

Rivista trimestrale | Gennaio/Marzo 2025

### DIREZIONE

Ennio AMODIO - Massimo DONINI - Leonardo FILIPPI - Sergio MOCCIA  
- Fermin MORALES PRATS - Tullio PADOVANI - Bartolomeo ROMANO -  
Giorgio SPANGHER - Luigi STORTONI - Eugenio Raul ZAFFARONI

## IN EVIDENZA

### EDITORIALI

Giorgio Spangher, **Brevi riflessioni in tema di misure cautelari a tutela della vittima**

### ARTICOLI

Lorenzo Tombelli, **La tutela della corrispondenza. Tra atipicità della prova e tentativi di riforma**

Massimiliano Ravenna, **Il nuovo art. 314-bis c.p.: una prima scoraggiante lettura**

### OPINIONI

Leonardo Filippi, **La giurisprudenza creativa. Qualche considerazione a margine della *Winter School* di Asiago**

### DALLE CORTI

Ylenia Parziale, **Sfruttamento del lavoro intellettuale e caporalato: la Cassazione traccia i confini della fattispecie**

Salvatore Pignata, **La linea di confine tra maltrattamenti in famiglia e atti persecutori aggravati dalla relazione affettiva**

## **Direzione**

Ennio Amodio – Massimo Donini – Leonardo Filippi – Sergio Moccia – Fermin Morales Prats – Tullio Padovani – Bartolomeo Romano – Giorgio Spangher – Luigi Stortoni – Eugenio Raul Zaffaroni

## **Comitato scientifico editoriale**

Enrico Mario Ambrosetti – Giuliano Balbi – Roberto Bartoli – Carlo Bonzano – Stefano Canestrari – Donato Castronuovo – Elena Maria Catalano – Mauro Catenacci – Antonio Cavaliere – Giovanni Cocco – Carlotta Conti – Cristiano Cupelli – Donatella Curtotti – Giovannangelo De Francesco – Pierpaolo Dell'Anno – Stefano Fiore – Giovanni Flora – Gabriele Fornasari – Marco Gambardella – Alberto Gargani – Dario Grosso – Luigi Kalb – Carlo Longobardo – Adelmo Manna – Antonella Marandola – Maria Riccarda Marchetti – Anna Maria Maugeri – Nicola Mazzacuva – Carlo Enrico Paliero – Marco Pelissero Lucia Riscato – 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 – Alessandro Bondi – Sergio Bonini – Pasquale Bronzo – Mario Caterini – Andrea Chelo – Luigi Cornacchia – Francesca Curi – Agostino De Caro – Giuseppe Della Monica – Giulio De Simone – Alessandro Diddi – Andrea Di Landro – Alberto Di Martino – Paolo Ferrua – Roberto Flor – Luigi Foffani – Rossella Fonti – Francesco Forzati – Emanuela Fronza – Gianluca Gentile – Filippo Giunchedi – Clelia Iasevoli – Luigi Ludovici – Beatrice Magro – Gabriele Marra – Valentina Masarone – Luca Mario Masera – Antonella Massaro – Maria Novella Masullo – Alessandro Melchionda – Vincenzo Mongillo – Davide Petrini – Gianrico Ranaldi – Ivan Salvadori – Silvio Sau – Nicola Selvaggi – Antonino Sessa – Fabrizio Siracusano – Carlo Sotis – Kolis Summerer – Vico Valentini – Antonio Vallini – Francesco Viganò

## **Comitato di redazione**

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

Ersi Bozheku – Guido Colaiacovo – Fabrizio Galluzzo – Luana Granozio – Ottavia Murro – Angelo Zampaglione

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

Bruno Andò – Fabio Ballarini – Iacopo Benevieri – Andrea Borgheresi – Gian Marco Caletti – Diamante Ceci – Annamaria Ciamarra – Donatello Cimadomo – Francesco Compagna – Irma Conti – Sylva D'amato – Francesco Marco De Martino – Laura Dipaola – Luca Forte – Rebecca Girani – Carlo Landolfi – Nicola Madia – Gaetano Galluccio Mezio – Matteo Mattheudakis – Giuseppe Murone – Antonio Nappi – Giuseppe Palmieri – Francesco Porcu – Francesca Rocchi – Mattia Romano – Dalila Mara Schirò – Leonardo Suraci – 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

- GIORGIO SPANGHER, *Brevi riflessioni in tema di misure cautelari a tutela della vittima* » 3

## Articoli

- LORENZO TOMBELLI, *La tutela della corrispondenza. Tra atipicità della prova e tentativi di riforma* » 7

- MASSIMILIANO RAVENNA, *Il nuovo art. 314-bis c.p.: una prima scoraggiante lettura* » 39

- GIUSEPPE IMBRIGIOTTA, *Intelligenza Artificiale e MOG 231: dalla colpa d'organizzazione alla colpa "artificiale"* » 57

- FEDERICO NICCOLÒ RICOTTA, *Tutela del segreto, sicurezza nazionale e procedimento penale* » 75

- VALENTINA MAZZOTTA, *La confisca "senza condanna": una ferita ancora aperta* » 91

## Opinioni

- LEONARDO FILIPPI, *la giurisprudenza creativa. Qualche considerazione a margine della Winter School di Asiago* » 109

- MARCO LANDOLFI, *Con il recepimento della direttiva 2022/2464/UE (CSRD) in materia di rendicontazione di sostenibilità si può parlare di una nuova forma di falso in bilancio?* » 121

- FILIPPO BOSI, *L'art. 4-bis della Legge n. 110 del 1975: riflessioni normative e prospettive applicative di polizia per la prevenzione dei reati di criminalità diffusa tramite armi da taglio* » 125

## Dalle corti

- OTTAVIA MURRO, *Osservatorio Corte Costituzionale* » 135

- GUIDO COLAIACOVO, LUIGI LUDOVICI, *Osservatorio Sezioni Unite* » 139

- YLENIA PARZIALE, *Sfruttamento del lavoro intellettuale e caporalato: la Cassazione traccia i confini della fattispecie* » 147

- SALVATORE PIGNATA, *La linea di confine tra maltrattamenti in famiglia e atti persecutori aggravati dalla relazione affettiva* » 163

MARCO MISITI, *“Monete virtuali” e valute virtuali: distinzioni linguistiche e ricadute penalistiche sulla fattispecie di abusiva emissione di moneta elettronica* » 179

CAROLINA SERAFINA ERRICO, *Il problema della configurabilità del delitto di epidemia colposa in forma omissiva: note a margine di una recente ordinanza di rimessione alle sezioni unite* » 195

### **Pagine senza tempo**

LUIGI LUDOVICI, *Storia di un castigo senza delitto – a proposito di “La ragazza del Kyūshū” di Matsumoto Seichō* » 201

## BREVI RIFLESSIONI IN TEMA DI MISURE CAUTELARI A TUTELA DELLA VITTIMA

Giorgio Spangher\*

Da qualsiasi prospettiva lo si consideri il tema delle misure cautelari di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. prospetta la necessità di un inquadramento generale, proprio in considerazione del fatto che la loro specificità non può non inserirsi nel contesto generale della tematica della restrizione della libertà personale.

Il primo dato da considerare è quello relativo al fatto che le misure attengono a quello che può essere definito un “fenomeno sociale”, per cui il reato è legato al fatto di reato ma anche al suo autore ed alla sua vittima secondo una stretta correlazione.

In altri termini, si tratta di delitti che hanno una precisa e spiccata caratteristica sia nella loro possibile progressione criminosa, sia per il rapporto stretto tra il suo autore e la sua vittima (che risultava agevolmente identificabile e correlata).

Questi elementi consentono, per un verso, di poter dare risposte globali coinvolgendo attività sanzionatorie, preventive, culturali, rieducative, solidaristiche, per un altro, di utilizzare le risposte in chiave soggettiva su autore e vittima (intesa anche in senso ampio, come si dirà).

Questi stessi elementi consentono di calibrare meglio le risposte delle modalità restrittive sui due soggetti coinvolti (autore e vittima) come è sottolineato dall'evoluzione contenutistica della misura e dalle sue modalità applicative (si pensi alla fissazione delle distanze, all'uso delle armi, ora sostituito dal coltello, alla previsione speciale rispetto alla disciplina generale in tema di braccialetto); alle modalità delle condotte lesive (deturpazione del viso), come emerge dai successivi interventi normativi, anche d'urgenza.

In questo stesso contesto trovano collocazione anche le nuove misure precautelari, sia da parte della p.g. (art. 384-*bis*, comma 1, c.p.p.), sia da parte del p.m. (art. 384-*bis*, comma 2, c.p.p.), senza escludere anche la previsione della flagranza differita (art. 382-*bis*, c.p.p.).

---

\* Professore emerito di diritto processuale penale presso l'Università di Roma “La Sapienza”.

Sempre nel riferito ambito evolutivo vanno considerate le tempistiche dell'azione della p.g. (art. 347, comma 3, c.p.p.), del pubblico ministero (art. 362-*bis*, c.p.p.) e del giudice (art. 362-*bis*, comma 3, c.p.p.).

Un'ulteriore conferma di quanto detto emerge con chiarezza dalle profonde deroghe che regolano le misure cautelari di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p. rispetto al quadro generale.

Il riferimento è ai limiti di pena (art. 280 c.p.p.), all'implicazione dell'arresto di p.g. (art. 391 c.p.p.), all'applicabilità delle misure anche in casi di prognosi di sospensione condizionale (art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p.) ovvero di pena inferiore ai tre anni (art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p.), alla disciplina dell'aggravamento conseguente alla manomissione del braccialetto (art. 276, comma 1-*ter*, c.p.p.).

L'elemento ulteriore da considerare e che è alla base della disciplina sta proprio il fatto che si tratta di una attività che non si è conclusa con il suo esito finale (la morte della vittima, da cui femminicidio, appunto), ma che è maturata con una possibile attività progressiva di cui alcuni comportamenti che già consentono iniziative "cautelari" variamente avviate (come nel caso del questore) e progressivamente incrementate alla luce di una valutazione della qualità e quantità del rischio.

Una disciplina particolare è dettata anche in tema di revoca e sostituzione delle misure, nonché in caso di scarcerazione ed evasione.

Per quanto attiene alla scarcerazione ed all'evasione il tema è disciplinato in modo puntuale dall'art. 90-*ter* c.p.p. e per la fase esecutiva dall'art. 659, comma 1-*bis*, c.p.p. ad ulteriore conferma della specificità della disciplina qui considerata.

Con riferimento all'art. 299 c.p.p., dopo aver ricordato quanto previsto dall'art. 275 in relazione ai ricordati disposti della sospensione condizionale (art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p.) e dalla soglia dei tre anni (art. 275, comma 2-*bis*, c.p.p.), il punto strategico della disciplina è costituito dall'inammissibilità della richiesta di revoca o sostituzione delle misure disposte [non solo quelle di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p., ma più in generale quelle a tutela della vittima (artt. 283, 284, 285 e 286 c.p.p.) (escluso quindi il ritiro del passaporto e l'obbligo di presentazione alla p.g.)].

In materia si segnalano due sentenze delle Sez. Unite ed una pronuncia della Corte costituzionale.

A tale proposito va segnalato che il Collegio riunito, chiamato a pronunciarsi sulla materia dei reati di violenza alla persona, ha specificato che non è necessario che si tratti di un espresso rapporto interpersonale e, con riferimento alla condizione per la notificazione alla persona offesa, che è necessaria che ci sia stata una formale elezione di domicilio e che in caso di morte i diritti spettano ai sopravvissuti.

Le Sezioni Unite hanno altresì escluso che in caso in cui il giudice si sia pronunciato anticipatamente rispetto alla scadenza dei due giorni previsti dall'art. 299 c.p.p. alla persona offesa non è riconosciuta la legittimazione ad impugnare, ma solo il potere di sollecitare a tal fine il pubblico ministero.

Va sul punto sottolineato che esclusa ogni informativa nel caso di iniziativa d'ufficio del giudice, l'avviso è compito del p.m. in caso di sua iniziativa e che emerge un mancato coordinamento nei casi di perdita di efficacia della misura; probabilmente giustificata, come nel caso della domanda di riesame o di appello da parte dell'imputato, dalla considerazione già emersa dall'esclusione della legittimazione ad impugnare, che l'offeso non è una parte processuale.

Quanto alle difficoltà connesse – nei piccoli centri – dalla previsione della distanza dei 500 metri, la Corte costituzionale – senza affrontare la questione della possibilità per il giudice di fissare una distanza inferiore, ha ritenuto che il soggetto destinatario della limitazione, per rispondere alle sue necessità, possa recarsi nelle località vicine per le sue necessità ma che in ogni caso è legittimo il ricorso al braccialetto, trattandosi, nel caso delle misure di cui agli artt. 282-*bis* e 282-*ter* c.p.p., di misure restrittive tollerabili.

Si sottolinea anche sotto questo profilo la disciplina del braccialetto per i reati qui considerati rispetto a quanto disposto in termini generali dall'art. 275-*bis*, c.p.p.

Rilevano in materia le modalità applicative dell'art. 97-*bis* disp. att. c.p.p. e quindi le difficoltà tecniche e operative all'installazione del braccialetto.

In ogni caso, confermando l'impostazione generale che presidia la materia – quella dell'esclusione degli automatismi limitatamente al principio di proporzionalità – la Corte ha escluso che nell'impossibilità tecnica del mezzo ovvero in caso di una sua manomissione sia obbligatoria la misura più grave, dovendo invece il giudice valutare la situazione concreta di pericolosità del soggetto.

Il panorama va completato con le previsioni per le quali le modifiche della situazione restrittiva determinano, in caso di revoca o sostituzione, l'informazione ai servizi sociali socio assistenziali (art. 299, comma 2-*bis*, c.p.p.), in caso di procedimenti di giurisdizione l'informazione all'autorità di pubblica sicurezza (art. 299, comma 2-*ter*, c.p.p.) e in caso di estinzione o revoca l'informazione al Prefetto per l'attivazione della vigilanza dinamica (art. 299, comma 2-*quater*, c.p.p.).

Sullo sfondo della disciplina cominciano a prospettarsi alcuni nodi di non agevole soluzione legati al ruolo, *rectius*, ai possibili comportamenti della vittima, legati alla mancata collaborazione con l'autorità giudiziaria, nonché alle sue istanze tese alla volontà di eliminare la situazione che pure aveva avviato.

Deve al riguardo, in termini generali, escludersi che il meccanismo giudiziario sia stato predisposto, o quanto meno che lo sia ora, ad esclusiva tutela della posizione soggettiva della vittima che ne sarebbe titolare (al di là del fatto che la misura tuteli o meno terze persone a quante affettivamente legate).

Sotto questo profilo, permangono in capo al giudice ogni valutazione al riguardo, anche perché certi comportamenti possono essere oggetto di varieghe interpretazioni e perché alcune attività potrebbero ben essere considerate connesse alla finalità generale che il riconoscimento di certi comportamenti comportano per l'intera collettività, in quanto sintomatici comunque di pericolosità sociale.





# LA TUTELA DELLA CORRISPONDENZA. TRA ATIPICITÀ DELLA PROVA E TENTATIVI DI RIFORMA

Lorenzo Tombelli\*

**Sommario:** **1.** Premessa. – **2.** Il principio di non sostituibilità tra legalità della prova e limitazioni dei diritti fondamentali. – **3.** (*Segue*) L'acquisizione delle prove lesive dei diritti fondamentali. – **4.** I diritti c.d. emergenti. – **5.** La tutela della corrispondenza dei detenuti. – **6.** La prova incostituzionale. – **7.** La sentenza n. 170/2023 della Consulta. – **8.** (*Segue*) L'estratto conto bancario al crocevia tra corrispondenza e documento. – **9.** Le ripercussioni della sentenza costituzionale e qualche nota critica. – **10.** Riflessioni conclusive: verso nuovi progetti di riforma dell'istituto del sequestro di corrispondenza.

## ABSTRACT

Il progresso tecnologico determina un costante aggiornamento della normativa in tema di formazione e acquisizione della prova nel processo penale. A tal proposito, in seguito alla sentenza della Corte costituzionale, è in discussione una proposta di legge di riforma del sequestro di corrispondenza e dei dispositivi informatici, già approvata dal Senato, volta a garantire maggiori tutele per i consociati. Il contributo si pone l'obiettivo di evidenziare luci ed ombre della giurisprudenza, nonché delle possibili riforme.

*Technological progress results in the constant updating of regulations on the formation and acquisition of evidence in criminal trials. In this regard, following the ruling of the Constitutional Court, a proposed law on the reform of the seizure of correspondence and computer devices, already approved by the Senate, is under discussion, aimed at ensuring greater protections for consociates. The contribution aims to highlight lights and shadows of the case law, as well as possible reforms.*

## 1. Premessa.

La società nella quale viviamo è sempre più complessa e dominata dalle nuove tecnologie, connotate da un'evoluzione rapidissima e aventi una grande capacità espansiva<sup>1</sup>. Non a caso, da tempo si parla di «rivoluzione

---

\* Cultore di Diritto processuale penale all'Università di Firenze.

<sup>1</sup> Cfr. M. CECCHI, *Il giudice dinanzi alla prova scientifica*, in *Archivio penale (web)*, 2022, 1, 1; l'Autore sostiene che «viviamo in società dove, fin dalla loro genesi, i rapporti sociali e la conoscenza umana (del mondo e di noi stessi) diventano, di anno in anno, progressivamente più articolati e complessi. Con ritmi di sviluppo diversi, da un lato, si moltiplicano le relazioni e le occasioni di incontro – e, quindi, di possibile scontro – tra persone, le quali sono portatrici di interessi particolari e spesso in contrasto tra loro. Dall'altro lato, aumenta e si fa più specifica la comprensione

informatica»<sup>2</sup>, dovuta all'eccessivo utilizzo della tecnologia che porta, innanzitutto, ad un ampliamento dei mezzi di comunicazione, accessibili da chiunque e in ogni momento, in più, tali strumenti, hanno investito – potremmo dire, travolto – completamente ogni sfera della nostra vita<sup>3</sup>. Gli ultimi anni, inoltre, si caratterizzano per la crescita esponenziale della telefonia digitale, tant'è che l'accesso alla rete può essere considerato un diritto fondamentale – addirittura costituzionale<sup>4</sup> – della persona, ovvero sia una condizione per il pieno suo sviluppo individuale.

Il processo penale, dunque, non può restare insensibile rispetto ai cambiamenti della società. In particolare, l'evoluzione tecnologica ha indicato nuovi itinerari per l'attività di ricerca e raccolta della prova penale<sup>5</sup>: le indagini preliminari sono ormai intrise di dati probatori precostituiti e digitali, pertanto il giurista non può sottrarsi a una compiuta analisi sulla compatibilità dei nuovi mezzi di ricerca della prova con il sistema processuale, invocando senza indugi la sanzione dell'inutilizzabilità di quegli elementi raccolti con modalità non disciplinate dal codice di rito e lesive dei diritti fondamentali<sup>6</sup>. Sempre con maggiore frequenza, nel *teatro* del processo penale si affacciano nuovi diritti – come la riservatezza informatica – che sono diversi da quelli “tradizionali”, ma parimenti meritevoli di tutela normativa e giurisdizionale. Un tema che da moltissimi anni assume rilevanza costituzionale<sup>7</sup>: al diritto di

dei fenomeni da parte dell'uomo, che compie studi via via più profondi e dettagliati, tramite cui osserva e spiega man a mano più da vicino le leggi e i meccanismi di funzionamento dell'essere umano e dell'universo. Questo graduale intensificarsi delle connessioni tra gli uomini e questa tendenza alla “miniaturizzazione” del livello di analisi conoscitiva delle cose si ripercuotono anche all'interno dell'ordinamento giuridico».

<sup>2</sup> Così G. SARTOR, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione - Corso di informatica giuridica*, Torino, 2016.

<sup>3</sup> Per approfondire si veda L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta cambiando il mondo*, Milano, 2017, 1-279.

<sup>4</sup> Sul diritto di accesso alla rete *Internet* si è acceso un dibattito sul suo fondamento costituzionale. Si veda, *ex multis*, M. PIETRANGELO, *Oltre l'accesso ad Internet, tra le tutele formali ed interventi sostanziali. A proposito dell'attuazione del diritto di accesso ad Internet*, in M. NISTICÒ, P. PASSAGLIA (a cura di), *Internet e Costituzione. Atti del convegno*, Pisa 21-22 novembre 2013, Torino, 2014, 169; S. SCAGLIARINI, *I diritti costituzionali nell'era di Internet: cittadinanza digitale, accesso alla rete e net neutrality*, in T. CASADEI, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Wolters Kluwer, 2021, 3; S. PIETROPAOLI-F. FAINI, *Scienza giuridica e tecnologie digitali. Temi e problemi*, II ed., Torino, 2021.

<sup>5</sup> Cfr. R. ORLANDI, *Questioni attuali in tema di processo penale e informatica*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 135.

<sup>6</sup> Cfr. O. MURRO, *Dubbi di legittimità costituzionale e problemi di inquadramento sistematico della nuova disciplina dei tabulati*, in *Cass. pen.*, 2022.

<sup>7</sup> La Corte costituzionale, con la sentenza n. 81 del 1993, afferma la protezione costituzionale dei diritti che vengono in gioco con l'acquisizione dei c.d. tabulati telefoni (*data retention*).

vivere in una società libera – che non faccia uso della digitalizzazione come mezzo di sorveglianza – si affianca la necessità di garantire l'accertamento giudiziale attraverso gli efficaci mezzi a disposizione. Ecco perché, recentemente, tali mezzi di ricerca della prova sono al centro del dibattito dottrinale e della giurisprudenza, persino sovranazionale<sup>8</sup>.

## 2. Il principio di non sostituibilità tra legalità della prova e limitazioni dei diritti fondamentali.

La finalità cognitiva e l'accertamento della responsabilità dell'imputato devono essere bilanciate con la garanzia dei diritti fondamentali. Il processo penale – *a fortiori* quello di stampo accusatorio – non può limitarsi a svolgere una funzione meramente strumentale di applicazione della legge punitiva; ma deve tendere a realizzare uno scopo ben più dignitoso, ossia quello di tutelare tutti i valori che vengono in gioco, come i diritti inviolabili della persona sottoposta al giudizio. Per raggiungere questo obiettivo, il «processo penale può essere descritto come la disciplina dei limiti imposti dalla legge (processuale) al potere statale dell'amministrazione della giustizia penale per garantire il rispetto di diritti pari o addirittura superiori al valore rappresentato dall'accertamento delle responsabilità»<sup>9</sup>. Nel nostro ordinamento per pervenire a tale finalità «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge»<sup>10</sup>, che si realizza quando non si ignorano i diritti fondamentali dell'individuo; come insegna la giurisprudenza della Corte costituzionale, secondo la quale «un processo non 'giusto', perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale»<sup>11</sup>.

Invero, il precipitato che possiamo desumere alla riforma costituzionale del 1999, con la quale si sono introdotti nell'ordinamento italiano i principi legati al *giusto processo*, è il necessario rispetto della legalità processuale<sup>12</sup>,

<sup>8</sup> Cfr., *ex multis*, G. VACIAGO, *Digital evidence. I mezzi di ricerca della prova digitale nel procedimento penale e le garanzie dell'indagato*, Torino, 2012, 58 ss.; nonché, A. VELE, *Documento informatico e tutela della riservatezza nel processo penale: aspetti problematici*, in *Archivio Penale*, n. 1, 2018.

<sup>9</sup> O. MAZZA, *I diritti fondamentali dell'individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3, 2013; l'Autore evidenzia che con questa concezione «si vuole solo sottolineare come il processo abbia in sé una connotazione ulteriore rappresentata dalla finalità di assicurare la tutela di interessi e di diritti che potenzialmente entrano in conflitto con l'obiettivo della concreta repressione dei reati».

<sup>10</sup> Art. 111, comma 1, Cost., così come riformato dalla l. cost. 23 novembre 1999, n. 2.

<sup>11</sup> Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>12</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Milano, 2014; gli Autori ricordano che in dottrina taluni hanno affermato che il principio di legalità processuale è in qualche modo omologo a quello che informa il diritto penale sostanziale. Sul punto si veda F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 1313, il quale ritiene che si tratti di una cristallizzazione del canone *nulla poena sine iudicio*. La portata di tale principio è talmente forte da spingere Ferrua a ritenerlo un limite pure per gli interventi manipolativi della Corte costituzionale, riservando alla discrezionalità legislativa il compito di effettuare suddetti bilanciamenti; cfr. P. FERRUA, *Il "giusto processo"*, Bologna, 2005, 44.

unica garanzia in grado di consentire una ricostruzione dei fatti da provare rispettosa delle garanzie poste a tutela della libertà dei singoli<sup>13</sup>. Difatti, sulla base della consolidata giurisprudenza del Giudice delle leggi e della Cassazione, qualora nel corso del processo occorra incidere su un diritto riconosciuto dalla Costituzione – si pensi agli artt. 13, 14 e 15 Cost. – non sarà possibile eludere il rispetto della riserva di legge e di giurisdizione previste dalla Carta. Per comprimere tali diritti, definiti inviolabili, bisogna seguire un paradigma acquisitivo direttamente previsto dai Padri Costituenti, frutto di un bilanciamento tra l'esigenza pubblica di accertamento dei reati e la tutela individuale del singolo<sup>14</sup>. Pertanto, si può affermare che il principio di legalità costituisce un principio generale del diritto<sup>15</sup> e che il diritto processuale penale è qual complesso di norme che definiscono la procedura<sup>16</sup> da rispettare per giungere all'accertamento di quella che possiamo definire *verità processuale*<sup>17</sup>. *Dunque, se tutto ciò è vero, le disposizioni che regolano il processo penale sono norme superiori, di diretta derivazione costituzionale, e rappresentano un limite anche al potere del magistrato*<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> Un principio che, unito alla soggezione del giudice *soltanto* alla legge, consente di rinviare alla disciplina sulle invalidità degli atti giuridici e processuali: invero, l'art. 124 c.p.p. impone di «osservare le norme di questo codice anche quando l'inosservanza non importa nullità o altra sanzione processuale». Un obbligo diretto non solo ai magistrati e ai suoi ausiliari, ma anche agli ufficiali giudiziari e agli agenti di polizia giudiziaria. La disposizione si traduce inevitabilmente in un obbligo deontologico assistito da sanzioni disciplinari; e, infatti, il comma 2 stabilisce che «i dirigenti degli uffici vigilano sull'osservanza delle norme anche ai fini della responsabilità disciplinare».

<sup>14</sup> Un prototipo nitido del bilanciamento effettuato dal legislatore lo possiamo trovare nelle norme che disciplinano le intercettazioni, agli artt. 266 ss. c.p.p.

<sup>15</sup> Corte eur. dir. uomo, Sez. II, sentenza 22 giugno 2000, Coëme e altri c. Belgio; i giudici di Strasburgo ricordano che la regolamentazione del processo penale consente di attuare lo scopo della protezione delle persone indagate, contro i rischi degli abusi del potere.

<sup>16</sup> In merito al rispetto della procedura penale, già a metà del secolo scorso, F. CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, 220, rammenta che «la caccia vale più della preda e cioè il modo in cui si agisce conta più del risultato».

<sup>17</sup> Con tale espressione si allude alla ricostruzione giudiziale di un fatto, essa generalmente si contrappone alla c.d. *verità storica*, con la quale si indicano i fatti così come sono accaduti. Sul punto si rinvia alle riflessioni di M. CASSANO, *Verità storica e verità processuale: si può parlare di giustizia?*, intervista condotta da L. Tombelli, in C. CONTI (a cura di), *Criminalità mafiosa: memoria e cultura della legalità. Nel ricordo di Piero Luigi Vigna e Gabriele Chelazzi*, Milano, 2022. Sicché, «quanto vale nel mondo esterno non sempre vale nel procedimento probatorio, ma deve esservi introdotto attraverso certi filtri che regolano il flusso delle informazioni che provengono *ab extra* e devono essere elaborate dal giudice» così G. DE LUCA, *La cultura delle prove e il nuovo processo penale*, in M.C. BASSIUNI, A. R. LATAGLIATA, A. M. STILE (a cura di), *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, Vol. II, 1988.

<sup>18</sup> Particolarmente incisive sono le riflessioni di O. MAZZA, *Il crepuscolo della legalità processuale al tempo del giusto processo*, in *Criminalia*, 2016; l'Autore sprona i lettori affermando che i «diritti dell'individuo accusato di un reato non possono entrare in bilanciamento con altri presunti valori, dalla ragionevole durata del processo ai diritti della presunta vittima che nel processo è, specularmente all'imputato presunto innocente, una presunta non vittima del reato o comunque dell'accusato». In più, «legalità e costituzionalità sono i pilastri del sistema di garanzie voluto dalla

Tuttavia, il processo penale, a maggior ragione le indagini preliminari, per realizzare efficacemente la loro funzione accertativa, si imbattono in una serie di informazioni che attengono alla personalità di soggetti che a vario titolo ruotano intorno agli attori protagonisti delle vicende giudiziarie. Inoltre, considerato che gli strumenti investigativi di ultima generazione sono estremamente invasivi, emergono numerosi problemi anche di inquadramento normativo. In effetti, il passaggio che occorre effettuare prima di addentrarci nella complessa teoria della prova incostituzionale, riguarda una valutazione preliminare sull'atipicità della prova; in quanto, non risulta possibile invocare l'art. 189 c.p.p. per consentire l'ingresso di prove atipiche lesive dei diritti costituzionalmente garantiti da riserva di legge e di giurisdizione. La Consulta ha correttamente evidenziato che un atto può comportare un maggiore o minore sacrificio al nucleo duro dei diritti fondamentali; pertanto, occorre approfondire l'entità della lesione. In presenza di un atto non disciplinato dalla legge, qualora si ritenga che l'attività intrusiva comporti un sacrificio totale dell'istanza costituzionale, esso non può essere ammesso. La Costituzione, infatti, salvo rarissime eccezioni, pone un limine tendenzialmente non superabile – quindi non bilanciabile – neanche di fronte ad altre esigenze di pari rango costituzionale<sup>19</sup>.

### 3. (Segue) L'acquisizione delle prove lesive dei diritti fondamentali.

Innanzitutto, per quanto attiene alle prove lesive dei diritti fondamentali, casomai si giunga a ritenere atipico l'atto di indagine, non resta altra strada se non l'inutilizzabilità, non essendo rispettati i paradigmi acquisitivi previsti dalla Carta costituzionale. Diversamente, negli altri casi, sarà necessario indagare per trovare un inquadramento nel codice di rito in grado di supportare l'attività in questione<sup>20</sup>. Una ricerca del "tipo legale" nel quale poter

Costituzione», dato che in uno «Stato di diritto, cioè uno Stato in cui tutti i poteri, anche quelli supremi, sono soggetti all'osservanza del diritto, fondato anzitutto sulla legge», così V. ONIDA, *La Costituzione. Nuova edizione a cura di Marta Cartabia*, Bologna, 2024, 81.

<sup>19</sup> Cfr. G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Archivio penale*, 2017, 2, 2; Cost. cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Giur. cost.*, 2013, 115; secondo la Consulta «la tutela deve essere sempre sistemica» e, qualora così non fosse, «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche, [...] che, nel loro insieme, costituiscono espressione della dignità della persona». Considerando, inoltre, che nel nostro ordinamento l'accesso alla Corte costituzionale non è consentito non via diretta, un primo *test di proporzionalità* sarà affidato alla magistratura ordinaria. Sul punto si veda C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, in *Diritto penale e processo*, 2019, 1572.

<sup>20</sup> C. CONTI, *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra Costituzione e legge ordinaria*, in *Cass. pen.*, fasc. n. 2, 2024, 451; secondo l'Autrice «sull'attività di incasellamento potrebbe scaricarsi l'esigenza investigativa, che potrebbe indurre a forzare i limiti della disciplina positiva. Soltanto ragionando senza forzature e con onestà intellettuale è possibile portare avanti un'opera di sussunzione che non scardini la legalità del sistema probatorio».

sovrapporre l'atto investigativo. In questa delicata attività discrezionale si innesta il principio di non sostituibilità, a mente del quale un atto, tipico o atipico, non può essere utilizzato per superare le regole o i divieti probatori previsti da una specifica disciplina. In proposito, un terreno sul quale si è dibattuto a lungo è quello delle ricognizioni informali effettuati nel corso delle indagini preliminari o, addirittura, durante il dibattimento che finiscono per aggirare costantemente la disciplina sulla ricognizione<sup>21</sup>. Come ampiamente confermato dalla giurisprudenza più illuminata, proprio nelle disposizioni che disciplinano la formazione della prova occorre calare il principio di non sostituibilità, il quale svolge la funzione di presidio dei limiti ricavabili dal sistema, essendo strettamente collegato alla legalità probatoria<sup>22</sup>. Ebbene, parte della dottrina sostiene addirittura che il bilanciamento tra riservatezza e processo penale sia una tematica che «non attiene ad una asettica scelta di modello processuale, ma tocca il cuore del quadro istituzionale nel suo complesso, al di là delle ideologie classificatorie»<sup>23</sup>. Sono sicuramente scelte politico-legislative complesse, ma la ragionevolezza deve essere il criterio in grado di guidare ogni bilanciamento fra tutti gli interessi in gioco.

Questo connotato possiamo coglierlo meglio osservando l'*iter* logico e giuridico seguito dal legislatore con riguardo al delicato utilizzo del captatore informatico durante le indagini preliminari. Per esemplificare possiamo elencare le principali funzioni<sup>24</sup> che il c.d. *virus trojan* riesce a svolgere entrando nella sfera riservata dell'individuo bersaglio. Una volta inoculato il *malware* in un *device* sarà possibile attivare il microfono e/o la videocamera del dispositivo per effettuare riprese; perquisire l'*hard disk*, oppure fare copia del suo contenuto; oltre a decifrare ciò che viene digitato sulla tastiera (*keylogger*); infine, visualizzare e acquisire tutto il materiale che viene visionato sullo schermo del dispositivo (*screenshot* e *screencast*). Elencando le funzioni più invasive che il captatore informatico può compiere, si può ben comprendere come i diritti costituzionali possono subire gravi compressioni: emerge chiaramente la necessità di rispettare il principio di proporzionalità<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> T. RAFARACI, *Ricognizione informale dell'imputato e (pretesa) fungibilità delle forme probatorie*, in *Cass. pen.*, 1998, 1745; C. CONTI, *Nuove tecnologie e "tipicità" procedurale del sistema probatorio: il principio di non sostituibilità*, in G.M. BACCARI, C. CONTI, *La corsa tecnologica tra Costituzione, codice di rito e norme sulla privacy: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. pen. proc.*, 2021, 717.

<sup>22</sup> Per approfondire si veda Corte cost., 1° giugno 1998, n. 229, in *Cass. pen.*, 1999, 817; con la quale la Consulta ha stabilito che in tema di sequestro degli appunti predisposti dall'indagato in preparazione del proprio interrogatorio, tale atto «costituisce un provvedimento del tutto contrario alle regole del processo e direttamente lesivo di principi costituzionali», dunque «si risolve in una palese diretta violazione dei diritti inviolabili della persona prima ancora che del diritto all'autodifesa». Una simile attività è in grado di «comportare, oltre tutto, una surrettizia [e] censurabile lesione delle regole dettate in tema di interrogatorio dallo stesso codice di procedura penale».

<sup>23</sup> M. BONETTI, *Riservatezza e processo penale*, Milano, 2003.

<sup>24</sup> In proposito si veda Cass., Sez. un., 28 aprile 2016, n. 26889, in *Foro.it*, 2016.

<sup>25</sup> Per il diritto sovranazionale possiamo citare la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione euro-

Questi sono limiti rivolti principalmente al legislatore, il quale deve individuare una disciplina che stabilisca i casi e i modi nei quali un diritto inviolabile può essere limitato, solo così verrà rispettata la riserva di legge che la Costituzione impone. Se questo è vero, ogni atto limitativo dei beni giuridici costituzionali non disciplinato dalla legge – nell'*an* e nel *quomodo* – non può essere consentito. Non solo, un legislatore silente esprime una posizione di valore: siamo, comunque, di fronte a un limite probatorio, e, qualora fosse oltrepassato, non resta altra strada che l'inutilizzabilità degli elementi raccolti in violazione il divieto.

Più volte, analizzando i beni costituzionali aggrediti dai nuovi strumenti tecnologici, abbiamo fatto riferimento agli artt. 14 e 15 Cost. nei quali si parla di libertà di domicilio<sup>26</sup>, e di libertà e segretezza della corrispondenza, ma la tutela costituzionale ben può invocarsi anche per il c.d. domicilio informatico<sup>27</sup>, come se fosse una sorta di proiezione immateriale della persona, fino ad arrivare a ricomprendere l'inviolabilità della psiche<sup>28</sup>. Ci possiamo spingere oltre, addirittura, ove si ritenga che la tutela di questo bene immateriale costituisca un bene-presupposto per il godimento di altri diritti. Occorre, dunque, interpretare la Carta costituzionale in modo da farla vivere nell'oggi, adeguando il concetto di domicilio e tutelando anche la personalità immateriale.

Nonostante qualche difficoltà, anche la giurisprudenza tenta di aumentare le garanzie individuali nell'ambito dei mezzi di ricerca della prova. Di notevole interesse sono le pronunce della Corte costituzionale tedesca che hanno innovato un filone giurisprudenziale volto a vagliare le scelte decisionali del legislatore. La Corte tedesca si è concentrata sul "criterio dello scopo": per considerare legittima una scelta politico-legislativa occorre valutare se lo scopo perseguito può essere raggiunto mediante la misura adottata; inoltre, una seconda valutazione riguarda l'indispensabilità a raggiungere lo scopo; l'ultimo scrutinio deve, infine, avere ad oggetto la "giustificabilità" del sacrificio imposto ai diritti individuali, tenuto conto della gravità del reato<sup>29</sup>.

pea, art. 52, § 1: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui».

<sup>26</sup> Quando si parla di domicilio viene spesso citata la c.d. nozione penalistica, ossia la privata dimora, ma, oggi, «in seguito agli sviluppi giurisprudenziali e legislativi, la garanzia costituzionale si estenda ad ogni luogo in cui la persona, fisica o giuridica, abbia legittimamente la disponibilità per lo svolgimento di attività connesse alla vita privata o di relazione e dal quale intenda escludere i terzi», così P. CARETTI, U. DE SIEVO, *Diritto pubblico e costituzionale*, III ed., Milano, 515-516.

<sup>27</sup> Per il domicilio informatico la giurisprudenza di legittimità richiama i requisiti della nozione di domicilio fisico, in particolare si attribuisce rilevanza alle misure di sicurezza (ossia le *password*) attraverso le quali si assicura lo *ius excludendi alios*.

<sup>28</sup> In questi termini cfr. C. CONTI, *Sicurezza e riservatezza*, cit.

<sup>29</sup> G. SCACCIA, *Il controllo di proporzionalità della legge in Germania*, in *Annuario di diritto tedesco*, 2002.

Anche sul captatore elettronico si è pronunciata la Corte federale tedesca, affermando che determinati diritti – come la segretezza delle comunicazioni o l’invulnerabilità del domicilio – non possono tollerare un’incidenza totalizzante delle nuove tecnologie. Si è così creato un nuovo “diritto fondamentale alla garanzia dell’integrità della riservatezza dei sistemi informatici”, ricollegandolo al generale diritto alla dignità, radicato e tutelato all’art. 1.1 della Costituzione federale<sup>30</sup>. Così facendo, il *Bundesverfassungsgericht*, anche recentemente, ha ribadito la necessità di effettuare un bilanciamento sulla scorta del principio di proporzionalità, introducendo persino un riferimento alla natura del dato raccolto, al tipo di trattamento effettuato, nonché al fine perseguito<sup>31</sup>.

Questo è un classico esempio di come – anche oltre i confini italiani – si cristallizza la necessità di effettuare bilanciamenti guidati dal criterio della proporzionalità. Parimenti, la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha affermato che tutte le restrizioni ai diritti che tutelano i dati personali debbono sottostare al principio di proporzionalità e che spetta al legislatore nazionale il compito di creare una disciplina – attraverso norme chiare e precise – che neutralizzi il rischio di eventuali abusi da parte dell’autorità<sup>32</sup>.

#### 4. I diritti c.d. emergenti.

Ancora più interessante appare l’orientamento della giurisprudenza volto a delineare una disciplina che possa tener conto della minore intrusività dell’attività di indagine, non in grado di sacrificare l’essenza di un diritto fondamentale, bensì di “diritti emergenti”. In tali casi, la Cassazione ha indivi-

---

<sup>30</sup> *Bundesverfassungsgericht*, 27 febbraio 2008, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2009; la Corte è chiamata a valutare la legittimità della legge tedesca che autorizzava i servizi segreti del Nord Reno-Westfalia a investigare clandestinamente. Questo provvedimento normativo è stato introdotto con un emendamento all’art. 5.2 n. 11 della legge sulla protezione della Costituzione. La Corte sostiene che queste attività investigative incidono su diritti costituzionalmente garantiti, perciò, qualsiasi legge deve dimostrare che queste attività siano giustificate dalla protezione di altri diritti costituzionali, nonché, che siano stato effettuato correttamente un giudizio di proporzionalità. Così come formulata dal legislatore tedesco, è stata ritenuta non conforme alla Costituzione.

<sup>31</sup> C. CONTI, *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra Costituzione e legge ordinaria*, cit.; l’Autrice, richiamate le sentenze nazionali e tedesche, sottolinea «come è interessante osservare che anche il principio di proporzionalità si è sviluppato nel diritto amministrativo per poi andare a trovare il proprio ambito elettivo di applicazione con riferimento all’attività statale limitativa dei diritti fondamentali, prendendo le mosse dal tema delle misure cautelari per estendersi all’acquisizione di prove lesive di valori costituzionali individuali».

<sup>32</sup> C. giust. UE, Grande Sezione, 9 aprile 2022, in causa C-140/20; i giudici di Lussemburgo hanno precisato che il principio di proporzionalità dovrà essere maggiormente rispettato allorché siano coinvolti dati sensibili della persona. In altro momento, sempre la Corte di Giustizia dell’Unione europea ha ribadito che il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali può essere limitato soltanto, tenendo conto delle finalità perseguite e previo rispetto della proporzionalità. Si veda C. giust. UE, Sez. V, 26 gennaio 2023, in causa C-205/20.



duato il fondamento costituzionale nella clausola aperta dell'art. 2 Cost.<sup>33</sup>, non ritenendo necessaria una legge ordinaria che disciplini i casi e i modi dell'acquisizione, e ben potendo essere sufficiente un provvedimento adeguatamente motivato dell'autorità giudiziaria, ossia del pubblico ministero<sup>34</sup>. A titolo esemplificativo, può essere utile invocare la disciplina delle videoriprese. Chiamate a pronunciarsi, le Sezioni Unite hanno prospettato una inedita interpretazione del concetto di domicilio e da tale esegesi hanno fatto discendere una conseguenziale disciplina delle videoriprese di mere immagini<sup>35</sup>. Il Collegio esteso, infatti, ha creato la categoria dei luoghi riservati, i quali si distinguono dai luoghi privati e da quelli pubblici. Orbene, la captazione delle immagini registrate negli ambienti privati, come i bagni pubblici, necessita di una maggiore cautela, in virtù della maggiore aspettativa di riservatezza, oltre al c.d. *ius excludendi alios*. Benché detti luoghi non rientrano nel concetto "crudo" di domicilio, ex art. 14 Cost., meritano comunque una tutela più tenue e un paradigma acquisitivo semplificato. Così opinando, la giurisprudenza ha introdotto nell'ordinamento prove che potremmo definire "atipiche rafforzate"<sup>36</sup>.

Esistono, infine, prove atipiche che non ledono diritti fondamentali, neppure emergenti. Non avendo ripercussioni su diritti costituzionalmente garantiti, è possibile introdurre nel procedimento l'attività utilizzando l'atto atipico. Anche in questo frangente, possiamo richiamare l'insegnamento delle Sezioni Unite Prisco, in quanto, secondo gli Ermellini, le videoriprese di mere immagini non comunicative registrate in luoghi pubblici non hanno necessità di una previsione normativa espressa. Ad ogni modo, la Corte costituzionale ha esteso tale disciplina anche alle videoriprese all'interno del domicilio, le quali si riferiscono a comportamenti che possiamo definire "non riservati", purché la polizia operante abbia utilizzato strumenti captativi senza oltrepassare le barriere funzionali all'impedimento dell'altrui osservazione<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Il dibattito sull'art. 2 Cost. come fattispecie *aperta* o *chiusa*, per molto tempo la dottrina era compattamente schierata per l'interpretazione "riassuntiva", con la significativa eccezione di A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975. Parimenti, nella giurisprudenza costituzionale la svolta verso una lettura aperta dell'art. 2 Cost. si è consolidata a partire dalla sentenza n. 561 del 1987, una pronuncia in materia di libertà sessuale.

<sup>34</sup> Talvolta la giurisprudenza ha fatto ricorso alla clausola aperta dell'art. 2 Cost., altre volte ha ritenuto che determinate prove atipiche non riguardassero il nucleo essenziale incompressibile del diritto. In particolare, simile ricostruzione è stata utilizzata per l'agente segreto attrezzato per il suono, con ascolto contestuale della polizia giudiziaria. Si veda Cass., Sez. II, 4 gennaio 2011, Biffis; Cass., Sez. VI, 21 giugno 2010, Angelini, in *Giur. it.*, 2011.

<sup>35</sup> Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, Prisco, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1213.

<sup>36</sup> P. TONINI, C. CONTI, *Il diritto delle prove penali*, II ed., Milano, 2014, 473.

<sup>37</sup> In merito al pedinamento satellitare GPS, i giudici di Strasburgo l'hanno ritenuto uno strumento che incide sull'art. 8 della Convenzione, pertanto ogni Stato deve prevedere una disciplina che possa garantire ai cittadini il proprio diritto, per evitare eventuali prevaricazioni nella vita privata da parte dell'autorità. Si veda Corte edu, Uzun c. Germania, 2 settembre 2010, in Cass. pen., 2011, 395; Corte edu, Ben Faiza c. Francia, 8 febbraio 2018, in *www.echr.coe*. Cfr. F. CAPRIOLI, *Nuovamen-*

## 5. La tutela della corrispondenza dei detenuti.

Un altro grande banco di prova del principio di non sostituibilità riguarda la tutela della corrispondenza in entrata e in uscita dei soggetti reclusi negli istituti penitenziari. Nonostante nella “società libera” sia uno strumento quasi desueto, la corrispondenza epistolare svolge un ruolo di fondamentale importanza per i detenuti, difatti la legge n. 354 del 1975, contrariamente a quanto avviene per le telefonate e per i colloqui, non pone limiti quantitativi alle lettere che il detenuto può inviare o ricevere<sup>38</sup>. La corrispondenza dei detenuti rientra a pieno titolo nell’art. 15 Cost. e negli artt. 8 e 13 Cedu, per cui le limitazioni dovranno avvenire nei casi e nelle modalità indicati dal legislatore<sup>39</sup>. Garanzie introdotte solo con la legge n. 95 del 2004, con la quale il legislatore ha introdotto l’art. 18-ter nella legge penitenziaria, per precisare il grado della limitazione, i presupposti, i tempi e le autorità giurisdizionali preposte alla tutela dei diritti dei detenuti.

L’inescusabile ritardo del legislatore penitenziario nell’approvazione della legge del 2004 è principalmente dovuto alla carenza di una cultura costituzionale per i diritti dei detenuti. Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale, in un primo periodo, è stata influenzata da un approccio poco garantista che prende le mosse da una *capitis deminutio* riconosciuta ai reclusi una volta varcato il cancello del carcere. Tuttavia, con la riforma Gozzini<sup>40</sup>, pure la Consulta avvia una distinzione tra gli atti che incidono sulla qualità della pena, dagli atti puramente e semplicemente amministrativi, arrivando ad affermare che la sanzione detentiva «non può comportare una totale ed assoluta privazione della libertà della persona; ne costituisce certo una grave limitazione, ma non la soppressione. Chi si trova in stato di detenzione, pur privato della maggior parte della sua libertà, ne conserva sempre un residuo, che è tanto più prezioso in quanto costituisce l’ultimo ambito nel quale può espandersi la sua personalità individuale»<sup>41</sup>. Nel 1997 sono sempre i giudici del Palazzo della Consulta

*te al vaglio della Corte costituzionale l’uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. cost.*, 2008, 1832; E. LAMARQUE, *Le videoriprese di comportamenti non comunicativi all’interno del domicilio: una sentenza costituzionale di inammissibilità esemplare in materia di diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2008, 1844.

<sup>38</sup> L. 26 luglio 1975, n. 354 (*Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà*); dalla lettura della legge penitenziaria si percepisce l’attenzione che il legislatore riserva ai rapporti tra la famiglia e il soggetto ristretto, la tutela della sfera familiare che si realizza principalmente mediante i colloqui, i contatti telefonici e la corrispondenza.

<sup>39</sup> Prima della l. 95/2004 tali requisiti non erano rispettati dall’ordinamento italiano, tant’è che l’Italia è stata più volte condannata dalla Corte di Strasburgo. Si veda Corte e.d.u., 15 novembre 1996, Calogero Diana c. Italia; Corte e.d.u., 24 ottobre 2002, Messina c. Italia.

<sup>40</sup> L., 10 ottobre 1986, n. 663.

<sup>41</sup> Corte cost., 28 luglio 1993, n. 349, in *Giur. cost.*, 1993; il Giudice delle leggi prosegue affermando che «l’adozione di eventuali provvedimenti suscettibili di introdurre ulteriori restrizioni in tale ambito, o che, comunque, comportino una sostanziale modificazione nel grado di privazione della libertà personale, può avvenire soltanto con le garanzie (riserva di legge e riserva di giurisdizione) espressamente previste dall’art. 13 comma 2 Cost.».

a scrivere che negli istituti penitenziari, prima ancora che detenuti, ci sono persone; e che «pur trovandosi in una situazione di privazione della libertà personale in forza della sentenza di condanna [il detenuto] è pur sempre titolare di diritti incompressibili, il cui esercizio non è rimesso alla semplice discrezionalità dell'autorità amministrativa preposta all'esecuzione della pena detentiva e la cui tutela non sfugge al giudice dei diritti»<sup>42</sup>. L'introduzione dell'art. 18-ter nella legge penitenziaria consente una limitazione del diritto alla corrispondenza epistolare che può consistere in un controllo materiale della busta, senza lettura dello scritto in essa contenuto; oppure, in un controllo con lettura del contenuto ed un eventuale trattenimento (c.d. visto di censura); infine, in un blocco della corrispondenza in entrata e in uscita dall'istituto penitenziario<sup>43</sup>. Va segnato che, dopo l'entrata in vigore della riforma del 2004, si è sviluppata una prassi investigativa lesiva dei diritti costituzionale, «sconfessata prima dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione e poi dalla Corte costituzionale»<sup>44</sup>. Il controllo occulto delle lettere con la scansione del contenuto e la consegna al detenuto, tenuto all'oscuro dell'ispezione, non è più ammesso dal nostro ordinamento. Sul punto la Cassazione sottolinea l'impossibilità di invocare il concetto di prova atipica quando si tratta di attività vietate, le quali non possono essere considerate «prove non disciplinate dalla legge». La prassi investigativa sul controllo occulto è illegittima – secondo gli Ermellini – non perché incostituzionale, ma in quanto attuata in violazione delle norme processuali previste dall'ordinamento penitenziario.

La questione è trattata anche dalle Sezioni Unite nel 2012<sup>45</sup>. Il Collegio esteso, fra le tante considerazioni, puntualizza ciò che né prima né dopo le novità introdotte mediante l'art. 18-ter ord. pen., «poteva e può essere disposto dall'autorità giudiziaria è l'apprensione in forma occulta del contenuto della corrispondenza dei detenuti (neppure di quelli sottoposti al regime dell'art. 41-bis ord. pen.)»<sup>46</sup>. Pertanto, viste le peculiarità legate allo *status*

---

<sup>42</sup> Corte cost., 3 luglio 1997, n. 212, in *Giur. cost.*, 1997; con questa sentenza, la Corte, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 18 ord. pen. nella parte in cui non prevede la possibilità di conferire con il difensore fin dall'inizio dell'esecuzione della pena, richiamando l'art. 24 Cost. e affermando che «non v'è situazione giuridica di diritto sostanziale, senza che vi sia un giudice davanti al quale essa possa essere fatta valere».

<sup>43</sup> Il trattenimento della corrispondenza da parte dell'amministrazione penitenziaria può avvenire qualora il contenuto della missiva rechi un linguaggio criptico o siano presenti segni dal significato indecifrabile, oppure nei casi di possibile pregiudizio alle esigenze indicate nel comma 1 dell'art. 18-ter. Pertanto, è possibile limitare il diritto del recluso: a) per esigenze legate alle indagini in corso; b) per esigenze investigative che riguardano la ricerca di altre notizie di reato; c) per prevenire il compimento di altri reati; d) infine per ragioni di sicurezza o di ordine dell'istituto. Inoltre, la competenza giurisdizionale è affidata al magistrato di sorveglianza per i condannati e per gli imputati, e al giudice procedente durante il procedimento penale. Le limitazioni hanno un limite temporale fissato in sei mesi, con la possibilità di proroga per la durata massima di tre mesi.

<sup>44</sup> F. DELLA CASA, G. GIOSTRA, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2021, 67.

<sup>45</sup> Cass., Sez. Un., 19 luglio 2012, Pasqua, in *C.e.d.*, 252894.

<sup>46</sup> Anche il *Regolamento penitenziario* (d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230), all'art. 38, comma 10, prevede l'immediata comunicazione al detenuto del trattenimento della sua corrispondenza.

della persona ristretta, «i poteri di intrusione dell'autorità giudiziaria nella corrispondenza che transita per gli istituti penitenziari ricevono apposita regolamentazione», a fortiori quando si tratta di materia presidiata da riserva di legge e di giurisdizione. Di conseguenza, «non è consentita un'interpretazione analogica o estensiva di discipline specificamente dettate per singoli settori»<sup>47</sup>. La Cassazione riunita prende posizione anche sul tema della prova atipica, ribadendo che la copia della corrispondenza deve ritenersi vietata, ove non acquisita nel rispetto delle garanzie<sup>48</sup>. Un passaggio fondamentale della sentenza è il richiamo al principio di non sostituibilità: ogniqualvolta un'acquisizione trovi nel codice di rito la sua disciplina, è ineludibile fare riferimento al dettato legislativo, altrimenti si rischia di perdere l'identità del sistema probatorio<sup>49</sup>. La categoria concettuale delle prove non disciplinate dalla legge, infine, non può essere un *escamotage* per introdurre nel processo prove vietate. Ebbene, per quanto concerne il visto di controllo, la Cassazione chiarisce che non ci possono essere controlli occulti: l'incaricato deve – al momento dell'apertura della missiva – imprimere un segno riconoscibile per attestare l'avvenuta lettura. Pertanto, la documentazione illegittimamente intercettata è inutilizzabile ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

A simili conclusioni giunge anche la Corte costituzionale, secondo la quale l'interpretazione dalla Cassazione costituisce un approdo ineluttabile, poiché, «la materia delle intrusioni investigative sulla corrispondenza postale è regolata dall'art. 254 c.p.p. e, nel caso di detenuti [anche] dall'art. 18-ter ord. pen.». La Consulta specifica che «il sequestro e il visto di controllo si atteggiavano quale disciplina speciale incidente su aspetti presidiati dalla riserva di legge dell'art. 15 Cost., così da impedire l'applicazione analogica delle disposizioni di cui all'art. 266 c.p.p., in materia di intercettazioni, ovvero dall'art. 189 dello stesso codice in materia di prove atipiche»<sup>50</sup>. Il Giudice delle leggi non ritiene irragionevole – anzi, condivide – la scelta del legislatore: le differenze strutturali tra i due mezzi di comunicazione (postale e telefonico) hanno portato a due discipline e due modalità di ricerca della prova<sup>51</sup>. Con la sentenza del 2017, la Corte ribadisce il percorso logico da effettuare nel rispetto del

---

<sup>47</sup> A sostegno di tale ricostruzione si può ricordare la presentazione del d.d.l. governativo (C. 1638) nella XV Legislatura con l'obiettivo di estendere a tale materia la disciplina dettata dall'art. 266 c.p.p.; il provvedimento approvato dalla sola Camera dei deputati non è divenuto legge.

<sup>48</sup> Può essere utile richiamare le Sezioni Unite Prisco (Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 26795) che richiedono una formazione lecita della prova anche per le prove atipiche.

<sup>49</sup> C. CONTI, *Prova informatica e diritti fondamentali: a proposito di captatore e non solo*, in *Dir. pen. proc.*, 2018.

<sup>50</sup> Corte cost., 24 gennaio 2017, n. 20, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>51</sup> C. CONTI, *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra Costituzione e legge ordinaria*, op.cit.; l'Autrice esprime alcune critiche circa l'eccezione di illegittimità costituzionale delle norme sulle intercettazioni per mancanza di inquadramento delle attività lesive della riservatezza. Infatti, «lo strumento della declaratoria di incostituzionalità incontra il limite della legalità del sistema probatorio e, dunque, da Consulta ha ritenuto più volte di non poter allargare strumenti tipici a ricomprendere attività che presentino un tratto ontologico differente».

principio di non sostituibilità: preliminarmente occorre individuare il lese costituzionale leso e, dopo aver effettuato una valutazione circa l'atipicità dello strumento utilizzato, è necessario procedere con l'esame della disciplina vigente per individuare una somiglianza.

Infine, un ulteriore allargamento dei diritti lo abbiamo avuto nel 2022, a seguito della dichiarazione di incostituzionalità del visto di controllo sulla corrispondenza dei detenuti sottoposti al regime dell'art. 41-bis ord. pen. con il proprio difensore<sup>52</sup>. La *ratio* di tale limitazione mira ad impedire che l'internato possa intrattenere rapporti con l'organizzazione criminale di appartenenza, tuttavia siffatta misura risulta del tutto inidonea ed eccessiva rispetto allo scopo perseguito dal legislatore, «dal momento che il temuto scambio di informazioni tra difensori e detenuti o internati potrebbe comunque avvenire nel contesto dei colloqui visivi o telefonici, oggi consentiti con il difensore in numero illimitato, e rispetto al cui contenuto non può essere operato alcun controllo»<sup>53</sup>.

In conclusione, ancora una volta, è la Corte costituzionale che si attribuisce il ruolo di «garante della legalità»<sup>54</sup>, tenendo in considerazione le nu-

---

<sup>52</sup> Corte cost., 24 gennaio 2022, n. 18, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it); cfr. M. BRUCALE, *41-bis e corrispondenza con il difensore*, in *Questione Giustizia*, 2022; G. MOSCATELLI, *La corrispondenza con il difensore del detenuto sottoposto al 41-bis e i visti di censura*, in *Archivio penale (web)*, fasc. 2, 2022; F. MANNELLA, *La Corte costituzionale torna sulla garanzia del diritto di difesa dei detenuti in regime di cui all'art. 41 bis nelle comunicazioni con il proprio difensore. Commento alla sentenza Corte cost. n. 18 del 2022*, in *Osservatorio costituzionale. Rivista AIC*, fasc. 3, 2022; M. RUOTOLO, *Visto di censura della corrispondenza e diritto di difesa. Un esito nella sostanza condivisibile, raggiunto con una discutibile tecnica decisoria*, in *Diritto di difesa*, fasc. 4, 2021, 825; interessanti sono le riflessioni dell'Autore limitatamente all'ammissibilità della questione di costituzionalità e alla tecnica decisoria impiegata dalla Corte costituzionale, in particolare sostiene che «troppo stringata appare, sul punto, la motivazione della Corte, che rischia di contraddire il consolidato orientamento per cui l'incostituzionalità è sempre *extrema ratio*, espressiva del fallimento dell'interpretazione, da riservare all'ipotesi in cui la "lettera" o il "diritto vivente" oppongono una resistenza davvero insuperabile ad una lettura conforme a Costituzione, impedendo il ricorso alla decisione interpretativa di rigetto».

<sup>53</sup> G. MARINO, *La censura sulla corrispondenza dei detenuti al 41-bis con i propri difensori è incostituzionale*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 17, 2022, 12; l'Autore in più sostiene che «la disposizione censurata, infatti, si fonda su una generale e insostenibile presunzione di collusione del difensore con il sodalizio criminale, finendo così per gettare una luce di sospetto sul ruolo insostituibile che la professione forense svolge per la tutela, non solo dei diritti fondamentali del detenuto, ma anche dello stato di diritto nel suo complesso». Cfr. C. CATALANO, *Per la Corte costituzionale è illegittima la sottoposizione al visto di censura della corrispondenza tra difensore e detenuto in regime di 41-bis*, in *Sistema penale*, 2022; l'Autrice sottolinea che per effetto della pronuncia del Giudice delle leggi «la dimensione normativa del diritto di difesa dei detenuti pericolosi in regime di carcere duro risulta ad oggi più estesa», ribadendo che «secondo la Consulta, non può nutrirsi un legittimo sospetto nei confronti di una figura professionale, quale il difensore, che, diversamente dagli altri soggetti, è tenuto al rispetto di specifici doveri comportamentali relativi all'etica professionale. La Corte, in definitiva, rifiuta una siffatta presunzione, stabilendo un migliore equilibrio tra valori destinati inevitabilmente a entrare in conflitto tra loro: da un lato, il diritto di difesa tecnica, dall'altro, le esigenze di sicurezza sociale».

<sup>54</sup> P. GROSSI, *Una Costituzione da vivere. Breviario di valori per italiani di ogni età*, Marietti, 2018; l'Autore afferma che «durante i suoi sessantadue anni di operatività la Corte [costituzionale] si è

merose potenzialità dei nuovi strumenti tecnologici, ma, utilizzando tutta la prudenza che il compito richiede.

## 6. La prova incostituzionale.

Da molti anni, sia in dottrina che in giurisprudenza, si è acceso il dibattito sulla configurabilità della prova incostituzionale, ossia quella prova assunta con modalità lesive dei diritti fondamentali della persona umana garantiti dalla Costituzione. La categoria concettuale della prova incostituzionale entra in scena, soprattutto, quando il codice di rito non disciplina le modalità di raccolta degli elementi probatori.

Il dibattito dottrinale si sviluppa durante i primi anni del periodo repubblicano, sotto la vigenza del codice di procedura penale del 1930, in quanto il nuovo assetto costituzionale richiedeva agli operatori giuridici inedite riflessioni circa la compatibilità delle disposizioni processuali con la tutela dei diritti fondamentali. Il dibattito evolve negli anni Settanta, allorquando la Corte costituzionale in una nota sentenza del 1973 prova a dar vita ad un nuovo bilanciamento tra interessi contrapposti: da un lato, troviamo la tutela dei diritti costituzionali dell'individuo e, dall'altro, l'esigenza di prevenzione e repressione dei reati. La Corte riconosce copertura costituzionale ad entrambe le istanze, precisamente negli artt. 2 e 112 della Costituzione. Difatti, il compito dell'interprete è quello di escogitare una soluzione che possa consentire all'autorità giudiziaria di assolvere allo scopo attribuito al processo penale, nel rispetto dei diritti individuali.

Effettivamente, una parte della dottrina ha tentato di interpretare estensivamente il concetto di "legge", fino a ricomprendere anche la Carta costituzionale, allo scopo di invocare l'inutilizzabilità ex art. 191, comma 1, c.p.p.<sup>55</sup>. Pertanto, sulla base di questa ricostruzione, sono vietati tutti gli atti che incidono sui diritti inviolabili, se non sono disciplinati nei casi e nei modi dalla legge ordinaria<sup>56</sup>. Effettivamente, qualora la Costituzione impegni il legislatore

assunta, però, un secondo ma non minimo ruolo: quello di verificare l'espansione dei valori negli stati più profondi della società e provvedere all'espansione delle relative tutele. Grazie alla sua continua ed efficace attività è aumentato il numero dei diritti fondamentali del cittadino, il quale si è visto tutelato in corrispondenza alla continua dinamica che percorre le radici di una civiltà giuridica. Si può dire che la Corte costituzionale ha avuto, ha e avrà ancora nel futuro il ruolo di preziosa valvola respiratoria per la nostra Repubblica, ossigenando perennemente il diritto italiano ed evitando il suo inaridimento».

<sup>55</sup> Cfr., ex multis, A. CAMON, *Le riprese visive come mezzo di indagine: spunti per una riflessione sulle prove incostituzionali*, in *Cassazione penale*, 1999; l'Autore sostiene che un'esegesi costituzionalmente orientata dell'art. 191 c.p.p. porta a ritenere che il termine "legge" ricomprenda anche la Costituzione, quale Legge fondamentale dello Stato. Essendo una disposizione suscettibile di varie interpretazioni, occorre propendere per quella più compatibile con la Carta; dunque, per gli elementi raccolti *contra Constitutionem* non resta altra strada che l'inutilizzabilità.

<sup>56</sup> La Consulta nel 1991 ribadisce che il «diritto è inviolabile nel senso che il suo contenuto di valore non può subire restrizioni o limitazioni da alcuno dei poteri costituiti se non in ragione dell'inderogabile soddisfazione di un interesse pubblico primario costituzionalmente rilevante»,

per fissare i casi e i modi nei quali si possono limitare i diritti fondamentali, e quest'ultimo – nella discrezionalità che gli è propria – scelga di non adempiere al mandato costituzionale, fissa comunque un limite invalicabile. Considerate le numerose difficoltà – anche lessicali dell'art. 191 del codice – che presenta questa ricostruzione, la dottrina ha sviluppato anche un'altra tesi, valorizzando una lettura del concetto di inviolabilità dei diritti, attraverso la quale si arriva a sostenere che il bene giuridico protetto sia lesa non tanto dal comportamento umano, ma dall'utilizzazione dei dati che sono stati raccolti<sup>57</sup>.

Infine, un'altra tesi evidenzia come la prova può essere incostituzionale per violazione di divieti probatori (costituzionali) espliciti, ma anche impliciti. La dottrina richiama l'art. 111, quarto comma, Cost., secondo il quale la colpevolezza dell'imputato non può essere provata dalle dichiarazioni di colui che si è sottratto al contraddittorio<sup>58</sup>. Diversamente, altri ritengono impraticabile questa ricostruzione, ritenendo necessaria una norma ordinaria che dia attuazione al dettato costituzionale, arrivando a prospettare che un'eventuale illegittimità costituzionale a causa di un vuoto normativo, in quanto consentirebbe l'utilizzo di un dato probatorio che viola la Carta<sup>59</sup>.

Le difficoltà che abbiamo tentato di esemplificare e le numerose interpretazioni sulla prova incostituzionale non sono questioni squisitamente dottrinali, ma – avendo determinato una serie di contrasti giurisprudenziali – incidono sull'utilizzabilità di elementi probatori, spesso determinanti, e di riflesso sui diritti fondamentali delle persone a vario titolo coinvolte nel procedimento penale. Sul punto può essere interessante osservare come la Corte costituzionale ha motivato la non fondatezza di alcune censure di incostituzionalità delle norme del codice di rito sulle intercettazioni di comunicazioni. Per il giudice *a quo* tale mezzo di ricerca della prova sarebbe lesivo della facoltà di non rispondere agli inquirenti da parte della perso-

perciò, la finalità accertativa del processo penale può giustificare una limitazione dei diritti definiti inviolabili dal Costituente ma solo nei casi e nei modi disciplinati dal legislatore ordinario. Cfr. Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>57</sup> Così G. ALLENA, *Riflessioni sul concetto di incostituzionalità della prova*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989; l'Autore nel sostenere un'interpretazione che punta sull'inviolabilità del diritto in senso giuridico, specifica che in questo modo viene meno il potere (giuridico) di violare i diritti. Cfr. M. CAPPELLETTI-V. VIGORITI, *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, 641.

<sup>58</sup> C. CONTI, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, CEDAM, 2007, p. 155; P. FELICIONI, *La Cassazione invita a riflettere sul rapporto tra prova illegittima e sequestro*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1517; l'Autrice ricorda che in questi casi rileva il grado di esplicazione del divieto, più che la sua fonte.

<sup>59</sup> F. CAPRIOLI, *Colloqui riservati e prova penale*, Milano, Giappichelli, 2000, p. 245; l'Autore sostiene che una simile esegesi dell'art. 191 c.p.p. deve sicuramente condurre alla formulazione di una «diagnosi di incostituzionalità di tale disciplina, quanto meno nella parte in cui consente che le prove lesive della segretezza siano validamente acquisite in assenza di un provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, o in difetto di una sufficiente predeterminazione legislativa delle garanzie che devono accompagnare la violazione del diritto costituzionale».

na sottoposta alle indagini; al contrario il redattore della sentenza n. 34 del 1973 – nel ribadire il fondamento costituzionale del bene tutelato attraverso la repressione dei reati<sup>60</sup> – evidenzia che l'art. 15 Cost. al secondo comma prevede espressamente la possibilità per il legislatore di limitare il diritto inviolabile della libertà e segretezza della corrispondenza; nonché, nel nostro ordinamento, il potere di intercettare ai fini di un'indagine penale è sottoposto ad autorizzazione dell'autorità giudiziaria. Autorizzando l'intercettazione, essendo inevitabile il sacrificio della segretezza, «il giudice deve tendere al contemperamento dei due interessi costituzionali protetti onde impedire che il diritto alla riservatezza delle comunicazioni telefoniche venga ad essere sproporzionatamente sacrificato dalla necessità di garantire una efficace repressione degli illeciti penali»<sup>61</sup>. Dal momento che l'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali è coesistente al principio di legalità e soggezione del giudice alla legge, tutti i ragionamenti effettuati dal giudice dovranno sfociare nel decreto che autorizza l'intercettazione. Una motivazione chiara e precisa consentirà ad eventuali altri giudici e alle parti di controllare e seguire il percorso logico che ha portato ad accogliere la richiesta formulata dal pubblico ministero.

La Consulta torna a pronunciarsi, nuovamente sulle norme dedicate alle intercettazioni, nel 1993, allorché la pretura di Siena solleva questione di legittimità dell'art. 270 c.p.p.; in particolare, la Corte costituzionale precisa la portata del diritto alla libertà e segretezza della corrispondenza. Siamo di fronte ad un diritto che dobbiamo annoverare fra i valori supremi; pertanto, «il suo contenuto essenziale non può essere oggetto di revisione costituzionale, in quanto incorpora un valore della personalità avente un carattere fondante rispetto al sistema democratico voluto dal Costituente»<sup>62</sup>.

Sulla configurabilità della prova incostituzionale, infine, si è pronunciata anche la Cassazione, in particolare con le Sezioni Unite del 1996. Per la Suprema Corte rientrano nelle prove sanzionate con l'inutilizzabilità «non solo le “prove oggettivamente vietate”, ma le prove formate o acquisite in viola-

---

<sup>60</sup> Sul punto si veda G. MORBIDELLI, *La sicurezza: un valore superprimario*, in AA.VV., *Libertà e sicurezza*, a cura di G. De Vergottini, T. E. Frosini, *Percorsi costituzionali*, 2008, 1; M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in AA.VV., *I diversi volti della sicurezza*, a cura di G. Cocco, Milano, 2012, 1; T. F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bologna, 2008; E. MARZADURI, *La disciplina di contrasto del terrorismo internazionale: tra esigenze di tutela delle libertà e bisogno di sicurezza della persona*, in *Legislazione penale*, 2005, 419 ss.; A. PERTICI, *Terrorismo e diritti della persona*, in *Questione giustizia. Gli speciali. Terrorismo internazionale. Politiche della sicurezza. Diritti fondamentali*, 2016.

<sup>61</sup> Corte cost., 6 aprile 1973, n. 34, disponibile su [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>62</sup> Corte cost., 23 luglio 1991, n. 366; Corte cost., 19 gennaio 1993, n. 10; il divieto ex art. 270 c.p.p. tutela proprio la libertà, che, dice la Corte, «risulterebbe pregiudicata, gravemente scoraggiata o, comunque, turbata ove la sua garanzia non comportasse il divieto di divulgazione o di utilizzazione successiva delle notizie» conosciute attraverso intercettazioni autorizzate e legittime. È, dunque, la tutela della libertà della corrispondenza che impone un divieto di utilizzazione, altrimenti saremmo di fronte ad (un'inammissibile) “autorizzazione in bianco”.



zione dei diritti soggettivi tutelati dalla “legge”, ed, a maggior ragione, quindi, quelle acquisite in violazione dei diritti tutelati in modo specifico dalla Costituzione»<sup>63</sup>. In conclusione, l’analisi della giurisprudenza porta ad affermare che, ormai, la prova incostituzionale è una categoria concettuale riconosciuta e la sanzione processuale che viene invocata qualora una prova si formi violando i diritti costituzionali è l’inutilizzabilità. La dottrina più autorevole ritiene, in effetti, che la totale caducazione si impone quale unica sanzione adeguata all’interesse protetto dalla Carta: solo con l’inutilizzabilità si elimina qualsiasi effetto che quella prova potrebbe essere in grado di produrre all’interno del processo. La violazione di questi divieti trova la sua disciplina normativa nell’art. 191, comma 1, c.p.p.<sup>64</sup>, tant’è che oggi il tema fondamentale non è più quello di stabilire se una prova incostituzionale sia utilizzabile, ma stabilire quando e se siamo di fronte a una prova incostituzionale<sup>65</sup>. Dunque, ancora una volta, la tematica della prova incostituzionale s’interseca con il principio di non sostituibilità, il quale opera, non solo laddove vi sia una lesione di un diritto fondamentale, ma si prefigge l’obiettivo di scongiurare un uso eccessivo – nonché deprecabile – della prova atipica, al solo fine di eludere le regole processuali poste a tutela della legalità probatoria<sup>66</sup>.

Seguendo i precedenti delle Corti europee, la Consulta ha recentemente rimesso l’attenzione sulla determinatezza e precisione della legge penale<sup>67</sup>: pertanto, se la formulazione linguistica delle disposizioni legislative è afflitta da una inintelligibilità assoluta, allora il testo normativo contraddice la sua stessa ragion d’essere. In tal caso, una legge particolarmente *oscura*<sup>68</sup> viola il canone di ragionevolezza espresso dall’art. 3 Cost., risultando inoltre *foriera di intollerabile incertezza nella sua applicazione concreta. Una sentenza che si prefigge l’obiettivo di non limitare i suoi insegnamenti esclusivamente alla materia penale*<sup>69</sup>, avendo tratto spunto dalla giurisprudenza delle altre

---

<sup>63</sup> Cass., Sez. Un., sentenza 27 marzo 1996, Sala, in *Cass. pen.*, 1996; così come Cass., Sez. Un., 13 luglio 1998, Gallieri, in *C.E.D.*, n. 211194; infine Cass., Sez. Un., 23 febbraio 2000, D’Amuri.

<sup>64</sup> L. P. CAMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996.

<sup>65</sup> Cfr. C. CONTI, *Intercettazioni e inutilizzabilità: la giurisprudenza aspira al sistema*, in *Cass. pen.*, 2011.

<sup>66</sup> C. CONTI, *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra Costituzione e legge ordinaria*, op.cit.; secondo l’Autrice l’inutilizzabilità è volta «a “punire” la truffa delle etichette *ex se* vietata, a tutela della legalità delle prove».

<sup>67</sup> Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, in *Giur. cost.*, 2023. Cfr. A. COLLI VIGNARELLI, *La “legge oscura” (anche tributaria) nel pensiero della Corte costituzionale e della dottrina generale*, in *Rivista di diritto tributario online*, 2023.

<sup>68</sup> L’espressione, come è noto, è di M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2012.

<sup>69</sup> Cfr. L. DI MAJO, *Una legge “radicalmente oscura” è incompatibile con la Costituzione. Nota a Corte costituzionale, sentenza 110/2023*, in *Giur. cost.*, fasc. 2, 2023; l’Autore rimarca come la pronuncia in commento «non appare soltanto innovativa rispetto al filone giurisprudenziale precedente in tema di qualità della normazione, ma è significativamente interessante per le argomentazioni del Giudice relatore nell’individuare l’art. 3 Cost. quale parametro per la valutazione

*Corti europee. Ad ogni modo, il Collegio italiano richiama il precedente del Conseil constitutionnel francese, secondo cui «l'accessibilità e l'intelligibilità della legge rappresentano principi di rango costituzionale, che impongono al legislatore di adottare disposizioni sufficientemente precise al fine di proteggere gli individui dal rischio di applicazioni arbitrarie delle leggi, evitando di addossare alle autorità amministrative e giurisdizionali il compito di stabilire regole che spettano invece al legislatore»<sup>70</sup>. Non di meno, il Tribunale costituzionale federale tedesco da molti decenni ormai riconosce l'esistenza di un mandato costituzionale di "precisione" e "chiarezza normativa", un vincolo per il legislatore da rispettare ai fini della legittimità dei provvedimenti: un limite all'oscurità, introdotto dalla giurisprudenza, valevole per ogni branca del diritto<sup>71</sup>.*

## 7. La sentenza n. 170/2023 della Consulta.

Un'altra recente pronuncia rilevante che consente di ribadire l'attualità del principio di non sostituibilità è della Corte costituzionale. La sentenza n. 170 del 2023 trae origine dal conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, depositato il giorno 11 maggio 2022<sup>72</sup>, da parte del Senato della Repubblica nei confronti della Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario di Firenze. Il conflitto di attribuzioni è sorto a seguito dell'acquisizione di plurime comunicazioni del senatore Renzi e altri soggetti, disposte dalla Procura fiorentina, nell'ambito del procedimento penale iscritto a carico dello stesso senatore, in assenza di una previa richiesta di autorizzazione (perché mai richiesta) alla Camera alta del parlamento italiano, violando – secondo la prospettazione del ricorrente – le *guarentigie* spettanti ai parlamentari ai sensi dell'art. 68, comma 3, Cost.<sup>73</sup> Il procedimento penale è avviato dagli inquirenti per accertare eventuali reati commessi dagli indagati in ordine al sostegno economico prestato ad una fondazione di diritto privato (la *Fondazione Open*) e, di conseguenza, all'attività politica degli esponenti del partito di riferimento del sen. Renzi, in quanto il sostegno avrebbe integrato – secondo la ricostruzione accusatoria – il delitto di finanziamento illecito di partiti politici, di cui all'art. 7 della l. 195/1974 e l'art. 4 della l. 659/1981.

dell'intelligibilità della norma, a partire da una valutazione di una ragionevolezza scardinata da "disposizioni irrimediabilmente oscure, e pertanto foriere di intollerabile incertezza nella loro applicazione concreta".

<sup>70</sup> Corte cost., 5 giugno 2023, n. 110, op.cit., la quale richiama la decisione del 27 luglio 2006, n. 2006-540 DC, considerato n. 9, del *Conseil constitutionnel* francese.

<sup>71</sup> Cfr. F. PALAZZO, *La legge "radicalmente oscura" al vaglio della Corte costituzionale: profili penalistici (e non solo)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2023, 1053.

<sup>72</sup> Ricorso pubblicato in G.U. 1<sup>a</sup> Serie Speciale – Corte costituzionale n. 3 del 18.01.2023. Successivamente annotato nel Registro conflitti tra poteri dello Stato n. 10 del 2022.

<sup>73</sup> Per le prime valutazioni si veda P. VILLASCHI, *La posta elettronica e i messaggi sono corrispondenza? Note a margine del ricorso per conflitto tra poteri dello Stato promosso dal Senato della Repubblica in relazione al "caso Renzi"*, in *Federalismi.it*, n. 7/2023, 234 ss.

La Procura di Firenze, attraverso una serie di perquisizioni, ha sequestrato i dispositivi mobili (computer, *pen drive*, *tablet*, ecc.) appartenenti a soggetti non parlamentari, acquisendo i messaggi scambiati tramite l'applicazione *Whatsapp* tra il senatore e altri collaboratori<sup>74</sup>. Parimenti, i magistrati hanno acquisito un estratto conto relativo al conto corrente del sen. Matteo Renzi, attraverso un decreto di acquisizione, sempre ritenendo di non dover chiedere l'autorizzazione al Senato, in quanto in presenza di un mero documento<sup>75</sup>. Il Senato, in data 22 febbraio 2022, su proposta della Giunta delle elezioni e delle immunità parlamentari, solleva un conflitto di attribuzioni davanti alla Consulta<sup>76</sup>.

La Corte costituzionale dichiara ammissibile il ricorso con l'ordinanza n. 261 del 2022. Nel merito la prima questione riguarda la nozione di corrispondenza: si chiede al Giudice delle leggi se, ai sensi dell'art. 15, primo comma, e dell'art. 68, terzo comma, Cost., è possibile includere i messaggi inviati o ricevuti tramite posta elettronica, oppure con l'applicazione *Whatsapp* nel concetto di corrispondenza?<sup>77</sup> Cosicché, qualora venisse accolta l'interpretazione prospettata dal ricorrente, occorrerà individuare la procedura da applicare ai sequestri della corrispondenza che vedano coinvolto un parlamentare, soprattutto nel caso in cui il *device* non sia di proprietà dell'onorevole.

Le argomentazioni confluite nel ricorso presentato dal Senato fanno riferimento a un concetto evoluto di corrispondenza, in grado di annoverare anche lo scambio di messaggi scambiati tra più soggetti con strumenti di tipo informatico e telematico, in quanto tale forma di comunicazione manterrebbe inalterato il requisito della riservatezza<sup>78</sup>, richiesto dalla norma costituzionale e quello dell'attualità. Quest'ultimo requisito, in particolare, è contestato dalla Procura fiorentina, la quale facendo proprie le determinazioni della giurisprudenza di legittimità<sup>79</sup> ritiene che non possano conside-

---

<sup>74</sup> Precisamente si fa riferimento ai messaggi di testo datati 3 e 4 giugno 2018, e altri nel periodo che intercorre tra il 12 agosto e il 15 ottobre 2019, così come varie *e-mail* scambiate tra il 1° e il 18 agosto 2018. Per un approfondimento sull'assenza di una disciplina vigente che consenta di sequestrare legittimamente le *chat* digitali, si veda A. CHELO, *Davvero legittimo il sequestro di messaggi e-mail e Whatsapp già letti?*, in *Giur. cost.*, 2023, IV, 296 ss.; F. CERQUA, *Ancora dubbi e incertezze sull'acquisizione della corrispondenza elettronica*, in *Dir. pen. cont.*, (web), 2015; nonché W. NOCERINO, *Il captatore informatico nelle indagini penali interne e transfrontaliere*, Cedam, 2021.

<sup>75</sup> A seguito di istanza presentata dai legali del sen. Renzi, con la quale si sollecitano gli investigatori ad astenersi da svolgere attività di indagine nei confronti di un parlamentare senza avanzare richiesta di autorizzazione alla Camera di appartenenza, la Procura di Firenze dichiara il non luogo a provvedere.

<sup>76</sup> Resoconto della seduta n. 406 del Senato della Repubblica avvenuta in data 22 febbraio 2022, disponibile su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>77</sup> Cfr. M. TORRE, *WhatsApp e l'acquisizione processuale della messaggistica istantanea*, in *Dir. Pen. e Processo*, n. 2, 2020, 1279.

<sup>78</sup> Requisito garantito dalla presenza di credenziali personali dell'utente, quali *username* e *password*, nella disponibilità esclusiva del fruitore.

<sup>79</sup> Cass. pen., sez. II, n. 39529/2022, in *Quotidiano Giuridico*, 2022; secondo i Supremi giudici «i

rarsi attuali i messaggi di posta elettronica, gli SMS e la *chat* archiviate nella memoria dell'applicazione *Whatsapp*. La disciplina relativa al sequestro di corrispondenza, infatti, non sarebbe applicabile al caso in esame per mancanza del requisito dell'attualità; in quanto, la procedura dell'art. 254 c.p.p. «implica un'attività di spedizione in corso o avviata dal mittente mediante la consegna a terzi per il recapito»<sup>80</sup>. Secondo i magistrati non sarebbe lesa neppure la riservatezza della comunicazione, dal momento che, una volta che il destinatario ha preso conoscenza del messaggio, cessa di essere «corrispondenza» e la riservatezza trova tutela in altre norme come, ad esempio, quelle che garantiscono la libertà personale.

Preliminarmente, la Corte costituzionale, nella propria sentenza, si sofferma sulla distinzione tra intercettazioni di comunicazioni e sequestro di corrispondenza. Affinché si abbia una intercettazione si debbono verificare due condizioni: la comunicazione deve essere captata durante il suo svolgimento, dunque durante il c.d. momento dinamico; come pure deve avvenire all'insaputa dei soggetti intercettati<sup>81</sup>. Requisiti non integrati nel caso esaminato dalla Consulta. Passando all'analisi del concetto di corrispondenza, il Giudice delle leggi precisa che esso non può che essere interpretato in senso ampio, ossia «comprensivo di ogni comunicazione di pensiero umano (idee, propositi, sentimenti, dati, notizie) tra due o più persone determinate, attuata in modo diverso dalla conversazione in presenza<sup>82</sup> (pertanto, lo scambio di messaggi elettronici, a prescindere dalle caratteristiche del mezzo tecnico utilizzato ai fini della trasmissione del proprio pensiero – e-mail, SMS, WhatsApp e simili – rappresenta, di per sé, una forma di corrispondenza agli effetti dell'art. 15 Cost.)»<sup>83</sup>. Sicché, aderendo ad una simile ricostruzione, ai fini della riconducibilità dei messaggi al nuovo concetto di comunicazione, diviene determinante il rispetto del requisito della segretezza<sup>84</sup>. Orbene, limitata-

messaggi *WhatsApp* e gli SMS conservati nella memoria di un telefono cellulare hanno natura di documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p., sicché è legittima la loro acquisizione mediante mera riproduzione fotografica, non trovando applicazione né la disciplina delle intercettazioni, né quella relativa all'acquisizione di corrispondenza di cui all'art. 254 c.p.p., non versandosi nel caso della captazione di un flusso di comunicazioni in corso, bensì nella mera documentazione «*ex post*» di detti flussi». Si veda, *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, n. 22417/2022; Cass. pen., sez. V, n. 17552/2021, in *Quotidiano Giuridico*, 2021; Cass. pen., sez. VI, n. 1822/2020.

<sup>80</sup> M. BORGABELLO, *Il concetto di «corrispondenza» nella sentenza 170 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza penale Web*, fasc. 8, 2023.

<sup>81</sup> Per un approfondimento sul concetto di intercettazione si veda P. TONINI, C. CONTI, *Manuale di procedura penale*, XXVI ed., Milano, 418.

<sup>82</sup> C. CONTI, *Il principio di non sostituibilità: il sistema probatorio tra Costituzione e legge ordinaria*, op.cit.; l'Autrice evidenzia sarebbe stato più corretto, da parte della Consulta, utilizzare l'espressione «dal vivo», anziché «in presenza».

<sup>83</sup> Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, in *Giur. cost.*, 2023.

<sup>84</sup> L. M. TONELLI, *Un'estensione (eccessiva?) della nozione di «corrispondenza» in una recente sentenza della Corte costituzionale*, in *Osservatorio costituzionale*, fasc. 1, 2024; l'Autore cita la giurisprudenza di legittimità, la quale afferma che «tale corrispondenza può essere qualificata come «chiusa», ossia segreta, solo nei confronti dei soggetti che non siano legittimati all'acces-

mente ai messaggi scambiati tra due o più persone su *Whatsapp* è possibile constatare l'elevato grado di riservatezza, dovuta alla tecnica di crittografia *end to end*, la quale si somma ai codici di accesso all'intero *smartphone*. Sia le comunicazioni avvenute tramite *e-mail*, che i c.d. messaggi istantanei su *Whatsapp* rispettano tale caratteristica<sup>85</sup>.

Tuttavia, un secondo punto sul quale si è concentrata l'attenzione dei giudici costituzionali è l'attualità della comunicazione<sup>86</sup>. Secondo i giudici del Palazzo della Consulta, la tutela riconosciuta dall'art. 15 Cost. inizia con l'invio – tramite qualunque mezzo idoneo alla trasmissione – del messaggio e non può affievolirsi con la ricezione. Al contrario, la tutela deve essere riconosciuta e mantenuta fino a quando permane il carattere di attualità. Il messaggio “archiviato” nella memoria del dispositivo acquisterà un carattere di documento storico soltanto quando, decorso il tempo, è possibile attribuirgli valore meramente affettivo<sup>87</sup>. Una soluzione oseremmo definirla lapalissiana, anche perché «degradare la comunicazione a mero documento quando non più *in itinere*, è soluzione che, se confina in ambiti angusti la tutela costituzionale prefigurata dall'art. 15 Cost. nei casi, sempre più ridotti, di corrispondenza cartacea, finisce addirittura per azzerarla, di fatto, rispetto alle comunicazioni operate tramite posta elettronica e altri servizi di messaggistica istantanea, in cui all'invio segue immediatamente – o, comunque sia, senza uno iato temporale apprezzabile – la ricezione»<sup>88</sup>.

Il riferimento effettuato dalla Corte ai dati esteriori delle comunicazioni, i c.d. tabulati telefonici, è un passaggio di particolarmente interessante: qualora si intenda estendere la copertura costituzionale dell'art. 15 Cost. anche

so ai sistemi informatici di invio o di ricezione dei singoli messaggi», così Cass. pen., sez. V, n. 47096/2007.

<sup>85</sup> Cfr. M. MINAFRA, *Prove e messaggi telematici remoti. Sul giusto metodo acquisitivo della corrispondenza informatica “statica”*, in *Giur. it.*, 2018, 1719.

<sup>86</sup> L. M. TONELLI, *Un'estensione (eccessiva?) della nozione di «corrispondenza» in una recente sentenza della Corte costituzionale*, op. cit.; secondo l'Autore questa tematica ripropone «in chiave attuale e moderna l'annoso dibattito attinente all'individuazione dei limiti temporali – in particolare di quello finale – della tutela accordata dall'art. 15 Cost.».

<sup>87</sup> Secondo il Giudice delle leggi il carattere dell'attualità deve «presumersi, sino a prova contraria, quando si discuta di messaggi scambiati [...] a distanza di tempo non particolarmente significativa rispetto al momento in cui dovrebbero essere acquisiti e nel corso dello svolgimento del mandato parlamentare in cui tale momento si colloca, e per giunta, ancora custoditi in dispositivi protetti da codici di accesso».

<sup>88</sup> Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, op. cit.; una soluzione, scrive il redattore della sentenza, imposta, a maggior ragione, quando si tratta di delimitare i confini della tutela coperta dall'art. 68, comma 3, Cost. dedicato alla corrispondenza di e con un parlamentare. Secondo la Corte, la tutela offerta ai membri delle Camere costituisce una prerogativa «strumentale [...] alla salvaguardia delle funzioni parlamentari», volendosi impedire che intercettazioni e sequestri di corrispondenza possano essere «indebitamente finalizzat[i] ad incidere sullo svolgimento del mandato elettivo, divenendo fonte di condizionamenti e pressioni sulla libera esplicazione dell'attività», così sentenza n. 390 del 2007; in senso analogo, sentenze n. 38 del 2019 e n. 74 del 2013, ordinanza n. 129 del 2020 (richiamate tutte nella pronuncia del 2023).

alla *data retention*, a fortiori, va applicata anche ai messaggi *Whatsapp* ed alla posta elettronica<sup>89</sup>. Difatti, se «l'acquisizione dei dati esteriori di comunicazioni già avvenute (quali quelli memorizzati in un tabulato<sup>90</sup>) gode delle tutele accordate dagli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost., è impensabile che non ne fruisca, invece, il sequestro di messaggi elettronici, anche se già recapitati al destinatario»; dal momento che tali attività investigative consentono di «venire a conoscenza non soltanto dei dati identificativi estrinseci delle comunicazioni, ma anche del loro contenuto»; e, dunque, siffatte indagini sono dotate di attitudine intrusiva tendenzialmente maggiore. Effettivamente, nel caso del sequestro probatorio informatico, «il “vero” oggetto del sequestro non è tanto il dispositivo elettronico (il “contenitore”) – il quale di per sé, non ha di norma alcun interesse per le indagini – quanto piuttosto i suoi dati (il “contenuto”）」<sup>91</sup>.

Successivamente, la Corte passa alla trattazione della conseguente questione di merito: occorre chiarire se l'art. 68, comma 3, Cost. può conoscere un'interpretazione più ristretta del concetto di corrispondenza. In particolare, considerato che, a differenza dell'art 15 Cost., si fa riferimento esclusivamente alla corrispondenza, evitando citare ad ogni altra forma di comunicazione. Nonostante l'ampio riferimento, la *ratio* della norma costituzionale appare limpida: *in claris non fit interpretatio*, il legislatore ha voluto ricomprendere qualunque forma di comunicazione – comprese quelle che avvengono su piattaforme digitali – nella *guarentigia* parlamentare. Diversamente, ovvero «[s]ostenere il contrario, in un momento storico nel quale la corrispondenza cartacea, trasmessa tramite il servizio postale e telegrafico, è ormai relegata, nel complesso, a un ruolo di secondo piano, significherebbe d'altronde deprimere radicalmente la valenza della prerogativa parlamentare in questione»<sup>92</sup>.

Infine, il Giudice costituzionale deve necessariamente sciogliere alcuni nodi operativi, ossia individuare un “modulo procedurale” da utilizzare allorché occorre sequestrare un dispositivo a un terzo soggetto non parla-

---

<sup>89</sup> Non è possibile ravvisare alcuna «differenza ontologica tra il contenuto di una conversazione o di una comunicazione e il documento che rivela i dati estrinseci di queste, quale il tabulato telefonico: documento che – come già rilevato in precedenza ad altro fine (sentenza n. 188 del 2010) – può aprire squarci di conoscenza sui rapporti di un parlamentare, specialmente istituzionali, “di ampiezza ben maggiore rispetto alle esigenze di una specifica indagine e riguardanti altri soggetti (in specie, altri parlamentari) per i quali opera e deve operare la medesima tutela dell'indipendenza e della libertà della funzione” (sentenza n. 38 del 2019)», così Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, *op. cit.*, punto 4.4 del *Considerato in diritto*. Qualche nota critica possiamo trovarla in dottrina, in particolare, si veda F. NICOLICCHIA, *La Consulta conferma la legittimità dell'autorizzazione per acquisire i tabulati delle comunicazioni relative a parlamentari. Luci ed ombre della sentenza n. 38 del 2019*, in *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 2, 2019, 1015 ss.; R. ORLANDI, *Tabulati telefonici e immunità parlamentare*, in *Giur. Cost.*, n. 2, 2019, 683 ss.

<sup>90</sup> Qualificati dalla stessa Corte costituzionale come «fatti comunicativi» già nella sentenza n. 38/2019, punto 2.4 del *Considerato in diritto*.

<sup>91</sup> Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, *op. cit.*

<sup>92</sup> *Ibidem*.

mentare, il quale potrebbe aver intrattenuto una conversazione scritta sulle note piattaforme digitali con un membro delle Camere<sup>93</sup>. A tal fine, viene in rilievo la legge n. 140 del 2003, attuativa delle garanzie previste dall'art. 68 Cost. La giurisprudenza costituzionale fin dal 2007 ha distinto tra intercettazioni c.d. "mirate" (dirette o indirette), da una parte, rispetto alle quali è necessaria l'autorizzazione preventiva della Camera di appartenenza ex art. 4 della legge citata, e quelle c.d. "casuali", dall'altra, rispetto alle quali la norma richiede solamente l'autorizzazione successiva all'utilizzo del materiale investigativo nei confronti del parlamentare, seguendo il dettato dell'art. 6 della medesima legge. Orbene, gli atti investigativi che richiedono l'autorizzazione preventiva - elencati nell'art. 4 - comprendono anche i sequestri di corrispondenza.

Il *thema decidendum* della sentenza n. 170 del 2023 è, dunque, il regime applicabile al sequestro di corrispondenza nelle ipotesi in cui siano coinvolti membri del parlamento<sup>94</sup>, indipendentemente dal fatto che siano sequestri "mirati" o "casuali"<sup>95</sup>. Per la Consulta non vi sono scappatoie, qualora durante un'indagine penale gli inquirenti sequestrino un dispositivo di un terzo e vi trovano messaggi scambiati con un parlamentare, occorre «sospendere l'estrazione di tali messaggi dalla memoria del dispositivo (o dalla relativa copia) e chiedere l'autorizzazione della Camera di appartenenza del parlamentare, a norma dell'art. 4 della legge n. 140/2003, al fine di poterli coinvolgere nel sequestro». Pertanto, non vi possono essere margini per intraprendere percorsi interpretativi differenti; occorre superare ogni valutazione sulla natura dell'intercettazione, in quanto - a parere del Giudice delle leggi - «[l]a distinzione, elaborata dalla giurisprudenza di questa Corte in rapporto alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni di membri del Parlamento, tra captazioni "indirette" e captazioni "occasionalì" - con limitazione alle prime dell'obbligo di richiedere l'autorizzazione preventiva all'esecuzione dell'atto, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 140 del 2003 [...] - non è, infatti, riferibile alla fattispecie di sequestro di corrispondenza che qui viene in esame». Rispetto a quanto avviene per le intercettazioni, «qui si discute dell'acquisizione *uno actu* di messaggi comunicativi già avvenuti. Una volta riscontrato che si tratta di messaggi di un parlamentare, o a lui diretti, diviene, quindi, in ogni caso operante la guarentigia di cui all'art. 68, terzo comma, Cost.»<sup>96</sup>.

---

<sup>93</sup> Per un'ampia disamina sul tema si veda N. ZANON, *Il regime delle intercettazioni "indirette" e "occasionalì" fra principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione e tutela della funzione parlamentare*, in *Federalismi.it*, n. 23/2007, 1; T. F. GIUPPONI, *Le intercettazioni "indirette" nei confronti dei parlamentari: cronaca di un'illegittimità costituzionale (pre)annunciata*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2008, 150 ss.

<sup>94</sup> C. FONTANI, *La svolta della Consulta: la "corrispondenza telematica" è pur sempre corrispondenza*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, 1311.

<sup>95</sup> Sulle captazioni "mirate" o "causali" si veda Corte cost., 23 novembre 2007, n. 390, in *Giur. cost.*, punto 5.3 del *Considerato in diritto*; con nota di G. GIOSTRA, *La disciplina delle intercettazioni fortuite del parlamentare è ormai una dead rule walking*, in *Cassazione penale*, fasc. 1, 2008.

<sup>96</sup> Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, *op. cit.*

Solo così l'autorizzazione (preventiva) richiesta dall'art. 4 della legge n. 140/2003 non rischia di trasformarsi in una autorizzazione *ex post* ai fini dell'utilizzabilità processuale dei dati acquisiti durante le indagini: autorizzazione che l'art. 6 della legge n. 140/2003 prevede esclusivamente per le intercettazioni e per l'acquisizione dei tabulati telefonici<sup>97</sup>. Tale interpretazione, a parere dei giudici costituzionali, eviterebbe «inopportune dilatazioni degli effetti propri della prerogativa parlamentare, che rischierebbero di penalizzare in modo ingiustificato le stesse iniziative dell'autorità giudiziaria volte all'accertamento dei reati»; senza, tuttavia, tradire lo spirito garantista della Carta fondamentale<sup>98</sup>, il quale richiede un bilanciamento equilibrato per tutti gli interessi divenuti rilevanti.

## 8. (Segue) L'estratto conto bancario al crocevia tra corrispondenza e documento.

In assenza di una definizione precisa dell'estratto conto, possiamo qualificarlo come un prospetto redatto dalla banca e inviato periodicamente al cliente, richiamato a livello legislativo dagli artt. 1832 e 1857 del codice civile, nonché dall'art. 119 d.lgs. n. 385/1993 (il c.d. Testo unico bancario)<sup>99</sup>.

La Procura di Firenze ha sequestrato l'estratto conto del senatore Renzi attraverso un decreto di acquisizione di segnalazioni di operazioni bancarie sospette, sulla base di quanto disciplinato dalla normativa antiriciclaggio. Il Senato sul punto precisa che con «conto corrente bancario»<sup>100</sup> si suole far riferimento a un complesso di operazioni bancarie, le quali sono «l'oggetto o meglio il contenuto della corrispondenza in quanto riportano tutte le operazioni di dare e avere in un determinato periodo con indicazione dei destinatari e delle causali. [...] ciò che la banca comunica al cliente dandogli notizia di tali operazioni che, come evidente, rivelano contratti, obbligazioni, risarcimenti, rapporti»<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> Sulla decisione della Consulta, cfr. G. GUZZETTA, *La nozione di comunicazione e altre importanti precisazioni della Corte costituzionale sull'art. 15 della Costituzione nella sentenza n. 170 del 2023*, in *federalismi.it*, 2023, 21.

<sup>99</sup> L'art. 119 TUB al primo comma prevede che la banca invii alla scadenza del contratto «una comunicazione chiara in merito allo svolgimento del rapporto» e aggiunge, al secondo comma, che «per i rapporti regolati in conto corrente l'estratto conto è inviato al cliente» con una determinata periodicità.

<sup>100</sup> La dottrina non è unanime nel qualificare il conto corrente bancario come contratto. Taluni propendono per qualificare tale rapporto come «contratto innominato misto», frutto di più prestazioni derivanti da altri contratti; si veda A. FIORENTINO, *Del conto corrente. Dei contratti bancari*, in *Comm. Scialoja, Branca, sub artt. 1823-1860*, Bologna-Roma, 1972, 164. Altri ritengono di essere in presenza di un contratto tipico, utili sono le riflessioni di N. SALANITRO, *Conto corrente bancario*, in *Digesto comm.*, IV, Torino, 1989, 10.

<sup>101</sup> Ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato n. 10 del 2022, *op. cit.*



Ad una prima lettura delle norme, sembrerebbe che, durante lo svolgimento del rapporto contrattuale tra l'istituto bancario e il cliente, quest'ultimo riceva periodicamente gli estratti conto, i quali restano nella sua piena disponibilità. Dunque, difficilmente si potrà qualificare l'estratto conto come qualcosa di diverso da una "comunicazione riservata"<sup>102</sup> tra la banca e il titolare del conto corrente: ossia, una comunicazione personale volta a riassumere tutte le operazioni effettuate in un determinato periodo storico<sup>103</sup>.

Di diverso avviso è la Corte costituzionale. In tali ipotesi, l'estratto conto risulta essere «un documento che ha una funzione e una valenza autonoma, indipendente dalla spedizione al correntista. Esso non è altro, in effetti, che un riepilogo delle risultanze delle scritture contabili della banca, le quali debbono riportare tutte le operazioni di dare e di avere passate in conto corrente. Si tratta, dunque, di per sé, di un documento contabile interno all'ente creditizio». Non si può attribuire qualifica di "corrispondenza" a tutto ciò che in ipotesi può essere spedito o inviato tramite piattaforme digitali, diversamente, qualunque scritto potrà restare fuori dal processo penale. Difatti, l'art. 68, terzo comma, Cost. non tutela «genericamente e indiscriminatamente la riservatezza del parlamentare, la cui protezione è affidata alle conferenti norme valedoli per la generalità dei consociati», tuttavia impone ai magistrati di richiedere «l'autorizzazione della Camera di appartenenza solo per eseguire specifici atti nei confronti dei membri del Parlamento, particolarmente suscettibili di incidere sullo svolgimento del mandato elettivo (limitazioni della libertà personale, perquisizioni personali e domiciliari, intercettazioni, sequestri di corrispondenza): non, invece, di espletare, con altri mezzi, indagini bancarie sul parlamentare, né di acquisire, in diverso modo, suoi dati personali, utili a fini di indagine»<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Rilevante è l'orientamento della giurisprudenza di legittimità. Secondo la Cassazione integra la fattispecie prevista all'art. 616 del codice penale l'apertura da parte del marito della corrispondenza chiusa, indirizzata alla moglie e contenente l'estratto conto (in questo senso, Cass. pen., sez. II, sent. n. 952 del 2018).

<sup>103</sup> P. VILLASCHI, *La posta elettronica e i messaggi sono corrispondenza? Note a margine del ricorso per conflitto tra poteri dello Stato promosso dal Senato della Repubblica in relazione al "caso Renzi"*, cit.; l'Autore non esagera nel qualificare l'invio dell'estratto conto come una «comunicazione bancaria», la quale richiede l'applicazione delle garanzie offerte dagli artt. 15 e 68 Cost. La dottrina maggioritaria aderisce a questa interpretazione, si veda M. CERASE, *Art. 68*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla costituzione*, Torino, 2006, 1304 ss., che evidenzia «come se si tratta anche di riepiloghi di comunicazioni seriali, come per es. gli estratti-conto bancari che riportano gli ordini di bonifico o gli estratti conto di carte di pagamento, la vicenda può risultare meno estranea all'art. 68, comma 2, di quanto si pensi. I predetti estratti sono per loro natura destinati a essere inviati ai titolari del rapporto creditizio con cadenza periodica e sono quindi certamente protetti da tale disposizione quando sono in effetti spediti. Potrebbe allora ritenersi un aggiramento della prerogativa consentire ad altre autorità di acquisirle direttamente alla fonte senza il prescritto passaggio parlamentare».

<sup>104</sup> Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, *op. cit.*, punto 4.5 del *Considerato in diritto*.

## 9. Le ripercussioni della sentenza costituzionale e qualche nota critica.

Con la sentenza n. 170/2023 la Corte costituzionale ha esteso notevolmente la nozione di “corrispondenza” fino a ricomprendere anche i messaggi di natura telematica inviati sulle piattaforme digitali, come *Whatsapp*, e tramite *e-mail*. Malgrado i primi commenti positivi ed entusiasti della pronuncia del Giudice delle leggi, in dottrina recentemente si fanno strada alcune posizioni critiche. La sentenza, infatti, è destinata ad avere ripercussioni anche nei confronti della generalità dei consociati, estendendo le garanzie previste all'art. 15 Cost. a tutte le comunicazioni, indipendentemente dallo strumento utilizzato per la trasmissione del proprio scritto.

Una prima criticità riguarda il requisito dell'attualità scelto dalla Consulta per delimitare il concetto di corrispondenza: avendo stabilito che i messaggi conservano la protezione ex art 15 Cost. anche una volta letti dal destinatario, senza introdurre un limite temporale finale, si è aperta breccia totalmente discrezionale nelle mani della magistratura<sup>105</sup>. La Corte più correttamente avrebbe potuto (secondo taluni, dovuto) estendere quando affermato in materia di tabulati telefonici<sup>106</sup> e, dunque, con un'apertura più *soft* vi sarebbero state meno difficoltà applicative. Ulteriore criticità della pronuncia n. 170/2023 riguarda l'interpretazione dell'art. 68 Cost. e della sua nuova *ratio*: «la Corte costituzionale decide di confinare all'ambito delle intercettazioni (e verosimilmente dell'acquisizione di tabulati) la necessaria valutazione in ordine al carattere “direzionato” e “mirato” dell'atto investigativo». Così operando, si «ricostruisce il concetto di immunità parlamentare in termini di tutela rafforzata delle libertà del parlamentare in sé e per sé considerate e non come strumento funzionale ad assicurare al Parlamento il controllo sulla legittimità degli atti investigativi “mirati” ad incidere direttamente su di esse. [...] Di talché, viene meno qualsiasi giustificazione alla deroga al principio di parità di trattamento davanti alla giurisdizione rappresentata dall'immunità»<sup>107</sup>.

Le argomentazioni contenute nella sentenza del Giudice delle leggi determinano un'estensione dell'immunità parlamentare anche a soggetti ter-

---

<sup>105</sup> L.M. TONELLI, *Un'estensione (eccessiva?) della nozione di «corrispondenza» in una recente sentenza della Corte costituzionale*, op. cit.; l'Autore risulta particolarmente critico, e ritiene che «in mancanza di una specifica individuazione del termine finale, tale termine appare tradursi in un concetto talmente astratto e indefinito, che potrebbe dar luogo a infiniti contenziosi sul punto».

<sup>106</sup> Cfr. *Ibidem*; l'Autore sostiene che la Consulta avrebbe potuto far rientrare sotto la copertura costituzionale degli artt. 15 e 68, terzo comma, Cost. i messaggi inviati tramite *e-mail* e sulla piattaforma *Whatsapp* conservati nella memoria del dispositivo, così facendo resterebbero “documenti”, tuttavia coperti da maggiori garanzie. Si veda anche M. VIOLANTE, *Tabulati telefonici relativi a parlamentari tra autorizzazione e dubbi di legittimità costituzionale*, in *Processo penale e giustizia*, fasc. n. 5, 2019, 1101-1110.

<sup>107</sup> N. D'ANZA, *La Corte costituzionale estende ai soggetti non parlamentari l'immunità di cui all'art. 68, comma 3, Cost. con riguardo alla corrispondenza scambiata con membri del Parlamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, fasc. n. 3, 2023, 126.

zi, i quali intrattengono comunicazioni scritte con i membri delle Camere, e tale corrispondenza – benché, causalmente, sequestrata a un soggetto non parlamentare –, qualora manchi l'autorizzazione della Camera, non potrà entrare nel processo penale. Un'inversione di rotta rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale. In passato, infatti, la Consulta aveva dichiarato incostituzionale l'art. 6, commi 2, 5 e 6, della legge n. 140/2003, nella parte in cui stabiliva la necessità di autorizzazione a procedere dalla Camera di appartenenza per l'utilizzazione delle intercettazioni c.d. "occasional" dei parlamentari. La Corte afferma che «l'autorizzazione preventiva – contemplata dalla norma costituzionale – postula un controllo sulla legittimità dell'atto da autorizzare, a prescindere dalla considerazione dei pregiudizi che la sua esecuzione può comportare al singolo parlamentare. Il bene protetto si identifica, infatti, con l'esigenza di assicurare il corretto esercizio del potere giurisdizionale nei confronti dei membri del Parlamento, e non con gli interessi sostanziali di questi ultimi (riservatezza, onore, libertà personale), in ipotesi pregiudicati dal compimento dell'atto; tali interessi trovano salvaguardia nei presidi, anche costituzionali, stabiliti per la generalità dei consociati»<sup>108</sup>. Secondo questa ricostruzione, gli inquirenti ogniqualvolta si trovano davanti alla necessità di esperire un sequestro della corrispondenza – a differenza di quanto avviene per le intercettazioni – sarebbero sempre nelle condizioni di determinare, attraverso una prima lettura del contenuto della memoria del dispositivo se uno dei soggetti coinvolti nella conversazione sia un parlamentare. Dal punto di vista della Corte, questo spiegherebbe «perché il citato art. 6 non abbia esteso la disciplina dell'autorizzazione successiva, da esso recata, al sequestro di corrispondenza. [...] La spiegazione risiede appunto nel fatto che, rispetto al sequestro di corrispondenza, la natura "occasionale" o "mirata" dell'atto non viene in considerazione, risultando per esso in ogni caso necessaria l'autorizzazione preventiva, ai sensi dell'art. 4 della medesima legge, nei termini dianzi precisati»<sup>109</sup>. Tuttavia, si finisce per legittimare un paradosso<sup>110</sup>: «una determinata dichiarazione di identico contenuto,

---

<sup>108</sup> Corte cost., 23 novembre 2007, n. 390, *op. cit.*, punto 5.2 del *Considerato in diritto*. Cfr. N. D'ANZA, *La Corte costituzionale estende ai soggetti non parlamentari l'immunità di cui all'art. 68, comma 3, Cost. con riguardo alla corrispondenza scambiata con membri del Parlamento*, cit.; l'Autore sottolinea che «mentre nel sequestro di corrispondenza eseguito su di un dispositivo in uso a soggetti particolarmente vicini al parlamentare ("corrispondenti abituali") si attribuisce agli organi inquirenti il potere di acquisire, senza alcuna autorizzazione, tutte le comunicazioni e i messaggi (esclusi quelli con il parlamentare stesso), nel caso delle intercettazioni (indirette) l'autorizzazione preventiva (laddove negata) impedisce invece di captare comunicazioni con l'intera platea dei soggetti non parlamentari».

<sup>109</sup> Corte cost., 27 luglio 2023, n. 170, *op. cit.*

<sup>110</sup> R. ORLANDI, *"Corrispondenza" dei parlamentari e limiti all'accertamento penale nella sentenza n. 170 del 2023 della Corte costituzionale*, in *disCrimen*, 2023; l'Autore evidenzia come «il diritto di difesa dei co-imputati (ordinari) potrebbe uscirne leso. Far dipendere l'uso di tali informazioni dall'autorizzazione politica implica accettare il rischio che – se l'autorizzazione stessa fosse negata – il co-imputato possa perdere una prova a discarico. Si esce dall'impasse solo rendendo ac-

resa in una conversazione telefonica con un membro del Parlamento, se (casualmente) captata in tempo reale attraverso una intercettazione disposta sulla utenza dell'interlocutore non parlamentare (e non qualificabile come "interlocutore abituale"), sarebbe utilizzabile nei confronti di quest'ultimo senza necessità di richiedere alcuna autorizzazione, mentre se quella stessa dichiarazione, resa nell'ambito di uno scambio di messaggi di posta elettronica ovvero *WhatsApp*, venisse rintracciata nella memoria di un dispositivo mobile, allora per la sua acquisizione dovrà essere richiesta l'autorizzazione (preventiva), paralizzando in tal modo la sua utilizzazione nei confronti dello stesso corrispondente non parlamentare»<sup>111</sup>.

## 10. Riflessioni conclusive: verso nuovi progetti di riforma dell'istituto del sequestro di corrispondenza.

Il contenuto dirompente della sentenza della Corte costituzionale necessita di un intervento sul piano ordinamentale. Se, infatti, le conversazioni "archivate" nelle *chat* dei nostri *smartphone*, così come le *e-mail* già lette, costituiscono corrispondenza ai sensi dell'art. 15 Cost., quest'ultima disposizione richiede una doppia riserva: impone, non solo l'intervento dell'autorità giudiziaria – oggi possibile anche solo con un decreto del pubblico ministero – ma anche una previsione a livello legislativo che preveda i casi nei quali la libertà possa essere limitata «con le garanzie stabilite dalla legge»<sup>112</sup>.

Invero, il 10 aprile 2024, il Senato ha approvato un disegno di legge di riforma del codice di rito in materia di «sequestro di dispositivi e sistemi informatici, *smartphone* e memorie digitali»<sup>113</sup>. Qualora il testo venga appro-

quisibile i dati sequestrati nei confronti dei co-imputati ordinari e subordinando all'autorizzazione politica l'uso processuale degli stessi nei confronti del parlamentare». Non solo, l'Autore si chiede – considerato il diritto vivente – se fosse «possibile assegnare alla sentenza qui commentata un valore paragonabile alla sentenza di illegittimità appena ipotizzata? E cosa accadrebbe se la Corte di cassazione ribadisse il proprio orientamento restrittivo sul concetto di corrispondenza, rifiutandosi di considerare tale il messaggio informatico già ricevuto e letto dal destinatario?».

<sup>111</sup> N. D'ANZA, *La Corte costituzionale estende ai soggetti non parlamentari l'immunità di cui all'art. 68, comma 3, Cost. con riguardo alla corrispondenza scambiata con membri del Parlamento*, cit.; difatti l'Autore sostiene che «l'art. 68, comma 3, Cost. contempra un sistema di autorizzazioni preventive, il quale tuttavia può trovare applicazione solo ed esclusivamente nei casi in cui al momento di disporre l'atto di indagine l'autorità giudiziaria sia in grado di determinare (anche in via presuntiva, stante la qualificazione di "interlocutore/corrispondente abituale" del soggetto nei cui confronti è diretta l'attività investigativa) che l'esecuzione dello stesso condurrà all'acquisizione di dati inerenti a comunicazioni intrattenute/scambiate dal parlamentare (c.d. direzionalità dell'atto investigativo). In caso contrario, in linea di principio, non dovrebbe essere necessaria alcuna autorizzazione, stante l'assenza del rischio che l'autorità giudiziaria abbia inteso, in modo preordinato, porre in essere quel determinato atto d'indagine al sol fine di colpire la sfera delle libertà del parlamentare».

<sup>112</sup> Per un approfondimento sulla natura della riserva cfr. P. BARILE, E. CHELI, voce *Corrispondenza (libertà di)*, in *Enc. Dir.*, vol. X, Milano, 1962, 743 ss.

<sup>113</sup> D.d.l. n. S 806, approvato dal Senato della Repubblica nella seduta del 10 aprile 2024, testo

vato dall'altro ramo del parlamento, il nuovo art. 254-ter c.p.p. attribuisce al Giudice per le indagini preliminari il potere di disporre il sequestro dei supporti informatici, su richiesta della pubblica accusa, salvo i casi di urgenza. Un meccanismo che prevede la successiva duplicazione dei contenuti dei dispositivi, in modo da assicurare la conformità dei dati acquisiti a quelli originali, seguendo le garanzie e cautele previste per il conferimento dell'incarico al consulente tecnico per l'accertamento irripetibile<sup>114</sup>. Una volta copiato il materiale disponibile sullo "strumento elettronico" (così viene definito), occorre procedere alla restituzione all'avente diritto e alla selezione dei dati rilevanti per le indagini attraverso l'analisi della copia forense<sup>115</sup>. Tale copia verrà conservata fino alla sentenza o decreto penale di condanna non più soggetti ad impugnazione<sup>116</sup>.

L'intenzione è introdurre un sequestro caratterizzato da una struttura bifasica: in un primo momento, si procederà al sequestro dei dispositivi mobili con decreto motivato del giudice<sup>117</sup>; successivamente, si passerà alla duplicazione dell'*hardware* con l'estrazione delle informazioni rilevanti per le indagini<sup>118</sup>. Un'operazione rimessa alla valutazione discrezionale del pubblico

---

consultabile su [www.senato.it](http://www.senato.it).

<sup>114</sup> La riforma prevede che il Gip debba provvedere nelle quarantotto ore successive alla richiesta del pubblico ministero e la decisione dovrà essere adottata con decreto motivato. Nei casi di urgenza - qualora sussistano fondati motivi di ritenere, come per le intercettazioni, che il ritardo possa causare un grave pregiudizio per le indagini - il provvedimento di sequestro potrà essere adottato dall'inquirente e immediatamente trasmesso al giudice per la convalida.

<sup>115</sup> Per compiere tale operazione la copia forense dovrà essere trasmessa immediatamente al pubblico ministero, il quale la conserverà in archivio, ex art. 269, comma 1, c.p.p. Una volta terminate le operazioni, il magistrato dovrà procedere alla distruzione della copia.

<sup>116</sup> O. MURRO, *Sequestro dei dispositivi informatici: verso l'art. 254 ter c.p.p.? Brevi note a margine del d.d.l. A.S. n. 806*, in [www.penaledp.it](http://www.penaledp.it); secondo l'Autrice «non soddisfa la disciplina riservata ai tempi di restituzione della copia clone [...]». A ben vedere, però, la restituzione dello smartphone non elimina il pregiudizio determinato dal mantenimento del vincolo sui dati informatici, sui quali non solo sussiste un vero e proprio diritto alla reintegrazione della privacy, ma tale diritto appare meritevole di una adeguata tutela, poiché tali informazioni costituiscono - come detto - la spina dorsale dell'essere digitale». Difatti, il «rischio è che il sequestro integrale dei dati, unito alla possibilità di detenere tale patrimonio informatico sino alla sentenza definitiva, trasformi l'atto investigativo in un atto esplorativo».

<sup>117</sup> La motivazione deve espressamente indicare «le ragioni che rendono necessario il sequestro in relazione al nesso di pertinenza tra il bene appreso e l'oggetto delle indagini», sia «le operazioni tecniche», nonché i criteri da utilizzare per «selezionare, nel rispetto del principio di proporzionalità, i soli dati effettivamente necessari per il proseguo delle indagini». Secondo A. CHELO, *Tanto tuonò che piovve: il nuovo sequestro di dispositivi informatici*, in *Penale Diritto e Procedura*, fasc. 1, 2024, siamo di fronte a una richiesta esplicita del legislatore per una «motivazione rafforzata circa l'utilità del sequestro» da parte del giudice.

<sup>118</sup> Un sequestro che, almeno a una prima lettura sommaria, appare informato al principio di proporzionalità come delineato dalla giurisprudenza di legittimità. Secondo la Cassazione, infatti, questo principio «certamente ancorato alla disciplina delle cautele personali nel procedimento penale ed alla tutela dei diritti inviolabili, ha nel sistema una portata più ampia in quanto travalica il perimetro della libertà individuale per divenire termine necessario di raffronto tra la compressione dei diritti quesiti e la giustificazione della loro limitazione», così Cass., sez. VI, 22 settembre

ministero, il quale se vorrà sequestrare dati dal contenuto c.d. comunicativo lo potrà fare con apposita richiesta al giudice. Questo è la traduzione legislativa della giurisprudenza costituzionale, la quale ha differenziato i dati statici (fotografie, *file*, documenti, ecc.) dai dati comunicativi. Per sequestrare quest'ultimi, pertanto, occorre un nuovo decreto autorizzativo del giudice, qualora sussistano tutti i requisiti ai sensi degli artt. 266, comma 1, e 267, comma 1, c.p.p. L'obiettivo primario del legislatore è chiaramente introdurre una "giurisdizionalizzazione" del sequestro di corrispondenza, attraverso un duplice intervento di controllo del giudice sull'operato del pubblico ministero<sup>119</sup>. La proposta di riforma, infine, esplicitamente dichiara inutilizzabili tutte le acquisizioni che non rispettano le formalità prescritte. Ebbene, nonostante lo sforzo del legislatore che evidentemente si sente di intervenire per colmare un *vulnus* costituzionale, ribadito pure dalla Consulta, restano numerose perplessità. In primo luogo, la norma che si intende introdurre si applicherà «non solo al sequestro di "corrispondenza" ma, data l'ampiezza della categoria di apparati oggetto della misura ablativa e la loro eterogeneità, anche al sequestro di dati che non costituiscono espressione di comunicazione»<sup>120</sup>. Dalla lettura del disegno di legge, a parere di chi scrive, la *voluntas legis* è chiara ed è quella di introdurre una serie di preziose garanzie per vari apparati differenti tra loro, anche per funzione<sup>121</sup>: evidente è la differenza esistente tra uno *smartphone* e una memoria digitale, entrambi accomunati dalla riforma approvata dal Senato. Sarebbe, dunque, auspicabile una disciplina dedicata agli apparati che possono essere utilizzati per la comunicazione, diversa da quella individuata per il sequestro di dispositivi elettronici impiegati per la sola archiviazione dei dati.

---

2020, n. 34265, in *Sistema penale*, 2020. Cfr. M. PITTIRUTI, *Dalla Corte di cassazione un vademecum sulle acquisizioni probatorie informatiche e un monito contro i sequestri digitali omnibus*, in *Sistema penale*, 2021.

<sup>119</sup> S. DE FLAMMINEIS, *Le sfide della prova digitale: sequestri, chat, processo penale telematico e intelligenza artificiale*, in *Sistema penale*, 2024; l'Autore solleva qualche dubbio circa l'inevitabile ingolfamento del sistema giustizia, in particolare durante la fase delle indagini preliminari.

<sup>120</sup> A. CHELO, *Tanto tuonò che piovve: il nuovo sequestro di dispositivi informatici*, cit.; l'Autore specifica che «si tratta, allora, di comprendere come operare: se costruire una norma sempre rispettosa dell'art. 15 Cost., oppure una norma che introduca una nuova ipotesi di sequestro e che, nell'eventualità in cui esso cada - indirettamente - sulla corrispondenza, fornisca solo in tal caso le garanzie che l'art. 15 Cost. impone».

<sup>121</sup> O. MURRO, *Sequestro dei dispositivi informatici: verso l'art. 254 ter c.p.p.? Brevi note a margine del d.d.l. A.S. n. 806*, cit.; l'Autrice critica la proposta di legge affermando che «così delineata la disciplina, sembra però confliggere con il generale divieto di sequestri indiscriminati e totalizzanti di massici dati informatici. [...] La proposta in esame, invece, non limitando ad origine il perimetro delle operazioni di ricerca dei dati, rischia di configurare un'attività di indagine esplorativa, apparendo così in difformità con gli approdi della giurisprudenza sia interna, sia europea, che hanno decretato l'illegittimità di tali forme di acquisizione massiva ed indiscriminata». Cfr. L. NULLO, *Sequestro probatorio di materiale documentativo e principi di adeguatezza e proporzionalità*, in *Proc. pen. giust.*, 2020, fasc. 3, 660; M. PITTIRUTI, *Adeguatezza e proporzionalità nel sequestro di un sistema informatico*, in *Dir. internet*, 2019, 777.

In conclusione, un dato certo è la conferma che le acquisizioni effettuate fino ad oggi - non rispettando la riserva di legge e di giurisdizione prevista dalla Carta fondamentale -, sono state compiute *praeter legem* o, addirittura, *contra Constitutionem*. Pertanto, benché se da un lato i tempi delle riforme non possono sottostare al progresso tecnologico, dall'altro l'ordinamento necessita di un aggiornamento legislativo in grado di bilanciare anche i "nuovi diritti" con i costanti tentativi di aggressione dei recenti strumenti di indagine. Ad ogni modo, non sono ammissibili scorciatoie acquisitive, lesive della legalità del sistema probatorio, e lo sbarramento lo troviamo ancora una volta nel principio di non sostituibilità.





## IL NUOVO ART. 314-BIS C.P.: UNA PRIMA SCORAGGIANTE LETTURA

Massimiliano Ravenna\*

**Sommario:** **1.** Il nuovo art. 314-bis c.p. - **2.** Distrazione e appropriazione: una convivenza non sempre agevole. - **3.** I vari tipi di distrazione e le ragioni della riforma del 1990. - **4.** L'indebita destinazione di denaro o cose mobili quale sottofattispecie del peculato. - **5.** Il capoverso dell'art. 314-bis c.p. - **6.** La clausola di riserva determinata. Possibili conseguenze sull'ambito applicativo della fattispecie.

### ABSTRACT

L'articolo propone una prima lettura critica del nuovo delitto di indebita destinazione di denari o cose mobili. A tal fine, l'autore analizza l'evoluzione dei rapporti tra i concetti di appropriazione e distrazione, le modifiche normative e gli orientamenti di dottrina e giurisprudenza in ordine ai delitti di peculato e abuso d'ufficio, per concludere che la nuova fattispecie non pare porsi in relazione di continuità normativa con il reato abrogato, quanto sottrarre all'art. 314 c.p. una porzione del suo ambito applicativo. Tuttavia, segnala pure che la clausola di riserva determinata con la quale si apre il testo dell'art. 314 bis c.p. sembra rendere inapplicabile la stessa norma, senza che questa sia la conseguenza peggiore.

*The article offers a first critical analysis of the new offense of improper allocation of money or movable property. To this end, the author examines the evolution of the relationship between the concepts of appropriation and diversion, legislative changes, and the positions of legal scholars and case law regarding the offenses of embezzlement and abuse of office. The author concludes that the new provision does not appear to maintain continuity with the repealed offense but rather removes a portion of its applicability from Art. 314 of the Penal Code. However, the author also points out that the reservation clause with which the text of Art. 314-bis begins seems to render the new provision inapplicable, without this being the worst consequence.*

---

\* Avvocato.

## 1. Il nuovo art. 314-bis c.p.

Nato col malcelato<sup>1</sup> scopo di evitare probabili reprimende da parte dell'Unione europea per l'improvvida abrogazione del delitto di abuso d'ufficio<sup>2</sup> (che sarebbe avvenuta di lì a brevissimo attraverso la L. 9.8.2024, n. 114, c.d. *legge Nordio*)<sup>3</sup>, il nuovo art. 314 bis c.p. (*"Indebita destinazione di denaro*

<sup>1</sup> Privo di alcun significato reale è l'apodittico *incipit* del D.L. 4.7.2024, n. 92: *"Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di definire, anche in relazione agli obblighi euro-unitari, il reato di indebita destinazione di beni ad opera del pubblico agente"*. Per una ragionevole critica sull'utilizzo, nel caso di specie, dello strumento del decreto legge v. G.L. GATTA, *Morte dell'abuso d'ufficio, recupero in zona Cesarini del 'peculato per distrazione' (art. 314-bis c.p.) e obblighi (non pienamente soddisfatti) di attuazione della direttiva UE 2017/1371*, in *Sist. Pen.*, 7-8/2024, 135 ss.; A. MANNA, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio e gli ulteriori interventi in tema di delitti contro la P.A.: note critiche*, in *Sist. Pen.*, 6.8.2024.

<sup>2</sup> Molti autori hanno commentato, tendenzialmente in maniera (più o meno) critica, l'abolizione dell'abuso d'ufficio. Senza alcuna pretesa di completezza: GIUS. AMATO, *Abolito il reato, tutela in bilico contro l'azione illecita intenzionale*, in *Guida al dir.*, 32-33/2024, 98 ss.; E. AMODIO, *Il fine vita dell'abuso di ufficio: uno scudo per la gestione libera di fondi europei?*, in *disCrimen*, 2/2023, 247 s.; D. BRUNELLI, *Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, in *Arch. pen.*, 2023, 3, 4; A. CARIOLA, *Abuso d'ufficio e conflitto di interessi: un'esercitazione su norme obbligatorie e merito costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 25.7.2024; A. CISTERNA, *Via l'abuso d'ufficio, una svolta radicale che modifica l'assetto dei poteri italiani*, in *Guida al dir.*, 25/2023, 10 s.; *Id.*, *Abuso d'ufficio: "gioie e dolori" di una abrogazione avventata*, in *Guida al dir.*, 34/2024, 10 ss.; C. CUDIA, *Appunti su abuso d'ufficio e discrezionalità amministrativa: un'alternativa (interpretativa) alla abrogazione dell'art. 323 c.p. sarebbe stata possibile*, in *Sist. Pen.*, 29.7.2024; C. CUPELLI, *La fine (temporanea) dell'abuso d'ufficio*, in *disCrimen*, 1/2024, 289 s.; M. DONINI, *Gli aspetti autoritari della mera cancellazione dell'abuso d'ufficio*, in *Sist. Pen.*, 23 giugno 2023; *Id.*, *Abrogare i reati per risolvere problemi del processo. Dal falso in bilancio all'abuso di ufficio*, in *Sist. Pen.*, 15.7.2024; M. GAMBARELLA, *Considerazioni sulle "ultime" proposte legislative di modifica dei reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite*, in *Giur. Pen. Web*, 2023, 5, 6 s.; *Id.*, *L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio"*, in *Sist. Pen.*, 26 settembre 2023; R. GAROFOLI, *La annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: le preoccupazioni dei sindacati tra PNRR e rilancio della macchina dello Stato*, in *Sist. Pen.*, 2023, 12; G.L. GATTA, *L'annunciata riforma dell'abuso di ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in *Sist. Pen.*, 5/2023, 168 ss.; *Id.*, *Abuso d'ufficio e traffico d'influenze dopo la L. 114/2024: il quadro dei problemi di diritto intertemporale e le possibili questioni di legittimità costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 7-8/2024, 187 ss.; V. MANES, *Contestazioni in eccesso e la fine dell'abuso d'ufficio*, in *N&T Plus*, 23 giugno 2023, 2; A. MANNA, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio: "cronaca di una morte annunciata"?*, in *disCrimen*, 2/2023, 251 s.; *Id.*, *Sull'abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit.; B. MUSOLINO, *Prospettive per una nuova riforma dell'abuso d'ufficio: è l'abrogazione dell'art. 323 c.p. la soluzione definitiva per superare la "paura della firma"?*, in *PDP*, 2/2023, 265; A. NATALINI, *Nuovo abuso d'ufficio, il rischio è un'incriminazione 'fantasma'*, in *Guida al dir.*, 42/2020, 76 ss.; C. PAGELLA, *L'abuso d'ufficio nella giurisprudenza massimata della Corte di cassazione: un'indagine statistico-criminologica su 500 sentenze*, in *Sist. Pen.*, 6/2023, 236; M. PARODI GIUSINO, *In memoria dell'abuso d'ufficio?*, in *Sist. Pen.*, 7-8/2021, 74; R. RAMPIONI, *Il lamento funebre, le prefiche e l'abrogazione del delitto di abuso di ufficio*, in *Dir. di Dif.*, 23.7.2024; M. RAVENNA, *L'omicidio (tentato?) del delitto di abuso d'ufficio*, in *PDP*, 1/2024, 73 ss.; L. SALVATO, *Sulle proposte di legge in tema di abuso d'ufficio e traffico di influenze illecite*, in *Giur. Pen. Web*, 2023, 5, 1 s.; M. ZANILOLO, *Abuso d'ufficio: a che punto siamo?*, in *PDP*, 3/2023, 7 s.

<sup>3</sup> E sul quale cominciano ad addensarsi concreti dubbi di legittimità costituzionale: v. G.L. GATTA,

o cose mobili”) al comma 1, recita: “Fuori dei casi previsti dall’articolo 314, il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui, li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni”. La norma è stata introdotta con il “multiuso” D.L. 4.7.2024, n. 92 (c.d. decreto Carceri o anche *Svuota carceri*) la cui legge di conversione (L. 8.8.2024, n. 112), ha annesso, a ulteriore dimostrazione dei veri motivi sottesi alla sua creazione, un secondo comma: “La pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni quando il fatto offende gli interessi finanziari dell’Unione europea e l’ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000”. Con quest’ultima sono state pure emendate alcune amnesie, forse causate dall’urgenza con la quale il Governo ha introdotto la fattispecie: oltre all’art. 322-bis c.p., ora sia l’art. 323-bis c.p. sia l’art. 25 D.Lgs. 8.6.2001, n. 231, contengono un espresso rinvio all’indebita destinazione di denaro o cose mobili.

Come appare evidente, il tenore del nuovo precetto costituisce una *crasi* degli elementi costitutivi del delitto di peculato e dell’ultima versione, prima dell’abrogazione, del delitto di abuso d’ufficio<sup>4</sup> di cui conserva la struttura di reato di evento.

Accostando le tre fattispecie, si nota che quella appena varata mutua: dall’art. 314 c.p. tutta la prima parte: “Il pubblico ufficiale o l’incaricato di un pubblico servizio, che, avendo per ragione del suo ufficio o servizio il possesso o comunque la disponibilità di denaro o di altra cosa mobile altrui”; dall’art. 323 c.p. (post riforma del 2020) il riferimento alle “specifiche disposizioni di legge [nella norma abrogata si parlava di “specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge”] o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto”.

Lasciando per il momento in un angolo la clausola di riserva (“Fuori dei casi previsti dall’articolo 314”) e la condotta tipica (destinazione dei beni ad un uso diverso da quello previsto per legge), da questa *triangolazione* di fattispecie emerge che quella di nuovo conio si pone, quantomeno in parte, in rapporto di specialità<sup>5</sup> reciproca (sia *per aggiunta* che *per specificazione*)

*Abolizione dell’abuso d’ufficio: a Firenze una prima ordinanza di rimessione alla Consulta. Esiste un obbligo convenzionale di non decriminalizzazione (o di stand-still)?*, in *Sist. Pen.*, 25.9.2024.

<sup>4</sup> M. GAMBARDILLA, *Peculato, abuso d’ufficio e nuovo delitto di “indebita destinazione di denaro o cose mobili” (art. 314-bis c.p.). i riflessi intertemporali del decreto legge n. 92/2024*, in *Sist. Pen.*, 17.7.2024, parla appropriatamente di “reato composto” e, pure, di “*hircocervus: per metà peculato e per metà abuso d’ufficio*”. Cfr. anche S. SEMINARA, *Sui possibili significati del nuovo art. 314-bis c.p.*, in *Sist. Pen.*, 19.7.2024.

<sup>5</sup> M. PARODI GIUSINO, *L’abolizione dell’abuso d’ufficio e la contestuale previsione del nuovo delitto*

rispetto alle altre due, seppur, ovviamente, per profili diversi. L'art. 314-bis c.p., al delitto di peculato (*reato di mera condotta*)<sup>6</sup>, aggiunge l'evento e la specificazione dell'elemento soggettivo (il procurare "*intenzionalmente [...] a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto*") anche se, va ricordato, l'ingiusto profitto è correttamente considerato un requisito implicito dell'art. 314 c.p.<sup>7</sup> In relazione all'ormai abrogato abuso d'ufficio, aggiunge il previo possesso o la disponibilità giuridica del bene e, inoltre, specifica che quest'ultimo può essere solo "*mobile*"<sup>8</sup> (a sua volta, l'art. 323 c.p. associava una condotta omissiva nei casi di conflitto di interesse, del tutto pretermessa nella nuova disposizione)<sup>9</sup>; peraltro, la condotta tipica, come detto, nella fattispecie recentemente introdotta appare più generica in quanto è stato cassato il riferimento alle "*specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge*", anche se il mantenimento dell'assenza di "*margini di discrezionalità*" sembra ricondurre obbligatoriamente a comportamenti specifici (si noti come, non si sa quanto volontariamente, l'aggettivo sia passato dal connotare la condotta [art. 323 c.p.] a qualificare la legge violata [art. 314-bis c.p.]).

Minimo comun denominatore delle tre fattispecie – coerente con il loro raggruppamento nel capo I del titolo II del Libro II del codice penale – è la qualifica dei soggetti attivi che devono essere pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio.

*di indebita destinazione di denaro o cose mobili: il "pasticciccio brutto" di via Arenula, in Giust. Ins., 25.7.2024.*

<sup>6</sup> In realtà c'è chi, motivatamente, inserisce il peculato tra i delitti di evento. Cfr. G. Cocco, *Il peculato come delitto di evento. Dalla dogmatica alla pratica*, in *Resp. civ. prev.*, 2019, 374 ss.

<sup>7</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 20.12.2012 (dep. 2.5.2013), n. 19054: "*Nell'esercizio effettivo di una o più facoltà spettanti solo all'autentico dominus si realizza quella "conversione della cosa a profitto proprio o altrui" che, tradizionalmente indicata come ricompresa nel concetto stesso di appropriazione, non può non emergere anche là dove, come nell'art. 314 c.p., e diversamente da quanto avviene per il delitto di appropriazione indebita (dove, previsto come "ingiusto", compare quale finalizzazione del dolo specifico), il profitto proprio o altrui non risulti testualmente menzionato dalla norma*".

<sup>8</sup> Molti hanno notato e censurato la delimitazione, non presente nel vecchio art. 323 c.p., ai soli *beni mobili*, che lascia fuori, ove mai la fattispecie risultasse effettivamente applicabile, la distrazione avente ad oggetto beni immobili o energie lavorative.

<sup>9</sup> M. GAMBARDELLA, *Peculato, abuso d'ufficio*, cit., sostiene che "*La mancanza della relazione normativa di genere a specie fra l'abrogato art. 323 c.p. e il nuovo art. 314-bis c.p. (strutturalmente eterogenei fra loro) impedisce così di ravvisare gli estremi della continuità normativa che, ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p. consente al giudice di riqualificare i fatti, già integranti gli estremi di una norma speciale oramai abolita, ai sensi di altra norma generale applicabile. Siamo al cospetto di un caso di discontinuità normativa: con l'abrogazione dell'abuso di ufficio non si riesponde il delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili altrui*".

## 2. Distrazione e appropriazione: una convivenza non sempre agevole.

Non è dubbio che la condotta tipica disegnata nell'art. 314-*bis* c.p. – ovverosia la destinazione ad un uso diverso – richiami il concetto di *distrazione*, contegno, come è noto, oggetto di modifiche (almeno mediate) all'interno del codice penale e di interpretazioni varie, soprattutto in tema di rapporti con la nozione di *appropriazione*.

Gioverà pertanto intraprendere, in via preliminare, un breve *excursus* dell'argomento.

La distrazione consiste nell'imprimere alla cosa posseduta una destinazione diversa da quella cui era originariamente destinata, nel senso che con essa si modificano le finalità inerenti alla ragione del possesso, deviate verso altri obiettivi.

All'interno della cornice dell'art. 646 c.p. si trova pacificamente in rapporto di specialità con la condotta appropriativa, di cui costituisce una delle forme classiche di manifestazione, accanto alla *consumazione*, alla *distruzione* (per coloro che la reputano un aspetto del diritto di proprietà e non la sua negazione), all'*alienazione* (sia a titolo oneroso che gratuito) e alla *ritenzione*. Per questo motivo, anche la condotta distrattiva presuppone, al pari delle altre, che il soggetto attivo si comporti, nei confronti del denaro o della cosa mobile altrui di cui ha il possesso, *uti dominus*, cioè come se ne fosse il proprietario e, di conseguenza, oltrepassando le facoltà di disposizione del bene concessegli dal titolo in virtù del quale ha, appunto, il possesso.

Tuttavia, sotto la vigenza dell'originario delitto di peculato, quello precedente alla riforma attuata tramite la L. 26.4.1990, n. 86, la distrazione ivi inclusa, almeno secondo taluni, aveva un'accezione diversa e più ampia rispetto a quella di cui all'art. 646 c.p., tanto da essere qualificata, addirittura, concetto di genere rispetto all'appropriazione. Ciò in virtù della formulazione del precetto che, allora, prevedeva, a seconda della fattispecie<sup>10</sup>, la punizione di colui il quale, si "*appropria, ovvero (...) distrae*" (art. 314 c.p.) oppure "*si appropriava o, comunque, distrae*" (art. 315 c.p.), il denaro o la cosa mobile posseduti per ragioni di ufficio o servizio. La riproduzione di entrambi i termini (appropriazione e distrazione) separati da una congiunzione disgiuntiva o da un avverbio faceva ritenere, in modo particolare per quest'ultima locuzione (art. 315 c.p.), non solo che si trattasse di due concetti (almeno parzialmente) differenti ma che l'appropriazione, nei due delitti contro la P.A., si trovasse in rapporto di specialità rispetto alla più generica distrazione. Sta di fatto che,

---

<sup>10</sup> Come è noto, allora, il fatto di peculato era disciplinato all'interno di due fattispecie omologhe: il peculato (art. 314 c.p.) che aveva ad oggetto beni appartenenti alla P.A. e la malversazione a danno di privati (art. 315 c.p.) che riguardava, invece, quelli non appartenenti alla P.A. Dopo la riforma del 1990, che ha abrogato quest'ultima fattispecie, il delitto di peculato ricomprende i beni altrui *tout court*.

in tal modo, coesistevano, opinabilmente, due nozioni di distrazione (o, se si preferisce, due diversi rapporti con l'appropriazione) all'interno del codice penale. Correlativamente, si rinveniva pure la presenza di due diverse condotte di appropriazione: l'una, più ampia, caratterizzante il delitto contro il patrimonio; l'altra, meno vasta e *species* della distrazione, integrativa degli artt. 314 e 315 c.p. E tutto ciò riguardava tre figure di reato (peculato e malversazione a danno di privati da un lato, appropriazione indebita dall'altro) assolutamente affini<sup>11</sup>.

Il nuovo statuto penale dei reati contro la P.A. del 1990 ha, come è noto, formalmente espunto dall'alveo del delitto di peculato le condotte distrattive, attraverso la soppressione del relativo lemma. Scopo del legislatore era quello di far confluire la distrazione all'interno del meno grave (e anch'esso riformato) delitto di abuso d'ufficio.

Senonché, come è stato messo in rilievo, prima dalla dottrina e poi dalla giurisprudenza, la materiale cancellazione della condotta *de qua* impediva la riproposizione della vecchia esegesi dell'art. 314 c.p. (per la quale, come detto, la distrazione si trovava in rapporto di genere a specie con l'appropriazione), rimanendo invece in piedi solo quella *storica* e universalmente accolta per il delitto di cui all'art. 646 c.p., per la quale, come visto, i termini della relazione tra le due condotte sono capovolti. Di talché, la distrazione perdeva l'autonomia concettuale riconosciuta in virtù dei precedenti artt. 314 e 315 c.p. e, per così dire, tornava ad esse solo una delle forme in cui poteva estrinsecarsi l'appropriazione<sup>12</sup> (v. *infra*).

### 3. I vari tipi di distrazione e le ragioni della riforma del 1990.

Per comprendere le ragioni che avevano indotto il legislatore a cancellare dal testo dell'art. 314 c.p.<sup>13</sup> la condotta distrattiva (ragioni che torneranno utili nell'interpretazione dell'ambito della condotta appropriativa in quest'ultimo delitto) bisogna premettere che precedentemente venivano identificate al-

---

<sup>11</sup> Per quanto non sarebbe corretto affermare drasticamente che il peculato (e, allora, la malversazione a danno di privati) sia semplicemente una appropriazione indebita commessa da un soggetto pubblico, è anche vero che gli elementi in comune (soprattutto la condotta) sono ben maggiori di quelli divergenti. Tanto è vero che appare difficile negare l'esistenza di un rapporto di specialità (dove il reato contro il patrimonio è fattispecie generale).

<sup>12</sup> Sul punto si rinvia a V. MILITELLO, *Gli abusi nel patrimonio di società controllate e le relazioni fra appropriazione e distrazione*, in RIDPP, 1991, 275 ss.; S.T. CAGLI, voce *Peculato e malversazione*, in *Digesto disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 334 ss.

<sup>13</sup> Va ricordato, in estrema sintesi, che il delitto di peculato, nel 1990, ha subito le seguenti modifiche: 1) soppressione dell'art. 315 c.p. (malversazione a danno dei privati) il cui fatto confluisce ora – seppur con qualche variazione – nell'art. 314 c.p. che sanziona l'appropriazione di un bene genericamente altrui (prima della riforma, invece l'art. 314 era limitato ai beni appartenenti alla P.A. e l'art. 315 concerneva i beni non appartenenti alla P.A.); 2) espunzione della condotta di distrazione a profitto proprio o altrui; 3) aggiunta, al possesso, della disponibilità; 4) creazione della nuova figura del c.d. *peculato d'uso*.

meno tre differenti forme di distrazione, a seconda che l'utilizzo del denaro (o di altra cosa mobile) avvenisse:

- a) in violazione delle norme interne che ne prescrivono la destinazione, ma pur sempre per finalità inerenti all'ente di appartenenza<sup>14</sup>;
- b) per obiettivi avulsi da quelli propri dell'ente ma, comunque, di interesse pubblico;
- c) per fini del tutto estranei a quelli pubblici.

Accadeva (prima della riforma) che anche i casi di cui al punto a) venissero considerati penalmente rilevanti da una certa giurisprudenza<sup>15</sup>, con la conseguenza di sanzionare gravemente comportamenti solo formalmente scorretti, senza alcun pregiudizio per la P.A. o per terzi, alcun indebito profitto di chicchessia e alcun contegno *uti dominus* ad opera del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio<sup>16</sup>. Di qui la drastica decisione dell'espunzione (anche se un'opportuna alternativa poteva essere quella di meglio definire il concetto, circoscrivendolo alle sole distrazioni a profitto privato) del termine, con lo scopo di far confluire la distrazione nell'alveo dell'art. 323 c.p., laddove sussistenti gli altri elementi, peraltro successivamente arricchiti prima dalla L. 16.7.1997, n. 234 e, poi, dal D.L. 16.7.2020, n. 76 (convertito dalla L. 11.9.2020, n. 120).

Il legislatore ha raggiunto il suo scopo? La risposta è probabilmente no o, comunque, non del tutto.

Vi fu chi ritenne che sostanzialmente, sotto questo profilo<sup>17</sup>, nulla fosse cambiato e che la distrazione fosse ancora (*id est*: dopo la riforma del 1990) riconducibile – nell'ambito dei delitti contro la P.A. – al delitto di peculato. Due i principali argomenti addotti: 1) l'abolizione della distrazione dall'art. 314 c.p. aveva fatto venir meno l'unico dato letterale che consentisse di sostenere che tale contegno fosse diverso dalla (*rectius*: non rientrasse nell'alveo della) appropriazione. Infatti, come già accennato, la distrazione era ed è pacificamente considerata una *species* dell'appropriazione nel delitto di cui all'art. 646 c.p.; 2) l'introduzione, al comma 2 dell'art. 314 c.p., del c.d. *peculato d'uso* – considerata una forma di distrazione – che avrebbe addirittura ampliato lo spettro applicativo della condotta appropriativa, anche rispetto all'art. 646 c.p., il quale, come è noto, non si estende a coprire (e punire) l'appropriazione indebita d'uso.

<sup>14</sup> Per motivi di semplicità espositiva si presuppone sempre l'ipotesi del pubblico ufficiale che fa parte (e possiede per conto) di un ente, anche se vi sono casi in cui questo legame non sussiste, come nell'esempio del notaio.

<sup>15</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. Un., 21.6.1989, n. 10.

<sup>16</sup> Per questo motivo alcuni provvedimenti clemenziali ricomprendevano nell'amnistia o nell'indulto anche il peculato per distrazione nell'ambito o per finalità non estranee alla P.A.: art. 5, D.P.R. 22.5.1970, n. 283; art. 7, D.P.R. 4.8.1978, n. 413.

<sup>17</sup> A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2008, 48 ss.

Una differente opinione ermeneutica propose una distinzione tra i possibili obiettivi delle condotte distrattive: quelle “a profitto altrui” avrebbero integrato (sussistendone tutti gli elementi) l’abuso d’ufficio mentre quelle orientate a conseguire un “profitto proprio” sarebbero rimaste punibili ai sensi dell’art. 314 c.p. (salvo quando queste ultime “si concretizzi[no] semplicemente in un uso indebito del bene che non comporti la perdita dello stesso e la conseguente lesione patrimoniale a danno dell’avente diritto”)<sup>18</sup>. Si era tuttavia obiettato che questa distinzione non avesse un solido fondamento giuridico poiché anche le distrazioni a profitto altrui possono coincidere con l’appropriazione, visto che il soggetto agente considera la cosa a tal punto propria da permettersi di destinarla ad altri.

La soluzione ormai quasi universalmente accolta, da un lato tiene conto delle ragioni sottese alla riforma del 1990 e, dall’altro, individuando un significato comune di appropriazione (e di distrazione) all’interno dell’ordinamento penalistico, si apprezza per la coerenza sistematica. Sotto questo profilo nessuna rilevanza penale, nemmeno ai sensi di una fattispecie diversa da quella del peculato, si profila nell’ipotesi di distrazione di cui al punto a), posto che la destinazione del bene per finalità pubbliche, sì in contrasto con le norme regolamentari interne, ma pur sempre nell’ambito di quelle proprie dell’ente al quale appartiene l’agente, esclude qualsiasi disvalore che non sia adeguatamente fronteggiabile con una sanzione amministrativa o disciplinare o contabile<sup>19</sup>. Anzi, a dire il vero, in siffatti casi non pare nemmeno configurabile alcuna distrazione, intesa, come ora deve essere anche all’interno dei delitti contro la P.A, quale *species* dell’appropriazione, mancando all’evidenza (e quantomeno) alcuna espropriazione del titolare del bene<sup>20</sup>.

Anche l’ipotesi in cui il denaro o la cosa altrui posseduti in ragione del proprio ufficio o servizio (v. *supra*, *sub b*) venga rivolto a finalità anche estranee a quelle di competenza dell’ente di cui fa parte l’agente, ma mantenga un oggettivo interesse pubblico, non dovrebbe rientrare nel perimetro del pe-

---

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. II, 11.2.2010 (dep. 13.5.2010), n. 18160. Cfr. pure S.T. CAGLI, *Peculato e malversazione*, cit., 341.

<sup>19</sup> *Ex plurimis*, Cass. pen., Sez. VI, 13.4.2023 (dep. 9.6.2023), n. 25173: “(...) la regolarità contabile attiene esclusivamente al profilo della liceità amministrativa e può, eventualmente, determinare una responsabilità risarcitoria in capo ai pubblici amministratori, senza che ne consegua necessariamente anche una responsabilità di tipo penale. Ove i fondi pubblici non vengano destinati a finalità privatistiche, pur se utilizzati in violazione della normativa contabile, il delitto di peculato non può configurarsi in quanto viene meno l’elemento tipico dell’appropriazione dei beni o, comunque, della destinazione a finalità incompatibile con quelle del perseguimento di un interesse di natura pubblicistica”.

<sup>20</sup> È noto che l’appropriazione è composta da due distinti momenti, logicamente e cronologicamente separati: l’espropriazione, consistente nel non riconoscimento o nella negazione del diritto altrui sul bene; l’impropriazione, integrata dall’affermazione del proprio dominio di fatto sul bene medesimo. La prima può sussistere anche senza la seconda; quest’ultima, invece, non può esistere senza l’espropriazione ma è da questa separata logicamente e cronologicamente (nel senso che è necessariamente successiva).



culato, almeno sotto il profilo dell'offesa al buon andamento e all'imparzialità della P.A. (art. 97 Cost.)<sup>21</sup>. Ferma restando l'illiceità amministrativa, tale contegno potrebbe, forse, trovare un residuo spazio sanzionatorio nel reato (ormai abrogato) di abuso d'ufficio, anche se l'ingiustizia caratterizzante l'evento e il dolo intenzionale che deve animare il soggetto attivo appaiono di difficile se non impossibile configurazione in una condotta distrattiva che non tradisca il pubblico interesse. D'altronde, la giurisprudenza che ravvisa in questi casi la consumazione dell'art. 323 c.p. appare concentrarsi più sulla illegalità della condotta che non su quella dell'evento, come se quest'ultima discendesse automaticamente dalla prima e potesse coesistere, allo stesso livello valoriale, con una finalità pubblicistica<sup>22</sup>. Tanto che si parla di condotta distrattiva nella quale la destinazione del bene, pur viziata per opera dell'agente, conserva la propria natura pubblica senza favorire interessi estranei alla P.A.<sup>23</sup>. Epperò non si comprende bene come l'osservanza (e il perseguimento) di fini pubblici possa, al contempo, *colorare* di illiceità il vantaggio patrimoniale o il danno. Al contrario, il preservare comunque l'interesse pubblicistico, seppur all'interno di un comportamento violativo delle regole prescriventi il corretto utilizzo dei beni mobili posseduti, non pare integrare né il peculato né, in assenza di un evento ingiusto, l'abuso d'ufficio (ovviamente l'argomento viene proposto, nonostante l'abrogazione di quest'ultimo delitto, in relazione all'eventuale continuità normativa con la fattispecie in commento).

Minori problemi sembrano porsi dinanzi alla distrazione di beni immobili o di energie lavorative, insuscettibili fisiologicamente di integrare l'art. 314 c.p. e, pertanto, tendenzialmente rientranti nell'abuso d'ufficio<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Tuttavia, secondo Cass. pen., Sez. VI, 12.1.2018 (dep. 13.3.2018), n. 11374, sarebbe "configurabile il delitto di peculato, e non quello di abuso d'ufficio, quando "l'utilizzazione della somma avvenga per finalità che, pur genericamente di interesse pubblico, non siano espressamente riconducibili alle attribuzioni e competenze della specifica funzione istituzionale svolta ma a quelle di altre funzioni, attribuite a soggetti pubblici distinti" poiché in tal caso "lo stravolgimento della connessione funzionale determina lo stravolgimento del sistema organizzativo - istituzionale che priva di ogni legittimazione la concreta spendita della somma di cui si ha la disponibilità, materiale o giuridica" (Sez. 6, sent. n. 33069 del 12/05/2003 Tretter, Rv. 226531 a prescindere dalla decisione sul caso concreto; Sez. 6 sent. n. 10908 del 01/02/2006, Caffaro, Rv. 234105; Sez. 6, sent. n. 352 del 07/11/2000, Cassetti P, Rv. 219085; Sez. 6 sent. n. 25502, Gerolin e altri del 08/02/2017 non mass.). Negli stessi identici termini Cass. pen., Sez. VI, 2.3.2016 (dep. 25.3.2016), n. 12658).

<sup>22</sup> A detta di Cass. pen., Sez. VI, 7.6.2018 (dep. 3.8.2018), n. 37768, "L'utilizzo di denaro pubblico per finalità diverse da quelle previste integra il reato di abuso d'ufficio qualora l'atto di destinazione avvenga in violazione delle regole contabili, sebbene sia funzionale alla realizzazione, oltre che di indebiti interessi privati, anche di interessi pubblici obiettivamente esistenti e per i quali sia ammissibile un ordinativo di pagamento o l'adozione di un impegno di spesa da parte dell'ente; mentre, integra il più grave delitto di peculato l'atto di disposizione del denaro compiuto - in difetto di qualunque motivazione o documentazione, ovvero in presenza di una motivazione meramente "di copertura" formale - per finalità esclusivamente private ed estranee a quelle istituzionali dell'ente (così, da ultimo, Sez. 6, sent. n. 41768 del 22.06.2017, Rv. 271283)".

<sup>23</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. VI, 23.1.2018 (dep. 4.5.2018), n. 19484.

<sup>24</sup> Tra le altre, Cass. pen., Sez. VI, 1°10.2020 (dep. 22.12.2020), n. 37074: "L'utilizzo (indebito) di manodopera della (...), non può integrare il reato di peculato, in difetto degli elementi necessari

Diverso, se non opposto, il caso della destinazione dei beni mobili a scopi assolutamente estranei alla P.A. (*sub c*): impossibile non catalogarla tra le forme di appropriazione, dal momento che il pubblico agente si comporta *uti dominus*, disponendo della cosa talmente al di fuori dai suoi poteri da trattarla come sua, così espropriando il titolare, chiunque esso sia; e, inoltre, ledendo macroscopicamente non solamente l'imparzialità e il buon andamento della P.A. ma anche l'interesse patrimoniale del proprietario, secondo taluni bene giuridico tutelato, insieme a quello discendente dall'art. 97 Cost., dalla fattispecie di cui all'art. 314 c.p.<sup>25</sup>.

Tale ultima e condivisibile opzione ermeneutica è stata fatta propria anche dalle Sezioni Unite che hanno affermato come *"In giurisprudenza si ritiene che l'eliminazione della parola "distrazione" dal testo dell'art. 314 c.p., operata dalla L. n. 86 del 1990, non ha determinato puramente e semplicemente il transito di tutte le condotte distrattive poste in essere dall'agente pubblico nell'area di rilevanza penale dell'abuso d'ufficio. Qualora, infatti, mediante la distrazione del denaro o della cosa mobile altrui, tali risorse vengano sottratte da una destinazione pubblica ed indirizzate al soddisfacimento di interessi privati, propri dello stesso agente o di terzi, viene comunque integrato il delitto di peculato. La condotta distrattiva, invece, può rilevare come abuso d'ufficio nei casi in cui la destinazione del bene, pur viziata per opera dell'agente, mantenga la propria natura pubblica e non vada a favorire interessi estranei alla p.a."*<sup>26</sup>.

Va pure rievocata una decisione della Corte costituzionale (sorprendentemente trascurata)<sup>27</sup> la quale, nel dichiarare, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'illegittimità dell'art. 215 c.p.m.p. (*peculato militare*) limitatamente alla distrazione a profitto proprio o altrui e in virtù dell'abolizione di tale condotta nell'art. 314, comma 1, c.p., precisò che la distrazione conservava rilevanza penale solo in due casi: quello rientrante nel *"peculato d'uso"* e quello *"di destinazione indebita di risorse pubbliche al di fuori dei fini istituzionali dell'ente"*. Quest'ultimo, a detta della Corte, non integrerebbe però il delitto di cui all'art. 314, comma 1, c.p. bensì quello di cui all'art. 323 c.p. Dunque, il tenore letterale della sentenza sembrerebbe escludere dall'ambito del peculato pu-

*ad integrare la fattispecie dell'appropriazione di "denaro o di cosa mobile altrui" (Sez. 6, n. 10015 del 16/05/1991, Burgaretta, Rv. 188243), vertendosi in una ipotesi di abuso di ufficio realizzato attraverso la distrazione della manodopera retribuita dalla (...) per svolgere una prestazione lavorativa priva di correlazione con gli scopi sociali dell'ente e al fine di arrecare intenzionalmente ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale".*

<sup>25</sup> Tra i molti, M. ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, I delitti dei pubblici ufficiali, Artt. 314 - 335 bis cod. pen.*, Milano, 2006, 20 s. Naturalmente, ciò presuppone che si accolga la tesi della possibile esistenza di reati pluri offensivi.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. Un., 20.12.2012 (dep. 2.5.2013), n. 19054 (a proposito dell'uso del telefono d'ufficio per fini personali, che reputa integrare il peculato d'uso). In senso conforme, v. Cass. pen., Sez. VI, 23.1.2018 (dep. 4.5.2018), n. 19484 e, in precedenza, Cass. Pen., Sez. VI, 24.10.2002 (dep. 27.11.2002), n. 40148.

<sup>27</sup> Si tratta di Corte cost. 13.12.1991, n. 448.

re le ipotesi annoverate al superiore punto c). Ma si tratta di una teoria estrema, non condivisibile (per quanto appena osservato) e non seguita, a quanto pare, dalla giurisprudenza di legittimità.

Dato conto velocemente (e con inevitabile approssimazione) delle tesi che si sono susseguite sul significato della nozione di distrazione all'interno dei delitti contro la P.A. dopo la formale cancellazione dal testo dell'art. 314 c.p., deve ribadirsi che non pare revocabile in dubbio che il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che destini il denaro o altra cosa mobile, che possiede – o di cui ha la disponibilità – per ragioni di ufficio o di servizio, verso finalità estranee a quelle, anche latamente intese, di matrice pubblicistica, cioè, per dirla in altri termini, per scopi privatistici, integri il delitto di peculato. E ciò, si ribadisce, anche dopo la riforma del 1990. È d'altronde indubitabile che la distrazione (*rectius*: la destinazione) di beni (mobili) per fini egoistici, del tutto avulsi da quelli pubblici costituenti il titolo del possesso (o della disponibilità), altro non sia che una forma emblematica di appropriazione, posto che l'agente si comporta a tal punto *uti dominus* da indirizzare quei beni fuori da ogni ambito di pubblico interesse (ad esempio, il pubblico ufficiale che destini i denari che possiede in ragione dell'ufficio all'acquisto di un mobile per un suo congiunto).

La giurisprudenza sul punto, già in parte segnalata, appare giustamente granitica e parla espressamente di “*peculato per distrazione*” (o anche “*distrazione/appropriazione*” o “*distrazione appropriativa*”) laddove, come detto, il denaro (o altra cosa mobile) sia destinato a scopi inconciliabili con il perseguimento di finalità di interesse pubblico<sup>28</sup>.

#### 4. L'indebita destinazione di denaro o cose mobili quale sottofattispecie del peculato.

Da quanto osservato nel paragrafo precedente discendono delle conclusioni abbastanza scontate, per quanto sorprendenti dal punto di vista della tecnica legislativa: il nuovo art. 314-*bis* c.p., lungi dal porsi in rapporto di continuità normativa, anche parziale, con l'eliminato art. 323 c.p., altro non sembra che una fattispecie che ritaglia, dentro una nuova cornice normativa ed editale, una parte delle condotte rientranti nel delitto di peculato. In altre parole, il nuovo delitto sanziona dei contegni pacificamente integranti, come già visto, l'art. 314 c.p.

Invero, all'identità dei soggetti attivi (pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio) e del presupposto della condotta e dell'oggetto materiale

---

<sup>28</sup> Solo per menzionarne alcune (oltre a quelle già citate): Cass. pen., Sez. VI, 13.4.2023 (dep. 9.6.2023), n. 25173; Cass. pen., Sez. VI, 17.11.2022 (dep. 16.3.2023), n. 11341; Cass. pen., Sez. II, 15.12.2021 (dep. 23.2.2022), n. 6537; Cass. pen., Sez. VI, 9.3.2021 (dep. 21.5.2021), n. 20348; Cass. pen., Sez. VI, 2.3.2021 (dep. 10.11.2021), n. 40595; Cass. pen., Sez. VI, 30.9.2020 (dep. 18.12.2020), n. 36496; Cass. pen., Sez. VI, 18.11.2019 (dep. 3.6.2020), n. 16765; Cass. pen., Sez. VI, 3.7.2019 (dep. 11.10.2019), n. 41979; Cass. pen., Sez. VI, 19.9.2017 (dep. 23.11.2017), n. 53331.

(il possesso o la disponibilità di cosa mobile per ragioni di ufficio o servizio) si congiunge anche la parziale sovrapposibilità di quest'ultima, nel senso che la destinazione ad un uso diverso si pone in rapporto di specialità unilaterale con l'appropriazione contraddistinguente il delitto di peculato. È chiaro, infatti, che il destinare le cose possedute “*ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margine di discrezionalità*” altro non sia che una distrazione<sup>29</sup>. Tipologia di distrazione configurante, però, una vera e propria appropriazione, considerato che da essa consegue un “*ingiusto*” vantaggio patrimoniale e/o un “*ingiusto*” danno<sup>30</sup>, cioè due eventi contraddistinti da un'autonoma valutazione di illiceità. Inoltre, se ciò non bastasse, la caratterizzazione dell'elemento soggettivo in termini di *dolo intenzionale* significa, mutuando il concetto dall'esegesi incontestata del depennato art. 323 c.p., che l'ingiusto vantaggio patrimoniale o l'ingiusto danno sono l'obiettivo principale dell'agente, il quale, quindi, ha proprio e pressoché esclusivamente di mira il conseguimento di questo risultato<sup>31</sup>.

È tuttavia necessario ricordare l'opinione per la quale l'introduzione dell'art. 314 bis c.p. “*(...) determina senza soluzione di continuità la rilevanza penale delle condotte di peculato per distrazione prima riconducibili (per giurisprudenza consolidata) alla fattispecie dell'abuso d'ufficio e aventi ad oggetto denaro o cose mobili. L'introduzione del nuovo delitto di cui all'art. 314 bis c.p. si giustifica infatti proprio per conservare rilevanza penale ai fatti di peculato per distrazione anche dopo l'abrogazione dell'abuso d'ufficio (...) il legislatore, in “zona Cesarini”, ha sottratto all'abolitio criminis una classe di fatti prima riconducibili all'abuso d'ufficio impedendo così un'abolizione integrale di quel reato*”<sup>32</sup>. La teoria è forgiata sulla base dell'orientamento giurisprudenziale (v. *supra*, par. 3) per il quale la distrazione di un bene in contrasto con norme di legge ma che persegua comunque un interesse pubblico integra(va) l'abuso d'ufficio e non il peculato. A parere di chi scrive, tale orientamento, il quale, a dire il vero, tende(va) a sanzionare penalmente fatti solo amministrativamente illeciti (ampliando, così, i casi di distrazione punibile, ricomprendendo anche quelli prima individuati nella lett. a) del par. 3), andrebbe riconsiderato. Infatti, l'inclusione nel paradigma dell'abrogato art. 323 c.p. di alcuni fatti di distrazione di beni mobili, cozza con la struttura

<sup>29</sup> M. PARODI GIUSINO, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., sottolinea l'imprecisione della locuzione “*uso diverso*”, suscettibile, tra l'altro, di creare confusione con il c.d. *peculato d'uso*.

<sup>30</sup> Sempre M. PARODI GIUSINO, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., evidenzia l'ulteriore improprietà lessicale nell'uso del verbo *procurare*, anziché *arrecare*, in riferimento al danno.

<sup>31</sup> *Ex pluribus*: Cass. pen., Sez. II, 5.5.2021 (dep. 25.5.2021), n. 20789; Cass. pen., Sez. II, 5.5.2015 (dep. 29.5.2015), n. 23019.

<sup>32</sup> G.L. GATTA, *Abuso d'ufficio e traffico d'influenze*, cit., 191, il quale, giustamente, sottolinea pure come la *ratio* della nuova disposizione vada individuata nella “*necessità (della quale il Governo si è avveduto solo all'ultimo minuto) di evitare una procedura di infrazione*” europea. Nello stesso senso M. PARODI GIUSINO, *L'abolizione dell'abuso d'ufficio*, cit., che parla di continuità normativa tra l'abuso d'ufficio e il nuovo art. 314-bis c.p.

della fattispecie che richiede (anche) l'intenzionale produzione di vantaggi patrimoniali o danni ingiusti, i quali, tuttavia, appaiono inconciliabili con qualsiasi interesse pubblico<sup>33</sup>, che non può ontologicamente essere *contra ius*.

Detto in altri termini, una distrazione che produce un fatto illecito non può non rientrare nel concetto di appropriazione: il soggetto pubblico che dalla destinazione illegale del bene vuole e ottiene un risultato ingiusto evidentemente si comporta *uti dominus*. All'opposto, una destinazione sì illegittima ma non infedele all'interesse pubblico non può causare alcuna conseguenza ingiusta e, pertanto, non può integrare (oltre che il peculato) l'abuso d'ufficio. Semplificando (eccessivamente): o è peculato (nella prima ipotesi) o non è illecito penale<sup>34</sup> (nella seconda).

Ne deriva, se si condivide la teoria esposta, che la "classe di fatti" disciplinati dall'indebita destinazione di denaro o cose mobili erano e sono riconducibili, a causa della richiesta ingiustizia dell'evento, al peculato, non all'abuso d'ufficio<sup>35</sup>. Il quale avrebbe probabilmente continuato a *conservarsi* in parte, all'interno dell'art. 314-bis c.p., se quest'ultimo non avesse circoscritto ai soli beni mobili il suo oggetto materiale.

È verosimile che il proposito del legislatore fosse proprio quello di far sopravvivere, all'abrogazione dell'art. 323 c.p., la punibilità delle condotte distrattive (prima) rientranti nell'alveo di quest'ultima fattispecie, ma l'intenzione sembra essere rimasta tale e lo scopo non pare raggiunto, anzi<sup>36</sup>. A

---

<sup>33</sup> In questi termini, GIUS. AMATO, *Con la nuova fattispecie di peculato dubbi su sistematicità e utilità*, in *Guida al dir.*, 29/2024, 108 ss.: "(...) la formulazione dell'articolo 314-bis del Cp costruisce la rilevanza penale della condotta distrattiva solo allorquando questa sia indirizzata a soddisfare un interesse privatistico, perché diversamente non avrebbe senza il collegamento eziologico di tale condotta con l'evento del procurare a sé o ad altri «un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto»".

<sup>34</sup> Perlomeno, ai sensi delle fattispecie in oggetto.

<sup>35</sup> S. SEMINARA, *Sui possibili significati*, cit., avverte che "(...) la tesi che intende l'art. 314-bis come una specifica forma di abuso d'ufficio [può] ribaltarsi anche nel suo contrario, cioè nell'idea che l'art. 314 bis miri a erodere l'ambito applicativo dell'art. 314 e ad assicurare un trattamento sanzionatorio di favore per fatti distrattivi tipizzati alla stregua, appunto, di un abuso d'ufficio. In sostanza, lungi dal costituire un "contrappeso" all'abrogazione dell'art. 323, la nuova norma serve a blindare la riforma, estendendo i suoi devastanti effetti".

<sup>36</sup> Per D. MICHELETTI, *La "distrazione" gioca brutti scherzi. Sulle ricadute intertemporali del nuovo art. 314-bis c.p.*, in *disCrimen*, 8.7.2024, 2, "La nuova - si fa per dire - fattispecie incriminatrice, lungi dall'occupare il posto dell'abrogato abuso d'ufficio, altro non è infatti che un "peculato per distrazione", che da tempo la giurisprudenza della VI Sezione della cassazione ha preteso di riportare nell'alveo applicativo dell'art. 314 c.p. Qualunque penalista sa bene che i propositi della legge n. 86 del 1990 - la quale aveva deliberatamente eliminato il riferimento alla distrazione originariamente previsto dalla disposizione sul peculato per «trasferire... l'ipotesi di distrazione, in quanto rilevante, nel nuovo reato di abuso d'ufficio» - sono stati sostanzialmente ribaltati dal diritto vivente. Tanto che la Cassazione ha ricondotto costantemente al peculato qualunque forma di condotta distrattiva del denaro o di altri beni pubblici che si traduca nel soddisfacimento di interessi privatistici, lasciando all'(ora abrogato) abuso d'ufficio solo l'utilizzo indebito del bene da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, che pur realizzando un profitto individuale, non ne compori la perdita ai danni dell'ente".

parere di chi scrive, l'abrogazione dell'art. 323 c.p. operato dalla *legge Nordio* costituisce (purtroppo) una *abolitio criminis* globale e non parziale<sup>37</sup>.

Riepilogando le scansioni principali della condotta disegnata dall'art. 314-bis c.p.: la destinazione (*rectius*: distrazione) di denaro o altra cosa mobile è in sé illegittima (poiché espressamente in contrasto con specifiche disposizioni legislative inderogabili, tanto da non lasciare alcuna discrezionalità all'agente) e procura un vantaggio patrimoniale o un danno altrettanto (e indipendentemente dalla violazione di legge contrassegnante la distrazione) illegittimi, conseguenza quest'ultima che rappresenta il proposito principale se non unico del soggetto attivo pubblico. Pare dunque trattarsi di un comportamento integrante il peculato per distrazione di cui all'art. 314 c.p., visto che il soggetto attivo si comporta da padrone esclusivo del bene a tal modo da volere e ottenere un vantaggio patrimoniale o un danno che, in quanto ingiusti in sé, non possono evidentemente perseguire alcuna finalità di interesse pubblico.

Ci si trova, pertanto, di fronte ad una delle modalità di consumazione concretamente più grave del reato di cui all'art. 314 c.p. con, in più, il tangibile conseguimento dell'effetto egoistico/privatistico (in astratto non essenziale nel peculato in quanto, differentemente dall'art. 314-bis c.p., reato di mera condotta, perlomeno secondo l'opinione prevalente).

Ciononostante, il legislatore ha previsto una pena notevolmente (e incoerentemente) più mite. Infatti, il delitto di indebita destinazione di denaro o cose mobili è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni (quattro nell'ipotesi del comma 2) a fronte della reclusione da quattro anni a dieci anni e sei mesi stabilita nell'art. 314 c.p.

Orbene, se la fattispecie fosse concretamente applicabile, ciò di cui si dubita fortemente (v. *infra*, par. 6), il risultato sarebbe un clamoroso quanto ingiustificato indebolimento della risposta sanzionatoria a fronte di una delle manifestazioni più intense del delitto di peculato. Come è stato giustamente paventato, "*Uno dei rischi principali di tale opzione legislativa sembra essere quello di veder inquadrare, da parte della giurisprudenza, nel futuro non molto prossimo, le condotte più gravi di peculato distrattivo all'interno della fattispecie appartenente al microsistema di peculato punita in modo più blando (art. 314-bis c.p.: da 6 mesi a 3 anni di reclusione)*"<sup>38</sup>. Con l'ulteriore

---

<sup>37</sup> Va però soggiunto che il servizio di novità della Suprema corte ha comunicato che Cass. pen., Sez. VI, 23.10.2024 (di cui non si conoscono ancora le motivazioni) ha ritenuto, in contrasto con la teoria che qui si espone, che «*il nuovo reato di indebita destinazione di denaro o cose mobili di cui all'art. 314-bis cod. pen. sanziona le condotte distrattive che la giurisprudenza di legittimità riferiva all'abrogata fattispecie di abuso di ufficio*» (Cfr., *Sist. Pen.*, 24.10.2024). Nello stesso senso v. anche M. MORRA, *Abrogazione dell'abuso di ufficio e introduzione dell'art. 314-bis cod. pen.: parziale abolitio criminis ed effetti successori che non interessano il peculato.*, in *Giur. pen. web*, 2024, 12, 9 ss.

<sup>38</sup> Così M. GAMBARDELLA, *Peculato, abuso d'ufficio*, cit., il quale aggiunge "*Non vorrei che l'art. 314-bis c.p. andasse a punire quelle ipotesi gravissime in cui l'agente pubblico distrae (sottraendoli) fondi, energie, beni e li destini a finalità che non sono quelle della pubblica amministrazione*". Lo

paradosso, si può aggiungere, della previsione di una pena considerevolmente più bassa a fronte di una caratterizzazione soggettiva del fatto più grave, essendo come visto richiesto (a differenza della *fattispecie madre*), il dolo intenzionale.

Ancora più distopica, eppure assolutamente realistica, è l'osservazione per la quale la norma *de qua* potrebbe configurare un “*presidio penale delle distrazioni punibili, così espungendole dal paradigma dell'art. 314: l'art. 314-bis funge da interpretazione autentica dell'art. 314, sottraendogli ogni condotta diversa dall'appropriazione e successivamente distinguendo tra distrazioni punibili e non punibili in quanto commesse in violazione di poteri discrezionali*”<sup>39</sup>.

## 5. Il capoverso dell'art. 314-bis c.p.

Come già esposto, la legge di conversione n. 112 dell'8.8.2024 ha aggiunto, all'originario testo varato tramite il D.L. 4.7.2024, n. 92, un capoverso: “*La pena è della reclusione da sei mesi a quattro anni quando il fatto offende gli interessi finanziari dell'Unione europea e l'ingiusto vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto sono superiori ad euro 100.000*”. L'introduzione era stata caldeggiata da chi aveva fatto notare che il testo originario del decreto legge (che conteneva solo il comma 1 dell'art. 314-bis c.p.) si poneva in contrasto con l'art. 7 della Direttiva UE 2017/1371 (per quanto riguarda la pena massima che non doveva essere inferiore a quattro anni e il valore del profitto o del danno che doveva essere superiore ai 100.000 euro)<sup>40</sup>.

Sembrirebbe trattarsi, almeno *prima facie*, di una circostanza aggravante nella quale gli elementi specializzanti sarebbero costituiti (1) dall'offesa agli interessi finanziari dell'Unione europea “e” – quindi, contemporaneamente – (2) dall'entità, superiore a 100.000 euro, del vantaggio patrimoniale o del danno ingiusti.

Ora si potrebbe anche discutere se il tasso soglia che fa scattare il comma 2 si ponga in rapporto di specialità<sup>41</sup> con il valore indeterminato del primo comma ma non sembra il caso di specillare il tema, essendoci, a parere di chi

stesso Autore ipotizza anche il rischio opposto e, cioè, che “*la giurisprudenza (nel futuro) includa invece nella più afflittiva forma di peculato ex comma 1 dell'art. 314 c.p. i meno offensivi comportamenti distrattivi dei pubblici agenti, non trovando più gli stessi una fattispecie incriminatrice – quale l'abuso d'ufficio – in cui essere sussunti e non potendo essere ricondotti neppure al nuovo delitto di “indebita destinazione di denaro o cose mobili” per l'evidente mancanza di “tipicità” delle condotte concrete poste in essere*”.

<sup>39</sup> Così, S. SEMINARA, *Sui possibili significati*, cit., il quale tuttavia precisa che “*così avverrebbe in assenza della clausola di esordio dell'art. 314-bis*”.

<sup>40</sup> G.L. GATTA, *Morte dell'abuso d'ufficio*, cit., 139, il quale, però, sembrava suggerire un emendamento che più congruamente modificasse la fattispecie base. Cfr. GIUS. AMATO, *Dubbi sulla portata applicativa del nuovo peculato per distrazione*, in *Guida al dir.*, 32-33/2024, 59 ss.

<sup>41</sup> Come è noto, il primo (non l'unico) criterio per stabilire la struttura circostanziale o autonoma di una fattispecie rispetto ad un'altra risiede nella natura speciale della circostanza.

scrive, altre incognite maggiormente significative. Fermo restando che, se si trattasse di una circostanza aggravante, soggiacerebbe al regime dell'art. 69 c.p. e sarebbe, pertanto, (facilmente) neutralizzabile, almeno due problemi interpretativi appaiono stagliarsi all'orizzonte.

Il primo: è richiesto che il fatto tipico offenda gli interessi finanziari dell'Unione europea. Ora, l'*offesa* nel nostro ordinamento ha, come è noto, un significato più ampio di quello inerente alla mera *lesione*, essendo ricompresa anche la *messa in pericolo* di un interesse protetto. Ma, nella fattispecie che ci occupa, l'evento è certamente di danno, visto che il "*vantaggio*" e il "*danno*" non solo devono essere ingiusti ma anche sussistere concretamente. Di talché, il bene giuridico *deve* subire una effettiva lesione e non una semplice minaccia. Il ricorso al sintagma *offesa* appare pertanto quantomeno impreciso<sup>42</sup>.

Secondariamente, il parametro economico del superamento dei 100.000 euro, se non sembra porre incertezze in relazione al primo dei due eventi previsti (il vantaggio patrimoniale), non appare di immediata adattabilità al danno ingiusto<sup>43</sup>. Infatti, quest'ultimo, a differenza del primo evento, non è circoscritto ad una dimensione patrimoniale potendo anche prescindere da essa e, quindi, non essere suscettibile (almeno direttamente) di una valutazione economica<sup>44</sup>.

Per carità, non è che le indeterminanze lessicali evidenziate non siano superabili in via interpretativa (ben altra portata ha, secondo chi scrive, quella discendente dalla clausola di riserva di cui si tratterà nel prossimo paragrafo) ma non pare proprio che la proposizione sia nel complesso un felice esempio di tecnica legislativa. Anche perché, quale che sia la sua qualificazione giuridica, il trattamento sanzionatorio non è certo così *disuguale*, rispetto alla previsione del comma 1, da giustificare una sua autonoma rilevanza (il minimo edittale è lo stesso e il massimo è superiore di un anno).

## 6. La clausola di riserva determinata. Possibili conseguenze sull'ambito applicativo della fattispecie.

A complicare o (a questo punto non si sa più bene) a semplificare le cose *interviene* l'*incipit* della nuova fattispecie - "*Fuori dei casi previsti dall'articolo*

---

<sup>42</sup> L'art. 4, comma 3, della più volte richiamata Direttiva UE 2017/1371 (5.7.2017) recita: "*Ai fini della presente direttiva, s'intende per «appropriazione indebita» l'azione del funzionario pubblico, incaricato direttamente o indirettamente della gestione di fondi o beni, tesa a impegnare o erogare fondi o ad appropriarsi di beni o utilizzarli per uno scopo in ogni modo diverso da quello per essi previsto, che leda gli interessi finanziari dell'Unione*".

<sup>43</sup> Senza considerare che, come paventa GIUS. AMATO, *Con la nuova fattispecie*, cit., 109, "(...) la distrazione "*in danno*" è ipotesi che, francamente, sembra di scuola e la casistica che la norma dovrebbe "*coprire*" può azzardarsi come prognosticamene inesistente".

<sup>44</sup> Va però precisato che l'art 7, comma 3, della Direttiva UE 2017/1371 parla espressamente di danno superiore ai 100.000 euro.



314” – che si era in precedenza volutamente e momentaneamente tenuto da parte per non intralciare oltremodo l’analisi degli altri elementi strutturali del delitto in commento.

*In primis*, va premesso che la clausola di riserva (o di sussidiarietà espressa), nel rinviare specificatamente all’art. 314 c.p. (clausola di riserva *determinata*), costituisce un’ulteriore dimostrazione che la nuova disposizione sia in parte sovrapponibile al delitto di peculato<sup>45</sup>, rimanendo altrimenti priva di senso la sua previsione. È pur vero che sarebbe stato incongruo forgiare la clausola di riserva facendo riferimento espresso all’art. 323 c.p. (che, seppur ancora vigente, sarebbe stato abolito il giorno dopo l’approvazione della legge di conversione del D.L. 4.7.2024, n. 92), ma è anche vero che, non essendoci un rapporto di specie a genere tra l’art. 323 c.p. e l’art. 314 c.p.<sup>46</sup>, i fatti ricompresi nella fattispecie abolita non conservano rilevanza penale ai sensi della seconda. A tacer d’altro, le condotte distrattive differenzianti le due fattispecie si trovano in relazione di incompatibilità, posto che una mantiene (meglio: manteneva) una destinazione pubblicitaria (art. 323 c.p.)<sup>47</sup> mentre l’altra (art. 314 c.p.) la esclude radicalmente.

Ciò detto, la clausola di cui si discute, almeno letteralmente, rende inapplicabile lo stesso delitto che la *ospita*. Infatti se, come pare dimostrato nei paragrafi che precedono, l’indebita destinazione di denaro o cose mobili per finalità privatistiche si declina sempre in una sottofattispecie del delitto di peculato, la clausola di riserva *de qua* scatterà inevitabilmente ogniqualvolta la nuova fattispecie sarà perfezionata.

La norma, in sostanza e a seguire la tesi qui propugnata, è come se dicesse pressappoco questo: *sono puniti alcuni fatti di peculato salvo che costituiscano il delitto di peculato*. Come è stato detto<sup>48</sup> richiamando il celebre romanzo di Carlo Emilio Gadda, un “*pasticciccio brutto*”, che rischia di suscitare la riprensione dell’Europa. Per evitare la quale, la giurisprudenza, con una dubbia operazione ermeneutica e allo scopo di salvare l’insalvabile, potrebbe tentare di sottrarre al perimetro applicativo dell’art. 314 c.p. una qualche marginale ipotesi da sanzionare più tenuamente. Compito assai arduo ma nel quale la stessa giurisprudenza si è già, in parte, cimentata, quando, ad esempio, ha dovuto individuare uno spazio indipendente all’art. 2 L. 23.12.1986, n. 898 (c.d. *frode comunitaria*)<sup>49</sup> e all’art. 316 *ter* c.p. (indebita percezioni di erogazioni pubbliche)<sup>50</sup> rispetto all’art. 640 *bis* c.p., alla luce della

<sup>45</sup> Cfr. D. MICHELETTI, *La “distrazione” gioca brutti scherzi*, cit., 3 s., il quale, tra l’altro, reputa siffatta clausola di sussidiarietà “*del tutto pleonastica*”.

<sup>46</sup> G.L. GATTA, *Abuso d’ufficio e traffico d’influenze*, cit., 189 s.

<sup>47</sup> Secondo il menzionato orientamento giurisprudenziale che non si condivide.

<sup>48</sup> M. PARODI GIUSINO, *L’abolizione dell’abuso d’ufficio*, cit.

<sup>49</sup> Cfr. Corte cost. 26.1.1994 (dep. 10.2.1994) n. 25; Corte cost. 14.12.1998 (dep. 23.12.1998), n. 433; Cass. pen., Sez. Un., 24.1.1996 (dep. 15.3.1996), n. 2780.

<sup>50</sup> Cfr. Corte cost. 8.3.2004 (dep. 12.3.2004), n. 95; Cass. pen., Sez. Un., 19.4.2007 (dep. 27.4.2007), n. 16568.

clausola di sussidiarietà espressa (relativa proprio alla truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche) contraddistinguente le prime due fattispecie. Non è certo questa la sede per riesumare le difficoltà esegetiche che hanno segnato i primi periodi di convivenza dei delitti menzionati<sup>51</sup> ma, mentre, seppur non agevolmente, si può sostenere, ricorrendo al principio di sussidiarietà, che le disposizioni *de quibus* disciplinino i casi contrassegnati dalla mancanza di induzione in errore dell'ente erogatore (in quanto tali) estranee al paradigma della truffa, altrettanto non sembra possibile affermare nella relazione sussistente tra l'art. 314 c.p. e l'art. 314-bis c.p. Nel senso che quest'ultima fattispecie non pare proprio avere alcuna vita autonoma al di "fuori dei casi previsti dall'articolo 314". A meno che non si individui un concetto *minore* di distrazione/destinazione che non costituisca una forma di appropriazione. Vale a dire, una destinazione del bene ad un uso sì violativo di norme di legge cogenti ma che non comporti la perdita dello stesso bene da parte della P.A., nel senso che quest'ultima non ne venga espropriata (e non sussista l'*impropriazione* da parte dell'agente). Tuttavia, si tratta di un'esegesi francamente complicata: a costo di essere ripetitivi, la concreta e intensamente voluta realizzazione di un vantaggio patrimoniale ingiusto o di un danno altrettanto ingiusto non appare conciliabile col perseguimento di un interesse (soprattutto) pubblico, non potendo questo essere rivolto alla produzione di un fatto oggettivamente illegale. Tra l'altro, si dubita che la nozione di appropriazione presupponga necessariamente la perdita definitiva del bene, potendo la stessa essere anche temporanea e dar comunque vita ad una figura tipica di appropriazione, come dimostra il comma 2 dell'art. 314 c.p.<sup>52</sup>.

Tirando le fila, ad una prima lettura (come tale suscettibile di ripensamenti) l'alternativa sembra essere quella tra una fattispecie insensata e inapplicabile e una (forse la peggiore) distonica e contraddittoria (perché punisce fatti *più gravi* in maniera *più tenue*); il nuovo art. 314 bis c.p.<sup>53</sup> corre il rischio di risolversi in un mero *specchietto per le allodole*, la cui popolazione in Europa deve essere evidentemente ritenuta dal nostro legislatore sufficientemente numerosa.

---

<sup>51</sup> Per una chiara ed esaustiva analisi del tema si rinvia a G. PUTZU, *Art. 640 bis*, in M. RONCO, S. ARDIZZONE, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale ipertestuale*, 3° edizione, Torino, 2009, 3117 ss.

<sup>52</sup> Per tutti v. D. GUIDI, *Il delitto di peculato*, Milano, 2007, 201 ss.

<sup>53</sup> Sul quale, peraltro, S. SEMINARA, *Sui possibili significati*, cit., individua diversi profili di illegittimità costituzionale.

# INTELLIGENZA ARTIFICIALE E MOG 231: DALLA COLPA D'ORGANIZZAZIONE ALLA COLPA "ARTIFICIALE"

Giuseppe Imbrigiotta\*

**Sommario:** **1.** Nozioni introduttive sull'*Artificial Intelligence*. - **2.** L'esigenza di una regolamentazione di settore: l'impulso sovranazionale. - **3.** Brevi cenni sulla colpa di organizzazione. - **3.1.** ...e sul modello di organizzazione e gestione di cui al D.Lgs. 231/2001. - **4.** "*Risk assessment tools*" e redazione del modello di gestione, organizzazione e controllo nell'era della compliance digitale. - **5.** Risvolti sulla responsabilità dell'ente per colpa organizzativa.

## ABSTRACT

Il presente contributo ha lo scopo di porre l'attenzione sui possibili effetti che dall'innovazione tecnologica in materia di intelligenza artificiale possano derivare nel settore giuridico. Dopo una breve ricognizione e descrizione delle principali fonti giuridiche che regolano la programmazione, commercializzazione e le modalità d'impiego di tali strumenti di intelligenza artificiale, si è cercato di comprendere le conseguenze dell'utilizzo di software *AI* nel settore della *compliance* aziendale. È stata esposta, dunque, la disciplina in tema di "colpa d'organizzazione" dell'ente e la concreta applicazione che la giurisprudenza fa delle norme di cui agli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/01. Infine, ci si è posti il problema di comprendere quali potessero essere le conseguenze in tema di responsabilità da colpa di organizzazione dell'ente che abbia affidato la gestione del proprio modello organizzativo e di gestione ad un *software AI*, evidenziando, inoltre, l'esigenza di un adeguamento della normativa di settore e, forse, ad un ripensamento della struttura della colpa d'organizzazione.

*The present elaborate aims at pointing out the possible risks related to the technological advance in artificial intelligence (hereafter "AI") in the juridical sector. After a brief overview on the principal legal sources regulating the programming, commercialisation and means of employment of AI instruments, it will try to comprehend the consequences of AI in company compliance. Hence, in light of the concept of "organizational fault" and the actual judicial interpretation of articles 6 and 7 of the DLgs 231/01, the author tackled the possible consequences in case of company responsibility following the adoption of an AI generated or implemented internal compliance model suggesting a rethinking of the actual norm in matter of organisational fault.*

---

\* Praticante avvocato.

## 1. Nozioni introduttive sull'Artificial Intelligence.

La "rivoluzione *cybernetica*", determinata dalla creazione di *software* di intelligenza artificiale, è ormai in corso da anni e sta pian piano cambiando il modo di concepire le attività umane, persino quelle che un tempo erano ritenute insostituibili.

Se all'origine poteva essere sostenuto che lo sfruttamento di questa tecnologia si arrestasse a quei settori fondati su schemi prestabiliti, in cui vi è una grande quantità di dati da processare nel più breve tempo possibile, individuando la correlazione statistica mediante la programmazione di algoritmi specifici<sup>1</sup>, oggi l'*AI* potrebbe essere utilizzata anche in settori differenti e più complessi come quello giuridico, della sicurezza pubblica, medico, automobilistico etc.<sup>2</sup>.

In particolare, nel rapporto tra questa "rivoluzione" ed il settore giuridico alcuni autori<sup>3</sup> hanno prospettato una ripartizione dei settori in cui l'*AI* produrrebbe effetti che potrebbero riverberarsi sui principi e le libertà fondamentali dell'uomo.

Ed appunto: a) in ottica predittiva e preventiva potrebbe essere impiegata come supporto alle attività di *predict policing*<sup>4</sup>, quali pattugliamenti, identificazioni ed interventi preventivi; b) in ottica decisionale, nei cd. *automated decision systems* potrebbero essere utilizzati algoritmi in grado di addivenire ad una statuizione in ordine a contenziosi civili, amministrativi e, forse con maggiori problemi, anche penali; c) sempre per la sua funzione predittiva, potrebbe essere impiegata per la valutazione della pericolosità criminale degli individui al fine di semplificare le indagini; d) l'accertamento della responsabilità quando l'*AI* sia stato lo strumento per commettere un

---

<sup>1</sup> R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *Algorithmic legal decision making: la fine del mondo (del diritto) o il paese delle meraviglie?*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, 104.

<sup>2</sup> A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA, *Cybercrime*, Milano, 2023, 43. «Si va dalla gestione di modelli previsionali in ogni settore, all'organizzazione della produzione e del lavoro, dalla selezione e gestione della pubblicità da indirizzare ad estese categorie od a singoli utenti (c.d. personalizzazione) a livello globale, fino alle ricerche statistiche, epidemiologiche, d'opinione, nonché a svariate funzioni di controllo "automatizzato" (ad es. in ambito fiscale), alle diagnosi e terapie mediche, agli interventi di chirurgia e microchirurgia, alla guida automatizzata di veicoli di ogni natura, comprese oggi le automobili, alla conclusione di negozi e contratti con pieni effetti giuridici, specie in ambito borsistico e finanziario, ecc.»

<sup>3</sup> C. CUPELLI, *La sfida dell'intelligenza artificiale al diritto penale*, in *Sistema penale*, 2023.

<sup>4</sup> E. PIETROCARLO, *Predictive policing: criticità e prospettive dei sistemi di identificazione dei potenziali criminali*, in *Sistema penale*, 2023. Secondo l'A. «Tale termine si riferisce, in linea generale, all'impiego di tecniche analitiche - in particolare, quantitative - che, attraverso l'incrocio di dati, consentono di elaborare previsioni statistiche circa i luoghi di futura commissione di reati (c.d. crime hot spot) ovvero i potenziali autori o vittime, orientando le attività di polizia alla prevenzione, più che alla sola repressione del crimine. L'obiettivo ultimo è dunque quello di una riduzione del tasso di criminalità, realizzata attraverso una più razionale allocazione delle risorse e interventi mirati sui soggetti a rischio; il tutto reso possibile grazie all'analisi dei dati».

illecito o, comunque, quando l'attività del *software* abbia concorso alla commissione del delitto.

Se le ipotesi in cui tale tecnologia è uno strumento di supporto all'attività umana non pongono particolari problemi, permanendo in capo all'uomo la decisione definitiva, i punti b), c) e d) creano importanti problemi dogmatici ed etici.

In primo luogo, escludendo aprioristicamente che *machina delinquere potest*<sup>5</sup>, il tema verterebbe sull'individuazione del soggetto che si trovi in una posizione di dominio o, comunque, rivesta una posizione di garanzia e, dunque, sul soggetto che abbia il dovere di impedire che la macchina commetta il reato; le principali soluzioni riguardano la posizione del proprietario del bene, del programmatore, del venditore ed il problematico rapporto con la responsabilità da prodotto difettoso<sup>6</sup>.

Quanto al punto b), invece, l'attività decisionale di ogni contenzioso giudiziario reca inevitabilmente una componente materiale, attinente al rigore legislativo ed alla tassatività delle norme, ma è innegabile che nella decisione finale permane un'ineliminabile componente soggettiva e morale legata alla concezione ed interpretazione delle norme mediante una loro lettura "eticamente" influenzata.

Conseguentemente, tutte le decisioni saranno private di questo "errore umano" e si sostanzieranno in un'applicazione adiafora del diritto, posto che per il modo in cui l'intelligenza artificiale è programmata «fallirà proprio i compiti che richiedono un apprezzamento in chiave assiologica»<sup>7</sup>.

Inoltre, con particolare riferimento alle decisioni nel campo del diritto penale, poiché la prova testimoniale è spesso il fulcro del processo, permangono dubbi sulla capacità dell'AI di valutare l'attendibilità di un teste nonché la sua capacità di esprimere un giudizio circa la gravità, concordanza e precisione degli indizi ai sensi dell'art. 192, co. 2, c.p.p.<sup>8</sup>.

Tali rischi non sono di poco conto alla luce delle considerazioni che seguiranno.

Infatti, ulteriore questione, da non sottovalutare, attiene alla distinzione tra intelligenza artificiale dotata di *Machine Learning* ed AI che ne sono prive.

<sup>5</sup> A. CAPPELLINI, *Machina delinquere non potest? Brevi appunti su intelligenza artificiale e responsabilità penale*, in *disCrimen*, 2019; C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" a "autore" del reato?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2020, 1745 ss.; per la posizione di coloro che ritengono l'intelligenza artificiale autonomamente imputabile, nel sistema anglosassone, v. G. HALLEVY, *Liability for Crimes Involving Artificial Intelligence Systems*, Dordrecht, 2015.

<sup>6</sup> Per un approfondimento sul tema della responsabilità nell'*autonomous driving* v. L. D'AMICO, *Intelligenza artificiale e auto a guida autonoma. Tra prevenzione primaria, colpa penale e rischio consentito*, in *rivista italiana medico legale*, 3/2022 609; C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dogmatici e politico-criminali*, Milano, 2004

<sup>7</sup> O. DI GIOVINE, *Il judge-bot e le sequenze giuridiche in materia penale (intelligenza artificiale e stabilizzazione giurisprudenziale)*, in *Cassazione Penale*, fasc. 3, 2020, 965.

<sup>8</sup> F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *diritto penale e uomo*, 2019, 15.

In effetti, se l'attività ermeneutica è già di per sé complessa, la programmazione di un *judge-bot*<sup>9</sup> condurrebbe all'annichilimento dell'attività interpretativa, sostanziandosi in un'impossibilità di letture divergenti da quelle imposte dall'algoritmo, e, di conseguenza, ad un'assoluta certezza del diritto. Letture che risentirebbero, necessariamente, della gerarchia di valori stabilita dal programmatore<sup>10</sup>.

In tal modo si rischia di inibire la funzione di garanzia del sistema dei tre gradi di giudizio, d'altronde, trattandosi di una programmazione prestabilita, vi sarebbe il pericolo che il *software*, ripercorrendo la vicenda con le stesse lenti in ogni grado di giudizio, giungerebbe sempre alla medesima conclusione.

Diversamente, nell'ipotesi di *AI* dotata di *Maching Learning*<sup>11</sup>, *ovverosia quella particolare tipologia di programmazione che permette al software di acquisire dati dalla propria esperienza al fine di elaborare nuove strategie per affrontare problemi futuri*, potrebbe aversi un'instabilità dell'interpretazione normativa, con la conseguente impossibilità di prevedere gli esiti dell'attività ermeneutica della macchina.

L'importanza della regolamentazione dell'utilizzo dell'intelligenza artificiale si manifesta anche per quelle attività di sussidio all'uomo che si sostanziano nell'organizzazione e nell'analisi statistica di dati. Un esempio potrebbe essere la creazione di algoritmi in grado di raccogliere norme giuridiche ed informazioni aziendali per valutare il *risk assessment* e predisporre le misure più idonee a prevenire la commissione di reati o la verifica di eventi il cui rischio è stato apprezzato<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> A. FORMISONE, *L'impatto dell'intelligenza artificiale in ambito giudiziario sui diritti fondamentali*, in *Federalismi - Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato*, n. 22/2024, 114 ss.

<sup>10</sup> Come si legge nel rapporto CEPEJ sui sistemi giudiziari: «*Inoltre, la neutralità degli algoritmi è un mito, in quanto i loro creatori, consciamente o meno, riversano in essi i loro sistemi di valori. Il filosofo Eric Sadin ha osservato che, dietro la loro facciata efficiente e impersonale, i sistemi algoritmici rispecchiano le intenzioni di chi li progetta o li commissiona, generando un potere operativo e asimmetrico sulla vita di altre persone. Analogamente, il ricercatore Aurélien Grosdidier ritiene che un algoritmo non sia di per sé in grado di far altro che farci afferrare, nel migliore dei casi, una parte delle intenzioni del progettista ed estende la messa in discussione all'intera sequenza del trattamento dell'informazione (intenzione del progettista, produzione del codice informatico, esecuzione di tale codice e contesto dell'esecuzione poi mantenimento). Tale rilievo è condiviso dal criminologo Aleš Završnik che sottolinea che le fasi di costruzione e interpretazione degli algoritmi sono prodotte da uomini per uomini e, comunque questi ultimi siano concepiti, non possono sfuggire agli errori, ai pregiudizi, agli interessi umani e alla rappresentazione umana del mondo.*

<sup>11</sup> A. CAPPELLINI, *Profili penalistici delle self-driving cars*, in *diritto penale contemporaneo rivista Trimestrale* 2/2019, 339. L'A. per un approfondimento sul tema del *machine learning* rinvia a H. SURDEN, *Machine Learning and Law*, in *Washington Law Review*, 2014, 87 ss.

<sup>12</sup> R. TREZZA, *L'Intelligenza Artificiale come ausilio alla standardizzazione del modello 231: vantaggi "possibili" e rischi "celati"*, in *Giurisprudenza penale*, 2021, 3. L'A. ipotizza la creazione di un "modello matematico 231".

Il tema è attuale e richiede un'analisi delle fonti normative che regolano il settore della programmazione, utilizzazione e commercializzazione di software di intelligenza artificiale.

## 2. L'esigenza di una regolamentazione di settore: l'impulso sovranazionale.

I primi atti di *softlaw*, in questo innovativo settore, sono stati promossi da organizzazioni internazionali che hanno fissato i principi e linee guida rivolti a legislatori nazionali ed internazionali, al fine di predisporre una normativa minima che regoli i doveri e poteri dei produttori, programmatori ed utilizzatori delle tecnologie di AI<sup>13</sup>.

Tra queste fonti può essere citata la cd. Dichiarazione di *Asilomar*, frutto del contraddittorio di esperti AI e giuristi che si sono confrontati sul tema nella *Asilomar Conference on Beneficial* del 2017. Tale dichiarazione, suddivisa in tre settori – ricerca, etica e valori, problemi a lungo termine – cristallizza i principi che dovrebbero essere seguiti nell'utilizzo e nella programmazione di queste tecnologie<sup>14</sup>.

Ulteriore passo in avanti è stato fatto grazie alla Commissione europea per l'efficacia della giustizia (CEPEJ)<sup>15</sup>, organismo istituito dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, che ha stilato la “*Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e nei relativi ambienti*”<sup>16</sup>. Tale Carta, adottata il 4 dicembre 2018, è rivolta a soggetti pubblici e privati e stabilisce i principi<sup>17</sup> che i Legislatori dovrebbero seguire

---

<sup>13</sup> G. BARONE, *La regolamentazione dell'Intelligenza Artificiale: è “corsa agli armamenti”*, in *Diritto penale e processo*, 8/2024, 991.

<sup>14</sup> I 23 principi contenuti nella dichiarazione sono consultabili alla pagina web: <https://futureoflife.org/open-letter/ai-principles/> tra i quali: “Responsabilità: I progettisti e i costruttori di sistemi di AI avanzati sono soggetti interessati dalle implicazioni morali dell'utilizzo, degli abusi e azioni dell'AI, con la responsabilità e l'opportunità di plasmare queste implicazioni”; “Trasparenza giudiziaria: Qualsiasi coinvolgimento di un sistema autonomo in un processo giudiziario dovrebbe fornire una spiegazione soddisfacente e verificabile da un'autorità umana competente”; “Controllo umano: Gli esseri umani dovrebbero scegliere se e come delegare le decisioni ai sistemi di AI per raggiungere obiettivi individuati”.

<sup>15</sup> Si tratta di un comitato che si occupa di analizzare e valutare comparativamente i sistemi giudiziari degli stati membri al fine di consentire il miglioramento dell'efficienza e della qualità della giustizia.

<sup>16</sup> Consultabile al link: <https://rm.coe.int/0900001680993348>.

<sup>17</sup> La Carta cristallizza cinque principi sull'utilizzo dell'AI nei sistemi giudiziari e ambiti connessi: “il principio del rispetto dei diritti fondamentali; il principio di non discriminazione; il principio di qualità e sicurezza; il principio di trasparenza, imparzialità e equità; il principio del controllo da parte dell'utilizzatore”, fornendo a coloro che prendono decisioni pubbliche ed agli attori del diritto strumenti per comprendere la cd. “giustizia predittiva”. Chiaramente, si preoccupa anche di valutare i rischi che dall'utilizzo di tali tecnologie possano derivare, nonché i benefici dovuti alla “trasparenza, prevedibilità e omogenizzazione della giurisprudenza”. Infine, nell'invito agli Stati ed alle Organizzazioni a regolamentare il settore della “cybergiustizia”, riconosce il valore primario dei diritti fondamentali dell'uomo che costituisce in ogni caso la cornice entro cui predisporre

nell'elaborazione della normativa sullo sviluppo, la verifica e l'utilizzo di questi sistemi.

Il principale scopo è, dunque, quello di ispirare gli Stati e le Organizzazioni internazionali a potenziare i sistemi giudiziari mediante l'utilizzo di questi *software*, nel rispetto della sicurezza e delle garanzie dei cittadini<sup>18</sup>.

Sebbene si tratti di un atto di *softlaw*, dunque, sprovvisto di efficacia vincolante, la sua analisi comparativa e la valutazione dei benefici e dei rischi, unita alla predisposizione dei principi per un corretto e "giusto" utilizzo di *tools AI*, hanno consentito a tale atto di avere una diffusione globale.

Un chiaro esempio di tale diffusività è proprio l'emanazione del "*Blueprint for an AI Bill of rights*"<sup>19</sup> statunitense, del 2022; si tratta del progetto di una carta dei diritti sull'intelligenza artificiale al cui interno sono sanciti i principi che dovranno essere rispettati nello sviluppo ed utilizzo della stessa, con un'evidente ispirazione alla Carta etica europea.

Con riguardo, invece, all'Eurozona, il Consiglio d'Europa ha adottato la "*Convenzione quadro sull'Intelligenza Artificiale e i diritti umani, la democrazia e lo stato di diritto*"<sup>20</sup>, del 17 maggio 2024, affinché vi sia una maggiore armonizzazione tra le normative che gli Stati membri adotteranno, nel rispetto dei principi suddetti.

Infine, il primo atto legislativo al mondo che ha disposto una disciplina di settore vincolante è di matrice europea.

L'Unione Europea ha, infatti, approvato l'*Artificial Intelligence Act (AI Act)*<sup>21</sup>, ossia il regolamento (UE) 2024/1689 del 13 giugno 2024, con il dichiarato scopo di consentire lo sviluppo, la commercializzazione e l'utilizzo

la normativa di settore.

<sup>18</sup> Per un miglior approfondimento della Carta etica europea per l'uso dell'intelligenza artificiale nei sistemi di giustizia penale e nei relativi ambienti v. S. QUATTROCOLO, *Intelligenza artificiale e giustizia: nella cornice della Carta etica europea, gli spunti per un'urgente discussione tra scienze penali e informatiche*, in *Legislazione penale*, 2018.

<sup>19</sup> L'atto è consultabile nel sito della Casa Bianca al link: <https://www.whitehouse.gov/ostp/ai-bill-of-rights/>.

<sup>20</sup> Per un approfondimento della Convenzione v. C. CICCIA ROMITO, *Intelligenza Artificiale: la Convenzione quadro del Consiglio d'Europa*, in *Altalex*, 2024. L'atto può essere visionato al link: <https://www.coe.int/it/web/conventions/new-treaties>.

<sup>21</sup> Il regolamento è consultabile al seguente link: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ%3AL\\_202401689](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=OJ%3AL_202401689). In particolare, al Considerando 1 viene dichiarato lo scopo di: «migliorare il funzionamento del mercato interno istituendo un quadro giuridico uniforme in particolare per quanto riguarda lo sviluppo, l'immissione sul mercato, la messa in servizio e l'uso di sistemi di intelligenza artificiale (sistemi di IA) nell'Unione, in conformità dei valori dell'Unione, promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea («Carta»), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, proteggere contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, nonché promuovere l'innovazione. Il presente regolamento garantisce la libera circolazione transfrontaliera di beni e servizi basati sull'IA, impedendo così agli Stati membri di imporre restrizioni allo sviluppo, alla commercializzazione e all'uso di sistemi di IA, salvo espressa autorizzazione del presente regolamento».



di strumenti di intelligenza artificiale all'interno dell'Unione Europea, nel rispetto della sicurezza e dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'art. 5 del Regolamento, rubricato "pratiche di AI vietate", pone il divieto di immissione, messa in servizio ed utilizzo di alcune funzioni o modalità d'uso di questi sistemi poiché ritenute potenzialmente lesive della sicurezza e dei diritti fondamentali.

In particolare, è vietato l'utilizzo o la messa in commercio di sistemi di intelligenza artificiale che sfruttino tecniche subliminali o volutamente decettive, al fine di indurre una persona od un gruppo di persone a prendere una decisione che altrimenti non avrebbe preso.

La funzione è quella di tutelare il consenso informato di ogni individuo, pertanto, in tutti quei casi in cui l'informazione è obbligatoria (prestazioni sanitarie; contratti bancari; etc.), non potranno essere utilizzati sistemi di intelligenza artificiale in modo fraudolento per indurre in errore i destinatari dell'informazione ad effettuare una scelta.

Il divieto si estende anche a quei *software* che abbiano lo scopo di valutare o classificare persone fisiche o gruppi di persone in base al loro comportamento, caratteristiche o personalità, se da tale valutazione possa derivare un trattamento pregiudizievole e sproporzionato rispetto al comportamento analizzato o, comunque, un trattamento sfavorevole in contesti sconnessi da quelli in cui i dati sono stati raccolti.

Ulteriore proibizione riguarda l'immissione nel mercato o l'utilizzo di *tools AI* capaci di prevedere se un individuo possa commettere dei reati, fondando tale valutazione sulle caratteristiche o sui tratti personali del soggetto esaminato.

La norma, tuttavia, prevede una deroga quando l'utilizzo dello strumento *AI* sia volto "a sostegno della valutazione umana del coinvolgimento di una persona in un'attività criminosa, che si basa già su fatti oggettivi e verificabili". Tale funzione predittiva, basata su schemi presuntivi, rischia di danneggiare i soggetti sottoposti a tale valutazione, sostanziandosi in un giudizio "lombrosiano" di pericolosità sociale.

Infine, con riguardo a quei sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" utilizzabili in luoghi pubblici per le attività di contrasto alla criminalità, pone il medesimo divieto salvo che questo non sia essenziale:

- per la ricerca mirata di vittime di sfruttamento sessuale o tratta di esseri umani nonché per la ricerca di persone scomparse;
- per la prevenzione di minacce specifiche imminenti che pongono in pericolo la vita o l'incolumità pubblica;
- per la localizzazione ed identificazione, durante le indagini o per l'esecuzione di una sanzione penale, di un individuo sospettato di aver commesso un reato per cui la pena alla reclusione sia nel massimo di almeno quattro anni.

Nel predisporre tali divieti il Legislatore è stato particolarmente cauto.

Esso, ispirandosi ad un criterio di precauzione moderato, ha delineato il perimetro del rischio consentito, ritenendo prevalente l'interesse all'utilizzo

dell'AI nel settore della sicurezza pubblica rispetto ai marginali rischi sui diritti dei singoli individui che possano concretizzarsi.

Invero, un tale bilanciamento d'interessi manifesta la convinzione delle istituzioni sovranazionali circa i benefici che l'umanità potrà trarre da queste tecnologie<sup>22</sup>.

D'altra parte, un approccio eccessivamente orientato alla precauzione, tale da rinunciare al miglioramento ed alla continua ricerca, avrebbe certamente impedito lo sviluppo di questa nuova tecnologia<sup>23</sup>.

Possiamo, dunque, affermare che la legislazione europea, ha espresso la tollerabilità del rischio sociale legato all'utilizzo dell'AI<sup>24</sup>, disponendo una regolamentazione equilibrata al fine di garantire, da un lato, il miglior sfruttamento dell'intelligenza artificiale, anche nel settore della giustizia predittiva e, dall'altro lato, la riduzione al minimo dei rischi legati al loro utilizzo.

Fatta questa premessa, appare verosimile che le società implementino applicazioni AI, nel rispetto della *ratio* del Regolamento europeo, per semplificare obblighi ed oneri dei vertici delle società sul "*risk assessment*" e sulla messa a punto di una *compliance* adeguata.

### 3. Brevi cenni sulla colpa di organizzazione.

Prima di entrare nel vivo dell'analisi della "*compliance digitale*", nell'accezione dottrina di questo termine<sup>25</sup>, è opportuno descrivere brevemente il

---

<sup>22</sup> Per dover di cronaca è opportuno aggiungere che anche l'Italia si sta muovendo in tale direzione; infatti, è al vaglio del parlamento il disegno di legge sull'intelligenza artificiale che avrà il compito di armonizzare la disciplina dell'AI act europeo al nostro ordinamento giuridico, consultabile al seguente link [https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/testi/58262\\_testi.htm](https://www.senato.it/leg/19/BGT/Schede/Ddliter/testi/58262_testi.htm).

<sup>23</sup> Cfr. L. D'AMICO, *intelligenza artificiale e auto a guida autonoma*, cit., 601. Con riguardo al settore dell'*automotive* l'A. ha, infatti, affermato che un eccessivo ricorso al principio di precauzione «comporterebbe l'astensione dallo sviluppo di un settore che, invece, si candida a diventare il futuro della mobilità mondiale: rinunciare allo sviluppo delle ricerche in materia implicherebbe la rinuncia contestuale a tutti i potenziali benefici sociali che essa porterebbe con sé».

<sup>24</sup> D'altronde, la tollerabilità del rischio sociale e la delimitazione del *rischio consentito* avrebbero, certamente, come in passato è accaduto, rallentato fortemente se non addirittura impedito lo sviluppo e l'utilizzo dell'intelligenza artificiale nei settori più eterogenei, tra cui, appunto, la giustizia predittiva. Sul punto v. A. CAPPELLINI, *Profili penalistici delle self-driving cars*, cit., 332, secondo cui: «Il concetto di rischio che viene in rilievo non è infatti un quantum assoluto, dalla sola portata probabilistico-oggettiva: ma un rischio tollerato, accettato dalla società. Esso, dunque, scaturisce da un giudizio di tipo (complessivamente) politico-valutativo, che si fonda non solo su granitici dati scientifici, ma anche sui mutevoli umori sociali, dalla più varia origine, che ne condizionano la sua percezione e percepibilità. Non si esagera, probabilmente, nell'affermare come la tollerabilità sociale di un rischio sovente affondi le sue radici più profonde non tanto nella sua dimensione oggettiva, scientifica, quanto piuttosto in deformanti pregiudizi e paure anche irrazionali, in larga parte legati fortemente al momento comunicativo del supposto pericolo».

<sup>25</sup> A. NISCO, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, in *Sistema penale*, 2022, 1. L'A., infatti, con l'espressione "*compliance digitale*" intende riferirsi agli "effetti dell'applicazione di tecnologie emergenti ai sistemi di compliance e, tra questi, ai modelli di organizzazione e gestione previsti dal d.lgs. 231/2001".

contenuto del D.Lgs. 231/2001, con specifico riguardo all'onere per le società di dotarsi di un modello organizzativo.

Com'è noto, il legislatore ha predisposto due criteri d'imputazione.

Il primo è il criterio di imputazione oggettivo, previsto dall'art. 5 del D.Lgs. 231/2001, secondo cui l'ente risponde dell'illecito amministrativo in rilievo soltanto se il reato presupposto è stato commesso nel suo interesse od a suo vantaggio.

Il secondo, invece, è il criterio d'imputazione soggettivo, stabilito dall'art. 6 per i reati commessi da soggetti che rivestono posizioni apicali e dall'art. 7 per reati commessi dai sottoposti.

In virtù del criterio soggettivo, nel caso in cui soggetti attivi del reato presupposto siano dirigenti<sup>26</sup>, l'ente non risponde dell'illecito amministrativo se venga fornita la prova:

- dell'adozione 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 con autonomi poteri di iniziativa e controllo;
- del fatto che non vi è stato un omesso controllo o un'insufficiente vigilanza dell'organismo di vigilanza;
- dell'elusione fraudolenta del modello di organizzazione e gestione da parte degli apicali, autori del reato presupposto.

Quanto all'ambiguità della disposizione di cui all'art. 6 del D.Lgs. 231/01, *“l'ente non risponde del reato se prova”*, è pacifico, in dottrina e giurisprudenza, che l'onere di dimostrare la mancata adozione o l'inadeguatezza del modello organizzativo ricada sulla procura, d'altronde, diversamente argomentando si finirebbe con l'ammettere una presunzione di colpevolezza della persona giuridica<sup>27</sup>.

Inoltre, per scongiurare l'affermazione di una responsabilità oggettiva dell'ente per fatto altrui, la giurisprudenza ha riconosciuto che il criterio oggettivo debba essere accompagnato dalla c.d. *“colpa di organizzazione”*<sup>28</sup> –

<sup>26</sup> Più precisamente si tratta di soggetti dotati di poteri di rappresentanza o di direzione dell'ente ovvero di unità organizzative con autonomia funzionale e finanziaria. Naturalmente sono equiparati a questi ultimi anche i soggetti che esercitano di fatto tali poteri, v. E. AMATI, N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, Milano, 2023, 47.

<sup>27</sup> 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 s.; C. PIERGALLINI, *Una sentenza “modello” della Cassazione pone fine all'estenuante vicenda “Impregilo”*, in *Sistema Penale*, 2022, 3; contra v. E. AMATI, N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 56. L'A. afferma 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»*.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. Un., Sent., 24/04/2014, n. 38343, in *OneLegale*, *«La disciplina dei criteri di*

di cui agli artt. 6 e 7 del D.Lgs 231/01 - intesa quale «deficit dell'organizzazione o dell'attività, rispetto ad un modello di diligenza esigibile dalla persona giuridica nel suo insieme»<sup>29</sup>.

Ed appunto, posto che non vi è alcun'inversione dell'onere probatorio<sup>30</sup>, l'accusa dovrà dimostrare la negligenza organizzativa sotto ogni aspetto, mentre i Giudici valuteranno la rimproverabilità dell'ente secondo i canoni tipici della responsabilità colposa<sup>31</sup>.

Si può affermare, dunque, che la responsabilità per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato è autonoma<sup>32</sup> rispetto a quella della persona fisica ed ha una struttura tale per cui il reato presupposto costituisce l'evento mentre l'auto-organizzazione della persona giuridica (*compliance* aziendale) è la condotta.

Pertanto, verificata l'adozione ed attuazione di un modello organizzativo sarà necessario accertare la sua idoneità ad impedire la commissione di reati della stessa specie di quello commesso.

Tale accertamento della colpevolezza dovrà essere effettuato mediante un giudizio di prognosi postuma.

---

*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 Rivista Italiana di diritto e Procedura Penale, 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 od un vantaggio dell'ente.*

<sup>29</sup> E. AMATI, N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, 53, cit.

<sup>30</sup> Cass. pen., Sez. IV, Sent., 06/09/2021, n. 32899, in *OneLegale*. La Suprema corte, infatti, stabilisce che la colpa d'organizzazione «sul piano concettuale non coincide con l'inesistenza di un idoneo ed efficace modello organizzativo e di gestione; allo stesso modo in cui il fatto da provare non coincide con la circostanza che per presunzione legale vale a dimostrarlo. Ciò conferma la persuasività dell'affermazione secondo la quale incombe sull'accusa l'onere di dare dimostrazione della colpa di organizzazione, mentre l'ente può dare dimostrazione della assenza di tale colpa». Nello stesso senso, Cass. pen., Sez. IV, Sentenza, 28/03/2023, n. 21704, in *OneLegale*; Cass. pen., Sez. IV, Sentenza, 15/02/2022, n. 18413, in *OneLegale*.

<sup>31</sup> Cass. pen., Sez. IV, Sent., 06/09/2021, n. 32899, cit. «L'accertamento della colpa di organizzazione, che costituisce il fondamento della responsabilità dell'ente, presuppone anche una valutazione sull'idoneità del modello adottato secondo il criterio epistemico-valutativo della cd. "prognosi postuma". Ne consegue che il giudice dovrà idealmente collocarsi nel momento in cui il reato è stato commesso e verificarne la prevedibilità ed evitabilità supponendo in via controfattuale che sia stato adottato un modello organizzativo "virtuoso". Si dovrà, quindi, verificare l'attuazione del modello in termini di efficacia, mentre si deve escludere che il controllo giudiziario possa avere una portata totalizzante. Il modello, in altri termini, non dovrà essere testato dal giudice nella sua globalità»; nello stesso senso v. Cass. pen., Sez. VI, Sent., 11/11/2021, n. 23401, in *OneLegale*.

<sup>32</sup> Cass., Sez. IV, Sent., 11/01/2023, n. 570, in *OneLegale*.

Il Giudice dovrà idealmente porsi nel momento in cui è stato commesso l'illecito e verificare se l'adozione ed attuazione del "modello virtuoso" avrebbe impedito o ridotto la possibilità di commettere reati della stessa specie.

In altre parole, occorre anche che l'evento-reato sia concretizzazione del rischio che la regola cautelare contenuta nel modello mirava ad evitare o minimizzare, per poi trarne le conclusioni in tema di colpevolezza dell'ente.

Chiaramente, la valutazione del rischio di commissione di specifici reati, le procedure volte ad evitare che essi vengano commessi, la predisposizione di poteri all'organismo di vigilanza, la predisposizione di un modello disciplinare per coloro che violino le procedure, sono tutti elementi che fondano la *compliance* e sono cristallizzati all'interno del modello organizzativo e di gestione<sup>33</sup>.

Ne consegue che l'efficace adozione di tali modelli «*consente all'ente di non rispondere dell'illecito, ma la cui mancanza, di per sé, non può implicare un automatico addebito di responsabilità*»<sup>34</sup>.

L'esclusione di responsabilità vi sarà purché non sia stata accertata una "colpa organizzativa", nel modello sia stato valutato il rischio di commissione dei reati della stessa specie di quello compiuto e siano state predisposte valide misure volte ad evitare o minimizzare il rischio della sua realizzazione.

### 3.1. ... e sul modello di organizzazione e gestione di cui al D.Lgs. 231/2001.

Acquisito che il modello organizzativo ed il suo apparato ispettivo, ossia l'organismo di vigilanza, costituiscono un aspetto di fondamentale importanza nella valutazione dell'imputazione soggettiva, occorre soffermarsi sulle principali caratteristiche di questi due elementi.

In effetti, il Legislatore, ritenendo la prevenzione<sup>35</sup> il miglior strumento per ridurre i rischi di commissione di reati, ha predisposto una disciplina che persegue l'obiettivo di indurre le persone giuridiche ad implementare la propria *compliance* penale<sup>36</sup>, predisponendo regole di comportamento, procedure e sanzioni.

Si tratta, invero, di una strategia ispirata ai *compliance programs* statunitensi<sup>37</sup>, che, proprio come i modelli organizzativi e di gestione previsti dal no-

<sup>33</sup> E. AMATI, N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, 58, cit.

<sup>34</sup> Cass., Sez. IV, Sent., 11/01/2023, n. 570, cit.

<sup>35</sup> V. MONGILLO, *Presente e futuro della compliance penale*, in *Sistema Penale*, 2022, pp. 2 e 3. In particolare, "lo statuto penale dell'impresa poggia, nella configurazione corrente, su due gambe, nell'ottica di un sistema integrato: prevenzione e repressione, a cui si aggiunge la valvola complementare della riparazione, che ormai taglia trasversalmente i due momenti".

<sup>36</sup> V. MONGILLO, *Presente e futuro della compliance penale*, cit., 2 e 3. L'A, dopo aver descritto le varie articolazioni della *compliance*, chiarisce che la *compliance* penale si compone della *compliance* "preventiva" e *compliance* "reattiva".

<sup>37</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, Torino, 2023, 360;

stro ordinamento, sono dei modelli di comportamento finalizzati ad impedire reati o, comunque, a farne emergere la loro commissione.

Affinché venga riconosciuto l'effetto premiale derivante dall'adozione del modello organizzativo, consistente nell'esenzione della responsabilità da reato o – nel caso in cui il modello sia adottato dopo la commissione dell'illecito<sup>38</sup> – nell'attenuazione delle conseguenze sanzionatorie, il modello stesso deve possedere delle caratteristiche specifiche.

Gli artt. 6 e 7 del D.Lgs. 231/2001 tratteggiano, in chiave generale ed astratta, i caratteri che i modelli devono possedere per rispondere all'esigenza di:

- individuare le principali aree di rischio di commissione di reati;
- prevedere specifici protocolli per programmare la formazione ed attuazione delle decisioni in relazione ai reati da prevenire;
- individuare le modalità di gestione delle risorse economiche;
- prevedere obblighi di informazione periodici nei confronti dell'organismo di vigilanza;
- introdurre un sistema disciplinare volto a sanzionare la violazione delle procedure contenute nel modello.

L'art. 7, inoltre, fornisce una definizione specifica di efficace attuazione, stabilendo che nel modello devono essere previste delle procedure che consentano, periodicamente, l'agevole verifica della sua stessa attualità nonché le modalità per permettere la modifica sistematica delle procedure e di ogni inadeguatezza sopravvenuta.

D'altronde, come affermato da autorevole dottrina: «una lettura della disciplina rispettosa del testo dovrebbe indirizzare a dimostrare che sono state predisposte efficaci barriere gestionali, procedurali ed ispettive contro condotte che incrementino oltre la misura consentita il rischio di reati; e che tali strumenti di difesa sono stati elusi con azioni altamente ingannevoli<sup>39</sup>».

Tuttavia, la disciplina dettata dal D.Lgs. 231/2001, con riguardo agli aspetti strumentali, contenutistici ed istituzionali del modello, è eccessivamente generica poiché non pone alcun criterio oggettivo che possa orientare il Giudice nella valutazione dell'idoneità del modello e della colpa d'organizzazione.

In conseguenza di tale *deficit* normativo di legalità e tassatività, il giudizio sul comportamento dell'ente e la valutazione dell'idoneità od inidoneità del modello è demandato all'esclusiva discrezionalità del giudicante<sup>40</sup>.

Alla luce di quanto detto, il modello deve essere pensato e strutturato appositamente per la società che lo adotterà, in considerazione di tutte le peculiarità dell'organizzazione aziendale, del *core business* e delle principali

---

<sup>38</sup> A titolo esemplificativo, l'art. 12 del D.Lgs. 231/2001 prevede che in caso di adozione ed operatività post factum del modello conseguirà una riduzione della sanzione da un terzo alla metà. Inoltre, se da tale adozione segue anche l'immediato risarcimento del danno la riduzione sarà compresa tra la metà ed i due terzi.

<sup>39</sup> R. BLAIOTTA, *Diritto penale e sicurezza del lavoro*, cit., 361.

<sup>40</sup> P. SEVERINO, *Il sistema di responsabilità degli enti: alcuni problemi aperti*, in AA.Vv., *La responsabilità penale degli enti*, Bologna, 2016, 74.

aree di rischio; si può affermare che il modello 231 è una veste su misura che deve essere costantemente adattata ai cambiamenti dell'ente.

Ed appunto, per garantire la tempestiva riorganizzazione delle procedure e delle sanzioni in caso di violazione del modello, è necessario che lo stesso sia attuale e dinamico<sup>41</sup> e, dunque, in grado di conformarsi al costante ampliamento del catalogo dei reati presupposto ed ai nuovi e diversi rischi che, con il passare del tempo, sono in continua evoluzione.

Pertanto, *“L'adozione del compliance program rappresenta, secondo gli aziendalisti, «un fatto invasivo nel sistema d'impresa» tale da richiedere un «approccio progettuale di vasto respiro, assimilabile all'impegno dedicato in sede di pianificazione strategica»<sup>42</sup>”*.

Tale necessaria pianificazione prevede delle tappe propedeutiche, affinché si possa ambire ad un modello adatto alla società per il quale è redatto, che sono:

- un'analisi generale della società al fine di pervenire ad una conoscenza totalizzante, per individuare gli aspetti che, nelle fasi successive, saranno oggetto di puntuale approfondimento;
- una mappatura delle aree di rischio, ossia di quelle funzioni che, per il tipo di attività svolta, sono maggiormente suscettibili di commettere determinati reati;
- sulla base degli specifici rischi-reato individuati in ogni area, predisporre un sistema di controllo e dei protocolli idonei a prevenire ed impedire la commissione degli illeciti.

Nella prassi applicativa il modello è composto da una parte generale da una parte speciale.

Nella prima sono indicati i sistemi di *governance* dell'ente e tutte quelle informazioni che consentono di comprenderne la struttura societaria, l'istituzione e la composizione dell'organismo di vigilanza ed i suoi poteri e doveri, le modalità di individuazione delle violazioni ed il sistema disciplinare nonché il codice etico; diversamente, la seconda è composta dalla descrizione della struttura dei reati presupposto, previsti dal D.Lgs. 231/2001, dall'identificazione delle aree di rischio con la valutazione del grado di pericolo di verifica, il rinvio ai protocolli di cui alla parte speciale e i principi generali di condotta<sup>43</sup>.

Solo all'esito di questa pianificazione e redazione il modello potrà essere adatto alla società ed approvato dal Consiglio di amministrazione.

<sup>41</sup> E. AMATI, N. MAZZACUVA, *Diritto penale dell'economia*, cit., 60.

<sup>42</sup> A. BERNASCONI, *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, vol. II, tomo II, Milano, 2008, 968. L'A. riporta le parole di P. BASTIA, *I modelli organizzativi*, Milano, 2005, 134.

<sup>43</sup> G.J. SCIGNANO, *La responsabilità da reato dell'ente nel riciclaggio mediante monete virtuali*, in *Diritto penale e intelligenza artificiale “nuovi scenari”*, a cura di G. BALBI, F. DE SIMONE, ANDREANA ESPOSITO, S. MANACORDA, Torino, 2023, 84.

Quanto all'Organismo di vigilanza<sup>44</sup>, di cui all'art. 6 del D.Lgs. 231/2001, è nominato dall'organo gestionale della società che può optare per un organismo monocratico o collegiale, con l'unica condizione che sia garantita l'imparzialità e la terzietà.

Quanto ai suoi compiti, esso vigila sull'adeguatezza del modello, proponendo i doverosi aggiornamenti quando lo stesso non sia più attuale, ed è beneficiario dei così detti flussi informativi, ossia di quelle comunicazioni che gli organi dirigenziali devono trasmettere all'organismo affinché quest'ultimo verifichi il rispetto del modello stesso.

Inoltre, è dotato di poteri ispettivi e di controllo che evidenziano l'esistenza di un obbligo di sorveglianza, tuttavia, non sorretto da veri e propri poteri impeditivi.

In conclusione, il sistema così delineato evidenzia il geocentrismo del modello organizzativo e del suo "garante", ossia l'Organismo di vigilanza, che rappresentano degli indici fondamentali di congruità dell'intera capacità organizzativa dell'ente per far fronte e per prevenire la commissione di reati da parte di soggetti legati all'ente stesso da un rapporto di rappresentazione organica.

#### **4. "Risk assessment tools" e redazione del modello di gestione, organizzazione e controllo nell'era della compliance digitale.**

Le considerazioni su esposte evidenziano le difficoltà di mantenere una *compliance* non solo adeguata ma soprattutto attuale, stante le continue mutazioni dovute ad agenti, spesso, estrinseci rispetto alla società.

La redazione del modello implica una conoscenza effettiva dell'ente e del suo organigramma, del suo oggetto sociale, delle varie funzioni e della struttura degli organi dirigenziali; ed è sulla base di tali informazioni che deve essere formulata una puntuale mappatura dei rischi di commissione di reati, che si sostanzia in una valutazione statistico/probabilistica tramite l'elaborazione dei dati anzidetti.

In base a tali circostanze ed all'evoluzione *cybernetica*, non deve stupire che alcune società hanno già iniziato a sperimentare *software* capaci di progettare e redigere autonomamente i modelli organizzativi e di gestione<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> Per un miglior approfondimento dell'istituto v. S. RICCI, G. VIACIAGO, *L'organismo di vigilanza nelle società*, Milano, 2023; E. DI FIORINO, C. SANTORIELLO, *Introduzione a "L'Organismo di Vigilanza nel sistema 231*, Pisa, 2021.

<sup>45</sup> N. ABRIANI, *La corporate governance nell'era dell'algoritmo Prolegomeni a uno studio sull'impatto dell'intelligenza artificiale sulla corporate governance*, in *Il nuovo diritto delle società*, 3/2020, 268 ss. L'A. individua i principali settori in cui si inizia ad intravedere un'interferenza tra intelligenza artificiale e *governance* aziendale, in particolare:  
«i) l'utilizzo di strumenti di IA per l'organizzazione e il funzionamento societario interno (prospettiva interna di corporate governance);  
ii) gli strumenti di IA sia come supporto sia come output dell'attività di impresa;  
iii) il ricorso a strumenti di IA per la valutazione dall'esterno del funzionamento societario (prospettiva esterna dei mercati finanziari)».



Il *focus* del problema riguarda i benefici ed i rischi della “*digital criminal compliance*”<sup>46</sup> e, soprattutto, i risvolti che dall’utilizzo di tali strumenti possano derivare sull’accertamento della responsabilità amministrativa dell’ente dipendente da reato.

In primo luogo, sebbene la programmazione del *software* sia essenziale, alla luce della distinzione già affrontata tra *AI* dotate di *machine learning* ed *AI* che ne sono sprovviste, è certo che la funzione innovativa di questi sistemi è quella di individuare tempestivamente le carenze organizzative dell’ente, sulla base dei rischi rilevati, al fine di dotare la persona giuridica di strumenti prevenzionistici attuali ed efficaci<sup>47</sup>.

È, infatti, un dato ormai pacifico che l’intelligenza artificiale sia un validissimo strumento da integrare nella *compliance*, sia per ridurre al minimo l’alea d’impresa e consigliare al meglio gli amministratori nella gestione dell’impresa, sia quale strumento utilizzato dagli organi preposti alla vigilanza per consentire un intervento immediato.

Ma potrà essere utilizzata quale strumento per predisporre e migliorare la *compliance*? E, soprattutto, quali risvolti potrebbero conseguire in tema di colpevolezza dell’ente in caso di inidoneità di un modello predisposto dall’intelligenza artificiale?

Richiamando quanto detto nel primo paragrafo, i *software* di intelligenza artificiale avrebbero la possibilità di apprendere strategie efficaci, già adottate da altre macchine in situazioni analoghe, tramite un *cloud* comune, modificandole ed adattandole al caso concreto senza la necessità di un nuovo intervento del programmatore grazie al cd. *black box algorithms*<sup>48</sup>.

Ad ogni modo, il pericolo insito nell’utilizzo dei *software* di valutazione del rischio, che si fondano esclusivamente sulla programmazione prestabilita dal creatore, è quello che il sistema risponda predisponendo misure analoghe in contesti societari simili ma non identici, lasciando, dunque, delle aree vulnerabili ai rischi di commissione di reati.

Viceversa, l’imprevedibilità dell’auto-apprendimento, cd. *machine learning*, impedirebbe all’ente di governare e, dunque, indirizzare il *software* su determinati aspetti specifici quali, ad esempio, il bilanciamento tra procedure di prevenzione e maggior produttività del complesso aziendale.

Potrà, dunque, essere idoneo ed attuale quel modello “matematico”<sup>49</sup> apprestato da un *software* programmato con dati iniziali e capace di auto-

<sup>46</sup> A. NISCO, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, cit., 5 ss.

<sup>47</sup> A. NISCO, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, cit., 5

<sup>48</sup> A.F. TRIPOLI, *Uomo, Societas, Machina*, in *La legislazione penale*, 2023, 11. L’A., per un approfondimento sul tema, cita P. NORVIG, *Macchine che apprendono*, in D. HEAVEN (a cura di), *Macchine che pensano. La nuova era dell’intelligenza artificiale*, Bari, 2018, 31 ss.; S. BECK, *Intelligence agents and criminal law - Negligence diffusion of liability and electronic personhood*, in *Robotics and Autonomous Systems*, 2016, 138 ss.

<sup>49</sup> R. TREZZA, *L’Intelligenza Artificiale come ausilio alla standardizzazione del modello 231: vantaggi “possibili” e rischi “celati”*, cit., 3 e 4.

apprendere nuove informazioni e strategie per consentire un costante adattamento del modello stesso?

A prima vista, sembra che l'adozione di un modello con tali modalità sia la soluzione migliore, posto che il calcolo statistico-matematico in cui si sostanzia gran parte del modello nonché le procedure per impedire o ridurre la possibilità di commettere reati sono parte integrante della struttura ingegneristica dell'intelligenza artificiale.

Sulla scorta di ciò, il Legislatore potrebbe, ben presto, predisporre una regolamentazione che imponga l'adozione del modello mediante *software* di intelligenza artificiale, proprio per garantire la miglior efficacia preventiva<sup>50</sup>.

Tale ultima considerazione porta ad interrogarsi sulle conseguenze che possano discendere, in caso di commissione di un reato presupposto, dalla dotazione di un modello 231 creato dall'intelligenza artificiale e adottato dalla società.

## 5. Risvolti sulla responsabilità dell'ente per colpa organizzativa.

Per rispondere a tale ultimo quesito, occorre comprendere se l'accertamento della colpa d'organizzazione, comprovata dall'inidoneità del modello, presupponga una valutazione in termini di esigibilità di una condotta diversa.

L'assunto per cui il Giudice deve idealmente porsi al momento in cui il reato è stato commesso e sostituire il modello vigente con quello virtuoso deve, infatti, tenere sempre in debita considerazione lo stato di conoscenze tecniche e scientifiche al momento in cui è stata attuata la condotta.

Tale giudizio controfattuale, non può essere influenzato dalla conoscenza delle conseguenze della condotta posta in essere, rilevate *ex post*; pertanto, in caso di modello organizzativo redatto tramite un sistema di intelligenza artificiale, bisognerà comprendere se la società che lo ha programmato rivesta una posizione di garanzia sulla corretta gestione del *software*.

A tal fine, assumerà fondamentale rilievo il contratto di cessione del *software*.

Se tale rapporto giuridico esclude qualsivoglia ingerenza da parte del venditore, ricadrà sull'ente che lo ha acquistato il dovere di riprogrammarlo all'occorrenza o, comunque, curarne gli aggiornamenti e vigilare sullo stesso.

Diversamente, se il dominio sullo strumento *AI* rimanesse in capo al venditore, ne deriverebbe il problema di individuare una responsabilità "penale" in capo all'ente per il reato presupposto commesso da un proprio dipendente.

---

<sup>50</sup> A. Nisco, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, cit., 10. L'A afferma che «la pretesa di esattezza e di maggiore effettività, avanzata da queste tecnologie, è destinata a incidere sul formarsi di *best practices* e, dunque, sulla standardizzazione dei sistemi di compliance, quantomeno in alcuni settori. Il che potrebbe finire, progressivamente, col condizionare il giudizio di idoneità dei modelli organizzativi, che non adottano misure tecnologiche (ritenute non eludibili), o adottano sistemi (considerati) poco performanti».

Infatti, la società che abbia adottato il modello *AI* avrebbe fatto quanto più sia ad essa esigibile, in base alle conoscenze tecniche e scientifiche del momento, proprio al fine avere un'organizzazione efficace in ottica di prevenzione dei reati.

Potrebbe essere obiettato che l'acquisizione di un siffatto *software* consentirebbe di affermare che questo rientri a pieno titolo nella *compliance* della società e, di conseguenza, sarebbe pur sempre ravvisabile una colpa d'organizzazione, ad esempio, per non aver predisposto un *team* specializzato nell'utilizzo e nella programmazione dei sistemi di intelligenza artificiale.

Tuttavia, in considerazione delle capacità di auto-apprendimento della macchina, gli specialisti potrebbero risultare indispensabili soltanto in ipotesi eccezionali.

Pertanto, permarrrebbe la problematica di esigibilità, posto che l'ente si è affidato ad una macchina in grado di processare, con maggior precisione e continuità rispetto all'uomo, una quantità di dati infinita.

Apparirebbe, dunque, come una forzatura l'attribuzione alla società che si è dotata di tale *software* di una responsabilità da colpa organizzativa per non aver predisposto un modello organizzativo idoneo a prevenire il reato commesso.

Entrando nella logica del D.Lgs. 231/2001, la strategia che potrebbe essere adottata dal futuro Legislatore, per superare tali questioni dogmatiche, potrebbe essere quella di prevedere una speciale esenzione della responsabilità per tutti quegli enti che adottino il modello organizzativo elaborato da un *software* dotato di intelligenza artificiale, programmato appositamente per la società stessa.

Non può sottacersi però, come affermato da alcuni autori<sup>51</sup>, che vi sarebbe il rischio di identificare uno *standard* di "organizzazione modello" definita aprioristicamente da una macchina, tramite algoritmi che si autodeterminano in base ad avvenimenti del passato.

Ulteriore pericolo è quello del cd. *automation bias*, ossia il convincimento dell'intelligenza artificiale che la sua soluzione sia l'unica corretta; convinzione che, in un settore legato al diritto penale ed alla sua interpretazione, risulta inappropriata.

In conclusione, nell'attesa di una puntuale disciplina di settore e (forse) di un ripensamento della struttura della colpa d'organizzazione, riemerge con preponderanza il rilievo dell'accettazione sociale di tale peculiare forma di innovazione tecnologica e, soprattutto, dalla relativa delimitazione dell'area del rischio consentito<sup>52</sup> che influenzeranno sicuramente il Legislatore nelle future scelte di politica legislativa in questa, già complessa, materia.

<sup>51</sup> A. NISCO, *Riflessi della compliance digitale in ambito 231*, cit., 11.

<sup>52</sup> L. D'AMICO, *Intelligenza artificiale e veicoli a guida autonoma*, cit., 601 ss.; A. CAPPELLINI, *Profili penalistici delle self-driving cars*, cit., 329.



# TUTELA DEL SEGRETO, SICUREZZA NAZIONALE E PROCEDIMENTO PENALE

Federico Niccolò Ricotta\*

**Sommario:** **1.** Introduzione. – **2.** La tutela delle informazioni: sicurezza nazionale, segreto di Stato e informazioni classificate. – **3.** La divulgazione controllata delle informazioni nel procedimento penale ai sensi della l. n. 124 del 2007. – **4.** Le conseguenze sulla violazione del segreto.

## ABSTRACT

Il contributo propone una disamina dell'organizzazione nazionale per la tutela delle informazioni "sensibili", esplorando in particolare i meccanismi di divulgazione e tutela delle stesse nel procedimento penale, nonché le conseguenze di una eventuale violazione.

*This essay examines the national framework for protecting "sensitive" information, with a particular focus on the mechanisms for its disclosure and safeguarding in criminal proceedings, as well as the potential consequences of any breach.*

## 1. Introduzione.

L'art. 42 della legge 3 agosto 2007 n. 124 regola le modalità con le quali i documenti sensibili per la sicurezza della Repubblica devono essere gestiti nel corso delle indagini preliminari e del dibattimento. In questo caso, alle cautele ordinarie, funzionali a tutelare la segretezza delle indagini preliminari, si aggiungono quelle speciali necessarie a proteggere le informazioni sensibili e, con esse, gli interessi di sicurezza della Repubblica.

La riservatezza delle informazioni sensibili, dunque, riceve una protezione particolare che, come si vedrà, è destinata a resistere negli ulteriori sviluppi del processo ed è presidiata da specifiche fattispecie penali volte a punirne l'ingiustificata divulgazione.

---

\* Assegnista di ricerca nell'Istituto di informatica giuridica e sistemi giudiziari del CNR - Progetto SEcurity and Rights In the CyberSpace.

## 2. La tutela delle informazioni: sicurezza nazionale, segreto di Stato e informazioni classificate.

Si definisce “sensibile” un’informazione quando la sua divulgazione può compromettere la sicurezza nazionale.

La sicurezza nazionale, sul piano pubblicistico<sup>1</sup>, è la formula in uso nell’epoca contemporanea per compendiare il complesso di valori ed interessi supremi ed indispensabili per la sopravvivenza dello Stato quale comunità di istituzioni e di cittadini, nonché di tutti i necessari strumenti di tutela volti al mantenimento delle condizioni essenziali per tenere la Repubblica unita, proteggerne lo sviluppo e la sovranità<sup>2</sup>. Tra quest’ultimi strumenti spicca, ra-

---

<sup>1</sup> Per i riferimenti fondamentali v. T. F. GIUPPONI, voce *Sicurezza e potere*, in *Enc. dir.*, I tematici, vol. V - *Potere e Costituzione*, Milano, 2023, 1149 ss.; R. URSI, *La sicurezza pubblica*, Il Mulino, 2022; C. MOSCA, *La sicurezza. Valori, modelli e prassi istituzionali*, Napoli, 2021; ID., *La sicurezza come diritto di liberà. Teoria generale delle politiche della sicurezza*, Padova, 2012; T.F. GIUPPONI, *Le dimensioni costituzionali della sicurezza*, Bonomo, 2010; S. LABRIOLA, *Le informazioni per la sicurezza dello Stato*, Milano, 1978.

<sup>2</sup> C. cost., sentenza 23 febbraio 2012, n. 40, v. A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato: una coesistenza problematica*, in *Giur. cost.*, 2015, 1727. La sicurezza nazionale è dunque il discendente di quella che un tempo veniva chiamata sicurezza dello Stato. Concetto, quest’ultimo, che la Corte costituzionale, nella sent. n. 86 del 1977, definì in termini di «sicurezza esterna ed interna dello Stato, della necessità di protezione da ogni azione violenta o comunque non conforme allo spirito democratico che ispira il nostro assetto costituzionale dei supremi interessi che valgono per qualsiasi collettività organizzata a Stato e che [...] possono coinvolgere la esistenza stessa dello Stato». Questo nucleo originario, tradizionalmente legato alla difesa dello Stato democratico e delle sue Istituzioni (così definiva gli scopi delle politiche di sicurezza del Presidente del Consiglio l’art. 1 della Legge 24 ottobre 1977, n. 801 v. LABRIOLA, *Il Governo e alcune sue funzioni*, vol. II, Padova, 1986, 168 s.; v. anche S. LABRIOLA, *Le informazioni per la sicurezza*, cit., 24 ss.) oggi si è esteso sino a ricomprendere nuove aree di intervento, quali l’economia, l’industria, l’energia o la tecnologia, segnando il passaggio dalla dimensione di una sicurezza “politica” circoscritta allo Stato-apparato (dove è lo Stato stesso ad essere il monopolista dei beni giuridici da proteggere Cfr. C. VALENTINI, *Sicurezza della Repubblica e democrazia costituzionale. Teoria generale e strategia di sicurezza nazionale*, Napoli, 2017, 35 s.) ad una sicurezza che abbraccia lo Stato-comunità e tutte le sue plurime, trasversali, espressioni, per l’appunto in campo sociale, industriale, economico e scientifico (Cfr. G. DE GENNARO, *Intelligence, imprese private e nuove tecnologie digitali*, in AA.VV., *I primi 20 anni: riflessioni sulla frontiera della conoscenza. Phronesis. Ventennale d’intelligence*, vol. III., Eurilink University Press, 2018, 85). A riprova di tale ampliamento, oltre alle funzioni istituzionali dei Servizi di informazione e sicurezza (v. *infra* in questa nota) la disciplina dei Poteri speciali esercitabili dal Governo nei settori della difesa e della sicurezza nazionale, nonché in alcuni ambiti ritenuti di rilevanza strategica nei settori dell’energia, dei trasporti, delle comunicazioni, il cd. *Golden power*, di cui alla l. n. 56 dell’11 maggio 2012, di conversione con modificazioni del d.l. n. 21/2021, e successivi interventi normativi che lo hanno esteso alla sicurezza cibernetica. V., senza pretesa di esaustività v. A. SANDULLI, *La febbre del golden power*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 3, 2022, p. 743 ss. nonché L. LOCCI, *Controllo degli investimenti diretti e libertà europee nel caso Vig/Aegon*, in *Riv. trim. dir. econ.*, n. 1, 2024, 1 ss. e A. SACCO GINEVRI, *Golden powers e funzionamento delle imprese strategiche*, in G. NAPOLITANO (a cura di), *Foreign Direct Investment screening - Il controllo sugli investimenti esteri diretti*, Bologna, 2019, 153 ss.

Ad oggi, i principali riferimenti normativi che servono per costruire lo statuto della sicurezza nazionale sono, oltre all’artt. 126 Cost., gli artt. 6 e 7 della l. n. 124 del 2007, che stabiliscono le funzioni

*tione materiae*, il Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, deputato, in particolare, alla tutela della sicurezza nazionale e alla gestione delle informazioni sensibili generate nell'attività della P.A. e dei privati che operano nei settori di rilevanza strategica<sup>3</sup>.

Infatti, la tutela delle informazioni è oggi governata dalla legge n. 124 del 2007, di riforma del sistema nazionale di *intelligence* e della disciplina del segreto di Stato, e dalla sua normativa di attuazione<sup>4</sup>, che appronta un complesso sistema di regole e apparati volti a tutelare le informazioni ed evitare che ingiustificate divulgazioni possano porre a rischio la sicurezza nazionale<sup>5</sup>.

Il principio ordinatore della segretezza<sup>6</sup> è il seguente: la libera circolazione di talune informazioni può arrecare danni alla sicurezza nazionale tali per cui,

---

delle due agenzie di informazione e sicurezza AISI e AISE per la tutela "dell'indipendenza, dell'integrità e della sicurezza della Repubblica, anche in attuazione di accordi internazionali, dalle minacce provenienti dall'estero" (art. 6 per l'AISE) e per la difesa della "sicurezza interna della Repubblica e le istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento da ogni minaccia, da ogni attività eversiva e da ogni forma di aggressione criminale o terroristica" (art. 7 per l' AISI) e di protezione "degli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell'Italia" (artt. 6 e 7) e, da ultimo, all'art. 1 del DPCM 20 luglio 2020, n. 131, che ne qualifica il pregiudizio in termini di "danno o pericolo di danno all'indipendenza, all'integrità o alla sicurezza della Repubblica e delle istituzioni democratiche poste dalla Costituzione a suo fondamento, ovvero agli interessi politici, militari, economici, scientifici e industriali dell'Italia". Al riguardo, volendo, si rinvia a F.N. RICOTTA, *Il Segreto di Stato*, in G. COLAIACOVO (a cura di), *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, Pisa, 2023, 181 ss.

<sup>3</sup> V. in generale sul SISR G. CAIA, voce *Servizi di Informazione*, in *Enc. dir., I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1037 ss.; G. CAIA, P.F. BRESCIANI, *Le istituzioni della sicurezza in Italia*, in A. PANEBIANCO (a cura di), *Democrazia e sicurezza. Società occidentali e violenza collettiva*, Bologna, 2021; A. MONTAGNESE, C. NERI, *L'evoluzione della sicurezza nazionale in Italia*, in *sicurezzanazionale.gov*, 2016, 5 ss., disponibile su [www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2016/02/evoluzione-sicurezza-nazionale-MontagneseNeri.pdf](http://www.sicurezzanazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2016/02/evoluzione-sicurezza-nazionale-MontagneseNeri.pdf) e C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato (Legge 3 agosto 2007, n. 124)*, cit.; v. anche F. N. RICOTTA, *A proposito della partecipazione degli appartenenti al Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica all'attività investigativa della polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, n. 10, 2023, 3444 ss.; sul previgente sistema v. A. MASSERA, C. MOSCA, *I servizi di informazione*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto Amministrativo speciale*, vol. I, Milano, 2000, 523 ss.

<sup>4</sup> La l. n. 124 del 2007 è stata poi attuata attraverso numerosi decreti presidenziali quali il DPCM 6 novembre 2015 come integrato dal DPCM 2 ottobre 2017, n. 3; la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 14 febbraio 2012; il DPCM 22 luglio 2011, n. 4; il DPCM 12 giugno 2009 ed il DPCM e, in materia di declassifica, la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri 2 agosto 2021e la Direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri del 22 aprile 2014.

<sup>5</sup> V. per tutti S. MELE, *Sicurezza nazionale e tutela delle informazioni classificate*, in G. COLAIACOVO (a cura di), *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, cit., 233 ss. e S. GAMBACURTA, *I controlli, il segreto di Stato e le classifiche di segretezza*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit., 729 ss.

<sup>6</sup> Il segreto è un istituto che ha carattere strumentale perché funzionale alla tutela di interessi ulteriori. Il segreto, infatti, non si giustifica in quanto tale ma sempre in relazione a ciò che deve proteggere. V. sui fondamenti, AA.VV., *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Atti del convegno nazionale. Roma 26-28 ottobre 1981, Padova, 1983 ed in particolare V. GREVI, *Segreto di Stato e processo penale*, *ivi*, 225 ss.; P. NUVOLONE, *Il segreto istruttorio*, *ivi*, 527 ss. e U. SCARPELLI, *La democrazia e il segreto*, *ivi*, 623 ss.

a seconda della gravità delle possibili conseguenze, vengono attribuiti corrispondenti livelli di segretezza che implicano il rispetto di limiti e l'adozione di particolari tutele.

Sotto il profilo organizzativo, la sicurezza delle informazioni si basa su un sistema articolato che coinvolge diversi livelli istituzionali, procedure di classificazione e meccanismi di controllo per garantire la protezione dei materiali sensibili.

Il Presidente del Consiglio dei ministri, vertice del sistema di sicurezza nazionale, ha il potere di apporre, prorogare o rimuovere il segreto di Stato (art. 39, legge 3 agosto 2007, n. 124), mentre il Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (DIS) opera come Organo Nazionale di Sicurezza<sup>7</sup> ed è deputato alla complessiva gestione dei flussi informativi sensibili. Nello svolgere tale mandato, il Dipartimento si avvale dell'attività dell'Ufficio Centrale per la Segretezza (UCSe), responsabile, *ex plurimis*, del rilascio e della revoca delle abilitazioni necessarie per accedere alle informazioni classificate (art. 7, DPCM 6 novembre 2015, n. 5).

La protezione delle informazioni classificate avviene attraverso misure fisiche, tecniche e organizzative, tra cui sistemi di controllo degli accessi, sorveglianza, formazione del personale e ispezioni periodiche, affinché tali informazioni sensibili rimangano riservate e al sicuro da eventuali minacce interne o esterne<sup>8</sup>.

La segretazione delle informazioni si fonda su due istituti: il segreto di Stato e le classifiche di sicurezza.

La gestione delle informazioni può dunque essere immaginata come una piramide, nella quale i diversi provvedimenti di secretazione sono assunti in base potenziale danno che la diffusione non autorizzata potrebbe arrecare alla Repubblica: al suo vertice è collocato il segreto di Stato, il provvedimen-

---

<sup>7</sup> L'organizzazione della sicurezza si articola, a partire dai summenzionati organi centrali, in una capillare organizzazione periferica strutturata in modo da garantire la protezione e il controllo delle informazioni classificate a livello locale, attraverso una rete di uffici e organismi che operano in coordinamento con le autorità centrali v. S. MELE, *op. cit.*, 234 ss. e S. GAMBACURTA, *I controlli, il segreto di Stato e le classifiche di segretezza*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit., 740 ss. A supporto del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (DIS) e dell'Ufficio Centrale per la Segretezza (UCSe), esistono diverse articolazioni territoriali incaricate di applicare le direttive sulla tutela delle informazioni sensibili. Tra queste, l'Organo centrale di sicurezza che funge da raccordo tra i vari enti e garantisce l'applicazione delle misure di protezione previste dalla normativa (art. 8, DPCM 6 novembre 2015, n. 5) e, a livello più decentrato, gli Organi periferici di sicurezza, tra cui le Segreterie di sicurezza e i Punti di Controllo, che assicurano l'attuazione pratica delle misure di sicurezza presso le singole strutture, verificando che il trattamento dei dati classificati avvenga secondo le regole stabilite (art. 10, DPCM 6 novembre 2015, n. 5). Il sistema periferico opera in stretta connessione con le autorità centrali, garantendo un presidio capillare della sicurezza nazionale e assicurando che la protezione delle informazioni riservate sia applicata in maniera uniforme su tutto il territorio (art. 24, DPCM 6 novembre 2015, n. 5) S. MELE, *op. cit.*, 239 ss.

<sup>8</sup> Così diffusamente nel DPCM 6 novembre 2015, n. 5.



to in assoluto più limitativo della circolazione, apponibile esclusivamente dal Presidente del Consiglio dei ministri con un atto che ha natura politica.

La classificazione delle informazioni è suddivisa invece in quattro livelli di segretezza - Segretissimo, Segreto, Riservatissimo e Riservato - la cui apposizione avviene con un provvedimento di natura amministrativa (art. 42, legge 3 agosto 2007, n. 124; art. 4, DPCM 12 giugno 2009, n. 7)<sup>9</sup>.

Sul piano processuale, la principale differenza tra i due istituti risiede nel diverso regime di circolazione delle informazioni: quelle coperte da segreto di Stato non possono mai essere utilizzate nei procedimenti giudiziari; le informazioni classificate sì, ma con la rigorosa osservanza delle disposizioni di legge.

Il grado di pregiudizio legato all'apposizione del segreto si basa sulla potenziale gravità del danno che la diffusione non autorizzata delle informazioni potrebbe arrecare alla sicurezza nazionale.

Il segreto di Stato viene applicato a informazioni, documenti, atti, attività o luoghi la cui conoscenza non autorizzata potrebbe compromettere gravemente l'integrità della Repubblica, la difesa delle istituzioni democratiche, l'indipendenza dello Stato o le sue relazioni internazionali (art. 39 l. n. 124 del 2007).

La classifica SEGRETISSIMO si applica a informazioni la cui diffusione potrebbe arrecare un danno eccezionalmente grave agli interessi essenziali della Repubblica, come la sicurezza militare, le operazioni strategiche o le infrastrutture critiche.

La classifica SEGRETO riguarda informazioni la cui divulgazione sarebbe idonea a causare un danno grave alla sicurezza nazionale, come piani di difesa o dati sensibili sui servizi di *intelligence*.

La classifica RISERVATISSIMO è attribuita a informazioni la cui diffusione potrebbe arrecare un danno significativo, compromettendo la sicurezza operativa di determinati apparati dello Stato.

---

<sup>9</sup> Il potere di classifica delle informazioni riservate non è concentrato esclusivamente in un'unica autorità centrale, ma è diffuso tra diverse pubbliche amministrazioni e operatori economici qualificati, seguendo un modello gerarchico e funzionale. Sebbene il Presidente del Consiglio dei ministri mantenga la prerogativa di apporre, prorogare o revocare il segreto di Stato (art. 39, legge 3 agosto 2007, n. 124) e di esercitare la tutela amministrativa delle informazioni classificate (DPCM 6 novembre 2015, n. 5), la competenza per attribuire un livello di classifica di segretezza spetta a numerosi soggetti istituzionali e privati che operano all'interno del sistema di sicurezza nazionale (art. 42, legge 3 agosto 2007, n. 124). Le Pubbliche Autorità responsabili di settori strategici, come difesa, interni, esteri, cooperazione internazionale, energia e *intelligence*, possono classificare documenti, atti e attività secondo i quattro livelli di segretezza previsti dalla normativa, garantendo così la protezione delle informazioni più sensibili (diffusamente il DPCM 12 giugno 2009, n. 7 e S. MELE, *op. cit.*, 237 ss.). Parallelamente, gli operatori economici che rientrano nell'Organizzazione Nazionale di Sicurezza e che dispongono di un'abilitazione di sicurezza industriale hanno la facoltà di classificare informazioni relative a progetti, tecnologie e infrastrutture di rilievo nazionale, limitandone l'accesso ai soli soggetti autorizzati (S. MELE, *op. cit.*, 235 ss. e 280 e ss.). Questo modello di potere diffuso consente di gestire in maniera decentrata e dinamica la tutela delle informazioni classificate per assicurare che ogni settore strategico possa applicare autonomamente i livelli di segretezza più appropriati in base alle esigenze operative e al rischio concreto di compromissione.

Infine, la classifica RISERVATO si applica a informazioni che, se divulgate, potrebbero causare un danno lieve, come documenti interni di rilevanza limitata per la sicurezza nazionale.

L'ordinamento si fa quindi carico di disciplinare anche presupposti e procedure di accesso alle informazioni. E così per accedere e trattare le informazioni classificate con livello di segretezza Segretissimo, Segreto e Riservatissimo è necessario il Nulla Osta di Sicurezza (NOS), mentre l'accesso alle informazioni classificate come Riservato non è subordinato invece ad alcuna abilitazione di sicurezza, a condizione che sia limitato ai soggetti che abbiano una comprovata necessità di conoscerle per lo svolgimento del proprio incarico, funzione o attività (artt. 3 e 23, DPCM 6 novembre 2015, n. 5)<sup>10</sup>.

La trattazione e la circolazione delle informazioni classificate sono governate da principi fondamentali volti a garantire la sicurezza, la riservatezza e la corretta gestione di dati sensibili, nel rispetto degli interessi nazionali.

Cardine del sistema è quello della necessità di conoscere (cd. *need to know*), secondo cui l'accesso alle informazioni classificate è consentito esclusivamente ai soggetti che, in ragione del loro incarico o delle loro funzioni, abbiano una reale necessità operativa di conoscerle (art. 23, DPCM 6 novembre 2015, n. 5)<sup>11</sup>.

Seguono quelli di proporzionalità<sup>12</sup>, di integrità e protezione<sup>13</sup>, di responsabilità<sup>14</sup> e, infine, di tracciabilità e controllo<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> A ciascun livello di classificazione corrisponde un distinto livello di NOS, richiesto per consentire l'accesso alle informazioni di quel grado di segretezza. Il rilascio del NOS avviene a seguito di un procedimento di verifica approfondito, volto a escludere soggetti che non diano sicuro affidamento in termini di fedeltà alle istituzioni della Repubblica e di rispetto delle norme sulla protezione delle informazioni riservate (art. 9, legge 3 agosto 2007, n. 124) v. S. MELE, *op. cit.*, 248 - 249 e S. GAMBACURTA, *I controlli, il segreto di Stato e le classifiche di segretezza*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit., 754 ss.

<sup>11</sup> Questo principio limita la diffusione delle informazioni, evitando che soggetti non autorizzati possano accedervi senza un comprovato motivo v. S. MELE, *op. cit.*, p. 248.

<sup>12</sup> Che impone di applicare il livello di segretezza più adeguato alla reale sensibilità dell'informazione, evitando classificazioni eccessive o non giustificate (art. 42, legge 3 agosto 2007, n. 124; S. MELE, *op. cit.*, 236 e S. GAMBACURTA, *I controlli, il segreto di Stato e le classifiche di segretezza*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit., 751 ss.). Le informazioni devono essere protette in base al potenziale pregiudizio che la loro divulgazione potrebbe arrecare alla sicurezza nazionale, garantendo un equilibrio tra la tutela della riservatezza e la necessità operativa di condividerle con chi ne ha diritto.

<sup>13</sup> Secondo cui le informazioni classificate devono essere conservate, trasmesse e trattate con misure adeguate a impedirne la manipolazione, la sottrazione o la distruzione (art. 39, legge 3 agosto 2007, n. 124; S. MELE, *op. cit.*, 235). Ciò comporta l'adozione di strumenti di sicurezza fisica e informatica, incluse modalità di archiviazione protetta, sistemi di cifratura e procedure di accesso rigidamente controllate.

<sup>14</sup> Tale principio stabilisce che ogni soggetto autorizzato al trattamento delle informazioni classificate è direttamente responsabile del rispetto delle misure di sicurezza e della corretta gestione dei dati (art. 9, legge 3 agosto 2007, n. 124; S. MELE, *op. cit.*, 249). L'inosservanza di tali obblighi può comportare sanzioni disciplinari, la revoca delle abilitazioni di sicurezza o, nei casi più gravi, conseguenze penali v. *infra* § 4.

<sup>15</sup> Esso prevede che la circolazione delle informazioni classificate sia sempre monitorata e do-

### 3. La divulgazione controllata delle informazioni nel procedimento penale ai sensi della l. n. 124 del 2007.

È chiaro che, anche alla luce della convergenza delle funzioni di pubblica sicurezza e di polizia giudiziaria nella repressione, ma soprattutto prevenzione, del crimine, materiale classificato (*i.e.* proveniente dai Servizi di informazione e sicurezza o dal Ministero dell'Interno, come in materia di polizia di prevenzione, terrorismo, immigrazione) possa arrivare negli incartamenti relativi a procedimenti penali in corso, nel fascicolo del pubblico ministero e, talvolta, in quello per il dibattimento<sup>16</sup>.

Si anticipava che tale circolazione è consentita per il solo materiale classificato e non per gli atti coperti da segreto di Stato: per quest'ultimi vige una preclusione totale e insuperabile, tale da imporre al giudice penale una pronuncia di "non doversi procedere per l'esistenza del segreto di Stato" tutte le volte in cui la conoscenza di quanto coperto dal segreto di Stato sia essenziale ai fini della definizione del processo (art. 202, comma 3, c.p.p.).

Una volta apposto il segreto di Stato, infatti, le circostanze di fatto sono rese sconoscibili da quest'ultimo tale per cui gli elementi di prova non possono fare ingresso nel procedimento, sia nel corso delle indagini preliminari sia in sede di dibattimento.

Questa regola generale si applica indipendentemente dal mezzo con cui le informazioni vengono acquisite: che si tratti di testimonianze, documenti o intercettazioni, l'apposizione o la successiva conferma del segreto di Stato ne determina l'inutilizzabilità e di conseguenza l'esclusione automatica dai fascicoli processuali<sup>17</sup>.

---

cumentata, attraverso registri, protocolli e procedure di verifica che permettano di identificare chi ha avuto accesso ai dati e per quale motivo (artt. 7 e 37, DPCM 6 novembre 2015, n. 5; S. MELE, *op. cit.*, 251). Questa regola consente di prevenire fughe di informazioni e di intervenire tempestivamente in caso di violazioni della sicurezza.

<sup>16</sup> Sul complesso tema della circolazione delle informazioni raccolte al di fuori della sfera di dominio del p.m., ed in particolare quelle di *intelligence* o di prevenzione si rinvia, *in primis*, a D. CURTOTTI, *Investigazioni preventive e rito penale: regole, limiti e criticità*, in G. COLAIACOVO (a cura di), *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, cit., 508 ss. e anche M.L. DI BITONTO, *Raccolta di informazioni e attività di intelligence*, in R.E. KOSTORIS, R. ORLANDI (a cura di), *Contrasto al terrorismo interno ed internazionale*, Torino, 2006, 259 ss. Sul punto, anche W. NOCERINO, *L'attività di investigazione preventiva tra potenzialità e rischi*, *ivi*, 533 ss. e, volendo, F.N. RICOTTA, *L'errore "istituzionale": la circolazione delle informazioni tra pubblico ministero, polizia giudiziaria e Servizi di informazione per la sicurezza*, in W. NOCERINO (a cura di), *L'errore giudiziario*, 2025, in corso di pubblicazione.

<sup>17</sup> Così gli artt. 202, comma 5, c.p.p. e 41, legge n. 124/2007 v. F.N. RICOTTA, *Il Segreto di Stato nel processo penale*, in G. COLAIACOVO (a cura di), *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, cit., 657 ss. Se il pubblico ministero o la polizia giudiziaria si imbattono incidentalmente in un'informazione coperta da segreto di Stato, come nel caso di una perquisizione o intercettazione, l'Autorità Giudiziaria è obbligata a sospendere ogni attività volta alla sua acquisizione e a rivolgersi al Presidente del Consiglio dei ministri per verificare se il segreto sia confermato (art. 256-ter c.p.p.; *ivi*, p. 658). Fino a quando il Presidente del Consiglio non si pronuncia, nessun elemento probatorio

Nella pratica investigativa, l'autorità giudiziaria può ricevere informazioni dai Servizi di informazione e sicurezza per il tramite del DIS, che è responsabile della gestione e del coordinamento del flusso informativo proveniente dal SISR, garantendo che le informazioni rilevanti per le indagini giudiziarie siano trasmesse nel rispetto delle normative vigenti e della tutela del segreto di Stato<sup>18</sup>.

può essere utilizzato. Se il segreto viene confermato, il materiale probatorio diventa definitivamente inutilizzabile e non può essere posto a fondamento di provvedimenti giurisdizionali, né dal Giudice né dal Pubblico Ministero. L'inutilizzabilità opera anche in modo retroattivo, annullando persino gli atti già acquisiti al fascicolo processuale. Questo significa che anche se il documento o la testimonianza erano stati raccolti prima dell'apposizione formale del segreto, essi non potranno essere utilizzati nel procedimento penale (ivi, 659; v. Corte Cost., sentt. 16 dicembre 1998, n. 410; 10 aprile 1998, n. 110; 10 novembre 2000, n. 487). Per i riferimenti alla disciplina del segreto di Stato nel processo penale v. in particolare C. BONZANO, *Il segreto di Stato nel processo penale*, Padova, 2010; v. anche G. SALVI, *Intelligence e potere*, in *Potere e Costituzione*, cit., 248 ss.; R. BIFULCO, *Segreto e potere politico*, ivi, 1096 ss.; T. F. GIUPPONI, voce *Sicurezza e potere*, ivi, 1149 ss.; A. MONTAGNESE, C. NERI, *op. cit.*, 1 ss.; C. BONZANO, voce *Segreto di Stato (Dir. proc. pen.)*, in A. GAITO (a cura di), *Digesto disc. pen.*, Agg. VI, Torino, 2011, 586 ss.; M. LUCIANI, *Il segreto di Stato nell'ordinamento nazionale*, in AA.VV., *Il segreto di Stato. Quaderno di intelligence*, in *Gnosis*, 2011, 11 s., disponibile su <https://www.sicurezza nazionale.gov.it/sisr.nsf/wp-content/uploads/2013/12/Q2-quaderno-intelligence-2.pdf>; G. SPANGHER, *Il segreto di Stato come limite probatorio*, ivi, p. 28 ss.; A. MORRONE, *Il nomos del segreto di Stato*, in G. ILLUMINATI (a cura di), *Nuovi profili del segreto di Stato e dell'attività di intelligence*, Torino, 2010, 12 ss.

<sup>18</sup> Art. 4 l. n. 124 del 2007. Un altro canale di comunicazione è costituito dal Comitato parlamentare per la sicurezza della Repubblica (COPASIR), che ha il compito di vigilare sulle attività dei Servizi e può richiedere informazioni al Governo, incluse quelle di interesse giudiziario. Tuttavia, anche in questo caso, l'eventuale accesso della magistratura a informazioni sensibili deve avvenire nel rispetto del vincolo del segreto di Stato e secondo le procedure previste dalla normativa v. art. 30 legge n. 124 del 2007. Vi è infine la procedura di comunicazione della notizia di reato e degli elementi su cui essa si fonda disciplinato dall'art. 23 l. n. 124 del 2007. L'articolo 23 della legge n. 124/2007 disciplina il dovere di comunicare la notizia di reato da parte del personale appartenente al Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica. La norma prevede che quando il personale viene a conoscenza di fatti costituenti reato nell'ambito delle proprie funzioni, questi debbano essere segnalati ai direttori delle rispettive agenzie, come l'AISE e l'AISI, o al direttore generale del Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (DIS). Successivamente, i direttori sono tenuti a trasmettere la notizia di reato alla polizia giudiziaria, che provvede poi a informare l'ufficio di procura competente. Tuttavia, in ragione della delicatezza delle informazioni trattate dai servizi di *intelligence*, la comunicazione della notizia di reato può essere ritardata qualora ciò sia strettamente necessario per le finalità istituzionali del Sistema di informazione per la sicurezza. Questo ritardo deve essere autorizzato dal Presidente del Consiglio dei ministri, il quale detiene la responsabilità della sicurezza nazionale e può valutare se la trasmissione immediata dell'informazione possa compromettere attività strategiche V. F.N. RICOTTA, *Agenzia per la cybersicurezza nazionale, sicurezza della Repubblica e investigazioni dell'Autorità Giudiziaria*, in *Diritto penale contemporaneo - Rivista trimestrale*, n. 1, 2023, 1041; V.G. CAIA, voce *Servizi di informazione*, cit., 1037 ss. e S. GAMBACURTA, *I rapporti con altri soggetti*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato (Legge 3 agosto 2007, n. 124)*, cit., 287 ss. Specularmente, anche il Presidente del Consiglio dei ministri ha la facoltà di richiedere all'autorità giudiziaria copie di atti e informazioni relative a procedimenti penali, ritenute indispensabili per le attività del Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica, anche in deroga al segreto investigativo (ex art. 329 c.p.p.) come da disciplina dell'Art. 14 l. n.

Salva la possibilità di trasmettere *motu proprio* informazioni all'Autorità Giudiziaria, alla stregua dell'art. 42 comma 8 l. n. 124 del 2007, l'iniziativa spetta anche alla magistratura, legittimata a ordinare l'esibizione di documenti classificati per i quali non sia opposto il segreto di Stato. In tal caso gli atti sono consegnati all'autorità giudiziaria richiedente, che ne cura la conservazione con modalità che ne tutelino la riservatezza, garantendo il diritto delle parti nel procedimento a prenderne visione senza estrarne copia.

Le particolari garanzie stabilite dalla l. n. 124 del 2007 a tutela della funzione di informazione per la sicurezza, quindi, precludono a pubblico ministero e giudice di procedere, come ordinariamente accade, direttamente all'acquisizione di notizie e documenti presso le sedi dell'*intelligence*, poiché le informazioni lì conservate sono protette un regime normativo speciale che impedisce agli organi giudiziari di esercitare 'poteri' nei confronti di questi apparati.

Questa limitazione è sancita in particolare dagli art. 256-*bis* e 256-*ter* c.p.p., i quali stabiliscono che nessun atto di indagine, sequestro, perquisizione o acquisizione forzata di documenti può essere disposto dall'Autorità Giudiziaria nei confronti di AISE, AISI e del DIS, salvo il caso in cui il Presidente del Consiglio ne autorizzi espressamente l'accesso<sup>19</sup>. Ne consegue che il magistrato non può svolgere direttamente alcun atto d'indagine presso le sedi dell'*intelligence*, anche nel caso in cui gli elementi probatori da acquisire siano indispensabili per il prosieguo del procedimento penale in corso<sup>20</sup>.

---

124 del 2007, che ha introdotto l'art. 118-*bis* c.p.p. L'Autorità Giudiziaria ha tuttavia la facoltà di accogliere o respingere la richiesta, valutando se la divulgazione delle informazioni possa compromettere il regolare svolgimento del processo o violare il segreto investigativo (665; v. anche R. ORLANDI, *Segreto di Stato e limiti alla sua opponibilità, fra vecchia e nuova normativa*, in *Giur. cost.*, 2010, 5224 ss.).

<sup>19</sup> Per altro, una volta rilasciata l'autorizzazione, l'acquisizione degli atti presso le sedi dei servizi di informazione e sicurezza segue una speciale procedura controllata, che inizia con la trasmissione di un ordine di esibizione motivato e corredato al fatto per il quale si procede e delle informazioni, anche sommariamente indicate, necessarie a fini di indagine. Una volta ricevuta la richiesta, il Presidente del Consiglio dei ministri decide se le informazioni richieste possano essere fornite, in tutto o in parte, oppure se debbano essere coperte da segreto di Stato. Se il Presidente del Consiglio autorizza l'accesso alle informazioni, l'acquisizione avviene attraverso una procedura controllata, che garantisce la protezione dei dati sensibili. F.N. RICOTTA, *Il segreto di Stato nel processo penale*, in G. COLAIACOVO (a cura di), *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, cit., 660; v. anche P.P. RIVELLO, *sub art. 256 c.p.p.*, in A. GIARDA, G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Wolters Kluwer, 2023, 3373 ss.; P. DELL'ANNO, *Le attività di intelligence*, in A. SCALFATI (a cura di), *Pre-investigazioni (espediti e mezzi)*, Torino, 2020, 220 ss. e G. SCANDONE, *L'acquisizione degli elementi di prova reali*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit., 662 ss.

<sup>20</sup> La giurisprudenza costituzionale ha ribadito che il segreto di Stato, che il Presidente del Consiglio può opporre a fronte di richieste di ostensione informativa, costituisce un limite invalicabile per l'Autorità Giudiziaria, escludendo qualsiasi possibilità di esecuzione coattiva di atti istruttori presso le sedi dei Servizi di sicurezza: Corte Cost., sentenza 3 aprile 2009, n. 106; v. anche F.N. RICOTTA, *Il segreto di Stato nel processo penale*, in G. COLAIACOVO (a cura di), *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, cit., 663; e A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato*, in *Giur. cost.*, 2015,

Qualora un'acquisizione probatoria sia ritenuta necessaria, il magistrato deve inoltrare una dettagliata richiesta al Presidente del Consiglio, che può: autorizzare la trasmissione della documentazione richiesta, se non coperta da segreto di Stato; opporre il segreto di Stato, bloccando definitivamente l'acquisizione; limitare l'accesso solo a determinate informazioni, garantendo comunque la tutela della riservatezza operativa dei Servizi<sup>21</sup>.

Tanto premesso, ove materiale classificato giunga infine in sede penale, esso è trattato secondo la disciplina dell'art. 42, comma 8 della l. n. 124 del 2007, che detta le regole di trattamento delle informazioni classificate, finalizzate a contemperare l'esigenza di assicurare le garanzie dell'equo processo con quella di preservare la sicurezza dello Stato. È infatti da escludere che in sede penale vengano utilizzati, ai fini della decisione finale o di quelle interinali, come per le misure cautelari, elementi di prova la cui esibizione sia preclusa alle difese, al pubblico ministero o al giudice.

Tuttavia, laddove occorra, tali atti devono essere messi a disposizione solo e soltanto ai soggetti legittimati dalle regole di procedura a prenderne visione per ragioni di giustizia, con l'adozione delle cautele volte a garantire che soltanto i menzionati soggetti possano venirne a conoscenza<sup>22</sup>.

---

1721. Pertanto, il magistrato, privo di strumenti coercitivi, può solo sollecitare il Governo a valutare la trasmissione di atti, senza poterli ottenere autonomamente.

<sup>21</sup> Ai sensi dell'art. 41 legge n. 124/2007; 662; v. anche C. BONZANO, *Commento alla l. 3 agosto 2007, n. 124*, in *Dir. pen. proc.*, I, 2008, 24 ss. v. anche *supra* n. 22.

<sup>22</sup> Si può discutere se la circolazione ex art. 42 l. n. 124 del 2007 nei procedimenti giudiziari valga solo per le notizie classificate riservate o anche per quelle con diversa classifica di sicurezza. L'incertezza deriva dal fatto che i soli atti "riservati" non richiedono il nulla osta di sicurezza, mentre tutti gli altri sì. Quindi, laddove si volessero introdurre atti classificati diversamente da riservato, le parti, per poter esercitare pienamente il proprio diritto di difesa, dovrebbero ricevere siffatta abilitazione. La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza amministrativa a proposito dell'onere di motivazione e del dovere di ostendere l'istruttoria di provvedimenti, come quelli resi in materia di immigrazione e condizione dello straniero (i.e. l'espulsione ai sensi dell'art. 13 Testo Unico sull'Immigrazione) e il dovere di non «*compromettere l'attività preventiva o di controllo dell'autorità di pubblica sicurezza*» cit. Tar Lazio, Roma, Sez. I ter, 20 gennaio 2023, n. 1050. V. anche Tar Lazio, Roma, Sez. V bis, 17 gennaio 2025, n. 839; Cons. Stato, sez. III, n. 3281/2019, n. 3121/2029, n. 7904/2019 e n. 3206/2018. Ad ogni buon conto, la classifica impone sempre il rigoroso rispetto delle cautele prescritte per la trattazione delle informazioni. V. anche F. N. RICOTTA, *L'uso processuale di informazioni "segrete": i "Closed Material Proceedings" nel sistema giudiziario del Regno Unito*, in corso di pubblicazione su *PA - Persona e amministrazione*, 2025, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici. Si segnala che il tema circa *discovery* e segretezza dell'istruttoria riguarda anche la disciplina sulle interdittive antimafia v. Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2020, n. 820 e, senza pretesa di esaustività, M.A. SANDULLI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova interdittiva antimafia*, in *Giustizia insieme*, 25 maggio 2023, disponibile su <https://www.giustiziainsieme.it/it/diritto-e-processo-amministrativo/2785-il-contraddittorio-nel-procedimento-della-nuova-interdittiva-antimafia>, anche per i riferimenti giurisprudenziali alla Corte di Giustizia UE sul tema; A.M. COLARUSSO, S. TERRACCIANO, *I confini della tutela avverso l'interdittiva antimafia. Profili di criticità in merito alla legittimazione al ricorso e al contraddittorio procedimentale. Commento a Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2022, n. 3*, in S. TOSCHEI (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato. Commentario alle sentenze dell'Adunanza Plenaria pubblicate nel 2022*, Direkta, 2023; M. COCCONI, *Il contraddittorio nel procedimento della nuova*

In definitiva, l'art. 42 l. n. 124 del 2007 codifica una forma di segreto che prevale e sopravvive anche al segreto investigativo<sup>23</sup> di cui all'art. 329 c.p.p. È noto come la fisiologica scansione del rito prevede il venir meno di tale segreto una volta terminate le indagini oppure, prima di questo momento, quando l'adozione di provvedimenti coercitivi determini la conoscibilità degli atti posti a fondamento della misura.

Viepiù, con l'inizio del dibattimento pubblico, è prevedibile che tutto quanto accada in udienza sia diffuso al di fuori di essa attraverso gli organi di informazione. Tuttavia, in caso di informazioni classificate, tale diffusione deve essere temperata dall'ossequio alle disposizioni dell'art. 42 l. n. 124 del 2007: tale materiale, infatti, non perde le ragioni della propria segretezza, che sono intrinseche all'informazione e dipendono, essenzialmente, da valutazioni di sicurezza formulate dagli organi preposti.

In questo senso, le ragioni che hanno determinato l'apposizione della classifica di segretezza permangono per tutta la durata del processo e, soprattutto, devono prevalere su interessi concorrenti, *i.e.* com'è ad esempio quello di cronaca ex art. 21 Cost., atteso il rango e l'importanza degli interessi prioritari e ultra-individuali che attengono alla sicurezza della Repubblica.

Soluzione, quest'ultima, che è in linea con la vigente normazione e, soprattutto, con la costante giurisprudenza costituzionale in materia di sicurezza e presupposti del segreto di Stato<sup>24</sup> che la l. n. 124 del 2007 ha fatto propria.

#### 4. Le conseguenze della violazione del segreto.

Resta da domandarsi, dunque, se per una tragica fatalità, le informazioni classificate che sono confluite negli incartamenti di un procedimento penale vengano trattate in modo non conforme alle prescrizioni di legge, come, ad esempio, laddove finiscano nelle mani di soggetti non abilitati in quanto estranei al procedimento stesso.

Al riguardo, è prevista innanzitutto una tutela penale, le cui principali disposizioni normative sono contenute nel Codice penale (libro Secondo, Titolo I, Dei delitti contro le personalità dello Stato, Capo I, Dei delitti contro

*interdittiva antimafia*, in *Federalismi*, n. 15, 2022, 45 ss. e M.S. BONOMI, *La motivazione dell'atto amministrativo: dalla disciplina generale alle regole speciali*, Roma, 2020, 217 ss.

<sup>23</sup> Per altro, sarebbe meglio evitare il ricorso al termine "segreto istruttorio". Del resto, la cd. "istruttoria", e con essa le comunicazioni giudiziarie e tutti i limiti dati dal modello inquisitorio, è stata da tempo abolita in favore di una fase di indagine preliminare ispirata (almeno sulla carta) a rigorose regole di segretezza, alla quale fa da contraltare una "istruzione" dibattimentale, teoricamente cuore pulsante dell'intero processo penale, ispirata invece a massimi criteri di pubblicità.

<sup>24</sup> *Ex plurimis* Corte cost., sentenza 13 febbraio 2014, n. 24; Corte cost., sentenza 23 febbraio 2012, n. 40; Corte cost., sentenza 3 aprile 2009, n. 106; Corte cost., ordinanza 24 ottobre 2005, n. 404; Corte cost., ordinanza 24 luglio 2000, n. 334; Corte cost., ordinanza 12 luglio 2000, n. 259; Corte cost., sentenza 9-10 aprile 1998, n. 110; Corte cost., sentenza 10-16 dicembre 1998, n. 410; Corte cost., sentenze 24 maggio 1977, nn. 86 e 87; Corte cost., sentenza 6 aprile 1976, n. 82.

la personalità internazionale dello stato), ove sono contenute le disposizioni concernenti la violazione e utilizzazione dei segreti di Stato, anche (ma non solo) per ragioni di spionaggio.

Rilevano, in particolare, almeno tre disposizioni chiave, a seconda della diversa posizione che assume chi riceve o detiene informazioni segrete per ragioni di sicurezza: l'art. 256 c.p., che punisce il procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato<sup>25</sup>; l'art. 261 c.p., sulla Rivelazione di segreti di Stato<sup>26</sup> e, infine, l'art. 262 c.p., sulla Rivelazione di notizia di cui sia stata vietata la divulgazione<sup>27</sup>.

La norma chiave è l'art. 256 c.p., che individua il concetto di notizia "segreta", soggetta a divieto di divulgazione, quale presupposto costitutivo delle successive fattispecie.

La nozione è stata oggetto di un lungo dibattito, dove si distinguevano, ai fini degli effetti penali, le notizie "riservate" in quanto classificate, per separarle da quelle segrete in senso stretto, perché coperte da segreto di Stato e, quindi, le sole rilevanti ai fini penali<sup>28</sup>.

Oggi si accoglie, a fini penalistici, una nozione di notizie "segrete" che attribuisce rilevanza penale alla fuoriuscita non autorizzata tanto alle notizie coperte da segreto di Stato quanto quelle classificate<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> V. A. MARIOTTI, sub *Art. 256 c.p.*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Torino, 2012.

<sup>26</sup> V. A. MARIOTTI, sub *Art. 261 c.p.*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, cit.

<sup>27</sup> La disciplina della disposizione richiama condotte tipiche sostanzialmente identiche a quelle dell'art. 261 c.p., distinguendosi soltanto per la circostanza che, nell'art. 262 c.p., è punita l'indebita rivelazione delle sole "notizie riservate", che a sua volta fa riferimento all'art. 256 c.p. v. A. MARIOTTI, sub *Art. 262 c.p.*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, cit. Sicché, come si dirà *infra* in questo paragrafo, attesa la sostanziale omogeneità dei segreti, le disposizioni di riferimento finiscono per essere l'art. 256 c.p. e l'art. 261 c.p.

<sup>28</sup> V. *ibidem* per i riferimenti storici e bibliografici.

<sup>29</sup> V. *supra* § 2. L'impostazione è stata avallata dalla giurisprudenza che, a proposito dell'art. 262 c.p., ha stabilito come non integri il delitto di rivelazione di notizie di cui sia stata vietata la divulgazione la condotta che abbia ad oggetto notizie riservate, così definite dalle amministrazioni pubbliche interessate, estranee agli interessi che giustificano il segreto di Stato o la cui diffusione non abbia idoneità offensiva rispetto a detti interessi v. Cass. pen., Sez. I, Sentenza, 30 aprile 2009, n. 23036, in *Riv. Polizia*, 2010, n. 3-4, 220 ss. L'impostazione dipende, a sua volta, dal fatto che oggi viene accolta una concezione cd. oggettiva dei segreti di Stato. La concezione oggettiva si basa sulla natura intrinseca dell'informazione e sul danno che la sua divulgazione potrebbe arrecare alla sicurezza nazionale. In questo approccio, il segreto non dipende dal soggetto che lo detiene o dalla sua volontà, ma dalla sensibilità del contenuto e dalla sua potenziale incidenza sugli interessi fondamentali dello Stato v. F.N. RICOTTA, *Il segreto di Stato*, in G. COLAIACOVO (a cura di), *Sicurezza, informazioni e giustizia penale*, cit., 235; C. BONZANO, *La Consulta "suggerisce" una tutela oggettiva ed assoluta del segreto di Stato nel processo penale*, in *Diritto Penale e Processo*, 2010, n. 3, 301; *Id.*, *La nuova tutela penale del segreto di Stato: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto PeP*, 2008, 1, 24. e G. SCANDONE, *Segreto di Stato e tutela penale della sicurezza della Repubblica*, in *Riv. dir. pen.*, 2011, 76 ss. In base a questa concezione, l'opposizione del segreto di Stato non è un atto discrezionale dell'autorità politica, ma una necessità giuridica derivante dalla pericolosità della rivelazione. Questo significa che qualsiasi atto, documento o informazio-



La ragione è in linea con l'odierno sistema: classifiche e segreto di Stato hanno sì elementi strutturali diversi (l'uno esercizio diffuso di potere amministrativo; l'altro, atto politico esclusivo del presidente), ma proteggono gli stessi interessi di sicurezza nazionale<sup>30</sup>, seppur con una diversa proporzione<sup>31</sup>.

Dopodiché, il diverso livello di segretezza e, quindi, l'importanza della informazione divulgata determinano conseguenze più o meno gravi, rilevanti sul piano della concreta offensività della condotta: divulgare un atto riservato ha dunque un rilievo diverso da comprometterne uno segretissimo.

Questo prelude all'ulteriore elemento strutturale, quello della illegittima rivelazione della notizia segreta.

Si tratta di una condotta a forma libera, perché una rivelazione può facilmente realizzarsi attraverso qualsiasi comunicazione della notizia segreta che non sia stata autorizzata o comunque si avvenuta senza rispettare le disposizioni di legge<sup>32</sup>, atteso che il divieto di divulgazione è letteralmente *in re ipsa* al provvedimento stesso di segretazione, con tutti i limiti che ne conseguono.

Il parametro della conformità a legge va dunque riscontrato nella disciplina di settore, vale a dire quella della l. n. 124 del 2007 e dei decreti che la attuano: sinteticamente, sono classificati o segreti, e come tali non divulgabili

ne il cui svelamento possa mettere in pericolo l'integrità dello Stato, la sicurezza delle istituzioni democratiche, la sovranità nazionale o le relazioni internazionali deve essere protetto dal segreto, indipendentemente dalla volontà del Governo o del Presidente del Consiglio (art. 42, legge n. 124/2007; 236; v. anche A. PACE, *Stato costituzionale e segreto di Stato*, in *Giur. cost.*, 2015, 1721). Sicché, il principale criterio di valutazione nella concezione oggettiva è quindi l'interesse pubblico prevalente alla segretezza dell'informazione, che impone automaticamente il vincolo di riservatezza qualora l'informazione sia suscettibile di provocare un danno grave agli interessi della Repubblica. Si contrappone la concezione soggettiva, non accolta dalla legge n. 124 del 2007 né dalla Corte costituzionale, che considera il segreto di Stato come una prerogativa politica e discrezionale del Governo, in particolare del Presidente del Consiglio dei ministri, il quale ha il potere di decidere se e quando apporre, confermare o revocare il segreto.

<sup>30</sup> La giurisprudenza si è così espressa riconoscendo la configurabilità, pur nella previgente disciplina sui servizi di informazione e sicurezza e del segreto della l. n. 801/90, del delitto di cui all'art. 256 c.p. a proposito dell'illegale diffusione del cifrario del codice per comunicazioni radio-telegrafiche I.O.R. 5, classificato "segretissimo" dal Comando generale della Guardia di Finanza v. Cass. pen., Sez. I, 4 luglio 1985, in *Giur. it.*, 1986, II, 436 ss. con nota di A. GAITO, alla quale sono seguite, in senso conforme, Cass. pen., Sez. VI, 25 ottobre 1999, n. 1289, in *Rivista penale*, 2000, 351 ss. e Cass. pen., Sez. I, 3 ottobre 2007, n. 39514 in *C.E.D.* n. 237746. Così anche la Corte Costituzionale con la sentenza del 28 giugno 2002, n. 295. V. in dottrina P. PISA, A. PECCIOLI, *La nuova tutela penale del segreto di Stato: profili sostanziali e processuali*, in *Diritto Penale e Processo*, 2008, n. 1, 18 e S. GAMBACURTA, *I controlli, il segreto di Stato e le classifiche di segretezza*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit., 763 ss. Per altro, già in Corte cost., sentenza 19-28 Giugno 2002, n. 295, si osservava che le notizie "segrete" e "riservate" costituissero categoria omogenea ai fini della disciplina penale.

<sup>31</sup> V. *supra* § 2 e nota n. 30.

<sup>32</sup> V. A. MARIOTTI, sub *Art. 261 c.p.*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, cit.

al di fuori dei soggetti espressamente autorizzati a trattarli, gli atti adottati in conformità delle prescrizioni di legge, secondo una valutazione intrinseca sul grado di pregiudizio, espresso nell'atto che lo segreta, che è riservata alla Pubblica Amministrazione.

A rigore di legge, si tratta di valutazioni di sicurezza che non sono disponibili<sup>33</sup> e nelle quali spicca, seppur con diversa gradazione, l'ampia discrezionalità nel valutare il grado di pregiudizio e le ragioni di merito della segretezza, atteso, soprattutto, la particolarità degli interessi coinvolti.

Questo influenza, naturalmente, l'estensione del sindacato del giudice, che allo stato non va molto oltre il riscontro della legittimità dell'apposizione e, soprattutto, la verifica che non si versi in ipotesi di divieto di secretazione. Si osserva, in giurisprudenza, che il provvedimento impositivo del segreto di Stato o del divieto di divulgazione, dal quale dipende la configurabilità dei reati che ne presuppongono l'esistenza e l'operatività, è soggetto al sindacato di legittimità del giudice chiamato a conoscere di tali reati, relativamente: a) all'inerenza del segreto o del divieto di divulgazione ad uno degli specifici interessi ai quali fa riferimento, nel definire la nozione di segreto di Stato (valida anche per le notizie c.d. "riservate") [...] b) all'idoneità della diffusione degli atti, documenti e notizie segreti o riservati a recare concreto pregiudizio a tali interessi; c) all'assenza, nei fatti oggetto del segreto o del divieto di divulgazione, di finalità di eversione dell'ordine costituzionale<sup>34</sup>.

Infatti, ai sensi dell'art. 204 c.p. e dal corrispondente art. 39, l. n. 124 del 2007, non possono essere oggetto di segreto i fatti relativi a reati di eversione dell'ordine costituzionale alle condotte commesse in violazione delle cd. garanzie funzionali<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Questo dipende, se è detto, dalla concezione oggettiva del segreto v. *supra* nota 28.

<sup>34</sup> Cfr. con la massima di Cass. pen., Sez. I, 10 dicembre 2001, n. 3348, in *Riv. pen.*, 2002, 483 ss.

<sup>35</sup> Disciplinate dagli artt. 17-19 l. n. 124 del 2007. Il personale dei Servizi di informazione per la sicurezza beneficia di specifiche protezioni che consentono di operare in contesti e con modalità che, altrimenti, avrebbero rilievo penale. Le garanzie assicurano, a determinate condizioni, l'immunità penale rispetto a reati commessi per perseguire obiettivi coerenti con le finalità dei Servizi, bilanciando così i poteri di iniziativa dell'autorità giudiziaria con gli interessi e le necessità della sicurezza nazionale cfr. F. N. RICOTTA, *Arresto e garanzie funzionali nella l. n. 124/2007*, in *Rivista giuridica delle forze armate e di polizia*, n. 1, 2024, 65. V., sull'istituto, senza pretesa di esaustività, G. AMATO, *Le garanzie funzionali dell'operatore dei servizi di informazione*, in *Sistema penale*, n. 11, 2024, 5 ss., disponibile su [https://www.sistemapenale.it/pdf\\_contenuti/1730964209\\_amato-fasc-112024.pdf](https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1730964209_amato-fasc-112024.pdf); A. MILONE, *La responsabilità penale degli operatori d'intelligence e la speciale causa di giustificazione: le novità sostanziali in tema di garanzie funzionali contenute nel d.l. "Mille-proroghe" e nel d.d.l. Sicurezza approvati dal Governo Meloni*, in *Archivio penale*, n. 1, 2024, 48 ss.; C. MOSCA, *Il sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e le garanzie funzionali*, in M. CALIGIURI, M. VALENTINI (a cura di), *Materiali di intelligence. Dieci anni di studi 2007-2017*, Rubbettino; A. MONTAGNESE, C. NERI, *op. cit.*, p. 9 ss. e C. MOSCA, *Le garanzie funzionali*, in C. MOSCA, S. GAMBACURTA, G. SCANDONE, C. VALENTINI (a cura di), *I servizi di informazione e il segreto di Stato*, cit., 235 ss.; F. MARENGHI, *sub Art. 17, in L. 3.8.2007 n. 124 - Sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto di Stato*, in *Leg. pen.*, n. 3, 2007, 716 ss., V. CACCA-MO, *sub Art. 18, in ivi*, 729 ss., E. MARZADURI, *sub Art. 189, in ivi*, 735 ss.

Tali limiti dipendono, a loro volta, dalle fondamentali logiche di separazione delle funzioni e valutazioni di sicurezza con quelle giudiziarie, tese a garantire l'autonomia e l'indipendenza reciproca dei poteri giudiziario ed esecutivo<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> V. F. N. RICOTTA, *A proposito della partecipazione*, cit., 3450, anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.



# LA CONFISCA “SENZA CONDANNA”: UNA FERITA ANCORA APERTA

Valentina Mazzotta\*

**Sommario:** 1. L'estensione della confisca “senza condanna” oltre il limite della natura giuridica delle confische. – 2. L'interpretazione dell'art. 578-*bis* c.p.p. tra incoerenze ed amnesie. – 3. Un problema solo apparentemente risolto dal nuovo art. 578-*ter* c.p.p.

## ABSTRACT

Il tema dell'applicazione della confisca in assenza di un giudicato formale, nonostante i recenti interventi legislativi, continua ad attirare l'attenzione della scienza penalistica. La pervicace insinuazione della nozione di confisca “senza condanna” all'interno dell'ordinamento ne ha consentito la straordinaria trasfigurazione in una sorta di principio generale, che ha avuto l'effetto di anestetizzare l'approccio critico che ne aveva inizialmente arginato l'estensione. L'ostinato tentativo di legittimare l'espansione di una prassi che, aggirando la necessaria tipicità e proporzionalità delle misure ablative, inevitabilmente genera profonde frizioni con le garanzie fondamentali, ha palesato tutti i suoi punti deboli nella esegesi dell'art. 578-*bis* c.p.p.: ci si avvede di come sia la giurisprudenza che il legislatore abbiano reso intercambiabili misure dalla natura profondamente eterogenea, piegandole alla logica dell'efficienza e dell'ablazione ‘ad ogni costo’. Una logica ben radicata nel sistema che, pur essendo andato incontro ad un apprezzabile recupero delle garanzie – per effetto della Riforma Cartabia – mostra ancora i segni dell'istituzionalizzazione di un approccio che sacrifica i principi fondamentali sull'altare dell'efficienza ablatoria.

*The issue of the application of confiscation in the absence of a formal judgment, despite recent legislative interventions, continues to attract the attention of criminal law. The stubborn insinuation of the notion of confiscation “without conviction” within the legal system has allowed its extraordinary transfiguration into a sort of general principle, which has had the effect of anesthetizing the critical approach that had initially contained its extension. The obstinate attempt to legitimize the expansion of a practice that, by circumventing the necessary typicality and proportionality of ablative measures, inevitably generates profound frictions with fundamental guarantees, has revealed all its weak points in the exegesis of art. 578-*bis* c.p.p.: we realize how both jurisprudence and the legislator have made measures of a profoundly heterogeneous nature interchangeable, bending them to the logic of efficiency and ablation ‘at all costs’. A logic well rooted in the system which, despite having undergone an appreciable recovery of guarantees – as a result of the Cartabia Reform – still shows signs of the institutionalization of an approach that sacrifices fundamental principles on the altar of ablative efficiency.*

---

\* Ricercatrice di diritto processuale – LUM Giuseppe De Gennaro.

## 1. L'estensione della confisca “senza condanna” oltre il limite della natura giuridica delle confische.

Negli ultimi decenni si è assistito ad una «proliferazione “alluvionale”»<sup>1</sup> della confisca, considerato un valido strumento di contrasto alle conseguenze patrimoniali dei reati, mediante il quale ripristinare, attraverso la *deminutio patrimonii*, l'ordine giuridico, economico e sociale turbato dalla commissione del fatto illecito. Sullo sfondo di tale moltiplicazione normativa delle ipotesi confiscatorie e del rinnovamento dei relativi ambiti applicativi si scorge uno spiccato efficientismo contrastivo, che caratterizza il diritto penale moderno e che ha indotto il legislatore – anche sovranazionale – ad elevare l'ablazione patrimoniale a dogma indefettibile della politica di contrasto alle moderne fenomenologie criminali. La nuova strategia repressiva dell'aggressione patrimoniale ha così ingenerato una vera e propria giungla ablatoria, estremamente variegata, che non consente più di ricostruire un quadro unitario delle diverse forme di confisca. Al *nomen iuris* “confisca”, infatti, non è più possibile attribuire un significato unitario, atteso che al suo interno è racchiusa una vasta gamma di modelli diversificati, eterogenei tra loro per struttura e finalità, ed accomunati unicamente dal risultato finale: l'ablazione in favore dello Stato di *res*<sup>2</sup>.

In questo innovato clima di incondizionata lotta alla criminalità economica (o del profitto), la giurisprudenza, prima, e il legislatore, poi, armati del *nulum crimen sine confiscatione*, hanno irradiato la materia di un nuovo principio, la confisca c.d. “senza condanna”.

La riconosciuta possibilità di applicare la confisca anche in presenza di una causa estintiva del reato ha, infatti, conosciuto una espansione tale da divenire – quasi – il secondo comune denominatore del multiforme universo ablatorio. Un *fil rouge* che, tuttavia, non ha, evidentemente, la capacità di tenere legate insieme fenomenologie confiscatorie fortemente divergenti e che, in quanto tali, sono accompagnate da un più o meno consistente statuto costituzionale (e convenzionale).

La strada della ablazione “senza condanna”, infatti, non è impercorribile da parte dell'istituto della confisca, ma in concreto lo diviene se allo stesso ci si approccia considerandolo alla stregua di unico *genus*, che è, inve-

---

<sup>1</sup> Il termine è utilizzato da Corte cost., 8 novembre 2017 (dep. 21 febbraio 2018), n. 33 per descrivere l'ampliamento del catalogo dei reati-presupposto della confisca allargata. La sentenza è consultabile in *Cass. pen.*, 2018, p. 1560 ss., con nota di E. Aprile (2018), p. 1567 ss.

<sup>2</sup> A. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. pen.*, 2016, 7/8, p. 2719B; S. FURFARO, *La compatibilità delle varie forme di confisca con i principi garantistici di rango costituzionale e con lo statuto delle garanzie europee*, in A. BARGI – A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia patrimoniale penale*, I, Milano, 2011, p. 255; O. MAZZA, *La confisca per equivalente tra reati tributari e responsabilità dell'ente (in margine al caso Unicredit)*, in *Dir. pen. cont.*, 23 gennaio 2012; A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in E. DOLCINI – C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano, 2006, p. 2107.

ce, solo nominalmente identificativo di un arsenale ablativo “proteiforme” e “polifunzionale”<sup>3</sup>.

Così, alla confisca di cui all’art. 240, comma 2, n. 2, c.p. è normativamente riconosciuta la possibilità di operare anche in assenza di un giudicato formale di condanna e ciò in ragione della qualificazione dell’istituto in termini di misura di sicurezza, finalizzata alla sottrazione di beni intrinsecamente pericolosi per i quali, a monte, il legislatore ha compiuto una valutazione di pericolosità.

Su tale tassello legalmente solido la dottrina – sfruttando la formula “aperta” di cui all’art. 240, comma 2, n. 1. c.p. («è sempre ordinata la confisca», senza nessun riferimento alla «condanna») – ha tentato di aggiungerne un altro, ottenuto attraverso una interpretazione di stampo efficientista, secondo la quale l’applicazione della confisca obbligatoria del prezzo del reato non presupporrebbe un formale pronunciamento di condanna, potendosi invece procedere all’ablazione anche in caso di estinzione del reato<sup>4</sup>.

Un’interpretazione respinta dalla Sezioni Unite che, resistendo alla spinta efficientista di massimizzazione delle misure ablativo, hanno inizialmente escluso la confiscabilità del *pretium sceleris* laddove non fosse stata pronunciata una sentenza di condanna irrevocabile<sup>5</sup>. Il Supremo Consesso, dunque, – in linea con la posizione assunta dalla Corte di Strasburgo nei casi *Sud Fondi* e *Varvara* – predilige in un primo momento la via della fedeltà alla legge, rappresentativa di un limite invalicabile in relazione a tutte le figure ablatorie che presuppongono una «condanna»<sup>6</sup>.

Il cambio di rotta è avvenuto con la nota sentenza Lucci, attraverso la quale le Sezioni Unite hanno ceduto alla moderna pulsione ablatoria, affermando il principio secondo cui il giudice, nel dichiarare l’estinzione del reato per intervenuta prescrizione, può disporre la confisca (obbligatoria) del prezzo e del profitto «sempre che si tratti di confisca diretta e vi sia stata una precedente pronuncia di condanna, rispetto alla quale il giudizio di merito permanga inalterato quanto alla sussistenza del reato, alla responsabilità dell’imputato ed alla qualificazione del bene da confiscare come profitto o prezzo del reato»<sup>7</sup>. Nel disperato tentativo di trovare un equilibrio tra legalità

<sup>3</sup> Così definita da D. FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 2.

<sup>4</sup> In questo senso, cfr. A. DE MARSICO, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1966, p. 42; G. GUARNIERI, *Confisca (Diritto penale)*, in *Nov.mo Dig. pen.*, IV, Torino, 1959, p. 42; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1950, p. 391.

<sup>5</sup> Cass., sez. un., 25 marzo 1993, n. 5, in *Cass. pen.*, 1993, p. 967. In dottrina, in senso conforme, per tutti, A. ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, III, Torino, 1989, p. 47. Sez. un., 10 luglio 2008, n. 38834, in *Guida dir.*, 2008, 44, p. 74 s., con nota di A. NATALINI, *La lunga parentesi sui poteri del giudice sembra un velato monito al Legislatore*.

<sup>6</sup> Nello stesso senso, cfr. A. PULVIRENTI, *Il difficile connubio dell’art. 578-bis c.p.p. con la “sentenza Giem” della Corte europea tra arretramenti ermeneutici e ipotesi d’innalzamento del livello (interno) di tutela*, in *Arch. pen. online*, 2019, n. 2, p. 7.

<sup>7</sup> Sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, in *Cass. pen.*, 2016, p. 1362 s., con nota di F. LUMINO, *La confisca del prezzo o del profitto del reato nel caso di intervenuta prescrizione*, p. 1384 ss.; in *Arch.*

formale e interpretazione sostanziale la Corte non nega, quindi, la necessità di una condanna per addivenire ad un provvedimento ablatorio ma strategicamente fa ruotare il principio intorno al concetto di “condanna sostanziale”: la condanna, pur continuando a rappresentare un requisito indefettibile della confisca, non viene intesa quale giudicato formale di condanna bensì come mero accertamento della responsabilità.

Attraverso questo *escamotage* esegetico la giurisprudenza ha consentito, quindi, anche alla confisca vincolata normativamente dal giudicato formale di condanna («nel caso di condanna», art. 240, comma 1) di fugare l’ostacolo del proscioglimento per estinzione del reato, fin a quel momento superabile unicamente da quelle forme di confisca il cui tenore lessicale risultasse sufficientemente ambiguo da offrire un appiglio interpretativo. Purtroppo, nell’aprire questo varco all’interno del panorama ablatorio, la Suprema Corte non ha dimenticato di tenere in debita considerazione le possibili frizioni con il principio di legalità e con la presunzione di non colpevolezza e si è premurata, pertanto, di riservarne l’accesso unicamente alla confisca obbligatoria e diretta del prezzo o del profitto del reato che, integrando una semplice misura di sicurezza, non preclude «una evocazione del concetto di condanna in senso sostanziale». Le Sezioni Unite Lucci, tengono, quindi, ragionevolmente ben salda la distinzione di tale forma di confisca con quella per equivalente, la quale, per converso, non si è ritenuta applicabile in costanza di una declaratoria di estinzione del reato per prescrizione in ragione della sua natura eminentemente afflittiva.

I “paletti tipologici” e garantistici posti dalla Sentenza Lucci sono stati, tuttavia, ben presto rimossi dalla giurisprudenza e poi, in via definitiva, dal legislatore che, accecato dalla logica efficientista, ha ceduto al fascino della “confisca con condanna sostanziale”.

Nell’ambito dell’annoso dialogo tra le Corti instauratosi sul tema un primo duro colpo alla già traballante architettura della “confisca senza condanna formale” è stato assestato dal Giudice di Strasburgo che, discostandosi dai

*pen. online*, 2015, n. 2 con nota di G. CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l’inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*; in *Cass. pen.*, 2016, n. 2, con nota di S. TREGLIA, *Brevi osservazioni su un istituto ancora alle prese con una inversa logica triadica ferma all’«antitesi»: la confisca “senza condanna”*; in *Dir. pen. cont.*, 30 luglio 2015. Sul punto, va registrato un recente cambio di rotta, in relazione ad un profilo affrontato dalla citata sentenza. Come noto, con essa, la Cassazione ha stabilito che il sequestro del denaro vada qualificato sempre come “diretto”, giacché la natura fungibile di esso preclude la necessità di individuarne la genesi. Evidentemente il punto è decisivo, giacché l’ampliamento della confisca diretta ha come effetto il restringimento di quella per equivalente, con il suo maggiore statuto garantista. Con la sentenza n. 13808/25, le Sezioni Unite (Cass., SS.UU., 08 aprile 2025, *De Felice*, su *giurisprudenza penale.com* del 15 aprile 2025), hanno ribaltato detto principio affermando che «la confisca di somme di danaro ha natura diretta soltanto in presenza della prova della derivazione causale del bene rispetto al reato, non potendosi far discendere detta qualifica dalla mera natura del bene. La confisca è, invece, qualificabile per equivalente in tutti i casi in cui non sussiste il predetto nesso di derivazione causale».



citati precedenti e verosimilmente sollecitato dalla pronuncia della Corte costituzionale italiana<sup>8</sup>, è nuovamente intervenuto in materia, nel caso G.I.E.M. Srl, rilevando come «sia necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione» e come, pertanto, «la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza»<sup>9</sup>. In forza di ciò, la Corte – riflettendo sull'importanza del mantenimento dello Stato di diritto e della fiducia dei cittadini nel sistema giudiziario in forza del quale sussiste la necessità di prevenire l'impunità che deriverebbe da una situazione in cui, per l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi, gli autori di taluni reati si sottraggono sistematicamente all'azione penale – sorprendentemente si discosta dai suoi precedenti e giunge a ritenere compatibile con l'art. 7 Cedu l'applicazione di una particolare ipotesi di confisca-pena (come quella urbanistica) anche in assenza di una formale affermazione di responsabilità, purché l'accertamento condotto dai giudici presenti tutti i requisiti sostanziali di una sentenza di condanna (vale a dire l'accertamento di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi del reato contestato).

A partire da questo momento, ha avuto avvio l'irrefrenabile ascesa della confisca con condanna sostanziale che, liberata dal vincolo "tipologico" della natura giuridica delle confische, ha iniziato ad assumere i lineamenti di un principio dalla portata generale, minando, così, il delicato e complesso rapporto tra confische e cause estintive del reato<sup>10</sup>.

In questo senso il passo decisivo è stato compiuto dal legislatore che – spingendosi oltre il limite in cui la via pretoria si era arrestata – ha introdotto l'art. 578-*bis* c.p.p., disposizione che, con lo scopo di munire di stabilità la forma di ablazione "allargata" contemplata al comma 1 dell'art. 240-*bis* c.p.p., nonché quella prevista da "altre disposizioni di legge", ha attribuito al giudice dell'impugnazione il potere, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o per amnistia, di decidere sull'impugnazione «ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato».

---

<sup>8</sup> Corte Cost. 14 gennaio 2015 (26 marzo) n. 49, che non accoglie le indicazioni della sentenza Varvara della Corte EDU in relazione alla necessità di una condanna per applicare la confisca avente natura punitiva, ritenendo sul punto che si debba avere riguardo non tanto alla forma del pronunciamento del giudice, ma alla sostanza, vale a dire l'accertamento della responsabilità, regola già impostasi nell'ordinamento giuridico nazionale (Corte cost. 09/239).

<sup>9</sup> Corte EDU, Grande Camera, sent. 28 giugno 2018, ricorsi riuniti 1828/06-34163/07-19029/11 (*G.I.E.M. Srl e altri c. Italia*); per un commento si veda A. GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte EDU*, Grande Camera, in *Dir. pen. cont.*, 2018, n. 7, p. 221 ss. nonché M.M. SCOLETTA, *Lo statuto normativo della confisca edilizia nel prisma delle garanzie convenzionali*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, n. 1, p. 47 ss.

<sup>10</sup> Sulla emersione di una sorta di "principio generale" nella materia ablatoria v. L.BARON, *La confisca con "condanna sostanziale": verso un nuovo "principio generale" in materia ablatoria*, in *Cass. pen.*, 2020, n. 12, p. 4799 ss.

Il giudicato formale di condanna diviene, quindi, “opzionale” anche in relazione alla confisca c.d. “estesa” che, sorretta dalla presunzione di illiceità dell’accumulo patrimoniale, risulta svincolata da qualsivoglia nesso di pertinenzialità con il reato – che possa arginarne la *vis expansiva* – l’assenza del quale le conferisce inevitabilmente una fisionomia anche afflittiva<sup>11</sup>.

La porta della “confisca senza formale condanna” continuava, però, a rimanere chiusa per la c.d. confisca di valore, alla quale l’accesso era precluso proprio in virtù della sua incontrovertibile natura essenzialmente punitiva, discendente dall’indifferenza che il reo sia privato dello stesso bene ottenuto dal reato o di altro privo di qualsiasi collegamento con esso.

Purtuttavia, anche questo limite è stato superato allorché il legislatore della legge “spazza-corrotti”, dilatando il perimetro dell’art. 578-bis c.p.p. sino ad includervi la confisca per equivalente di cui all’art. 322-ter c.p., ha sdoganato definitivamente il rapporto di compatibilità tra una misura dalla ritenuta indole punitiva e la sentenza di proscioglimento.

È stata questa la manovra normativa che ha reso vani tutti gli sforzi (già in parte frustrati dall’estensione della “confisca con condanna sostanziale” alla confisca c.d. allargata) con cui la giurisprudenza, separando confisca-misura di sicurezza e confisca-pena, aveva tentato di equilibrare le esigenze di effettività ablatoria con quelle di salvaguardia delle garanzie fondamentali, *in primis* della presunzione di non colpevolezza<sup>12</sup>.

Sul punto la giurisprudenza, a difesa della dirompente opzione legislativa, afferma che il riconoscimento del carattere sanzionatorio della confisca per equivalente, comunque, non implicherebbe la sua attrazione nell’area della sanzione penale in senso stretto, né l’applicazione ad essa dello statuto garantistico della pena, essendo evidente la sua funzione anche ripristinatoria, «e la sua direzione verso il riallineamento degli squilibri patrimoniali generati da comportamenti illeciti»<sup>13</sup>.

Va altresì segnalato che anche su tale innesto normativo – che portava con sé il limite dell’ambito di applicabilità dell’art. 322-ter c.p. (quello dei reati contro la P.A.) – non ha tardato ad intervenire l’azione propagatrice della giurisprudenza che ne ha esteso l’operatività anche ad ulteriori terreni criminosi.

La regola Lucci ha, dunque, lentamente ma inesorabilmente colonizzato il poliedrico panorama confiscatorio, ridotto *ad unum* dall’irrinunciabile risultato ablatorio: nella moderna ottica efficientista, quindi, struttura e finalità della confisca – o meglio delle confische – divengono variabili del tutto trascurabili a fronte della supremazia dell’effetto ablativo.

<sup>11</sup> L. BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto: uno sguardo d’insieme*, in *Dir. pen. contemp.*, n. 1, 2018, p. 42.

<sup>12</sup> Cfr. V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell’anticorruzione*, in *Dir. pen. cont.*, 2019, n. 5, p. 290.

<sup>13</sup> Così Cass., sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645, *Consentino*, Rv. 281421 01/02 (§ 1.3. considerato in diritto).

Si è, così, assistito ad una singolare insinuazione del principio nell'ordinamento – frutto della progressiva e centellinata estensione del perimetro applicativo della confisca senza condanna – sfociata in una eccezionale normalizzazione dello stesso, che ha avuto l'effetto di distogliere l'attenzione dagli evidenti attriti con le garanzie proprie di un sistema penale “costituzionalmente orientato”.

Infatti, se è vero che in determinate situazioni il necessario intervento di una pronuncia di condanna può comportare un *deficit* di efficacia della confisca tale da compromettere il raggiungimento delle finalità preventive che ne sono alla base, laddove a prevalere è la componente afflittivo-sanzionatoria della misura ablatoria la stessa deve essere indefettibilmente preceduta da un giudizio di penale responsabilità, irrinunciabile garanzia del cittadino.

## 2. L'interpretazione dell'art. 578-bis c.p.p. tra incoerenze ed amnesie.

L'errore di fondo dell'indistinto svincolamento della confisca dal giudizio formale di condanna – che l'avvenuta assimilazione del nuovo “principio” aveva reso invisibile – si è ben presto palesato nella contraddittoria esegesi dell'art. 578-bis c.p.p.

La giurisprudenza, riconosciuta la legittimità dell'applicazione della regola di cui all'art. 578-bis c.p.p. anche all'ipotesi della confisca per equivalente, ha, infatti, dovuto affrontare il problema della possibile applicazione retroattiva della disposizione, anche in relazione a fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della L. 3/2019. Una prima tesi, muovendo dalla natura processuale dell'art. 578-bis c.p.p., non ravvisava alcun ostacolo alla applicazione retroattiva della disposizione, sul presupposto che la stessa non avrebbe introdotto una nuova fattispecie ablatoria ma si sarebbe limitata ad incidere sul regime in rito della confisca, postulando la sufficienza dell'accertamento sostanziale della responsabilità penale, a sua volta segnalato dalla sussistenza di una sentenza provvisoria di condanna di primo grado oppure di appello<sup>14</sup>.

Le sentenze ascrivibili all'indirizzo volto ad evidenziare la connotazione meramente processuale dell'art. 578-bis c.p.p. e quindi l'ordinaria riconducibilità al canone del *tempus regit actum*, giungono a tale conclusione per il tramite di un ridimensionamento della componente afflittivo-sanzionatoria della confisca per equivalente. In particolare, si sottolinea come l'identità quantitativa tra la confisca di valore e quella diretta deponga nel senso di una comune finalità ripristinatoria più che punitiva: sebbene alla prima si ri-

---

<sup>14</sup> Cass., sez. III, 29 novembre 2019 (dep. 4 marzo 2020), n. 8785, *Palmieri*, in *ilpenalista.it*, 20 aprile 2020; Cass., sez. VI 9 gennaio 2020 (dep. 7 maggio 2020), n. 14041, *Malvaso*, in *Cass. pen.* 2021, p. 237; Cass., sez. II, 2 aprile 2021 (dep. 18 maggio 2021), n. 19645, *Consentino*, in *Cass. pen.* 2021, p. 3992.

corra nei casi in cui l'esatta *res* di matrice illecita non venga rintracciata, ciò non altererebbe la funzione della misura che, al pari di quanto avviene per la confisca diretta, mira ad evitare che il lucro del reato possa stabilizzarsi nelle mani dell'autore.

L'orientamento ermeneutico favorevole alla retroazione del nuovo art. 578-*bis* c.p.p., pur non negando la portata afflittiva della confisca di valore, ne minimizza la preminenza, in una sorta di riposizionamento tra le componenti teleologiche, che veda la prevalenza di quella ripristinatoria<sup>15</sup>.

In senso diametralmente opposto si sono espresse quelle pronunce della Corte di Cassazione<sup>16</sup> che hanno sancito l'impossibilità di procedere ad una applicazione retroattiva della disposizione contenuta nell'art. 578-*bis* c.p.p., sul presupposto che la natura asseritamente sanzionatorio-punitiva della confisca per equivalente ne impedirebbe l'inflizione in relazione a fatti commessi in un tempo nel quale non era prevista l'applicabilità della misura, ovvero era prevista con modalità e presupposti differenti<sup>17</sup>.

A questo proposito si precisava che l'art. 578-*bis* c.p.p. – norma di natura processuale e, dunque, applicabile a tutti i procedimenti in corso secondo il principio del *tempus regit actum* – non di meno avrebbe degli indubbi effetti sostanziali, tra cui appunto quello di consentire di disporre la confisca di valore in caso di prescrizione del reato, possibilità che prima non era contemplata dall'ordinamento<sup>18</sup>.

Proprio tale inevitabile riflesso sostanziale dell'art. 578-*bis* c.p.p. avrebbe realizzato un *vulnus* al principio di legalità e di irretroattività della legge penale, poiché avrebbe determinato «l'adozione di una pronuncia (in appello o in cassazione) impositiva di un sacrificio patrimoniale “a sorpresa”»<sup>19</sup>. In ragione di tale contrasto giurisprudenziale la questione è stata rimessa all'esame del massimo organo della nomofilachia, il quale ha aderito all'indirizzo giurisprudenziale più garantista che esclude la possibilità di applicare retroattivamente l'art. 578-*bis* c.p.p.<sup>20</sup>.

Le Sezioni Unite individuano il fulcro del contrasto nel dubbio riguardante la natura giuridica della confisca di valore, sul presupposto che l'eventuale

---

<sup>15</sup> S. M. SCORCIA, *Il regime intertemporale della confisca (senza condanna) nella pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, n. 6, p. 787; Cass., sez. II, 2 aprile 2021, n. 19645, cit., nella quale l'avverbio “eminentemente” tradizionalmente affiancato a “natura sanzionatoria” con riferimento alla confisca di valore viene sostituito dal meno enfatico “parzialmente”.

<sup>16</sup> Sul contrasto giurisprudenziale si veda anche E. FLORI, *Sui profili intertemporali dell'art. 578-*bis* c.p.p. in relazione alla confisca per equivalente ex art. 322-ter c.p.*, in *giurisprudenzapenale.com*, 19 maggio 2022.

<sup>17</sup> Cass., sez. III, 18 marzo 2021 (dep. 26 maggio 2021), n. 20793, *Rotondi*, in *Guida dir.*, 2021, p. 28; Cass., sez. III, 7 settembre 2021 (dep. 28 ottobre 2021), n. 39157, *Sacratì*, in CED, n. 282374.; Cass., sez. III, 21 gennaio 2022 (dep. 4 marzo 2022), n. 7882, *Viscovo*, in CED, n.282836.

<sup>18</sup> T. TRINCHERA, *Un pervicace non sequitur. La finalità ripristinatoria della confisca per equivalente e la sua natura sostanzialmente punitiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2023, n. 2, p. 473.

<sup>19</sup> Così testualmente Cass., sez. III, 21 gennaio 2022, n. 7882, *Viscovo*, cit.

<sup>20</sup> Cass., sez. un., 31 gennaio 2023, n. 4145, in *Dir. pen. proc.*, 2023, n. 6, p. 777 s.

riconoscimento del carattere punitivo della stessa avrebbe avuto delle inevitabili ricadute sulla natura dell'art. 578-*bis* c.p.p., «contaminandone l'apparente vocazione processuale con un profilo di sostanzialità»<sup>21</sup>. Ed è proprio questa la conclusione cui sono giunte le Sezioni Unite della Cassazione che hanno, quindi, affermato il carattere “preminentemente sanzionatorio” della confisca di valore, ricordando che la chiave esegetica più corretta per riconoscere una norma come sostanzialmente penale è sempre quella resa dai cc.dd. *Engel criteria*<sup>22</sup>: la confisca per equivalente, quale «forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti», non può che assumere un carattere preminentemente sanzionatorio in quanto aggredisce beni che, pur nella disponibilità, anche per interposta persona, dell'autore del reato, sono individuati, senza alcun nesso di pertinenzialità col fatto criminoso, in base alla loro corrispondenza con i benefici che il responsabile ha ottenuto o, in determinati casi, fatto indebitamente ottenere ad altri dalla commissione dell'illecito<sup>23</sup>. In conclusione, «siccome gli istituti che rientrano nella nozione di sanzione penale devono essere governati necessariamente dagli statuti di garanzia, è la funzione sanzionatoria della confisca per equivalente che assorbe quella ripristinatoria e le eventuali altre concorrenti funzioni non penali, cui la confisca di valore si atteggi, e non viceversa»<sup>24</sup>.

Da tale connotazione della confisca in termini prevalentemente afflittivi deriverebbe il carattere «misto» (non solo processuale, ma anche sostanziale) della disposizione di cui all'art. 578-*bis* c.p.p. dalla cui applicazione dipende, per il destinatario della norma, la possibilità di prevedere a quali conseguenze sarà esposto trasgredendo il precetto penale. È senz'altro vero, infatti, che la norma indirettamente contribuisce a definire i presupposti applicativi della misura ablatoria, in particolare introducendo una deroga al necessario requisito della sentenza di condanna espressamente richiesto dalle diverse disposizioni (sostanziali) che la prevedono. Si tratta, pertanto, di una disposizione che, pur rientrando formalmente nell'alveo delle norme

<sup>21</sup> S. M. SCORCIA, *Il regime intertemporale della confisca (senza condanna) nella pronuncia delle Sezioni Unite*, cit., p. 790.

<sup>22</sup> Tali criteri consistono nella: qualificazione giuridica offerta dall'ordinamento interno; effettiva natura della sanzione; grado di severità dalla stessa veicolato. Essi sono tra di loro alternativi, sicché è sufficiente che la sanzione sia formalmente penale, abbia finalità preventiva o retributiva, ovvero sia particolarmente severa, per sancirne la refluenza nella materia penale. Vennero fissati con l'arresto giurisprudenziale fissato dalla Corte EDU, Grande Camera, sent. 8 giugno 1976, ricorsi riuniti 2100-5101-5102/71 e 5354-5370/12 (*Engel e altri c. Paesi Bassi*), di cui si veda, in particolare il § 82: il caso concerneva la comminazione di una sanzione formalmente a carattere disciplinare militare che si cumulava a sanzioni penali comminate per la medesima condotta. Per un approfondimento si rinvia ad A. BERNARDI, *Sub art. 7*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 271 ss.

<sup>23</sup> Cfr. S. BOLIS, *La silenziosa espansione della confisca per equivalente senza condanna: le Sezioni Unite non considerano la presunzione d'innocenza in relazione all'art. 578-*bis* c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 2024, n. 2, p. 80.

<sup>24</sup> Cass., sez. un., 31 gennaio 2023, n. 4145, cit.

di diritto processuale, contribuisce a fissare i presupposti sostanziali di applicazione della confisca.

Ecco che, allora, «la natura anche di diritto sostanziale dell'art. 578-bis c.p.p. rende inapplicabile la disposizione ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge che tale disposizione ha introdotto», sul rilievo che il divieto di retroattività della norma penale mira proprio a garantire al destinatario della norma una ragionevole prevedibilità circa le conseguenze cui si esporrà trasgredendo il precetto penale<sup>25</sup>.

Un ineccepibile percorso argomentativo attraverso il quale, tuttavia, il Supremo Consesso ha solo gettato fumo negli occhi di chi continua ad interrogarsi sulla compatibilità della norma con i principi che presiedono all'applicazione di una sanzione di natura penale, quale è indubbiamente l'ablazione patrimoniale prevista dall'art. 322-ter c.p.p.

Il compendio motivazionale attraverso il quale le Sezioni Unite giungono alla garantista conclusione della irretroattività della norma contraddice le premesse da cui lo stesso prende le mosse, ossia la legittima estensione della disposizione alla confisca per equivalente. Invero, la natura punitiva della confisca di cui all'art. 322-ter c.p.p. – che conferisce alla norma natura sostanziale e che richiama a sé il «fascio di tutele convenzionali delineate dall'art. 7 CEDU»<sup>26</sup> – avrebbe dovuto coerentemente indurre la Corte a ritenerla incompatibile con lo stesso *dictum* contenuto nell'art. 578-bis c.p.p., a garanzia della presunzione di non colpevolezza.

Il Collegio viene colpito da una vera e propria amnesia nella parte in cui raccoglie nel fascio di tutele convenzionali riconosciute solo quelle delineate dall'art. 7 CEDU in tema di riserva penale e non anche quelle derivate dall'art. 6 CEDU la cui *ratio* più profonda «è espressa dal principio *in dubio pro reo*» e che «si trova misconosciuta se, senza un previo accertamento legale della colpevolezza di un imputato, una decisione giudiziaria che lo riguarda riflette la convinzione che egli sia colpevole»<sup>27</sup>.

Le Sezioni Unite, quindi, affermano che la norma prevede l'applicazione di una sanzione penale, con conseguente sottoposizione della stessa al principio di legalità contenuto nell'art. 7 CEDU, ma alcun cenno riservano al correlato fondamentale principio del *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*, l'inosservanza del quale tradisce la stessa *ratio* del primo: sarebbe, infatti incoerente esigere, da una parte, una base legale accessibile e prevedibile

---

<sup>25</sup> Condivide l'approdo cui sono giunte le Sezioni Unite anche F. MUCCIARELLI, *La controversa natura della confisca per equivalente tra efficienza e garanzie*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1154.

<sup>26</sup> Cass., sez. III pen., (ord.) 16 marzo 2022 (dep. 20 aprile 2022), n. 15229, ric. *Esposito*, in *Sist. pen.*, 1° agosto 2022, con commento di T. TRINCHERA, *Rimessa alle Sezioni Unite una questione relativa alla definizione dell'ambito di applicazione temporale dell'art. 578-bis c.p.p. Un'occasione per ripensare alla natura giuridica della confisca per equivalente?*

<sup>27</sup> Così M. CHIAVARIO, *sub art. 6 (Diritto ad un processo equo)*, in S. BARTOLE, B. CONFORTI, G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, p. 217.

e permettere, dall'altra, una punizione quando la persona interessata non è stata condannata<sup>28</sup>.

Potrebbe, tuttavia, obiettarsi che la fonte sovranazionale riconosce l'operatività della presunzione d'innocenza in favore dell'accusato solo «fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata», senza mai alludere espressamente alla necessità di una formale decisione di condanna irrevocabile ai fini del sovvertimento della regola.

Tale condizione è, invece, espressamente richiesta dall'art. 27, comma 2, Cost. che, diversamente dall'omologo convenzionale, vieta espressamente di considerare l'imputato colpevole «sino alla condanna definitiva». La Corte Suprema, dunque, incorre in una ancor più grave dimenticanza ove non tiene debitamente conto del fatto che la Carta fondamentale non si accontenta – come la CEDU – di un accertamento di colpevolezza dotato di un certo standard qualitativo, ma esige inequivocabilmente un provvedimento dotato dei crismi della condanna definitiva<sup>29</sup>.

La soluzione adottata dalle Sezioni Unite è, poi, chiamata a sostenere anche un altro grave costo in termini di coerenza sistematica, confliggendo altresì con la regola processuale contenuta nell'art. 129 c.p.p.

La disposizione, come noto, impone di arrestare immediatamente la “macchina processuale” al sorgere di una delle fattispecie elencate al comma 1 della stessa previsione, a prescindere da qualsivoglia prognosi circa la colpevolezza dell'accusato e con il solo limite posto dal successivo comma 2. La norma assolve così ad una fondamentale funzione di garanzia, assicurando all'imputato la tempestiva fuoriuscita dal processo una volta venuti meno i presupposti per la sua punibilità<sup>30</sup>. La logica sottesa alla norma – opzione «frutto di una scelta legislativa che trova la sua ratio nell'intento di evitare la prosecuzione infruttuosa di un giudizio [...] evitando così esasperati, dispen-

---

<sup>28</sup> Osservazione contenuta nella sentenza della Corte EDU, Sez. II, 29 ottobre 2013, ric. n. 17475/09 (Varvara c. Italia), § 71. Di rilievo la posizione dissenziente di chi, proprio in seno a quel collegio giudicante, ha eccepito che “*la dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è un assegno in bianco che consente ai giudici nazionali di agire come desiderano (...) Il punto fondamentale è che il giudice non deve far pesare sulle persone in questione le carenze di una politica penale irrazionale dello Stato, e in particolare di una politica che induce «l'effetto combinato di reati complessi e di termini di prescrizione relativamente brevi» (...) Più in generale, la nozione di dichiarazione «sostanziale» di responsabilità è di per sé contraria ai valori della certezza del diritto e della prevedibilità, poiché la persona o l'ente interessata/o non può realmente prevedere se i suoi beni saranno confiscati.*

<sup>29</sup> F. NICOLICCHIA, *Dalla confisca “senza condanna” alla confisca “senza tempo”: rilievi critici dalla prospettiva processuale*, in *Arch. pen.*, 2020, n. 3, p. 7.

<sup>30</sup> Ne ridimensionano la portata garantista, individuando la principale funzione della norma nel soddisfacimento di esigenze di economia processuale: F. MORELLI, *Le formule di proscioglimento. Radici storiche e funzioni attuali*, Torino, 2014, pp. 339 ss., nonché, più di recente ed in maniera ancor più esplicita, Id., *La prescrizione del reato, i tempi del processo, l'autorità senza tempo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2019, p. 1608, ove l'assetto codicistico viene ricondotto a «motivazioni esclusivamente efficientistiche». Rilievi analoghi anche in L. SCOMPARNI, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, p. 404.

diosi ed inutili formalismi»<sup>31</sup> rende, dunque, inopportuno mantenere in vita l'accertamento con il suo carico di afflittività al solo fine di addivenire ad un accertamento funzionale alla confisca poiché ciò equivarrebbe a comprimere in misura sproporzionata i diritti dell'imputato<sup>32</sup>.

L'obbligo di immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità non potrebbe, così, essere derogato neppure di fronte all'esigenza di assicurare effettività alla tutela dell'interesse pubblico da realizzare mediante l'ablazione patrimoniale<sup>33</sup>.

La soluzione – accolta dalla Corte EDU – di condizionare l'ammissibilità della misura ad un sostanziale accertamento di responsabilità dell'imputato si scontra, quindi, con le regole processuali domestiche, delle quali non può giustificarsi una arbitraria disapplicazione in vista del risultato finale.

È pur vero che laddove la scadenza del termine di prescrizione intervenga in procinto della deliberazione della sentenza, potrebbe ritenersi sussistente quell'accertamento sostanziale che, non richiedendo un'ulteriore prosecuzione del processo, potrebbe risultare astrattamente compatibile con l'art. 129 c.p.p.

Nel concreto, tuttavia, a disvelare la contraddittorietà della soluzione è pur sempre la natura giuridica della confisca che, ove assume carattere sanzionatorio-afflittivo, non può – al pari della vera e propria pena prevista per il reato prescritto – trovare applicazione al maturare del termine prescrizionale, la scadenza del quale segna la perdita di interesse dello Stato a “punire” quel fatto illecito.

Se, infatti, il diritto all'oblio potrebbe apparire recessivo rispetto allo spossamento caratterizzato da tratti più affini a quelli della misura di sicurezza, lo stesso non può dirsi con riferimento all'ablazione caratterizzata da natura punitiva, rispetto alla quale non potrebbe giustificarsi l'inosservanza delle ragioni sostanziali che fondano la prescrizione<sup>34</sup>.

In altre parole, una volta scaduto il termine di prescrizione, se non è possibile procedere ad una pronuncia nel merito – che implicherebbe una disapplicazione dell'art. 129 c.p.p. – neppure nell'ipotesi in cui, al termine del giudizio, risulti certa la colpevolezza dell'imputato, ragioni di coerenza impongono di negare l'ammissibilità di una speculare verifica unicamente funzionale all'applicazione della confisca in quel medesimo frangente.

---

<sup>31</sup> Così ancora Cass., Sez. un., 30 gennaio 2020, Perroni, cit.

<sup>32</sup> Sulla natura afflittiva del procedimento penale espressa attraverso la figura del processo come pena, R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in *Crit. del dir.*, 1997, pp. 217 ss. Parla, invece, di «pena nel processo», M. NOBILI, *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 658.

<sup>33</sup> Così ancora Cass., Sez. un., 30 gennaio 2020, Perroni, cit.

<sup>34</sup> Adombra una simile problematica anche D. PULITANO, *Due approcci opposti sui rapporti tra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Diritto penale contemporaneo*, Riv. trim., 2, 2015, p. 322.



Le considerazioni appena esposte – che mettono in luce l'assoluta inconciliabilità con il sistema dell'applicazione della regola di cui all'art. 578-bis c.p.p. alla confisca-pena – impongono, perlomeno, di attribuire alla stessa il valore dell'eccezionalità, non potendosi in alcun modo giustificare un'applicazione estensiva di una norma ispirata dal solo intento di dare effettività a quello che la dottrina definisce il «“barone rampante” dell'attuale politica criminale contemporanea»<sup>35</sup>.

Ed, invece, anche sotto questo punto di vista, la pronuncia si mostra altamente contraddittoria, in quanto, pur ponendosi come baluardo del rispetto del principio di legalità, ne frustra il sotto principio del divieto di analogia in *malam partem*. La Corte, chiamata a prendere posizione sull'interrogativo riguardante la possibilità di applicare o meno la disposizione del codice di rito – che si riferisce esplicitamente soltanto alla confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter c.p. – anche alla misura ablatoria prevista per i reati tributari dall'art. 12-bis, D.Lgs. n. 74 del 2000, fornisce una risposta positiva, di fatto ammettendo la possibilità di procedere in caso di intervenuta prescrizione del reato all'ablazione patrimoniale con riferimento ad ogni forma di confisca regolata in fonti normative diverse dal codice penale<sup>36</sup>.

Una lettura che si pone in aperto contrasto con la lettera della legge, il cui riferimento – contenuto nel testo dell'art. 578-bis c.p.p. – alla «confisca in casi particolari prevista da altre disposizioni di legge» non può che essere rivolto unicamente a quelle ipotesi di confisca allargata la cui previsione non è contenuta nell'art. 240-bis c.p., ma in disposizioni speciali<sup>37</sup>.

È piuttosto evidente, dunque, come la Corte di legittimità tenti maldestramente di autolegittimarsi, lasciando in panchina talune garanzie fondamentali e servendosi della natura delle confische come di etichette interscambiabili in vista della salvaguardia del “bene supremo” dell'ablazione

---

<sup>35</sup> V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimine sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2015, p. 1265.

<sup>36</sup> Sul punto la Corte si limita a richiamare sbrigativamente il precedente Cass. pen., Sez. Un., 30 gennaio 2020 (dep. 30 aprile 2020), n. 13539, Perrone, in *giurisprudenzapenale.com*(§ 5.4., considerato in diritto), e in *Dir. pen. proc.*, 2020, pp. 1197 ss., con nota di A. COSTANTINI, *Nuovi equilibri e vecchie contraddizioni in tema di confisca urbanistica: i rapporti con la prescrizione del reato e il principio di proporzione nell'interpretazione delle Sezioni Unite*. Sia pure solo in un inciso, anche Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2018 (dep. 7 febbraio 2019), n. 6141, Milanese, in *giurisprudenzapenale.com*, afferma che il riferimento contenuto nel testo dell'art. 578-bis c.p.p. «evoca le plurime forme di confisca previste dalle leggi penali speciali» (§ 19.1., considerato in diritto).

<sup>37</sup> L'inciso si riferisce, in particolare, alla disposizione contenuta nell'art. 85 bis del T.U. in materia di stupefacenti (che ha previsto l'applicabilità della confisca allargata in caso di condanna per il reato di cui all'art. 73 del medesimo T.U.) e a quella contenuta nell'art. 301, co. 5 bis, del T.U. in materia doganale (che ha previsto l'applicabilità della confisca allargata in caso di condanna per uno dei reati contemplati dal medesimo articolo), nonché ora anche a quella di recente introduzione contenuta nell'art. 12 ter del d.lgs. n. 74 del 2000 (che ha previsto l'applicabilità della confisca allargata in caso di condanna per taluni reati in materia tributaria). T. TRINCHERA, *Un pervicace non sequitur. La finalità ripristinatoria della confisca per equivalente e la sua natura sostanzialmente punitiva*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, n. 2, 2023, p. 475 s.

patrimoniale. È questo, quindi, il *leitmotiv* della giurisprudenza formatasi sul tema e non – come dovrebbe essere – la tutela dello statuto convenzionale e costituzionale reclamato dall’universo confiscatorio, le cui mille sfaccettature non vengono debitamente considerate a discapito della protezione dei diritti fondamentali.

### 3. Un problema solo apparentemente risolto dal nuovo art. 578-ter c.p.p.

L’annoso dibattito sulla “confisca senza condanna” non sembra essersi del tutto sopito<sup>38</sup>, sotto il profilo della coerenza sistematica, neppure a seguito della riforma *in peius* dei termini prescrizionali – introdotta nell’art. 159 c.p. ad opera della l. n. 3/2019 – e della introduzione dell’improcedibilità e del correlato art. 578-ter c.p.p. – introdotto con il d.lgs. 17-10-2022, n. 150, art. 33, n. 1, lett. c – che consente al giudice di appello o alla Corte di Cassazione, nel dichiarare l’azione penale improcedibile ai sensi dell’articolo 344-bis c.p.p., di disporre «la confisca nei casi in cui la legge la prevede obbligatoriamente anche quando non è stata pronunciata condanna».

Una riforma che, escludendo la configurabilità della prescrizione nei giudizi di impugnazione – soppiantata dalla nuova causa di improcedibilità di cui all’art. 344-bis c.p.p. – ha fatto crollare tutte le problematiche connesse all’operatività della regola di cui all’art. 578-bis c.p.p., destinata a sopravvivere sino all’esaurimento dei processi legati a reati commessi sino al 31 dicembre 2019.

Purtuttavia, le novità legislative hanno lasciato intatta la radice guasta del problema.

Il nuovo meccanismo, infatti, contempla una soluzione certamente apprezzabile ove prevede che il giudice, a seguito della declaratoria di improcedibilità per decorso del tempo dell’impugnazione, possa disporre unicamente la confisca obbligatoriamente prevista dalla legge anche fuori dai casi di condanna (art. 240, comma 2, n. 2, c.p.). A tale regola, tuttavia, il secondo comma introduce immediatamente una deroga per le ipotesi in cui vi siano beni in sequestro di cui deve essere disposta la confisca non obbligatoria: dinnanzi a tale evenienza il giudice, nel dichiarare l’improcedibilità dell’azione ex art. 344-bis c.p.p., dispone con ordinanza la trasmissione degli atti al Procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto o al Procuratore nazionale antimafia e antiterrorismo per l’eventuale applicazione delle misure patrimoniali di cui al titolo II del D. Lgs. n. 159/2011<sup>39</sup>. In

---

<sup>38</sup> Del tema si è, infatti, occupata anche la Direttiva europea n. 1260, adottata nel maggio del 2024, riguardante il recupero e la confisca dei beni (sostitutiva della Direttiva 42/2014), che presenta le novità più rilevanti proprio nel settore della “confisca senza condanna”, con la finalità di «*introducing more effective rules on non-conviction based confiscation*».

<sup>39</sup> Cfr. anche E. APRILE, *Gli effetti della improcedibilità dell’azione penale sulle statuizioni civili, sulla confisca e sull’azione per l’accertamento della responsabilità degli enti*, in *Foro it.*, 2022, 3,

tali ultimi casi, la misura cautelare reale disposta nel processo penale cessa di avere effetto solo se, entro novanta giorni dall'ordinanza di trasmissione degli atti, non venga applicato il sequestro ai sensi degli artt. 20 o 22 del codice antimafia.

In altre parole, il comma 2 regola i casi in cui la condanna è presupposto della confisca ma la pronuncia ex art. 344-*bis* c.p.p. impedisce al giudice di proseguire nell'esame del merito e di giungere all'ablazione definitiva, di fatto congelando gli effetti della precedente pronuncia. Un regime, dunque, differente rispetto a quello previsto dall'art. 578-*bis* c.p.p. – che attribuisce al giudice il potere di proseguire nella decisione sull'impugnazione al solo fine di verificare la ricorrenza dei presupposti per l'applicazione della confisca “in casi particolari” – e certamente più aderente allo statuto costituzionale delle confische.

Ciò che non convince è il percorso argomentativo che ha condotto alla pur meritevole conclusione. Il delegato ha, infatti, scelto di garantire la sopravvivenza della sola confisca di beni intrinsecamente pericolosi – per i quali, a monte, il legislatore ha compiuto una valutazione di pericolosità (art. 240, comma 2, c.p.) – escludendo la perseguibilità del processo penale ai soli fini della confisca sul presupposto che il superamento dei termini massimi del giudizio impugnatorio costituisce uno sbarramento processuale<sup>40</sup> che osta alla prosecuzione del giudizio nel merito.

Così facendo, ha preso le distanze da quanto previsto sia dalla Corte Costituzionale, sia dalla Corte di Cassazione che dalla Corte europea, che avevano creato un quadro giurisprudenziale univoco rispetto alla possibilità di far proseguire il giudizio al fine di accertare, incidentalmente, la responsabilità ai soli fini della confisca<sup>41</sup>: un'evoluzione interpretativa che, da un lato, rende ancora più nitide le antinomie del dogma della “confisca con condanna sostanziale” e, dall'altro, disvela ulteriori e diverse contraddizioni.

In forza del nuovo meccanismo il rito, insensibile alla scadenza del termine massimo di prescrizione – vale a dire al decorso di quel lasso temporale predeterminato dall'ordinamento entro il quale non si reputa più opportuno punire – si immobilizza di fronte alla nuova causa di improcedibilità, travol-

---

p. 112.

<sup>40</sup> Sugli effetti della improcedibilità, M. DANIELE, *La prescrizione processuale nei gradi di impugnazione: forzature dogmatiche e reazioni applicative*, in AA.VV., *Nuovi limiti temporali per l'accertamento penale. Fra prescrizione del reato e improseguibilità dell'azione penale*, (a cura di) R. ORLANDI, E. KOSTORIS, Vol. I, Torino, 2022, pp. 23 ss.

<sup>41</sup> Ripercorre il dibattito giurisprudenziale e dottrinale sul provvedimento ablatorio in assenza di una sentenza di condanna G. B. CHERCHI, *Confisca, prescrizione e art. 129 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 3, 2023, p. 853 s.; v. anche Cass. Sez. Un. 30 gennaio 2020, n. 13539, Perroni, in *Cass. pen.*, 2020, p. 4041 con nota di L. CAPRIELLO, *Confisca urbanistica e prescrizione del reato presupposto: le sezioni unite chiariscono la portata applicativa del principio (ri)affermando da corte edu, G.i.e.m. c. Italia.*; E. ZUFFADA, *La corte europea giudica compatibile con la convenzione con la confisca del profitto del reato anche in assenza di condanna*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, 1, p. 380 s.

gendo tutte le ipotesi di confisca diverse da quella obbligatoriamente prevista dalla legge anche fuori dai casi di condanna.

Il legislatore attribuisce ad un mero sbarramento processuale – che teoricamente può “assorbire” lo scrutinio di responsabilità necessario per disporre la confisca<sup>42</sup> – quella forza caducativa che aveva, invece, sottratto alla prescrizione che, quale causa estintiva del reato, è invece collocata nell’alveo del diritto penale sostanziale<sup>43</sup>. Siamo di fronte ad un sistema, dunque, che spoglia la prescrizione delle proprie auree vesti sostanziali in vista dell’attivazione dello strumentario ablatorio<sup>44</sup> e che riconosce, poi, ad una vera e propria formalità processuale<sup>45</sup> – quale è la dichiarazione di superamento dei termini massimi previsti per il giudizio di impugnazione – il potere di “fulminare” il processo<sup>46</sup>.

Un’anomalia non di poco conto se si considera che potrebbe anche accadere che oltre al decorso del termine di procedibilità il reato risulti anche prescritto. In una simile situazione non è agevole stabilire quale debba prevalere tra l’improcedibilità e la prescrizione e, conseguentemente, quali siano le sorti della confisca in tali ipotesi.

Il nuovo congegno predisposto all’art. 578-ter c.p.p., inoltre, smentisce sé stesso laddove, al comma 2, prevede la trasmissione degli atti al pubblico ministero competente affinché eserciti l’azione di prevenzione sui beni assoggettati a sequestro. Quella declaratoria di improcedibilità dell’azione – che dovrebbe travolgere atti, imputazioni, statuizioni di ogni tipo, inibendo al giudice qualsiasi attività che non si identifichi con la emissione della

---

<sup>42</sup> A. MACCHIA, *Le impugnazioni: dalla Riforma Orlando alla Riforma Cartabia. Note a margine*, in *Cass. pen.*, 2023, p. 1448.

<sup>43</sup> Collocazione ribadita anche dalla C. Cost., sent. 23 novembre 2006, n. 394; sent. 1° agosto 2008, n. 324; sent. 28 maggio 2014, n. 143, in *giurcost.org*. Nell’ambito della c.d. “saga Taricco”: cfr. C. Cost., ord. 26 gennaio 2017, n. 24, in *dirittopenalecontemporaneo.it*, 19 aprile 2017, con nota di R. SICURELLA, *Oltre la vexata quæstio della natura della prescrizione. L’actio finium regundorum della Consulta nell’ordinanza Taricco, tra sovranismo (strisciante) e richiamo (palese) al rispetto dei ruoli*. Cfr. in particolare par. 8, ove la Corte, nell’erigere un limite all’applicabilità della c.d. regola Taricco da parte del giudice nazionale, sottolineava che «L’impedimento del giudice nazionale ad applicare direttamente la regola enunciata dalla Corte non deriva da una interpretazione alternativa del diritto dell’Unione, ma esclusivamente dalla circostanza, in sé estranea all’ambito materiale di applicazione di quest’ultimo, che l’ordinamento italiano attribuisce alla normativa sulla prescrizione il carattere di norma del diritto penale sostanziale e la assoggetta al principio di legalità espresso dall’art. 25, secondo comma, Cost.».

<sup>44</sup> Sul punto cfr. L. BARON, *La confisca con “condanna sostanziale”: verso un nuovo “principio generale” in materia ablatoria*, cit.

<sup>45</sup> Che ha la funzione di garantire il corretto funzionamento del giusto processo e la realizzazione del progetto costituzionale (art. 111 comma 2 Cost). Sul rapporto tra prescrizione e improcedibilità v. A. DE CARO, *Tempo, punizione e processo: le indubbie connessioni tra la ragion d’essere della prescrizione e la durata ragionevole del processo. La prospettiva dell’improcedibilità dell’azione*, in *sistemapenale.it*, 22 luglio 2020.

<sup>46</sup> A. MACCHIA, *Le impugnazioni: dalla Riforma Orlando alla Riforma Cartabia. Note a margine*, cit., p. 1448.

declaratoria medesima<sup>47</sup> – inspiegabilmente mantiene in vita la statuizione reale dinnanzi ad un fatto non accertato in via definitiva. Quella stessa norma che, a fronte dell'intervenuta improcedibilità dell'azione, paralizza il processo impedendo «qualsivoglia prosecuzione del giudizio, anche solo finalizzata all'accertamento della responsabilità da un punto di vista sostanziale», consente ad una misura cautelare applicata sulla base dei presupposti previsti dal codice di procedura penale di sopravvivere ad un processo che si è sostanzialmente estinto, per giunta modificandone la natura.

Il più vistoso e grave effetto collaterale di tale contraddizione è l'arbitraria ultrattività del sequestro penale che ne deriva, non positivizzata e priva di qualsivoglia legame coi principi del sistema processuale. Dal momento della trasmissione degli atti al pubblico ministero competente, infatti, l'ablazione dei beni di cui non si è potuta disporre la confisca a causa dell'improcedibilità rimane sospesa in una sorta di limbo, privo di copertura normativa, nell'attesa di tramutarsi magicamente in sequestro d'urgenza per la diversa confisca antimafia<sup>48</sup>.

Dietro il ricorso alla procedura di prevenzione, per proseguire ciò che è improseguibile in sede penale, si cela, dunque, il vecchio inganno dello «scambio di etichette» con il quale i giudici, sin dall'origine della *vexata quaestio* della confisca senza condanna, e poi il legislatore, hanno strumentalizzato la duttilità morfologica delle misure ablative in nome della lotta contro l'accumulo di ricchezza illecita.

Riappaiono, dunque, i frutti del seme infetto del sistema, ovverosia la cieca smania apprensiva pericolosamente e strategicamente indifferente alla diversità di struttura e finalità delle confische – e allo statuto garantistico che ne presiede l'applicazione – e certificativa dell'ormai riconosciuta supremazia assiologica della razionalità efficientistica.

Pur non potendosi negare che l'attuale quadro normativo ha realizzato un apprezzabile riassetto delle garanzie, rimane inalterata la tendenza di fondo di guardare al settore delle confische come ad una zona franca «ove il lume dei principi fondamentali fatica [ancora] a penetrare»<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Sul tema v. F. CORDERO, *Le situazioni soggettive nel processo penale: studi sulle dottrine generali del processo penale*, Torino, 1956, p. 147.

<sup>48</sup> Sul tema del rapporto tra improcedibilità e confisca v. F. VERGINE, V. MAZZOTTA, G. MICHELI, E. TRAMACERE, *Profili processuali*, in (a cura di) G. VICICONTE, M. BENCINI, L. FANFANI, *Delitti di corruzione*, Milano, 2024, pp. 513 ss.; cfr. anche V. MAZZOTTA, *L'improcedibilità e le sorti della confisca. Il paracadute (apparente) del procedimento di prevenzione*, in *Il processo*, n. 1, 2023, p. 365 ss.

<sup>49</sup> Così, L. BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla c.d. criminalità del profitto*, cit., pp. 46-47.



## LA GIURISPRUDENZA CREATIVA

### Qualche considerazione a margine della *Winter School* di Asiago

Leonardo Filippi\*

Si è svolta, dal 30 gennaio al 2 febbraio, nella splendida cornice di Asiago, la *Winter School* 2025, dedicata al “Processo penale e giurisprudenza creativa”, organizzata dalla prof.ssa Donatella Curtotti in collaborazione con diverse Università italiane.

L’iniziativa ha riscosso grande successo non solo sotto il profilo scientifico, per le prestigiose relazioni di illustri cattedratici e i promettenti interventi di giovani dottorandi, ma per l’atmosfera di condivisione e amicizia che si è creata tra le diverse generazioni di studiosi della materia.

Il tema era accattivante. Infatti, il fenomeno della giurisprudenza creativa è di stretta attualità, ma antico e risalente nel tempo, ed è notorio che la magistratura da sempre è tentata da pronunce che, per necessità o per altre ragioni, ambirebbero a svolgere il ruolo riservato al legislatore.

Ovviamente, il risultato di tale giurisprudenza creativa sfocia in un “diritto giudiziario” che però cozza contro principi fondanti del nostro sistema costituzionale, quali la divisione dei poteri, ma anche i principi di legalità, della certezza del diritto e della conoscibilità e prevedibilità della legge e della soggezione dei giudici alla legge, principi che oggi soffrono di una crisi senza precedenti.

Il giudice, che per Costituzione è “soggetto soltanto alla legge” (art. 101 Cost.), si rivolta contro la legge e ne crea una diversa: è la ribellione del giudice alla legge, è un attentato alla Costituzione consumato attraverso la violazione del principio di legalità.

Cercare le cause di questa supponenza non è facile.

Ma, sicuramente, gli spazi della discrezionalità interpretativa nell’esercizio della giurisdizione sono nel tempo cresciuti, a causa, da una parte, dell’inflazione delle leggi e della struttura multilivello della legalità, ma, dall’altra, della scarsa iniziativa e modesta capacità normativa del Parlamento, che troppo spesso o è inerte o subisce i suggerimenti della giurisprudenza.

Sappiamo che si sono verificati nel corso della storia alterni “corsi e ricorsi”, con varie invasioni di campo: dapprima, con l’avvento del fascismo e durante il ventennio fascista, si verificò un progressivo svuotamento delle funzioni del potere legislativo

---

\* Già professore ordinario di diritto processuale penale presso l’Università degli Studi di Cagliari.

e un maggiore accentramento dell'attività legislativa in capo al potere esecutivo; è nota la frase di Mussolini sul Parlamento: "Potevo fare di questa Aula sorda e grigia un bivacco di manipoli". Ma è a partire dagli anni '60 e '70 del secolo scorso che cominciò a prendere piede un fenomeno opposto, con l'iniziativa giurisprudenziale dei "pretori d'assalto", che, per supplire all'inerzia del legislatore e ad una normativa costituzionalmente inadeguata, cominciarono ad emettere sentenze "politiche", spesso per dare attuazione alla Costituzione ma comunque sostituendosi al legislatore.

Da allora la giurisprudenza creativa non è mai cessata, talvolta per adeguare la legge alla Costituzione o al diritto europeo, più spesso con interpretazioni *in malam partem*, qualche volta addirittura degenerando in una vera e propria "fantasia incriminatrice".

La giurisprudenza creativa è cresciuta e si è affermata grazie ad un equivoco di fondo. Infatti, Hans Kelsen sosteneva una concezione della giurisdizione come creazione del diritto in senso forte. Egli, infatti, affermava che «la creazione di una norma giuridica è, normalmente, una applicazione di una norma superiore, che regola tale creazione, e l'applicazione di una norma superiore è, normalmente, la creazione di una norma inferiore determinata dalla superiore. Una decisione giudiziaria, ad esempio, è un atto mediante cui è applicata una norma generale, una legge formale, ma è al tempo stesso creata come norma individuale che obbliga una o entrambe le parti della controversia» (H. KELSEN, *Teoria generale del diritto*, 1945, trad. it. di S. Cotta e di G. Treves, Edizioni di Comunità, Milano, 1952, p. 135).

Purtroppo, la tesi del ruolo creativo della giurisdizione e della sua natura di "fonte del diritto" è stata progressivamente accettata anche dall'odierna cultura giuridica, pur se, di solito, nell'accezione impropria e debole del termine "creativo".

Ad esempio, Francesco Galgano scrive che «Il diritto giudiziario è un'ulteriore fonte di produzione del diritto, alternativa a quelle che si modellano secondo le procedure democratiche di formazione delle leggi negli Stati nazionali» (*La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 202) e, addirittura, di fatto a queste sopraordinata (*op. cit.*, pp. 98 e 149); ma questa tesi viene da Galgano basata soltanto sulla larga discrezionalità di quelle che sono pur sempre scelte interpretative operate dai giudici (*ivi*, p. 150).

Anche Aurelio Gentili concepisce la teoria dell'argomentazione come fonte formale di diritto oggettivo (*Il diritto come discorso*, Giuffrè, Milano, 2013, cap. I, pp. 3-27), anche se poi, con qualche contraddizione, respinge «l'ipotesi di una giurisprudenza realmente creativa» (GENTILI, *op. cit.*, p. 317) definendo «libertinaggio interpretativo» il creazionismo giurisprudenziale arbitrario (*ivi*, p. 86) e configura l'apporto del giudice nell'applicazione della legge come «né deduttivo, né creativo ma piuttosto selettivo» (*ivi*, p. 327).

Tra i penalisti, Giovanni Fiandaca riconosce una «funzione *lato sensu* "creativa" dei giudici» e «un ridimensionamento conseguente sia del classico principio della separazione dei poteri, sia dei tradizionali principi-tabù (almeno rispetto all'area continentale) di legalità e riserva di legge» (G. FIANDACA, *Diritto penale giurisprudenziale e spunti di diritto comparato*, in *Id.* (a cura di), *Sistema penale in transizione e ruolo del diritto giurisprudenziale*, Cedam, Padova, 1997, p. 2). L'Autore propone di «distinguere (per dir così) tra diritto giurisprudenziale creativamente "legittimo" e prevedibile in termini di ragionevole certezza e diritto giurisprudenziale creativamente "abusivo" o capricciosamente anarchico» (G. FIANDACA, *op. cit.*, p. 241) e afferma che «riconoscere



la “creatività” giurisprudenziale non vuol dire, infatti, essere disposti ad avallare la discrezionalità interpretativa più spinta e disinvolta». Solo che, osserviamo noi, una volta che si accetta la giurisprudenza creativa, non è facile distinguere e accettare solo quella legittima e respingere quella più o meno spinta o disinvolta.

Si assiste così ad un “ruolo creativo di nuovo diritto” affidato alla giurisdizione, inteso con “creazione” non già l’inevitabile interpretazione della legge esistente, ma la produzione di nuovo “diritto giurisprudenziale”.

Tra i pochi filosofi del diritto che hanno assunto una decisa opposizione alla giurisprudenza creativa va annoverato Luigi Ferrajoli, l’allievo di Norberto Bobbio ed ex magistrato, il quale chiarisce che “... i limiti e i vincoli legali sono relativi, nel senso che non sono in grado di eliminare gli spazi della discrezionalità giudiziaria colmati sia dall’argomentazione probatoria che da quella interpretativa. Il legislatore, infatti, produce solo il *diritto vigente*, consistente in testi normativi che richiedono di essere interpretati. Tutto il *diritto vivente*, tutto il diritto in azione – tutte le norme, inteso con “norma” il significato di un enunciato normativo – è perciò, ripeto, un diritto di produzione giurisprudenziale, interamente frutto dell’argomentazione interpretativa. Ma in tanto il diritto vivente è altresì diritto valido in quanto sia appunto argomentato come interpretazione plausibilmente accettabile del diritto vigente di produzione legislativa. In breve, né il diritto vivente può essere prodotto dal legislatore, né il diritto vigente può essere prodotto dai giudici; né il legislatore può interferire nella produzione del diritto vivente, né il giudice può interferire nella produzione del diritto vigente. È questo il senso della separazione dei poteri” (L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Questione Giustizia*, n. 4/2016). E questa serrata critica alla giurisprudenza creativa, fatta proprio da chi è stato magistrato, ha un profondo significato.

### **La giurisprudenza creativa nel diritto penale.**

#### **a) La creazione del delitto di concorso esterno in associazione a delinquere.**

La giurisprudenza creativa ha inventato disposizioni persino incriminatrici, in spregio al principio di legalità, posto dall’art. 25 Cost. E’ nota la vicenda del “caso Contrada n. 3”, che riguardava una condanna di un funzionario della Questura di Palermo per il reato di concorso esterno in associazione mafiosa, delitto creato dalla giurisprudenza successivamente alla condotta del ricorrente e comunque privo di una “base legale”. La Corte e.d.u. precisò che l’art. 7 Conv. e.d.u. non si limita a proibire la retroattività in *malam partem*, ma consacra il più generale principio di legalità penale, vietando altresì l’applicazione in via estensiva o analogica di una disposizione incriminatrice a fatti anteriormente non punibili. La Corte ritenne che, all’epoca dei fatti, a partire dalla lettera della legge e alla luce dell’interpretazione fornite dalla giurisprudenza, il ricorrente non fosse in grado di prevedere con precisione le conseguenze penali della propria condotta (Corte e.d.u. Sez. IV, 14 aprile 2015, Contrada c./ Italia (n. 3)). Con questa pronuncia la Corte e.d.u. precisò che il reato di concorso esterno in associazione mafiosa è il risultato di un’evoluzione della giurisprudenza iniziata verso la fine degli anni ’80 e consolidatasi nel 1994 e quindi la legge non era sufficientemente chiara e prevedibile per il ricorrente nel momento in cui avrebbe commesso i fatti contestatigli, con conseguente impossibilità di conoscere nello specifico la pena in cui incorreva per la responsabilità penale che discendeva dagli atti compiuti. Tuttavia, in Italia, le Sezioni Unite esclusero che tale pronuncia fosse una “sentenza pilota” e quindi conclusero che non potesse considerarsi espressione di una “giurisprudenza

europea consolidata". Pertanto, le Sezioni unite affermarono che i principi enunciati dalla citata sentenza della Corte e.d.u. non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non sarebbe una "sentenza pilota" e non potrebbe considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata (Cass., Sez. un., 24 ottobre 2019, Genco, n. 8544/2020). La conseguenza è che tuttora la giurisprudenza ammette il concorso esterno in associazione, anche se tale tipo di partecipazione al reato non è prevista dalla legge.

### **La giurisprudenza creativa nel diritto processuale penale.**

Ma i casi più frequenti di giurisprudenza creativa si registrano nel diritto processuale penale.

#### **a) Le Sezioni unite verso un sistema di *stare decisis*?**

Le Sezioni unite hanno riconosciuto la portata vincolante del precedente giudiziario anche alle decisioni intervenute precedentemente all'entrata in vigore del comma *1-bis* dell'art. 618 c. p. p., che, com'è noto, impone alla sezione semplice della Corte che non condivida il principio di diritto enunciato dalle Sezioni unite di rimettere a queste ultime la decisione del ricorso. La sentenza motiva osservando che il valore di «precedente» è identificabile con la peculiare fonte di provenienza della decisione, indipendentemente dalla collocazione temporale di quest'ultima (Cass., Sez. Un., 19 aprile 2018, Botticelli, n. 36072, Rv. 273549-01).

Anche le Sezioni unite Rizzi, in tema di "confisca allargata", hanno affermato che il precedente delle Sezioni unite Repaci (Cass., Sez. un., 29.5.2014, n. 33451) sarebbe stata una "regola di stabilizzazione" ancor prima dell'introduzione del comma *1-bis* dell'art. 618 c. p. p. ad opera della legge 23 giugno 2017, n. 103, e di conseguenza a tale precedente andrebbe attribuita una valenza non solo "di tipo essenzialmente persuasivo", disvelando la potenzialità semantica del testo della disposizione normativa, ma che, dopo l'inserimento del citato comma *1-bis*, avrebbe avuto anche una valenza di "precedente relativamente vincolante" (Sez. un. 26.10.2023, n. 8052/2024, Rizzi).

#### **b) Lo "sdoganamento" giurisprudenziale del captatore informatico.**

Ma l'esempio più eclatante di giurisprudenza creativa proviene dalla sentenza delle Sezioni unite Scurato, che ammise l'impiego del captatore informatico, che non era previsto dalla legge e quindi in violazione dell'art. 15 Cost.: in questo caso, veramente, la giurisprudenza ha creato un nuovo "modo" di intercettazione in sostituzione del legislatore, che è intervenuto a ratificarlo solo l'anno dopo con la riforma Orlando.

Le Sezioni unite consentirono, anche nei luoghi di privata dimora ex art. 614 cod. pen., pure non singolarmente individuati e anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa, l'intercettazione di conversazioni o comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un "captatore informatico" in dispositivi elettronici portatili (ad es., *personal computer, tablet, smartphone* ecc.), limitatamente a procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica (a norma dell'art. 13 d.l. n. 152 del 1991), intendendosi per tali quelli elencati nell'art. 51, commi *3-bis* e *3-quater*, cod. proc. pen., nonché quelli comunque facenti capo a un'associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato» (Cass., Sez. Un., 28.4. 2016, Scurato).

In questo modo la Corte creò una nuova disposizione di legge che consente l'impiego del *trojan* in violazione dell'art. 15 Cost. che, a tutela della segretezza delle comunicazioni, prescrive la riserva di legge. La Corte si sostituì così al legislatore, suggerendogli come legiferare e infatti l'anno successivo la riforma Orlando recepì esattamente il suggerimento giurisprudenziale, introducendo il comma 2-bis dell'art. 266 con il d. lgs. n. 216/2017.

### **c) Le riprese visive di comportamenti non comunicativi in ambiente privato.-**

Altro caso di giurisprudenza creativa deriva dalla sentenza delle Sezioni unite Prisco in tema di riprese visive di comportamenti non comunicativi in ambiente privato. Con questa pronuncia le Sezioni Unite ammisero le riprese visive di comportamenti non comunicativi nel *privè*, affermando che il concetto di domicilio non può essere esteso fino a farlo coincidere con un qualunque ambiente che tende a garantire intimità e riservatezza; ciò in quanto «il rapporto tra la persona e il luogo deve essere tale da giustificare la tutela di questo anche quando la persona è assente. In altre parole, la vita personale che vi si svolge, anche se per un periodo di tempo limitato, fa sì che il domicilio diventi un luogo che esclude violazioni intrusive, indipendentemente dalla presenza della persona che ne ha la titolarità, perché il luogo rimane connotato dalla personalità del titolare, sia o meno questi presente [...]. Solo il requisito della stabilità anche se intesa in senso relativo, può trasformare un luogo in un domicilio, nel senso che può fargli acquistare un'autonomia rispetto alla persona che ne ha la titolarità», escludendo la configurabilità del domicilio nei c.d. *privés* dei locali pubblici. Pertanto, il *privè* di un locale pubblico non fu considerato ambiente tutelato dall'art. 14 Cost. ma più semplicemente luogo riservato (Cass., Sez. un., 28.3.2006, Prisco). Nell'occasione la Corte di cassazione inventò pure la norma secondo cui «per effettuare riprese visive negli ambienti che godono di semplice riservatezza, e non del carattere di domicilio, è sufficiente un decreto del P.M. anziché del G.I.P.: maggiore creatività della giurisprudenza non potrebbe esservi; si inventa addirittura una disciplina e si individua nel P.M. il soggetto legittimato a limitare un diritto fondamentale della persona, perché se non è libertà domiciliare è almeno riservatezza, comunque sempre un diritto fondamentale la cui limitazione non spetta alla magistratura ma al potere legislativo.

La giurisprudenza è giunta persino a considerare le riprese audio-video delle effusioni amorose e dei rapporti sessuali intercettati all'interno del domicilio, spacciandoli come comunicazioni, ancorché di tipo non verbale, «espressivi di interazione ed idonei a trasmettere contenuti del pensiero e stati d'animo» e quindi intercettabili (Cass., Sez. III, 22.7.2020, n. 31515, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1348). Con questa pronuncia la giurisprudenza ha stravolto il concetto di comunicazione, ricorrendo alla nozione di prova atipica. In questo modo si è creata una norma che consente le riprese visive nel domicilio di comportamenti non comunicativi, attività che il legislatore non consente, con la duplice violazione dell'art. 14 e dell'art. 15 Cost.

### **d) La causa di inutilizzabilità della prova incostituzionale per “lesa maestà”.**

In deroga al principio di tassatività delle sanzioni processuali, la Corte di cassazione riconosce l'incostituzionalità della prova acquisita dopo che il giudice ne aveva dichiarato la nullità. Si tratta del primo caso in cui il disprezzo per la decisione del giudice, il *contempt of Court*, è riconosciuto causa di inutilizzabilità della prova. Peraltro, la prova era stata assunta in violazione sia della riserva di legge, sia del diritto di

difesa, sia della segretezza delle comunicazioni, ma nella sentenza ha prevalso, come causa di inutilizzabilità, il mancato rispetto della decisione del giudice. Infatti, la Corte di cassazione, investita del ricorso, ha buon gioco nell'osservare che tale *modus procedendi* ha integrato una violazione del provvedimento giurisdizionale, "neutralizzandone" gli effetti attraverso l'utilizzo – peraltro improprio – dell'ispezione del cellulare.

Si tratta di una chiara presa di posizione, da parte del supremo Collegio, di rispetto del provvedimento giurisdizionale, che non può essere "bypassato" dal Pubblico Ministero ricorrendo all'*escamotage* di riacquisire, peraltro con un mezzo di ricerca della prova non previsto dal codice e incidente su una libertà fondamentale, ciò che era stato dichiarato nullo dal Tribunale. Si trattava di una fattispecie in cui il P.M., con un maldestro tentativo, aveva tentato di eludere la dichiarazione di nullità dei decreti di sequestro dei cellulari, già riconosciuta dal tribunale del riesame, richiedendo, *tamquam iudex non esset*, una misura cautelare sulla base dei messaggi presenti nei cellulari già dissequestrati dal giudice ma da lui trattenuti e "ispezionati" per acquisirne il contenuto. La Corte afferma che tale *modus procedendi* ha integrato una violazione del provvedimento giurisdizionale che aveva dichiarato nullo il sequestro del cellulare e ordinato la restituzione, "neutralizzandone" gli effetti con l'"ispezione informatica" (Cass., Sez. VI, n.31180/2024).

#### **e) L'"agente segreto attrezzato per il suono".**

Mancando una disciplina legislativa in tema di "agente segreto attrezzato per il suono", la giurisprudenza si è sbizzarrita.

Infatti, è ancora particolarmente controverso, sia in dottrina che in giurisprudenza, il problema relativo all'impiego dell'agente segreto "attrezzato per il suono", ovvero di quel soggetto, appartenente o no alla polizia giudiziaria, che quest'ultima incarica di avvicinare una certa persona per indurla al colloquio ed ottenere dichiarazioni, compromettenti per sé o per altri, da impiegare nel processo. L'agente segreto può registrare tali dichiarazioni oppure farle ascoltare in diretta (e registrare) dalla polizia giudiziaria grazie ai congegni registratori o radiotrasmettenti che egli occulta sulla propria persona e, proprio in base alle differenti capacità operative dello strumento impiegato, la giurisprudenza distingue il regime processuale. La Corte e.d.u. ha sempre censurato tali operazioni di polizia ritenendole contrastanti con il diritto alla riservatezza tutelato dall'art. 8 C.e.d.u. [Corte e.d.u., Grande Camera, 10.3.2009, Bykov c. Russia; Corte e.d.u. 23.11.1993, A. c./Francia; Corte e.d.u., II, 8.4.2003, M.M. c./Paesi Bassi; Corte e.d.u., II, 31.5.2005, Vetter c./Francia; Corte e.d.u., sez. V, 1.3.2007, Heglas c./Repubblica Ceca; Corte e.d.u., III, 25.10.2007, Van Vondel c./Paesi Bassi] o con il diritto al silenzio di cui all'art. 6, c. 1, Conv. e.d.u. [Corte e.d.u., IV, 5.11.2002, Allan c./ Regno Unito]. In Italia le Sezioni Unite Torcasio del 2003 affermarono che la registrazione fonografica di conversazioni o comunicazioni realizzata, anche clandestinamente, da soggetto (non appartenente alla polizia giudiziaria) partecipe di dette comunicazioni, o comunque autorizzato ad assistervi, costituisce - sempre che non si tratti della riproduzione di atti processuali - prova documentale secondo la disciplina dell'art. 234 c.p.p. Ma le stesse Sezioni unite avevano precisato che non è acquisibile al processo né, ove acquisita, è utilizzabile come prova la registrazione fonografica realizzata occultamente da appartenenti alla polizia giudiziaria, nel corso di operazioni investigative, durante colloqui da loro intrattenuti con indagati, confidenti o persone informate sui fatti quando si tratti rispettivamente: di dichiarazioni

indizianti raccolte senza le garanzie indicate all'art. 63 c.p.p.; di informazioni confidenziali inutilizzabili per il disposto dell'art. 203 c.p.p.; di dichiarazioni sulle quali sia preclusa la testimonianza in applicazione degli artt. 62 e 195, comma 4, c.p.p. (Cass., Sez. un., 28.5.2003, Torcasio, in *Cass. pen.*, 2004, 2094). Successivamente la Corte costituzionale ribadì quanto affermato dalle Sezioni unite Torcasio, confermando che la registrazione fonografica eseguita da uno degli interlocutori, d'intesa con la polizia giudiziaria e con strumenti da essa forniti, non costituisce più un "documento", ma la documentazione di un'attività di indagine (Corte cost. 30.11.2009, n.320).

In giurisprudenza si sono consolidati nel tempo diversi orientamenti. Si registra quindi un profondo e risalente contrasto giurisprudenziale, che, a causa della mancanza di qualsiasi disciplina legislativa, distingue a seconda del soggetto operante e pure in base alle diverse capacità operative dello strumento utilizzato, cioè se esso si limita a registrare la conversazione oppure ne consente l'ascolto in diretta alla polizia giudiziaria e/o a terzi. Secondo un primo orientamento, sarebbero inutilizzabili, in assenza di un provvedimento motivato di autorizzazione del giudice o di decreto dispositivo del p.m., le registrazioni fonografiche di conversazioni occultamente effettuate da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e attraverso strumenti di captazione dalla stessa forniti (Sez. IV, 11.7.2017, B., n. 48084, in *CED* 271059, in *Cass. pen.*, 2018, p. 595; Sez. III, 23.3.2016, n. 39378; Sez. VI, 26.11.2008, Napolitano e altri, in *Dir. pen. e proc.*, 2009, 1274, e in *Guida dir.*, 2009, 3, 94). Ma un secondo indirizzo afferma invece che la registrazione fonografica di una conversazione effettuata da uno dei partecipi al colloquio costituirebbe una forma di memorizzazione fonica di un fatto storico, anche nell'ipotesi in cui sia stata effettuata su suggerimento o incarico della polizia giudiziaria, ed è utilizzabile in dibattimento quale prova documentale, rispetto alla quale la trascrizione rappresenta una mera trasposizione del contenuto del supporto magnetico contenente la registrazione (Sez. II 23.2.2022, n. 14287, Martinelli, in *Guida dir.*, 2022, n. 18, p. 80; Sez. V, 29.9.2015, Pepi, n. 4287, in *CED* 265624; Sez. I, 22.1.2013, Pagliaro, n. 6339, in *CED* 254814; Sez. III, 4.12.2013, n. 7767, P.G., in *Dir. pen. e proc.*, 2014, p. 1073; Sez. VI, 16.3.2011, Renzi, n. 31342, in *CED* 250534; Sez. II, 24.2.2010, n. 9132; Sez. IV, 11.6.2009, n. 41799; Sez. VI, 7.9.2005, Dottino, in *Guida dir.*, 2005, 39, 99; Sez. I, 12.12.2007, D.G., in *CED* 238488; Sez. I, 23.1.2002, *CED* 222085).

Secondo altre pronunce, palesemente contrastanti con il principio di legalità processuale, la registrazione fonografica occultamente eseguita da uno degli interlocutori d'intesa con la polizia giudiziaria e con apparecchiature da questa fornite non costituirebbe documento, utilizzabile ai sensi dell'art. 234, ma rappresenterebbe la documentazione di un'attività di indagine, che non implica la necessità di osservare le forme previste dagli artt. 266 ss., richiedendo comunque un provvedimento motivato di autorizzazione del Pubblico ministero (Sez. II, 20.3.2015, Pitzulu, in *Guida dir.*, 2015, n. 26, p. 91, e in *Cass. pen.*, 2015, p. 3646; Sez. II, 13.2.2014, Polito, n. 7035, in *Cass. pen.*, 2014, 3374, in *CED* 258551; Sez. VI, 7.4.2010, Angelini, in *Cass. pen.*, 2011, 3505, *CED* 247384, e in *Guida dir.*, 2010, n. 38, p. 75, e in *Giust. pen.*, 2011, III, 708; Sez. II, 10.10.2012, Zupo e altri, in *Giust. pen.*, 2013, III, 435).

#### **f) L'ammissibilità della geo-localizzazione.**

Le moderne tecnologie consentono la geolocalizzazione del dispositivo elettronico in uso al soggetto controllato (come lo *smartphone* o il *tablet*) attraverso diverse modalità e cioè sia con l'uso del captatore informatico, sia a mezzo di satellite (*GPS*),

sia analizzando le App del dispositivo elettronico sequestrato, sia acquisendo i dati di localizzazione ed ubicazione delle celle telefoniche (tracciamento telefonico - c.d. *positioning* - possibile sia nel corso di una comunicazione, cd. dati di localizzazione, sia in assenza, cd. dati di ubicazione: in argomento v. MURRO, *La geolocalizzazione tramite celle telefoniche. Soluzioni percorribili in un mondo digitale in trasformazione*, in *Dir. pen. e proc.* n. 8/2023, 1079).

Per tutte tali prassi investigative, che incidono sulla riservatezza della persona ex art. 2 Cost., manca in Italia una disciplina legislativa e tale carenza le priva di una "base legale" che ne legittimi l'uso, come prescritto dall'art. 8 Conv. e.d.u., secondo l'interpretazione della Corte giust. U.E. Grande Camera, 2.3.2021, *H. K. c./Prokuratuur*, la quale esige la riserva di legge e di giurisdizione, nonché la proporzionalità dell'ingerenza nella vita privata. Infatti, la menzionata sentenza della Corte giust. U.E. ha stabilito principi e garanzie non solo per i dati telefonici e telematici, ma anche per i dati di ubicazione, tutti tutelati dall'art. 8 Conv. e.d.u. Pertanto, poiché le violazioni della Conv. e.d.u. costituiscono anche violazioni dell'art. 117 Cost., sia il *positioning*, sia il *GPS*, devono ritenersi prove incostituzionali e quindi inammissibili nel processo penale.

### g) Il Code catcher.

La giurisprudenza ammette da sempre, anche se non previsto dalla legge, l'impiego dell'*IMSI Catcher* (*International Mobile Subscriber Identity*) è un dispositivo portatile, di ridotte dimensioni, che può essere facilmente sistemato ovunque, capace di infiltrarsi nelle reti di comunicazione, simulando un ponte radio, con l'effetto di individuare i cellulari che si trovano nei dintorni e ne ricava il codice numerico identificativo che contrassegna la SIM Card. Negli U.S.A. è impiegato dalla polizia, previo *order* del giudice, da diversi decenni per registrare le informazioni provenienti da tutti i cellulari che si trovano in una certa area e anche in Italia, pur in assenza di qualsiasi disciplina legislativa, è usato da molto tempo. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato che la richiesta della polizia, senza autorizzazione del giudice, al gestore delle telecomunicazioni e l'utilizzo da parte sua delle informazioni sull'utenza dell'abbonato che hanno portato alla sua identificazione costituiscono un'ingerenza nei suoi diritti ai sensi dell'art. 8 Conv. e.d.u., che tutela il rispetto della vita privata (Corte e.d.u., Sez. IV, 24.4.2018, *Benedik c. Slovenia*). Nonostante la pronuncia della Corte e.d.u. la Corte di cassazione da anni elude il problema perché afferma che il provvedimento del G.I.P. che autorizza le intercettazioni delle conversazioni legittimerebbe la polizia giudiziaria anche al compimento delle operazioni tecniche necessarie alla individuazione delle utenze da intercettare. Pertanto, trattandosi di una operazione tecnica strumentale alla individuazione delle "utenze bersaglio", non sarebbe necessario un autonomo provvedimento autorizzativo, trovando la sua legittimazione nel precedente decreto di autorizzazione delle intercettazioni (Cass., Sez. VI, 18.6.2024 (dep. 5.8.2024), *Della Monica*, n. 31938/2024; Cass., Sez. IV, 12.6.2018, n. 41385, *Chirico* e altro, *CED* 273929). Di recente la Corte ribadisce tale orientamento, precisando che l'acquisizione del *IMSI Catcher* non attiene a conversazioni o comunicazioni, ma solamente al soggetto utente. Esso infatti rappresenta uno strumento di identificazione e geolocalizzazione, mediante un'attività di individuazione dell'utenza da sottoporre a intercettazione telefonica con monitoraggio delle utenze presenti in una determinata area, che non è, dunque, di per sé esecutiva di un'intercettazione di conversazioni, ma è ad essa

necessariamente prodromica. Si tratterebbe pertanto di un'attività di individuazione che si rivolge esclusivamente all'identità del singolo apparecchio telefonico e che neppure è finalizzata ad acquisire elementi sugli eventuali contatti telefonici che tale apparecchio intrattiene in un determinato arco temporale, cosicché non potrebbe parlarsi di attività assimilabile all'acquisizione di tabulati telefonici, potendo essere ricondotta tra gli atti che la polizia giudiziaria compie di propria iniziativa ai fini di cui all'art. 55 c.p.p., in vista di successive attività investigative e non potrebbe quindi essere assimilato ad un mezzo di ricerca della prova. Ne deriverebbe che per l'effettuazione del monitoraggio teso ad individuare le utenze da sottoporre a intercettazione non è necessario un decreto autorizzativo, che è invece indispensabile – e condizione di utilizzabilità dei risultati delle intercettazioni – per poter captare le conversazioni che transitano sull'utenza da monitorare dopo che quest'ultima è stata individuata. In realtà, le potenzialità operative dell'IMSI *Catcher* sono assai più invasive di quelle rappresentate dalla Corte di cassazione, in quanto tale strumento si sostituisce alla cella telefonica (perciò è chiamato anche *cell-site simulator*) e quindi non solo individua e localizza l'utilizzatore del dispositivo ma capta le comunicazioni in corso che vengono fatte transitare in una cella *fake* e, se i messaggi non sono criptati *end to end*, possono anche essere intercettati. Si tratta perciò di un mezzo di ricerca della prova non disciplinato dalla legge ma che incide sui dati personali, sulla riservatezza e potrebbe anche intaccare la segretezza delle comunicazioni, in contrasto con gli artt. 15 Cost e 8 Conv. europea dei diritti dell'uomo. Il Parlamento, quindi, dovrebbe quanto prima disciplinare la materia, nel rispetto della riserva di legge e di giurisdizione, prevedendo con legge i "casi" e i "modi" di impiego di questo invasivo strumento e riservandone al giudice l'autorizzazione (Cass., Sez. III, 26.9.2024, n. 44047, Morabito).

#### **h) L'inutilizzabilità della prova inaffidabile.**

Si afferma, talvolta, l'inutilizzabilità, anziché la semplice inaffidabilità, della prova scientifica non rispettosa dei protocolli scientifici.

Infatti, in tema di inutilizzabilità della prova, la Corte di cassazione si cimenta nella giurisprudenza creativa, nonostante il principio di tassatività delle sanzioni processuali. Infatti, la giurisprudenza riguardo all'inutilizzabilità della prova scientifica si è divisa sull'interpretazione dell'art. 191 c.p.p. che, com'è noto, esige la violazione di un divieto probatorio.

È risaputo che la violazione delle modalità acquisitive della prova non dà luogo a inutilizzabilità ma semmai ad una inaffidabilità della prova stessa. Eppure, si è riconosciuta l'inutilizzabilità a causa della violazione di modalità acquisitive della prova (Sez. II, n. 38184 del 6 luglio 2022, C., Rv.283904-04; Sez. V, n. 36080 del 27 marzo 2015, K., Rv. 264863; Sez. II, n. 27813 del 20 giugno 2024, N., Rv 286745), affermandosi che l'analisi comparativa del D.N.A. svolta in violazione delle regole procedurali prescritte dai protocolli scientifici internazionali in materia di repertazione e conservazione dei supporti da esaminare, nonché di ripetizione delle analisi, priva di certezza gli esiti cui perviene, sicché non è possibile conferire ad essi una valenza indiziante, costituendo, piuttosto, un mero dato processuale, sprovvisto di autonoma capacità dimostrativa e suscettibile di apprezzamento solo in chiave di eventuale conferma di altri elementi probatori. D'altra parte, in senso parzialmente difforme, si afferma che la violazione o l'errata applicazione di protocolli di indagine in materia di repertazione e analisi degli elementi di prova, che contengono regole condivise di carattere tecnico-scientifico,

non costituisce motivo di nullità o inutilizzabilità della prova acquisita, potendo, al più, incidere sull'attendibilità degli esiti della stessa, valutazione insindacabile in cassazione se non nei limiti della manifesta illogicità della motivazione (Sez. V n. 8893 dell'11 gennaio 2021, L., Rv.280623). Si è aggiunto che l'inosservanza delle regole procedurali prescritte dai protocolli scientifici internazionali in materia di repertazione e prelievo del DNA non comporta, di per sé, l'inutilizzabilità del dato probatorio ove non si dimostri che la violazione abbia condizionato in concreto l'esito dell'esame genetico comparativo fondante il giudizio di responsabilità (Sez. VI n. 15140 del 24 febbraio 2022, N., Rv.283144).

### **i) L'ammissibilità della prova dalla genesi sconosciuta.**

Sono recenti le sentenze "gemelle" delle Sezioni unite sull'acquisizione dall'estero delle *chat Sky ECC* (la n. 23755/2024, e la n. 23756/2024, entrambe pronunciate il 29 febbraio e depositate il 14 giugno 2024).

Anch'esse hanno dato mostra di giurisprudenza creativa laddove ammettono una prova formata all'estero con modalità tenute volutamente sconosciute perché coperte dal segreto di Stato, che quindi privano il difensore del diritto di difesa e impongono al giudice di giudicare su una prova la cui genesi è sconosciuta. E' ovvio che il procedimento di formazione della prova, se non avviene nel contraddittorio, deve almeno essere conoscibile al giudice e alle parti, al fine di procedere all'eventuale falsificazione o verifica di essa. Di fronte a sentenze del genere, che compiono un atto fideistico sulla genesi della prova, Karl Popper si rivolterebbe nella tomba.

### **l) L'inammissibilità del ricorso che non si cimenta con la "prova di resistenza".**

Ancora più singolare la giurisprudenza che impone la necessità di esperire la c.d. prova di resistenza con il ricorso che deduce una nullità o inutilizzabilità della prova. È evidente, infatti, che la regola è la tassatività delle sanzioni processuali e che non esiste alcuna disposizione di legge che esiga, a pena di inammissibilità per aspecificità del ricorso, la necessità che il ricorrente sviluppi nel ricorso la prova di resistenza.

Tra l'altro, tale prova di resistenza consiste nella valutazione delle prove residue e utilizzabili, attività valutativa di fatto, che è preclusa in cassazione e comunque è riservata al giudice, anzi è la tipica funzione giurisdizionale.

Eppure, la Corte di cassazione decide la maggior parte dei ricorsi dichiarandoli inammissibili o rigettandoli perché, pur essendovi una nullità o inutilizzabilità manifesta, il ricorrente, quasi sempre il difensore, non ha sviluppato nel ricorso la prova di resistenza.

### **Conclusioni.**

In definitiva, la Corte di cassazione utilizza la giurisprudenza creativa a seconda del risultato che vuol raggiungere nel caso concreto, più spesso in *malam partem*, raramente nel senso del *favor rei*.

Talvolta, poi, il legislatore recepisce i suggerimenti della giurisprudenza e li trasforma in legge, dimostrando la sua modesta autonomia e capacità di legiferare.

Ma è ovvio che, in un sistema di *civil law* come il nostro, la giurisprudenza non possa essere una fonte del diritto e non può pretendere di diventarlo perché sono in gioco i poteri dello Stato, la divisione dei poteri e i principi intangibili di legalità, della



certezza del diritto e quello della soggezione dei giudici alla legge: il sistema processuale sarebbe trasformato in uno di *common law* per mano della giurisprudenza.

Il Parlamento deve, perciò, riappropriarsi della sua funzione tipica, se non vuole essere definitivamente spogliato dalla magistratura.

In conclusione, si può dire, semplificando al massimo il discorso, che ognuno deve rispettare il suo ruolo: il legislatore deve produrre “disposizioni” di legge o di regolamento (che è il diritto vigente), che devono essere interpretate dal giudice per ricavarne la “norma”, cioè la regola ivi contenuta (che è il diritto vivente) la quale, ovviamente, non può stravolgere la disposizione. Quello che spesso è chiamato “diritto giudiziario” è un ossimoro perché le sentenze devono rispecchiare la legge e non deformarla.

Se ogni potere dello Stato svolgesse il suo ruolo, senza invasioni di campo, non solo sarebbe rispettata la divisione dei poteri, ma non sarebbero nemmeno violati i supremi principi di legalità, della certezza del diritto e della conoscibilità e prevedibilità della legge, nonché della soggezione dei giudici alla legge.



# CON IL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2022/2464/UE (CSRD) IN MATERIA DI RENDICONTAZIONE DI SOSTENIBILITÀ SI PUÒ PARLARE DI UNA NUOVA FORMA DI FALSO IN BILANCIO?

**Marco Landolfi\***

Il 25 settembre del 2024 è entrato in vigore il D. Lgs. 6 settembre 2024, n. 125, con il quale il Governo, delegato dal Parlamento con la legge del 21 febbraio 2024 n. 15, ha recepito la direttiva 2022/2464/UE del 14 dicembre 2022, in materia di *Corporate Sustainability Reporting* (c.d. direttiva CSRD).

L'intervento normativo impone a grandi imprese, grandi gruppi di imprese e piccole e medie imprese con valori mobiliari ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati (sono escluse le microimprese, anche se quotate), di redigere su base individuale e consolidata una relazione contenente informazioni di sostenibilità, secondo gli standard adottati e in corso di adozione da parte della Commissione Europea.

La finalità del legislatore europeo e nazionale è quella di indurre i soggetti destinatari dei nuovi obblighi a fornire agli *stakeholders* una visione più ampia, integrata e realistica dell'impresa e del suo approccio alle tematiche ESG.

La dichiarazione di sostenibilità diviene parte integrante della relazione sulla gestione di cui all'art. 2428 c.c., che sarà corredata da una sezione apposita. Le modalità e le tempistiche del nuovo flusso informativo, pertanto, saranno quelle previste per l'approvazione e la pubblicazione dei tradizionali documenti patrimoniali ed economico-finanziari delle imprese.

La novella suggerisce la necessità di un'attenta riflessione sulle attribuzioni e sulle competenze degli organi gestori e di controllo dell'impresa nelle questioni di sostenibilità. Non a caso le competenze degli amministratori in questa materia sono parte delle informazioni da comunicare ai sensi degli articoli 3 e 4 del nuovo decreto.

Non solo. È inevitabile che, all'alba del novo assetto normativo, il pensiero vada all'eventuale rilevanza penale di una rendicontazione di sostenibilità contenente dati non rispondenti al vero, alla stregua dell'attuale disciplina delle false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 del codice civile.

Il tema si era posto già all'epoca dell'entrata in vigore del D.Lgs. 30 dicembre 2016, n. 254 (attuativo della Direttiva 2013/34/UE), che imponeva agli «enti di interesse

---

\* Avvocato.

pubblico» (secondo la definizione di cui all'art. 16 co. 1 del D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 39<sup>1</sup>) obblighi di comunicazione delle informazioni di carattere non finanziario.

Il D. Lgs. n. 125 del 2024 ha espressamente abrogato la precedente disciplina (art. 17 co. 3), sostituendone anche l'apparato sanzionatorio. Un dato non irrilevante ai fini della questione sull'applicabilità del falso in bilancio.

L'art. 8 co. 4 del D. Lgs. n. 254 del 2016 prevedeva, infatti, sanzioni amministrative pecuniarie per gli amministratori e i componenti dell'organo di controllo in caso di dichiarazioni individuali o consolidate di carattere non finanziario che contenessero fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero o che omettessero fatti materiali rilevanti, con riferimento agli obblighi di comunicazione di cui agli artt. 3 e 4 del medesimo decreto.

La presenza della clausola di salvezza «*salvo che il fatto costituisca reato*» e la scelta di riprodurre l'espressione «*fatti materiali rilevanti*», propria delle fattispecie incriminatrici di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c., potevano avallare l'ipotesi che la normativa penale sulle false comunicazioni sociali fosse applicabile anche alle comunicazioni dei dati non finanziari.

Certo l'adattabilità della disciplina codicistica alle informazioni di carattere non finanziario si presentava (e si presenta tuttora) ardua, non tanto a causa dei requisiti di materialità e rilevanza delle informazioni richiesti dalla fattispecie penale, quanto piuttosto per la difficoltà di proiettare le informazioni di carattere non finanziario sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società; di dare cioè un significato strettamente economico – in termini di solidità patrimoniale, capacità reddituale, equilibrio finanziario delle imprese – a dati che non necessariamente ne sono provvisti<sup>2</sup>. Spesso, poi, la relazione tra dati di sostenibilità e dati economici è solo indiretta e oggetto di valutazioni non prive di margini discrezionali. Questa difficoltà di “traduzione” è acuita dall'assenza di criteri consolidati in materia di connettività tra bilancio e report di sostenibilità.

In altre parole, l'argomento maggiormente ostativo a ritenere applicabile la disciplina tradizionale era ed è la necessità di garantire il rispetto del principio di legalità, evitando l'applicazione analogica in *malam partem*<sup>3</sup> di una norma pensata per ambiti di tutela assai più specifici e circoscritti rispetto a quello in esame<sup>4</sup>.

Alla luce della nuova disciplina non pare possa pervenirsi a conclusioni diverse. Al contrario. Il percorso di approvazione del nuovo testo sembra suggerire che su questo tema il legislatore abbia preferito fare un passo indietro.

Innanzitutto, l'apparato sanzionatorio, previsto dall'art. 10 co. 2 del nuovo decreto, è stato confinato alle sole imprese con valori mobiliari ammessi alla negoziazione su mercati regolamentati (sono state escluse, quindi, le grandi imprese non quotate).

<sup>1</sup> In breve, società quotate, banche, imprese di assicurazione e riassicurazione.

<sup>2</sup> G.P. ACCINNI, *Rilevanza penale delle falsità nei cd. non financial statements?*, in *La Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*, 2018, fasc. 1, 45.

<sup>3</sup> A. SIMBARI, *Bilanci di sostenibilità, oltre ai rischi ci sono opportunità per i board*, in [www.milanofinanza.it/news/bilanci-di-sostenibilita-oltre-ai-rischi-ci-sono-opportunita-per-i-board-202408121914597985](http://www.milanofinanza.it/news/bilanci-di-sostenibilita-oltre-ai-rischi-ci-sono-opportunita-per-i-board-202408121914597985).

<sup>4</sup> C. CAMPEIS, *Pratiche ESG, le conseguenze delle dichiarazioni non veritiere*, in <https://ntplusdiritto.ilsole24ore.com/art/pratiche-esg-conseguenze-dichiarazioni-non-veritiere-AFgqjC4B>.

La vigilanza sull'adempimento degli obblighi di rendicontazione di sostenibilità è stata affidata a Consob. Le sanzioni per l'inosservanza del co. 1-*quater* dell'art. 154-*ter* del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria), introdotto dall'art. 12 lett. e) del nuovo decreto, sono quelle amministrative pecuniarie di cui all'art. 193 co.1, 2 e 3 del TUF. Si prevede un tetto all'importo massimo delle sanzioni irrogabili per i primi due anni dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 125 del 2024, per assecondare la gradualità dell'adattamento ai nuovi obblighi.

L'art. 193 del TUF fa salva l'ipotesi che il fatto (i.e. l'inosservanza degli obblighi introdotti dal co. 1 *quater* dell'art. 154-*ter* del TUF, cioè quelli relativi alla rendicontazione di sostenibilità) costituisca reato, aprendo quindi alla rilevanza penale di eventuali abusi.

Tuttavia, il legislatore non ha riprodotto l'opzione lessicale propria della fattispecie di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. («*fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero*») che era stata utilizzata per l'art. 8 del d.lgs. 256 oggi abrogato.

Non solo. Nello schema di decreto pubblicato dal Governo per la consultazione pubblica il 16 febbraio 2024, l'art. 10 co. 2 conteneva una clausola di estensione espressa delle fattispecie di falso in bilancio alle violazioni concernenti gli obblighi di cui al decreto stesso: «*Per le violazioni degli obblighi derivanti dal presente decreto si applicano gli articoli 2621, 2622 e 2630 del codice civile*». Tale disposizione non è stata riprodotta nel testo definitivo approvato.

Su questo punto, il documento per la consultazione pubblica invitava i partecipanti a trasmettere le osservazioni in merito alle due alternative prospettate con riferimento al sistema sanzionatorio.

All'impostazione scelta per lo schema di decreto, di estensione della disciplina penale del falso in bilancio alla rendicontazione di sostenibilità si affiancava un'alternativa che, tenendo conto «*dei profili innovativi della materia, della natura peculiare delle informazioni di sostenibilità e, in particolare, degli oneri connessi all'adempimento dei nuovi obblighi di trasparenza soprattutto per le piccole e medie imprese*» intervenisse «*direttamente sulle disposizioni contenute nel TUF per garantire una maggiore coerenza e chiarezza normativa*»<sup>5</sup>.

L'esito della consultazione, che ha visto molte associazioni di categoria e lo stesso Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili esprimere forte preoccupazione per un approccio estensivo del sistema sanzionatorio penale tradizionale, ha verosimilmente indotto il Governo a fare un passo indietro, eliminando la clausola di estensione del falso in bilancio dal testo definitivo dell'art. 10 e delimitando l'aspetto sanzionatorio alla previsione delle sanzioni amministrative di cui all'art. 193 TUF, così circoscrivendo il sistema sanzionatorio al contesto delle società quotate, in sostanziale continuità con la normativa in materia di dichiarazioni non finanziarie abrogata.

La scelta legislativa non può che deporre in senso dirimente verso la non applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 2621 e 2622 c.c. ai casi di rendicontazione di sostenibilità contenente fatti materiali non rispondenti al vero; quantomeno allo stato della normativa vigente.

---

<sup>5</sup> Cfr. f. 6 del documento per la consultazione pubblica.

Ciò non significa, ovviamente, irrilevanza penale *tout court*. Per il contesto delle società quotate, ad esempio, la diffusione di notizie false potrebbe comunque rilevare ai sensi dell'art. 185 del TUF (manipolazione del mercato), tenuto conto della pubblicità delle informazioni veicolate nella rendicontazione di sostenibilità e della loro potenziale *price sensitivity*; ciò a prescindere dall'applicabilità degli artt. 2621 e 2622 del codice civile.

In conclusione, per il sistema sanzionatorio si è scelto un approccio graduale, che non penalizzasse eccessivamente le imprese, specie quelle per le quali gli obblighi di comunicazione sulle questioni di sostenibilità rivestono carattere di assoluta novità.

D'altro canto, l'estensione *sic et simpliciter* della disciplina penale delle false comunicazioni sociali avrebbe potuto creare non pochi dubbi interpretativi, soprattutto sul terreno assai scivoloso della distinzione tra fatti e valutazioni, dove per le questioni di sostenibilità, a differenza di quelle finanziarie/contabili, mancano ancora criteri consolidati.

## L'ART. 4-BIS DELLA LEGGE N. 110 DEL 1975: RIFLESSIONI NORMATIVE E PROSPETTIVE APPLICATIVE DI POLIZIA PER LA PREVENZIONE DEI REATI DI CRIMINALITÀ DIFFUSA TRAMITE ARMI DA TAGLIO

Filippo Bosi\*

**Sommario:** **1.** L'art. 4 del c.d. "Decreto Caivano". - **2.** L'art. 4-bis della Legge n. 110 del 1975 "Porto di armi per cui non è ammessa licenza". - **3.** "Armi per cui non è ammessa licenza" un inquadramento giuridico e giurisprudenziale, anche in raffronto all'art. 707 c.p. - **4.** L'art. 4-bis. Commesso dal minore. Brevi cenni *de iure condendo*.

### ABSTRACT

Il presente contributo si sofferma sull'art. 4-bis del c.d. "Decreto Caivano", ossia il decreto-legge 15 settembre 2023, convertito con modifiche in legge 13 novembre 2023, n. 159, recante "misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale". La disposizione, tesa a un'energica repressione del porto di armi per cui non è ammessa licenza, dimostra una rilevante portata incriminatrice e pare oggetto, nelle sue prime applicazioni concrete da parte degli operatori di polizia e giudiziari, di un'intensa riflessione quanto ai suoi limiti concettuali e applicativi. Proprio al fine di comprendere quali condotte voglia, e possa, sanzionare la norma, ci si soffermerà sul suo inquadramento giuridico, alla luce della normativa delle armi, raffrontandola anche con gli art. 699 e 707 c.p. Infine, si proporranno alcune prospettive *de iure condendo* che, a parere di chi scrive, potrebbero portare ad ulteriore compimento la riforma secondo la sua *ratio*.

*This paper is focused on art. 4-bis of the "Caivano Decree", i.e. the decree-law 15 September 2023, converted with amendments in law 13 November 2023, n. 159, containing "urgent measures to fight youth hardship, educational poverty and juvenile crime, as well as for the safety of minors in the digital sphere". The provision, aimed at an energetic repression of the carrying of weapons for which a license is not permitted, demonstrates a significant incriminating scope and seems to be the object, in its first concrete applications by police and judicial operators, of intense reflection as to its conceptual and applicative limits. In order to understand what conduct the rule wants to punish, we will focus on its legal framework, in relation with the legislation on weapons, also comparing it with art. 699 and 707 of Italian Criminal Code. Finally, some perspectives will be proposed which, in the opinion of the writer, could lead to further completion of the reform according to its ratio.*

---

\* Abilitato all'esercizio della professione forense, ha conseguito il Master di II livello in Diritto, organizzazione e gestione della sicurezza presso l'Università La Sapienza di Roma.

## 1. L'art. 4 del c.d. "Decreto Caivano".

Il D.l. n. 123 del 15 settembre 2023, convertito con modifiche in Legge 13 novembre 2023, n. 159, recante "*misure urgenti di contrasto al disagio giovanile, alla povertà educativa e alla criminalità minorile, nonché per la sicurezza dei minori in ambito digitale*", rappresenta un importante punto di svolta nella strategia governativa tesa alla repressione dei crimini predatori da strada.

Rimandando a contributi più articolati sul tema<sup>1</sup>, in questa sede ci si vuole soffermare sull'art. 4 del Decreto, anche alla luce delle sue modifiche in fase di conversione.

La disposizione in esame, rubricata "*Disposizioni per il contrasto dei reati in materia di armi od oggetti atti ad offendere, nonché di sostanze stupefacenti*", è interessata da rilevanti modifiche ad opera della legge di conversione, che agli iniziali tre commi presenti nella norma ne aggiunge ben altri sette (cc. 1-*bis*, da 2-*bis* a 2-*sexies*, 3-*bis*).

La norma, nella sua versione originaria, era intervenuta già su tre diversi fronti:

- i) aggravando la pena detentiva prevista per il delitto di cui all'art. 73 c. 5 T.U. Stupefacenti, DPR 309/1990, ora punibile con la reclusione "*da sei mesi a cinque anni*" e non più "*da sei mesi a quattro anni*";
- ii) innalzando i limiti edittali di pena detentiva previsti per le contravvenzioni in materia di porto di armi od oggetti atti a offendere di cui all'art. 4 l. 18 aprile 1975, n. 110, commi 3, 4 e 5;
- iii) aumentando (da tre a quattro anni) il massimo della cornice edittale di pena detentiva previsto per la fattispecie contravvenzionale di porto abusivo di armi di cui non è ammessa licenza ex art. 699 comma 2 c.p.;

Tale impianto, già di per sé di particolare interesse applicativo, è stato successivamente innovato dalla legge di conversione, che nel testo approvato da Camera e Senato introduce le seguenti novità.

Anzitutto, all'interno del codice penale, nell'ambito dei "*Delitti contro l'ordine pubblico*", è introdotto un nuovo art. 421-*bis*, rubricato "*Pubblica intimidazione con uso di armi*", diretto a punire con la reclusione da tre a otto anni, quando il fatto non costituisca più grave reato, "*chiunque, al fine di incutere pubblico timore o di suscitare tumulto o pubblico disordine o di attentare alla sicurezza pubblica, fa esplodere colpi di arma da fuoco o fa scoppiare bombe o altri ordigni o materie esplodenti*": il delitto riproduce la figura già punita (con la reclusione da uno a otto anni) dall'art. 6 l. 2 ottobre 1967, n. 895, che viene infatti abrogato. I soggetti condannati per tale reato vengono inoltre inclusi tra i possibili destinatari delle misure di prevenzione ai sensi dell'art. 4 c. 1 del Codice Antimafia, (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159);

È stato poi inserito un secondo periodo all'interno dell'art. 73 comma 5 DPR 309/1990, a mente del quale "*Chiunque commette uno dei fatti previsti dal primo periodo è punito con la pena della reclusione da diciotto mesi a cinque anni e della multa da euro 2.500 a euro 10.329, quando la condotta assume caratteri di non occasionalità*". Si prevede inoltre la rimozione dell'attuale esclusione del reato di cui al

---

<sup>1</sup> BERNARDI, *Convertito in legge il D.l. "Caivano" in tema di contrasto al disagio e alla criminalità minorili: una panoramica dei numerosi profili d'interesse per il penalista*, in *Sistema Penale*, fascicolo 11/2023.



citato art. 73 comma 5 dal campo di applicazione della confisca in casi particolari ex art. 240-*bis* c.p., che, ai sensi dell'art. 85-*bis* Testo Unico Stupefacenti, viene estesa anche a tali ipotesi.

Infine, il comma 2 del richiamato art. 699 c.p. è abrogato e si traspone la fattispecie di “*Porto di armi per cui non è ammessa licenza*” in un nuovo art. 4-*bis* della l. 18 aprile 1975, n. 110, così sostituendo l'originale contravvenzione con un nuovo delitto, punito con la reclusione da uno a tre anni, con la previsione di alcune circostanze aggravanti a effetto speciale all'interno del secondo comma. Si prevedono inoltre modifiche degli artt. 381 c. 2 c.p.p. e 71 del Codice Antimafia, per estendere alla nuova figura delittuosa la misura dell'arresto facoltativo in flagranza e la circostanza aggravante applicabile “*se il fatto è commesso da persona sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione personale durante il periodo previsto di applicazione e sino a tre anni dal momento in cui ne è cessata l'esecuzione*”.

È proprio su quest'ultima innovazione che ci si intende soffermare nel presente contributo.

## 2. L'art. 4-*bis* della Legge n. 110 del 1975 “*Porto di armi per cui non è ammessa licenza*”.

“*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, porta un'arma per cui non è ammessa licenza è punito con la reclusione da uno a tre anni. Salvo che il porto d'arma sia previsto come elemento costitutivo o circostanza aggravante specifica per il reato commesso, la pena prevista dal comma 1 è aumentata da un terzo alla metà quando il fatto è commesso: a) da persone travisate o da più persone riunite; b) nei luoghi di cui all'articolo 61, numero 11-ter), del codice penale; c) nelle immediate vicinanze di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro, parchi e giardini pubblici o aperti al pubblico, stazioni ferroviarie, anche metropolitane, e luoghi destinati alla sosta o alla fermata di mezzi di pubblico trasporto; d) in un luogo in cui vi sia concorso o adunanza di persone ovvero una riunione pubblica*”.

La disposizione esordisce con la clausola di riserva<sup>2</sup> “*Salvo che il fatto costituisca più grave reato*”, volta a risolvere qualsivoglia problematica legata al concorso di norme. Con ciò si chiarisce che la disposizione di cui all'art. 4-*bis* non possa trovare applicazione ogniqualvolta il possesso dell'arma, o il suo eventuale utilizzo, costituisca elemento costitutivo di una più grave fattispecie penale o aggravante specifica.

Così, per esempio, si ritiene che la norma non possa concorrere con le aggravanti previste per il furto o la rapina, ai sensi degli artt. 625<sup>3</sup> e 628<sup>4</sup> c.p. Ciò, del resto, è espressamente chiarito dal secondo comma dell'art. 4-*bis*, ove è sancito che “*Salvo*

---

<sup>2</sup> Sul tema delle clausole di riserva vd. FIANDACA, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2014, 722; MARINUCCI, DOLCINI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2012, 455-6; MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 481; DE VERO, *Corso di diritto penale, I*, Torino, 2012, 364; RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino, 2013, 471; Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2013 464.

<sup>3</sup> Art. 625 comma 1 lett. 3 c.p. “*se il colpevole porta indosso armi o narcotici, senza farne uso*”.

<sup>4</sup> Art. 628 comma 3 n. 1 c.p. “*se la violenza o minaccia è commessa con armi, o da persona travisata, o da più persone riunite*”.

*che il porto d'arma sia previsto come elemento costitutivo o circostanza aggravante specifica per il reato commesso...".*

La disposizione poi, sotto il profilo spaziale, individua il suo ambito di applicazione nel porto *"fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa"*.

Sulla nozione di abitazione e pertinenze, paiono invocabili la giurisprudenza e la dottrina elaborate con riferimento agli artt. 614 (violazione di domicilio) e 624-bis (furto in abitazione) c.p.<sup>5</sup>.

Quanto al concetto di "porto" di arma, la Cassazione ha da tempo chiarito che lo stesso ricorre quando l'arma, anche se non addosso al soggetto, si trova nella sua pronta disponibilità per un uso quasi immediato<sup>6</sup>. Tradizionalmente, infatti, il criterio distintivo tra il porto e il trasporto si poggia proprio sulla possibilità di utilizzazione immediata.

Autorevole dottrina ha osservato che *"l'andare armati"* non viene considerato dall'ordinamento come un comportamento neutrale ma come un atteggiamento oggettivamente sintomatico dell'intenzione dell'agente di usare l'arma per offendere o intimidire altri soggetti<sup>7</sup>.

Fatte queste osservazioni di carattere generale, non v'è dubbio che il più interessante tema d'indagine insista sulla nozione di *"arma per cui non è ammessa licenza"*.

### **3. "Armi per cui non è ammessa licenza" un inquadramento giuridico e giurisprudenziale, anche in raffronto all'art. 707 c.p.**

Come anticipato nel primo paragrafo, l'art. 4bis della legge 110/1975 si delinea quale trasposizione del secondo comma dell'art. 699 c.p., abrogato in conseguenza della innovazione legislativa.

L'art. 699 c.p., infatti, nella sua versione "ante Caivano", così recitava: *"Chiunque, senza la licenza dell'Autorità, quando la licenza è richiesta, porta un'arma fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, è punito con l'arresto fino a diciotto mesi. Soggiace all'arresto da diciotto mesi a tre anni chi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, porta un'arma per cui non è ammessa licenza. Se alcuno dei fatti preveduti dalle disposizioni precedenti, è commesso in luogo ove sia concorso o adunanza di persone, o di notte in un luogo abitato, le pene sono aumentate"*.

Come detto, il comma 2 è stato abrogato dall'art. 4, comma 2 del D.L. 15 settembre 2023, n. 123, convertito con modificazioni dalla L. 13 novembre 2023, n. 159.

Deve innanzitutto evidenziarsi che, mentre l'art. 699 c.p. prevedeva una contravvenzione punita con l'arresto, l'art. 4bis disciplina un delitto, con ciò sancendosi un importante aumento della "caratura" della fattispecie penale.

In via esemplificativa e non esaustiva, si ricordi che i delitti ammettono le misure precautelari e la reclusione, il tentativo ex art. 56 c.p., escludono l'oblazione ex artt. 162 ss. c.p.; e l'elemento psicologico per i delitti soggiace all'art. 43 c.p.

<sup>5</sup> Sul punto, ex multis v.d. Cass. S.U., 23.30.2017 n. 31345.

<sup>6</sup> Cass. pen., Sez. I, 6.11.1984, n. 3699.

<sup>7</sup> CADOPPI, *Il porto abusivo di armi da guerra, tipo guerra e comuni da sparo, fra le incertezze giurisprudenziali (e legislative)*, in *Informaz. Previd.*, 1981, 430 e MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1986, vol. X, 767.

E' appena il caso di osservare come la decisione di traslare una disposizione codicistica in una legge speciale potrebbe presentarsi quanto meno antistorica, in considerazione della auspicata introduzione della c.d. riserva di codice di cui all'art. 3-bis c.p.<sup>8</sup>.

La scelta, tuttavia, potrebbe aver colto nel segno poiché impone a chi legga l'art. 4-bis di porlo immediatamente a confronto con l'art. 4 della medesima legge. Le due norme, infatti, si potrebbe dire che si circoscrivano e si definiscano a vicenda.

Nell'art. 4 comma 2, infatti, viene criminalizzato il porto fuori dalla propria abitazione delle c.d. armi improprie. La norma, nei suoi primi due commi, così dispone:

*“Salve le autorizzazioni previste dal terzo comma dell'articolo 42 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza 18 giugno 1931, n. 773, e successive modificazioni, non possono essere portati, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, armi, mazze ferrate o bastoni ferrati, sfollagente, noccoliere storditori elettrici e altri apparecchi analoghi in grado di erogare una elettrocuzione.*

*Senza giustificato motivo, non possono portarsi, fuori della propria abitazione o delle appartenenze di essa, bastoni muniti di puntale acuminato, strumenti da punta o da taglio atti ad offendere, mazze, tubi, catene, fionde, bulloni, sfere metalliche, nonché qualsiasi altro strumento non considerato espressamente come arma da punta o da taglio, chiaramente utilizzabile, per le circostanze di tempo e di luogo, per l'offesa alla persona, gli strumenti di cui all'articolo 5, quarto comma, nonché i puntatori laser o oggetti con funzione di puntatori laser, di classe pari o superiore a 3b, secondo le norme CEI EN 60825- 1, CEI EN 60825- 1/A11, CEI EN 60825-4”.*

A contrario, si ricava innanzitutto che le armi di cui parla l'art. 4-bis tecnicamente non sono le armi c.d. improprie, ma solo quelle armi c.d. proprie il cui fine precipuo è l'offesa alla persona, seguendo la tradizionale bipartizione indicata dall'art. 585 comma 2 c.p.<sup>9</sup>.

È opportuno rilevare fin d'ora che tra le armi di cui trattano gli art. 4 e 4-bis della legge 110/1975 non rientrano le armi da fuoco o da sparo e gli esplosivi ai quali sono dedicate altre leggi speciali<sup>10</sup>.

In merito alla relazione definitoria tra l'art. 4-bis e l'art. 4, deve essere valorizzata la giurisprudenza consolidatasi nel corso del tempo quanto ai rapporti tra l'art. 4 l. 110/1975 e l'art. 699 c.p. e sicuramente, sotto il profilo applicativo, assume una particolare importanza la tematica delle armi da punta e da taglio o, più pragmaticamente, dei coltelli.

---

<sup>8</sup> Il quale prevede che *“Nuove disposizioni che prevedono reati possono essere introdotte nell'ordinamento solo se modificano il codice penale ovvero sono inserite in leggi che disciplinano in modo organico la materia”.* Inserito dall'art. 1 del D.Lgs. 01/03/2018, n. 21 concernente *“Disposizioni di attuazione del principio di delega della riserva di codice nella materia penale a norma dell'articolo 1, comma 85, lettera q), della legge 23 giugno 2017, n. 103”.*

<sup>9</sup> La norma così recita:

*“Agli effetti della legge penale per armi s'intendono:*

*1) quelle da sparo e tutte le altre la cui destinazione naturale è l'offesa alla persona;*  
*2) tutti gli strumenti atti ad offendere, dei quali è dalla legge vietato il porto in modo assoluto, ovvero senza giustificato motivo.”*

<sup>10</sup> Per una completa ricostruzione della normativa delle armi vd. Iovino, *Manuale delle leggi amministrative e penali in materia di armi, annotato con la più recente giurisprudenza*, Torino, 2020.

È drammaticamente noto che, dal punto di vista criminologico, la cronaca e i report delle forze di polizia diano costantemente atto di come sia sempre più diffuso tra i giovani e giovanissimi l'utilizzo dei coltelli per la commissione di reati. Tra tutti, si ricordino le parole del Questore di Milano che, nel 2024, così si è espresso “Sono preoccupato dall'uso dei coltelli, stiamo osservando una propensione a questo fenomeno anche qui, come a Londra dove nel 2023 ci sono stati 14mila accoltellamenti”<sup>11</sup>.

Le stesse osservazioni trovano conforto sotto il profilo ospedaliero, laddove, nello stesso anno, la responsabile del trauma team di uno dei principali nosocomi milanesi ha osservato come “Agli inizi degli anni 2000 i pazienti con ferite penetranti da arma erano il 2% di tutti i casi di cui ci occupavamo, oggi sono il 18%”<sup>12</sup>.

Può essere utile allora richiamare qualche arresto dottrinale e giurisprudenziale relativo alle armi da taglio, in relazione all'art. 4 Legge 110/1975 e 699 c.p.

In via preliminare, vi è da chiarire che in materia di armi proprie non da sparo vige un generale divieto assoluto di porto fuori dalla propria abitazione e delle sue appartenenze, da cui l'impossibilità di conseguire per tali armi la licenza di porto a eccezione di specifiche ipotesi<sup>13</sup>.

Tanto premesso, è opportuno soffermarsi su alcune statuizioni della Suprema Corte, al fine di meglio inquadrare la tematica.

Così, innanzitutto, è stato osservato, in più pronunce, che il porto di un coltello a scatto, c.d. a “molletta”, integra la fattispecie autonoma di reato di cui all'art. 699, comma 2 c.p., trattandosi di arma “bianca” propria di cui è vietato il porto in modo assoluto, non essendo ammessa licenza da parte delle leggi di pubblica sicurezza<sup>14</sup>.

Sotto il profilo sistematico, è stato sottolineato che in materia di armi da punta e taglio, per quanto riguarda in particolare i coltelli, va operata una distinzione tra quelli muniti di lama non fissa, semplicemente azionabili a mano e privi di congegni meccanici che permettano l'irrigidimento della lama aperta sino a contrario comando manuale, e quelli, invece, che dispongono di congegni di quest'ultimo tipo, in grado di consentirne la fruibilità quali pugnali, stilette e simili. Nella prima categoria rientrano gli arnesi da punta e taglio, il cui porto senza giustificato motivo è punito ai sensi

---

<sup>11</sup> CARRA, *A Milano aumento di rapine, lesioni e arresti. L'allarme del Questore Petronzi: “Sono preoccupato dall'uso dei coltelli, fenomeno in crescita come a Londra”*, in *Repubblica.it*, 17 aprile 2024.

<sup>12</sup> BETTONI, *Milano, Stefania Cimbanassi alla guida del Trauma team del Niguarda: «Così ho salvato Christian Di Martino»*, in *Corriere.it*, 17 maggio 2024.

<sup>13</sup> 1. Il porto consentito dai regolamenti (per es. nel caso delle armi da taglio portate dalle Forze dell'Ordine in uniforme da cerimonia);

2. Il porto consentito dall'art. 8 l. 36 del 1990 ove è disposto che “Gli appartenenti agli organismi di informazione e di sicurezza di cui alla legge 24 ottobre 1977, n. 801, portano senza licenza le armi portatili di qualsiasi tipo di cui sono muniti secondo le disposizioni interne di servizio”;

3. Il porto autorizzato ai sensi dell'art. 9 Legge n. 36 del 1990 da parte del personale appartenente alla Forze di Polizia o ai Servizi di sicurezza dello Stato;

4. Il porto nel corso di una passeggiata militare autorizzata di cui all'art. 29 TULPS;

5. Il porto di bastoni animati la cui lama non abbia una lunghezza inferiore a centimetri 65, su licenza del prefetto in caso di dimostrato bisogno, ex art. 42 TULPS.

Così LOVINO, *Manuale delle leggi amministrative e penali in materia di armi, annotato con la più recente giurisprudenza*, Torino, 2020, 347.

<sup>14</sup> Cass. pen., Sez. I, 23.09.2015 n. 45548; Cass. pen., Sez. I, 14.01.2000 n. 392.

dell'art. 4, L. 18 aprile 1975, n. 110; nella seconda le armi proprie non da sparo il cui possesso è sanzionato dagli artt. 697 e 699 c.p., a seconda che si tratti di detenzione illegale o di porto abusivo<sup>15</sup>.

Si è chiarito che il coltello a serramanico con lama di oltre nove centimetri assume le caratteristiche di un pugnale o stiletto e va, quindi, qualificato come arma bianca che, per la sua naturale pericolosità e destinazione all'offesa alle persone, non può in assoluto essere oggetto di licenza da parte della competente autorità. Il porto di tale coltello fuori della propria abitazione integra, pertanto, il reato, di cui all'art. 699, comma 2, c.p.<sup>16</sup>.

La descritta giurisprudenza e dottrina quanto alla distinzione tra l'art. 4 l. 110/1975 e l'art. 699 c.p. assume particolare importanza alla luce delle prime pronunce giurisprudenziali relative all'art. 4-*bis* l. 110/1975.

In queste occasioni, infatti, la giurisprudenza di merito ha fatto proprie le considerazioni elaborate intorno all'art. 699 c.p., affrontando gli aspetti giuridici della nuova norma con riferimento a fattispecie in cui la polizia giudiziaria aveva proceduto all'arresto di soggetti trovati in possesso di armi da taglio. E, in tali circostanze, ai fini dell'addebito di responsabilità del soggetto, sono state ampiamente valorizzate le caratteristiche meccaniche dell'arma, i precedenti del soggetto e il contesto concreto in cui il soggetto è stato trovato in possesso dell'arma.

Ciò discende anche dal fatto che, sotto il profilo classificatorio, la norma punisce più che un comportamento criminale lesivo di un bene giuridico, una condizione che ne costituisce un prodomo, avvicinandosi quindi alla categoria dogmatica dei reati di pericolo astratto che, com'è noto, impone agli interpreti di valorizzare le circostanze concrete del fatto, in ossequio al principio di offensività<sup>17</sup>.

Qualora si condividesse una simile sussunzione tassonomica, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 4-*bis* troverebbe grande giovamento mutuando le osservazioni della nota pronuncia della Consulta<sup>18</sup> emanata con riferimento all'art. 707 c.p. (Possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli)<sup>19</sup>.

La norma, infatti, punendo il semplice possesso di un oggetto (come fa il 4bis con il porto dell'arma), presenta la tipica struttura delle contravvenzioni di polizia, di cui al Titolo I - Libro III c.p., ove aveva sede il comma II dell'art. 699 c.p., poi traslato nell'art. 4-*bis* Legge 110/1975.

Nell'occasione, il Tribunale di Viterbo, aveva ritenuto che l'art. 707 c.p. appartenesse alla generale categoria dei reati c.d. 'senza offesa', della cui conformità a Co-

---

<sup>15</sup> Cass. pen., Sez. I., 25.05.1996, n. 5213.

<sup>16</sup> Cass. pen., Sez. I., 31.08.1994 n. 9372.

<sup>17</sup> Per una preziosa e completa analisi del principio si rimanda a MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.

<sup>18</sup> C. cost., 07.07.2005, n. 265.

<sup>19</sup> Così la norma: "Chiunque, essendo stato condannato per delitti determinati da motivi di lucro, o per contravvenzioni concernenti la prevenzione dei delitti contro il patrimonio, o per mendicizia, o essendo ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta, è colto in possesso di chiavi alterate o contraffatte, ovvero di chiavi genuine o di strumenti atti ad aprire o a sforzare serrature, dei quali non giustifichi l'attuale destinazione, è punito con l'arresto da sei mesi a due anni".

stituzione si è dubitato per contrasto con il principio di offensività, in ragione dell'eccessivo grado di anticipazione della tutela del bene giuridico-penale. In particolare, l'art. 707 configurerebbe un reato «di sospetto», incriminando comportamenti in se stessi non lesivi né pericolosi, *“che lasciano presumere l'avvenuta commissione non accertata o la futura commissione di reati”*, e sarebbe *“annoverabile anche nella sotto-specie [...] dei così detti ‘reati ostativi’ [...] che non colpiscono comportamenti offensivi di un bene, ma tendono a prevenire il realizzarsi di azioni effettivamente lesive o pericolose, mediante la punizione di atti che sono la premessa idonea per la commissione di altri reati”*.

Così inquadrata la categoria dogmatica, non v'è dubbio che vi si possa sussumere l'art. 4-bis, atteso che criminalizza il solo porto dell'arma per cui non è prevista licenza.

Nella citata sentenza, la Consulta sottolinea che il principio di offensività opera su due piani, rispettivamente della previsione normativa, sotto forma di precetto rivolto al legislatore di prevedere fattispecie che esprimano in astratto un contenuto lesivo, o comunque la messa in pericolo, di un bene o interesse oggetto della tutela penale «offensività in astratto», e dell'applicazione giurisprudenziale «offensività in concreto», quale criterio interpretativo-applicativo affidato al giudice, tenuto ad accertare che il fatto di reato abbia effettivamente leso o messo in pericolo il bene o l'interesse tutelato.

La particolare configurazione della contravvenzione di cui all'art. 707 c.p. lascia aperta la possibilità che si verificano casi in cui alla conformità del fatto al modello legale non corrisponde l'effettiva messa in pericolo dell'interesse tutelato. Il giudice chiamato a fare applicazione della norma dovrà pertanto operare uno scrutinio particolarmente rigoroso circa la sussistenza del requisito dell'offensività in concreto, verificando la specifica attitudine funzionale degli strumenti ad aprire o forzare serrature e valutando – soprattutto quando gli strumenti di cui l'imputato è colto in possesso non denotino di per sé tale univoca destinazione – le circostanze e le modalità di tempo e di luogo che accompagnano la condotta, dalle quali desumere l'attualità e la concretezza del pericolo di commissione di delitti contro il patrimonio.

Questi principi, così chiaramente sanciti dalla Corte, si dimostrano di straordinaria attualità per quanto concerne l'art. 4-bis.

Sotto il profilo dell'offensività in astratto infatti, il legislatore al secondo comma della norma individua delle aggravanti specifiche che hanno un particolare valore esegetico, ossia: le persone travisate e riunite; l'interno o le adiacenze di istituti di istruzione o formazione; le immediate vicinanze di istituti di credito, uffici postali o sportelli automatici adibiti al prelievo di denaro, parchi e giardini pubblici o aperti al pubblico, stazioni ferroviarie, anche metropolitane, e luoghi destinati alla sosta o alla fermata di mezzi di pubblico trasporto; il luogo in cui vi sia concorso o adunanza di persone ovvero una riunione pubblica.

Così facendo la previsione legale, in ossequio al principio di offensività, intende punire severamente il porto di armi (proprie) in tutti quei contesti in cui siano, potenzialmente in concreto, in grado di arrecare nocumento alla sicurezza individuale e pubblica.

Il legislatore, quindi, impone all'accusa di individuare tutte quelle circostanze concrete che rendano effettivamente pericolosa la condotta del reo.

Nello stesso solco si pone il fatto che per la norma sia stato previsto l'arresto facoltativo e non l'arresto obbligatorio, ai sensi del novellato art. 381 comma 2 lett. m-*sexies*) c.p.p.

In questo modo la polizia giudiziaria operante è tenuta a motivare puntualmente quanto alla gravità del fatto e alla pericolosità del soggetto, se intende procedere al suo arresto in flagranza.

Chiarito come la disposizione *de quo* imponga di scandagliare a fondo, al di là della sola condotta di porto, la pericolosità del soggetto e l'offensività concreta del fatto, può osservarsi come tutto ciò che è stato fin ora opinato riguardi i reati commessi dai maggiorenni mentre, come già è sancito nel titolo della riforma, la strategia sanzionatoria del legislatore doveva interessare soprattutto la criminalità giovanile.

#### 4. L'art. 4-bis. Commesso dal minore. Brevi cenni *de iure condendo*.

Il porto di un'arma per cui non è ammessa licenza da parte di un minorenni costituisce una fattispecie di particolare interesse alla luce di alcune innovazioni procedurali introdotte dalla riforma.

Gli articoli 6 (*Disposizioni in materia di contrasto dei reati commessi dai minori*) e 8 (*Custodia cautelare e percorso di rieducazione del minore*) del decreto-legge introducono delle interessanti novità.

Si ampliano i presupposti applicativi della misura precautelare dell'accompagnamento a seguito di flagranza (con successivo trattenimento del minore fino a dodici ore), in relazione ai delitti non colposi per il quale la legge stabilisce la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore nel massimo a tre anni (al posto dei precedenti cinque anni) e per alcuni reati specificamente indicati (lesione personale, furto, danneggiamento aggravato, alterazione di armi e fabbricazione di esplosivi non riconosciuti, porto abusivo di armi od oggetti atti ad offendere; tra cui tuttavia non figura il nuovo art. 4-bis l. 110/1975).

Si abbassa a quattro anni (al posto dei precedenti cinque) il limite relativo al massimo edittale di pena detentiva previsto ai sensi dell'art. 19 c. 4 per l'applicazione al minore di misure cautelari personali diverse dalla custodia cautelare;

Si abbassa a sei anni (al posto dei precedenti nove) il limite relativo al massimo edittale di pena detentiva previsto dall'art. 23 per l'applicazione al minore della custodia cautelare, che diviene altresì praticabile, senza limiti, per taluni reati specificamente individuati

Così ricostruito il quadro sostanziale e processuale, pare che il minore trovato in possesso di un'arma da taglio possa essere sicuramente indagato, forse accompagnato a seguito di flagranza (quantomeno nelle ipotesi in cui ricorre un'aggravante specifica). Sembra tuttavia che non possa essere tratto in arresto.

Com'è noto ai sensi dell'art. 16 del codice di procedura penale minorile, "*Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria possono procedere all'arresto del minorenni colto in flagranza di uno dei delitti per i quali, a norma dell'articolo 23, può essere disposta la misura della custodia cautelare*".

Il fatto che il minore non possa essere tratto in arresto ai sensi dell'art. 4bis trova conforto nel fatto che il legislatore ha individuato quale espressa ipotesi d'arresto il porto delle armi da sparo e non anche quelle di altro genere.

L'art. 23 del DPR 448/1988 richiama infatti i delitti, consumati o tentati, di cui all'articolo 380, comma 2, lettere e), e-bis) e g) c.p.p. Proprio quest'ultima lettera disciplina i delitti di illegale fabbricazione, introduzione nello Stato, messa in vendita, cessione, detenzione e porto in luogo pubblico o aperto al pubblico di armi da guerra o tipo guerra o parti di esse e di esplosivi, di armi clandestine nonché di più armi comuni da sparo, escluse quelle previste dall'articolo 2 comma 3 della legge n. 110 del 1975.

In conclusione, dato che il decreto-legge 123 del 2023 aveva tra i suoi principali obiettivi il “*contrasto alla criminalità minorile*” e che la stessa si traduce sempre più, come si è detto, nel possesso e nell'utilizzo di armi da taglio che costituiscono i prodromi di crimini particolarmente efferati, pare che, per stringenti esigenze di ordine e sicurezza pubblica oltre che general-preventive e financo rieducative, per portare a compimento lo spirito della riforma in futuro potrebbe essere auspicato un richiamo dell'art. 4-bis da parte dell'art. 23 del DPR 448/1988. Diverse analisi statistiche continuano a segnalare la preoccupante diffusione tra i giovanissimi dell'uso, e dell'abuso, degli strumenti da taglio<sup>20</sup>. Il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni di Milano, infatti, si è espresso così in una recente intervista: “*Riscontriamo un utilizzo disinvolto del coltello, devastante nelle mani di chi non riesce a controllare la rabbia e la frustrazione. Procurarselo è facile e portarlo addosso è vissuto come un fatto normale, se non addirittura una moda. Si mitizza il coltellino*”<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Dal 2011 a oggi, secondo la campagna *KnifeSavers*, le morti da accoltellamento sono aumentate del 36%. E le vittime, in 1 caso su 4, sono giovani uomini fra i 18 e i 24 anni. Il report sulla “Criminalità minorile e gang giovanili” del Dipartimento pubblica sicurezza e Direzione centrale della polizia criminale ha evidenziato un aumento del 2% delle lesioni dolose (la principale “spia” dell'uso di coltelli) provocate da under 17 fra il 2022 e il 2023. L'allarme riguarda soprattutto il centro Nord. Perché se al Sud in fenomeno sembra in calo sensibile (-27% a Messina, -20% a Palermo, -35% a Napoli, -19% a Roma), a Milano si registra un incremento di lesioni provocate da under 18 pari addirittura al 48%. Stesso preoccupante trend a Bologna, che tocca un + 44%. Firenze marca un + 21%, mentre il picco si raggiunge a Genova con un +55%.

<sup>21</sup> Tratto da GALLI, *La città delle lame*, in *Corriere della Sera*, 12 gennaio 2025.



## Osservatorio Corte Costituzionale

a cura di **Ottavia Murro**

### PROCESSO MINORILE

C. Cost., 6 marzo 2025 (ud. 10 febbraio 2025), n. 23, Pres., G. Amoroso; Red., S. Petitti.

#### La questione.

Il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale per i minorenni di Trento ha sollevato, in riferimento agli artt. 3 e 31, secondo comma, Cost., questioni di legittimità costituzionale dell'art. 27-*bis* del d.P.R. n. 448 del 1988, inserito dall'art. 8, comma 1, lettera *b*), del d.l. n. 123 del 2023, così come convertito.

Nel caso di specie, il pubblico ministero aveva notificato al minorenne, indagato per minaccia in danno del padre, proposta di definizione anticipata del procedimento tramite percorso di rieducazione, ex art. 27 *bis* di cui sopra. La difesa aveva chiesto una proroga del breve termine stabilito dalla norma medesima per il deposito del programma rieducativo, proroga tuttavia non concessa dal pubblico ministero, in quanto non contemplata dalla disposizione.

Ciò detto, a parere del giudice *a quo*, la disposizione in esame non garantirebbe «gli elementi conoscitivi indispensabili per valutare se il contenuto del programma rieducativo sia congruo rispetto ai fini educativi cui costituzionalmente deve tendere il processo penale minorile», attesa pure «la composizione monocratica dell'organo chiamato a pronunciarsi [il G.i.p.] e quindi l'assenza della componente onoraria e del suo apporto per la valutazione in termini personalistici ed educativi del minore».

Più precisamente, nell'elaborazione del programma di reinserimento, nella relativa ammissione e nella valutazione del suo esito, la marginalizzazione del ruolo dei servizi minorili e l'assenza degli esperti educatori all'interno dell'organo giudicante impedirebbero una compiuta ponderazione delle esigenze di risocializzazione del minore.

#### Le argomentazioni.

Nel percorso motivazione della sentenza, la Consulta precisa che l'art. 27-*bis* del d.P.R. n. 448 del 1988 contempla un'inedita forma di rottura della sequenza reato-pena (*diversion*), atteso che la diversione avviene con l'estinzione del reato per l'esito positivo di un programma, sicché trattasi di una vera e propria prova, anche se dai connotati peculiari. A ben vedere, l'art. 27-*bis* può essere considerato come «una prova semplificata» che si colloca a metà strada tra la definizione anticipata per irrilevanza del fatto e la definizione anticipata per messa alla prova. La semplificazione non consiste soltanto nell'inferiore durata del programma di reinserimento (fino a otto

---

\* Avvocato, Assegnista di ricerca Università di Foggia.

mesi), ma riflette anche il meno intenso coinvolgimento dei servizi minorili, giacché l'impulso alla redazione del programma non spetta ad essi, ma alla difesa.

La norma censurata, inoltre, introduce una messa alla prova "anticipata", essendo prevista l'attivazione durante la fase delle indagini preliminari.

Ciò posto, la Corte rimarca come il giudice della prova minorile deve avere competenze interdisciplinari necessarie alle valutazioni personologiche richieste dalla finalità educativa dell'istituto che, come noto, ha lo scopo primario di favorire l'uscita del minore dal circuito penale, soprattutto attraverso una riflessione critica del giovane circa il proprio vissuto e la propria condotta. Per tale ragione, la prova del minore deve essere disposta solo laddove il giudice è un collegio integrato dagli educatori (così, sentenza Corte Cost., n. 139 del 2020), atteso che tale composizione pedagogicamente qualificata risulta funzionale per perseguire l'obiettivo rieducativo.

All'interno di queste coordinate, la questione sottoposta all'attenzione della Corte, circa la composizione del giudice investito della procedura, ha condotto ad una pronuncia di illegittimità costituzionale di tipo sostitutivo. Dunque, la norma censurata, nella parte in cui fa testuale riferimento al «giudice per le indagini preliminari», deve essere sostituita con «giudice dell'udienza preliminare», con riferimento, cioè, all'organo che, ai sensi del comma 2 dello stesso art. 50-*bis*, è composto, oltre che dal magistrato, da due giudici onorari esperti.

Per conseguenza, ogni riferimento al «giudice», contenuto nei commi dell'art. successivi al comma 2, deve essere inteso come riferimento al GUP.

#### **La soluzione.**

La Corte Costituzionale ha, così, dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 2 dell'art. 27-*bis* del d.P.R. n. 448 del 1988, per violazione dell'articolo 31, secondo comma, della Costituzione, nella parte in cui indica «giudice per le indagini preliminari», anziché «giudice dell'udienza preliminare, ai sensi dell'art. 50-*bis*, comma 2, del regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12 (Ordinamento giudiziario)».

### **ORDINAMENTO PENITENZIARIO**

C. Cost., 7 marzo 2025, (ud. 28 gennaio 2025), n. 24, Pres., G. Amoroso; Red., F.Viganò

#### **La questione.**

Il Magistrato di sorveglianza di Spoleto ha sollevato, in via principale, questioni di legittimità costituzionale dell'art. 30-*ter*, comma 5, ordin. penit., in riferimento agli artt. 3, 27, commi secondo e terzo, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 6 CEDU e all'art. 48 CDFUE.

In via subordinata, il rimettente ha censurato la disposizione, in riferimento ai medesimi parametri, nella sola parte in cui prevede che la concessione dei permessi premio è vietata anche nei confronti di coloro i quali siano «imputati» per un delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, prima che siano decorsi due anni dalla commissione del fatto.

La disposizione censurata prevede che «[n]ei confronti dei soggetti che durante l'espiazione della pena o delle misure restrittive hanno riportato condanna o sono

imputati per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena o l'esecuzione di una misura restrittiva della libertà personale, la concessione è ammessa soltanto decorsi due anni dalla commissione del fatto».

Nel caso di specie, il richiedente era imputato per delitto doloso commesso durante l'espiazione della pena nei due anni precedenti l'istanza di concessione del beneficio: ciò che renderebbe, *a priori*, non valutabile l'istanza medesima.

Ove la preclusione normativa fosse rimossa, il giudice *a quo* potrebbe apprezzare in concreto il percorso trattamentale svolto nel frattempo dal condannato ed eventualmente concedere il beneficio richiesto.

### **Le argomentazioni.**

Preliminarmente, la Consulta pur rilevando che analoga questione era stata ritenuta non fondata nella sentenza n. 296 del 1997, ha rammentato come ci possano essere "ragioni cogenti" che rendano non più sostenibili le decisioni precedentemente adottate, ad esempio quando esse non siano più coerenti con il successivo sviluppo della giurisprudenza costituzionale o di quella delle Corti europee.

Più precisamente, la giurisprudenza di Strasburgo, ha sottolineato che la presunzione di innocenza fondata sull'art. 6, paragrafo 2, CEDU, «assume un più ampio rilievo rispetto al parametro nazionale, presentando una portata non strettamente endoprocessuale» (sentenza n. 182 del 2021, punto 9 del *Considerato in diritto*) e costituisce una garanzia procedurale destinata ad operare nel contesto del processo penale. Dall'altra, la presunzione di innocenza estende i suoi effetti anche al di fuori del processo penale ed opera nel tempo successivo alla sua conclusione, con il fine di proteggere le persone che sono state assolte da un'accusa penale.

Ciò posto, la Corte ha sottolineato come la presunzione di innocenza implica un generale divieto di considerare l'individuo colpevole del reato a lui ascritto dal pubblico ministero e tale divieto opera nell'ambito di qualsiasi procedimento giudiziario e parallelo.

Da ciò consegue, si legge in sentenza, «l'ormai evidente frizione con il principio in parola di una disposizione che, come quella in questa sede censurata, obbliga un giudice (qui, il magistrato di sorveglianza) all'adozione di un provvedimento negativo a carico dell'interessato, per il solo fatto che questi sia stato imputato di un reato da parte del pubblico ministero». Diversamente detto, prosegue la Corte, «una simile disposizione vincola il giudice a presumere colpevole l'imputato, sottraendo al magistrato di sorveglianza ogni margine di autonomo apprezzamento sulla reale consistenza della *notitia criminis* e, soprattutto, gli impedisce di ascoltare l'imputato e il suo difensore, di tenere conto delle loro deduzioni circa l'effettiva commissione del fatto, nonché di valutare la sua rilevanza rispetto al *thema decidendum* nel singolo procedimento».

La norma in esame, invece, prevedendo un'automatismo preclusivo è divenuta incompatibile con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, in base ai quali il giudice della sorveglianza deve essere sempre libero di compiere una valutazione individualizzata sui progressi effettivamente compiuti dal condannato nel suo percorso penitenziario, nonché sulla sua residua pericolosità sociale.

Alla luce di ciò, la disposizione censurata deve essere dichiarata costituzionalmente illegittima.

Chiaramente, il venir meno dell'automatismo previsto dalla disposizione all'esame non esclude che il magistrato di sorveglianza possa fondare la propria valutazione anche su fatti emergenti da informative di polizia o rapporti delle autorità penitenziarie, suscettibili di integrare ipotesi di reato. Infatti, l'art. 30-ter, comma 1, ordin. penit. conferisce al magistrato di sorveglianza il compito di accertare sempre l'assenza di pericolosità sociale del condannato stesso.

### **La soluzione.**

La Corte ha così dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 30-ter, comma 5, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), comportando la caducazione dell'intera disposizione, con conseguente assorbimento delle ulteriori censure (sollevate in riferimento agli artt. 27, secondo comma, Cost.; 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 6 CEDU; 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 48 CDFUE), relative al frammento della disposizione concernente la posizione di chi sia soltanto imputato della commissione di un nuovo reato durante l'esecuzione della pena.

## Osservatorio Sezioni Unite

a cura di  
**Guido Colaiacovo\***  
**Luigi Ludovici\*\***

### **Intercettazioni**

Sez. un., 18 aprile 2024 (dep. 3 ottobre 2024), n. 36764, Cassano, Presidente, Silvestri, Relatore, Viola, P.m. (concl. conf.)

*La disciplina del regime di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi, di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p. nel testo introdotto dal decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 161, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n.7 ed anteriore al decreto-legge 10 agosto 2023, n.105, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 ottobre 2023, n. 137 - si applica solo nel caso in cui il procedimento nel quale sono state compiute le intercettazioni sia stato iscritto successivamente al 31 agosto 2020.*

*In tema di trattamento di dati personali, la richiesta di oscuramento delle generalità e degli altri dati identificativi dell'interessato riportati sulla sentenza o altro provvedimento, di cui all'art. 52, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, deve essere fondata su "motivi legittimi", la cui valutazione impone un equilibrato bilanciamento tra le esigenze di riservatezza del singolo e quelle di pubblicità della sentenza (in motivazione, la Corte ha precisato che, a fronte della regola generale della diffusione integrale del provvedimento, è onere del soggetto interessato prospettare le specifiche ragioni che giustificano l'oscuramento dei dati, indicando le negative conseguenze che deriverebbero su vari aspetti della sua vita sociale e di relazione, ove la richiesta non fosse accolta).*

### **Le questioni.**

Le Sezioni unite sono intervenute per chiarire se la disciplina del regime di utilizzabilità delle intercettazioni in procedimenti diversi di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p. (nel testo introdotto dal decreto legge 30 dicembre 2019, n. 161, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 7, ed anteriore al decreto legge 10 agosto 2023, n. 105, convertito con modificazioni dalla legge 9 ottobre 2023, n. 17) operi

\* Professore associato di diritto processuale penale - Università di Foggia.

\*\* Professore associato di diritto processuale penale - Università degli Studi "Guglielmo Marconi".

soltanto nel caso in cui il procedimento nel quale siano compiute le captazioni e il procedimento diverso siano stati iscritti successivamente al 31 agosto 2020, ovvero nel caso in cui solo quest'ultimo sia stato iscritto dopo tale data.

Nella seconda parte del provvedimento, le Sezioni unite si sono pronunciate sulla richiesta di oscuramento delle generalità e dei dati identificativi delle parti riportati nella sentenza fondata sulla base di un asserito effetto pregiudizievole in ambito lavorativo, nella vita sociale e in ambito familiare, con particolare riguardo alla reputazione degli indagati, tenuto conto, peraltro, dello stato del procedimento e della sommarietà della fase cautelare.

### **I contrapposti orientamenti.**

Nel caso di specie il *thema decidendum* involge solo indirettamente la disposizione di cui all'art. 270, comma 1, c.p.p., oggetto della nota pronuncia a Sezioni Unite Cavallo del 2019 (Sez. un., 28 novembre 2019, n. 51, in *Cass. pen.*, 2020, p. 1877). Esso attiene più precisamente al tema della successione nel tempo delle norme processuali e, in particolare, dell'art. 9, d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216, così come modificato dal d. l. n. 161 del 2019, convertito con modificazioni dalla legge n. 7 del 2020 e successivamente abrogato dal d. l. n. 105 del 2023.

Secondo un primo orientamento, la locuzione "procedimenti penali iscritti" contenuta nell'art. 9 d.lgs. n. 216 del 2017 farebbe riferimento ai procedimenti "diversi" da quelli genetici in cui è stato emesso il decreto di autorizzazione per le intercettazioni. Si alluderebbe, dunque, ad ogni notizia di reato ulteriore iscritta nei registri dopo il 31 agosto 2020. Da ciò consegue che i risultati delle intercettazioni effettuate in un procedimento a monte potrebbero essere utilizzati in un procedimento a valle, iscritto dopo tale data, sebbene l'acquisizione dei mezzi di ricerca della prova sia avvenuta in un momento antecedente al 31 agosto 2020 (Sez. V, 20 luglio 2022, n. 37169, in *C.E.D. Cass.*, n. 283874 - 02; Sez. V, 20 luglio 2022, n. 37911, non mass.; Sez. II, 13 giugno 2023, n. 37143, non mass.; Sez. V, 14 novembre 2023 n. 46832, non mass.).

A sostegno di quest'orientamento si invocano un argomento letterale ed uno di carattere sistematico. Si valorizza il dato letterale, dal momento che la più recente formulazione dell'art. 9 rinvia quale parametro applicativo al momento di iscrizione della *notitia criminis*, non a quello di adozione del provvedimento autorizzativo. D'altro canto, la *ratio* sottesa alla modifica legislativa risiederebbe nella volontà di conferire univocità alla disciplina delle intercettazioni: il legislatore avrebbe voluto derogare al principio *tempus regit actum*, ispiratore dell'originaria versione della disposizione.

Ad avviso dell'orientamento di segno contrario, maggiormente favorevole all'imputato, si ritiene che il rinvio all'atto di iscrizione nel registro, previsto nel già citato art. 9, farebbe riferimento a procedimenti penali originari o a monte, e non a quelli a valle, di modo che l'art. 270, comma 1, c.p.p. riguarderebbe solo i risultati delle intercettazioni autorizzate dopo il 30 agosto 2022 (Sez. VI, 24 novembre 2022, n. 9846, in *C.E.D. Cass.*, n. 284256 - 01; Sez. VI, 17 novembre 2021, n. 47235, non mass.).

Quest'interpretazione fa leva sulla funzione costitutiva del provvedimento autorizzatorio nell'ambito della normativa sulle intercettazioni, con evidente riferimento alle statuizioni contenute nella sentenza delle citate Sezioni unite Cavallo (par. 2 Considerando in diritto). Inoltre, si ritiene che l'intento del legislatore, perseguito tramite il riferimento alla data di iscrizione, sia quello di delimitare l'ambito applicativo della riforma. Sulla scorta di questa impostazione, non sarebbe possibile utilizzare i risultati

delle intercettazioni di un procedimento *a quo* iscritto nel registro prima del 31 agosto 2020.

Per quanto attiene, invece, alla questione relativa all'accoglimento della richiesta di oscuramento dei dati personali delle parti nel testo della sentenza, occorre precisare che sul punto non sussisteva un contrasto interno alla Corte. Ad avviso della giurisprudenza di legittimità è infatti possibile procedere ad oscurare i dati sensibili delle parti solo nei casi previsti dalla legge oppure, in base alla clausola generale "aperta" di cui all'art. 52, comma 1, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, come modificato ad opera dell'art. 3, comma 2, lett. c), d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101, per motivi legittimi adeguatamente giustificati (*ex plurimis*, Sez. II, 11 maggio 2023, n. 29053, in *C.E.D. Cass.*, n. 284938 - 01; Sez. VI, 15 febbraio 2017, n. 11959, *ivi*, n. 269402 - 01; Sez. VI, 5 aprile 2013, n. 41566, *ivi*, n. 257796 - 01). Solo in presenza di questi ultimi, nell'ambito del bilanciamento tra le due contrapposte esigenze, è possibile privilegiare l'interesse del privato alla tutela della propria sfera personale, in luogo dell'esigenza di consentire la conoscenza integrale del provvedimento di portata costituzionale.

### La soluzione.

Per quanto attiene alla prima questione, le Sezioni unite aderiscono al secondo orientamento, più garantista, ma sulla base di argomenti diversi.

In particolare, i giudici della Suprema Corte si concentrano sulla natura giuridica, sull'esatta portata e sull'ambito applicativo della disposizione di cui all'art. 9 d.lgs. 29 dicembre 2017, n. 216.

Quanto alla natura giuridica della citata disposizione transitoria, essa viene qualificata come una "meta norma" o una "norma su norme", atta a individuare il regime concretamente applicabile nell'ambito del fenomeno di successione di leggi nel tempo.

Come noto, le norme di diritto processuale sono governate dal principio *tempus regit actum*. Attraverso la modifica legislativa del 2019, si è inteso sottrarre il *novum* al regime della disciplina applicabile in tema di successione nel tempo di norme processuali. Ad avviso del collegio, vi sarebbe dunque continuità tra la formulazione originaria della disposizione e quella successiva, poi abrogata. Pertanto, il legislatore si sarebbe limitato a delineare in maniera più precipua l'ambito applicativo così da fugare i residui dubbi interpretativi.

Infatti, anche la previgente versione attribuiva rilievo solamente alla data di emissione del provvedimento di autorizzazione delle intercettazioni che, pur emesso in relazione a un dato procedimento *a quo*, condizionava tutte le operazioni di captazione susseguenti. In questo modo, veniva inoltre garantita unitarietà al regime normativo, relativo a differenti profili di riforma del procedimento di intercettazione.

Per quanto attiene, infine, alla portata applicativa della norma, la continuità tra le due diverse formulazioni è suffragata anche da quanto emerge dai lavori preparatori, nonché da un parere dal Consiglio Superiore della Magistratura. Si aggiunge, infine, che in una prospettiva di sistema la conclusione raggiunta sarebbe più in linea con i principi costituzionali affermati in risalenti pronunce in tema di limiti di utilizzabilità probatoria degli esiti captativi in un procedimento "diverso" (*ex plurimis*, C. cost., 24 febbraio 1994, n. 63, in *Giur. cost.*, 1994, p. 363; C. cost., 23 luglio 1991, n. 366, in *Giur. cost.*, 1991, p. 2914; C. cost., n. 34 del 1973), nonché con la funzione e la portata del procedimento autorizzatorio, previamente riconosciuta dalla sentenza Cavallo.

In ordine all'oscuramento dei dati personali, i giudici di legittimità ritengono infondata la richiesta perché prospettata sulla base di una richiesta meramente generica, dal momento che il "motivo legittimo" addotto consisterebbe in un effetto pregiudizievole per la reputazione professionale degli imputati. In particolare, tale pregiudizio discenderebbe dalla diffusione della notizia della mera esistenza di un procedimento penale ancora nella fase delle indagini, nemmeno oggetto di un provvedimento cautelare. Un simile assunto porterebbe a vanificare l'esigenza di bilanciamento tra la tutela della *privacy* degli imputati e il dovere di conoscibilità dei provvedimenti giurisdizionali.

Carolina Teresi (Dottoranda di ricerca - Università degli Studi "Guglielmo Marconi")

### **Sospensione condizionale**

Sez. un., 30 maggio 2024 (dep. 1 ottobre 2024), n. 36460, Cassano, Presidente, Santalucia, Relatore, Viola e Cocomello, P.m. (concl. conf.)

*È legittima la revoca, in sede esecutiva, della sospensione condizionale della pena disposta in violazione dell'art. 164, quarto comma, c.p. in presenza di una causa ostativa ignota al giudice di primo grado e nota a quello d'appello, a cui il punto non sia stato devoluto con l'impugnazione.*

### **La questione.**

Le Sezioni unite sono intervenute per risolvere un contrasto insorto sulla possibilità di agire *in executivis*, ai sensi dell'art. 674, comma 1-*bis*, c.p.p. per rimuovere una concessione illegittima della sospensione condizionale.

Più precisamente, il quesito verteva sulla legittimità della revoca in sede esecutiva della sospensione condizionale disposta in violazione dell'art. 164, comma 4, c.p., in presenza di una causa ostativa ignota al giudice di primo grado e nota a quello d'appello, qualora quest'ultimo non fosse stato investito sul punto con l'impugnazione del pubblico ministero nè, comunque, con una formale sollecitazione in ordine all'illegittimità del beneficio.

### **I contrapposti orientamenti.**

Nella giurisprudenza di legittimità si contrapponevano due orientamenti che, tuttavia, avevano una comune premessa interpretativa in una sentenza delle Sezioni unite. Si tratta, precisamente, della decisione di Sez. un., 23 aprile 2025, n. 47345, in *Foro it.*, 2016, p. II, c. 33, intervenuta sul tema del rapporto tra preclusione da giudicato e poteri del giudice dell'esecuzione in punto di revoca della sospensione condizionale illegittimamente concessa. Detta sentenza ha chiarito che il giudice dell'esecuzione può revocare il beneficio della sospensione condizionale della pena concesso in violazione dell'art. 164, comma quarto, c.p. in presenza di cause ostative, a meno che tali cause non fossero documentalmente note al giudice della cognizione.

Nonostante la comune premessa, come detto, le sezioni semplici della Suprema Corte giungevano a conclusioni diverse.



Un primo indirizzo, infatti, escludeva che l'omissione di una pronuncia da parte del giudice d'appello, che pur potendo disporre la revoca della sospensione condizionale, fosse rimasto inerte, determinasse una preclusione per il giudice dell'esecuzione.

Ponendosi su questa linea interpretativa, che aveva trovato maggior consenso nella giurisprudenza di legittimità, Sez. I, 10 maggio 2019, n. 30709, in *C.E.D. Cass.*, n. 276504, ha ritenuto legittima la revoca *in executivis* della sospensione condizionale della pena riconosciuta in violazione dell'art. 164, comma 4, c.p. in presenza di una causa ostativa ignota al giudice di primo grado e nota a quello d'appello, che non fosse stato investito dell'impugnazione del pubblico ministero né, comunque, di formale sollecitazione di questi in ordine all'illegittimità del beneficio. Secondo questo orientamento, il potere di revoca che, in tal caso, il giudice d'appello può esercitare anche d'ufficio ha natura meramente facoltativa e surrogatoria rispetto a quello del giudice dell'esecuzione (in senso conforme, Sez. I, 10 maggio 2019, n. 30710, in *C.E.D. Cass.*, n. 276408; Sez. I, 31 gennaio 2017, n. 12817, in *Cass. pen.*, 2017, p. 3310; Sez. I, 8 aprile 2021, n. 24103, in *C.E.D. Cass.*, n. 281432; Sez. I, 9 luglio 2021, n. 39190, *ivi*, n. 282076).

Altro indirizzo, minoritario, sosteneva invece che il giudice dell'esecuzione non potesse pronunciarsi sulla domanda di revoca della sospensione condizionale illegittimamente concessa ove il giudice d'appello non fosse intervenuto, anche *ex officio*, pur avendo agli atti l'attestazione documentale che la sospensione condizionale non avrebbe potuto essere accordata ai sensi dell'art. 164, comma 4, c.p. (in questo senso, Sez. V, 9 luglio 2020, n. 23133, in *Cass. pen.*, 2021, p. 1745; e, con argomentazioni più approfondite, Sez. V, 20 dicembre 2023, n. 2144, *ivi*, 2024, p. 2309).

### La soluzione.

Le Sezioni unite, dopo aver esposto i termini del contrasto, hanno ricordato che in materia, prima dell'introduzione del comma 1-*bis* dell'art. 674 c.p.p., le Sezioni unite avevano affrontato il tema e avevano escluso, per quanto riguarda lo specifico profilo in esame, che il giudice d'appello potesse emettere un provvedimento di revoca, in assenza di impugnazione sul punto del pubblico ministero, se non incorrendo nella violazione del principio devolutivo e del divieto di *reformatio in peius* (Sez. un., 8 aprile 1998, n. 7551, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3219).

Ciò posto, hanno anche osservato che la modifica normativa intervenuta successivamente ha determinato un erroneo approccio alla questione poichè le sentenze che hanno preso posizione sul tema non hanno più tenuto conto del limite imposto dal principio devolutivo. Da questo punto di vista, le Sezioni unite ipotizzano che l'introduzione del comma 1-*bis* potrebbe aver posto in secondo piano questo profilo, nella convinzione che non avesse senso contenere i poteri del giudice dell'impugnazione entro la devoluzione se la revoca, non pronunciata in sede di impugnazione, poteva e doveva essere disposta in sede esecutiva.

Le Sezioni unite, tuttavia, respingono una simile impostazione e, pertanto, non danno seguito a nessuno dei due indirizzi elaborati dalle sezioni semplici. Punti cruciali della motivazione sono la perimetrazione dei poteri conferiti in materia al giudice d'appello e al giudice dell'esecuzione e l'individuazione dei presupposti per il loro esercizio.

Dunque, la soluzione del contrasto è fondata proprio sulla corretta trasposizione del principio devolutivo che impone di escludere che il giudice dell'impugnazione,

ove non sia investito della questione, possa conoscere del vizio della sentenza determinato dalla illegittima concessione della sospensione condizionale.

È una lettura che, alla luce dei principi enunciati nelle precedenti sentenze delle Sezioni unite, è coerente con quanto affermato dalla Suprema corte anche in tema di revoca dell'indulto (Sez. I, 30 gennaio 2008, n. 11647, in *Cass. pen.*, 2009, p. 517).

In questa prospettiva, quindi, le Sezioni unite stabiliscono che l'intervento del giudice dell'esecuzione è precluso soltanto da una pregressa valutazione e, dunque, da una statuizione del giudice della cognizione (come avviene, ad esempio, nella disciplina della applicazione del concorso formale e del reato continuato ai sensi dell'art. 671 c.p.p.) che sia stato espressamente chiamato a pronunciarsi sul punto.

Ne consegue che, ove tale intervento non sia stato sollecitato con un motivo di impugnazione, non si può ritenere che la questione della illegittima concessione della sospensione condizionale abbia formato oggetto di valutazione, neppure implicita, e non si possono ravvisare ostacoli alla correzione dell'errore da parte del giudice dell'esecuzione.

(G.C.)

### **Impugnazioni cautelari**

Sez. un., 11 luglio 2024 (dep. 3 dicembre 2024) n. 44060, Cassano, Presidente, Caruso, Relatore, Viola, p.m. (concl. parz. diff.)

*In tema di misure cautelari personali, nel caso in cui l'imputato, nei confronti del quale sia stata emessa ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere, divenuta inefficace per il proscioglimento pronunciato all'esito del giudizio di primo grado, venga successivamente sottoposto, ai sensi dell'art. 300, comma 5, c.p.p., a nuova applicazione della custodia in carcere, il rimedio che egli può esperire per impugnare la relativa ordinanza è quello dell'istanza di riesame ex art. 309 c.p.p.*

### **La questione.**

Le Sezioni unite sono intervenute per chiarire se l'imputato, nei confronti del quale sia stata emessa ordinanza applicativa della custodia cautelare in carcere divenuta inefficace per il proscioglimento pronunciato all'esito del giudizio di primo grado, debba impugnare l'ordinanza con la quale sia stata disposta, ai sensi dell'art. 300 comma 5 c.p.p., la custodia in carcere con la richiesta di riesame ovvero con l'appello cautelare.

### **I contrapposti orientamenti.**

Sul rimedio esperibile per impugnare l'ordinanza applicativa della custodia in carcere (ed ogni altra misura cautelare coercitiva) disposta ex art. 300, comma 5, c.p.p. nei confronti di un imputato condannato in appello ma che, dopo l'assoluzione intervenuta in primo grado, aveva visto perdere di efficacia il primo provvedimento custodiale emesso nei suoi confronti, la giurisprudenza di legittimità ha espresso orientamenti contrastanti.

Per un primo, maggioritario orientamento, la misura nuovamente disposta dopo il ribaltamento in appello del precedente *decisum* assolutorio può essere impugnata

proponendo appello ex art. 310 c.p.p. (Sez. V, 5 luglio 2011, n. 32852, in *C.E.D. Cass.*, n. 250579; Sez. I, 12 febbraio 2002, n. 23061, *ivi*, n. 221636). Questa conclusione sarebbe una conseguenza del principio generale per cui l'appello trova applicazione ogni qual volta l'emissione di una nuova misura cautelare si sia resa necessaria perché il precedente titolo cautelare risulti venuto meno per ragioni non inficianti la sua validità ma esclusivamente attinenti la sua efficacia: condizione questa che ricorrerebbe anche nel caso di cui all'art. 300 c. 5 c.p.p., come dimostrato sia dalla collocazione del meccanismo ripristinatorio *de quo* all'interno di una norma che prevede una ipotesi di estinzione "automatica" della misura, sia dall'esistenza in proposito di una previsione *ad hoc*, che non avrebbe motivo di essere qualora fossero applicabili le regole generali in materia di applicazione *ex novo* della misura cautelare. Per queste ragioni, è l'appello il rimedio da esperire per impugnare la nuova misura cautelare, atteggiandosi questa come la mera riespansione del precedente titolo, fino a quel momento rimasto quiescente; non sarebbe al contrario possibile avanzare richiesta di riesame, la cui applicabilità presuppone infatti che la precedente vicenda cautelare si sia ormai completamente dissolta, come accade in caso di sopravvenuto annullamento in Cassazione del provvedimento che l'aveva disposta ovvero di incompetenza del giudice emittente (art. 27 c.p.p.) o di violazione di legge (ad esempio, art. 294 o 309, commi 5 e 10 c.p.p.).

A questo orientamento se ne contrappone un altro, assai minoritario (Sez. VI, 8 marzo 1999, n. 842, in *C.E.D. Cass.*, n. 213920), ma largamente seguito in dottrina, secondo il quale è la richiesta di riesame lo strumento attraverso il quale è possibile impugnare il provvedimento di cui all'art. 300, comma 5, c.p.p. Supporterebbero questa interpretazione sia il dato letterale, visto che l'art. 300, comma 5, c.p.p. – contemplando la possibilità di "disporre" misure coercitive – usa la medesima terminologia impiegata all'interno dell'art. 309, comma 1, c.p.p. per individuare i provvedimenti riesaminabili – sia la considerazione che la nuova misura, trovando applicazione dopo la celebrazione del giudizio di secondo grado e dopo la totale rivalutazione del quadro probatorio dedotto a carico dell'imputato, si fonderebbe necessariamente su presupposti e argomenti diversi da quelli sui quali poggiava la precedente misura, poi posta nel nulla dalla sentenza di assoluzione. Senza contare che, seguendo la soluzione propugnata dall'indirizzo maggioritario, si creerebbe una irragionevole difformità di disciplina tra la fattispecie di cui all'art. 300, comma 5, c.p.p. e quelle ad essa assolutamente omogenee di cui all'art. 275, comma 1-*bis* e 2-*ter* c.p.p. relative sempre ad ipotesi di applicazione della misura cautelare dopo l'emissione di una sentenza di condanna, nel caso di sussistenza di almeno una delle esigenze di cui all'art. 274 lett. b) e c) c.p.p.

### La soluzione.

Le Sezioni unite hanno affermato che la *quaestio iuris* non può essere risolta né facendo leva sul criterio semantico-letterale, né su quello incentrato sulla natura della causa che ha determinato la cessazione della precedente misura. Infatti, quanto al primo criterio, il codice non utilizza in modo univoco il verbo "disporre", atteso che numerosi sono i casi in cui la stessa espressione si riferisce anche a provvedimenti pacificamente attratti nell'orbita applicativa dell'appello cautelare ex art. 310 c.p.p.: ciò accade, ad esempio, per i provvedimenti che applicano misure interdittive, che modificano *in peius* la misura in caso di aggravamento delle esigenze cautelari ex art.

299 c.p.p. ovvero che incidono sulle modalità esecutive della misura originariamente decisa. Ma, allo stesso modo non è risolutivo neppure l'argomento che valorizza la causa di cessazione della precedente misura, essendo numerosi i casi in cui la giurisprudenza riconosce l'esperibilità del rimedio di cui all'art. 309 c.p.p. anche nei casi in cui la prima misura sia venuta per effetto di un mero "automatismo" dovuto al verificarsi di un fatto esterno non incidente sulla validità e sui presupposti applicativi della misura cautelare, come accade in caso di nuova misura disposta dopo la caducazione del precedente titolo per omesso interrogatorio entro il termine prescritto ovvero per omesso rispetto dei termini decisori di cui all'art. 309 c. 5 e 10 c.p.p. Chiarito ciò, il *plenum* ha ritenuto di aderire all'interpretazione propugnata dall'orientamento minoritario per seguenti e concorrenti ragioni: il carattere di forte cesura impresso alla primigenia vicenda cautelare dalla sentenza di assoluzione emessa in primo grado; il fatto che la previsione di cui all'art. 300, comma 5, c.p.p. costituisce l'attuazione della direttiva n. 63 della legge-delega n. 81 del 1987; la componente di "novità" intrinseca nel giudizio di appello e nella condanna che ribalti la pronuncia assolutoria, essendo rimesso al giudice di secondo grado, anche in assenza di rinnovazione istruttoria dibattimentale, il compito di "rivalutare" le esigenze cautelari mediante un accertamento compiuto alla stregua dei fatti emersi nel processo, anche sopravvenuti, e necessariamente effettuato su basi diverse rispetto a quelle oggetto di verifica operata in sede di emissione della ordinanza genetica, poi venuta meno; l'omologia dei criteri valutativi e delle regole che il giudice emittente l'ordinanza di cui all'art. 300, comma 5, c.p.p. è tenuto ad applicare rispetto ai criteri e alle regole imposti al giudice emittente la misura nei casi previsti dall'art. 275, commi 1-*bis* e 2-*ter*, c.p.p. con riferimento ai quali la giurisprudenza di legittimità ha affermato la praticabilità del ricorso con istanza *ex art.* 309 c.p.p.; l'esigenza di evitare irragionevoli discriminazioni, nell'opzione strumento di tutela, tra medesime situazioni di fatto.

Le Sezioni Unite hanno così affermato il principio di diritto secondo cui, nel caso in cui l'imputato nei confronti del quale sia stata emessa ordinanza applicativa della custodia in carcere, divenuta inefficace per il proscioglimento pronunciato all'esito del giudizio di primo grado, venga successivamente sottoposto ai sensi dell'art. 300, comma 5, c.p.p., a nuova applicazione della custodia in carcere, il rimedio che egli può esperire per impugnare la relativa ordinanza è quello dell'istanza di riesame *ex art.* 309 c.p.p.

(L.L.)

# SFRUTTAMENTO DEL LAVORO INTELLETTUALE E CAPORALATO: LA CASSAZIONE TRACCA I CONFINI DELLA FATTISPECIE

Commento alla sentenza della Corte di cassazione  
n. 43662 del 18 settembre 2024  
Cass. pen., Sez. II, sentenza 18 settembre 2024 (dep. 28  
novembre 2024), n. n. 43662

Ylenia Parziale\*

**Sommario:** **1.** Il caso di specie. - **2.** L'evoluzione normativa della disciplina del cd. "caporalato". - **3.** L'art. 603-bis c.p.: oggetto e limiti di tutela. - **4.** Breve *excursus* sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia di "sfruttamento" del lavoro. - **5.** Lo sfruttamento del lavoro intellettuale. - **6.** Considerazioni conclusive.

## ABSTRACT

Nel panorama giurisprudenziale relativo alla fattispecie di cui all'art. 603-bis c.p., la Corte di cassazione, con la sentenza n. 43662 del 28 novembre 2024, ha chiarito i confini di applicabilità della norma, escludendo esplicitamente i rapporti contrattuali relativi al lavoro di natura "intellettuale". Dopo una breve analisi della disciplina normativa nazionale e sovranazionale sul fenomeno del caporalato, l'Autrice esamina le nuove forme di sfruttamento del lavoro intellettuale, evidenziando come queste dovrebbero essere tutelate al di fuori dell'ambito penale.

*The Italian Supreme Court, with judgment no. 43662 of November 28, 2024, provided an interpretation of the article 603-bis of the Criminal Code, clarifying its scope of application and explicitly excluding contractual relationships involving work of an "intellectual" nature. Following a brief analysis of the national and supranational regulatory framework addressing the phenomenon of labor exploitation, the Author delves into the new forms of exploitation in intellectual work, highlighting how these should be protected outside the scope of criminal law.*

---

\* Docente a contratto di Diritto penale nell'Università degli Studi di Roma "Unicusano".

## 1. Il caso di specie.

Di recente la Seconda Sezione Penale della Corte di cassazione ha affrontato il tema dell'applicabilità del reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, previsto e punito dall'art. 603-*bis* c.p., ai rapporti contrattuali inerenti le prestazioni di natura "intellettuale".

La vicenda riguarda la presidente del consiglio di amministrazione di una società cooperativa operante nel settore dell'istruzione accusata di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-*bis* c.p.), nonché di estorsione aggravata (art. 629 c.p.) per aver approfittato dello stato di bisogno di alcuni dipendenti costringendoli a restituire la retribuzione ricevuta ovvero a lavorare sottopagati con la minaccia della loro mancata riassunzione nei successivi rinnovi contrattuali.

La Suprema Corte, ribaltando la decisione di merito, ha preliminarmente chiarito che l'art. 603-*bis* c.p. non si applica alle categorie di lavoro che, essendo di natura intellettuale, esulano strutturalmente dalla nozione di "manodopera". Quest'ultima, secondo i Giudici, si riferisce specificamente a prestazioni lavorative di carattere manuale, tipiche dei settori agricolo, artigianale o industriale e prive di qualificazione.

La Corte ha infatti rilevato che l'art. 603-*bis* c.p. è stato concepito per reprimere forme di sfruttamento che colpiscono la dignità personale in settori in cui la coercizione e la subordinazione si manifestano in maniera più evidente. La norma utilizza il termine "manodopera", che implica un lavoro privo di qualificazione e connotato da un carattere prettamente manuale, elementi estranei alla natura del lavoro intellettuale.

Quest'ultimo, viene chiarito, si distingue per un maggiore grado di autonomia decisionale e operativa ed un uso prevalente delle capacità intellettive, che costituiscono il tratto distintivo e identitario di tali prestazioni. Pertanto, in questo caso, l'applicazione dell'art. 603-*bis* c.p. sarebbe incompatibile con la ratio della norma.

Nonostante ciò, la Cassazione precisa che l'esclusione del lavoro intellettuale dall'ambito di applicazione dell'art. 603-*bis* c.p. non comporta l'impossibilità di contestare eventuali irregolarità. Queste, ove sussistenti, devono essere valutate alla luce di altre norme più adeguate a disciplinare le peculiarità del lavoro intellettuale.

Valorizzando, poi, il divieto di analogia e la collocazione della norma in un «[...] tessuto normativo costituito da reati come la riduzione in schiavitù, la tratta di persone, il traffico di organi prelevati da persone vive (oltre che prostituzione e pornografia minorile), vale a dire reati che colpiscono, su una scala elevatissima, la "personalità" individuale, fino al punto di annullarla», la Corte ritiene che la disposizione incriminatrice non possa utilizzarsi per punire fattispecie originariamente non ipotizzate dal Legislatore<sup>2</sup>.

Alla luce di tali considerazioni, è rilevato che la cooperativa operava in un settore tipicamente intellettuale quale quello dell'istruzione, la Corte ha accolto il ricorso dell'imputata, limitatamente al reato di sfruttamento del lavoro. Restano comunque

<sup>1</sup> Cass. pen., Sez. II, 28 novembre 2024 (ud. 18 settembre 2024), n. 43662. Per un commento cfr. F. VITARELLI, *Lo sfruttamento del lavoro intellettuale è fuori dal tipo descritto dall'art. 603-bis c.p.?*, in *Sist. Pen.*, 17 Dicembre 2024.

<sup>2</sup> Sentenza in commento, 7.

aperti eventuali profili di responsabilità legati all'estorsione aggravata (art. 629 c.p.) o ad altre violazioni normative pertinenti al caso specifico.

## 2. L'evoluzione normativa della disciplina del cd. "caporalato".

Nel panorama giurisprudenziale relativo alla fattispecie di cui all'art. 603-bis c.p., la Cassazione, con la sentenza in commento, offre, per la prima volta, un'interpretazione della norma che ne definisce i confini di applicabilità, con particolare attenzione al tipo di attività lavorativa coinvolta nelle ipotesi di sfruttamento e intermediazione illecita.

Prima di procedere all'analisi della pronuncia in esame, è opportuno soffermarsi, sia pure *en passant*, sulla disciplina normativa del fenomeno del caporalato. L'art. 603 bis c.p. è stato introdotto dall'art. 12 del Decreto-Legge 13 agosto 2011, n. 138<sup>3</sup> nell'ambito di un intervento normativo mirato a contrastare il fenomeno sempre più preoccupante del caporalato agricolo, particolarmente diffuso nelle campagne del Sud Italia<sup>4</sup>. Questo fenomeno, caratterizzato da una grave lesione dei diritti fondamentali dei lavoratori, spesso stranieri, si manifesta attraverso condizioni di lavoro disumane, retribuzioni irrisorie e un controllo diretto ed esasperato sulle persone impiegate<sup>5</sup>.

Il profilo dello sfruttamento del lavoro altrui e della ricerca del massimo profitto a scapito del lavoratore è diventato col tempo del tutto preponderante rispetto alla funzione di organizzazione e gestione della forza lavoro e ciò rende anche socialmente inaccettabile la mediazione del caporale<sup>6</sup>. Destinatari della sua attività sono, infat-

<sup>3</sup> Decreto-Legge 13 agosto 2011, n. 138 recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo", convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148 (in G.U. 16/09/2011, n. 216).

<sup>4</sup> Dagli atti della Giunta per l'inchiesta agraria e sulle condizioni della classe agricola, presieduta dal Sen. Stefano Jacini, pubblicati tra il 1880 e il 1885, emerge come in numerose province dell'Italia centro-meridionale l'attività dei gruppi di braccianti agricoli stipendiati a giornata fosse diretta e gestita da "caporali". Con tale termine si indicava l'intermediario per il reclutamento di braccianti agricoli, a capo di una squadra di operai. Ogni riferimento al "caporale" contenuto nel presente scritto è da intendersi nel senso ora specificato. M. LOMBARDO, *Sub Art. 603 bis*, in M. RONCO, B. ROMANO, *Codice penale commentato*, Torino, 2012.

<sup>5</sup> Cfr. in argomento a mero titolo d'es.: A. DI MARTINO, "Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata, in *Dir. Pen. cont.*, 2/2015, 106 ss.; S. FIORE, (Dignità degli) Uomini e (punizione dei) Caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, in AA.VV., *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli, 2014, 879; E. LO MONTE, Osservazioni sull'art. 603-bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica, *ibidem*, 953 ss. e spec. 957-959; A. GIULIANI, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova s, 2015; A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai riders. Le fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, Torino, 2020, 62 ss.; V. MUSACCHIO, *Caporalato e tutela penale dei lavoratori stranieri: problemi e proposte di riforma*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 2/2010, 135; S. RIONDATO, *Sul reato di intermediazione di movimenti illeciti di lavoratori extracomunitari migranti*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Econ.*, 1991, 1027.

<sup>6</sup> L. BIN, *Il contrasto penale allo sfruttamento del lavoro, tra "(un)decent work" e servitù. I risultati del progetto NoSlaveChain*, in *Arch. Pen.*, 2/2024, 40 ss. L'Autore analizza le criticità della fattispecie di cui all'art. 603-bis c.p. alla luce degli esiti di un recente progetto di ricerca finanziato dalla Regione Puglia (Programma Refin), incentrato sul contrasto penale allo sfruttamento del lavoro.

ti, principalmente lavoratori stranieri entrati clandestinamente nel territorio italiano, privi di forza contrattuale e disposti ad accettare la più misera retribuzione e le più degradanti condizioni di vita e di lavoro per garantirsi la sopravvivenza e proteggere il loro stato di clandestinità. Tra il caporale e i braccianti si instaurano così dei rapporti che si avvicinano sovente ad una vera e propria riduzione in schiavitù<sup>7</sup>.

Al contempo, l'attività di caporalato ha assunto negli anni caratteristiche imprenditoriali di vera e propria organizzazione illecita della manodopera, sulla quale si posa l'attenzione della criminalità organizzata di tipo mafioso, particolarmente interessata a trarre vantaggi dallo sfruttamento della manodopera mediante il controllo sui lavoratori e la massima riduzione dei costi, proprio nei settori agricolo ed edile, ove l'intermediazione illecita è principalmente diffusa<sup>8</sup>.

Prima dell'introduzione dell'art. 603-bis c.p., in assenza di una fattispecie delittuosa *ad hoc*, le forme più gravi di sfruttamento e violenza nei confronti dei lavoratori potevano essere ricondotte ad alcune disposizioni del Codice penale, come i reati di riduzione in schiavitù, violenza privata, estorsione o lesioni personali. Tuttavia, le situazioni meno estreme rimanevano prive di una adeguata tutela normativa. Il caporalato, infatti, era considerato esclusivamente nell'art. 18 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276 (c.d. Legge Biagi); tale norma, tuttora vigente, prevede alcune ipotesi contravvenzionali per la violazione delle condizioni soggettive e oggettive richieste per l'intermediazione privata di lavoro e la somministrazione di manodopera. Tuttavia, la sanzione prevista, essendo di natura esclusivamente pecuniaria, risulta modesta e consente il ricorso all'oblazione ex art. 162 c.p.<sup>9</sup>. La riforma del mercato del lavoro aveva d'altronde abolito il monopolio pubblico nell'attività di intermediazione e somministrazione, determinando la conseguente abrogazione delle più severe fattispecie di reato previste dagli artt. 1 e 2 della L. 23 ottobre 1960, n. 1369 e, in precedenza, dall'art. 27 della L. 29 aprile 1949, n. 264<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> P. ALÒ, *Il caporalato nella tarda modernità. La trasformazione del lavoro da diritto sociale a merce*, Bari, 2010; L. LIMOCIA, A. LEO, N. PIACENTE, *Vite bruciate di terra. Donne e immigrati. Storie, testimonianze, proposte contro il caporalato e l'illegalità*, Torino, 1997; A. LEGRANDE, *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Milano, 2008.

<sup>8</sup> Sui rapporti tra mafia e caporalato v. per tutti P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. Dalla Calabria al centro dell'Inferno*, Milano, 2010, 114; G. MORGANTE, *Caporalato, schiavitù e crimine organizzato - caporalato, schiavitù e crimine organizzato verso corrispondenze (quasi) biunivoche*, in *Giur. It.*, 7/2018, 1703; M. OMIZZOLO, *Sotto padrone. Uomini, donne e caporali nell'agromafia italiana*, Milano, 2019; L. PALMISANO, *Mafia caporale*, Roma, 2017; G. TURONE, F. BASILE, *Il delitto di associazione mafiosa*, Milano, 2008, *passim*; F. NOVARESE, *Mafia e organizzazione del lavoro in Calabria: contributo alla costruzione di una risposta giudiziaria*, in *Questione Giustizia*, 4/1982, 863. Cfr. altresì il *Primo Rapporto su agromafie e caporalato*, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto di Roma, che nell'anno 2012 calcolava il giro d'affari delle Agromafie in una misura compresa tra i 12 e i 17 miliardi di euro l'anno, pari a circa il 10% dei guadagni della criminalità mafiosa, così come quantificato dalla Commissione Nazionale Antimafia.

<sup>9</sup> Su tale fattispecie di reato: F. MANTOVANI, *Commento all'art. 18*, in E. GRAGNOLI, A. PERULLI (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Padova, 2004, 249; M. PEDRAZZOLI, *Commento agli artt. 18-19*, in AA.VV., *Il nuovo mercato del lavoro*, a cura di M. PEDRAZZOLI, Bologna, 2004, 234, il quale parla di "mescola dell'art. 18".

<sup>10</sup> F. BUONADONNA, G. TRAMONTANO, *Il reato di somministrazione abusiva di manodopera*, in *Filodiritto.it*, 2006, 3405; G. MORGANTE, *Quel che resta del divieto di intermediazione ed interposizione*



Un'ulteriore fattispecie applicabile al fenomeno in discussione era contenuta nell'art. 12, comma 3-ter, del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che prevede ancora oggi pene detentive e pecuniarie per chi favorisce l'ingresso nel territorio dello Stato di stranieri clandestini con lo scopo, tra l'altro, di reclutare persone da destinare allo sfruttamento lavorativo o per trarne un profitto, anche indiretto<sup>11</sup>.

### 3. L'art. 603-bis c.p.: oggetto e limiti di tutela.

L'introduzione dell'art. 603-bis c.p. ha dunque colmato una significativa lacuna normativa nella repressione dei fenomeni di interposizione illecita nel mercato del lavoro<sup>12</sup>. Fenomeni che, come visto, si collocano in una zona intermedia di gravità tra le mere violazioni delle regole previste dal D.Lgs. 276/2003, per l'intermediazione e la somministrazione di manodopera, e i casi più estremi di riduzione in schiavitù, regolati dagli artt. 600 e seguenti del codice penale<sup>13</sup>.

La collocazione della fattispecie tra i delitti contro la personalità individuale (Capo III, Sezione I del Titolo XII) evidenzia il bene giuridico che si intende proteggere: lo *status libertatis* dei lavoratori. Lo sfruttamento lavorativo viene configurato dal legislatore come una forma di annullamento della personalità del singolo<sup>14</sup>. Questa impostazione esclude dall'applicazione della norma le semplici violazioni amministrative o

---

*nelle prestazioni di lavoro dopo la "Riforma Biagi"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 733 ss.; C. PERINI, *La successione di leggi penali in materia di somministrazione di lavoro: l'orientamento della S.C.*, in *Lav. Giur.*, 2005, 898; F. ROCCHI, *Il reato di "esercizio non autorizzato dell'attività di intermediazione di manodopera" nella riforma Biagi: tra continuità normativa e nuove esigenze del mercato del lavoro*, in *Cass. Pen.*, 2005, 4010; R. ROMEI, *L'"elisir" di lunga vita del divieto di interposizione*, in *RIDL*, 2005, II, 726; M. TIRABOSCHI, *Le riforme del mercato del lavoro dell'ultimo decennio in Italia: un processo di liberalizzazione?*, in *Working paper Adapt*, n. 38/2006, 1.

<sup>11</sup> In argomento cfr. ex multis A. MANNA, *Le fattispecie criminose in materia di immigrazione clandestina fra Corte costituzionale e Sezioni Unite penali*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2021, 1634 ss.; A. SPENA, *L'incriminazione dello smuggling of migrants in Europa: una ricognizione comparatistica*, in V. MILITELLO, A. SPENA, A. MANGIARCINA, L. SIRACUSA (a cura di), *I traffici illeciti nel Mediterraneo. Persone, stupefacenti, tabacco*, Torino, 2019; Id., *Favoreggiamento dell'immigrazione irregolare vs. traffico di migranti: una dicotomia rilevante nell'interpretazione dell'articolo 12 TUI? (Ragionando su Corte cost. n. 63/2022)*, in *DIC*, n. 3/2022; S. ZIRULIA, *Il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Tra over criminalisation e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2024. Per una disamina sulle misure extra penali di contrasto allo sfruttamento del lavoro cfr. C.S. THUN HOHENSTEIN WELSPERG, *Il diritto penale dello sfruttamento del lavoro: alla ricerca di un equilibrio fra extrema ratio e bisogni di penalizzazione*, in *Dir. Pen. XXI secolo*, n.2/2024, 283 ss.

<sup>12</sup> A. DI MARTINO, *"Caporalato" e repressione penale: appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in *Dir. pen. cont.*, 2015, 106 ss.; A. GIULIANI, *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit.; S. FIORE, *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 871 ss.; E. LO MONTE, *Osservazioni sull'art. 603 bis c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, ivi, 951.

<sup>13</sup> In questo senso M. LOMBARDO, *Sub Art. 603 bis, cit., passim*.

<sup>14</sup> S. SEMINARA, *Nuove schiavitù e società "civile": il reato di sfruttamento del lavoro*, in *Dir. Pen. proc.*, 2/2021, 140 ss. Secondo l'Autore «il disconoscimento della qualità di essere umano in un nostro simile, il rifiuto di portargli un benché minimo rispetto proprio in quanto essere umano, offende il diritto più inviolabile fra tutti, perché nega l'essenza dell'altrui umanità e il significato della presenza dell'altro nel mondo».

contravvenzionali legate alla gestione dell'intermediazione lavorativa, che rimangono disciplinate dall'art. 18 del D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

In sostanza, l'art. 603-*bis* c.p. mira a tutelare la dignità del lavoratore<sup>15</sup>, riaffermando che nessuna condizione economica del datore di lavoro può giustificare il trattamento degradante o disumano riservato ai dipendenti<sup>16</sup>.

La norma, sia nella versione originaria che in quella attuale, contiene una clausola di sussidiarietà esplicita, che lascia spazio all'applicazione di reati più gravi, come la riduzione in schiavitù (art. 600), la tratta di persone (art. 601) o l'acquisto e alienazione di schiavi (art. 602). Questi reati, puniti con pene da 8 a 20 anni di reclusione, possono anche riguardare situazioni di sfruttamento lavorativo.

La formulazione originaria dell'art. 603-*bis* c.p. era piuttosto complessa. La condotta incriminata prevedeva che l'attività di intermediazione fosse organizzata, escludendo quindi la responsabilità dell'utilizzatore finale del lavoro e richiedendo una gestione non occasionale, con mezzi idonei a garantirne l'effettività. Inoltre, lo sfruttamento del lavoratore doveva avvenire tramite violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o necessità del lavoratore stesso<sup>17</sup>.

Con la riforma introdotta dalla L. 26 ottobre 2016, n. 199<sup>18</sup>, la norma è stata semplificata e ampliata<sup>19</sup>. Ora il reato non riguarda solo chi svolge attività di intermediazione

---

<sup>15</sup> Cass. pen., Sez. IV, 07 marzo 2023 (ud. 30 novembre 2022), n. 9473, in *CED Cass.* n. 284190-02; Cass. pen. Sez. IV., 04 marzo 2022 (ud. 11 novembre 2021), n. 7857, in *CED Cass.* n. 282609-01.

<sup>16</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 08 giugno 2023, n. 33889.

<sup>17</sup> Dure le critiche della dottrina con riguardo alla novella, strutturata così male da essere definita "esempio di insipienza", così A. DI MARTINO, "Caporalato" e repressione penale, cit., 113. Concordemente C. SILVA, *Sanzioni penali*, in M. BROLLO, C. CESTER, L. MENGHINI (a cura di), *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, Trieste, 2016, 488, la descrive «frettolosa e lacunosa, con conseguenti incoerenze, imperfezioni e criticità». Dure anche le reprimende, soprattutto in punto di determinatezza, di A. GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in [www.legislazionepenale.eu](http://www.legislazionepenale.eu), 3 aprile 2017, 27 s., E. LO MONTE, *Osservazioni sull'art. 603-bis*, cit., 953; A. SCARCELLA, *Il reato di "caporalato" entra nel codice penale, in Diritto penale e processo* 2011, 1193; E. SCORZA, *Le novità rilevanti per il diritto penale nelle recenti norme "anti-crisi"*, in *Legisl. Pen.*, 7/2012.

<sup>18</sup> L. 29.10.2016, n. 199, recante «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo» (pubblicata sulla G.U. n. 257 del 03.11.2016 ed entrata in vigore il 4.11.2016). Per un commento alla Riforma del 2016 cfr. per tutti T. PADOVANI, *In gazzetta la legge sul caporalato che modifica il codice penale*, in *Quot. Giur.*, 2016.

<sup>19</sup> Sul "nuovo" art. 603 *bis* c.p. v. T. PADOVANI, *Necessario un nuovo intervento per superare i difetti*, in *Quot. Dir.*, 21 novembre 2016; *Id.*, *Le contraddizioni di un abnorme meccanismo repressivo*, *ivi*, 21 novembre 2016; D. FERRANTI, *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nero nell'ottica del legislatore*, in [www.penalecontempoaneo.it](http://www.penalecontempoaneo.it); F. GIANFROTTA, *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: luci e ombre di una riforma necessaria. Come cambia la tutela penale dopo l'approvazione della legge n. 199/2016*, in *Quest. Giustizia*, 1 marzo 2017; A. CISTERNA, *Caporalato, prova più semplice e applicazione in tutti i settori*, in *Quot. Dir.*, 21 novembre 2016; *Id.*, *Punita anche l'attività di intermediazione*, *ivi*, 21 novembre 2016; *Id.*, *È sfruttamento anche la violazione di prescrizioni minime*, *ivi*, 21 novembre 2016; *Id.*, *Aggravanti, sanzioni pesanti contro le condotte antinfortunistiche*, *ivi*, 21 novembre 2016; C. CASSANI, *Riflessioni sulle nuove norme in tema di "caporalato" e sfruttamento del lavoro*, in *Parola alla difesa*, n. 2/2016, 263; *Id.*, *"Caporalato" e sfruttamento del lavoro: le novità introdotte dalla legge 199/2016*, in *Quot. Giur.*, 5 gennaio 2017; L. MARINO, *Intermediazione illecita e sfruttamento del*

illecita (il cosiddetto caporale), ma anche il datore di lavoro che impiega manodopera sfruttata approfittando dello stato di bisogno.

L'attuale formulazione del primo comma dell'art. 603-bis individua due fattispecie distinte:

1. Il reclutamento di manodopera con l'obiettivo di destinarla a lavori per terzi in condizioni di sfruttamento.
2. L'utilizzo, l'assunzione o l'impiego di manodopera sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento.

In entrambe le ipotesi, è necessario che il reato si realizzi approfittando dello stato di bisogno del lavoratore. A differenza del requisito dello sfruttamento, la cui interpretazione è supportata dagli indici di orientamento probatorio previsti al terzo comma della disposizione in esame, l'art. 603-bis c.p. non fornisce una definizione di tale condizione. Parte della dottrina, tuttavia, ha elaborato una nozione incentrata sul concetto di "vulnerabilità", richiamandosi al suo referente normativo originariamente individuato nell'art. 600 c.p. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù) e tenendo conto dell'interpretazione giurisprudenziale della condizione di disagio economico rilevante ai fini del reato di usura (art. 644 c.p.)<sup>20</sup>. In tale prospettiva, lo stato di bisogno è stato definito come una condizione di grave pressione economica che, sebbene meno intensa rispetto allo stato di necessità precedentemente contemplato dalla norma nella sua versione anteriore, è comunque sufficiente a rendere la vittima particolarmente fragile e priva di qualsiasi autonomia negoziale, tanto che il suo sfruttamento non richiede necessariamente l'impiego di violenza o minaccia<sup>21</sup>.

Non è più richiesta, invece, un'attività organizzata, permettendo di perseguire penalmente anche le condotte poste in essere da singoli o da soggetti privi di una struttura stabile. Inoltre, è stato eliminato il requisito della violenza, della minaccia o dell'intimidazione come modalità necessarie per configurare lo sfruttamento; queste

---

lavoro, in *www.ilpenalista.it*, 5 dicembre 2016; S. SEMINARA, *op. cit.*, 137 ss.

<sup>20</sup> G. MORGANTE, *Quel che resta del divieto di intermediazione ed interposizione nelle prestazioni di lavoro dopo la "Riforma Biagi"*, cit., 6; A. SCARCELLA, *Il reato di "caporalato" entra nel codice penale*, in *Diritto penale e processo* 11, 1193 e E. SCORZA, *op. cit.*, 7.

<sup>21</sup> S. SEMINARA, *op. cit.*, 140. Sulla distinzione tra lo stato di bisogno, elemento costitutivo dell'art. 603-bis c.p. e stato di necessità, richiamato nell'art. 600 c.p. cfr. in dottrina G. COCCO, E. AMBROSETTI (a cura di), *I reati contro le persone. Vita, incolumità personale e pubblica, libertà, onore, moralità pubblica e buon costume, famiglia, sentimento religioso, per i defunti e per gli animali*, Padova, 2014, 338 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale, II, Tomo primo, I delitti contro la persona*, IV ed., Bologna, 2013, 137 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, I, Delitti contro la persona*, cit., 274 ss.; F. RESTA, *Art. 600 - Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù*, in Manna (a cura di), *Reati contro la persona*, Torino, 2007, 420 ss.; K. SUMMERER, *I delitti di schiavitù e tratta di persone*, in A.-S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale, VIII, I delitti contro l'onore e la libertà individuale*, Torino, 2010, 213 ss.; A. VALLINI, *Modifica all'art. 600 del codice penale*, in *Leg. pen.*, 2004, 622 ss.; F. VIGANÒ, *sub Art. 600 cod. pen.*, in *Codice penale commentato*, III, Milano, 2011, 5703 ss. In giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., Sez. III, 2 febbraio 2005, G., n. 3368, in *Dir. Pen. e Processo*, 2006, 1, 61, nota di A. PECCIOLI, *I profili di sospetta illegittimità costituzionale del c.d. caporalato: la ragionevolezza del trattamento sanzionatorio e la determinatezza degli indici di sfruttamento*, 8/2023, 1043; Cass. Pen., Sez. III, 26 ottobre 2006, in *Cass. pen.*, 2007, 4587 ss.

condotte sono ora considerate come circostanze aggravanti previste dal secondo comma della norma.

Il 3° comma dell'art. 603-*bis* c.p., come anticipato poc'anzi, contiene poi un'elencazione di quattro condizioni, la sussistenza di una o più delle quali costituisce indice ai fini della corretta individuazione del concetto di lavoro in condizioni di sfruttamento. Il legislatore del 2016 ha ritenuto di confermare l'originaria scelta di non ricorrere alla tecnica della definizione normativa del concetto di sfruttamento, preferendole quella della elencazione degli indici rivelatori<sup>22</sup>.

Infine, è stato previsto (nuovo art. 603-*bis* comma 1, c.p.) un reato con la sanzione più bassa della reclusione da 1 a 6 anni (e multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore) in caso di semplice sfruttamento, senza violenza o minaccia. In sostanza quindi si è aggiunto un nuovo caso rispetto al precedente, colmando una lacuna che, come visto, lasciava impuniti i casi anche se gravissimi di sfruttamento ma senza violenza o minaccia.

Resta comunque il principio di sussidiarietà, per cui i reati specifici sono applicabili, «salvo che il fatto costituisca più grave reato» (incipit dell'art. 603-*bis*, comma 1, c.p.), con riferimento implicito ma ovvio al reato di schiavitù ex art. 600 c.p.

Come rilevato da più parti in dottrina, la Riforma del 2016, pur ampliando l'ambito soggettivo dell'illecito includendo anche il datore di lavoro, sembra aver introdotto una sorta di "attenuazione" della fattispecie<sup>23</sup>. Tale attenuazione emerge dalla semplificazione dei tratti descrittivi che delineavano il peculiare disvalore del reato, accompagnata da una corrispondente modifica del regime sanzionatorio. In altre parole, la riforma sembra avere ridotto la complessità delle caratteristiche che definivano il reato originario, mirando probabilmente a garantire una maggiore applicabilità pratica.

Secondo alcune osservazioni, la nuova formulazione del reato potrebbe abbracciare una gamma più ampia di situazioni, incluse ipotesi che non riguardano direttamente il fenomeno del caporalato che si intende contrastare<sup>24</sup>. Tuttavia, questo ampliamento potrebbe essere interpretato come un tentativo di superare le difficoltà applicative riscontrate nella versione precedente della norma. Quest'ultima, infatti, sebbene fosse particolarmente rigorosa nel rispettare il principio di tassatività, si rivelava complessa da dimostrare in giudizio, tanto da essere definita, con un'efficace metafora, un vero e proprio "delitto gigante"<sup>25</sup>, di difficile applicazione.

---

<sup>22</sup> Art. 603-*bis*, comma 3, c.p.: «Ai fini del presente articolo, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni: 1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.

<sup>23</sup> In chiave critica sul punto, v. da ultimo A. DE RUBEIS, *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. Pen. cont.*, 4/2017, 221 ss.

<sup>24</sup> T. PADOVANI, *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida dir.*, 2016, n. 48, 48 ss.

<sup>25</sup> F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale I - Delitti contro la persona*, Padova, 2021, 324.

Alla luce di questo, l'impovertimento della descrizione delle caratteristiche offensive del fatto, introdotto con la riforma del 2016, potrebbe essere stato concepito per garantire maggiore effettività nella repressione del fenomeno, migliorando l'operatività concreta della norma.

I risultati, almeno fino ad oggi, non sono stati quelli sperati. La norma, come modificata, continua ad avere uno scarso livello di effettività che piuttosto unanimemente era stato imputato alla fattispecie nella sua versione previgente<sup>26</sup>. Per converso, il fenomeno del caporalato non può certamente considerarsi circoscritto o di limitata rilevanza. Come si giustifica tale incongruenza?

Innanzitutto, vale la pena segnalare sin d'ora che si tratta di uno dei casi di norma penale inserita nel codice con decretazione d'urgenza e insediata in un contesto, quello dei delitti contro la personalità individuale, destinato a reprimere le più gravi forme di criminalità che il diritto penale possa concepire nell'attuale momento storico<sup>27</sup>. Lo strumento prescelto è sintomo di una tendenza di natura politica, basata sulla convinzione che lo sviluppo economico ed il sostegno all'occupazione, soprattutto in una stagione di sconvolgimenti demografici e cambiamenti non sempre agevolmente monitorabili nelle dinamiche del mercato del lavoro, passino e debbano necessariamente passare *anche* attraverso il diritto penale<sup>28</sup>.

In secondo luogo, il delitto di cui all'art. 603-bis c.p. ricopre, come si è anticipato, una posizione intermedia tra i più gravi delitti a tutela della libertà individuale e le meno severe contravvenzioni (o in taluni casi illeciti amministrativi), sussidiarie alla disciplina giuslavoristica e amministrativa<sup>29</sup>. Tale rilievo trova conferma nelle pronunce operate dalla giurisprudenza che si è soffermata sulla fattispecie previgente, le quali rappresentano al contempo una conferma alla possibilità di configurare la disciplina come articolata secondo uno schema stadiale<sup>30</sup>. Si è affermato, infatti, che il delitto di cui all'art. 603-bis c.p. «punisce tutte quelle condotte distorsive del mercato del lavoro, che, in quanto caratterizzate dallo sfruttamento mediante violenza, minaccia o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori, non si risolvono nella mera violazione delle regole relative all'avviamento al lavoro sanziona-

---

<sup>26</sup> Segnalano la pressoché totale ineffettività della norma in esame A. DI MARTINO, "Caporalato" e repressione penale, cit., 113; D. GAROFALO, *Il contrasto al fenomeno dello sfruttamento del lavoro (non solo in agricoltura)*, in *RDSicSoc*, 2/2018, 258 ss.; E. LO MONTE, *Lo sfruttamento dell'immigrato clandestino: tra l'incudine (dello stato) e il martello (del caporalato)*, in *CrD* 2011, I-II, 66; G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del "caporalato"*, in *Dir. Pen. Proc.*, 6/2018, 813. Per uno sguardo ai numeri dei procedimenti avviati, cfr. D. FERRANTI, *La legge n.199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 15.11.2016, 1; D. PIVA, *I limiti dell'intervento penale sul caporalato come "sistema" (e non "condotta") di produzione: brevi note a margine della legge n. 199/2016*, in *Arch. Pen.*, 2017, I, 184 s. Per un'analisi delle pochissime sentenze che hanno lambito la disposizione prima della riforma cfr. G. DE MARZO, *Le modifiche alla disciplina penalistica in tema di caporalato*, in *Foro it.*, 2016, V, 377 s.

<sup>27</sup> A. DI MARTINO, "Caporalato" e repressione penale, cit., 107 ss.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> G. ROTOLO, *Dignità del lavoratore e controllo penale del "caporalato"*, cit., 811 ss.

<sup>30</sup> Così Cass. pen., Sez. V, 04 gennaio 2014, n. 14591 in *CED Cass.*, 262541. In termini analoghi si esprimono anche Cass. pen., Sez. V, 18 dicembre 2015, n. 16737 in *Dir. e Pratica Lav.*, 2016, 20, 1241, e Cass. pen., Sez. V, 17 ottobre 2017, n. 51634, in *Dir. e Pratica Lav.*, 2017, 46, 2829.

te dall'art. 18 del D. Lgs. 10 settembre 2003, n. 276»<sup>31</sup>. Al contempo e per altro verso, i fatti sussumibili sotto l'art. 603-*bis* c.p. non sono tali da «raggiungere le odiose vette dello sfruttamento estremo presupposto della fattispecie di cui all'art. 600 del codice penale»<sup>32</sup>. È tenendo conto di simili considerazioni che sembrerebbe confermata l'opinione di chi ha sottolineato come la fattispecie in questione sia intesa a intercettare le forme – ontologicamente nascoste e subdole – di cosiddetto “caporalato grigio”<sup>33</sup>, ossia come «quelle prassi di sfruttamento intermedie rispetto alle condotte punibili a norma delle contravvenzioni in materia di somministrazione ed intermediazione di lavoro, ovvero del delitto di riduzione in schiavitù o servitù, di cui all'art. 600 c.p.»<sup>34</sup>.

La divergenza tra la formulazione della norma, orientata a punire comportamenti che, seppur gravi, appaiono meno offensivi rispetto a quelli generalmente contemplati tra i delitti più odiosi dell'ordinamento, e la sua collocazione all'interno del sistema penale, è stata progressivamente attenuata da un intervento giurisprudenziale costante, sia a livello nazionale che europeo. Tale evoluzione interpretativa ha contribuito a chiarire l'ambito di applicazione della fattispecie incriminatrice, precisando i confini tra le condotte punibili e le semplici violazioni amministrative o giuslavoristiche, con un'attenzione particolare alla tutela effettiva dei lavoratori sfruttati. La sentenza in esame, a parere di chi scrive, si colloca proprio in questo solco interpretativo, confermando la tendenza ad armonizzare la *ratio* della norma con la sua posizione sistematica, rafforzando così la coerenza interna dell'ordinamento e garantendo una maggiore effettività nella repressione dei fenomeni di sfruttamento lavorativo.

#### 4. Breve excursus sulla giurisprudenza della Corte Edu in materia di “sfruttamento” del lavoro”.

A livello sovranazionale, il divieto di lavoro forzato od obbligatorio è equiparato ai divieti di schiavitù e servitù. Tale principio è sancito dall'art. 4 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nell'art. 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'art. 8 del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966.

Le principali pronunce della Corte Edu in materia riguardano prevalentemente casi di sfruttamento nell'ambito del lavoro domestico<sup>35</sup> e casi di sfruttamento della prostituzione<sup>36</sup>. Le basi di questa giurisprudenza vanno rintracciate nel caso *Van der Musselle c. Belgio*<sup>37</sup> in cui la Corte si è pronunciata sull'obbligo per i praticanti avvocato di prestare in taluni casi assistenza *pro bono*, escludendo che tale obbligo confi-

<sup>31</sup> Cass. Pen., Sez. V, 17 ottobre 2017, n. 51634, cit.

<sup>32</sup> R. BRICCHETTI, L. PISTORELLI, *Caporalato: per il nuovo reato pene fino ad 8 anni*, in *Guida dir.*, 2011, 35, 49;

<sup>33</sup> A. DI MARTINO, “Caporalato” e repressione penale, cit., 108.

<sup>34</sup> A. GIULIANI, *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., 28.

<sup>35</sup> CEDU, sent. del 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia* (ric. n. 73316/01); CEDU, sent. 11 ottobre 2012, *C.N. e V. c. Francia*, (ric. n. 67724/09).

<sup>36</sup> CEDU, sent. 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*, (ric. n. 25965/04); CEDU, sent. 21 gennaio 2016, *L.E. c. Grecia*, (ric. n. 71545/12).

<sup>37</sup> CEDU, sent. del 23 novembre 1983, *Van derMusselle c. Belgio*, ricorso n. 8919/80.

gurasse lavoro forzato. La Corte, in mancanza di definizioni esplicite nell'art. 4 CEDU, ha assunto come riferimento l'art. 2 della Convenzione sul Lavoro Forzato dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) del 1930, evidenziando un'«analogia impressionante» («*striking similarity*») e «non casuale» («*not accidental*») tra i due documenti<sup>38</sup>.

Secondo questa impostazione, il «lavoro forzato o obbligatorio» è definito come «qualsiasi lavoro o servizio richiesto a un individuo sotto la minaccia di una pena qualsiasi e per il quale detto individuo non si è offerto di sua spontanea volontà». Tuttavia, la Corte ha precisato che la sola minaccia di pena non è sufficiente per configurare il lavoro forzato: è necessario dimostrare che l'onere richiesto risulta sproporzionato («*disproportionate burden*») <sup>39</sup>.

I criteri per valutare tale sproporzione, però, non sono stati definiti in maniera univoca, lasciando spazio a interpretazioni caso per caso.

A tal proposito, nel recente caso *Chowdury c. Grecia*<sup>40</sup>, l'Università di Lund, intervenuta come *amicus curiae*, ha suggerito alla Corte di basare la valutazione sulla discrepanza tra le condizioni lavorative dei ricorrenti e quelle previste dalla normativa nazionale, piuttosto che sulla limitazione della libertà di movimento, più pertinente alla nozione di servitù<sup>41</sup>.

Tuttavia, la Corte ha spostato l'attenzione dal lavoro forzato alla tratta di esseri umani, sottolineando che questa viola la dignità umana e le libertà fondamentali. Pur condivisibile, tale impostazione ha finito per confondere concettualmente le due fattispecie, sostenendo che «lo sfruttamento del lavoro costituisce un aspetto della tratta»<sup>42</sup>, derivando questa affermazione dall'art. 4 della Convenzione anti-tratta del Consiglio d'Europa. In realtà, il documento menziona lo sfruttamento del lavoro come una possibile finalità della tratta, senza identificarlo necessariamente con essa. Lo sfruttamento lavorativo, infatti, può verificarsi anche in assenza di una precedente tratta, come evidenziato da studi che distinguono una fase di «pre-sfruttamento» (*pre-exploitation phase*) da quella dello sfruttamento vero e proprio<sup>43</sup>.

Nel tentativo, poi, di fare chiarezza sulla distinzione tra condotte di servitù e tratta, la Corte ha criticato l'interpretazione della nozione di tratta di esseri umani ope-

---

<sup>38</sup> CEDU, sent. del 23 novembre 1983, *Van derMussele c. Belgio*, cit., § 32; passaggio testualmente riprodotto nella sentenza *Siliadin c. Francia*, cit., § 116, che rappresenta la prima volta in cui viene affermata di responsabilità di uno stato ex art. 4 Cedu.

<sup>39</sup> E. CORCIONE, *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso Chowdury*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, vol. 11, 2017, n. 2, 516-522.

<sup>40</sup> CEDU, sent. del 30 marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*, (ric. n. 21884/15) ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>41</sup> *Ibidem*, § 78.

<sup>42</sup> *Ibidem*, §§ 92-102.

<sup>43</sup> A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al caporalato" dai braccianti ai riders. Le fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, cit., 62 ss. Si vedano anche le osservazioni di C. RIJKEN, *Trafficking in human being for labour exploitation: cooperation in an integrated Approach*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1/2013, 12; K. SKRIVANKOVA, *Between Decent Work and Forced Labour. Examining the Continuum of Exploitation*, paper for the Joseph Rowntree Foundation, November 2010, available online at <http://www.jrf.org.uk>.

rata dalle corti interne, avendola queste ultime sostanzialmente identificata con la nozione di servitù. Un elemento chiave individuato per distinguere il lavoro forzato dalla servitù è la percezione, da parte della vittima, dell'immutabilità della propria condizione. Tuttavia, neppure questa osservazione, seppur utile, ha portato a una definizione autonoma di lavoro forzato. Questa confusione concettuale è giunta al paradosso nella sentenza *J. c. Austria*<sup>44</sup>. Il caso riguardava due donne filippine sfruttate nel lavoro domestico negli Emirati Arabi e fuggite durante un soggiorno in Austria. Ebbene, la Corte ha ricondotto il disvalore dello sfruttamento lavorativo non al divieto di schiavitù o lavoro forzato (art. 4 CEDU), bensì al divieto di trattamenti degradanti (art. 3 CEDU). Tale scelta risulta incoerente e alimenta la necessità di una maggiore chiarezza concettuale<sup>45</sup>.

Le differenti interpretazioni, che si è cercato di riportare in questa sede seppur brevemente, dimostrano come, anche a livello europeo, persista la sfida di distinguere chiaramente tra intermediazione e sfruttamento lavorativo.

Tuttavia, è auspicabile che la Corte Edu restituisca autonomia ai concetti di cui all'art. 4 CEDU, definendo in modo più analitico i criteri di «minaccia di pena» e «vulnerabilità»<sup>46</sup> per stabilire quando il lavoro possa dirsi forzato e quali circostanze rendano un lavoratore vulnerabile<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> CEDU, sent. del 17 gennaio 2017, J. e altri c. Austria, (ric. n. 58216/12).

<sup>45</sup> *Ibidem*, §§ 119-123.

<sup>46</sup> Alcuni autori evidenziano infatti che, fra le varie declinazioni della nozione di "vulnerabilità", la giurisprudenza della Corte Edu sembra assegnare minore importanza alla vulnerabilità 'economica' derivante da indigenza o povertà (sempre considerata conseguenza di altri elementi di fragilità dell'individuo), che è quell'ache più rileva quando si parla di sfruttamento lavorativo. Cfr. S. BESSON, *La Vulnérabilité et la structuredes droits de l'homme. L'exemple del la jurisprudence de la Cour europeenne des droits de l'homme*, in AA.VV., *La vulnérabilitésaisie par lesjuges en Europe*, a cura di L. BURGORGUE-LARSEN, Paris, 2014, 59 ss.; D. XENOS, *The Human Rights of the Vulnerable*, in *International Journal of Human Rights*, 4/2009,591 ss.

Così, E. CORCIONE, *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso Chowdury*, in *Dir. um. dir.int.*, 2017, 516 ss. Nell'ottica di definire meglio tali contenuti, D. RUSSO, *Lo sfruttamento del lavoro negli stati membri del consiglio d'Europa: una riflessione a margine del caso Cowdury*, in *Riv. dir. int.*, 2017, 835 ss., auspica una lettura evolutiva dell'art. «4, par. 2, della Convenzione europea magari attraverso una operazione che valorizzi, attraverso l'interpretazione sistemica, le disposizioni di altri trattati poste a tutela della dignità della persona nell'ambito del lavoro. Sarebbe auspicabile, in particolare, una rivalutazione del ruolo della Carta sociale europea (riveduta)che, insieme alle Convenzioni dell'OIL, dovrebbe concorrere a definire un insieme di garanzie minime a tutela della dignità dei lavoratori nello spazio giuridico europeo. Questo approccio permetterebbe alla Corte europea di svolgere un ruolo di controllo sull'adeguatezza degli ordinamenti degli Stati contraenti a prevenire e reprimere le forme più gravi di sfruttamento lavorativo e a tutelare le vittime, eventualmente anche oltre il perimetro della fattispecie di tratta».

<sup>47</sup> Analoghe difficoltà si riscontrano nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo, che tende a considerare lo sfruttamento lavorativo come una derivazione diretta della tratta di esseri umani Cfr. *Case of the Hacienda Brasil Verde Workers v. Brazil, Judgment of 20 October 2016, Series C No. 318 (Hacienda Brasil Verde)*, relativamente al quale si rinvia alle osservazioni di V. MILANO, *Human trafficking by regional human rights courts: An analysis in light of Hacienda Brasil Verde, the first Inter-American Court's*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 36, 1-29, 2018.



## 5. Lo sfruttamento del lavoro intellettuale.

Come abbiamo visto, la sentenza in esame analizza il fenomeno del caporalato con riferimento all'ambito del lavoro intellettuale, affermando con chiarezza che tale tipologia di attività non integra gli estremi della fattispecie di cui all'art. 603-bis c.p. Questa conclusione si fonda su un'interpretazione sistematica della norma, la quale, nel delineare la condotta tipica del reato, richiede la sussistenza di specifici elementi oggettivi e soggettivi, in *primis* l'intermediazione illecita finalizzata allo sfruttamento del lavoro altrui, caratterizzata da condizioni di grave vulnerabilità o da una significativa sproporzione tra le prestazioni rese dal lavoratore e le condizioni economiche o contrattuali a lui riservate. La Corte precisa, tuttavia, che l'esclusione del lavoro intellettuale dall'ambito di applicazione dell'art. 603-bis c.p. non comporta l'impossibilità di contestare eventuali irregolarità o abusivismi. Tali condotte, ove sussistenti, devono essere valutate alla luce di altre norme più adeguate a disciplinare le peculiarità del lavoro intellettuale.

Non si può che concordare con tali affermazioni. Estendere ulteriormente la portata di una norma come l'art. 603-bis c.p. sarebbe infatti un'operazione rischiosa, soprattutto considerando che si tratta di una disposizione già criticata per la sua natura atecnica e per la sua appartenenza alla cosiddetta "legislazione simbolica"<sup>48</sup>. Un'interpretazione troppo estesa di una norma con una formulazione già ampia e generica potrebbe comportare gravi problemi di certezza del diritto, lasciando spazio a interpretazioni arbitrarie o discrezionali. Di conseguenza, è fondamentale preservare un equilibrio tra l'esigenza di contrastare fenomeni di sfruttamento e il rispetto dei principi fondamentali di tipicità e tassatività del diritto penale.

Tuttavia, sebbene la fattispecie del caporalato si riferisca prevalentemente a contesti di lavoro manuale o a bassa qualificazione, caratterizzati da una maggiore esposizione ad abusi, anche il lavoro intellettuale può essere oggetto di forme di sfruttamento. Esempi di ciò possono riscontrarsi nei settori dell'editoria, del giornalismo *freelance*<sup>49</sup> e anche delle professioni classiche<sup>50</sup>, dove i lavoratori qualificati sono spesso costretti ad accettare condizioni di lavoro precarie e sottopagate. Negli ultimi decenni, come dimostrato da recenti studi<sup>51</sup>, si è osservata una perdita di valore economico e sociale del lavoro qualificato. L'aumento dei laureati e dei lavoratori "so-

<sup>48</sup> Cfr., per tutti, L. BIN, *Problemi "interni" e problemi "esterni" del reato di intermediazione illecita e sfruttamento di lavoro (art. 603-bis c.p.)*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 10.03.2020; E. LO MONTE, *Osservazioni sull'art. 603-bis*, cit., 957; S. TORDINI CAGLI, *La controversa relazione della sanzione penale con il diritto del lavoro, tra ineffettività, depenalizzazione e istanze populiste*, in *Lav. Dir.*, 2017, III-IV,624.

<sup>49</sup> V. sul punto A. MERLO, *Il contrasto allo sfruttamento del lavoro e al "caporalato" dai braccianti ai riders. Le fattispecie dell'art. 603 bis c.p. e il ruolo del diritto penale*, cit., 33 ss.

<sup>50</sup> Con riferimento alle professioni, in particolare a quella forense, nel 2017 il guardasigilli Andrea Orlando ha in parecchie occasioni precisato che l'approvazione della legge sull'equo compenso sarebbe stata un passo decisivo per combattere quello che egli stesso definiva come «caporalato intellettuale». Cfr. A. BARONE, *Equo compenso allargato a tutti i professionisti*, in *Il sole 24ore* del 15 novembre 2017.

<sup>51</sup> R. SEMENZA - A. MORI, *Lavoro apolide. Freelance in cerca di riconoscimento*, Milano, 2020, 53 ss.

vraqualificati” ha determinato un fenomeno di “congestione” nel mercato del lavoro<sup>52</sup>, noto come “sovraistruzione”<sup>53</sup> che ha ridotto significativamente il potere contrattuale di tali lavoratori.

Questa dinamica ha favorito la diffusione di pratiche come il lavoro sottopagato o non retribuito, spesso giustificate dalla necessità di accrescere il curriculum. In alcuni casi, si è persino teorizzata la legittimità del “lavoro gratuito”<sup>54</sup> come strumento per migliorare la propria competitività nel mercato del lavoro. Pubbliche amministrazioni, organizzatori di eventi culturali o fieristici e altre realtà ricorrono frequentemente a lavoratori che accettano di prestare servizi gratuitamente per acquisire esperienza, riducendo in tal modo i costi.

Sebbene il concetto di “lavoro gratuito” sia considerato da alcuni giuristi come un ossimoro giuridico<sup>55</sup>, è emersa una narrazione secondo cui tali esperienze rappresenterebbero un’opportunità per investire ed accrescere il proprio capitale umano. Questo approccio, definito “Jackpot Economy”, riflette una logica aleatoria in cui il lavoratore è chiamato a scommettere sul valore futuro della propria prestazione, che può rivelarsi tanto un investimento fruttuoso quanto una perdita secca<sup>56</sup>.

Un’analisi giuridica rigorosa dovrebbe quindi garantire che, pur nella peculiarità del lavoro intellettuale, siano sempre assicurate condizioni di dignità e tutela per il lavoratore, evitando che tali pratiche sfuggano al controllo normativo e perpetuino situazioni di sfruttamento.

---

<sup>52</sup> Cfr. M. FERRERA, *La società del quinto stato*, Bari, 54, che rileva appunto come la formazione abbia finito col perdere la natura di “bene posizionale”.

<sup>53</sup> Fenomeno per il quale la qualità della nuova domanda di lavoro non riesce a far fronte a un’offerta sempre più istruita, determinando uno sfasamento fra giovani con alti livelli di istruzione e posti di lavoro adeguati alle loro aspirazioni socioprofessionali: cfr. E. REYNERI, *Introduzione alla sociologia del mercato del lavoro*, Bologna, 2017, 157, che ricava dall’osservazione del fenomeno argomenti per ritenere poco affidabile la “teoria del capitale umano” (secondo la quale l’espansione dell’istruzione superiore dipenderebbe dalle crescenti esigenze della domanda di lavoro) e preferire la “teoria della riproduzione sociale” (secondo la quale l’istruzione superiore si espanderebbe anche oltre le esigenze della domanda di lavoro per rispondere alle pressioni della competizione tra coloro che aspirano ad una ascesa sociale e quelli che difendono le posizioni acquisite).

<sup>54</sup> A. ROTA, *Lavoro gratuito per la pa: «un’opportunità per arricchire il curriculum»*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2020, 145. A sdoganare questa soluzione è stata l’Expo organizzata nel 2015 a Milano sul tema *Nutrire il pianeta. Energie per la vita*, che in questo modo si è avvalsa del contributo di 18.500 “lavoratori volontari”. Ma gli esempi che le cronache hanno successivamente prodotto sono tantissimi. Dai creativi ingaggiati gratuitamente dal Ministero della salute per curare alcune campagne promozionali, ai giovani architetti e ingegneri ai quali è stato chiesto da alcuni sindaci di suggerire gratis soluzioni e progetti per la riqualificazione di alcune aree urbane. Per una tematizzazione del fenomeno del lavoro gratuito nelle sue varie sfaccettature, cfr. inoltre M. BASCETTA, *Al mercato delle illusioni. Lo sfruttamento del lavoro gratuito*, Roma, 2016.

<sup>55</sup> Così V. BAVARO, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, in *Riv. giur. lav.*, 2018, 37; negli stessi termini G. DE SIMONE, *Lavoro digitale e subordinazione. Prime riflessioni*, ivi, 2019, 7. Su posizioni meno nette v. M. TIRABOSCHI, *Persona e lavoro tra tutele e mercato. Per una nuova ontologia del lavoro nel discorso giuslavoristico*, ADAPT University press, 2020, 152 ss.

<sup>56</sup> Cfr. S. BOLOGNA, D. BANFI, *Vita da freelance*, cit., 193, che si richiamano all’espressione di Andrew Ross. Inoltre, argomentano questi Autori, in «un clima di degrado progressivo del lavoro», i fruitori del lavoro gratuito «hanno facile gioco nel rivendere il fatto di essere un collaboratore come un’opportunità tout court, *more than zero*. Questo è davvero il punto più basso nella costruzione di un prezzo e di una relazione professionale, perché viene completamente annullata la trattativa e si richiede lavoro gratuito in cambio di fiducia».

## 6. Considerazioni conclusive.

Da quanto sinora esaminato, emerge con chiarezza che il fenomeno dello sfruttamento del lavoro, raramente riconducibile a mere condotte individuali, rappresenta una manifestazione più complessa e sistemica, spesso legata a strutture organizzative di carattere imprenditoriale. In questo contesto, il delitto previsto dall'art. 603-bis c.p. appare come una tipica espressione del *corporate crime*, finalizzato alla riduzione dei costi e all'aumento dei profitti mediante pratiche illecite<sup>57</sup>.

Sebbene la formulazione della fattispecie *de quo*, innovativa nella tipizzazione per "indici", rappresenti un passo in avanti, essa appare ancora radicata nelle categorie tradizionali del diritto del lavoro. Ciò ne rende l'applicazione complessa rispetto ai nuovi schemi contrattuali di un'economia sempre più competitiva e deregolamentata. Come rilevato in dottrina, il delitto ex art. 603-bis c.p. sembrerebbe caratterizzato da una sorta di "anacronismo", dovuto al fatto che la sua introduzione, per quanto recente, non è stata accompagnata da un'attenta indagine empirica, che sarebbe stata utile al fine di individuare le manifestazioni più diffuse, nonché i contenuti più comuni della fenomenologia criminosa che si intendeva contrastare<sup>58</sup>.

Pur non essendovi nel testo della norma, né nella sua rubrica, una limitazione espressa del relativo ambito applicativo a specifiche forme di lavoro, la fattispecie sembra tuttavia concepita in relazione a forme di sfruttamento "tradizionale", attuate esclusivamente nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato "classico". Di conseguenza, restano escluse dal raggio d'azione dell'art. 603-bis c.p. quelle prestazioni che, pur essendo etero-organizzate, non possono essere ricondotte alla fattispecie prevista dall'art. 2094 c.c., come, ad esempio, il lavoro di natura intellettuale<sup>59</sup>.

In tale prospettiva, come giustamente affermato dalla Cassazione, appare evidente come il diritto penale, con la sua funzione tipicamente repressiva e securitaria, non possa ambire a governare in modo autonomo dinamiche sociali e lavorative tanto complesse. Per un'efficace strategia di contrasto, è indispensabile adottare un approccio orientato ai *labour rights*, privilegiando strumenti che assicurino primariamente la tutela e la garanzia dei diritti dei lavoratori<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Così anche V. MONGILLO, *Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: strategie globali di prevenzione e repressione*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 3-4/2019, 630-675.

<sup>58</sup> A. LUCIFORA, *Lo sfruttamento del lavoro. La costruzione del "tipo" tra istanze di determinatezza e obblighi sovranazionali di tutela*, Torino, 2024, 369.

<sup>59</sup> Ma non solo: si pensi anche al fenomeno del 'caporalato digitale', di cui le note vicende riguardanti i cosiddetti "riders" rappresentano un'espressione emblematica. Sul punto, cfr. A. LUCIFORA, *op. cit.*, 370 ss.

<sup>60</sup> A. DI MARTINO, *"Caporalato" e repressione penale*, cit., 106 ss.; in termini analoghi V. TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 310; nonché G. DE SANTIS, *Caporalato e sfruttamento del lavoro. Storia e analisi della fattispecie delittuosa vigente*, in AA.VV., *Studi sul caporalato*, a cura di G. DE SANTIS, S.M. CORSO, F. DEL VECCHIO, Torino, 2020, 9 ss., il quale teme che ripiegare sulla sola sanzione penale rischi di relegarla alla funzione di «valore simbolico di impegno solo declamato dello stato nel contrasto alla criminalità» (p. 13). Preoccupazione non destituita di fondamento, stando ai risultati di alcuni recenti studi: cfr. L. CALAFÀ, *Lavoro irregolare degli stranieri e sanzioni*, cit., 81.

È auspicabile, pertanto, in primo luogo, un intervento del legislatore europeo, volto a garantire una maggiore precisione nella descrizione delle condotte di sfruttamento punibili, al fine di facilitare l'individuazione dei caratteri offensivi della fattispecie e di fornire un quadro normativo più chiaro e uniforme tra gli Stati membri. In secondo luogo, il legislatore interno, recependo tali indicazioni nel rispetto della Costituzione, dovrebbe adottare misure capaci di superare l'approccio meramente sanzionatorio che il diritto penale tende ad assumere in questo settore, promuovendo invece un intervento più articolato e incisivo per la tutela della dignità e dei diritti dei lavoratori sfruttati.

Come è stato osservato, è necessario affiancare alla norma penale misure proattive volte a consolidare la protezione delle condizioni di lavoro, rafforzando il rispetto delle normative sul lavoro e promuovendo politiche di prevenzione dello sfruttamento. Questo approccio integrato, oltre a migliorare le condizioni dei lavoratori, contribuirebbe a smantellare le strutture sistemiche che favoriscono il proliferare di fenomeni di sfruttamento, rendendo più efficace e incisivo l'intervento normativo complessivo<sup>61</sup>.

È apprezzabile, pertanto, la sentenza della Cassazione che accende i riflettori sul nuovo e ancora poco esplorato fenomeno dello sfruttamento del lavoro intellettuale. La pronuncia, oltre a chiarire che tale forma di attività non rientra nella fattispecie di cui all'art. 603 *bis* c.p., ha sottolineato con forza la necessità di contrastare e reprimere tali condotte, pur se al di fuori del tradizionale perimetro del diritto penale. Si tratta di un'importante apertura verso un approccio più ampio e integrato, che valorizza strumenti alternativi e complementari, capaci di garantire una tutela effettiva ai lavoratori intellettuali e di promuovere condizioni lavorative più eque e dignitose per tutti.

---

<sup>61</sup> In questi termini G. LA NEVE, *Dal caporalato «tradizionale» al nuovo caporalato (globalizzato) «degli immigrati»: la Regione Puglia davanti a una «grande mutazione antropologica» e a una più atroce vulnerabilità dell'esistenza umana*, in *Le Regioni*, 2019, 1315-1316. Del resto, rileva l'A., se si accetta «la complessità del fenomeno non può non scegliersi un approccio ugualmente complesso, all'interno del quale confezionare un ventaglio ampio di percorsi anche congiunti di prevenzione che insistano, dunque, su uno stadio anteriore rispetto al rapporto finale intermediatore-lavoratore». La pretesa invece di «affidare al diritto penale una (pretesa) compiutezza nel contrasto al fenomeno» risulterebbe di contro «riduttiva e parziale». Sull'insufficienza dello strumento repressivo penale, cfr. pure L. BIN, *Il contrasto penale allo sfruttamento del lavoro, tra "(un)decent work" e servitù. I risultati del progetto NoSlaveChain*, cit., 3.

# LA LINEA DI CONFINE TRA MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA E ATTI PERSECUTORI AGGRAVATI DALLA RELAZIONE AFFETTIVA

Salvatore Pignata\*

**Sommario:** **1.** Brevi cenni sul delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.). – **2.** Brevi cenni sul delitto di atti persecutori (art. 612-bis c.p.). – **3.** I rapporti tra i due delitti nelle ipotesi di condotte realizzate nei confronti di persona legata da relazione affettiva nell'orientamento della Corte di cassazione.

## ABSTRACT

Il presente lavoro ha ad oggetto la trattazione delle fattispecie di reato di cui agli artt. 572 (maltrattamenti contro familiari o conviventi) e 612-bis c.p. (atti persecutori), allo scopo di evidenziarne gli elementi costitutivi e i tratti differenziali, alla luce degli orientamenti espressi sul punto dalla Corte di cassazione e delle opinioni dottrinali, tenuto conto, altresì, delle modifiche normative che hanno riguardato tali ipotesi di reato, soprattutto con riferimento al relativo trattamento sanzionatorio, che, infatti, è stato sensibilmente inasprito, al fine di approntare una maggiore tutela penale alle vittime di tali delitti.

Inoltre, ci si soffermerà sul rapporto tra le due fattispecie di reato, nelle ipotesi di condotte realizzate nei confronti di persona con la quale si è avuto un rapporto di convivenza.

Per tali ragioni, saranno descritte le singole fattispecie delittuose, per poi affrontare il tema della relazione tra le stesse nei casi di condotte realizzate dopo la cessazione della convivenza.

*The purpose of this work is to deal with the types of crimes referred to in articles 572 (mistreatment of family members or cohabitants) and 612-bis of the criminal code (persecutory acts), with the aim of highlighting their constituent elements and differential features, in light of the orientations expressed on this point by the Court of Cassation and of the doctrinal opinions, also taking into account, in this sense, the regulatory changes that have affected these types of crime, especially with reference to the related sanctioning treatment, which, in fact, has been significantly tightened, in order to provide greater criminal protection for the victims of such crimes. Furthermore, we will focus on the relationship between the two types of crime, in the case of conduct carried out against a person with whom there was a cohabitation relationship.*

---

\* Magistrato in servizio presso l'Ufficio G.I.P./G.U.P. del Tribunale di Potenza.

*For these reasons, the individual criminal cases will be described, and then the issue of the relationship between them will be addressed in cases of conduct carried out after the termination of cohabitation.*

## 1. Brevi cenni sul delitto di maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.).

Il delitto in parola è previsto dall'art. 572 c.p., a mente del quale “*Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia o comunque convivente, o una persona sottoposta alla sua autorità o a lui affidata per ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da tre a sette anni.*”

*La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità come definita ai sensi dell'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero se il fatto è commesso con armi.*

*Se dal fatto deriva una lesione personale grave, si applica la reclusione da quattro a nove anni; se ne deriva una lesione gravissima, la reclusione da sette a quindici anni; se ne deriva la morte, la reclusione da dodici a ventiquattro anni.*

*Il minore di anni diciotto che assiste ai maltrattamenti di cui al presente articolo si considera persona offesa dal reato”.*

La collocazione sistematica del reato ha sollevato diverse critiche, atteso che è stato inserito (al pari del delitto di abuso di mezzi di correzione di cui all'art. 571 c.p.) all'interno del capo dedicato ai reati contro l'assistenza familiare, anziché tra i reati contro la persona – come previsto nel Codice Zanardelli –, ove avrebbe dovuto essere correttamente collocato, tenuto conto del fatto che il contenuto offensivo della condotta si incentra sulla compromissione dell'incolumità fisica e dell'integrità psichica anche di soggetti estranei alla famiglia.<sup>1</sup>

Con riferimento all'individuazione dell'oggetto giuridico del reato, sussistono profondi contrasti in dottrina.

E invero, per alcuni è costituito dalla “*integrità fisica e morale della persona*”<sup>2</sup>; per altri, invece, lo scopo della tutela penale sarebbe rappresentato dalla “*tutela dell'incolumità fisica di alcune categorie di persone, tra le quali quelle della famiglia*”<sup>3</sup>; altra scuola di pensiero indica l'interesse giuridico protetto dalla disposizione la tutela della famiglia e, quale sub-oggetto, l'incolumità psico-fisica dei soggetti previsti dalla disposizione penale incriminatrice<sup>4</sup>.

L'orientamento della Corte di cassazione ritiene che l'oggetto giuridico del precepto penale sia costituito dall'interesse dello Stato alla salvaguardia della famiglia da comportamenti vessatori e violenti e dalla tutela dell'incolumità fisica e psichica

<sup>1</sup> In tal senso, seppur con diverse motivazioni, PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 747; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. VII, Torino, 1963, 926 ss.; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, vol. IV, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1958, 301; MAGGIORE, *Diritto penale, parte speciale II*, Bologna, 1950, 695; COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Napoli, 1979, 230;

<sup>2</sup> PISAPIA, *op. cit.*, 747.

<sup>3</sup> MAGGIORE, *op. cit.*, 695.

<sup>4</sup> COLACCI, *Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli*, Napoli, 1973, 17.

delle persone indicate dalla norma, interessate al rispetto della loro personalità nello svolgimento di rapporti connotati da vincoli familiari.

In sostanza, secondo la Suprema Corte, l'oggetto giuridico della tutela penale presidiata dalla fattispecie incriminatrice *de qua*, ad onta della collocazione sistematica che la vede inserita nel titolo XI "*dei delitti contro la famiglia*", non si esaurisce nel mero interesse dello Stato alla salvaguardia della comunità familiare da comportamenti vessatori e violenti, ma si estende sino a ricomprendere la protezione della incolumità fisica e psichica delle persone specificamente indicate nella norma, vale a dire di coloro che, per rapporti di tipo familiare o di affidamento, si trovino nelle condizioni di subire, proprio nei contesti in cui dovrebbero ricevere maggiore protezione, condotte di prevaricazione fisica o morale<sup>5</sup>.

Nello specifico, infatti, è stato precisato<sup>6</sup> che l'oggetto giuridico del reato è costituito dall'integrità fisica e morale, dalla dignità e dalla libertà di autodeterminazione della persona.

Con riferimento al soggetto attivo, trattasi di un reato "proprio", in quanto l'agente deve essere legato alla persona offesa da un rapporto familiare, di convivenza, deve essere investito di autorità nei suoi confronti o, in ogni caso, deve trovarsi in una delle situazioni previste dalla norma (educazione, cura, vigilanza o custodia, esercizio di una professione o di un'arte).

Si tenga conto, infatti che, in seguito alla modica legislativa introdotta con la L. n. 172/2012 - che ha esteso la tutela anche ai conviventi, modificando la rubrica dell'art. 572 c.p. da "*maltrattamenti in famiglia*" a "*maltrattamenti contro familiari e conviventi*" - si è inteso assicurare tutela penale non solo ai componenti della famiglia legale, ma altresì a quelli facenti parte di unioni di fatto fondate sulla convivenza.

Peraltro, con specifico riferimento al concetto di "*famiglia*", si fa riferimento a ogni gruppo di persone, tra le quali - per le strette relazioni e consuetudini di vita - siano sorti rapporti di assistenza e di solidarietà, senza la necessità (a differenza del requisito della convivenza) della coabitazione.

L'elemento oggettivo del reato è costituito, appunto, dai maltrattamenti, i quali presuppongono una ripetizione di atti, che possono essere commissivi od omissivi, senza che siano qualificabili di per sé come reati<sup>7</sup>.

La condotta tipica, descritta in termini finalistici, ricomprende diversi atteggiamenti, unificati dall'essere caratterizzati dalla comune direzione, volta a maltrattare, ovvero a cagionare nella persona offesa una continua situazione di sofferenza fisica o morale che ne comporta prostrazione o avvilitamento.

Trattasi, infatti, di un reato abituale improprio<sup>8</sup> - potendo essere realizzato, come detto, attraverso atti che costituiscono di per sé reato (percosse, lesioni, minacce, ecc.) o mediante condotte non qualificabili autonomamente come illecito penale -,

<sup>5</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. pen., Sez. VI, Sent. 31 ottobre 2017, n. 49997.

<sup>6</sup> Come stabilito, tra le altre, da Cass. pen., sez. VI, 15 settembre 2022, n. 9187; Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 2022, n. 30340; Cass. pen., sez. VI, 18 settembre 2020, n. 29542; Cass. pen., sez. VI, 12 gennaio 2016, n. 2625.

<sup>7</sup> COPPI, *op. cit.*, 284 ss.

<sup>8</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, t. I, Bologna, 2020, 474.

ma non di un reato permanente, atteso che i vari episodi possono verificarsi anche in tempi relativamente distanziati<sup>9</sup>.

E invero, la condotta penalmente rilevante (“*maltratta*”) del delitto in esame, deve ritenersi integrata da plurimi comportamenti di vessazione fisica o morale, espressi mediante azioni od omissioni ripetuti nel tempo, non necessariamente qualificabili, se singolarmente considerati, alla stregua di fatti di reato.

Infatti, ciò che qualifica la condotta come maltrattante, in un quadro di insieme, è che i comportamenti reiterati, operanti a diversi livelli (fisico, morale, sessuale o economico), nell’ambito di una relazione affettiva, siano volti a ledere la dignità della persona offesa, ad annientarne pensieri e azioni indipendenti, a limitarne la sfera di libertà e di autodeterminazione, a ferirne l’identità (anche di genere) con violenze psicologiche e umiliazioni<sup>10</sup>.

In tale prospettiva, deve osservarsi che il bene giuridico protetto dalla fattispecie in esame non può ritenersi compromesso ogni qual volta si verifichino fatti che ledano o pongano in pericolo l’integrità fisica e psichica, la libertà, l’onore e il decoro di una persona della famiglia o di altro soggetto indicato nella norma, richiedendosi, ai fini della configurabilità del reato in esame, che tali fatti, lungi dal poter essere atomicamente considerati, si inseriscano in un contesto unitario, configurandosi come la componente di una più ampia condotta abituale, idonea a imporre al soggetto passivo un regime di vita vessatorio, mortificante e insostenibile.

Infatti, secondo l’orientamento consolidato della Corte di cassazione, il reato di cui all’art. 572 c.p. è consumato allorché siano compiuti, anche in un limitato contesto temporale e nonostante periodi pacifici<sup>11</sup>, più atti, delittuosi o meno, di natura vessatoria, finalizzati a determinare sofferenze fisiche e morali alla vittima<sup>12</sup>.

Ha osservato, infatti, la Suprema Corte, conformemente a quanto evidenziato in dottrina, che il delitto di cui all’art. 572 c.p. è necessariamente abituale, caratterizzandosi per la sussistenza di comportamenti che assumono un connotato di disvalore e, dunque, acquistano rilevanza penale in ragione della loro stabile reiterazione nel tempo, per l’effetto cagionando durevoli sofferenze fisiche o morali nella vittima<sup>13</sup>.

Ne consegue, quale logico e ineludibile corollario, che il delitto di maltrattamenti in famiglia può certamente dirsi sussistente ove risulti comprovata la sistematicità di condotte violente e sopraffattrici, ove, cioè, sia ravvisabile una serie continua di vessazioni, tali da configurare un’ampia condotta abituale e da determinare una costante sottoposizione della persona offesa a un regime di vita intollerabile e avvilente.

Per tali ragioni, la consumazione del reato coincide con la cessazione degli atti reiterati di vessazione<sup>14</sup>, a partire dalla quale decorrerà il termine di prescrizione.

Infatti, è stato chiarito sul punto che “*Il reato di maltrattamenti in famiglia, configurando un’ipotesi di reato abituale, si consuma nel momento e nel luogo in cui le*

<sup>9</sup> COPPI, *op. cit.*

<sup>10</sup> Come chiarito da Cass. pen., sez. VI, 8 luglio 2022, n. 30340.

<sup>11</sup> Cass. pen., sez. II, 3 febbraio 2023, n. 11290.

<sup>12</sup> Cfr., Cass. pen., sez. un., 29 gennaio 2016, n. 10959; Cass. pen., sez. III, 8 gennaio 2020, n. 10378; Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2022, n. 19847; Cass. pen., sez. VI, 14 dicembre 2022, n. 3377; Cass. pen., sez. VI, 3 luglio 2023, n. 37978.

<sup>13</sup> In tal senso, Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2017, n. 16543.

<sup>14</sup> G.D. PISAPIA, *op. cit.*, 525 ss.; v. altresì COPPI, *op. cit.*, 257.



*condotte poste in essere divengono complessivamente riconoscibili e qualificabili come maltrattamenti; fermo restando che, attesa la struttura persistente e continuativa del reato, ogni successiva condotta di maltrattamento compiuta si riallaccia a quelle in precedenza realizzate, saldandosi con esse e dando vita ad un illecito strutturalmente unitario; ne deriva che il termine di prescrizione decorre dal giorno dell'ultima condotta tenuta”* (cfr., Cass. Pen., Sez. VI, Sent. n. 52900 del 4 novembre 2016), salvo i casi in cui le condotte maltrattanti poste in essere successivamente alla modifica normativa siano intervenute dopo un significativo intervallo temporale, tale da far propendere per la autonomia dei fatti, eventualmente unificabili nel vincolo della continuazione<sup>15</sup>.

Con specifico riferimento alle ipotesi - che si verificano più di frequente - di condotte realizzate in ambito familiare o di convivenza, occorre distinguere, pertanto, tra il delitto di cui all'art. 572 c.p. e le ordinarie liti domestiche e, per fare ciò, è necessario verificare, al fine di ritenere integrata la fattispecie *de qua*, se sussista un'eventuale asimmetria di potere nel contesto familiare o di coppia in esame.

In sostanza, ricorrono le ordinarie liti familiari nelle ipotesi in cui le parti si pongono in posizione paritaria e si confrontano, anche con veemenza, su un piano di riconoscimento e di accettazione reciproca del diritto di ciascuno di esprimere il proprio punto di vista.

Ad esempio, in tal senso, la Corte di Cassazione<sup>16</sup> ha individuato alcuni criteri per cogliere la differenza tra le due situazioni, costituiti dalle seguenti circostanze: che vi sia o meno l'ascolto del giudizio o della volontà altrui; che la relazione sia consapevolmente e strutturalmente sbilanciata a favore di uno solo dei due (anche in ragione dell'identità sessuale); che emerga o meno un divario di potere, che dia luogo a comportamenti costanti di prevaricazione; che una parte approfitti delle condizioni soggettive dell'altra parte (quali l'età), per esercitare anche un controllo coercitivo che prevede la subordinazione dell'altro soggetto, attraverso offese e umiliazioni o mediante limitazioni della sua libertà personale o di esprimere il proprio punto di vista; che vengano poste in essere condotte ricattatorie o manipolatorie.

Pertanto, è integrato il delitto di maltrattamenti in famiglia quando la violenza viene realizzata sempre su un piano di disparità, mentre la conflittualità di coppia è caratterizzata da una posizione paritaria, in cui i protagonisti si riconoscono reciprocamente come soggetti dotati di eguale dignità e libertà e gli esiti del contrasto sono alterni, non prevedibili e tali da non ingenerare mai paura nell'altro.

Per tali motivi, il reato di maltrattamenti in famiglia, in quanto reato abituale, impone innanzitutto l'accertamento delle condotte dell'autore e del dolo, per poi inserire le stesse nella dinamica di relazione tra questi e la vittima, al fine di individuare l'eventuale condizione di sovraordinazione gerarchica, nell'ambito della quale si inscrivono i singoli e più gravi episodi che possono sostanziarsi in atti di violenza fisica o psicologica nei confronti del soggetto passivo.

Il reato di maltrattamenti in famiglia, infatti, consiste in una condotta abituale che si estrinseca nel comportamento *“di chi infligge abitualmente vessazioni e sofferenze, fisiche o morali, a un'altra persona, che ne rimane succube, imponendole un regi-*

<sup>15</sup> Lo chiarisce Cass. pen., sez. VI, 31 marzo 2021, n. 24710.

<sup>16</sup> Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2022, n. 19847, citata.

*me di vita persecutorio e umiliante, che non ricorre qualora le violenze, le offese e le umiliazioni siano reciproche, con un grado di gravità e intensità equivalenti*<sup>17</sup>.

Il Giudice è tenuto, pertanto, a descrivere, in maniera precisa e puntuale, il contesto diseguale in cui si consuma la violenza realizzata dal soggetto attivo e il clima di umiliazione imposto alla vittima per lederne l'integrità.

Quanto all'elemento soggettivo, è richiesto il dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di sottoporre la vittima a una serie di sofferenze fisiche e morali in modo continuativo e abituale.

Infatti, in adesione a una costante e condivisibile linea interpretativa, il dolo si identifica nella generica consapevolezza e volontà del soggetto maltrattante di infliggere una serie di sofferenze fisiche e morali alla vittima, senza che sia, invece, necessario che l'agente deliberi una volta per tutte di imporre ai familiari un penoso regime di vita e concepisca unitariamente le proprie condotte in senso strumentale alla realizzazione di tale obiettivo, secondo i connotati che più esattamente appartengono al reato continuato.

E invero, è stato precisato in dottrina<sup>18</sup> che la necessità che il dolo includa l'abitudine del comportamento non si spinge fino al punto di richiedere la rappresentazione mentale anticipata di tutti i singoli episodi di maltrattamento, essendo sufficiente che l'agente si renda conto della situazione di sofferenza fisica e morale che con il suo comportamento provoca.

In sostanza, il dolo del reato in parola deriva proprio dalla consapevolezza dell'agente della sofferenza a cui è stata già sottoposta la vittima e delle ulteriori vessazioni che le vengono inflitte con i successivi comportamenti da lui posti in essere.

È stato, invero, precisato, che *“il dolo del delitto di maltrattamenti in famiglia non richiede la rappresentazione e la programmazione di una pluralità di atti tali da cagionare sofferenze fisiche e morali alla vittima, essendo, invece, sufficiente la coscienza e volontà di persistere in un'attività vessatoria, già posta in essere in precedenza, idonea a ledere la personalità della vittima”*<sup>19</sup>.

La dottrina maggioritaria ritiene non configurabile il tentativo<sup>20</sup>; l'opinione minoritaria<sup>21</sup> lo ammette, nelle ipotesi in cui siano posti in essere atti, non in grado di cagionare la lesione al bene giuridico protetto dalla disposizione penale incriminatrice, ma che siano comunque caratterizzati dall'idoneità e dall'univocità a realizzare l'evento preso di mira dall'agente.

Il trattamento sanzionatorio è stato modificato - prevedendo un aumento della pena della reclusione da due a sei anni con quella attuale - dall'art. 9, comma primo, lett. a), L. n. 69/2019 (recante *“modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e altre disposizioni in materia di tutela delle vittime di violenza domestica e di genere”*).

Con riferimento alla questione relativa alla normativa da applicare per effetto di tale successione di norme penali, tenuto conto della natura abituale del reato in pa-

<sup>17</sup> Cass. pen., sez. VI, 23 gennaio 2019, n. 4935.

<sup>18</sup> FIANDACA-MUSCO, *op. cit.*, 474; COPPI, *op. cit.*, 254.

<sup>19</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2018, n. 1508; Cass. pen., sez. VI, 22 ottobre 2014, n. 1400.

<sup>20</sup> G.D. PISAPIA, *op. cit.*, 526, e vasta bibliografia ivi citata.

<sup>21</sup> COPPI, *op. cit.*, 257 ss.

rola, la Suprema Corte ha precisato che *“Il delitto di maltrattamenti in famiglia si consuma con la cessazione dell’abitudine delle condotte vessatorie, sicché, qualora la condotta si sia protratta successivamente all’entrata in vigore della legge 19 luglio 2019, n. 69, si applica il regime sanzionatorio più sfavorevole previsto da quest’ultima normativa, a prescindere dal numero di episodi commessi durante la sua vigenza e senza la necessità che gli stessi integrino, di per sé soli, l’abitudine del reato”* (cfr., Cass. pen., Sez. VI, Sent. n. 23204 del 12 marzo 2024 e, in senso conforme, Cass. pen., Sez. VI, Sent. n. 2979 del 3 dicembre 2020)<sup>22</sup>.

Il comma secondo della disposizione incriminatrice prevede una circostanza aggravante a effetto speciale (con aumento di pena fino alla metà) se il fatto è commesso in presenza o in danno di persona minore, di donna in stato di gravidanza o di persona con disabilità ai sensi dell’art. 3 L. n. 104/1992 o se il fatto è commesso con armi.

Pertanto, la condotta aggravante può consistere non soltanto nel commettere i maltrattamenti in danno dei soggetti indicati dalla norma, ma anche nel farlo in loro presenza.

In tale seconda ipotesi, si ritiene che, oltre all’offesa nei confronti della vittima, il reato acquisisce una dimensione offensiva ulteriore, costituita nello scotimento della sensibilità di persone che versano in condizioni di particolare vulnerabilità<sup>23</sup>.

In particolare, si è sostenuto che tale scotimento può consistere o nel timore di poter subire analoghi trattamenti o in una particolare apprensione per il soggetto maltrattato (si pensi, ad esempio, al minore che subisca un trauma nell’assistere ripetutamente a maltrattamenti da parte di un proprio genitore).

Pertanto, alla luce di tali considerazioni, si può affermare che mentre nel caso di maltrattamenti posti in essere ai danni delle persone indicate dalla disposizione, la *ratio* dell’aggravante è costituita dalla maggiore gravità dell’offesa, in quanto realizzata nei confronti di soggetti particolarmente vulnerabili, nelle ipotesi di condotte realizzate in loro presenza, la *ratio* dell’aggravamento della sanzione risiede nella plurioffensività delle stesse che, infatti, si rivolgono direttamente al soggetto maltrattato, ma che sono indirizzate indirettamente al soggetto vulnerabile che vi ha assistito, il quale, peraltro, è considerato persona offesa del reato, a mente dell’art. 572, comma 4, c.p.

L’espressione in presenza richiede la presenza fisica del soggetto nel luogo dei maltrattamenti, sebbene non sia richiesto che sia stato anche testimone oculare degli stessi, purché vi assista ascoltandoli (si pensi al minore presente nella stanza attigua a quella dei genitori, ove si stanno realizzando le condotte maltrattanti).

L’orientamento della Corte di cassazione<sup>24</sup> ritiene, a tal riguardo, che non è richiesto, ai fini della configurabilità della circostanza aggravante, che gli atti di so-

---

<sup>22</sup> Di diverso avviso un’isolata pronuncia, secondo la quale *«in tema di maltrattamenti contro familiari e conviventi, ove parte della condotta sia commessa sotto la vigenza della disposizione incriminatrice di cui all’art. 572 cod. pen., come modificata in senso peggiorativo dall’art. 4, comma 1, lett. d), legge 1 ottobre 2012, n. 172, trova applicazione la norma sopravvenuta sfavorevole al reo nel solo caso in cui si collochi dopo la sua entrata in vigore un segmento di condotta sufficiente, di per sé, a integrare l’abitudine del reato»* (Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 2023, n. 28218).

<sup>23</sup> BARTOLI, *La tutela della persona dalle aggressioni violente*, in BERTOLINO (a cura di), *Reati contro la famiglia*, Torino, 2022, 224 ss.

<sup>24</sup> Cass. pen., sez. VI, 9 febbraio 2021, n. 8323; Cass. pen., sez. VI, 25 ottobre 2018, n. 2003.

praffazione rivestano il carattere dell'abitudine, anche se è stato precisato, anche recentemente, che è comunque necessario che il minore assista a più episodi che, per numero, qualità e ricorrenza, siano tali da indurre a ritenere che sussista il rischio della compromissione del suo normale sviluppo psico-fisico<sup>25</sup>.

Per quanto attiene all'imputazione soggettiva della circostanza aggravante nell'ipotesi di condotta in danno occorre che l'agente percepisca la persona vulnerabile che assiste, mentre nel caso di maltrattamenti in presenza è sufficiente la colpa, non occorrendo che i maltrattamenti siano intenzionalmente o anche soltanto consapevolmente realizzati in presenza del soggetto, purché tale presenza fosse almeno prevedibile.

Con riguardo al fatto aggravato dall'uso di armi, la *ratio* di tale previsione normativa è da individuarsi nella particolare insidiosità e pericolosità del mezzo utilizzato.

Relativamente al comma 3 della disposizione in commento, parte della dottrina<sup>26</sup> ritiene si tratti di circostanze aggravanti speciali e, quindi, si tratterebbe di delitto aggravato dell'evento; altri autori<sup>27</sup> sostengono si tratti una fattispecie autonoma di reato in cui l'evento più grave viene imputato all'agente sulla base del solo rapporto di causalità con la condotta costitutiva del reato.

La Corte di Cassazione<sup>28</sup> ritiene che tale previsione normativa rappresenti una circostanza aggravante, precisando che la stessa è integrata dalle condotte di maltrattamento nel cui ambito si iscriva un'azione finale, dalla quale derivi l'evento previsto dalla norma, nelle ipotesi in cui i maltrattamenti, complessivamente considerati, abbiano idoneità concreta a offendere i beni tutelati dalla norma, di guisa che lo stesso costituisca il naturale sviluppo dell'unitaria e abituale condotta di maltrattamenti.

Con riferimento al concorso di reati, è opinione prevalente, in dottrina<sup>29</sup> e in giurisprudenza<sup>30</sup>, che il delitto di maltrattamenti in famiglia assorba quelli di minacce e percosse, mentre il delitto di lesioni (anche lievi) concorre con quello di cui all'art. 572 c.p. nelle ipotesi in cui l'autore della condotta ha avuto non solo l'intenzione di maltrattare, ma anche di ledere l'integrità fisica del soggetto passivo (come chiarito da Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 42599 del 18 luglio 2018 e, in senso conforme, *ex multis*, Cass. Pen., Sez. III, Sent. n. 50208 del 29 aprile 2015).

Una diversa pronuncia<sup>31</sup> ha chiarito, invece, che è configurabile il concorso formale - e non l'assorbimento - tra le fattispecie incriminatrici previste dagli artt. 572 e 582 c.p. quando le lesioni risultano consumate in occasione della commissione del delitto di maltrattamenti, con conseguente sussistenza della circostanza aggravante dell'art. 576, comma primo, n. 5), c.p. (precisando che, in tale caso, non ricorre l'ipotesi del reato complesso, per la cui configurabilità non è sufficiente che le particolari modalità di realizzazione in concreto del fatto tipico determinino un'occasionale convergenza

<sup>25</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 2025, n. 5026; Cass. pen., sez. VI, 25 giugno 2024, n. 31929; Cass. pen., sez. VI, 5 ottobre 2023, n. 47121.

<sup>26</sup> Per tutti, MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2020, 391.

<sup>27</sup> COPPI, *op. cit.*, 262; ZUCCALÀ, *Il delitto preterintenzionale*, Palermo, 1952, 75 ss., il quale ritiene si tratti di un delitto preterintenzionale.

<sup>28</sup> Cfr., Cass. pen., sez. VI, 11 maggio 2021, n. 41744; Cass. pen., sez. VI, 23 febbraio 2021, n. 16548.

<sup>29</sup> COPPI, *op. cit.*, 259.

<sup>30</sup> Tra le altre, Cass. pen., sez. II, 13 dicembre 2012, n. 15571.

<sup>31</sup> Si fa riferimento a Cass. pen., sez. VI, 22 aprile 2022, n. 17872.

di più norme e, quindi, un concorso di reati, ma è necessario che sia la legge a prevedere un reato come elemento costitutivo o circostanza aggravante di un altro).

## 2. Brevi cenni sul delitto di atti persecutori (art. 612-bis c.p.).

La fattispecie di atti persecutori di cui all'art. 612-bis c.p. è stata introdotta dall'art. 7 D.L. n. 11/2009, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 38/2009.

La norma in parola stabilisce che *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da un anno a sei anni e sei mesi chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.*

*La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa ovvero se il fatto è commesso attraverso strumenti informatici o telematici.*

*La pena è aumentata fino alla metà se il fatto è commesso a danno di un minore, di una donna in stato di gravidanza o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero con armi o da persona travisata.*

*Il delitto è punito a querela della persona offesa. Il termine per la proposizione della querela è di sei mesi. La remissione della querela può essere soltanto processuale. La querela è comunque irrevocabile se il fatto è stato commesso mediante minacce reiterate nei modi di cui all'articolo 612, secondo comma. Si procede tuttavia d'ufficio se il fatto è commesso nei confronti di un minore o di una persona con disabilità di cui all'articolo 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, nonché quando il fatto è connesso con altro delitto per il quale si deve procedere d'ufficio”.*

Il reato di “atti persecutori” è stato inserito nel nostro ordinamento a tutela della libertà morale della persona e ha a oggetto, come visto, condotte reiterate di minaccia e molestia che determinano nella vittima, alternativamente: un perdurante e grave stato di ansia o paura; un fondato timore per la propria incolumità o per quella di una persona comunque affettivamente legata alla vittima; la costrizione ad alterare le proprie abitudini di vita.

Il delitto in parola è un reato abituale<sup>32</sup>, in quanto è necessaria la reiterazione delle condotte: è proprio il carattere seriale delle stesse a conferirle quella carica ossessiva tale da renderle, complessivamente considerate, idonee ad assumere rilevanza penale, anche nelle ipotesi in cui i singoli atti, autonomamente considerati, non sarebbero, di per sé, idonei a offendere il bene giuridico protetto dalla norma, assumendo disvalore soltanto quando realizzati in maniera sistematica.

Infatti, ai fini dell'integrazione della fattispecie è richiesta una serie di condotte con le quali il soggetto attivo minaccia o molesta la persona offesa, determinando,

---

<sup>32</sup> Come chiarito anche dalla Corte di cassazione con le pronunce Cass. pen., sez. V, 12 febbraio 2020, n. 16977; Cass. pen., sez. V, 9 ottobre 2019, n. 3042; Cass. pen., sez. V, 14 gennaio 2019, n. 7899; Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 2018, n. 8744; Cass. pen., sez. V, 3 febbraio 2017, n. 39758; Cass. pen., sez. V, 3 aprile 2017, n. 35588; Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2017, n. 25940; Cass. pen., sez. V, 17 novembre 2015, n. 12509.

in questo modo, il verificarsi (di almeno uno) degli eventi previsti dalla disposizione penale incriminatrice.

E invero, è l'insieme ripetuto nel tempo delle singole condotte a rendere il fatto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 612-*bis* c.p., atteso che, come osservato in dottrina<sup>33</sup>, nella reiterazione delle condotte risiede il particolare disvalore giuridico del fatto.

In sostanza, nel delitto di atti persecutori è alla campagna persecutoria del soggetto attivo nel suo complesso che deve guardarsi per determinarne la configurabilità, anche in relazione alla produzione dell'evento previsto dal precetto penale.

Per tali ragioni, la Suprema Corte ha precisato che *"Il delitto previsto dell'art. 612-bis cod. pen., che ha natura di reato abituale e di danno, è integrato dalla necessaria reiterazione dei comportamenti descritti dalla norma incriminatrice e dal loro effettivo inserimento nella sequenza causale che porta alla determinazione dell'evento, che deve essere il risultato della condotta persecutoria nel suo complesso, anche se può manifestarsi solo a seguito della consumazione dell'ennesimo atto persecutorio, sicché ciò che rileva non è la datazione dei singoli atti, quanto la loro identificabilità quali segmenti di una condotta unitaria, causalmente orientata alla produzione dell'evento"* (cfr., Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 7899 del 14 gennaio 2019, citata).

Con particolare riferimento alla reiterazione delle condotte, è stato precisato che il delitto non è configurabile in presenza di un'unica, per quanto grave, condotta di molestia e/o minaccia<sup>34</sup>, anche se non è certo richiesta una lunga sequela di azioni delittuose<sup>35</sup>.

Inoltre, secondo la Suprema Corte, il delitto si configura anche nell'ipotesi in cui i comportamenti si siano reiterati nel tempo anche a notevole distanza tra essi<sup>36</sup>, con la precisazione che gli atti persecutori non devono essere tali da integrare una situazione con risvolti patologici (che integrerebbe il delitto di lesioni), essendo sufficiente, invece, che producano un effetto destabilizzante della serenità e dell'equilibrio psicologico della vittima<sup>37</sup>.

Tale caratteristica (ovverosia l'abitualità delle condotte), peraltro, ha indotto parte della dottrina, allo stato minoritaria, a considerare il reato a forma vincolata<sup>38</sup>, mentre l'opinione prevalente lo ritiene a forma libera, atteso che non è possibile individuare a priori la molteplicità dei comportamenti attraverso i quali la fattispecie si può realizzare.

Si tratta, inoltre, di un reato di evento e di danno, in quanto, ai fini dell'integrazione della fattispecie, è richiesto il verificarsi di almeno uno degli eventi previsti in via alternativa dalla disposizione penale incriminatrice.

L'art. 612-*bis* c.p., come detto, incrimina il fatto di colui che, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura, ovvero in modo da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria

<sup>33</sup> F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte speciale*, vol. I, Padova, 2019, 392.

<sup>34</sup> Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2014, n. 48391.

<sup>35</sup> Cass. pen., sez. V, 4 aprile 2013, n. 27798.

<sup>36</sup> Cass. pen., sez. V, 22 aprile 2021, n. 30525.

<sup>37</sup> Cfr., *ex multis*, Cass. pen., sez. V, 9 dicembre 2019, n. 4728; Cass. pen., sez. V, 17 febbraio 2017, n. 18646.

<sup>38</sup> In letteratura, si veda CADOPPI e altri, *Diritto penale*, vol. III, Torino, 2022, 363.

o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva, ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita.

Come ricavabile dal dettato positivo, il delitto di atti persecutori richiede, innanzitutto, la reiterazione delle condotte, le quali devono consistere in minacce e/o molestie.

Per minaccia si intende la prospettazione di un male futuro e prossimo, la cui verifica dipende dalla volontà dell'agente; per molestia, ogni attività che alteri dolorosamente o fastidiosamente il normale equilibrio psico-fisico di un individuo.

Da tali condotte reiterate devono poi discendere tre eventi, posti tra loro in rapporto di alternatività: un perdurante e grave stato di ansia o di paura nella vittima; un fondato timore per l'incolumità propria, di un prossimo congiunto o di persona legata alla vittima da una relazione affettiva; l'alterazione delle abitudini di vita della persona offesa.

Il reato è comune, potendo essere realizzato da chiunque, ma diviene proprio nelle ipotesi aggravate di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p., ovvero sia di condotte poste in essere ai danni del coniuge, anche separato o divorziato, o di persona con la quale si è o si è stati legati da relazione affettiva.

Con riferimento all'elemento psicologico, è richiesto il dolo generico, atteso che la norma incriminatrice non richiede che il soggetto attivo agisca per finalità ulteriori, che esulino dalla tipicità della fattispecie.

In tal senso, la Suprema Corte ha chiarito, con un consolidato orientamento<sup>39</sup>, che il dolo generico *“richiede la volontà di porre in essere più condotte di minaccia e molestia, nella consapevolezza della loro idoneità a produrre uno degli eventi alternativamente previsti dalla norma incriminatrice e dell'abitudine del proprio agire, ma non postula la preordinazione di tali condotte - elemento non previsto sul fronte della tipicità normativa - potendo queste ultime, invece, essere in tutto o in parte anche meramente casuali e realizzate qualora se ne presenti l'occasione”*.

Con riferimento alla consumazione del reato, la stessa coincide con il verificarsi di almeno uno degli eventi previsti, in via alternativa, dalla norma.

In dottrina vi è chi distingue<sup>40</sup> tra *“consumazione”* e *“perfezionamento”* del reato: la prima si ha con l'ultima delle condotte persecutorie, mentre la seconda con la reiterazione di una serie di comportamenti necessari e sufficienti a produrre uno degli eventi previsti dalla disposizione penale incriminatrice.

Tale impostazione è stata condivisa anche dalla Corte di cassazione<sup>41</sup>, la quale, infatti, ha specificato che *“Il delitto previsto dell'art. 612-bis cod. pen. ha natura di reato abituale di evento “per accumulato”, che si perfeziona al momento della realizzazione di uno degli eventi alternativi previsti dalla norma e si consuma al compimento dell'ultimo degli atti della sequenza criminosa integrativa della abitudine del reato, così che, in caso di contestazione “aperta”, il termine finale di consumazione coincide con*

<sup>39</sup> Cass. pen., sez. I, 25 settembre 2020, n. 28682; in senso analogo, Cass. pen., sez. V, 7 novembre 2018, n. 61; Cass. pen., sez. V, 12 ottobre 2016, n. 50057; Cass. pen., sez. V, 10 aprile 2015, n. 42566.

<sup>40</sup> F. MANTOVANI, *Diritto Penale, parte speciale*, vol. I, Padova, 2019, 393.

<sup>41</sup> Cfr., Cass. pen., sez. V, 11 dicembre 2019, n. 17000; in senso conforme, pur senza distinguere tra consumazione e perfezionamento, Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2020, n. 17350; Cass. pen., sez. V, 19 gennaio 2021, n. 12055; Cass. pen., sez. V, 9 marzo 2022, n. 8198.

*quello della pronuncia della sentenza di condanna in primo grado, consentendo fino a quel momento l'estensione dell'imputazione alle condotte, frutto della reiterazione criminosa, realizzate dopo l'esercizio dell'azione penale*".

È ammesso il tentativo, nelle ipotesi in cui alla condotta complessivamente considerata non segue il verificarsi di uno degli eventi, per cause indipendenti dalla volontà del soggetto attivo.

Con riferimento alla remissione di querela - il cui termine è, come per i reati sessuali, di sei mesi (in luogo dei tre previsti ordinariamente dall'art. 124 c.p.) - la stessa, peraltro non consentita nei casi di condotte aggravate dall'essere state commesse mediante minacce reiterate ai sensi dell'art. 612, comma 2, c.p., è soltanto processuale.

In tal senso, va chiarito come per remissione processuale si intende non soltanto quella espressa davanti all'Autorità Giudiziaria ma, altresì, secondo il consolidato orientamento della Corte di cassazione, quella effettuata davanti a un ufficiale di polizia giudiziaria.

E invero, sul punto, la Suprema Corte<sup>42</sup> ha precisato che *"In tema di atti persecutori, è idonea ad estinguere il reato non solo la remissione di querela ricevuta dall'autorità giudiziaria, ma anche quella effettuata davanti ad un ufficiale di polizia giudiziaria, atteso che l'art. 612-bis, comma quarto, cod. pen., facendo riferimento alla remissione "processuale", evoca la disciplina risultante dal combinato disposto dagli artt. 152 cod. pen. e 340 cod. proc. pen., che prevede la possibilità effettuare la remissione anche con tali modalità"*.

Il trattamento sanzionatorio è stato oggetto di diverse modifiche normative, che hanno previsto un aumento di pena, allo scopo di prevenire la realizzazione del delitto e di apprestare una maggiore tutela alle vittime, atteso che l'originaria pena massima di 4 anni di reclusione è stata innalzata alla pena di 5 anni di reclusione dall'art. 1-bis D.L. n. 78/2013, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 94/2013, a sua volta aumentata nuovamente alla pena attuale, in forza dell'art. 9, comma 3, L. n. 69/2019.

In tal senso, per quanto attiene alla modifica del regime sanzionatorio, la Suprema Corte ha precisato che *"Il delitto di atti persecutori, in quanto reato abituale, si consuma nel momento in cui ha luogo l'ultima condotta attuata dall'agente, sicché le modifiche "in peius" del regime sanzionatorio, introdotte dalla legge 19 luglio 2019, n. 69, trovano applicazione anche se intervenute dopo l'inizio della consumazione, ma prima della cessazione della abitualità"* (cfr., Cass. pen., Sez. V, Sent. n. 3427 del 19 ottobre 2023).

### **3. I rapporti tra i due delitti nelle ipotesi di condotte realizzate nei confronti di persona legata da relazione affettiva nell'orientamento della Corte di cassazione.**

Con riferimento alle convivenze *more uxorio*, giova osservare come le recenti decisioni sul punto della Corte di Cassazione si basano sulla Sentenza della Corte costituzionale n. 98/2021 che, seppur in sede di valutazione di costituzionalità della possibile riqualificazione giuridica del fatto contestato ai sensi dell'art. 521 c.p.p. (e,

<sup>42</sup> Cass. pen., sez. V, 17 dicembre 2020, n. 3034; Cass. pen., sez. V, 26 febbraio 2016, n. 18477.



dunque, con diretto riferimento a una questione processuale), rilevava l'impossibilità di poter esulare dal dato letterale della norma, allo scopo di rispettare il principio di tassatività del precetto penale di cui all'art. 25, comma 2, Cost., ragione per cui non si può assegnare al significato delle parole delle disposizioni penali un ambito di applicazione più ampio.

Il Giudice delle Leggi, infatti, osservava – relativamente alla fattispecie di cui all'art. 572 c.p. – che il termine “convivenza” non può essere dilatato al punto di ricomprendere i casi in cui un rapporto affettivo si sia protratto per qualche mese e sia stato caratterizzato da permanenze non continuative di un *partner* nell'abitazione dell'altro, così escludendo l'esistenza di una relazione idonea a far ritenere che la persona offesa sia persona appartenente alla stessa famiglia.

Pertanto, facendo proprie le valutazioni della Corte costituzionale, la Suprema Corte<sup>43</sup> ha specificato che “*In tema di rapporti fra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori, il divieto di interpretazione analogica delle norme incriminatrici impone di intendere i concetti di “famiglia” e di “convivenza” di cui all'art. 572 cod. pen. nell'accezione più ristretta, quale comunità connotata da una radicata e stabile relazione affettiva interpersonale e da una duratura comunanza di affetti implicante reciproche aspettative di mutua solidarietà ed assistenza, fondata sul rapporto di coniugio o di parentela o, comunque, su una stabile condivisione dell'abitazione, ancorché non necessariamente continuativa, sicché è configurabile l'ipotesi aggravata di atti persecutori di cui all'art. 612-bis, comma secondo, cod. pen., e non il reato di maltrattamenti in famiglia, quando le reiterate condotte moleste e vessatorie siano perpetrate dall'imputato dopo la cessazione della convivenza “more uxorio” con la persona offesa*”.

Nell'ipotesi in cui, invece, sussista tra i soggetti non più conviventi un legame solidaristico, ricorre il delitto di maltrattamenti in famiglia e non quello di atti persecutori.

E infatti, secondo la Corte di cassazione<sup>44</sup>, “*Nei casi di cessazione della convivenza “more uxorio”, è configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia, e non invece quello di atti persecutori, quando tra i soggetti permanga un vincolo assimilabile a quello familiare, in ragione di una mantenuta consuetudine di vita comune o dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale ex art. 337-ter cod. civ.*”.

Tale approccio ermeneutico è stato confermato dalla Corte anche con riferimento alle ipotesi in cui le condotte maltrattanti siano poste in essere ai danni del coniuge con il quale il soggetto attivo ha interrotto la convivenza.

Infatti, è stato precisato che “*Integrano il reato di maltrattamenti in famiglia, e non quello di atti persecutori, le condotte vessatorie nei confronti del coniuge che, sorte in ambito domestico, proseguano dopo la sopravvenuta separazione di fatto o legale, in quanto il coniuge resta “persona della famiglia” fino allo scioglimento degli effetti civili del matrimonio, a prescindere dalla convivenza*”<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 marzo 2023, n. 31390; nello stesso senso, tra le altre, Cass. pen., sez. VI, 28 settembre 2022, n. 38336; Cass. pen., sez. VI, 16 marzo 2022, n. 15883; Cass. pen., sez. VI, 16 febbraio 2022, n. 9663.

<sup>44</sup> Cass. pen., sez. VI, 26 novembre 2021, n. 7259.

<sup>45</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 settembre 2022, n. 45400.

Con tale pronuncia, la Corte di Cassazione ha affermato, in motivazione, che nei casi in cui le condotte vessatorie – fisiche o psicologiche – nei confronti del coniuge siano sorte nell'ambito domestico (e, pertanto, durante il matrimonio) e proseguano nonostante la cessazione del vincolo familiare, si configura il delitto di maltrattamenti in famiglia, atteso che con il matrimonio o l'unione civile la persona offesa resta “familiare” del soggetto attivo, ragione per cui ricorre il presupposto applicativo di cui all'art. 572 c.p.

In particolare, spiega la Suprema Corte, la separazione dispensa dagli obblighi di convivenza e di fedeltà, ma non da quelli previsti dall'art. 143, comma 2, c.c. (ovverosia di reciproco rispetto, di assistenza morale e materiale e di collaborazione) e, pertanto, il coniuge separato deve essere comunque considerato persona della famiglia.

Si giunge a tale conclusione, anche sulla base di quanto previsto dalle Convenzioni Internazionali<sup>46</sup>, secondo le quali la violenza domestica tra coniugi spesso continua e si aggrava proprio in seguito alla scelta della persona offesa di separarsi.

Per tali motivi, tale interpretazione va ribadita – continua la pronuncia – quando le parti condividono un rapporto genitoriale, atteso che, in situazioni di pregressa violenza domestica, sono proprio i figli a costituire per il soggetto attivo l'occasione o lo strumento per proseguire le sue condotte maltrattanti ai danni della vittima.

Dunque, nelle ipotesi indicate ricorre il delitto di maltrattamenti in famiglia, laddove, invece, nei casi in cui tra il soggetto attivo e la vittima non siano sorti vincoli assimilabili a quelli tipici della famiglia o della convivenza abituale si configura il diverso reato di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p., ovverosia il delitto di atti persecutori aggravato dal fatto di essere stato commesso in danno del coniuge, anche separato o divorziato, o da persona che è o è stata legata da relazione affettiva alla persona offesa<sup>47</sup>.

In maniera ancora più esplicita, la Suprema Corte<sup>48</sup> ha chiarito che “È configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia anche in danno di persona non convivente o non più convivente con l'agente nel caso in cui quest'ultimo e la vittima siano legati da vincoli nascenti dalla filiazione”, precisando, in motivazione, che tale impostazione deriva non già da una non consentita applicazione analogica dell'art. 572 c.p., ma perché la presenza di un figlio minore attesta la persistenza di un vincolo familiare, conseguente alla sussistenza a carico di entrambi i genitori di obblighi di mantenimento e di formazione.

Tale opzione ermeneutica è stata posta in discussione da altra impostazione interpretativa<sup>49</sup> che, privilegiando il dato letterale, ha qualificato le condotte violente o persecutorie realizzate da un convivente ai danni dell'altro – dopo la cessazione della convivenza e anche in presenza di figli della coppia – come atti persecutori aggravati ai sensi dell'art. 612 bis, comma 2, c.p.

---

<sup>46</sup> Cfr., paragrafo 42 della *Relazione esplicativa della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica* dell'11 maggio 2011, ratificata in Italia con la L. n. 77 del 27 giugno 2013;

<sup>47</sup> Come precisato, tra le altre, anche da Cass. pen., sez. VI, 30 novembre 2020, n. 37077; v. altresì Cass. pen., sez. VI, 25 giugno 2019, n. 37628.

<sup>48</sup> Cass. pen., sez. II, 29 settembre 2023, n. 43846.

<sup>49</sup> Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 2021, n. 45095.

Per tali motivi, al fine di stabilire una linea di demarcazione tra le due fattispecie, la Sentenza ha stabilito che il giudice di merito deve attribuire la qualificazione giuridica alle condotte dopo aver svolto i seguenti accertamenti di fatto: se il rapporto tra il soggetto attivo e la persona offesa fosse matrimoniale o di convivenza e se fosse cessato con una separazione – legale o di fatto – o con un'interruzione della convivenza.

Ebbene, la fattispecie concreta va qualificata ai sensi dell'art. 572 c.p. nel caso in cui le condotte siano state realizzate: nel corso della convivenza (o quando sia stata interrotta per l'adozione di una misura cautelare in atto) o nel corso della separazione tra i coniugi; nei casi in cui il delitto si è consumato nel corso di una convivenza già cessata, lo stesso va qualificato nella fattispecie di cui all'art. 612-bis, comma 2, c.p.

Sulla base del solco tracciato da tale sentenza, una più recente pronuncia<sup>50</sup> ha precisato che *“In tema di maltrattamenti in famiglia, la mera genitorialità condivisa, al di fuori di un rapporto di coniugio o di convivenza ed in assenza di contatti significativi fra l'autore delle condotte e la vittima, non può costituire, da sola, il presupposto per ritenere sussistente un rapporto “familiare” rilevante ai fini della configurabilità del reato”*, sottolineando che gli obblighi di formazione e mantenimento dei figli previsti dall'art. 337-ter c.c. a carico dei genitori non determinano un rapporto reciproco tra gli stessi, essendo il loro comune figlio l'unico soggetto interessato.

Tale sentenza, spiega, infatti, che non deve fuorviare l'orientamento della Corte<sup>51</sup> secondo il quale, nei casi di cessazione della convivenza *more uxorio*, è configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia e non quello di atti persecutori aggravati ai sensi dell'art. 612-bis, comma 2, c.p., quando tra i soggetti permanga un vincolo assimilabile a quello familiare, in ragione di una mantenuta consuetudine di vita o dell'esercizio condiviso della responsabilità genitoriale, in quanto, la vicenda in esame, riguardava una situazione in cui l'imputato era quotidianamente presente nella vita e nell'abitazione dell'ex convivente e della figlia minore, per attendere ai compiti educativi e di assistenza relativi alla genitorialità.

Pertanto, la comune genitorialità non può, da sola, costituire un valido presupposto per ritenere esistente un rapporto familiare tra il soggetto attivo e la persona offesa, soprattutto quando tra i due non vi è stata alcuna convivenza.

Tale principio è stato ribadito, poi, da una pronuncia recentissima<sup>52</sup>, con la quale la Suprema Corte ha confermato che, in tema di maltrattamenti in famiglia, la semplice genitorialità condivisa, al di fuori di un rapporto di coniugio o di convivenza e in assenza di significativi contatti tra il soggetto attivo e la vittima, non può costituire, da sola, il presupposto per far ritenere sussistente un rapporto *“familiare”* rilevante ai fini della configurabilità della fattispecie di cui all'art. 572 c.p.

In sostanza, le citate pronunce, sebbene abbiano dato continuità all'orientamento della Corte, secondo il quale è configurabile il delitto di maltrattamenti in famiglia quanto ci si trovi di fronte a vincoli familiari fondati sul matrimonio o a relazioni sentimentali che, per la consuetudine dei rapporti intrapresi, comportino il sorgere di vincoli affettivi e di aspettative di assistenza assimilabili a quelli della famiglia o della convivenza abituale, hanno precisato – rimeditando il precedente insegnamento di

<sup>50</sup> Cass. pen., sez. VI, 30 maggio 2024, n. 26263.

<sup>51</sup> Cass. pen., sez. VI, 26 novembre 2021, n. 7259.

<sup>52</sup> Cass. pen., sez. VI, 17 gennaio 2025, n. 5026.

legittimità, tenuto conto di quanto espresso dalla Corte costituzionale con la Sentenza n. 98/2021 sopra richiamata e, dunque, in conformità al principio di tassatività di cui all'art. 25, comma 2, Cost. - che il rapporto per poter essere considerato di natura familiare, se non fondato sul matrimonio, deve basarsi su una concreta, effettiva e stabile convivenza *more uxorio*.

In tale prospettiva, infatti, si è precisato, con la pronuncia sopra richiamata, che la convivenza presuppone una stabile relazione affettiva e una duratura comunanza di affetti che sia fondata sul rapporto di coniugio o di parentela o sulla significativa condivisione dell'abitazione, ragione per cui, in assenza di tali elementi, nei casi di condotte vessatorie realizzate nei confronti dell'ex convivente - anche nei casi di coppie con figli - è integrata la fattispecie di atti persecutori aggravati ai sensi dell'art. 612-*bis*, comma 2, c.p.

In sostanza, la Corte di Cassazione ha precisato che, in presenza di condotte vessatorie (nel senso sopra descritto), la sola genitorialità non è idonea a configurare il concetto di famiglia - presupposto per integrare il delitto di cui all'art. 572 c.p. -, essendo necessario, altresì, che a tale situazione si accompagni, in concreto, una condivisione di aspetti legati alla vita di coppia (quali la coabitazione, anche se non continuativa, la gestione di vicende domestiche, l'educazione dei figli) e, dunque, un regime di vita comune, che comporti il sorgere di vincoli affettivi e di assistenza propri della famiglia o della convivenza.

La sussistenza, di tale comunanza e condivisione di interessi - morali, affettivi o economici - la cui valutazione è demandata al giudice di merito (che, a tale scopo, deve effettuare le valutazioni sopra esposte, come indicate dalla Corte di Cassazione) costituisce, pertanto, la linea di confine, nel caso di realizzazione di condotte maltrattanti che assumano rilevanza penale, tra la fattispecie di maltrattamenti in famiglia o contro conviventi e quella di atti persecutori aggravati ai sensi dell'art. 612-*bis*, comma 2, c.p.

# “MONETE VIRTUALI” E VALUTE VIRTUALI: DISTINZIONI LINGUISTICHE E RICADUTE PENALISTICHE SULLA FATTISPECIE DI ABUSIVA EMISSIONE DI MONETA ELETTRONICA

Marco Misiti\*

**Sommario:** **1.** L'innegabile rilevanza delle criptovalute nella società globale. – **2.** Il caso concreto: abusiva emissione di “criptomoneta”. – **3.** La «valuta virtuale» nella normativa nazionale vigente e la «moneta virtuale» nelle pronunce giurisprudenziali. – **4.** Regolamento MiCAR e criptoattività: addio “moneta virtuale”. – **5.** Brevi considerazioni finali sulle neo-introdotte fattispecie di abusivismo.

## ABSTRACT

Il contributo prende le mosse dall'analisi di alcuni recenti provvedimenti del Tribunale e della Corte di appello di Milano per interrogarsi sulla possibilità di qualificare le valute virtuali come “moneta elettronica” ai fini della integrazione della fattispecie di cui all'art. 131-bis del TUB. L'autore si sofferma sulla normativa nazionale di cui al d.lgs. 231/2007, sull'uso improprio del concetto di “moneta virtuale” e, infine, analizza il recente Regolamento europeo 2023/1114 e il d.lgs. n. 129/2024, oltre alle neo-introdotte fattispecie di abusivismo.

*The contribution starts from the analysis of some recent decisions of the Court and the Court of Appeal of Milan to question the possibility of qualifying virtual currencies as 'electronic money' under article 131-bis of the TUB. The author then focuses on the national regulations set forth in Legislative Decree no. 231/2007, on the misuse of the concept of 'virtual money' and, finally, analyses both the recent European Regulation 2023/1114 and Legislative Decree no. 129/2024, in particular the newly introduced crimes of abuse.*

---

\* Dottore in Giurisprudenza abilitato all'esercizio della professione forense.

## 1. L'innegabile rilevanza delle criptovalute nella società globale.

L'ecosistema delle valute virtuali<sup>1</sup> e i soggetti che prestano servizi in tale settore hanno conquistato un ruolo di primaria importanza all'interno della società globale<sup>2</sup>, come da ultimo dimostrato dalla approvazione dal Reg. U.E. 2023/1114 «relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937» (in seguito, anche Regolamento MiCAR), avente come scopo esclusivo quello di adottare una normativa uniforme sul territorio comunitario concernente tale settore<sup>3</sup>.

In precedenza, nonostante l'interesse destato nella società, l'operato degli organi legislativi nazionali e sovranazionali si è caratterizzato per una certa settorialità. Infatti, in attesa di giungere a una più completa comprensione del fenomeno in esame e dei relativi pericoli e opportunità che lo contraddistinguono, l'attenzione si è focalizzata sull'obiettivo di fronteggiare il principale rischio legato all'utilizzo di tale strumento, ossia quello di facilitazione di schemi di riciclaggio, reso possibile dall'anonimato delle transazioni, tanto che la precedente normativa si è limitata a stabilire che i prestatori di tali servizi sono sottoposti agli obblighi antiriciclaggio.

Stante tale iniziale “timido” intervento del legislatore, la risoluzione delle problematiche legate alle valute virtuali è stata delegata ai soggetti di volta in volta interpellati sul punto<sup>4</sup>.

Invero, numerose sono state le tematiche sollevate dalla pratica<sup>5</sup>, legate per lo più alla natura proteiforme delle criptovalute<sup>6</sup>. A mero titolo esemplificativo, si pensi alla

---

<sup>1</sup> Per un'analisi esemplificativa del funzionamento delle criptovalute si rinvia al documento “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, pubblicato asseritamente da Satoshi Nakamoto, accessibile sul sito <https://bitcoin.org/it/>. Si veda anche RINALDI, *Approcci normativi e qualificazione giuridica delle criptomonete*, in *CI*, 1/2019, 257 ss. Per una analisi del Bitcoin e sulle attività allo stesso correlate si rinvia a BOCCHINI, *Lo sviluppo della moneta virtuale*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1/2017, 37 ss.

<sup>2</sup> Parla di «febbre da Bitcoin» ACCIINI, *Profili di rilevanza penale delle “criptovalute” (nella riforma della disciplina antiriciclaggio del 2017)*, in *AP*, 1/2018, 1.

<sup>3</sup> Rilevanza acquisita anche a livello pratico, se solo si pensa alla recente decisione della società Ferrari di accettare pagamenti in criptovaluta, anche in Europa.

<sup>4</sup> La prima sentenza che ha affrontato una problematica concernente le valute virtuali risulta essere Trib. Verona, 24.01.2017, in *DeJure*, circa la possibilità di applicare la normativa consumeristica con riferimento a un contratto di cambio di valuta traduzionale in *bitcoin*. Per commenti a tale sentenza si rinvia a TATOZZI, *Bitcoin: natura giuridica e disciplina applicabile al contratto di cambio in valuta avente corso legale*, in *IUS Responsabilità civile*, 9 agosto 2017, e PASSARETTA, *Bitcoin: il leading case italiano*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 4/2017, 467 ss.

<sup>5</sup> Per una panoramica generale sul punto si veda MAINIERI, *La Cassazione penale esamina le valute virtuali sotto il profilo del Testo Unico della Finanza – le precedenti qualificazioni e i richiami della Direttiva penale sulla lotta al riciclaggio mediante l'uso del penale (n. 2018/1673 UE)*, in *Giurisprudenza penale web*, 4/2020, 89 ss.

<sup>6</sup> Utilizzano tale espressione numerosi Autori in dottrina, *ex multis* DALAITI, *Cripto-valute e abusivismo finanziario: cripto-analogia o interpretazione estensiva?*, in *Sistema penale*, 1/2021, 39; DI VIZIO, *Moderni abusivismi e criptovalute. Tra il mito della completa disintermediazione e la realtà di nuovi intermediari*, in *disCrimen*, 19 aprile 2022, 8; ANNUNZIATA, *La disciplina europea del mercato delle cripto-attività (MiCAR)*, in *Rivista delle società*, n. 5-6/2023, 933; QUATTROCCHI, *La natura proteiforme delle criptovalute al crocevia della tutela penale del mercato finanziario*, in

problematica concernente l'inquadramento a fini fiscali dei proventi derivanti dalle operazioni compiute su tali strumenti<sup>7</sup> nonché alla possibilità di effettuare un conferimento societario mediante criptovalute<sup>8</sup>. Ancor più complesso – seppur più sul piano pratico che teorico – si è rivelato il tema relativo alla possibilità di disporre un sequestro avente ad oggetto valute virtuali e alle eventuali criticità concernenti, per un verso, l'acquisizione delle stesse al patrimonio dello Stato e, per altro verso, l'individuazione delle somme da restituire nel caso in cui si debba procedere in tal senso<sup>9</sup>. Questioni di non poco rilievo si sono poste anche per quanto concerne il versante sostanziale del diritto penale, con particolare riferimento alla possibilità di ritenere integrate determinate ipotesi di reato<sup>10</sup>.

Del resto, l'assenza di una normativa completa e lineare ha fatto sì che la giurisprudenza assumesse l'onere di colmare le predette lacune mediante vere e proprie imprese interpretative. Ciò è avvenuto con riferimento alla possibilità di sussumere la

*GI*, 5/2022, 1213 ss. Si veda anche Cass., pen. Sez. V, 19.07.2024, n. 29649, in *Sentenzeweb*. Usa il termine "poliforme" RINALDI, *op. cit.*, 267 s.

<sup>7</sup> Si veda sul punto TAR Lazio, Roma, 27.01.2020, n. 1077, in *DeJure*, con commento di BOMBI, *Bitcoin e criptovalute vanno indicati nel Modello Unico*, in *D&G*, 29/2020, 7 ss., e DI MARTINO, *Nuova definizione di valute virtuali: l'orientamento del TAR*, in *GiustiziaCivile.com*, 10 novembre 2020, nonché la Circolare n. 30 del 27 ottobre 2023 dell'Agenzia delle Entrate avente ad oggetto "Trattamento fiscale delle cripto-attività. Articolo 1, commi da 126 a 147, della legge 29 dicembre 2022, n. 197 (legge di bilancio 2023)".

<sup>8</sup> Su tale tematica si sono interrogate Trib. Brescia, 18.07.2018, in *www.dirittobancario.it*, e App. Brescia, 24.10.2018, in *www.dirittobancario.it*, entrambe negando la possibilità di effettuare un conferimento al fine di dare seguito alla delibera di aumento del capitale sociale, seppur con diversa motivazione. In particolare, il giudice di primo grado ritenne che la criptovaluta oggetto della controversia – e non in generale tutte le tipologie di criptovalute – rappresentasse un progetto embrionale privo dei requisiti minimi per poter essere qualificato come bene suscettibile in concreto di una valutazione economica attendibile; secondo la Corte di appello di Brescia, tenuto conto che la criptovaluta deve essere assimilata sul piano funzionale al denaro, nonostante la stessa presenti alcune caratteristiche tipiche dei beni mobili, sarebbe «da considerarsi, a tutti gli effetti, come moneta». Pertanto, la stessa non potrebbe essere equiparata a beni e, pertanto, non potrebbe essere sottoposta alla perizia di stima di cui agli artt. 2264 e 2665 c.c. Per commenti a tali sentenze si rinvia a MICHI, *Criptovalute e capitale sociale: un binomio imperfetto?*, in *Rivista del notariato*, 3/2019, 603 ss.; NATALE, *Dal "cripto-conferimento" al "cripto-capitale"?*, in *Banca Borsa e Titolo di Credito*, 6/2019, 736 ss.

<sup>9</sup> Si sono occupati del tema CAJANI, *Sequestri di files e di bitcoin: i riflessi della dematerializzazione di beni e valute sulla disciplina penal-processualistica italiana*, in *Diritto penale e processo*, 6/2021, 741 ss.; ERRICO, *Sequestro preventivo di valute virtuali, tra incertezze e prospettive*, in *GI*, 2/2024, 435 ss.

<sup>10</sup> Numerose pronunce hanno avuto ad oggetto la possibilità di configurare la fattispecie di riciclaggio derivante dall'impiego di criptovalute. Si veda sul punto Cass., pen. Sez II, 13.07.2022, n. 27023, in *CP*, 2023, 149 ss., con nota di RIZZO, *Il faro della Suprema Corte nelle nebbie penali-stiche dell'operatività criptoalutaria*, e Cass., pen. Sez II, 13.07.2022, n. 27024, in *SentenzeWeb*; Cass., pen. Sez V, 23.09.2022, n. 36027, in *SentenzeWeb*; Cass., pen. Sez II, 25.07.2022, n. 2868, in *SentenzeWeb*, con nota di PIPARO, *Criptoalute e autoriciclaggio*, in *CamminoDiritto.it*, 10 novembre 2022; Cass., pen. Sez II, 20.01.2023, n. 2585, in *SentenzeWeb*. In generale, sul legame tra criptoalute e repressione del riciclaggio, anche in ottica comparativa, si rinvia a STURZO, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Diritto penale contemporaneo*, 5/2018, 19 ss. e GIUCA, *Criptoalute e diritto penale nella prevenzione e repressione del riciclaggio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 1/2021, 150 ss.

criptovaluta nella categoria di prodotto finanziario ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 166, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (TUF). E talora le soluzioni così fornite hanno suscitato discordanti opinioni, soprattutto in ambito dottrinale<sup>11</sup>.

Parimenti, nella recente giurisprudenza si è registrata una vera e propria contrapposizione tra giudici di merito con riferimento alla possibilità di qualificare la criptovaluta come moneta elettronica ai fini del perfezionamento del reato di cui all'art. 131-bis, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (TUB). Si fa riferimento, in particolare, alla sentenza del Tribunale di Milano n. 5116, emessa ad esito dell'udienza del 5 aprile 2023, con la quale si è optato per una soluzione positiva alla predetta questione, e alla sentenza della Corte di appello di Milano n. 1879, emessa ad esito dell'udienza del 15 marzo 2024, la quale è pervenuta a conclusioni diametralmente opposte a quelle indicate dal giudice di primo grado<sup>12</sup>.

Due diverse impostazioni, delle quali la prima sembra voler soddisfare l'esigenza di assicurare la tutela del consumatore finale, mentre la seconda si contraddistingue per una maggiore aderenza alla lettera della normativa all'epoca vigente e al divieto di applicazione analogica con effetti sfavorevoli.

Per comprendere appieno le ragioni per cui – a parere dello scrivente<sup>13</sup> – la conclusione del Tribunale non sembra condivisibile, si procederà dapprima a esporre il caso concreto, le argomentazioni indicate nella sentenza di primo grado e le diverse motivazioni del giudice di appello; successivamente, si analizzerà la normativa italiana sul punto rilevante, con particolare riferimento al concetto di valute virtuali; infine,

---

<sup>11</sup> Ha fornito una risposta positiva al citato quesito Cass., pen. Sez II, 25.09.2020, n. 26807, in *SentenzeWeb*. Si esprime in termini critici nei confronti della menzionata pronuncia DALAITI, op. cit., 51 ss., secondo il quale si verserebbe in una vera e propria ipotesi di analogia *in malam partem*. Di diverso avviso, invece, CONSULICH, *Il diritto penale nell'età del cripto-oro. Gli elementi normativi della fattispecie di abusivismo finanziario tra monete virtuali e investimenti reali*, in *GComm*, 4/2022, 932, e *Nella wunderkammer del legislatore penale contemporaneo: monete virtuali che causano danni reali*, in *Diritto penale e processo*, 2/2022, 155, nonché VADALÀ, *La dimensione finanziaria delle valute virtuali. Profili assiologici di tutela penale*, in *GI*, 10/2021, 2229 s. Per ulteriori commenti a tale sentenza si veda altresì AGNINO, *Vendita di bitcoin e intermediazione finanziaria abusiva*, in *IUS penale*, 9 ottobre 2020, e DI VIZIO, *Moderni*, op. cit., 49 ss.

Le precisazioni richieste dalla dottrina sono state effettuate nelle pronunce successive della giurisprudenza di legittimità, in cui si è precisato che, affinché si possa parlare di prodotto finanziario, l'offerta di criptovalute deve presentare tre requisiti fissati dalle delibere della Commissione nazionale per le Società e la Borsa (CONSOB) nn. 0385340 del 28 aprile 2020 e 1027182 del 12 aprile 2001: si deve trattare di una proposta di investimento consistente in un impiego di capitale da parte del pubblico (senza ulteriori attività da parte del cliente), con promessa/aspettativa di rendimento e rischio correlato all'impiego del capitale.

In merito alla qualificazione delle criptovalute come prodotti finanziari si vedano le seguenti pronunce: Cass., pen. Sez. II, 30.11.2021, n. 44337, in *SentenzeWeb*; Cass., pen. Sez. II, 22.11.2022, n. 44378, in *SentenzeWeb*; Cass., pen. Sez. V, 14.09.2023, n. 37767, in *SentenzeWeb*; Cass., pen. Sez. V, 19.07.2024, n. 29649, in *SentenzeWeb*.

<sup>12</sup> Per un ulteriore commento alle menzionate sentenze si rinvia a DI STEFANO, DI GIORGIO, FERRETTI, *Criptovalute e moneta elettronica: tra distinzioni necessarie e rilevanza penale*, in [www.diritto-bancario.it](http://www.diritto-bancario.it), 3 settembre 2024, contributo a cui si farà più volte riferimento nel corso del presente contributo.

<sup>13</sup> Nello stesso senso DI STEFANO, DI GIORGIO, FERRETTI, op. cit.



si concluderà tratteggiando le novità del Regolamento MiCAR e del relativo decreto legislativo di recepimento, per quanto utile ai fini del presente contributo.

## 2. Il caso concreto: abusiva emissione di “criptomoneta”.

Il procedimento penale oggetto della menzionata sentenza del Tribunale di Milano concerneva diverse fattispecie di reato<sup>14</sup>, tra cui quella relativa all'art. 131-*bis* del TUB, in relazione alla presunta condotta posta in essere dall'imputata la quale, secondo l'ipotesi accusatoria, in qualità di impiegata e amministratrice di fatto di una società a responsabilità limitata, avrebbe ricevuto in un conto aperto presso una banca somme di denaro, trasferite all'asserito fine di acquistare pacchetti formativi e, in un successivo momento, conseguire il *token One Coin*.

Ripercorsi gli esiti dell'istruttoria dibattimentale, il giudice di merito affronta il tema relativo alle criptovalute, quale sottospecie del genere *cryptoasset*.

Dopo averla definita quale «rappresentazione digitale di valore caratterizzata, a livello tecnico, dall'impiego di meccanismi crittografici» – citando parzialmente l'art. 1, comma 2, lett. *qq*), d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231, successivamente richiamato –, lo stesso Tribunale precisa che, allo stato attuale, pur in assenza di una «specifica normativa sul punto», è sufficientemente chiaro che la criptovaluta «non può essere equiparata al denaro e ciò per il semplice fatto che essa non ha corso legale nel territorio nazionale».

Infatti, secondo il giudice di merito, se anche si volesse considerare la criptovaluta come strumento di scambio, la stessa difetterebbe delle funzioni di unità di conto e riserva di valore.

Successivamente, si richiamano alcuni precedenti della Suprema Corte<sup>15</sup>, in cui si precisa la natura dei *cryptoassets*, la finalità di investimento da cui possono essere caratterizzate le valute virtuali e l'obbligo di iscrizione al Registro tenuto dall'OAM.

Inquadrate il fatto e la tematica concernente le criptovalute, il Tribunale analizza la fattispecie di abusiva emissione di moneta elettronica di cui all'art. 131-*bis* del TUB.

Tutto ciò premesso, a conclusione di un (apparente) sillogismo, data la premessa maggiore per la quale la valuta virtuale costituisce una rappresentazione digitale di valore non equiparabile al denaro, tenuto conto della premessa minore ai sensi della quale anche la singola emissione di moneta elettronica integra l'ipotesi di reato di cui all'art. 131-*bis* del TUB, il giudice di merito ritiene la stessa integrata in tutti i suoi elementi.

Di diverso avviso la Corte di appello di Milano la quale, per un verso, censura alcune affermazioni contenute nella sentenza di primo grado, ritenute non pienamente corrispondenti alle risultanze istruttorie<sup>16</sup>, e, per altro verso, dopo un approfondito

<sup>14</sup> Oltre alla ipotesi di abusiva emissione di moneta elettronica, all'imputata era contestato altresì il delitto di abusiva attività finanziaria di cui all'art. 106 del TUB, in continuazione con il primo reato, e la contravvenzione concernente la violazione del divieto di vendita piramidale (cd. Schema Ponzi) di cui all'art. 7 della legge 17 agosto 2005, n. 173.

<sup>15</sup> Si fa riferimento alle già menzionate sentenze Cass., pen. Sez II, 25.09.2020 e 22.11.2022, nn. 26807 e 44378, cit.

<sup>16</sup> In particolare, secondo il giudice di appello, non sarebbe stato sufficientemente approfondito il tema relativo al ruolo di amministratore di fatto in capo all'imputata, l'identità del soggetto che

richiamo ai principali documenti predisposti dalle Autorità di Vigilanza sul tema, afferma l'impossibilità di equiparare le valute virtuali alla moneta elettronica<sup>17</sup>.

È pertanto necessario approfondire la normativa all'epoca vigente e i principali interventi in tema di criptovalute per comprendere le ragioni per cui le argomentazioni del Tribunale di Milano non possono essere condivise.

### 3. La «valuta virtuale» nella normativa nazionale vigente e la «moneta virtuale» nelle pronunce giurisprudenziali.

Finora sono stati impiegati diversi termini – quali criptovalute, criptomonete, crypto-attività – per lo più in via atecnica<sup>18</sup> e, soprattutto, non corrispondente alla terminologia effettivamente utilizzata dal legislatore.

Con il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 90<sup>19</sup>, avente ad oggetto modifiche normative al d.lgs. n. 231/2007, cd. decreto antiriciclaggio, il Governo italiano, in attuazione della Dir. 2015/849/UE (cd. IV Direttiva antiriciclaggio), ha adottato, sul punto, un primo “nocciolo normativo”. In particolare, nel contesto di questa più ampia riforma, si è stabilita l'introduzione di due distinte definizioni all'interno dell'art. 1, comma 2, d.lgs. 231/2007, rispettivamente lett. *qq*) e *ff*): quella di valuta virtuale, come «rappresentazione digitale di valore, non emessa da una banca centrale o da un'autorità pubblica, non necessariamente collegata a una valuta avente corso legale, utilizzata come mezzo di scambio per l'acquisto di beni e servizi e trasferita, archiviata e negoziata elettronicamente»; quella di prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale, ossia «ogni persona fisica o giuridica che fornisce a terzi, a titolo professionale, servizi funzionali all'utilizzo, allo scambio e alla conservazione di valuta virtuale e alla conversione da ovvero in valute aventi corso legale».

Come già notato in apertura, l'obiettivo di tale novella normativa è stato quello di mitigare il rischio di utilizzo delle valute virtuali a scopo di riciclaggio, tanto da qualificare come «operatori non finanziari» – e, pertanto, tra i soggetti gravati dagli obblighi *anti-money laundering* – i prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale. Contestualmente, il legislatore nazionale, con l'obiettivo precipuo di censire chi offre i citati servizi nel territorio della Repubblica, ha introdotto all'interno dell'art. 17-*bis*, d.lgs. 13 agosto 2010, n. 141, dedicato all'attività di cambiavalute e al relativo Registro,

---

avrebbe effettivamente emesso *One Coin* e, infine, la possibilità di qualificare come criptovalute i “*token grezzi*” attribuiti a chi effettuava i bonifici bancari, non destinati fin dal principio all'acquisto di *One Coin*, ma di un diverso *token* quale “criptovaluta in divenire”.

<sup>17</sup> Per un commento più approfondito alle pronunce in esame si rinvia a DI STEFANO, DI GIORGIO, FERRETTI, *op. cit.* Si noti che gli Autori, pur condividendo le conclusioni della Corte di appello di Milano, ritengono che la sentenza si caratterizzi per una «eccessiva semplificazione dei concetti di moneta elettronica e di valuta virtuale».

<sup>18</sup> Il concetto di criptovaluta è, in realtà, una sottospecie – seppur la più conosciuta – delle attività basate sul sistema della *blockchain*, che potrebbero anche non avere l'obiettivo di rappresentare un'alternativa alla moneta, quanto invece attenersi al riconoscimento di diritti al suo titolare. Sul punto si vedrà, in sede di analisi del Regolamento MiCAR, come quest'ultimo adotti una diversa e, a parere dello scrivente, più puntuale terminologia.

<sup>19</sup> Per un *excursus* degli interventi normativi sul punto CROCE, *Cyberlaundering e valute virtuali. La lotta al riciclaggio nell'era della distributed economy*, in *Sistema penale*, 4/2021, 128 ss.

i commi 8-*bis* e 8-*ter*, concernenti l'istituzione di una specifica Sezione speciale riservata a chi opera in tale ambito di attività<sup>20</sup>.

In realtà, il d.lgs. 90/2017 risulta innovativo rispetto alla normativa sovranazionale, che invece nulla prevedeva in tema di criptovalute<sup>21</sup>. Anzi, solo con la Dir. 2018/843/UE (cd. V Direttiva antiriciclaggio) il legislatore comunitario avverte il rischio che la mancata soggezione dei prestatori di servizi in valuta virtuale agli obblighi antiriciclaggio possa integrare una consistente lacuna normativa<sup>22</sup>. Di conseguenza, solo in quest'ultimo provvedimento viene fornita una definizione di valuta virtuale – nella versione inglese e francese della direttiva, rispettivamente, «*virtual currencies*» e «*monnaies virtuelles*» – e si inseriscono tra i soggetti obbligati agli adempimenti antiriciclaggio tanto i prestatori di servizi di cambio tra valute virtuali e valute aventi corso forzato, quanto i prestatori di servizi di portafoglio digitale.

Lo Stato italiano ha, pertanto, anticipato<sup>23</sup> l'intervento del legislatore comunitario e, conseguentemente, con il d.lgs. 4 ottobre 2019, n. 125 si è premurato esclusivamente di colmare alcune carenze della normativa nazionale rispetto a quella sovranazionale. Perciò, è stato inserito un esplicito riferimento al servizio di portafoglio digitale ed è stata modificata la nozione di valuta virtuale. Inoltre, si è stabilito che la stessa può essere correlata anche a una finalità di investimento, pur in assenza di una esplicita affermazione in tal senso nella normativa comunitaria<sup>24</sup>. È stata, infine, ampliata la categoria dei servizi aventi ad oggetto valuta virtuale e comportanti l'obbligo di iscrizione<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> La sezione speciale del Registro dei cambiavalute è attualmente gestita dall'Organismo agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi (OAM), istituito ai sensi dell'art. 128-*undecies* del TUB. Come pubblicizzato dal Comunicato stampa dell'OAM dell'11 maggio 2022, il cd. Registro VASP, già previsto con la menzionata normativa del 2017, è effettivamente entrato in funzione il 16 maggio 2022, a seguito dell'avvenuta adozione, con il Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 13 gennaio 2022 (DM VASP), delle specifiche tecniche del sistema informatico di conservazione dei dati e la periodicità dell'invio. Allo stato attuale, l'art. 17-*bis*, d.lgs. n. 141/2010 distingue due tipologie di illeciti: ai sensi del comma 5, un illecito di tipo amministrativo, con una sanzione emanata dal Ministero dell'Economia e delle Finanze, nel caso di esercizio abusivo; una specifica violazione, sanzionata con la sospensione o, nei casi di violazione ripetuta, con la cancellazione dal Registro, disposta dall'OAM qualora non siano trasmessi i dati relativi alle negoziazioni effettuate. Si rinvia al sito dell'OAM per prendere visione del "*Regolamento sanzionatorio e di cancellazione per Cambiavalute e Prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale (aggiornato, con modificazioni, con delibera del 26 gennaio 2024 del Comitato di Gestione)*".

Il quadro normativo, come anticipato, è stato completamente rivoluzionato dal Regolamento MiCAR, con conseguente cessazione delle funzioni in tale ambito dell'OAM e attribuzione delle stesse alla Banca d'Italia e alla Consob.

<sup>21</sup> La scelta da parte del legislatore nazionale si può spiegare in ragione della iniziale proposta della Commissione Europea di prevedere disposizioni anche in tema di valute virtuali, come tra l'altro dimostrato dall'"*Opinion of the European Banking Authority on the EU Commission's proposal to bring Virtual Currencies into the scope of Directive (EU) 2015/849 (4AMLD)*" dell'11 agosto 2016.

<sup>22</sup> Si veda sul punto il considerando n. 8.

<sup>23</sup> Così CROCE, *op. cit.*, 132, secondo il quale il Legislatore ha "giocato d'anticipo" rispetto alle Istituzioni europee.

<sup>24</sup> Così Di VIZIO, *Moderni, op. cit.*, 4.

<sup>25</sup> L'attuale normativa, infatti, specifica che l'attività può essere prestata «anche online» e che

Sintetizzando l'evoluzione precedentemente illustrata e focalizzando l'analisi su quanto di interesse in questa sede, la normativa nazionale attuale impiega il concetto di “valuta virtuale” come rappresentazione digitale di valore, anche svincolata da una «valuta avente corso legale».

La scelta di utilizzare il termine “valuta<sup>26</sup>” è stata oggetto di critiche da parte di alcuni Autori, tenuto conto che per essa si dovrebbe intendere solamente la moneta ufficiale di uno Stato. Difatti, l'art. 1277 c.c., con riferimento all'estinzione delle obbligazioni pecuniarie, riferisce il concetto di «corso legale» non al termine valuta, ma al termine «moneta». Pertanto, tenuto conto che la valuta può essere solo quella caratterizzata da un obbligo di accettazione della stessa in quanto mezzo ordinario per adempiere i debiti pecuniari, sarebbe del tutto improprio l'impiego del concetto “valuta virtuale”.

In ogni caso, posizioni discordanti si sono registrate anche con riferimento alla possibilità di parlare di una vera e propria moneta. Questa è tale, secondo l'impostazione tradizionale, se assolve alle tre seguenti funzioni: riserva di valore, con conseguente tendenziale immutabilità del potere di acquisto; unità di conto, potendo valere come mezzo per la determinazione del valore di beni e servizi; mezzo di scambio. Secondo alcuni Autori, *bitcoin* e simili non presenterebbero caratteristiche idonee per poter soddisfare tutte e tre le citate esigenze<sup>27</sup>. Ciononostante, una diversa impostazione, non reputando indispensabile la funzione di riserva di valore per il concetto di moneta ma solo per quello di valuta, ritiene corretto associare l'aggettivo “virtuale” alla parola “moneta”<sup>28</sup>.

A parte le disquisizioni dottrinarie, si deve notare che, prima ancora del d.lgs. n. 90/2017, la Banca d'Italia aveva trattato l'argomento parlando di valute virtuali, all'interno dell'avviso del 30 gennaio 2015, denominato “*Avvertenze sull'utilizzo delle cosiddette valute virtuali*”, escludendo tuttavia che la scelta linguistica sottintendesse una effettiva presa di posizione sul tema.

Nel documento della Banca d'Italia si richiama anche una *opinion* dell'*European Banking Authority* (EBA) del 4 luglio 2014, 2014/08, in cui si afferma che l'utilizzo del termine “*currency*”, pur usato comunemente per definire il fenomeno, potrebbe creare degli equivoci, potendo condurre alla conclusione che le *virtual currencies* siano

la stessa ricomprende anche la conversione in altre valute virtuali nonché «i servizi di emissione, offerta, trasferimento e compensazione e ogni altro servizio funzionale all'acquisizione, alla negoziazione o all'intermediazione nello scambio delle medesime valute».

<sup>26</sup> Si fa presente che, con riferimento all'atto di governo volto a recepire la menzionata direttiva, la varia documentazione acquisita nel corso dell'*iter* parlamentare – tra cui la relazione illustrativa dell'atto del Governo n. 389 della XVII Legislatura, la Relazione tecnica, l'analisi tecnico normativa, l'analisi di impatto della regolamentazione, la scheda di lettura congiunta del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati del marzo 2017 – non specificano le ragioni per cui si è adottato il binomio «valuta virtuale». Parimenti la Relazione del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), Dipartimento del Tesoro, per l'anno 2017. Si tenga conto altresì dell'opinione espressa da DALAITI, *op. cit.*, 41, secondo il quale sarebbe improprio parlare di cripto valuta, suggerendo pertanto di usare le espressioni *crypto assets* o rappresentazione digitale di valore.

<sup>27</sup> Secondo l'opinione espressa da CONSULICH, *Il diritto*, cit., 930, e *Nella wunderkammer*, cit., 154, le criptovalute non potrebbero assolvere ad alcuna delle funzioni classiche della moneta.

<sup>28</sup> Così BOCCHINI, *op. cit.*, 30. Ritiene invece che le valute virtuali possano assolvere a tutte le funzioni della moneta DI MARTINO, *op. cit.*

sempre convertibili in altre tipologie di valuta. Ancor prima, nell'ottobre del 2012, la *European Central Bank* (ECB o, all'italiana, Banca Centrale Europea BCE) aveva approfondito il tema dei “*Virtual currency schemes*”.

In realtà, per poter individuare il motivo per cui si è optato per l'utilizzo del concetto di “*virtual currency*” e “valuta virtuale” si deve guardare al *report* predisposto nel 2014 dalla *Financial Action Task Force* (FATF o, in italiano, Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale, GAFI) e denominato “*Virtual Currencies. Key Definitions and Potential AML/CFT Risks*”. Al suo interno si utilizza il concetto di “*virtual currency*” in contrapposizione a quello di “*FIAT currency*”, anche definita come “*national currency*”, e la distinzione fra le due viene individuata non tanto nella diversa capacità di assolvere alle funzioni precedentemente citate, quanto piuttosto nella circostanza che la prima non ha corso legale in alcuna giurisdizione.

In sintesi, dall'analisi di tali documenti emerge che, quantomeno a partire dal 2012, si è optato per utilizzare il concetto di “valuta virtuale” non tanto con il fine di prendere posizione sulla natura delle criptovalute e sugli ulteriori strumenti basati sul sistema di *blockchain*, quanto piuttosto per recepire una terminologia invalsa nella prassi al mero scopo di uniformare il linguaggio normativo per evitare possibili fraintendimenti, equivoci ed errori.

Non a caso i plurimi documenti fin qui citati si sono preoccupati di individuare le differenze con la moneta avente corso legale e con la moneta elettronica. Infatti: l'ECB afferma che i *virtual currency schemes* differiscono dagli *electronic money schemes* per la circostanza che i primi non hanno una contropartita in moneta avente corso legale; il FATF specifica che la *virtual currency* è distinta dall'*e-money*, che consiste in una rappresentazione digitale di *fiat currency* usata per operazioni di *electronically transfer value* denominati in *fiat currency*; l'EBA ha precisato che l'obiettivo della definizione adottata è quello di distinguere le *virtual currencies* dalla (*fiat*) *currency* e, in particolare, dall'*e-money* come rappresentazione digitale di *fiat currency*<sup>29</sup>; da ultimo, nel considerando 10 della Dir. 2018/843/UE, il legislatore comunitario si è premurato di precisare che le valute virtuali non dovrebbero essere confuse con la moneta elettronica<sup>30</sup>.

L'esigenza di specificare le differenze tra tali strumenti può essere compresa solo dopo aver analizzato la definizione normativa di moneta elettronica.

---

<sup>29</sup> Sul punto si deve però osservare che in un documento dell'EBA denominato “*Report with advice for the European Commission on crypto-assets*” del 9 gennaio 2019 la stessa Autorità ha affermato che, a determinate condizioni, i *crypto-assets* potrebbero essere qualificati come “*electronic money*” ai sensi della EMD2. Ciononostante, per un verso, è la medesima Autorità a sottolineare che tale approfondimento è finalizzato a integrare l'analisi dell'ESMA sulla possibilità di qualificare i *crypto-assets* come strumenti finanziari ai sensi della normativa MIFID; per altro verso, che la Banca d'Italia, nelle “*Questioni di Economia e Finanza (Occasional papers)*”. *Aspetti economici e regolamentari delle «cripto-attività»* del marzo 2019, n. 484, pur richiamando in nota tale atto dell'EBA, ha ritenuto che «*ai sensi delle normative europee, le “valute virtuali” certamente non sono: moneta elettronica, come definita dalla Direttiva europea sulla moneta elettronica EMD2*». Tuttavia, sulla possibilità che le valute virtuali possano essere sussunte anche nella categoria della moneta elettronica si veda Di STEFANO, Di GIORGIO, FERRETTI, *op. cit.*

<sup>30</sup> In tal senso QUATTROCCHI, *op. cit.*, 1214.

Ai sensi della definizione fornita dall'art. 1, comma 2, lett. h-ter), del TUB, per moneta elettronica si intende un valore monetario memorizzato elettronicamente rappresentato da un credito nei confronti dell'emittente per effettuare operazioni di pagamento, il quale deve essere accettato da persone fisiche e giuridiche diverse dall'emittente.

Ciò che parrebbe difettare nelle valute virtuali, a parere dello scrivente, è l'assenza a monte di un valore monetario in senso stretto. Sul punto rileva la lettera della normativa in precedenza citata: la moneta elettronica è essa stessa valore monetario, diverso dal contante in quanto memorizzato elettronicamente; la valuta virtuale è, invece, una rappresentazione digitale di un valore, eventualmente collegata a una valuta avente corso legale, ma da essa pur sempre distinta<sup>31</sup>.

Un indice della differente natura tra i due strumenti è, del resto, ricavabile dal contenuto del Regolamento MiCAR, come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo. In questa sede, è sufficiente rilevare che, ai sensi della normativa nazionale e comunitaria, virtuale non vuol dire elettronico, così come valuta non vuol dire moneta. I due concetti dovrebbero e devono essere tenuti distinti<sup>32</sup>. Del resto, l'impossibilità di pervenire a una equiparazione è suggerita dalle rispettive ipotesi di illecita prestazione di attività: nel caso di abusiva emissione di moneta elettronica, si integra il delitto di cui all'art. 131-bis del TUB<sup>33</sup>; nel caso di prestazione di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e servizi di portafoglio digitale, rileva l'illecito amministrativo previsto in generale dall'art. 17-bis, comma 5, del d.lgs. n. 141/2010 per le ipotesi di esercizio dell'attività di cambiavalute in assenza di iscrizione nel relativo Registro<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Tale affermazione non è pacifica in dottrina. Invero, sulla possibilità che una valuta virtuale possa essere qualificata come moneta elettronica si è espressa l'EBA nel documento in precedenza citato. Inoltre, si veda altresì DI STEFANO, DI GIORGIO, FERRETTI, *Criptovalute e moneta elettronica*, cit., 10 s., 14, 19. Tali Autori sostengono, infatti, che una valuta virtuale sia qualificabile anche come moneta elettronica qualora il suo titolare disponga di un diritto di credito con contestuale diritto al rimborso al valore nominale. Si veda altresì PERNICE, *Criptovalute, tra legislazione vigente e diritto vivente*, in *Ianus Diritto e finanza*, 21/2020, 46 s., la quale ritiene che a determinate condizioni le criptovalute potrebbero essere fatte rientrare nel concetto di moneta elettronica.

<sup>32</sup> Si esprimono nello stesso senso vari Autori. In particolare: DALAITI, *op. cit.*, 42; DI VIZIO, *Moderati*, cit., 36; DI VIZIO, *Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti*, in *Diritto penale contemporaneo*, 10/2018, 42 ss.; ROSATO, *Profili penali delle criptovalute*, Pisa, 2021, 52 s.; RINALDI, *op. cit.*, 270 ss.

<sup>33</sup> Si consenta di rinviare, per quanto concerne l'analisi degli elementi costitutivi di tale fattispecie di reato, a BOTTALICO, *Il delitto di abusiva emissione di moneta elettronica (art. 131-bis TULB)*, in *Indice penale*, 2005, 623 ss. Per altre letture sul tema si veda: BOTTALICO, *Articolo 131-bis. Abusiva emissione di moneta elettronica*, in AA.VV., *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, 1190 ss.; BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario. Coordinato con il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2023, 159 s.; MIRIELLO, *L'abusivismo bancario*, in CADOPPI, CANESTRARI, MANNA, PAPA, *Trattato Diritto penale dell'economia, Tomo primo*, Torino, 2019, 566; *Diritto penale dell'economia. Commentario*, LANZI, Roma, 2016, 110 s.; AMBROSETTI, MEZZETTI, RONCO, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2022, 386 ss.; DI STEFANO, DI GIORGIO, FERRETTI, *op. cit.*, 14 ss.; RIVERDITI, *Reati e illeciti amministrativi in materia bancaria. Capitolo II Parte speciale*, in ANTOLISEI, ROSSI (a cura di), *Manuale di Diritto penale. Leggi Complementari. I Reati ed illeciti amministrativi in materia societaria, finanziaria e bancaria*, Milano, 540 ss.

<sup>34</sup> Si noti, tra l'altro, che nel proprio documento di avvertenza al pubblico sull'utilizzo delle valute virtuali, la Banca d'Italia ha richiamato varie fattispecie di abusivismo, quali quelle previste da-

Sarebbe necessario, pertanto, un utilizzo rigoroso della terminologia adottata dal legislatore, evitando ogni possibile diverso concetto, anche ibrido, che presenta il rischio di generare equivoci. Una esigenza, quella di una stretta aderenza alla lettera della legge, che deve essere rispettata a maggior ragione nel diritto penale, ambito in cui vige il principio di legalità e il divieto di analogia *in malam partem*<sup>35</sup>.

*Ci si deve a questo punto chiedere se l'equiparazione tra valute virtuali e moneta elettronica effettuata dal Tribunale di Milano sia stata frutto di un equivoco, quasi profeticamente anticipato dal FATF, e quale possa essere la causa dello stesso.*

Nella sentenza n. 5116 del 5 aprile 2023 sono state richiamate alcune precedenti sentenze della Corte di cassazione che si sono interrogate sulla legittimità dell'adozione di sequestri preventivi per ipotesi di reato aventi ad oggetto valute virtuali. In particolare, si citano le sentenze della Seconda Sezione penale, n. 26807 del 25 settembre 2020, con riferimento alle fattispecie di riciclaggio ex art. 648-bis c.p., di abusivismo di cui all'art. 166 del TUF e di indebito utilizzo di strumenti di pagamento diversi dal contante di cui all'art. 493-ter c.p., e n. 44378 del 22 novembre 2022, relativamente al reato di autoriciclaggio di cui all'art. 648-ter.1 c.p.

Analizzando la terminologia impiegata nel primo provvedimento, la Suprema Corte si serve indifferentemente dei termini "criptovaluta" e "valuta virtuale" che, come precedentemente evidenziato, possono essere ritenuti effettivamente interscambiabili. Diversamente, nella seconda sentenza menzionata, il giudice di legittimità utilizza, in via alternativa, i termini "valuta virtuale" e "moneta virtuale", con netta preponderanza di quest'ultimo se si escludono i richiami testuali alla normativa.

Al di là delle sentenze espressamente richiamate dal Tribunale di Milano, una ricerca più approfondita ha consentito di rintracciare una pluralità di provvedimenti della Suprema Corte che, a volte, richiamano esclusivamente il concetto di valuta virtuale<sup>36</sup>; altre volte, indicano esclusivamente l'espressione "moneta virtuale"<sup>37</sup>; altre volte ancora, utilizzano i due concetti come sinonimi<sup>38</sup>, se del caso in via alternativa a quello di criptovaluta.

gli artt. 130, 131, 131-ter del TUB e 166 del TUF, ma non anche il 131-bis del TUB. Nello stesso senso si esprime la sentenza della Corte di appello di Milano menzionata nel corpo del contributo. Circa la possibilità di estendere l'illecito amministrativo in questione anche alle ipotesi di prestatori di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e servizi di portafoglio digitale si veda DI VIZIO, *Moder-ni*, cit., 27, e DALAITI, *op. cit.*, 51. Sulla impossibilità di ritenere applicabile la fattispecie di abusiva emissione di moneta elettronica si veda DI VIZIO, *Le cinte*, cit., 61 s.

<sup>35</sup> Si richiamano qui le stesse argomentazioni già utilizzate da DALAITI, *op. cit.*, in relazione alla diversa fattispecie di cui all'art. 166 TUF. Si rinvia, per quanto concerne gli approfondimenti in relazione a tali principi, a MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2023, 2 ss. e 33 ss.; CATENACCI, *Note introduttive allo studio delle fattispecie penali*, Torino, 2019, 1 ss. e 60 ss.; PADOVANI, *Diritto penale*, Milano, XIII Edizione, 21 ss.; in generale sul tema della interpretazione nel diritto penale si veda PULITANO, *Diritto penale*, Torino, 2023, 104 ss.

<sup>36</sup> Cass., pen. Sez II, 25.09.2020, n. 26807, cit.; Cass., pen. Sez V, 19.07.2024, n. 29649, cit.

<sup>37</sup> Cass., pen. Sez V, 08.07.2022, n. 26468, in *SentenzeWeb*; Cass., pen. Sez V, 23.09.2022, n. 36027, cit.

<sup>38</sup> Cass., pen. Sez II, 30.11.2021, n. 44337, cit.; Cass., pen. Sez. II, 13.07.2022, nn. 27023 e 27024, cit.; Cass., pen. Sez II, 22.11.2022, n. 44378, cit.; Cass., pen. Sez II, 20.01.2023, n. 2585, cit.; Cass., pen. Sez V, 14.09.2023, n. 37767, cit.

Ad onor del vero, l'espressione “moneta virtuale” non è prerogativa esclusiva della giurisprudenza penale, tenuto conto che alcuni riferimenti alla stessa sono rinvenibili, per un verso, nella giurisprudenza civilistica<sup>39</sup> e amministrativa<sup>40</sup> e nei provvedimenti di alcune Autorità<sup>41</sup>, nonché, per altro verso, anche in alcuni interventi della dottrina<sup>42</sup>.

Se, come in precedenza esplicitato, l'utilizzo della parola “*currency*” e “valuta” può essere fonte di equivoci, a maggior ragione, a parere dello scrivente, risulta impropria l'espressione “moneta virtuale”. Infatti, oltre ad avallare l'idea che la valuta virtuale e la moneta siano del tutto sovrapponibili, la stessa induce all'ulteriore errata conclusione per la quale la “valuta virtuale” altro non sarebbe che una “moneta elettronica”.

Del resto, che gli aggettivi “virtuale” ed “elettronico” possano essere adoperati in via alternativa è dimostrato dalla stessa esistenza di una pronuncia della Corte di cassazione<sup>43</sup>, ben anteriore all'adozione del d.lgs. n. 90/2017, in cui, con riferimento a una ipotesi di peculato avente ad oggetto pagamenti effettuati da un Sindaco con una carta di credito intestata al Comune, viene utilizzata l'espressione “moneta virtuale”.

Indipendentemente dalla impostazione che si vuole adottare in merito ai presupposti per considerare “moneta” un determinato bene, sarebbe più corretto attenersi alla terminologia adottata dal legislatore che, proprio nell'ottica di adottare una disciplina uniforme dello strumento, ha voluto utilizzare il concetto di “valuta virtuale” anche ai fini della individuazione delle fattispecie di abusivismo. Una scelta che, si sottolinea nuovamente, è stata effettuata a livello internazionale, sulla base di quanto ormai invalso nella prassi, ma nella consapevolezza che le criptovalute non possono essere equiparate alla moneta elettronica.

<sup>39</sup> Si veda in tal senso Cass., civ. Sez I, 6.12.2019, n. 31920, in *DeJure*, che effettua una contrapposizione tra «*moneta legale*» e «*denaro creditizio*», anche definito «(o *scritturale, o contabile, o virtuale*)» e di «*denaro virtuale*», nonché Trib. Verona, 24.01.2017, cit.

<sup>40</sup> TAR Lazio, Roma, 27.01.2020, n. 1077, cit.

<sup>41</sup> La stessa CONSOB nel proprio sito utilizza indifferentemente i termini «*criptovaluta*» e «*moneta virtuale*». Si veda anche il provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM) del 25 luglio 2017, proprio avente ad oggetto il programma One Coin. Si rinvia altresì al contenuto della Circolare n. 30 del 27 ottobre 2023 dell'Agenzia delle Entrate.

<sup>42</sup> Utilizzano il termine «*moneta virtuale*»: PERNICE, *op. cit.*, 46, 63; DALAITI, *op. cit.*, 43; CROCE, *op. cit.*, 138; BOCCHINI, *op. cit.*, in diverse parti del contributo, come dimostrato anche dal titolo dello stesso; CAJANI, *op. cit.*, 742, in cui, oltre a riferirsi alle «*monete virtuali*» all'interno del corpo dell'intervento, ricollega la definizione di cui all'art. 1, comma 2, lett. qq) del d.lgs. n. 231/2007 proprio a tale termine; CONSULICH, *Il diritto penale*, cit., e *Nella wunderkammer*, *op. cit.*, in cui nel titolo del contributo si fa riferimento a «*monete virtuali*»; DI MARTINO, *op. cit.*, che in chiusura afferma «*la valuta virtuale (rectius: la moneta virtuale)*»; DI VIZIO, *Moderni*, cit., 2 ss., 9, 37 ss.; ERRICO, *op. cit.*, 436; MICHÌ, *op. cit.*, in diverse parti, ma soprattutto in 614 ss., nel paragrafo relativo all'analisi della natura delle criptovalute; PASSARETTA, *op. cit.*, in diverse parti; QUATTROCCHI, *op. cit.*, 1214 ss.; RINALDI, *op. cit.*, 270. È interessante notare che gli Autori che verranno indicati nelle note seguenti, i quali hanno elaborato contributi a commento della nuova normativa, non abbiano utilizzato il termine «*moneta virtuale*».

<sup>43</sup> Si fa riferimento a Cass., pen. Sez VI, 11.10.2011, in *C.P.*, 2012, 2106 ss, con nota di DE BELLIS, *Il peculato commesso da pubblico ufficiale mediante l'uso di carta di credito*, Autore che, tra l'altro, non utilizza mai l'espressione «*moneta virtuale*». Del resto, si noti come è lo stesso BOCCHINI, *op. cit.*, 36, a utilizzare il termine «*moneta elettronica*» per poi trattare della «*moneta virtuale*». Anche in un passaggio di CAJANI, *op. cit.*, 742, compare l'uso del termine «*moneta elettronica*». Parimenti in QUATTROCCHI, *op. cit.*, 1214.



## 4. Regolamento MiCAR e criptoattività: addio “moneta virtuale”.

Gli equivoci fin qui descritti parrebbero ormai dissolversi alla luce della recente normativa europea, denominata Regolamento MiCAR, la quale si caratterizza per aver rinnegato l'antecedente terminologia e per essersi riferita al concetto di “criptoattività”<sup>44</sup>.

In precedenza, giurisprudenza e autorità del settore erano solite distinguere tre diverse tipologie<sup>45</sup> di valute virtuali: quelle di Tipo 1, definite «a schema chiuso», non acquistabili e principalmente utilizzabili su siti di *gaming*; quelle di Tipo 2, a flusso unidirezionale, in cui la valuta FIAT può essere convertita in quella virtuale, ma non viceversa; quelle di Tipo 3, in cui la conversione può avvenire in entrambi i sensi<sup>46</sup>.

La nuova normativa comunitaria<sup>47</sup> sceglie, invece, pur mantenendo il medesimo significato, di modificare il significante in “criptoattività”, un *genus* all'interno del quale distingue tre sottocategorie: quella degli *utility token*, destinata unicamente a fornire l'accesso a beni o a servizi prestati dall'emittente; *token* collegati ad attività (*asset referenced token*, cd. ART), distinti dai *token* di moneta elettronica, che hanno l'obiettivo di mantenere un valore stabile nel tempo facendo riferimento a un altro valore o diritto, comprese valute ufficiali<sup>48</sup>; i *token* di moneta elettronica (*e-money token*, cd. EMT) che mirano a mantenere il proprio valore stabile facendo riferimento al valore di una valuta ufficiale.

È opportuno precisare, a scanso di equivoci, che le sottocategorie menzionate non esauriscono le tipologie di criptoattività<sup>49</sup>, potendosi immaginare dei *tokens* che, non limitandosi ad attribuire il diritto all'accesso a un bene o un servizio, non abbiano lo scopo di mantenere inalterato il proprio valore. Non a caso, il Regolamento MiCAR, nei Titoli II, III e IV, dedica una specifica disciplina alle «*Cripto-attività diverse dai token collegati ad attività o dai token di moneta elettronica*», una ai «*Token collegati ad attività*» e una ulteriore ai «*Token di moneta elettronica*».

---

<sup>44</sup> Per un'analisi e una spiegazione più completa della normativa predisposta con il Regolamento MiCAR si rinvia a ANNUNZIATA, *op. cit.*, 923 ss. Si veda altresì LEMBO, *La nuovissima normativa europea sugli strumenti finanziari digitali e sul mercato delle cryptovalute. Prime riflessioni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 4/2023, 994 ss.; LENER, *Criptoattività e crypto valute alla luce degli ultimi orientamenti comunitari*, in *GComm*, 3/2023, 376 ss.

<sup>45</sup> Si deve però evidenziare che esistono anche ulteriori e diverse classificazioni delle criptovalute. PERNICE, *op. cit.*, 44 s., che distingue tra *payment token* (o *token* di classe uno), *utility token* e *security token* (o *token* di classe tre). Ricorre invece alla classificazione della ECB BOCCHINI, *op. cit.*, 36 s. Si riferisce ad entrambe le classificazioni DI VIZIO, *Moderni*, cit., 8 ss.

<sup>46</sup> Sul punto si veda il documento denominato “*Virtual Currency Schemes*” della ECB dell'ottobre 2012, 6. Si rinvia altresì alla sezione consultabile nel sito della CONSOB, nella sezione relativa alla Educazione Finanziaria, *Le criptovalute - EDUCAZIONE FINANZIARIA - CONSOB*, in cui si riporta la menzionata distinzione tra le tre diverse tipologie di criptovalute.

<sup>47</sup> Si precisa che il presente contributo si limita a riportare i soli elementi ritenuti utili ai fini della problematica relativa all'avvenuta equiparazione da parte del Tribunale di Milano tra la moneta elettronica e le valute virtuali.

<sup>48</sup> Tale tipologia di criptoattività corrisponderebbe a quella comunemente nota come *stable-coin*, stante la finalità di mantenere stabile il proprio valore. Si veda sul punto altresì PERNICE, *op. cit.*, 45.

<sup>49</sup> In tal senso si veda ANNUNZIATA, *op. cit.*, 936.

I nuovi termini impiegati dal legislatore comunitario suggeriscono una netta presa di posizione in merito alla differenza tra l'ordinaria valuta/moneta (finanche elettronica) e le criptoattività, le quali non necessariamente rappresentano un'alternativa agli ordinari mezzi di pagamento<sup>50</sup>. Inoltre, il Regolamento MiCAR specifica esclusivamente con riferimento agli EMT, ai sensi dell'art. 48, par. 2, che gli stessi sono considerati moneta elettronica, in ragione della circostanza che solo enti creditizi e istituti di moneta elettronica possono provvedere alla loro emissione<sup>51</sup>.

Tale disposizione parrebbe, pertanto, suffragare l'ipotesi che le valute virtuali – ora criptoattività – non potevano in precedenza essere considerate moneta elettronica, essendosi resa necessaria una esplicita equiparazione in tal senso. Tale conclusione risulta ulteriormente avvalorata dalle scelte legislative effettuate dal legislatore nazionale in sede di recepimento della normativa comunitaria.

In particolare, analizzando l'iter che ha portato dallo “*Schema di decreto legislativo per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2023/1114, relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937*”<sup>52</sup> predisposto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze per la consultazione pubblica fino all'approvazione dell'attuale d.lgs. 5 settembre 2024, n. 129<sup>53</sup>, si nota una modificazione di non secondaria rilevanza.

Invero, l'art. 30 del primo documento, relativo a diverse ipotesi di abusivismo, prevedeva l'applicazione diretta dell'art. 131-bis del TUB per l'emissione di *token* di moneta elettronica in violazione della riserva prevista dal regolamento europeo. Tale approccio normativo avrebbe sottinteso l'idea per cui gli EMT non sono considerati, ma sono a tutti gli effetti moneta elettronica. Del resto, il legislatore aveva ipotizzato,

---

<sup>50</sup> A mero titolo esemplificativo, si pensi che un *utility token* potrebbe anche solamente consistere nella possibilità per il possessore di prendere parte, attraverso il diritto di voto, alle scelte dell'emittente sul futuro della società/impresa o alle scelte da parte di quest'ultima. Per fare un esempio, il possessore del *token* potrebbe esprimere una preferenza sullo sviluppo della trama di un *videogame*.

<sup>51</sup> Per ragioni di completezza si deve sottolineare che l'art. 48 del Regolamento MiCAR distingue, con riferimento all'EMT, tra emissione del *token* e quello di offerta, prevedendo che quest'ultimo servizio possa essere prestato anche da persone diverse dall'emittente, previo suo consenso scritto.

<sup>52</sup> Il MEF ha sul punto avviato una Consultazione pubblica avente ad oggetto gli schemi di decreto legislativo di adeguamento della normativa nazionale ai regolamenti “MiCAR” e “TFR” sulle cripto-attività. Diversi operatori hanno depositato i propri pareri o richieste di chiarimenti sulle previsioni del progetto di normativa. Si indica, per eventuale interesse, il *link* per prendervi visione: Consultazione pubblica sugli schemi di decreto legislativo di adeguamento della normativa nazionale ai regolamenti “MiCAR” e “TFR” sulle cripto-attività - MEF Dipartimento del Tesoro. Inoltre, si indicano i *link* per accedere alla registrazione delle audizioni di rappresentanti, rispettivamente, della Consob, di Young Platform (prestatore di servizi relativi all'utilizzo di valuta virtuale e servizi di portafoglio digitale iscritto nella sezione speciale del Registro dei cambiavalute) nonché della Banca d'Italia: Mercati delle cripto-attività | Senato della Repubblica, Mercati delle cripto-attività | Senato della Repubblica, Mercati delle cripto-attività | Senato della Repubblica. Con il comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 92 tenutosi il 30 agosto 2024, è stato approvato in esame definitivo il citato decreto legislativo.

<sup>53</sup> Pubblicizzato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana nella Serie Generale n. 215 del 13 settembre 2024.

per la violazione della riserva di attività concernente l'emissione di ART o la prestazione di servizi in criptoattività, una cornice edittale autonoma sebbene identica a quella di abusiva emissione di moneta elettronica.

Diversamente, nel decreto legislativo definitivamente approvato in sede di Consiglio dei Ministri è stato eliminato ogni esplicito riferimento alla fattispecie di cui all'art. 131-*bis* del TUB e l'abusiva emissione di *token* di moneta elettronica è attualmente sanzionata al pari delle altre condotte punite dall'art. 30.

## 5. Brevi considerazioni finali sulle neo-introdotte fattispecie di abusivismo.

Il problema relativo alla qualificazione delle *ex* valute virtuali sembra ormai essere stato risolto a monte dal legislatore comunitario e, in seconda battuta, da quello nazionale anche per il tramite dell'espressa previsione di nuove ipotesi di delitti per abusiva attività. Nonostante tale intervento abbia definitivamente risolto la predetta problematica, è opportuno concludere le osservazioni fin qui svolte con alcune riflessioni sulle scelte punitive previste negli artt. 30 e seguenti del d.lgs. n. 129/2024<sup>54</sup>.

Anzitutto, la completa equiparazione delle ipotesi di emissione di ART e EMT in violazione della riserva di attività suscita qualche perplessità. Invero, pur volendo il legislatore assicurare una sorta di coerenza delle cornici edittali rispetto alle ipotesi di abusivismo previste all'interno del TUB<sup>55</sup>, sembra anomala la previsione di una medesima cornice edittale per criptoattività aventi diverso regime sia per quanto concerne i soggetti che possono operare rispetto alla singola tipologia di *cryptoasset*, sia per quanto attiene alla specifica normativa in tema di informazioni al pubblico.

Inoltre, non si comprendono le ragioni per cui mentre l'attività abusiva di emissione e offerta al pubblico di criptoattività diverse dagli ART e EMT sia considerata un illecito amministrativo, ai sensi dell'art. 31 del d.lgs. n. 129/2024, la violazione della

<sup>54</sup> A mero scopo di completezza, si fa presente che, ai sensi dell'art. 34 del d.lgs. n. 129/2024, è stata introdotta una ipotesi di responsabilità amministrativa da illecito amministrativo dell'ente, che trova applicazione per le ipotesi di violazione dei divieti di abuso di informazioni privilegiate, di divulgazione illecita di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato commesse nell'interesse e a vantaggio dell'ente. La disposizione richiama gli artt. 6, 7, 8 e 12 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, concernente la responsabilità amministrativa da reato degli enti. Pertanto, in sede di predisposizione di un Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, una società operante nell'ambito delle valute virtuali dovrà predisporre opportune cautele per prevenire anche queste ipotesi di illeciti. Il legislatore nazionale ha elaborato tale forma di responsabilità dell'ente secondo uno schema già adottato nell'ambito degli illeciti amministrativi finanziari, all'interno dell'art. 187-*quinquies* del TUF.

Per una ulteriore valutazione sul tema delle fattispecie di reato si veda anche il documento depositato in sede di consultazione pubblica da GM Legal STA S.r.l., la quale individua una incongruenza tra la fattispecie di abusivismo di cui all'art. 30 dello schema di decreto e l'art. 166 TUF, reato caratterizzato da una cornice edittale più severa.

<sup>55</sup> Infatti, nel *dossier* del Parlamento dell'11 luglio 2024 "Adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2023/1114, relativo ai mercati delle cripto-attività Atto del Governo n. 172", 79, si specifica che la cornice edittale attualmente prevista dall'art. 30 dello schema di decreto di attuazione sia stata parametrata a quella prevista dagli artt. 131 e 131-*bis* del TUB.

riserva di attività relativa alla prestazione di servizi sulle medesime cryptoattività sia punita come delitto. Infatti, l'art. 30, comma 1, lett. b), non distingue tra tipologia di *cryptoassets*, ma si limita a punire la prestazione di servizi per le cryptoattività in violazione dell'art. 59, paragrafo 1, lett. a), del Regolamento MiCAR.

Ancora, perplime la scelta di punire come reato la prestazione di servizi per le crypto-attività da parte di un qualsiasi soggetto non autorizzato, e come illecito amministrativo la medesima attività offerta dai soggetti indicati dall'art. 59, paragrafo 1, lett. b) del regolamento europeo, ossia, un ente creditizio, un depositario centrale di titoli, un'impresa di investimento, un gestore del mercato, un istituto di moneta elettronica, una società di gestione di un OICVM o un gestore di un fondo di investimento alternativo autorizzato a prestare servizi per le crypto-attività a norma dell'art. 60. Infatti, ciò è quanto parrebbe desumersi dal combinato disposto dell'art. 30, comma 1, lett. b), e dell'art. 31 del d.lgs. 129/2024, disposizione che, salvo che il fatto costituisca reato, prevede sanzioni amministrative per le violazioni delle altre norme richiamate dall'art. 111 del Regolamento MiCAR, tra cui 59, 60, e 64 dello stesso regolamento europeo<sup>56</sup>.

Tali anomalie non sembrano essere state sufficientemente tenute in considerazione da parte del legislatore, potendo suscitare nella prassi non pochi dubbi, anche sul versante della conformità ai principi costituzionali, quali quelli di proporzionalità della pena e di ragionevolezza.

---

<sup>56</sup> Se infatti è vero che i soggetti indicati dall'art. 59, paragrafo 1, lett. b), del Regolamento MiCAR sono già sottoposti a una propria disciplina autorizzatoria, ciò non esclude il fatto che, in ogni caso, stiano svolgendo un'attività riservata senza alcun titolo abilitativo.

# IL PROBLEMA DELLA CONFIGURABILITÀ DEL DELITTO DI EPIDEMIA COLPOSA IN FORMA OMISSIVA: NOTE A MARGINE DI UNA RECENTE ORDINANZA DI RIMESIONE ALLE SEZIONI UNITE

Cass. IV Sez. 21 novembre 2024, n. 42614

Carolina Serafina Errico\*

## ABSTRACT

La configurabilità del delitto di epidemia colposa in forma omissiva costituisce il dubbio ermeneutico al centro dell'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite n. 42614/2024.

La questione, trattata dagli Ermellini nel contesto di un consolidato dibattito giurisprudenziale, assume una particolare rilevanza poiché incide su categorie generali del diritto penale riguardanti la struttura del reato. L'ordinanza, infatti, riprende le posizioni opposte sviluppate in dottrina e in giurisprudenza riguardo alla compatibilità tra i reati a condotta vincolata e la tipicità omissiva. Il tema risulta, inoltre, strettamente correlato al corretto esercizio dell'attività interpretativa entro un perimetro che garantisca il rispetto dei principi di legalità, tassatività, determinatezza e precisione.

Il contributo si propone di analizzare le motivazioni esposte nell'ordinanza in correlazione alle categorie generali del diritto penale, al fine di offrire spunti di riflessione sui possibili profili giuridici su cui inciderà la pronuncia a Sezioni Unite.

*The configurability of the offence of negligent epidemic in an omissive form constitutes the hermeneutical doubt at the heart of the referral order to the Joint Session no. 42614/2024.*

*The issue, addressed by the judges in the context of an established jurisprudential debate, becomes particularly relevant as it impacts general categories of criminal law related to the structure of the offence. In fact, the order revisits the opposing positions developed in both doctrine and case law regarding the compatibility between crimes with a prescribed conduct and the omission-based typicity. Furthermore, the issue is closely related to the proper exercise of interpretative activity within a framework that ensures compliance with the principles of legality, taxativity, definiteness, and precision.*

*This contribution aims to analyze the motivations outlined in the order in connection with the general categories of criminal law, in order to provide insights on the possible legal profiles that will be affected by the future ruling of the Joint Session.*

---

\* Dottoranda in diritto penale - Università degli studi di Roma Tor Vergata e abilitata all'esercizio della professione forense.

1. Segnaliamo un'ordinanza della Corte di Cassazione Sezione IV che, in contrasto all'orientamento giurisprudenziale maggioritario sul tema, e, condividendo le argomentazioni esposte dal Procuratore della Repubblica del Tribunale nel ricorso immediato per Cassazione sulla configurabilità del delitto di epidemia colposa in forma omissiva, ha rimesso al vaglio delle Sezioni Unite la seguente questione giuridica: "Se il reato di cui agli artt. 438, comma 1 e 452, comma 1, n. 2 c.p. possa essere realizzato anche in forma omissiva"<sup>1</sup>.

2. La vicenda in esame ha tratto origine dall'accusa del reato di cui agli artt. 40, comma 2, 438, comma 1, e 452, comma 1, n.2, c.p., mossa nei confronti dell'imputato poiché, in qualità di sub delegato del datore di lavoro, "per colpa consistita in negligenza, imprudenza ed imperizia ed inosservanza degli obblighi di cui all'art. 77, comma 4, lett. h) D.Lgs. cit."<sup>2</sup>, non fornendo ai lavoratori della struttura sanitaria un'idonea attività di formazione sul rischio biologico da Sars CoV2, né un numero adeguato di dispositivi di protezione individuale ed omettendo l'adozione di misure necessarie a contrastare tale rischio, ha cagionato un'epidemia nell'ospedale.

Nel caso oggetto di giudizio, proprio il capo d'imputazione ha assunto un notevole rilievo poiché descriveva un illecito omissivo e, di conseguenza, ha imposto agli organi giudiziari di analizzare il quesito concernente la configurabilità del reato di epidemia colposa in forma omissiva.

I giudici di prime cure sono giunti ad una soluzione negativa della questione ed hanno assolto l'imputato ritenendo che solo una condotta attiva fosse idonea ad integrare il reato *de quo*, secondo quanto disposto dalla fattispecie incriminatrice. Quest'interpretazione degli artt. 438, comma 1, e 452, comma 1, n. 2, c.p. non è stata condivisa dal Procuratore della Repubblica del Tribunale, il quale ha impugnato la sentenza di primo grado.

Il ricorrente, articolando un unico motivo di censura, ha ritenuto che i giudici del Tribunale avessero commesso un duplice errore: il primo consistito nell'affermare l'inapplicabilità dell'art. 40 cpv c.p. al delitto di epidemia in quanto reato a forma vincolata ed il secondo nel considerare tale reato a forma vincolata.

Secondo il Procuratore, infatti, quest'ultima censura è supportata dal tenore letterale della disposizione incriminatrice, nella quale il legislatore non ha descritto una modalità di commissione del reato ma si è limitato a prendere atto "dell'unica modalità possibile"<sup>3</sup>.

Sulla scorta di tale considerazione e sul conflitto ermeneutico registrato sull'applicabilità dell'art. 40 cpv c.p. alle fattispecie di reato a forma vincolata, la quale risulta ammessa in molteplici pronunce della Corte Suprema per delitti diversi da quello di epidemia colposa, il ricorrente ha richiesto la remissione della questione alle Sezioni Unite.

---

<sup>1</sup> Cfr. sent. in commento, Cass. IV Sez., n. 42614 del 19 settembre 2024 (dep. 21 novembre 2024)

<sup>7</sup>

<sup>2</sup> Cfr. sent. in commento, Cass. IV Sez., n. 42614 del 19 settembre 2024 (dep. 21 novembre 2024)

<sup>2</sup>

<sup>3</sup> Cfr. sent. in commento, Cass. IV Sez., n. 42614 del 19 settembre 2024 (dep. 21 novembre 2024)

<sup>2</sup>

**3.** Il Collegio ha avviato l'esposizione della motivazione nell'ordinanza con una disamina degli indirizzi interpretativi di legittimità esistenti sull'argomento, evidenziando due sole sentenze della Corte di Cassazione che hanno risolto il dubbio ermeneutico in modo opposto rispetto alla tesi del ricorrente<sup>4</sup>.

**3.1.** Nella prima sentenza<sup>5</sup>, sinteticamente riportata nella decisione, emerge che la Corte di Cassazione ha escluso la configurabilità del delitto di epidemia colposa in forma omissiva sostenendo che l'art. 438 c.p. fosse un reato a forma vincolata, di talché ne è derivata l'inapplicabilità dell'art. 40 cpv c.p. Il caso in oggetto concerneva l'addebito contestato ad un soggetto che, in qualità di dirigente di una società dedita alla gestione dell'acquedotto di un comune, ha cagionato per colpa la distribuzione di acque pericolose per consumo per uso potabile, determinando l'insorgere di un'epidemia nella popolazione locale. Il Supremo Collegio, intervenuto sulla vicenda, ha condotto un'attenta analisi degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 438 c.p., evidenziando la differenza sussistente fra il concetto di epidemia nell'ambito medico-scientifico ed in quello del diritto penale, descrivendo quest'ultimo come più ristretto rispetto al primo.

La seconda pronuncia richiamata<sup>6</sup> dai giudici di legittimità, sempre elaborata dalla quarta sezione, si è occupata di un provvedimento cautelare avente ad oggetto il sequestro di una casa di riposo a seguito della diffusione del virus da Covid-19 e ha stabilito l'incompatibilità fra il reato ex art. 438 c.p. e la tipicità in forma omissiva a causa della struttura del delitto, il quale richiede una condotta commissiva a forma vincolata.

**3.2.** Nonostante l'assenza di qualsivoglia pronuncia di legittimità che avesse esplicitamente accolto la tesi della compatibilità dell'art. 438 c.p. con la tipicità omissiva e, al contrario delle evidenze emerse dalle argomentazioni delle due precedenti sentenze, la quarta sezione, nell'ordinanza in commento, ha sostenuto la possibilità di realizzare il delitto di epidemia colposa anche in forma omissiva.

A sostegno di quest'interpretazione, i giudici di legittimità hanno annoverato *in primis* un argomento letterale: *“il termine “diffondere” è espressione dal significato molto ampio che può ricomprendere le forme più diverse, non necessariamente implicanti un agire naturalistico positivo in quanto si può diffondere anche “lasciando che si diffonda”*<sup>7</sup>.

Un ulteriore elemento a favore della propria tesi è emerso da un'interpretazione adeguatrice dell'art. 438 c.p. che risulta necessaria al fine di evitare l'entropia della norma. Il legislatore del 1930, infatti, aveva introdotto la disposizione nel Codice Rocco per fronteggiare il pericolo legato alla diffusione di germi patogeni, ormai sempre più facilmente disponibili per i singoli individui e consentire una tutela più incisiva per l'incolumità pubblica attraverso la previsione della relativa sanzione. Al contrario, il

<sup>4</sup> cfr. sent. Cass. IV Sez., n. 9133 del 12 dicembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018) e sent. Cass. IV Sez., n. 20416 del 4 marzo 2021 (dep. 24 maggio 2021).

<sup>5</sup> sent. Cass. IV Sez., n. 9133 del 12 dicembre 2017 (dep. 28 febbraio 2018).

<sup>6</sup> sent. Cass. IV Sez., n. 20416 del 4 marzo 2021 (dep. 24 maggio 2021).

<sup>7</sup> Cfr. sent. in commento, Cass. IV Sez., n. 42614 del 19 settembre 2024 (dep. 21 novembre 2024) 5.

nuovo scenario storico e sociale ha imposto una maggiore attenzione verso *“la gestione del rischio sanitario che si correla a condotte inosservanti per lo più colpose”*<sup>8</sup>.

Secondo il Supremo Collegio, un'interpretazione più ampia della norma in questione non contrasta con la tipicità della disposizione, in quanto non si registra alcun mutamento nell'individuazione dell'evento penalmente rilevante. I giudici della quarta sezione sono pervenuti a tale conclusione ritenendo che la norma incriminatrice descrive in modo vincolante solo il mezzo con cui cagionare l'epidemia e non anche la condotta che la determina.

Dunque, come emerge dall'ordinanza, identificando l'art. 438 c.p. un reato a mezzo vincolato, non sussiste alcun ostacolo all'applicazione dell'art. 40 cpv c.p.

Peraltro, pur considerando il reato *de quo* a condotta vincolata, tale elemento non impedisce di per sé la configurabilità del delitto in forma omissiva poiché, come si evince da alcuni precedenti giurisprudenziali richiamati nella decisione<sup>9</sup>, sussiste un granitico indirizzo ermeneutico che ha già ammesso la realizzazione in forma omissiva del reato di truffa qualificato come un reato a forma vincolata.

**4.** La tematica analizzata nell'ordinanza in esame risulta di particolare rilievo in quanto si riflette su alcune categorie generali dell'illecito penale e, per tale ragione, costituisce un importante punto di partenza per sviluppare ulteriori riflessioni sulle fattispecie di reato a forma vincolata. Considerando anche gli aspetti ai quali l'ordinanza ha dedicato maggiore attenzione nella disamina della questione oggetto di ricorso immediato, dalla stessa emergono due principali profili a cui dedicare un approfondimento: da un lato la possibilità di applicare l'art. 40 cpv c.p. ai reati a forma vincolata; dall'altro la corretta individuazione del perimetro dell'attività interpretativa.

**4.1.** Con riferimento al primo aspetto, si rileva che la differenza fra reati a forma libera e reati a forma vincolata deriva dalla scelta del legislatore di accordare solo ad alcuni beni giuridici una tutela piena e, al contrario, di delineare per altri una tutela esclusivamente frammentaria.

La differenziazione consegue al rilievo riconosciuto ai beni oggetto di tutela nelle fattispecie incriminatrici. Nel caso di beni di particolare importanza, il legislatore opta per la configurazione di ipotesi di reato a forma libera poiché tenta di assicurare agli stessi una protezione completa, incriminando qualsivoglia condotta idonea a lederli.

In queste tipologie di reati *“tutto il disvalore di incentra sul rapporto di causalità tra condotta ed evento, nel senso che è punita ogni condotta causale rispetto all'evento, a prescindere dalle sue modalità di realizzazione. In questi casi è tipico tutto ciò che è causale”*<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Cfr. sent. in commento, Cass. IV Sez., n. 42614 del 19 settembre 2024 (dep. 21 novembre 2024) 5.

<sup>9</sup> cfr. sent. Cass. II Sez. II, n. 24487 del 18 aprile 2023 (dep. 07 giugno 2023), sent. Cass. VI Sez. n. 13411 del 5 marzo 2019 (dep. 27 marzo 2019), sent. Cass. II Sez., n. 46209 del 3 ottobre 2023 (dep. 16 novembre 2023).

<sup>10</sup> M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto penale*, edizione 2024-2025, Galatina (LE), 2024, 343 e 344.



Al contrario, altri beni giuridici risultano destinatari di una salvaguardia solo nel caso di specifiche condotte criminose, delineate nella norma incriminatrice in quanto adeguate a determinarne una lesione o messa in pericolo dello stesso bene.

Il nesso di collegamento tra il connubio bene giuridico-tutela accordata dal legislatore e i reati a forma libera o vincolata è evidenziato anche dall'ordinanza in esame, a sostegno di un'interpretazione più ampia dell'art. 438 c.p., in cui si legge che *“il legislatore costruisce le fattispecie incriminatrici come reati di evento a forma libera allorché intende apprestare una tutela particolarmente intensa al bene giuridico oggetto di protezione, proprio perché sanziona tutte le possibili modalità di aggressione al bene medesimo. Pertanto, considerato che il bene giuridico tutelato dalla norma in questione è la salute pubblica e l'incolumità collettiva, è ragionevole ritenere che il legislatore abbia voluto descrivere l'epidemia come reato causalmente orientato”*<sup>11</sup>.

Le difficoltà che si riscontrano nel distinguere le fattispecie di reati a forma vincolata da quelle a forma libera incidono su molteplici aspetti, fra cui quello dell'applicabilità dell'art. 40 cpv c.p. Il tema, centrale nella decisione in esame e rimesso all'attenzione delle Sezioni Unite, con riferimento alla specifica ipotesi del reato di epidemia colposa, ha già costituito argomento di un acceso dibattito giurisprudenziale e risulta oggetto di un rilevante contrasto ermeneutico, segnalato anche dalla stessa quarta sezione della Corte di Cassazione.

È nota la delimitazione del perimetro applicativo dell'articolo 40 cpv c.p., il quale non risulta compatibile con i delitti di mera condotta e, al contrario, risulta ammissibile per le fattispecie di reato concepite dal legislatore come reati con evento in senso naturalistico<sup>12</sup>.

Rispetto alla possibilità di convertire in forma omissiva le fattispecie di reato a forma vincolata, si registra invece un importante indirizzo dottrinale e giurisprudenziale che si evolve in direzione contraria a quella assunta dall'ordinanza di remissione.

Autorevole dottrina ritiene, infatti, che nei reati a forma vincolata, in cui la condotta illecita deve essere realizzata nei modi indicati dal legislatore, non è applicabile l'art. 40 cpv c.p. Secondo questi autori, non vi è *“equivalenza tra il cagionare e il non impedire un evento richiesto dall'art. 40, comma 2, c.p.”*<sup>13</sup>.

I contrasti emersi sul punto e la complessità relativa all'individuazione di una chiara interpretazione ed applicazione dell'art. 40 cpv c.p. sono tematiche sottese all'ordinanza di remissione della quarta sezione e sui quali le Sezioni Unite potrebbero intervenire, determinando importanti conseguenze sui termini del dibattito ermeneutico incentrato sull'art. 40 cpv c.p. e sulla sua applicabilità ai reati a forma vincolata.

**4.2.** In merito all'attività interpretativa, la stessa ordinanza riporta un passaggio di una sentenza della Corte di Cassazione SS.UU. civili che ne ha delimitato il perimetro: *“l'attività interpretativa giudiziale è segnata, anzitutto, dal limite di tolleranza ed elasticità dell'enunciato, ossia del significante testuale della disposizione che ha posto,*

<sup>11</sup> Cfr. sent. in commento, Cass. IV Sez., n. 42614 del 19 settembre 2024 (dep. 21 novembre 2024) 5 e 6.

<sup>12</sup> M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto penale*, edizione 2024-2025, Galatina (LE), 2024, 364 ss.

<sup>13</sup> M. FRATINI, *Manuale sistematico di diritto penale*, edizione 2024-2025, Galatina (LE), 2024, 365.

*previamente, il legislatore e dai cui plurimi significati possibili (e non oltre) muove necessariamente la dinamica dell'inveramento della norma nella concretezza dell'ordinamento ad opera della giurisprudenza stessa*<sup>14</sup>.

Nel caso di specie l'ampiezza del potere interpretativo assume un ruolo fondamentale al fine di comprendere se la forma omissiva del reato di epidemia colposa sia ammissibile o, al contrario, configuri una violazione dei principi di tassatività, determinatezza e precisione, contrastando il tenore letterale della disposizione ex art. 438 c.p. e la funzione di selezione degli illeciti propria delle norme penali. Anche su questo aspetto potrebbe incidere, se pur indirettamente, la decisione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite che ha recentemente adottato una soluzione affermativa rispetto alla configurabilità del delitto di epidemia colposa tramite condotta omissiva e della cui pronuncia non sono state ancora depositate le motivazioni.

---

<sup>14</sup> Cass. civ. sez. un., n. 38596 del 23 novembre 2021 (dep. 06 dicembre 2021).

## **Storia di un castigo senza delitto - a proposito di “La ragazza del Kyūshū” di Matsumoto Seichō**

**Luigi Ludovici\***

Publicato nel 1961 dallo scrittore giapponese Matsumoto Seichō, “La ragazza del Kyūshū” (1° ed. italiana, Adelphi, 2019) è un bellissimo romanzo che, specialmente nel processual-penalista, suscita interesse e induce alla riflessione.

La storia ruota attorno a due personaggi principali, Ōtzuka Kinzo, un avvocato penalista di Tokyo ma famoso e stimato in tutto il Giappone per la sua abilità nel far assolvere i propri assistiti anche in situazioni apparentemente disperate, e la giovane Kiriko Yanagida, giunta nella capitale dalla lontana regione del Kyūshū solo per convincere Ōtzuka ad assumere la difesa del suo sventurato fratello, maestro elementare che, da innocente, rischia la pena di morte perché accusato dell'omicidio di un'anziana donna.

Sebbene si tratti di un processo sostanzialmente indiziario, gli elementi raccolti non sembrano lasciare spazio ad ipotesi alternative: Masao Yanagida si trovava nell'appartamento della donna in un orario compatibile con quello dell'omicidio, sui suoi abiti gli inquirenti avevano rinvenuto macchie di sangue appartenente alla vittima, un'avida usuraia - e qui è chiaro il riferimento a “Delitto e castigo” di Dostoevkiĭ - che il sospettato conosceva molto bene, avendo da lei ricevuto un prestito in denaro che però non era stato in grado di restituire, anche a causa degli altissimi interessi praticati. Come se non bastasse, era stato accertato che, dopo l'omicidio, Masao aveva sottratto la cambiale che dimostrava l'esistenza del suo debito, sperando così di allontanare da sé ogni sospetto; e poi c'era stata la confessione dell'omicidio, che lo stesso Masao aveva reso in uno degli interrogatori condotti dalle forze di polizia, salvo poi fare marcia indietro e tornare a professare la propria innocenza davanti al procuratore incaricato dell'indagine e nel successivo corso del processo.

Fino a qui la storia sembra quindi prendere una piega quantomai lineare, al punto che si è tentati di scorgere già i segni inequivocabili del suo prevedibile sviluppo fino alla catartica conclusione: dopo molte difficoltà, colpi di scena e passi falsi, il brillante e integerrimo avvocato arriverà a dimostrare l'innocenza del suo assistito, il vero colpevole verrà messo alla sbarra e la giustizia riuscirà a trionfare.

Ma, in realtà, non è questa la storia che Matsumoto ci vuole raccontare e il lettore che desiderava solo abbandonarsi alla vertigine investigativa e sperimentare il cardiopalma di serrate e illuminanti interlocuzioni testimoniali sarà costretto ben presto a ricredersi. Succede, infatti, che Ōtzuka, impaziente di raggiungere la donna amata che lo attendeva sul campo da golf e che lui immaginava circondata da tanti poten-

---

\* Professore associato di diritto processuale penale presso l'UniMarconi.

ziali pretendenti, risponde all'incredula Kiriko che non assumerà la difesa del fratello perché già oberato dal troppo lavoro e, soprattutto, per l'impossibilità dei due fratelli di pagare la costosa parcella che la sua partecipazione ad un simile processo avrebbe certamente comportato. Come previsto da Kiriko, questa decisione si rivelerà fatale per Masao, che, assistito da un difensore d'ufficio non all'altezza della situazione, non riuscirà ad evitare la condanna alla pena capitale e finirà per morire misteriosamente in carcere, nelle more del giudizio di appello. Da questo momento in poi si innesca quindi una catena di eventi e di situazioni che via via porteranno ad una svolta inattesa della storia, con conseguenze drammatiche per gran parte dei personaggi coinvolti, Ōtzuka incluso.

Con questo romanzo appassionante e spietato, Matsumoto intreccia sapientemente gli elementi della suspense poliziesca, dell'introspezione psicologica e della critica sociale. Specialmente quest'ultimo aspetto è di particolare interesse per il giurista perché i temi che lo scrittore mette sul tavolo sono a dir poco cruciali. A metterli a fuoco è il messaggio che la stessa protagonista femminile, congedandosi da Okumura, assistente dell'avvocato, chiede di riferire allo stesso Ōtzuka: *"Non credo che qualcuno possa salvare mio fratello. Se avessimo avuto ottocentomila yen forse le cose sarebbero andate diversamente, ma ha avuto sfortuna, perché non disponiamo di una somma simile. Evidentemente per chi è povero non può esserci giustizia"*.

In queste poche parole è già condensato tutto. *In primis*, viene fatta luce sul ruolo che il difensore gioca nel processo, che è quello di estremo e fondamentale baluardo di garanzia e di giustizia. Ma questa centralità del difensore implica anche una grande responsabilità, perché dal suo operato dipende, in ultima analisi, la *vita* del suo assistito. Quell'*amore di giustizia* - per usare sempre le parole di Kiriko - che in Otsuka è mancato, non dovrebbe invece mai abbandonare l'avvocato, anche quando il compenso non è minimamente paragonabile alla professionalità e alla fatica profuse. Naturalmente, il difensore è un essere umano come gli altri e pretendere che agisca sempre nel migliore dei modi possibili o in maniera totalmente disinteressata è una pura utopia. Ma qui si apre un altro fronte della questione sollevata da Matsumoto che riguarda, invece, la difesa d'ufficio. In quanto difesa tendenzialmente destinata ai deboli, agli emarginati, agli ultimi, essa si connota per un'elevata funzione etica e, come tale, richiede necessariamente un elevato livello di qualificazione professionale. Sappiamo come, a tutt'oggi, questo rappresenti un punto di attenzione ancora particolarmente delicato nell'ambito del nostro sistema giustizia però, a volerla dire tutta, il potenziamento della difesa d'ufficio è difficilmente realizzabile se, oltre a quello della formazione, non ci si fa carico anche di un altro problema ovvero quello dell'entità spesso non congrua dei compensi liquidati ai difensori d'ufficio per le attività svolte in regime di patrocinio a spese dello Stato. Infatti, aumentare il livello dei compensi liquidabili, non solo offrirebbe un più giusto riconoscimento a chi svolge una funzione così meritoria, ma potrebbe produrre l'ulteriore vantaggio di rafforzare le fila degli iscritti alle liste non solo e non tanto da un punto di vista quantitativo ma soprattutto qualitativo. Nella speranza che, in un non troppo lontano futuro, storie come quella di Masao Yanagida arrivino a trovare spazio soltanto tra le pagine dei libri e non più nelle nostre aule di giustizia.