, in termini difformi da quelli concordemente prospettati dalle parti, dovendo in tal caso esclusivamente motivarne le ragioni.

L'impostazione che precede, a parere di chi scrive, aderendo alle argomentazioni di una isolata pronuncia della Suprema Corte, non è in alcun modo condivisibile, nella misura in cui tende a sovrapporre l'aspetto relativo alla obbligatorietà della confisca con quello della negoziabilità¹⁸.

A ben vedere, tutte le sanzioni principali previste in relazione a un determinato illecito sono, per loro stessa natura, obbligatorie, ma ciò non impedisce la possibilità

¹⁶ Così, con riferimento al patteggiamento ordinario, Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2020, n. 21368.

¹⁷ In senso contrario, Cass. pen., Sez. II, 4 febbraio 2011, secondo cui, con riferimento all'accordo sulla sanzione di al d.lgs. n. 231 del 2001, applicando il principio valevole con riguardo alla confisca obbligatoria nel procedimento a carico della persona fisica, è "*del tutto irrilevante, infine, la circostanza che la confisca non avesse formato oggetto dell'accordo tra le parti, essendo certa la determinazione dei beni profitto da reato destinati all'ablazione. Trattasi poi di confisca obbligatoria, e quindi di un atto dovuto per il giudice, sottratto alla disponibilità delle parti, e di cui l'imputato deve comunque tenere conto nell'operare la scelta del patteggiamento*".

¹⁸ In questi termini, Cass. pen., Sez. VI, 25 luglio 2024, n. 30604.

della loro determinazione sulla base di un accordo tra imputato e pubblico ministero, sottoposto al controllo del giudice.

L'unico elemento che, in verità, le contraddistingue, è rappresentato dal criterio di commisurazione della sanzione: l'importo e la durata, rispettivamente, delle sanzioni pecuniarie e interdittive, è parametrata alla stregua dei criteri di cui all'art. 11 d.lgs. n. 231 del 2001, mentre l'entità della confisca è parametrata al prezzo o al profitto derivante dall'illecito amministrativo dipendente da reato. Ebbene, seppur l'individuazione del *quantum* confiscabile non si basi su positivizzati criteri di scelta e di commisurazione, non è chi non veda come esso sia ancorato ad un presupposto, l'entità del prezzo o del profitto derivante dall'illecito, che presenta, in ogni fattispecie concreta, evidenti margini di discrezionalità e, dunque, per quanto di interesse per la prospettiva del patteggiamento *de societate*, connessi margini di negoziazione tra le parti¹⁹.

L'accertamento del *quantum* confiscabile, invero, impone la necessità di valutare una molteplicità di elementi al fine di stabilire dapprima se l'illecito è stato produttivo di un profitto per l'ente, poi l'entità dello stesso²⁰.

Emblematico della complessità di tale accertamento è la vaga definizione giurisprudenziale di profitto²¹, anche in relazione alle utilità indirette²², nonché l'affermata necessità di modulare la sanzione ablatoria in ragione del profitto attuale al momento della sua applicazione, in considerazione delle restituzioni frattanto poste in essere

¹⁹ Così, M. RICCARDI, *La negoziabilità della confisca e i limiti del sindacato giurisdizionale sull'ablazione patrimoniale nel patteggiamento dell'ente*, in *Sistema 231*, fasc. 1, 2024, 106 ss.

²⁰ L. CERCOLA, *Nota a Cass. Pen., Sez. II, 29 gennaio 2025, n. 4753*, in *Cassazione Penale*, 2025, fasc. 9, 2888 ss., secondo cui *"pur essendo pacifico che per profitto del reato si intenda qualsiasi arricchimento patrimoniale conseguente all'illecito e che la sua confisca è obbligatoria nel procedimento a carico degli enti, la varietà delle situazioni concrete rivela molteplici profili controversi o controvertibili in fatto e in diritto"*. In *Giurisprudenza*, Cass. pen., Sez. III, 11 novembre 2014, n. 15249, secondo cui *"in tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto confiscabile di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001 non può essere calcolato al netto dei costi sostenuti per ottenerlo o altrimenti determinato facendo ricorso a parametri valutativi di tipo aziendalistico, quali il profitto lordo o il profitto netto, ma si identifica con il concreto vantaggio conseguito dalla commissione del reato presupposto"*; Cass. pen., Sez. Un., 31 gennaio 2013, n. 188374, secondo cui *"il profitto, confiscabile anche nella forma per equivalente, del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte, di cui all'art. 11 del d.lgs. n. 74 del 2000, è costituito da qualsivoglia vantaggio patrimoniale direttamente conseguito alla consumazione del reato e può, dunque, consistere anche in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato pagamento del tributo, interessi, sanzioni dovuti a seguito dell'accertamento del debito tributario"*.

²¹ Cass. pen., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, secondo cui *"il sequestro preventivo funzionale alla confisca disposto nei confronti dell'ente collettivo è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente"*.

²² Cass. pen., Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, secondo cui *"in tema di responsabilità da reato degli enti collettivi derivante da reati colposi di evento commessi in violazione di una disciplina prevenzionistica, il profitto oggetto della confisca diretta di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 231 del 2001 si identifica nel risparmio di spesa che si concreta nella mancata adozione di qualche oneroso accorgimento di natura cautelare o nello svolgimento di un'attività in una condizione che risulta economicamente favorevole, anche se meno sicura di quanto dovuto"*.

dell'ente in favore della persona offesa e da questa accettate, scorporando, dunque, quella parte di utilità non più costituente illecito accrescimento patrimoniale²³.

Alla stregua della complessità sottesa all'individuazione del profitto dell'illecito amministrativo dipendente da reato, emerge la necessità di ritenere, da un lato, non sovrapponibili, dall'altro, conciliabili, i caratteri della obbligatorietà e della negoziabilità della confisca-sanzione, dovendosi escludere la possibilità di devolvere un tale delicato accertamento, oggi vero e proprio oggetto di prova nel contraddittorio tra le parti²⁴, all'autonomia decisionale del giudicante, *inaudita altera parte*.

In definitiva, tirando le fila del discorso, la confisca, obbligatoria al pari delle sanzioni pecuniarie e interdittive, non presenta alcun carattere intrinsecamente incompatibile con l'accordo tra le parti di cui all'art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001.

5. Considerazioni conclusive.

Non condivisibili appaiono le conclusioni rassegnate dalla sentenza in commento, laddove ha ritenuto la confisca esulare dall'area di negoziabilità individuata e delimitata dall'art. 63 d.lgs. n. 231 del 2001 e, in tal guisa, il giudice, non vincolato a ratificare o rigettare per intero il contenuto dell'accordo.

La specificità del sistema punitivo delineato dal d.lgs. 231 del 2001 e l'espressa qualificazione della confisca quale sanzione principale consentono immediatamente di affermare come l'accordo sulla sanzione debba riguardare l'intero trattamento sanzionatorio potenzialmente conseguente all'illecito amministrativo e, quindi, anche l'*an* e il *quantum* della confisca²⁵: diversamente opinando e, dunque, riconoscendo al giudice di provvedere, in punto di confisca, in termini difformi da quelli concordemente prospettati dalle parti, l'ente, dopo aver concordato le sanzioni pecuniarie e interdittive, si vedrebbe invero esposto all'applicazione, *inaudita altera parte*, di una sanzione principale avente connotati particolarmente afflittivi.

Proprio l'elevata complessità sottesa all'individuazione del *quantum* confiscabile, dagli esiti non scontati né univoci, d'altro canto, inducono ad escludere la possibilità di devolvere tale delicato accertamento all'autonomia decisionale del giudice, specialmente ove si consideri che, con la richiesta di applicazione della sanzione, l'ente rinuncia alle prerogative dibattimentali esclusivamente in vista della ratifica del progetto-sentenza concordato con l'Ufficio di Procura²⁶.

Tale sola soluzione, può da ultimo soggiungersi, è rispettosa del ruolo assunto nella prassi giudiziaria dal patteggiamento *de societate*, che, lungi dal rappresentare un rito alternativo, si atteggia alla stregua di una fisiologica risposta degli enti colpiti dalla scure del procedimento penale dinanzi alle prospettive, marginali se non nulle,

²³ Cass. pen., Sez. VI, 17 maggio 2023, n. 34290.

²⁴ Cass. pen., Sez. Un., 8 aprile 2025, n. 13783

²⁵ In argomento, Cass. pen., Sez.VI, 30 marzo 2010, n. 12508, secondo cui, con riferimento al patteggiamento ordinario, "quando si procede per un reato che comporta la confisca di beni o valori, non può accogliersi la richiesta di applicazione della pena, formulata dalle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., che non comprenda anche l'accordo sull'oggetto della confisca o comunque non consenta la determinazione certa di tale oggetto da parte del giudice".

²⁶ L. CERCOLA, Nota a Cass. Pen., Sez. II, 29 gennaio 2025, n. 4753, in *Cassazione Penale*, 2025, fasc. 9, 2888 ss.

di conseguire un esito assolutorio connesso al positivo apprezzamento giudiziale circa l' idoneità del proprio modello di organizzazione, gestione e controllo²⁷.

Non residua, né è individuabile, di contro, alcuna ragione per ritenere esclusa la negoziabilità della confisca nel procedimento a carico degli enti: il carattere dell'obbligatorietà, condiviso peraltro con le altre sanzioni irrogabili nei confronti dell'ente, viene salvaguardato dal controllo che il giudice compie sulle richieste e prospettazioni congiunte delle parti, il quale verificherà la corrispondenza della confisca concordata con il profitto dell'illecito amministrativo effettivamente conseguito dall'ente: in tale prospettiva, qualora ritenga non corretto l'accordo sulla sanzione in punto di confisca, rigetterà la richiesta di patteggiamento, bilanciando il contenuto pattizio del rito. Tale sola interpretazione, del resto, può dirsi effettivamente rispettosa del disposto di cui all'art. 111, commi 4 e 5, Cost., il quale prevede il principio del contraddittorio nella formazione della prova e i casi tassativi di deroga, assicurando all'ente che rinuncia a contendere l'applicazione di una sanzione complessiva di matrice realmente consensuale, non intaccata dall'esercizio di poteri officiosi dall'esito *ex ante* imprevedibile²⁸.

²⁷ Così, M. RICCARDI, *op. cit.*, 106 ss. Nello stesso senso, M. CAPUTO, *Colpevolezza della persona fisica e colpevolezza dell'ente nelle manovre sulla pena delle parti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2017, 164 ss., secondo cui la scelta del patteggiamento da parte dell'ente "aiuta a contenere l'incertezza sui tempi e sui costi della compliance, e a cercare di sgusciar via, per quanto possibile, da quello che talvolta sembra un destino già segnato di responsabilità oggettiva, dove trionfa la logica retrospettiva del senno di poi: la commissione del reato presupposto implica, come un automatismo, il deficit organizzativo".

²⁸ M. RICCARDI, *op. cit.*, 106 ss.

PREFAZIONE AL LIBRO *DIFESE PENALI E STUDI DI GIURISPRUDENZA* DI ENRICO FERRI EDITO NEL 1899

Il testo contiene un visionario ed utopico auspicio di una evoluzione della giustizia penale in cui *accusa e difesa cesseranno di essere splendido e talvolta artificioso esercizio di eloquenza fascinatrice, per diventare indagine severa e positiva sui determinanti del delitto, da cui risulti più umano – e ad un tempo più sicuro e meno barbarico – il magistero di preservazione sociale dalla criminalità*. Auspicio che ripropone alla coscienza dei giuristi moderni questioni di senso che assumono un significato ancora più profondo nell'era dell'intelligenza artificiale.

PREFAZIONE

Raccolgo in questo volume alcune delle mie difese penali, che sopravvissero all'attimo fuggente dei dibattiti giudiziari e vi aggiungo degli studi di giurisprudenza, per documentare come anche ora colla legislazione vigente le induzioni psicologiche e giuridiche della scuola criminale positiva possano avere non solo diritto di cittadinanza nelle aule giudiziarie, Ma vi portino anzi un palpito ed un senso di vita reale, che finiscono per illuminare e conquistare, colla potenza della verità umana, anche la coscienza dei giudicanti, per quanto annebbiata o dai pregiudizi del senso comune abitudinario nei giurati o dai preconetti Voi tradizionali e scolastici nei magistrati.

E poiché il miglior modo di dimostrare il movimento è stato sempre quello di muoversi effettivamente; Così questa raccolta varrà, meglio delle polemiche astratte e sim, a dimostrare la vitalità, anche praticamente quotidiana, delle nuove dottrine sui delitti, i delinquenti e le condizioni di loro manifestazione e i criteri per indirizzare le forze sociali alla preservazione dai veri malfattori, ritraendolo dalla persecuzione di quelli che non Lo sono punto

E la ragione di questa efficacia suggestiva delle dottrine positive sul delitto, come fenomeno individuale e sociale, è tutta nel fatto, che per quanto sarebbe inopportuno portare nelle aule Giudiziarie le disquisizioni accademiche con l'etichetta di questa o quella scuola, classica o positiva, altrettanto è utile far sentire e giudicanti del fatto e del diritto la parola vivente dei «fatti umani», oltre la ruminazione degli smorti involucri verbali di formale sillogistiche sul reato come «entità giuridica».

Tanto più, che l'ufficio del difensore penale impone ed esige sempre, contro ogni tendenza metafisica del pensiero ed ogni comodità di formulario giuridico, anzitutto e soprattutto quell'esame personale e sociale dell'accusato che più si impone alla coscienza morale e giuridica del giudicante.

Si tratta soltanto di aggiungere all'empirismo, sia pure geniale, della pratica professionale il metodo scientifico nell'analisi e nello studio delle condizioni soprattutto psico-sociologiche del giudicabile; in attesa del giorno in cui la giustizia penale non sarà più che una funzione ed un'opera di clinica preservativa contro il delitto, come si è già fatto per le altre malattie comuni e mentali: e, per tanto, accusa e difesa nei giudizi criminali non saranno che un ufficio pubblico di indagine e discussione peritale sui delinquenti pericolosi.

Delle mie difese penali pochissime furono raccolte stenograficamente e nessuna di quelle per reati di sangue, che più frequentemente ho pronunciate nella mia pratica professionale e che raccoglierò in altro volume sui *violenti*: – per completare i *ribelli* e le *vittime*, di questo volume – ricostruendole, per quanto mi sarà possibile, dalle mie note e ricordi d'udienza.

Del resto anche quelle riprodotte stenograficamente non sono – come sempre si è avvertito dagli scrittori di atti forense, per tutte le raccolte di arringhe giudiziarie – che una smorta riproduzione di ciò che esse furono nella viva voce e nell'atmosfera ardente dei Tribunali o delle Corti d'assise, sotto la flagellazione cerebrale della pubblica aspettativa e dell'ansia processuale.

Non voglio io, né potrei, giudicare della mia eloquenza forense; ma mi lusingo che di essa con queste mie difese penali abbiano a farsi un'idea, specialmente i giovani avvocati, ai quali più intenzionalmente indirizzo questo volume. Solo ascoltando e leggendo arringhe essi potranno acquistare ed educare in sé stessi l'inebbriante magistero della parola; giacché non soltanto per la evoluzione del senso artistico, moderno, che – nel teatro come sulla cattedra e nei tribunali – ha imposto sempre più il fascino della verità semplice e schietta ai lenocinii convenzionali della posa accademica; ma anche perché se un insegnamento è possibile dell'arte del dire, questo è sperabile soltanto dalla suggestione sperimentale dell'esempio, anziché dalle regole distillate nei libri *de oratore* o dell'*arte forense*.

Come il ragionare diritto e sagace non si apprende dai trattati di logica; Così l'eloquenza non si impara dai trattati sull'arte del dire. E nulla è più smentito dalla realtà che il vecchio detto: si nasce poeti, si diviene oratori.

No: come per essere poeti non basta dare sfogo alla sentimentalità interiore in forma libera e istintiva, così per essere oratori non basta imparare i precetti sul modo di fare gli esordii, le figure rettoriche e le perorazioni.

Così per il poeta come per l'oratore il «fatale animatore» sta nella disposizione innata. Si tratta soltanto, con lo studio e, soprattutto, coll'esercizio sperimentale di sviluppare, rafforzare e disciplinare quest'innata disposizione cerebrale, o per la poesia o per l'oratoria.

Certo, per l'oratore è anche necessario il corredo di talune doti elementari-corrispondenti alla terza circonvoluzione cerebrale sinistra, che il Broca dimostrò essere il centro del linguaggio- come la voce e la facilità di parola; e queste si possono in gran parte migliorare ed accrescere col graduale esercizio; sicché io dico agli esordienti che non bisogna mai disperare di sé ai primi incerti o malriusciti tentativi. Anche il corridore più veloce ha cominciato, bambino, col muoversi mal sicuri i primi passi, cadendo.

Ed io ricordo, a questo proposito-poiché il diventare un oratore è stato uno dei primi e più ostinati sogni fantastici della mia vita studentesca-ricordo che, appena laureato, durante l'anno dei miei studi di perfezionamento in diritto penale, a Pisa, nel 1878, ho trovato grande vantaggio, per sciogliere lo scilinguagnolo, in un esercizio, che non mi era stato suggerito da nessun trattatista, ma che rispondeva istintivamente alla norma sperimentale del «provando e riprovando».

A Pisa, allora, io non pensavo ancora all'avvocatura, tutto immerso nell'idea di conquistare, malgrado la mia eterodossia scientifica, una cattedra universitaria; ma sentii per la cattedra futura la necessità di fare della ginnastica polmonare e facilitare la parlantina e acquistare l'abitudine dell'ordine e della chiarezza nella esposizione, obbligandomi ogni giorno – nei punti più remoti della passeggiata *alle piagge*, lungo l'Arno, fuori mura – A parlare, ad alta voce, un'ora di seguito, improvvisamente, sopra un tema che estraevo a sorte fra tanti cartellini preparati e intascati, prima di uscire.

E quante banalità, e quanti idiotismi fra qualche lampo ideale non dicevo allora sulla «civiltà» e sulla «giustizia» e il «libero arbitrio» e «l'amor di patria» e «la famiglia» e «l'impeto d'ira» e «la legittima difesa» e la «*malesuada fames*» e «la colpa morale»!

Le prime volte, naturalmente, parole ed idee uscivano stentate disadorne, inefficaci: ma io sentiva tuttavia eh che questo esercizio quotidiano di allenamento era veramente prezioso, così per la laringe come per il cervello. E me ne accertati quando, sul finire di quello stesso anno scolastico, dissi dalla cattedra di Francesco Carrara – col consenso del grande criminalista – una conferenza sul tentativo di reato, in cui alla luce delle dottrine tradizionali opponevo timidamente il barlume delle nuove idee che mi venivano dagli studi, in quell'anno intrapresi per pubblicare la mia tesi di laurea nel volume sulla *Teorica dell'imputabilità è la negazione del libero arbitrio*.

E naturalmente la pratica dell'insegnamento universitario, che cominciai due anni dopo la laurea, nel 1879, come libero docente a Torino, ha sempre più accresciuta la resistenza vocale e la facilità della parola.

Ma quello che io posso dire ai giovani avvocati, che si interessassero a queste mie notizie di pratica professionale, si è che a vincere il panico ed a sciogliere la lingua e a dare efficacia di espressione, più che gli esercizi fisiologici o le regole accademiche, importa *il sapere*.

Avere in testa delle idee e quindi delle cose da dire: ecco il primo grande segreto dell'eloquenza.

E per l'eloquenza forense – oltre le idee generali di sociologia di psicologia e di diritto – conoscere la causa è l'altro magico segreto, per essere suggestivi e per applicare il precetto di Aulo Gellio che l'orazione deve uscire «non dalla bocca ma dal petto».

E l'uno e l'altro sono necessari insieme per arrivare a quegli effetti di suggestione di cui per mio conto ricorderò sempre il caso di quel carabiniere alle assise di Siena nel 1884. Stavo terminando la difesa di un giovane che ne aveva ucciso un altro per quelle rivalità di quartieri, che a Siena sopravvivono colla istituzione medievale delle *contrade*, le quali ogni anno si contendono il *palio* nella meravigliosa piazza a conca, Con grande sfoggio di artistici costumi. Ed io stavo invocando, in nome della fraternità di tutti gli italiani e di tutti gli uomini la cessazione di queste rivalità fratricide e barbariche quando la mia parola fu interrotta dall'applauso di un giovane carabiniere, che stava a guardia degli accusati. Applauso che ancora mi risuona commovente nell'animo, insieme a quello onde e giurati di Firenze, nel 1890, salutarono la mia di-

fesa di certo Cosci, due volte omicida, che nel processo scritto e nell'atto di accusa si era fatto passare per terribile brigante, sol perché era stato prima latitante nella Maremma ed era anche un po' squilibrato di mente.

Ma anche allora l'applauso scoppio quando io, dopo avere sviscerati tutti i più significanti particolari della causa e delineando la figura dell'accusato (secondo i dati psicologici e psicopatologici che poi esposi nel volume sull'*Omicidio*), indicavo i danni della ineducazione selvaggia e della miseria morale, a cui esso era stato abbandonato dalla famiglia e dalla società, che poi rinchiudendolo nel carcere cellulare lo aveva anche istupidito di più.

Così come le acclamazioni popolari al tribunale e nella città di Potenza, per la causa del disastro di Grassano, più che altro le dovetti alle energiche affermazioni di verità contro la prepotenza delle società ferroviarie nel nostro paese.

Conoscenza sicura di tutta la causa e corredo di idee sociologiche e soprattutto psicologiche: ecco i due potenti animatori dell'eloquenza forense a cui male possono sperare coloro che abbiano il cervello mobigliato soltanto alle astratte formule giudiziarie, utili spesso e necessarie talvolta, ma in proporzioni e con frequenza infinitamente minori che le nozioni di psicologia normale e criminale e di sociologia, costituenti oramai un bagaglio formidabile di guerra nelle lotte forensi, ed una sorgente inesauribile di potenza suggestiva.

Infatti, nelle aule giudiziarie, prima di arrivare - e non in tutte le cause si arriva - alla discussione di un qualche problema tecnicamente giuridico - il più delle volte risolto solo a colpi di sentenze di Cassazione - tutto il dibattito giudiziario si svolge sul *fatto* e sull'*uomo* che è accusato di averlo commesso. Ed è inevitabile quindi che la critica probatoria, reale e personale, sul fatto medesimo e la ricerca sulle condizioni psicologiche e sociali del suo autore, costituiscano il materiale primo e decisivo di ogni discussione forense.

In questa più giova un'oncia di osservazioni e induzioni positiviste su delitti e delinquenti che un quintale di astratte teorie classiche, riconducibili pur sempre - sotto il fogliame dell'involuzione sillogistiche - a qualche modesta *regola iuris*, mummificata in qualche sentenza di Cassazione, che serva a interpretare tale o dall'altra espressione di un articolo di legge.

Vedranno quindi i lettori come nelle difese penali, improntate a modernità di pensiero, si possa usufruire né idee positive di sociologia e di psicologia; le quali poi hanno virtù di interessare vivamente - se con sobria opportunità intercalate nel discorso - anche i giudicanti e gli uditori, che amano di erudirsi o di ricordare, togliendosi dalla monotona ripetizione delle consuete citazioni letterarie o dei *latinetti*.

Per esempio, nella difesa dei *contadini mantovani*, io stesso, rileggendola ora, mi sono accorto come fin da allora (nel 1886) io fossi marxista senza saperlo. Quella difesa è infatti tutta orientata sul determinismo economico o materialismo storico, per cui si dimostra come i fatti storici (individuali e sociali) siano il prodotto diretto o indiretto delle sottostanti e determinanti condizioni economiche dell'individuo e della collettività.

Determinismo economico che costituisce la dottrina caratteristica del marxismo - oltre il terreno tecnico delle teorie sul valore e sulla formazione del capitale e sulle condizioni del lavoro - come interpretazione positiva della storia. E come tale, secondo me, è la legge fondamentale di ogni sociologia positiva ed è la scoperta scientifica più decisiva dacché la sociologia si è costituita come scienza autonoma.

Ora, in quella difesa dei *contadini mantovani* accusati di eccitamento alla guerra civile, tutta la potenza suggestiva consiste nell'aver posto in evidenza come la loro attività – che si diceva criminosa e punibile – non fosse che il prodotto necessario delle loro condizioni economiche e morali di esistenza e non potesse quindi essere punita; da che, quell'attività, pure affermandosi a difesa dei proprii interessi, non era mai trascesa ad aggressione violenta dell'altrui diritto.

E così nella difesa dello studente Martellotta (1890) e degli studenti fischiatori (1891) io applicai – prima che il Sighele pubblicasse il suo ottimo volume sulla *folla delinquente* – quella teoria psicosociologia, sul delitto collettivo, che ormai si è imposta alla coscienza dei giudicanti meno avversi alla luce ideale di quella verità umana, che è di comune esperienza, ma che solo dal metodo sperimentale della scuola criminale positiva è stata posta in sistematico rilievo.

Quanto alla loro struttura, queste mie difese penali parmi risentano, e non me ne dispiace, di quella semplicità, senza fronde accademiche e senza disposizione architettonica di forme simmetriche. che è un portato della vita moderna, tutta materata di cosa e positive e senza tempo da perdere. Rapide sempre, per quanto durate talvolta molte ore, come all'assise di Venezia otto ore nella stessa giornata e undici ore in due giorni al tribunale di Lecce.

E sebbene ogni avvocato debba naturalmente seguire il metodo di preparazione e di esposizione che meglio risponde alle sue attitudini e cognizioni personali, tuttavia come esempio da seguire o da modificare, io dirò che il mio metodo di trattare le cause è il seguente.

Per solito essendo io chiamato da qualche altro collega che si è già occupato della causa durante il periodo istruttorio e alla vigilia del dibattimento, a me la causa si presenta quale la dimostra il processo scritto, di cui io amo studiare con diligenza ogni documento per intero, perché molte volte da circostanze minime, e secondarie, da particolari lontani guizzano inaspettate idee ed impressioni, utilizzabili poi all'udienza massime nei processi di prova indiziaria.

La prima impressione è sempre la più vicina al vero: ed io credo utile resistere a zone che a poco a poco involge ogni avvocato, tanto da fargli perdere di vista i pericoli e i punti deboli della causa che la prima impressione aveva presentati, dandogli delle illusioni, che pure taluno crede utili per acquistare quella *fede nella causa* che è il segreto, se non dell'oratoria, certo dell'efficacia suggestiva.

Io ho sperimentato invece, che il tenersi alla prima meditata impressione giova sempre di più, sia per eccitare poi il cliente – muovendogli obiezioni e domande – a chiarire i punti oscuri; poi, soprattutto per non dimenticare quale sarà l'impressione prima – cioè lo stato d'animo iniziale – dei giudicanti o popolari o togati.

Giacche per persuadere i giudici bisogna fiutare e indovinare quale sia il loro pensiero, la loro impressione sulla causa, non solo all'inizio ma durante tutto il dibattimento e dopo la requisitoria dell'accusatore. E per questo non c'è bussola migliore della stessa prima impressione, che noi pure – «a caso vergine» come si dice – abbiamo ricevuta leggendo l'atto d'accusa e il processo scritto.

Durante il dibattimento quando non vi sia trascinato da qualche autorevole collega che segue la vecchia maniera o dagli attacchi dell'accusatore pubblico o privato

- io preferisco non fare incidenti procedurali, se non siano di evidente sicurezza e preferisco far poche domande non solo ai testi d'accusa ma anche, e soprattutto, ai testi di difesa; curandomi solo di richiamare fissare, qua e là, l'attenzione dei giudicanti su quelle circostanze sintomatiche, che si collegano all'idea direttiva e centrale della difesa e che saranno poi riprese e lumeggiate nella discussione finale.

Senza una necessità positiva di chiarimento, credo preferibile lasciare che le prove si svolgano spontaneamente, anche perché molte volte le chiose e le aggiunte dei testimoni - o interessati o poco intelligenti - guastano e aggrovigliano la matassa.

E per questo bisogna resistere alla tentazione di secondare il gusto del pubblico, che preferirebbe naturalmente di avere in ogni udienza i battibecchi e le scaramucce virgola che sono i fuochi artificiali degli spettacoli forensi; tranne per le cause che per sé stesse assumono uno svolgimento scoppiettante di frizzi, di allusioni, di umorismo od anche d'invettive, come nei processi per diffamazione o di indole politica.

È mia abitudine di scrivere il più possibile tutto ciò che avviene all'udienza: lettura di documenti, deposizioni testimoniali, esposizione di corpi del reato, arringhe di avversari e di colleghi, domande ed espressioni incidentali di giurati e giudici, ecc., notando a margine l'impressione che ciascun atto mi pare abbia fatto sull'animo dei giurati o dei giudici, e notando pure le risposte defensionali che si possono opporre a tale o tal'altra impressione accusatoria.

Chiuso il dibattito - durante il quale l'embrione dell'arringa defensionale che già era nato alla precedente lettura dell'istruttoria scritta, si è venuto svolgendo e delineando - la lettura e lo spoglio di questo verbale d'udienza annotato e commentato, offre oramai la trama del discorso, mentre rinnova la memoria viva di tutto il dibattito, massime quando questo si sia protratto per qualche giorno. E, divise le parti principali della difesa secondo l'indole e il contenuto della causa stessa, io mi scrivo le grandi linee e quei minuti particolari di fatto, che siano essenziali, in poche e larghe cartelle di appunti sinottici, sui quali la varietà, opportunamente disposta, delle matite colorate favorisce ed aiuta la memoria delle cose da dire, l'una dopo l'altra.

Per la forma, io trovo che l'affidarsi all'improvvisazione rende più viva, palpitante, efficace la parola. Ad ogni parte della difesa bisogna aver pensato prima: all'idea che farà da esordio, come a quella che servirà da chiusa, e alla catena degli argomenti prima di contraddizione all'accusa e poi di difesa.

Ma l'espressione verbale di queste idee (meno qualche frase più tipica e appropriata al caso), credo che bisogna assolutamente lasciarla all'improvvisazione, quando il cervello ha arroventato dal proprio lavoro manda scintille più brillanti che non le frasi freddamente distillate a tavolino lontano dall'atmosfera vibrante del pubblico e dei giudicanti.

Ed è in questa improvvisazione della forma, - che io comincio sempre in tono di messo e voce naturale, per abbandonarmi poi a tutte le variazioni di intensità e di rapidità, provocate dal crescente calore del discorso e dalle interruzioni, mimiche o parlate, degli avversari e in questa improvvisazione che si raggiunge il massimo della potenza suggestiva, perché o nel raccogliere e ribattere una improvvisa obiezione degli avversari o soprattutto nel sorprendere sulla fisionomia degli uditori l'impressione in loro destata, noi possiamo o sorvolare sopra un argomento che si mostra poco persuasivo o insistere, con insistenza proteiforme e a lontani ritorni, che più faccia presa sul l'animo dei giudicanti, perché germogliante dalle radici stesse della causa dibattuta.

Ad ogni modo – sia nella difesa, sia, e tanto più, nella replica – meglio pochi argomenti buoni e decisivi, che molti, tra buoni e scadenti; perché questi nel cervello degli uditori paralizzano l'effetto di quelli, e quando si dicono delle cose, sviscerate dalla causa o attinenti ad essa per irresistibile associazione di idee e di comune esperienza, la potenza suggestiva non instà nel numero, ma nella qualità delle cose dette.

Ed è regola fondamentale l'ossequio alla verità palese e provata, la sola, cioè, che noi possiamo conoscere; perché ciò che non si sa non esiste. Ostinarsi a negare il sole meridiano, significa rovinare anche quelle parti della causa dove la verità ci assiste e per la quale quando l'innocenza del giudicabile non si può seriamente sostenere, val meglio ridurre la propria difesa al compito di farne graduare la responsabilità e la condanna secondo giustizia ed equità. Sicché tutto il segreto fondamentale preparando e cominciando l'arringa, sta nel darsi coscienza dello Stato d'animo in cui i giudicanti e il pubblico devono, presumibilmente, trovarsi in quel momento. La suggestione consiste nel passaggio e nel radicarsi di un'idea da un cervello ad un altro: ed essa è quindi la condizione prima è necessaria per convincere e persuadere chi ascolta. Ma chi ascolta, massime dopo un dibattimento di prove pro e contro, non può non avere nel suo cervello, già formato interamente o soltanto embrionale, una propria idea e convinzione. Perché questa ceda il posto all'idea ed alla convinzione nostra, è necessario, prima di tutto, eliminare quella preoccupazione dal cervello dell'uditore; e per far questo, bisogna dunque indovinare e presumere l'altrui stato d'animo iniziale, prima del nostro discorso.

Se noi non ci occupiamo di questo e facciamo il nostro discorso, per proprio conto, questo potrà essere più che convincente, ma (a meno che non sia, per fortunata combinazione, omogeneo alla convinzione già iniziata nei giudici) troverà sempre, ad una suggestione efficace e completa, l'ostacolo della preesistenza di una idea e convinzione diversa se tali sono le apparenze favorevoli della causa.

Una volta, invece, che psicologicamente (cioè intellettualmente e sentimentalmente) «ci siamo messi nei panni dei giudici», noi, senza dirlo, o anche dicendolo francamente, secondo i casi, cominceremo col riconoscere la possibilità della convinzione che essi sembrano essersi fatta della causa; ma poi, staccandone ed eliminandone pezzo per pezzo, secondo l'intreccio delle prove e degli indizii, il fondamento di apparenza, potremo più efficacemente sostituire nel loro cervello gli elementi di fatto e le induzioni mentali e le emozioni sentimentali, che costituiscono invece la nostra convinzione defensionale.

E come nel disfare e sgretolare un muro tutto sta a smuovere il primo mattone; così nel lavoro della suggestione tutto sta a trovare il primo punto d'appoggio e di operazione psichica per fare leva sullo stato d'animo dell'uditore.

E perciò, se la causa ha un lato simpatico, bisogna afferrarvisi subito, come per passaporto alla dimostrazione ulteriore; se ha un lato antipatico, non dissimularlo, ma convenirne, pure orientando il nostro favore la diffidente attenzione degli uditori, sempre disposti a disarmare di fronte a chi, se non altro, invochi il proprio dovere di difensore, al quale poi – una volta assunta una causa – bisogna sapersi dare interamente, incondizionatamente.

Giacché l'unica forza che possa imporre rispetto ad un uditorio avverso o cattivare meglio un'attenzione già disposta a lasciarsi persuadere, sta sempre nel coraggio intellettuale di non dissimularsi le ombre sfavorevoli della causa e di affrontarne le difficoltà virgola e di dirne verso chiunque le verità dolorose apertamente, risolutamente.

Ad una convinzione ostinata – forse erronea – del pubblico e dei giudicanti non si può, con qualche speranza di riuscita, che opporre altrettanta convinzione ostinata, fin da prima dimostrando di conoscere bene in chi ascolta l'opposta persuasione travisata dalle apparenze delle cose.

Ed anche negli attacchi agli avversari, quando non vi si metta rancore personale – che non ci deve mai essere – né si falsi la verità – che non si deve mai tradire, poiché l'avvocato può tacere una verità contraria ma non deve dire una cosa non vera – bisogna tutto dire francamente, energicamente. Perché il giudice arrivi a cambiare le sue prime impressioni, gli occorre dell'energia intellettuale e del coraggio morale; di questa energia e di questo coraggio deve, primo, dargli esempio il difensore, dicendo tutto ed aperto il proprio pensiero, senza reticenze, senza sottintesi, con la fede ostinata nella vittoria, anche Garibaldi nelle sue *Memorie* diceva essere il primo è più forte coefficiente in ogni vittoria.

Così soltanto, già durante il dibattimento e nell'arringa noi possiamo conquistare la fiducia intellettuale e morale di chi ascolta ed ottenere così quell'atmosfera mentale nella quale soltanto l'organismo della nostra difesa potrà essere vitale e vittorioso.

Del resto quando avrò detto, ai giovani avvocati, che in ogni difesa penale bisogna evitare soprattutto la monotonia, così della voce come del pensiero, alternando il rigido serrato ragionamento, sostanziato di cose, con qualche slancio sentimentale che zampilli spontaneo dai fatti della causa o dai rapporti più generali con le cose della vita, non senza aggiungervi, per chi ne abbia, la salsa intermittente dell'umorismo, che spesso è l'unica o la più formidabile arma per paralizzare un argomento avversario o una malevola testimonianza; credo che avrò detto il più ed il meglio che io potessi sulla nostra pratica professionale, secondo l'esperienza che da più anni ne vado facendo con entusiasmo non mai intiepidito.

Io riassumo ogni mio ricordo ed ogni consiglio, dicendo che è una difesa penale, per essere potente, deve essere non solo detta, ma anche vissuta, coi lampi del cervello, coi palpiti del cuore.

Le lotte giudiziarie sono infatti tra le più ardenti nella vita intellettuale e morale: e sono come il riflesso ancor caldo e commovente dei drammi veri della vita sociale aggiungendovi anzi l'acuta, vibrante emozione dell'incertezza sull'esito del processo, sempre ansiosamente aspettato ed appreso, anche quando non si avvolga fra i tormenti e la febbre di un errore giudiziario.

Entusiasmo professionale virgola che non mi fa dimenticare però l'augurio rispondente alle mie convinzioni scientifiche, secondo il quale nella giustizia penale dell'avvenire, accusa e difesa cesseranno di essere splendido e talvolta artificioso esercizio di eloquenza fascinatrice, per diventare indagine severa e positiva sui determinanti del delitto, da cui risulti più umano – e ad un tempo più sicuro e meno barbarico – il magistero di preservazione sociale dalla criminalità.

Fiesole, luglio 1898

Enrico Ferri